

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILACAK
MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ
HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

Mert DOĞAN
1204010123

Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN

NİSAN, 2024

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILACAK
MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ
HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

Mert DOĞAN
1204010123

Anabilim Dalı: Özel Hukuk
Programı: Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN
Jüri Üyeleri : Doç. Dr. Onur SARI
: Dr. Öğr. Üyesi Muharrem TÜTÜNCÜ
: Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN

NİSAN, 2024

ÖNSÖZ

Öncelikle çalışmamın tamamlandığı tarih itibariyle 100. yılını kutladığımız Cumhuriyetimizin kurucusu Başöğretmen ve Başkomutan Ulu Önder Mustafa Kemal Atatürk ve silah arkadaşları ile bu cennet vatan uğruna canlarını feda eden aziz şehitlerimizi saygı, rahmet, minnet ve özlemle anıyorum.

Yüksek lisans tezimin hazırlanması esnasında, kıymetli zamanını bana ayırarak çalışmamı baştan itibaren okuyan, engin bilgi ve tecrübeleriyle bana yol gösteren, eşsiz yardım ve katkılarını sunan danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN'a ve derslerini aldığım tüm hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim.

Ayrıca karşılaştığım güçlüklerin aşılmasında manevi desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen ve beni asla yalnız bırakmayarak bugünlere getiren çok değerli aileme minnettarım.

Nisan, 2024

Mert DOĞAN

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	vi
ÖZET.....	viii
ABSTRACT	ix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
MARKA HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDEN HALLER	3
I. MARKA HAKKI	3
A. Tanımı	3
1. Genel Olarak	3
2. Açık ve Kesin Olarak Anlaşılabilir Bir Biçimde	
Sicilde Gösterilebilir Olma	6
B. Fonksiyonları	8
1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu	8
2. Ayırt Edicilik Fonksiyonu	9
3. Garanti Fonksiyonu	11
4. Reklam, Yatırım ve İletişim Fonksiyonları	11
C. Türleri	12
1. Kullanım Amacına Göre Markalar	12
2. Tanınmışlık Derecesine Göre Markalar	12
3. Sahiplerine Göre Markalar	13
4. Tescil Amacına Göre Markalar	14
5. Koruma Alanına Göre Markalar	14
D. Sınıfları	14
E. Markaların Tescili ve Korunması	16
1. Marka Tescil Süreci	16
2. Markaların Hukuken Korunması	18

a. Tescilli Markaların Korunması	19
b. Tescilsiz Markaların Korunması	20
c. Tanınmış Markaların Korunması	21
(1) Tanınmış Marka Kavramı	21
(2) Tanınmış Marka ile Bağlantılı Kavramlar	23
(3) Tanınmış Markanın Kriterleri	25
(4) Korunması	28
3. Fikrî Hakların Kümülatif Korunması İlkesi	32
a. İlkenin Tanımı	32
b. İlkenin Ülkemizdeki Uygulama Alanı	34
c. İlkenin Amaçsal Yorumlanması	38
II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ SAYILAN HALLER	43
A. Marka Hakkına Tecavüzün Hukuki Niteliği	43
1. Haksız Rekabet Kavramı	43
a. Rekabetin Tanımı	43
b. Haksız Rekabetin Tanımı	44
2. Tarihsel Gelişimi	44
3. Ülkemizdeki Yasal Düzenleme	45
4. Haksız Rekabetin Temel İlkeleri ve Unsurları	49
a. Haksız Rekabetin Temel İlkeleri	49
(1) Tarafların Rakip Olma Koşulu	
Bulunmamaktadır	49
(2) Failin Yarar Sağlaması Gerekmez	51
(3) Kusurun Varlığı Gerekli Değildir	51
(4) Zarar Görme Tehlikesi Yeterlidir	53
b. Haksız Rekabetin Unsurları	55
(1) İktisadi Rekabeti Etkileyen Bir	
Davranışın Varlığı	55
(2) Rekabet Etme Hakkının Dürüstlük	
Kuralına Aykırı ve Aldatıcı Şekilde	
Kullanılması	56
(3) İlliyet Bağı	58
5. Başlıca Haksız Rekabet Halleri	59
B. Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller	60

1. Genel Olarak	61
2. Ticari Amaçlı Kullanım Koşulu	63
3. Kusur Şartı	67
İKİNCİ BÖLÜM	70
MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR ...	70
I. GENEL OLARAK	70
II. TECAVÜZÜN TESPİTİ DAVASI	70
III. TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ (MEN'İ) VE DURDURULMASI DAVASI ..	71
IV. TECAVÜZÜN KALDIRILMASI (REF'İ) DAVASI	72
V. TAZMİNAT DAVALARI	73
A. Maddi Tazminat Davası	74
B. Manevi Tazminat Davası	75
C. İtibar Tazminatı Davası	77
VI. DAVA ZAMANAŞIMI	79
VII. ARABULUCULUK MÜESSESESİ	80
VIII. İSPAT YÜKÜ VE DELİL TESPİTİ	83
A. İspat Yüğü	83
B. Delil Tespiti	85
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	90
MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ HESAPLAMA YÖNTEMLERİ ...	90
I. GENEL OLARAK	90
II. FİİLİ ZARARIN HESAPLANMASI	92
III. YOKSUN KALINAN KÂRA İLİŞKİN HESAPLAMA YÖNTEMLERİ...	94
A. Genel Olarak	94
B. Hak Sahibinin Elde Edeceği Muhtemel Gelire Göre Hesaplama	99
C. Mütecavizin Elde Ettiği Net Kazanca Göre Hesaplama	105
D. Örnek Lisans Bedeline Göre Hesaplama	113
IV. TSE ÜRÜN BELGELENDİRME YÖNERGESİNE GÖRE	121
HESAPLAMA	121
V. TAZMİNAT HESAPLAMASINA ETKİ EDEN KURALLAR	123
VE İLKELER	123
A. Genel Olarak	123
B. Denkleştirme İlkesi	123
C. Hâkimin Takdir Yetkisi	126

D. Hakkaniyet Gereği Pay Eklenmesi veya ıkartılması	133
E. Faiz Hesabı	138
F. Dvız zerinden Hesaplama Yapılması	140
SONUÇ	143
KAYNAKÇA	151
YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR	166



KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Almanya Medeni Kanunu)
BK.	: Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CJEU	: Court of Justice of the European Union (Avrupa Birliği Adalet Divanı)
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
Dn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas
ed.	: Edition (Baskı)
E.T.	: Erişim Tarihi
EUIPO	: European Union Intellectual Property Office (Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi)
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
G.T.	: Güncellenme Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kurulu
İKÜ	: İstanbul Kültür Üniversitesi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
K.	: Karar

KHK (MarKHK)	: Mülga 556 sayılı Markaların Korunması Hakkına Kanun Hükmünde Kararname
K.İ.B.	: Kazancı İçtihat Bankası
md.	: Madde
Par.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı / Sayılı
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	: Tarihli
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TOBB	: Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği
TPMK	: Türk Patent ve Marka Kurumu
TRIPs	: Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Fikri Mülkiyet Haklarının Ticaretle İlgili Yönleri Anlaşması)
TSE	: Türk Standardları Enstitüsü
v.	: versus (-e karşı) (karşılıklı dava)
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
Y	: Yıl
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

ÖZET

Sanayi devriminin gerçekleşmesiyle birlikte seri üretimin yaygınlaşması, üretilen mal ve sağlanan hizmetlerin uluslararası ve kıtalar arası alanda sergilenmeye ve satılmaya başlanmasının ardından, farklı işletmelerin mal ve hizmetlerini birbirlerinden ayırt etme ihtiyacı doğmuştur. Bu ihtiyaç sebebiyle “marka” kavramı ortaya çıkmıştır. Marka hakkı, fikri mülkiyet hukuku kategorisindeki sınai mülkiyet haklarının bir çeşididir. Her mülkiyet hakkı gibi marka hakkının da ihlal edilmesi ve zarara uğratılması mümkündür. Marka hakkının ihlal edilmesi halinde hak sahibi, zarar verenden, zararın giderilmesini talep edebilecektir. Bu tezde, marka hakkına tecavüz halinde açılacak maddi tazminat davalarında uygulanacak hesaplama yöntemleri, bunlara etki edecek kurallar ve ilkeler incelenmektedir. Birinci bölümde; marka hakkının tanımı, fonksiyonları, türleri, sınıfları, tescili ve korunması ile kümülatif koruma ilkesi açıklanmıştır. Bölümün devamında, marka hakkına tecavüzün hukuki niteliğinin ticari anlamda haksız fiil olan haksız rekabet olduğu açıklanarak ticari kullanım koşulu ve tecavüz teşkil eden haller irdelenmiştir. İkinci bölümde; marka hakkına tecavüz halinde açılacak davalar, davaların açılması için gerekli koşullar, dava zamanaşımı, ispat yükü, delil tespiti ve zorunlu arabuluculuk koşulu incelenmiştir. Üçüncü bölümde, maddi tazminat davalarındaki fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr ile TSE Belgelendirme Yönergesi hesaplama yöntemleri ile hesaplamaya etki eden ilkeler ve unsurlarla birlikte incelenmiştir. Çalışma yazılı ve veri tabanlı kaynakların taranması ile hazırlanmıştır. Uygulamada kabul gören, dikkat çekici ve istikrarlı Yargıtay ve ABAD kararları başta olmak üzere ABD ve İtalya Mahkeme kararları ile çalışmamız desteklenmiştir.

Anahtar Sözcükler: *Marka Hakkına Tecavüz, Haksız Rekabet, Kümülatif Koruma, Ticari Amaçlı Kullanım Koşulu, Maddi Tazminat Davası, Hesaplama Yöntemleri, Fiilî Kayıp, Yoksun Kalınan Kâr*

ABSTRACT

With the industrial revolution, mass production became widespread, and the goods and services produced and services began to be exhibited and sold internationally and intercontinentally, and there was a need to distinguish the goods and services of different enterprises from each other. Due to this need, the concept of "brand" has emerged. Trademark right is a type of industrial property rights in the category of intellectual property law. Like any property right, it is possible for trademark right to be violated and damaged. If the trademark right is violated, the right owner may demand compensation from the person who caused the damage. In this thesis, the calculation methods to be applied in pecuniary damages cases in case of trademark infringement and the rules and principles that will affect them are examined. In the first part; The definition, functions, types, classes, registration and protection of trademark rights and the principle of cumulative protection are explained. In the rest of this chapter, It is explained that the legal nature of trademark infringement is unfair competition, which is a commercial tort, and the conditions of use in the commercial court and situations constituting infringement are examined. In the second part; The lawsuits that can be filed in case of trademark infringement, the necessary conditions for filing the lawsuits, the statute of limitations, the burden of proof, the detection of evidence and the mandatory mediation condition have been examined. In the third part, The actual damage and lost profit in pecuniary compensation cases and the calculation methods of the TSE Certification Directive were examined together with the principles and elements affecting the calculation. The study was prepared by scanning written and data-based sources. Our work has been supported by the US and Italian Court decisions, especially the Supreme Court and CJEU decisions, which are accepted in practice, are remarkable and consistent.

Key Words: *Trademark Infringement, Unfair Competition, Cumulative Protection, Use In The Course Of Trade, Pecuniary Damages Cases, Calculation Methods, Actual Loss, Loss Profit*

GİRİŞ

Fikri mülkiyet hukuku başlığı altında sınai mülkiyet haklarının bir çeşidi olan marka hakkı, mutlak bir hak olup sahibine tekeli yetkiler bahşeder. 6769 sayılı SMK’nda marka hakkının açık bir tanımlaması yapılmamasına karşın markayı; “*bir teşebbüsün mallarını ve hizmetlerini, başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan, bunları açık ve kesin şekilde anlaşılabilir kılan, sicilde gösterilebilir her türlü işaret*” şeklinde tanımlamak mümkündür. Marka, kendi içerisinde belirli fonksiyonlara sahiptir. Hak sahibi, markayı kullanarak tüketiciyle iletişim kurmaya ve adeta müşteriye seslenmeye, güvenilir imaj oluşturarak mal ve hizmetlerini cazip kılmaya çalışır.

Her mülkiyet hakkı gibi marka hakkının da ihlal edilmesi, zedelenmesi ve zarara uğraması mümkündür. Gerek mülga 556 sayılı MarKHK gerek 6769 sayılı SMK kapsamında, marka hakkının ihlal edilmesinin hukuki nitelendirmesi yapılmamıştır. SMK 7 ve 29. maddelerinde marka hakkına tecavüz sayılan hallerin açık bir şekilde sayılması, tecavüz eyleminin yasada sayılan kusurlu davranış hallerinden oluşması, hak sahibi ile mütecaviz arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaması, tecavüz eylemi neticesinde hak sahibinin zarara uğraması, mütecaviz aleyhine sorumluluk hukuku kapsamında tazmin borcu doğması sebebiyle marka hakkına tecavüzün hukuki niteliği de haksız fiilin bir türü olan haksız rekabeti teşkil etmektedir.

Haksız rekabet kavramı ise modern temelleri Fransız Hukukunda atılan ticari anlamda bir haksız fiildir. Genel hukuk kuralına göre “Herkes uğradığı zarara katlanır” fakat haksız fiilin varlığı halinde meydana gelen zarar, başka kişilere (mütecavize) yükletilebilir. Böylece haksız fiil unsurlarının (hukuka aykırı eylem, zarar, kusur, illiyet bağı) varlığı halinde, marka hakkı ihlâl edilen hak sahibinin, SMK özel hükümlerine göre mütecavizden zararın tazminini talep etmesi mümkündür.

Hak sahibi, markanın tecavüze uğraması sebebiyle; “maddi tazminat”, “manevi tazminat” ve “itibar tazminatı” olmak üzere üç ayrı tazminat davası açma

hakkına sahiptir. Maddi tazminat davalarında, SMK 150/1 ve 151/1 fıkraları gereğince fiilî zarar ve yoksun kılınan kâr yönünden uğranılan maddi zararların tazmini talep edilebilecektir. Başka bir deyişle maddi zarar; aktifte azalma, aktifte beklendiği/olması gerektiği gibi artış sağlayamama veya pasifte artma şeklinde karşımıza çıkabilecektir. Çalışmamızın konusu, marka hakkına tecavüz halinde açılacak maddi tazminat davalarındaki hesaplama yöntemlerinin irdelenmesidir. Nitekim bu husus; uygulamada Yargıtay kararları ile gelişmeye, olgunlaşmaya ve yeni yeni standartlaşmaya başlayan bir alandır. Her ne kadar çalışmamızın başlığı ve içeriği salt marka hakkına yönelik ise de tecavüz halinde açılacak tazminat davaları ve bu davalardaki hesaplama yöntemleri, tüm sınai haklar yönünden ortak hükümler olup diğer sınai mülkiyet hakları (patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret vb.) için de geçerlidir.

İlk bölümde; marka hakkının tanımı, fonksiyonları, türleri, tescili, korunması ve kümülatif koruma ilkesi, marka hakkına tecavüzün hukuki niteliği ve tecavüz sayılan haller incelenecektir. İkinci bölümde; marka hakkına tecavüz halinde açılacak dava türleri, dava açmak için gereken koşullar, dava zamanaşımı, ispat yükü, delil tespiti ve arabuluculuk koşulu irdelenecek. Üçüncü bölümde ise; ana konumuz olan maddi tazminat davalarındaki hesaplama yöntemleri, uygulamada ve doktrinde tartışmalı olan yönleriyle ele alınacaktır. Bu bölümde; Yargıtay ve ABAD başta olmak üzere ABD ve İtalya gibi yabancı mahkeme kararları doğrultusunda örneklemelere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDEN HALLER

I. MARKA HAKKI

A. Tanımı

1. Genel Olarak

İnsanlık tarihinde meydana gelen en büyük gelişmelerden biri olan ve modern dünya düzeninin temellerini oluşturan sanayi devriminin gerçekleşmesi ile birlikte seri üretimin yaygınlaşması, üretilen mal ve sağlanan hizmetlerin uluslararası ve kıtalar arası alanda sergilenmeye ve satılmaya başlanmasının sonucunda farklı işletmelerin mal ve hizmetlerini birbirlerinden ayırt etme ihtiyacı doğmuştur.¹

Tıpkı işletmeleri birbirinden ayırt etmeye yarayan işletme adı, vergi kimlik numarası gibi işletmelerin ürettiği mal ve/veya hizmetlerin de bir işaret altında ayırt edici hale gelmesi; işletmenin kalitesinin, pazar gücünün, müşteri çevresinin korunması vb. çeşitli sebeplerle elzem hale gelmiştir.² İşte bu nedenlerle; -haksız rekabet hukukunda olduğu gibi- yaratıcı emek ve çabanın korunması amacıyla “marka” kavramı ortaya çıkmıştır.³ 6769 sayılı SMK’nın 4. maddesinden yola çıkarak markanın en temel tanımı “*bir teşebbüsün mallarını ve hizmetlerini, başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan, bunları açık (clarity) ve kesin (precision) şekilde anlaşılabilir kılan, sicilde gösterilebilir her türlü işaret*” şeklinde yapılabilir.⁴

¹ Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023) 9. Yeşim Aker, *Türk Patent ve Marka Kurumunun Marka Tescil Sürecinde Verdiği Kararlara Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar Doktora Tezi*. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2020) 6-9.

² Çolak, 9.

³ Aker, 14. Füsun Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku, 1. Baskı*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016) 169.

⁴ Çolak, 10. M. Mekin Durceylan, *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 28-29. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017)*. (Ankara: T. İş Bankası A.Ş. Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017) 130.

Mülga 556 sayılı MarKHK'nun 5/1 fıkrasında marka hakkında yapılan tanımlamada “teşebbüs” kelimesi yerine “işletme” kelimesi yer almaktaydı.⁵ Arkan, “teşebbüs” yerine “işletme” ibaresinin tercih edilmesinin KHK ve uygulama yönetmeliği hükümlerine göre uygun düşeceği ve istikrarlı olacağını; Tekinalp ise, “teşebbüs” ibaresinin marka hakkına işletmeler dışında sahip olabilecek daha kapsamlı bir kitleyi ifade ettiğini ve bunun bilinçli ve doğru bir tercih olduğunu savunmaktadır.⁶ Biz Tekinalp ve Durceylan'ın görüşüne katılarak, ileride ticari hayatta meydana gelebilecek gelişmeleri de göz önüne alarak, “teşebbüs” ibaresinin tercih edilmesini daha uygun görmekteyiz.⁷

Madde metnine göre; “işaret”, “ayrıt edici niteliğe sahip olma” ve “koruma konusunun açık ve kesin olması” markanın unsurlarını teşkil etmektedir.⁸ Yasada yapılan tanımlamada görüleceği üzere -sicilde gösterilebilir olması koşuluyla- kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler, mal veya ambalajların biçimleri dahil olmak üzere her türlü işaret, marka olabilmektedir.⁹

Marka, sınıfsal olarak, fikri mülkiyet hukuku kategorisinde sınai mülkiyet haklarının bir çeşididir. Marka öyle bir haktır ki fikri mülkiyet olarak soyut bir

İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 159. Coşku Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011) 12. Taner Savaş ve Murat Saygın, *Türk Patent ve Marka Kurumu Uygulamaları ve Yargıtay Kararları Işığında Marka Tescil Süreci*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 24. Aker, 3. Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar 2. Bası*. (Ankara: Adalet Yayınları, 2015) 11. Nebile Teke Akbulut, *Tanınmış Marka Kavramı ve Tanınmış Markanın Korunması Yüksek Lisans Tezi*. (Gaziantep: T.C. Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2019) 2. Çağrı Uluslu, “Tescilsiz Markaların Korunması”, *İstanbul Barosu Dergisi C 88, S 2014/2*. 2014: 364.

⁵ Durceylan, 27.

⁶ Sabih Arkan, *Marka Hukuku*. (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997) 36. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012) 360.

⁷ Durceylan, 28.

⁸ Bedriye İlkiz Tuana Taşkın, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Talepleri Yüksek Lisans Tezi*. (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2023) 5. Muhammet Mekin Durceylan, *6769 Sayılı SMK Kapsamında Marka Hakkında Tecavüz Halleri Yüksek Lisans Tezi*. (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021) 16-27. Güneş, 2023, 160.

⁹ Namık Kemal Uyanık, *Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017) 1140. Önder Ege, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkında Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 48. Güneş, 2023, 159-160. Çolak, 10. Savaş, 24-25. Şehirali Çelik, 179. Aker, 4. Lerzan Yılmaz, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri 2. Bası*. (İstanbul: Aristo Yayınları, 2017) 133. Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 151.

Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 19.09.2023, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/09/19/trademark-law-in-turkey/>>.

kavram olmasına rağmen ticari hayatta maddi varlığıyla adeta bir emtia gibi ön plandadır.¹⁰ Hatta genellikle mal ve hizmetin önüne geçmektedir.

Fikri mülkiyet türü olan marka hakkı; gayri maddi mallar üzerinde kurulan bir hak olup üzerinde cisimlendiği mallardan bağımsız olarak hukuki varlığa sahiptir.¹¹ Gayri maddi mallar da üzerindeki haklar da sahiplerine herkese karşı ileri sürülebilen, üçüncü kişilerin bu mallardan yararlanmasına engel olma yetkisi veren inhisari haklar olduğundan, mutlak hak sınıfına girmektedir.¹² Fikrî haklar, fikrî mülkiyet olarak adlandırılrsa da buradaki “mülkiyet” kavramı ve “mutlak hak yetkisi”, süreye bağlı olma ve devredilme gibi yönlerden TMK anlamındaki eşya mülkiyetinden farklılaşmaktadır.¹³ Marka hakkı; tıpkı aynî haklar gibi tasarrufta bulunabilme, bizzat kullanma, başkaları tarafından kullanılmak üzere lisans verme veya devretme gibi bazı mutlak ve tekelleci yetkileri sahibine bahşeder.¹⁴

Ticari anlamda marka; maddi olmayan duran varlıklar arasında önemli bir ekonomik değere sahip olan, bir firma veya firma grubu tarafından kullanılan, kelime, terim, isim, logo, sembol, dizayn, imaj veya bu elementlerin birleşmesinden meydana gelen tipik bir semboldür.¹⁵ Ticari marka (*trademark*) işletmelerin ticari faaliyetleri açısından değerli bir hak ve varlık olup sahibi için; mal ve hizmetlerin satışını kolaylaştırmayı, müşteri sadakatini güçlendirmeyi, haksız rekabete karşı güçlü kalmayı, işletmelerin kârlılığını artırmayı, katma değer yaratılmasını, piyasa payını artırarak devamlılığını, rakip mal ve hizmetlerden farklılaşmayı, yeni ürünlerin

¹⁰ Barçın Özkan Kıldıl, *Marka Hakkına Tecaviüz Halinde Verilecek İhtiyati Tedbirler*. (İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022) 5. Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku 2. Baskı*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021) 30.

¹¹ Şeyma Işık Yaşlı, *Fikrî Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki Kümülatif Koruma*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 21-22. Şafak Erel, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. (Ankara: İmaj Yayıncılık, 1998) 4.

¹² Işık Yaşlı, 22. İlhan Öztrak, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*. (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971) 2.

¹³ Işık Yaşlı, 22. Suluk/Karasu/Nal, 1-2. Öztrak, 3-4. Hamdi Yasaman, Tolga Ayoğlu, Fülürya Bilgin Yusufoglu, Pınar M. Kartal, Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi C II*. (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021) 1601-1607. Burak İsa Altın, *Marka Hakkının Niteliği ve Devletin Markaya Müdahalesi*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 38-39. Osman Gazi Güçlütürk, *Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekada Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması Doktora Tezi*. (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2021) 82-83. Fülürya Yusufoglu, *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016) 25.

¹⁴ Gönen, 12-13. Ali Kılıç, “Markanın Korunması”, *Sosyoteknik Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi S 4*. Aralık. 2012: 39-48. Aker, 15. Müge Özarmağan, *Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008) 10. Uzunallı, 129. Erel, 6. Işık Yaşlı, 25.

¹⁵ Uyanık, 1136.

piyasa sunulmasını ve tanıtımını kolaylaştırmayı, lisans yoluyla gelir elde etmeyi ve şirketin değerini artırmayı sağlar.¹⁶

2. Açık ve Kesin Olarak Anlaşılabilir Bir Biçimde Sicilde Gösterilebilir Olma

Mülga 556 sayılı MarKHK'nun "*Markanın içereceği işaretler*" başlıklı 5. maddesi şu hükmü içermektedir: "*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 ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.*"

Madde metninde belirtilen "*çizimle görüntülenebilen her türlü işaret*" tanımı, 2008/95 sayılı Mülga Direktifte "*grafik olarak temsil edilebilme*" şeklinde ifade edilmekteydi. Mülga MarKHK döneminde bir işaretin marka olarak tanımlanabilmesi için gerekli "*baskı yoluyla çoğaltılabilmek*" ya da diğer adıyla "*grafik temsil*" koşulu, hem sicilin incelenmesi ile markanın ne olduğunun fiziken görülebilmesi hem de markanın belirli, kalıcı ve kesin olması amacına hizmet etmekteydi.¹⁷

Kanaatimizce bu koşulun varlığını daha iyi anlayabilmek için, marka mevzuatının tarihsel gelişimini sosyolojik değerlendirmeye ele almakta fayda vardır. Gerek 1872 tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi'nde gerek 1888 tarihli Nizamname'de gerekse 1965 tarihli 551 sayılı eski Markalar Kanunu'nda yer alan tanımlamalar, -damga, mühür gibi- fiziksel bir işaret veya somut bir görsellik arayışı içermektedir.¹⁸

¹⁶ Uyanık, 1136-1137.

¹⁷ Çolak, 68. Melis Abacıoğlu Viskuşenko, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markanın Koruma Kapsamı Yüksek Lisans Tezi. (Ankara: Başkent Üniversitesi, 2019) 6.

¹⁸ Uluslu, 362. Başak Özkök, *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015) 24. Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015) 29.

1888 sayılı Nizamname'nin birinci maddesinde marka tanımı: "*Mamulât ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrikanın veyahut bunları imal edenlerin veya ticaret zımında satanların isim ve şöhret ve mevkilerini bildirmek için ol şeylerin üzerine vazolunan isim ve mühür ve resim ve huruf ve erkam ve mahfaza ve saire yani temyiz ve tahsis için ittihaz kılınan her nevi işaret ve damga alameti farika ad ve itibar olunur.*"

Ancak yeni dönemde “*grafik temsil*” koşulu, 6769 sayılı SMK kapsamına dahil edilmemiştir.¹⁹ Bunun yerine yasanın dördüncü maddesinde tescil edilebilirlik koşulu olarak, “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olma*” koşulu getirilmiştir.²⁰ Nispeten daha geniş anlam içeren bu düzenlemeyle hareket markaları, ses markaları, koku markaları, tat markaları, üç boyutlu markalar gibi yeni marka türlerinin tescili kolaylaştırılmıştır. Müstekar ABAD kararlarına göre bir işaretin marka olabilmesi için; açık ve kesin, kendi içerisinde bütünlük oluşturan, müstakil ve kolay erişilebilen, kolay anlaşılır, dayanıklı (zamanla bozulmayacak) ve nesnel bir nitelik taşıması gerekmektedir.²¹

Böylelikle Türk marka mevzuatı; 1994 tarihli TRIPs anlaşmasının 15. maddesine, 2015/2436 sayılı AB Yeni Marka Direktifi’ne, 2007/1001 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü’ne uyumlu hale getirilmiştir.²² Böylece zaten soyut bir kavram olan markanın, görsel temsil şartı olmaksızın, açık ve kesin olarak anlaşılır şekilde sicilde gösterilebilir olması yeterli görülmüştür.²³ Zira benzer şekilde İngiliz Marka Kanunu’nun 1. maddesindeki tanımlamada da baskı yoluyla çoğaltılabilir olma gibi bir koşul mevcut değildir.²⁴

03.03.1965 tarihli 551 sayılı Markalar Kanunu’nun birinci maddesinde marka tanımı: “*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır.*”

¹⁹ Çolak, 10-11.

²⁰ Abacıoğlu Viskuşenko, 7.

²¹ Çolak, 70. TÜRK PATENT Marka İnceleme Kılavuzu için bkz.

<<https://www.turkpatent.gov.tr/duyurular/marka-inceleme-kilavuzu-guncellendi-18082021>>

²² Çolak, 11. AB Tüzüğü (2017/1001) ve AB Direktifi (2015/2436) karşılaştırması için ayrıca bkz.:

Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 09.12.2023, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/12/09/2017-1001-2015-2436/>>.

²³ Çolak, 11. Abacıoğlu Viskuşenko, 7.

²⁴ Çolak, 11.

B. Fonksiyonları

Marka hakkı, niteliği itibariyle sahibi lehine olan dört temel işlevi haizdir. Bu işlevler markanın kullanımı ile ortaya çıkan fonksiyonlardır. Markanın önemini somutlaştırabilmek adına işbu fonksiyonlara aşağıda kısaca değinilecektir.

1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

“*Essential Function*” (aslî fonksiyon) olarak da anılan, markanın en eski ve en temel fonksiyonu olan kaynak gösterme fonksiyonu; mal veya hizmetin, kaynağı olan işletmeden geldiğini gösterir ve bunu güvence altına alır.²⁵ Bu fonksiyon sayesinde tüketiciler, üründen sorumlu ticari kaynağın kim olduğu görebilmektedir.²⁶

Bizim de katıldığımız Uğur Çolak’ın görüşüne göre; günümüzde ekonomik ve teknolojik gelişmeler sebebiyle, özellikle tanınmış marka hakkı sahibi teşebbüslerin kâr marjlarını arttırma ve üretim giderlerinde küçülmeye giderek kâr maksimizasyonu amaçlaması gibi sebeplerden dolayı lisans yoluyla dünyanın pek çok bölgesinde üretime geçmesi, kaynak gösterme fonksiyonunun önemini yitirmesine sebebiyet vermiştir.²⁷ Gerçekten de tüketiciler, mal veya hizmetin teşebbüsün markasını taşımasını genellikle yeterli görerek bunun nerede üretildiğiyle ilgilenmemektedir. Bu sebeple artık günümüzde, kaynak gösterme fonksiyonundan ziyade ayırt edicilik fonksiyonu ön plana çıkmaktadır.

Ancak ABAD’ın son kararlarının kaynak gösterme fonksiyonu üzerinde yoğunlaşması sebebiyle bu fonksiyonun tekrar önem kazandığı görüşünde olan yazarlar da vardır.²⁸ Söz temsil müzik sektöründe aynı teşebbüse ait Amerika menşeli bir imalathanede üretilen gitarın, Meksika menşeli imalathanede üretilen gitara nazaran daha çok tercih edilmesi, tüketici nezdinde ürünün daha kaliteli ve dayanıklı olduğu düşüncesini uyandırması sebebiyle kaynak gösterme fonksiyonunun önemini belirtmektedir. Ayrıca tanınmış markaların kaynak gösterme fonksiyonu da önemini

²⁵ Çolak, 17. Abacıoğlu Viskuşenko, 13-14. Suluk/Karasu/Nal, 154. Uluslu, 366.

²⁶ Durceylan, 51. Eylül Bahar Doğan, *Tescil Edilmiş Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonucu Yüksek Lisans Tezi*. (İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2019) 8. Akbulut, 12.

²⁷ Çolak, 17. Suluk/Karasu/Nal, 154. Akbulut, 12. Tekinalp, 378. Arslan Kaya, *Marka Hukuku*. (İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2006) 59.

²⁸ Durceylan, 51.

korumaktadır; zira bu markalar, mal ve hizmetten ziyade teşebbüsü işaret etmektedir.²⁹

2. Ayırt Edicilik Fonksiyonu

Bir önceki başlıkta belirtildiği üzere; meydana gelen gelişmeler sebebiyle modern ticari hayatta ön plana çıkan bu fonksiyonu sayesinde marka, bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarar.³⁰ Markanın ayırt ediciliğinin güçlü olması; teşebbüsü temsil eden markanın, teşebbüsün faaliyet gösterdiği alanları, mal ve hizmeti temsil eden işaretlerden uzaklaşması ile mümkündür.³¹

Söz temsil “*elma*” işareti; bir tarım teşebbüsü için tanımlayıcılık bakımından güçlü fakat ayırt edicilik açısından güçsüz bir işaretken, teknoloji alanında faaliyet gösteren bir teşebbüs açısından tanımlayıcı olmamakla birlikte ayırt ediciliği son derece güçlü bir marka olabilir. Dolayısıyla markayı temsil eden bir işaret, işletmenin faaliyet alanını yahut mal veya hizmetlerini tanımlayıcı olmaktan ne kadar uzaklaşırsa, o derece güçlü bir ayırt ediciliğe sahip olacaktır.³²

Yargıtay bir kararında; “Katık Döner” isimli marka sahibi davacının eski ortağı olan davalı tarafından TPMK nezdinde tescilli “Çoban Katık Döner” ibaresinin aynı faaliyet alanında, aynı mal ve hizmetlere ilişkin marka olarak kullanıldığı somut olayda, “katık” kelimesinin yiyecek adını tanımlayıcı ifade ve sıfat olması, bu markanın geniş coğrafyada ciddi, sürekli ve ayırt edici nitelik kazandıracak kadar yoğun şekilde kullanıldığına dair dosyada delil bulunmaması sebebiyle davanın reddine karar verilmesini yasa ve usule uygun bularak onamıştır.³³ Benzer şekilde Yargıtay HGK’nun “Muratbey Çubuk v. Karlıdağ Çubuk Peyniri” kararında;

²⁹ Suluk/Karasu/Nal, 154. Hami Yasaman, “Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar” Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C I, S I-2002*. Ocak. 2002: 308.

³⁰ Çolak, 17. Durceylan, 52. Aker, 5. Doğan, 8. Suluk/Karasu/Nal, 154. Akbulut, 11. Abacıoğlu Viskuşenko, 13. Uluslu, 366.

³¹ Çolak, 18. Güneş, 2023, 161.

³² Çolak, 18.

³³ Yargıtay 11. HD. 11.07.2023 T. 2022/1115 E., 2023/4356 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.). Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 08.11.2022 T. 2021/3344 E., 2022/7938 K. sayılı “Lamindoor v. Lamidoor” kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.). Yargıtay 11. HD. 16.05.2023 T. 2021/8802 E., 2023/2998 K. sayılı “ModaNisa v. ModaSina” kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

davacının “ubuk” ibaresini “Muratbey” markası olmadan kullandığını ispat edemediği, bu ibarenin peynir emtiasının formunu, geometrik şeklini ve türünü temsil etmesi sebebiyle ayırt edicilik unsuru teşkil etmediği ve halk nezdinde karıştırılma ihtimali yaratmayacağı sebebiyle tecavüzün oluşmadığına karar verilmiştir.³⁴

Özel Daire’nin “Paşa Pilav” kararında da soyut ayırt ediciliğin bulunmasının, somut ayırt ediciliğin bulunduğu anlamına gelemeyeceği, bu iki hususun ayrı ayrı irdelenmesi gerektiği, “Pilav” ibaresinin 30. sınıfta yer alan pirinç emtiasını bizzat düşündürdüğü ve tanımlayıcı nitelikte olduğu, “Paşa” ibaresinin ise tüketicisi nezdinde 43. sınıftaki yiyecek ve içecek sağlanması hizmetinin niteliği olarak algılandığına kanaat getirerek tescil engelinin bulunduğuna karar vermiştir.³⁵

Benzer şekilde Yargıtay zel Daire’nin “*pet hospital*” kararında, ibarenin İngilizcede “*ss hayvanı hastanesi*” anlamına geldiği ve veterinerlik grubunda betimleyici, mesleği anlatıcı nitelik taşıdığı, bu ibarenin bir kişinin tekeline bırakılamayacağı ve zayıf marka ile benzer nitelikteki işaret kullanımına katlanılması gerektiğini belirtmiştir.³⁶

EUIPO da benzer şekilde Labaratoire Garnier firmasının 3. sınıftaki kozmetik ve cilt bakım ürünlerine giren “*doğal güzellik*” anlamındaki “*naturel beauty*” sözcük markasını tanımlayıcı bularak firmanın tescil başvurusunu reddetmiş, itiraz yönünden AB Genel Mahkemesi de AB Marka Tüzüğü’nn 7/1-b ve c bendlerine dayanarak mutlak ret engeli sebebiyle davanın reddine karar vermiştir.³⁷

³⁴ Yargıtay HGK 17.05.2023 T. 2021/413 E., 2023/491 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

³⁵ Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 13.04.2023, E.T. 29.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/04/13/somut-ayirt-edicilik/>>. Yargıtay 11. HD 02.10.2019 T. 2018/4574 E., 2019/6106 K. sayılı kararı.

³⁶ Tekin Memiş, “*rneklerle Zayıf Marka*”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*. (Ankara: Yetkin yayıncılık, 2012) 387. Güneş, 2023, 161. Yargıtay 11. HD. 07.02.2000 T. 1999/9814 E., 2000/829 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

³⁷ Güneş, 2023, 162. CJEU T-559/10, Labaratoire Garnier v. EUIPO (eski OHIM) kararı, 11.07.2012 tarihli karar, par. 26.

<<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=124941&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7673072>>.

3. Garanti Fonksiyonu

Tüketiciler ve müşteriler, daha önce deneyimleyerek mal veya hizmetlerinin kalitesinden memnun kaldıkları markaları, tekrar bu mal ve hizmete ihtiyaç duymaları halinde öncelikli olarak tercih ederler.³⁸ Markanın garanti fonksiyonu, mal ve hizmetlerin kalitesinin belirli bir seviyenin altına düşmeyeceği konusunda tüketiciye güven verir.³⁹ Böylece tüketiciler tanıdığı ve güvendiği markaların mal ve hizmetlerini tercih ederek nitelik ve kalite konusunda kötü sürprizlerle karşılaşma riskini düşürmüş olur.⁴⁰ Uğur Çolak ve Arslan Kaya'ya göre; garanti fonksiyonu, SMK'nın 152/2 maddesinde yer alan, tükenme ilkesinin istisnasını oluşturan *"kötüleştirmeye engel olma hakkı"*nın gerekçesini oluşturur.⁴¹

4. Reklam, Yatırım ve İletişim Fonksiyonları

Yukarıda belirtilen fonksiyonlar ile marka sayesinde diğer teşebbüslerden ayrılan, belirli bir kalitenin altına düşmemeyi garanti eden mal ve hizmetler, teşebbüsün müşteri çevresinin ilgisini, beğenisini ve dikkatini daha çok cezbedecektir.⁴² Teşebbüs, sahibi olduğu markayı temsil eden işaretlerden istifade edip tüketicilere ulaşarak müşterileriyle iletişim kurmayı, reklam yapmayı, böylelikle bir ün elde ederek yatırım aracı olarak kullanmayı hedefler.⁴³

Bu fonksiyon sayesinde teşebbüsler, geniş tüketici kitlelerine ulaşarak tanıtım, bilgilendirme, bağ kurma faaliyetlerinde bulunurlar.⁴⁴ Örneğin; marka olarak seçilen renk veya renkler ile tüketicide belirli çağrışımlar uyandırılarak mesaj verilmektedir.⁴⁵ Çolak'ın da eserinde belirttiği üzere; güçlü bir marka, iletişim fonksiyonunu kullanarak sadık tüketiciye "kalite", "güven", "lüks" ve "güç" mesajı göndererek imaj yaratmayı hedefler.⁴⁶

³⁸ Suluk/Karasu/Nal, 155. Çolak, 19. Doğan, 9. Akbulut, 12.

³⁹ Çolak, 19. Durceylan, 53. Suluk/Karasu/Nal, 155. Abacıoğlu Viskuşenko, 15.

⁴⁰ Suluk/Karasu/Nal, 155. G. Uğur Yalçın ve Erdoğan Karaahmet, *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*. (Ankara: Murat Yayınları, 2011) 13.

⁴¹ Çolak, 19. Kaya, 63. Ayrıca bkz. dn 74. Durceylan, 53. Yargıtay HGK 08.04.2015 T. 2013/11-1885 E., 2015/1161 K. sayılı kararı.

⁴² Doğan, 9-10. Akbulut, 12.

⁴³ Çolak, 18. Abacıoğlu Viskuşenko, 15.

⁴⁴ Durceylan, 52. Uluslu, 366.

⁴⁵ Suluk/Karasu/Nal, 155.

⁴⁶ Çolak, 19. Suluk/Karasu/Nal, 155.

C. Türleri

Markaları çeşitli kıstaslara göre kategorize etmek mümkündür. En temel haliyle markalar; kullanım amacına, tanınmışlık derecesine, sahiplerine, tescil amacına ve koruma alanına göre çeşitlenmektedir.⁴⁷

1. Kullanım Amacına Göre Markalar

Kullanım amacına göre markalar, ticaret markaları ve hizmet markaları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁴⁸ Ticaret markaları, bir işletmenin imalat veya ticaretini yaptığı markaları başka işletmelerin mallarından ayırmaya yararken; hizmet markaları ise bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırmaya yaramaktadır.⁴⁹ Para, kıymetli evrak, adi senet gibi ayırık durumlar dışında bir taşınır mal ile ilgili olan ve onun üstüne ve/veya ambalajına konan marka ticaret markasıdır.⁵⁰

Hukuksal düzende nispeten yeni olan hizmet markası ise; turizm, bankacılık, pazarlama, taşımacılık, sigortacılık, muhasebe ve mali müşavirlik gibi alanlarda faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından verilen hizmetlerin bir markaya bağlanarak ferdileştirilmesini amaç edinir.⁵¹

2. Tanınmışlık Derecesine Göre Markalar

Tanınmışlık derecesine göre markalar, standart ve tanınmış markalar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Standart markalar alelade markalar olup sahibine sadece aynı veya benzer mal veya hizmet bakımından koruma sağlarken; tanınmış markalar toplumun belirli bir kesimi tarafından kabul görmüş markalar olup aynı veya benzer

⁴⁷ Güneş, 2023, 162. Çolak, 20 vd. Remzi Gemci, Gamze Gülşen ve F. Müge Kabasakal, “Markalar ve Markalaşma Şartları” *Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi C XIV, S I*. Nisan. 2009: 109.

⁴⁸ Taşkın, 10. Doğan, 10. Tekinalp, 370. Abacıoğlu Viskuşenko, 7. Yılmaztekin, 327. Suluk/Karasu/Nal, 161.

⁴⁹ Çolak, 20. Gemci, 109. Suluk/Karasu/Nal, 161-162. Akbulut, 13. Tekinalp, 370. Arkan, 43. Abacıoğlu Viskuşenko, 8.

⁵⁰ Gemci, 109. Çağlar Özel, *Marka Lisans Sözleşmesi*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002) 32.

⁵¹ Gemci, 109. Doğan, 10. Akbulut, 13. Tekinalp, 370.

mal veya hizmetlerin yanı sıra farklı mal veya hizmet sınıfları bakımından da sahibine koruma sağlayabilmektedir.⁵²

3. Sahiplerine Göre Markalar

Sahiplerine göre markalar; tek sahipli-çok sahipli veya bireysel-ortak-garanti markaları olmak üzere sınıflandırılmaktadır.⁵³ Bireysel ve tek sahipli markalar, tek bir tüzel veya gerçek kişiye ait olan markayı ifade ederken; çok sahipli ve ortak markalar, birden fazla gerçek yahut tüzel kişiye ait olan ve birden fazla kişi veya bir grup/holding tarafından kullanılan markaları ifade etmektedir.⁵⁴

Birlikte hak sahipliği kavramı, elbirliği veya müşterek hak sahipliği şeklinde karşımıza çıkabilmektedir.⁵⁵ SMK m. 148/3 gereğince marka üzerinde, elbirliği veya paylı mülkiyet bulunması ve markanın birden fazla kişi adına tescil edilmesi mümkün olup bu durum marka hukukunda geçerli olan teklik ilkesini ihlal etmemektedir.⁵⁶ Zira bu halde marka birden fazla kişi adına tescil edilmiş değildir; tek bir mülkiyete konudur.⁵⁷ Dolayısıyla bu husus, eşya hukukundaki malikin birden fazla kişi olması durumuna göre yapılan ayırmadan farklıdır. Ancak, elbirliğiyle kullanım halinde paydaşlar, diğer paydaşların izni olmaksızın marka üzerinde tek başına tasarrufta bulunamazlar.⁵⁸

Nihayet garanti markaları ise; marka sahibinin mal veya hizmet bakımından asgari bir kaliteyi, üretim usullerini, coğrafi menşelerini, mal veya hizmetin ortak özelliklerini garanti ettiği markalardır.⁵⁹ Garanti markaları, ferdi markaların tanınmasına, tutulmasında ve ayırt etme gücünün artmasında etkili olmaktadır.⁶⁰ Örneğin; “TSE”, “ISO 9000”, “CE” ve “WOOLMARK” markaları birer garanti markasıdır.⁶¹

⁵² Çolak, 20. Doğan, 11. Suluk/Karasu/Nal, 163. Abacıoğlu Viskuşenko, 11.

⁵³ Taşkın, 11. Gemci, 109. Abacıoğlu Viskuşenko, 9. Suluk/Karasu/Nal, 162.

⁵⁴ Uzunallı, 39. Çolak, 21. Akbulut, 13. Tekinalp, 371. Abacıoğlu Viskuşenko, 9.

⁵⁵ Uzunallı, 39. Çolak, 586-587.

⁵⁶ Uzunallı, 39. Çolak, 586 vd.

⁵⁷ Uzunallı, 39. Abacıoğlu Viskuşenko, 10. Tekinalp, 371.

⁵⁸ Suluk/Karasu/Nal, 162.

⁵⁹ Taşkın, 12. Gemci, 109. Uzunallı, 40. Suluk/Karasu/Nal, 162. Savaş, 191.

⁶⁰ Uzunallı, 41.

⁶¹ Suluk/Karasu/Nal, 163. Akbulut, 13.

4. Tescil Amacına Göre Markalar

Bir diğer tasnif kıstası olan tescil amacına göre markalar; normal markalar, ihtiyat markaları ve koruyucu markalar olmak üzere üçe ayrılmaktadır.⁶² Normal markalar, sahibinin kullanmak amacıyla tescil ettirdiği ve bilfiil kullandığı markaları tanımlamaktadır.

İhtiyat markaları, sahibinin tescil esnasında kullanmayı düşünmediği ancak ileride kullanmayı planladığı markaları; koruyucu markalar ise, taklit edilmesi muhtemel bir markanın koruma alanını genişletmek ve başkalarını asıl markadan uzak tutmak amacıyla asıl markayla ayırt edilemeyecek veya karıştırılacak kadar benzer nitelikte tescil edilen markalardır.⁶³ Söz temsil “Avec” markasının, ileride meydana gelecek iltibas, sulandırma ve karıştırılma ihtimaline engel olmak üzere; görsel, sesçil, yazınsal olarak çok benzer olan “Aveck” veya “Avek” markalarının tescil edilmesi koruyucu marka örneğidir.

5. Koruma Alanına Göre Markalar

Nihayet koruma alanına göre markalar; markanın tescil yoluyla koruma hakkı elde ettiği alana göre, ulusal marka, bölgesel marka ve AB markası olarak üçe ayrılmaktadır.⁶⁴ AB markası tescili yaptırmak için, marka sahibi gerçek yahut tüzel kişinin AB üye devletlerinden olma zorunluluğu bulunmamaktadır.⁶⁵

D. Sınıfları

SMK içeriğinde tanımlaması yapılmamasına karşın marka sınıfları; Türkiye’nin 1966 yılından bu yana tarafı olduğu 1957 tarihli Nice Anlaşması ve buna dair TÜRKPATENT Tebliğinde belirtilen, SMK’nun 11. maddesi ve Yönetmeliğin 9. maddesinde düzenlenen, tescile konu mal veya hizmetlerin kullanıldığı ya da kullanılacağı mal ve/veya hizmetin kategorik olarak, ana ve alt başlık olarak

⁶² Çolak, 23.

⁶³ Çolak, 23.

⁶⁴ Çolak, 24.

⁶⁵ Çolak, 24.

numaralandırıldığı listeyi ifade etmektedir.⁶⁶ SMK'nun 11/1-c fıkrası gereğince, marka tescil başvurusunda tescili istenen markanın kullanıldığı ya da kullanılacağı mal ve hizmetlerin sınıflara ayrılarak sınıf numaraları ile liste halinde belirtilmesi gerekmektedir.⁶⁷

Her ne kadar EUIPO ve TÜRKPATENT gibi ulusal tescil otoritelerinin düzenlediği ve referans olarak yayımladığı tebliğlerin uluslararası alanda bağlayıcılığı olmasa da 30.12.2016 tarihli 29934 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ, Türk Marka Hukuku açısından en güncel sınıflandırma tebliğidir.⁶⁸ Türk Hukuk Sisteminde, Nice Sınıflandırma Listesi bir yan sistem olarak kabul edilmiştir.⁶⁹ Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'in ilk 1 ila 34. sınıfları ticaret markalarına, 35 ila 45. sınıfları ise hizmet markalarına aittir.⁷⁰

Nice Sınıflandırma Listesi, zamanla meydana gelen teknolojik gelişmeler ve değişimler sebebiyle vuku bulan ihtiyaçlar doğrultusunda güncellenmektedir. Sınıflandırma listelerinin asıl amacı, marka tescil başvuruları ve koruma kapsamının belirlenmesini kolaylaştırmaktır. Zira marka, sadece tescil edildiği sınıflar yönünden koruma hakkı elde edecektir.⁷¹ Marka tescil başvurusunda, tescili talep olunan her bir sınıf için belirlenen başvuru ücreti ayrı ayrı ödenir. Tescil başvurusunda, alt başlık yerine ana başlığın belirtilmesi halinde, başvuruya konu markanın ana başlık altında yer alan tüm marka alt sınıflarını sağladığı ve başvurunun tüm alt sınıflar için yapıldığı kabul edilir.⁷²

⁶⁶ Çolak, 151. Savaş, 41. Suluk/Karasu/Nal, 196. Hakan Pehlivan, "Marka Tescilinde Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasında Yapılacak Değişiklikler Nice Sınıflandırma Sistemi 11. Versiyon" *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* Yıl: 18 C XIX, S 2016/2 2017/1. Nisan. 2017: 150.

⁶⁷ Çolak, 151.

⁶⁸ Savaş, 41. Çolak, 151 dn 627. CJEU C-501/15, EUIPO v. CACTUS kararı, 11.10.2017 tarihli karar, par. 40. <<https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?td=ALL&language=en&jur=C,T,F&num=C-501/15%20P>>.

Ayrıca TPMK ve WIPO Tebliğ ve Sınıflandırma Listeleri için bkz.:

<<https://www.turkpatent.gov.tr/marka-nice-siniflandirma>>.<

https://nclpub.wipo.int/enfr/?basic_numbers=show&class_number=1&explanatory_notes=show&gors=&lang=en&menulang=en&mode=flat¬ion=&pagination=no&version=2024010>.

⁶⁹ Savaş, 42.

⁷⁰ Taşkın, 10-11. Durceylan, Tez, 34. Çolak, 151. Savaş, 42-43. Uzunallı, 53.

⁷¹ Savaş, 41.

⁷² Çolak, 154.

E. Markaların Tescili ve Korunması

1. Marka Tescil Süreci

Ticari hayatta kullanılan bir işaretin marka olarak tescil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna karşın SMK md. 7'ye göre, bir işaretin hukuken korunabilmesi için TÜRKPATENT nezdindeki marka siciline tescili zorunludur; başka bir deyişle işaretin, marka olarak tescil ettirilmemesi halinde SMK'nun sağladığı korumadan faydalanması mümkün değildir. SMK md. 11/2 gereğince, her başvuruda sadece bir markanın tescili yapılmaktadır; bu sebeple korumadan faydalanılabilmesi için her marka için ayrı başvuru yapılması gerekmektedir.

SMK'nun 3. maddesinde göre marka tescil başvurusu, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan yahut vatandaşı olmasa dahi Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde yerleşim yeri olan veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce, Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişilerce, mütekabiliyet ilkesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişilerce yapılabilmektedir.⁷³ Marka tescil başvurusunda bulunan kişinin tacir olması, markanın kullanımda olması şart değildir.⁷⁴

SMK md. 11'e göre marka tescil başvurusu, TPMK nezdinde geçerli kabul edilen başvuru formunun doldurularak elektronik ortamda sunulması ile yapılır. Başvuru formunda; başvuru sahip/lerinin kimlik ve iletişim bilgilerinin, başvuru vekil aracılığı ile yapılıyorsa vekilin kimlik ve iletişim bilgilerinin, varsa rüçhan hakkı talebine ilişkin bilgilerin, SMK'nun 4. ve SMK Yönetmeliğinin 7. maddesinde belirtilen koşulları taşıyan marka örneğinin, marka örneğinde Latin alfabesi dışında başka harf veya harfler kullanılmış ise bunların Latin alfabesindeki karşılığının, marka başvurusuna konu olan malların veya hizmetlerin Nice Anlaşmasına göre sınıf

⁷³ Çolak, 140. Ayrıca TRIPs anlaşmasının 1. maddesi gereğince, Paris Sözleşmesi'nin taraf olmayıp TRIPs anlaşmasına taraf olan ülke vatandaşları da Paris Sözleşmesi'nin taraf devlet mensubu olarak kabul edilmekte ve marka tescil başvurusunda bulunarak korumadan faydalanabilmektedir. Uzunallı, 50.

⁷⁴ Çolak, 139. Uzunallı, 49.

numaraları ve bu numaralara uygun olarak düzenlenmiş listesinin, yetkili kişi veya kişilerce atılmış imzanın, başvuruya ve varsa rüçhan hakkı ile birden fazla başvuruya ilişkin ilave sınıf ücretinin ödendiğine dair bilginin, varsa muvafakatnameye ilişkin bilgilerin, varsa ortak temsilciye ilişkin bilgilerin, varsa ilave sayfa sayısı ve eklere ilişkin bilgilerin yer alması zorunludur. Aksi takdirde başvuru işleminden kaldırılarak başvuru ücreti sahibine iade edilecektir.

TPMK’na yapılan başvuru, kurum tarafından “şeklî” ve “mutlak red nedenleri (esas)” yönünden ilk inceleme sürecine tabi tutulur.⁷⁵ Şeklî inceleme; SMK’nun 15. ve Yönetmeliğin 4, 5 ve 6. maddeleri çerçevesinde yapılır. Şeklî eksiklik bulunması halinde başvuru sahibine eksiklikleri gidermek için iki aylık süre verilir; başvuru tarihi eksikliğin giderildiği tarih saat ve dakika itibarıyla kesinleşir. Eksikliği giderilmeyen başvuru ise işleminden kaldırılır.⁷⁶ SMK’nun 16/1 fıkrasında göre başvurunun şeklî yönden eksikliği bulunmadığına karar verilirse, SMK’nun 5. maddesine göre mutlak red nedenleri yönünden başvurunun incelenmesine geçilir. Bu inceleme esnasında başvuru kapsamındaki mal veya hizmetlerin hangileri yönünden markanın tescil edilip edilemeyeceğine bakılır.

İnceleme sonucunda koşulları taşımayan başvuruların reddine; koşulları eksiksiz taşıyan başvuruların ise -marka başvuru numarası ve tarihi, başvuru sahibinin uyruğu, kimlik ve iletişim bilgileri, markanın örneği, red ve kabul edilen mal ve hizmetlerin listesi ve sınıfları, varsa marka vekiline ilişkin bilgiler, varsa rüçhan hakkına ilişkin bilgi ve belgeler ve sair bilgilere yer verilerek- Marka Bülteninde yayımlanmasına karar verilir.⁷⁷ 556 sayılı mülga MarKHK’dan farklı olarak, 2017/1001 sayılı Yeni AB Marka Tüzüğü’nün 46. maddesine eşdeğer düzenlenen SMK m. 18’de “yayıma” ve m. 20’de “karara” itiraz olmak üzere iki ayrı müessese bulunmaktadır.⁷⁸

Yeni düzenlemeye göre; Marka Bülteninde yayımlandıktan sonra iki aylık süre içerisinde, ilgili kişilerce SMK’nun 5. ve 6. maddeleri çerçevesinde mutlak ve nisbî red nedenleri yönünden yayıma karşı yazılı ve gerekçeli şekilde itiraz

⁷⁵ Çolak, 155. Savaş, 44. Aker, 66. Suluk/Karasu/Nal, 196.

⁷⁶ Savaş, 44. Aker, 68. Uzunallı, 53.

⁷⁷ Çolak, 161. Savaş, 54-55. Uzunallı, 74. Suluk/Karasu/Nal, 197.

⁷⁸ Çolak, 161. Uzunallı, 120. Suluk/Karasu/Nal, 198.

edilebilecektir. İlgili kişi, markanın tescilinden zarar görebilecek kişi anlamına gelmektedir.⁷⁹ İtirazın incelenmesi için muteriz tarafından itiraz süresi içerisinde itiraz ücretinin ödenerek Kuruma bildirilmesi zorunludur; aksi halde itiraz yapılmamış sayılır. Yayına itirazı inceleyecek mercii Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'dur. Kurul, itiraz edilen marka başvurusu incelemesinde yer almamış bir başkan ve en az iki uzman üyeden oluşur. İnceleme esnasında başvurusu sahibi; hem muterizin kullanımını ispat etmesini talep eder hem de markayı kullandığını ispat etmeye çalışır.

YİDK tarafından verilecek olan karara karşı, karardan zarar gören tarafın iki ay içerisinde yazılı ve gerekçeli olarak itiraz etmesi mümkündür. Aynı şekilde karara itirazın süresinde, gerekçeli ve yazılı yapılmaması, itiraz ücretinin ödenmemesi itirazın yapılmamış sayılmasına sebebiyet verecektir. Kurul, gerekli gördüğü takdirde taraflardan itiraz hususunda ek bilgi ve belgeler isteyebilecektir. Karara itiraz, 60 gün içerisinde YİDK tarafından nihai karara bağlanacaktır; 60 gün içerisinde Kurulun sessiz kalması halinde itiraz zımnen reddedilmiş sayılır.⁸⁰ YİDK kararlarına karşı, kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içerisinde Ankara Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi nezdinde iptal davası açılması mümkündür.⁸¹

2. Markanın Hukuken Korunması

Özel hukukta mülkiyet hakkının korunması için öngörülen istihkak, haksız el atmanın önlenmesi gibi davalar, cismani varlığı olmayan fikri hakların korunması bakımından işlevsiz kalmaktadır.⁸² Bu nedenle; fikrî hakların üçüncü kişiler tarafından haksız kullanılmasının önüne geçmek adına, özel kanunlarda koruma mekanizmaları birtakım öngörülmüştür.⁸³ Böylece gayri maddi marka hakkının, sahibine tam kullanma yetkisi vermesinin bir sonucu olarak üçüncü kişilerin izinsiz kullanımı bir hak ihlali teşkil edecek ve hakkın tescilli olması halinde ilgili (marka, patent ve faydalı model, tasarım, coğrafi işaret için) SMK, (fikir ve sanat eserleri için) FSEK ve sair mevzuat düzenlemesi kapsamında koruma gündeme gelecekken,

⁷⁹ Savaş, 56. Çolak, 162-163. Uzunallı, 120. Suluk/Karasu/Nal, 197.

⁸⁰ Çolak, 166. Aker, 173.

⁸¹ Savaş, 76. Çolak, 166. Aker, 67. Uzunallı, 127. Suluk/Karasu/Nal, 206 ve 376.

⁸² Işık Yaşlı, 23. Tekinalp, 6. Altın, 41.

⁸³ Işık Yaşlı, 23. Altın, 41.

tescilsiz olması halinde TBK'nun haksız fiil hükümleri ile TTK'nun haksız rekabet düzenlemeleri gündeme gelecektir.⁸⁴

a. Tescilli Markaların Korunması

Bir işaretin ticari hayatta marka olarak kullanılması için TÜRKPATENT siciline tescil edilmesi mecburiyeti bulunmamakla birlikte, marka hakkı sahibinin 6769 sayılı SMK'nda öngörülen koruma haklarından yararlanabilmesi için bu hakkı tescil ettirmesi gerekmektedir. Böylelikle markasını tescil ettiren hak sahipleri, daha güçlü ve geniş bir koruma elde edecektir. Keza yurtdışında tescilli olsalar dahi, Türkiye'de TÜRKPATENT sicilinde tescilli olmayan markalar, özel yasa olan 6769 sayılı SMK'nun tanıdığı korumadan faydalanamayacaktır.

Marka hakkı, soyut bir hak olmakla birlikte sahibine “kullanma” ve “kendisinden başkalarının kullanmasına engel olma” şeklinde iki tür yetki tanımaktadır.⁸⁵ Dolayısıyla her hak gibi, fikri ve sınai bir mülkiyet hakkı olan marka hakkının da ihlallere ve tecavüzlere karşı korunması mümkündür. Bu koruma tescil yoluyla elde edilir ve TPMK'na başvuru tarihinden itibaren 10 yıl süreyle geçerli olmak üzere kurulmaktadır; sürenin sonunda yapılacak başvuru ile korumayı yenilemek ve her başvuru ile korumayı 10'ar yıl daha uzatmak mümkündür.⁸⁶ SMK 22/3 fıkrası kapsamında sicilde aleniyet ilkesi mevcuttur.⁸⁷ Markayı sicile kaydetmeden önce ticari hayatta kullananlar için tescil kurucu değil açıklayıcı nitelik taşımaktadır.⁸⁸ Hukuki koruma, tazminat davası açma hakkı ve SMK 7/4 maddesince marka hakkı sahibine sağlanan haklar ise, tescilin TÜRKPATENT bültenindeki yayım tarihiyle başlar.⁸⁹

⁸⁴ Işık Yaşlı, 23. Yusufoglu, 25.

⁸⁵ Kızıl, 5.

⁸⁶ Çolak, 568 ve 574. “Koruma süresinin 10 yıl olması, TRIPs anlaşmasına bir aykırılık teşkil etmemektedir. Zira TRIPs anlaşması ‘asgari koruma düzeyi’ni belirlemekte olup üye devletlerin daha düşük derecede koruma öngörmeleri mümkün olmamakla beraber, bundan daha yüksek derecede bir koruma kabul etmeleri mümkündür.” Durceylan, 30. Gönen, 13. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 19.09.2023, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/09/19/trademark-law-in-turkey/>>.

⁸⁷ Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 07.09.2023, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/09/07/smk-m-22-tescil/>>.

⁸⁸ Çolak, 574. Kızıl, 7. Aksi yönde görüş için bkz. Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İltibas veya İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. (İstanbul: Beta Yayınları, 1995) 38-39.

⁸⁹ Çolak, 161 ve 574.

SMK'nun 3. maddesi gereğince tescilin sağladığı korumadan yararlanacak kişiler şunlardır: (a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları, (b) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, (c) Paris Sözleşmesi veya 15.04.1994 tarihli DTÖ Kuruluş Anlaşması hükümleri dahilinde başvuru hakkına sahip kişiler, (ç) mütakabiliyet ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler.

Marka hakkını tescil ettiren hak sahibi, haklarının başka işletmeler tarafından ihlal edilmesi halinde SMK'nun 29. ve 29/1-a fıkra yollaması ile 7. maddelerinde belirtilen korumalardan faydalanabilecektir. Marka hakkının korunmasından kaynaklanan, sahibine sağladığı haklar temel olarak; tecavüzün tespiti, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve kaldırılması, tazminat (maddi, manevi, itibar) davaları ikame etmek ve benzer yahut aynı markalar ile karıştırılma ihtimali yüksek olan markaların sicilden terkinini (tescil engeli olarak koruma)⁹⁰ talep etmek olarak gösterilebilir.

b. Tescilsiz Markaların Korunması

Marka hakkını tescil ettirmeksizin kullanan hak sahiplerinin -markanın tanınmış olması ihtimali haricinde- 6769 sayılı SMK'nda belirtilen koruma hükümlerinden faydalanması mümkün değildir.⁹¹ Zira SMK hükümleri sadece tescilli markaların korunmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu halde marka hakkı, 6102 sayılı TTK'nun 54. ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır.⁹² Fikrî mülkiyet hakları için özel olarak düzenlenen mevzuatlarda fikrî hakkın korunması amaçlanmakta, fikrî mülkiyetlerin ihlal edildiği durumlar özel olarak irdelenmekte, bunların karşılığında uygulanacak yaptırımlar da ayrıca düzenlenmektedir.

⁹⁰ Çolak, 471.

⁹¹ İlhami Güneş, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku 2. Baskı*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020) 27.

⁹² Güneş, 2023, 27. Sabih Arkan, *Marka Hukuku C 1*. (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No 520, 1997) 225.

Haksız rekabet hükümleri ise TTK kapsamında daha genel nitelikli düzenlemelerden ibaret olup fikrî hakkın korunmasından ziyade dürüst ticaretin korunmasını amaç edinmektedir. Böylece özel kanunla düzenlenen geniş ve spesifik koruma yelpazesinden faydalanmak yerine TTK'nun genel hükümlerinde yer alan düzenlemelere göre koruma sağlanacaktır.⁹³

Çalışmamızın devamında haksız rekabete ilişkin detaylı incelemelerde bulunulacak olup tekrara düşmemek adına bu başlık altında değinilmeyecektir. Ancak şunu belirtmekte fayda vardır; haksız rekabet halinin varlığında aranan koşullar ile fikrî ve sınai mülkiyet hakları bakımından düzenlenen kanunlarda koruma için aranan koşullar birbirinden oldukça farklıdır. Çoğu zaman sınai mülkiyet hakkı ihlaline yol açan bir davranış, haksız rekabet olarak görülmemektedir.⁹⁴

Örneğin Yargıtay Özel Daire tarafından onanan bir kararda; tescilli tasarımın yenilenmeyerek hükümden düşmesi nedeniyle korumanın kalktığı ve üçüncü kişilerce tescilsiz tasarımın kullanılmasının artık izne tabi olmadığı, somut olayda 554 sayılı KHK m. 52'ye göre koruma sağlamanın mümkün olmadığına ve TTK m. 56'ya göre de aldatıcı hareket ve hüsünüyet kurallarına aykırılık suretiyle iktisadi rekabetin suistimale uğradığının kanıtlanamadığı, hileli ve rekabeti bozucu davranışın varlığının ispatlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmedilmiştir.⁹⁵ Dolayısıyla tescilli markanın, TTK haksız rekabet hükümleri yerine SMK özel düzenlemeleri kapsamında daha detaylı ve spesifik bir korumadan faydalanacağını söylemek yanlış olmaz.

c. Tanınmış Markaların Korunması

(1) Tanınmış Marka Kavramı

Ülkesellik ve sınıf esaslı koruma ilkeleri gereğince her marka sicile kayıtlı olduğu mal ve hizmetler özelinde, tescil edildiği ülkede korunma hakkına sahiptir; başka bir deyişle, kural olarak bu mal veya hizmetlerin ve koruma ülkesinin (*lex loci*

⁹³ Uluslu, 371.

⁹⁴ Ozan Ali Yıldız, *Haksız Rekabet Hukuku*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023) 11.

⁹⁵ Yargıtay 11. HD. 13.11.3018 T. 2017/1401 E., 2018/6999 K. sayılı kararı.

protectionis) dışında korunma hakkı markaya tanınmamaktadır.⁹⁶ Bu kuralın istisnası olarak tanınmış markalar gösterilebilir; tescil ilkesinin istisnasını oluşturan tanınmış marka, marka hukukunda en çok tartışılan konuların başında gelmektedir.⁹⁷

Tanınmış markanın her somut olaya göre farklılık göstermesi ve değişken olması sebebiyle, ne 1965 tarihli mülga 551 sayılı Markalar Kanunu'nda, ne mülga 556 sayılı MarKHK'da ne de güncel 6769 sayılı SMK'nda bu kavramın tanımı yapılmamıştır.⁹⁸ Yalnızca SMK'nun 6/4, 6/5 ve 7/2-c fıkralarında, "*Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar*"dan ve "*Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi*"nden bahsedilmektedir. Ancak Paris Sözleşmesi'nde de tanınmış marka kavramının açıklaması bulunmamaktadır.⁹⁹ Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi, 1925 yılında yapılan La Haye Konferansı'nda eklenmiş olup üye ülkelerin korunmayı talep ettikleri ülkede tescil edilmemiş ve bu nedenle korunmayan markalarının üçüncü kişilere karşı korunması amaçlanmıştır.¹⁰⁰

Mevzuattaki bu boşluk, Türk Hukukumuzda doktrin ve içtihatlarla doldurulmaya çalışılmaktadır. Arkan tanınmış markayı, "*reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş, o markayı taşıyan mal ve hizmetlerle ilgisi olmayan kişilerce de bilinen marka*" olarak tanımlamaktadır.¹⁰¹ Tekinalp ise, "*dünya çapında olmasa bile, yurt içinde ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesi'nin üye devletlerden birinin vatandaşı veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait marka*" olarak tanımlamaktadır.¹⁰² Yasaman da tanınmış markayı Tekinalp ile benzer bir şekilde tanımlarken, "*ilgili çevrelerce bilinme*" kriterinin ürünün hitap ettiği müşteri kitlesine göre belirlenmesi gerektiğini

⁹⁶ Suluk/Karasu/Nal, 4. Güneş, 2023, 216. Çolak, 594. Kıdıl, 44. Yargıtay 11. HD. 25.12.1999 T. 1999/4928 E., 1999/7026 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr) Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 19.09.2023, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/09/19/trademark-law-in-turkey/>>.

⁹⁷ Çolak, 463 vd.

⁹⁸ Hamdi Yasaman, Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C I*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005) 247. Zeynep Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020) 88.

⁹⁹ Akbulut, 15 ve 23. Hanife Öztürk Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması 1. Baskı*. (Ankara: Seçkin Yayınları, 2003) 52.

¹⁰⁰ Akbulut, 21. Dirikkan, 51. Dilmaç, 71. "1883 yılında 11 ülke tarafından imzalanan Paris Sözleşmesi, imzalandıktan sonra 1925, 1934, 1958, 1967, 1990 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin adı sırasıyla: La Haye, Londra, Lizbon, Stockholm ve Brüksel'dir."

¹⁰¹ Arkan, 93.

¹⁰² Tekinalp, 411.

ifade etmektedir.¹⁰³ Kayıhan ise tanınmış marka için, “Türkiye’de tescilli olsun ya da olmasın, bir gerçek ya da tüzel kişiye sıkı bir şekilde aidiyetlik, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir pazarlama ve dağıtım ağına sahip olan, sadece markanın hitap ettiği sektörde değil, diğer sektörlerde de bilinen, coğrafi sınır, kültür, yaş farkı da gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya bir çağrışım çıkaran markalardır.” ifadesini kullanmaktadır.¹⁰⁴

Yargıtay Özel Daire’nin bir kararına, “Tanınmış marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde marufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri akraba, dost, düşman, ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan çağrışımdır... Tanınmış marka kavramı ile, bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çağında olmasa bile yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesi’ne üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait bulunan markalar kastedildiği anlaşılmalıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁰⁵

(2) Tanınmış Marka ile Bağlantılı Kavramlar

Yukarıda belirtilen tanımlamaların dışında tanınmış marka, Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış marka ve Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka olmak üzere ikiye ayrılır; bu iki kavramın genel adı olup başlı başına bir kavramdır.¹⁰⁶ Bunun yanı sıra, tanınmış marka ile ilintili olan herkesçe bilinen marka, maruf marka, ünlü marka, dünya markası gibi kavramlara da değinmekte fayda vardır.

Herkesçe bilinen marka kavramı, yeni ve farklı bir kavram gibi görünse de Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesinde yer alan “well-known” ifadesinin

¹⁰³ Yasaman, KHK Şerhi, 410.

¹⁰⁴ Şaban Kayıhan, “Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C VII, S 1-2. Haziran. 2003: 426.

¹⁰⁵ Akbulut, 25. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 29.01.1999 T. 1998/5372 E., 1999/256 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

¹⁰⁶ Asena İrem Okudur, Paris Sözleşmesi’ne Göre Tanınmış Marka ile Türkiye’de Belirli Bir Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması Yüksek Lisans Tezi. (Ankara: Başkent Üniversitesi, 2022) 2.

çevirisinden ibarettir.¹⁰⁷ Esasen burada çeviri hatası mevcuttur, zira bu ifadenin Türkçemizdeki karşılığı “iyi bilinen” anlamına gelmektedir.¹⁰⁸ Dolayısıyla bu kavram, tanınmış marka için aranan bir koşuldan öteye geçmemektedir.

Maruf marka, 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’nun 15/2 fıkrasında kullanılmıştır ve tanınmışlık durumunun bir çevreyle sınırlı olduğu marka türünü ifade eder.¹⁰⁹ Başka bir deyişle maruf marka, yalnızca belirli bir bölgede tanınan, belirli alıcı çevresinin dışına çıkmayan markadır.¹¹⁰ Fakat Paris Sözleşmesi’ne göre, tanınmış markanın Türkiye’de kullanılması koşulu bulunmadığı için bu terim, tanınmış markayı tanımlamada yetersiz kalmaktadır.¹¹¹

Bir diğer terim olan ünlü marka, yüksek ve olağanüstü tanınmışlığı bulunan, yalnızca tescil edildiği mal veya hizmetin hitap ettiği çevre tarafından değil herkesçe iyi bilinen markayı tanımlamaktadır.¹¹² Ünlü markanın, tanınmış marka kavramını tam olarak karşıladığı noktasında görüş birliği bulunmamaktadır. Dirikkan’a göre, tanınmış marka ile ünlü marka birbirlerinden farklı kavramlar olup ünlü markanın tanımlama koşulları daha esnek yorumlanarak tanınmış markanın bir türü olduğundan söz etmek mümkün değildir.¹¹³ Oytaç’a göre, tanınmış markalar sadece aynı veya benzer mal ve hizmetler için korunurken, ünlü markalar bütün mal ve hizmetler yönünden korunur.¹¹⁴ Ünlü marka ve tanınmış marka için ayrı ayrı yasal düzenleme ve tanımlama bulunmadığından, koruma açısından tanınmış markalar için geçerli olan hükümler uygulanmaktadır.¹¹⁵

Son olarak dünya markası ise; toplumda somut bir mal veya mal grubu ile özdeşleşmiş, dünya çapında satılan, fiilen bazı ülkelerde markanın kullanıldığı

¹⁰⁷ Okudur, 3.

¹⁰⁸ Okudur, 3. Dilek İmirlioğlu, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi 2. Bası.* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018) 213.

¹⁰⁹ Akbulut, 29. Okudur, 4. Şule Dilmaç, *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Sulandırılması.* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014) 33.

¹¹⁰ Akbulut, 29. Abacıoğlu Viskuşenko, 18.

¹¹¹ Akbulut, 29. Dirikkan, 41.

¹¹² Akbulut, 30.

¹¹³ Dirikkan, 43-44.

¹¹⁴ Kutlu Oytaç, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku 1. Baskı.* (Ankara: Beta Yayınevi, 2002) 59-60. Okudur, 5.

¹¹⁵ Dirikkan, 44. Akbulut, 30.

malların satışı yapılmasa dahi bu ülkelerde de bilinen markalardır.¹¹⁶ Söz temsil; “Prada”, “Pepsi”, “McDonald’s”, “Nike” gibi markalar dünya markalarıdır. Dünya markaları, yüksek tescil masraflarından dolayı her ülkede tescil edilemezler.¹¹⁷ Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesi ile, tanınmış bir markanın tescil edilmediği ülkede dahi koruma hakkı elde edeceğinden, dünya markası kavramından bahsetmenin pratikte bir faydası bulunmamaktadır.¹¹⁸ Zira bir markanın tanınmış marka olarak zikredilebilmesi için dünya markası olma mecburiyeti bulunmamaktadır.¹¹⁹

Esasen yukarıda izah edilen benzerlik taşıyan tanımlar, tanınmış markanın birer unsuru olup tek başlarına tam karşılığını teşkil etmemektedir. Ayrıca farklı ve yeni bir anlam ifade etmedikleri için, tanınmış marka yerine tercih edilebilecek bir terim vasfını haiz değildir.

(3) Tanınmış Markanın Kriterleri

Ülkemizin de tarafı olduğu, Paris Sözleşmesi ve TRIPs anlaşmasının İngilizce metinlerinde “*wellknown mark*”, ABD Lanham Act’te “*famous marks*”, AB mevzuatında ise “*reputed mark*” veya “*mark, has a reputation*” olarak adlandırılan tanınmış marka; farklı sınıf mal ve hizmetler yönünden de koruma elde edebilecek derecede tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek markalardır.¹²⁰ Paris Sözleşmesi’nin 1. ve mükerrer 6. maddesinde yer alan “herkesçe bilinme” koşulundan vazgeçilerek, TRIPs anlaşmasının 16.2 maddesinde yer aldığı üzere “ilgili sektörde tanınmışlık” hususunun yeterli olacağı kararlaştırılmıştır.¹²¹ Yapılan değişiklikle “ilgili sektörde tanınmışlık” konusunda “sektördeki ilgililerin önemli bir bölümü” denilmekle sayısal

¹¹⁶ Akbulut, 30. Dirikkan, 47. Oytaç Kutlu, “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşası”, *İstanbul Barosu Dergisi C 75, S 789*. 2001: 839. Dirikkan, 47. Tekinalp, 411. Abacıoğlu Viskuşenko, 18.

¹¹⁷ Akbulut, 31.

¹¹⁸ Okudur, 4. Sami Karahan, “Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı”, *Ankara Barosu FMR Dergisi, C 4, S 2*. 2004:19-20. Dılmaç, 72.

¹¹⁹ Oğuzhan Hacıömeroğlu ve Zeliha İnce, “Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler İle Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markanın Sulandırılması”, *Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi C 6, S 1-75*. Haziran. 2020: 96-97. Hamdi Yasaman, Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C I*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004) 253.

¹²⁰ Çolak, 464. Yasaman, 89 dn 272. CJEU C-328/06, Afredo Nieto v. Leonci Monlleo, 22.11.2007 tarihli kararı, par. 17. Durceylan, 47.

¹²¹ Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 14.04.2023, E.T. 29.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/04/14/taninmis-marka-kullanim/>>.

veya oransal bir açıklamaya yer verilmemektedir.¹²² Elbette herkesçe bilinme olgusundan, mal veya hizmetin hitap ettiği ilgili kesim anlaşılmalıdır.¹²³ Markanın kapsamına giren mal ve hizmetler, genel nitelikteki tüketim ürünü ilişkinse; ilgili kesim, geniş anlamda kamudur. Eğer mal veya hizmetin çok özel bir uygulaması varsa veya yalnızca profesyonel ya da endüstriyel kullanıcı hedef alıyorsa ilgili kamu, söz konusu mal ve hizmetle ilgilenen alıcılarla sınırlı olacaktır.¹²⁴

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün (WIPO) Tanınmış Markalar Uzmanlar Komitesi (Committee of Experts on Well-Known Marks) tarafından, herhangi bir markanın tanınmış olup olmadığı kanısına varabilmek için kıstas olarak belirlediği bir takım kriterler bulunmaktadır.¹²⁵ Bu kriterler; markanın sektörde bilinme/tanınma derecesi, markanın kullanım süresi, derecesi, coğrafi bölgesi, markanın uygulandığı ürün ya da hizmetlerin fuar veya sergilerdeki tanıtımları, reklam ve sunumların süresi, derecesi ve coğrafi bölgesi, markanın tanınmış olduğuna ilişkin mahkemeler ve kurumlar nezdinde yapılan değerlendirmeler, marka hakkını korumak için marka sahibi tarafından yapılan girişimler, markanın korunduğu bölgedeki pazar payı, markanın doğuştan veya kazanılmış ayırt ediciliğinin derecesi, markanın elde ettiği kalite imajı, markanın dünyada ne ölçüde tescilli olduğu, markanın dünya çapında elde ettiği tescilin münhasırlığı, markanın dünya çapında ne ölçüde kullanıldığı vb. olarak belirtilmektedir.¹²⁶ Elbette bu kriterler, tanınmışlığın belirlenebilmesi için bir ön koşul değil, sadece Komite tarafından referans olarak belirlenmiş bir rehber niteliğindedir. Öyle ki bazı durumlarda bu kriterlerin tümü yerine bir veya birkaç tanesinin varlığı yeterli olabilmekte, hatta bazı durumlarda hiçbir kriter esas

¹²² Çolak, 466. Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019) 70.

¹²³ Çolak, 466.

¹²⁴ EUIPO, Guidelines for Examination in the Office, Part C Opposition, V.1, 01.02.2020, 1074. Ayrıca bkz. T-345/08 & T-357/08, Botolist v. Botocyl; 10/05/2012, C-100/11 P, par. 65-67. R 1265/2010-2, MATTONI (fig.) v. MATTONI 04/08/2011, par. 44.

¹²⁵ Çolak, 481 vd. Akbulut, 31 vd. Abacıoğlu Viskuşenko, 29 vd. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 14.04.2023, E.T. 29.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/04/14/taninmis-marka-kullanim/>>.

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tanınmış Markalar Uzmanlar Komitesi'nin Cenova'da 20-23 Kasım 1997 tarihleri arasında düzenlediği üçüncü oturumda belirtilen kriterler için ayrıca bkz. s. 15.

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wkm_ce_iii/wkm_ce_iii_2.pdf>.

¹²⁶ Okudur, 19 vd. Uğur Aktekin, Güldeniz Doğan Alkan ve İbrahim Barış Sayar, "Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı", *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C II, S 2*. Aralık. 2016: 12-13.

alınmadan başka unsurlarla tanınmışlık değerlendirmesi ve tespitin yapılması dahi mümkündür.¹²⁷

Bunun yanı sıra TPMK'nun da WIPO'nun getirdiği kriterlerden temel olarak ayrılmaksızın tanınmış markanın varlığını tespit edebilmek için belirlediği bazı kriterler mevcuttur.¹²⁸ Bu kriterler; ayırt edicilik derecesi, tanıtım faaliyetleri, marka değeri, marka tescilinin ve kullanımının yayıldığı coğrafi alan, markanın tescil süresinin eskiliği, marka sahibi firmanın özellikleri (cirosu, çalışan sayısı, ihrac miktarı, şube sayısı vb.), markayı taşıyan ürünlerin dağıtım kanalları ve ürünlerin ithalat-ihracat olanakları, markanın tanınmışlığına ilişkin kamuoyu araştırması, mahkeme kararları varsa bunların sonuçları ve marka hakkını korumaya yönelik etkili çalışmaların varlığı, markayı taşıyan ürüne dair alınan belgeler ve ödüller, markanın niteliği itibarıyla tecavüze açık olup olmaması ve tecavüz eylemlerine maruz kalıp kalmadığı, marka tescilinin kapsadığı mal veya hizmet portföyünün genişliği, tanınan markanın tanınmışlık düzeyini koruduğu süredir.¹²⁹

Ayrıca TPE tarafından yalnızca bir kez yayınlanan ve güncellenmeyen Resmi Marka Gazetesi Özel Sayısında, 1883 tarihli Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesi ve 556 sayılı KHK'nın 7/1-(1) bendine göre tanınmış marka olarak kabul edilen markalar yayınlanmıştır; Beko, BMW, Arçelik, Camel, Coca-Cola, Grundig, Kodak, Lacoste, Mercedes, Marlboro gibi markalar belirtilen özel sayıda yer almıştır.¹³⁰ Resmi Marka Gazetesi Özel Sayısından sonra, TPE tanınmış marka başvurularını kabul etmeye de başlamış ve çevrimiçi olarak tanınmış markaların sorgulanabildiği bir liste oluşturmuştur.

¹²⁷ Samiye Eyüboğlu, "Tanınmış Marka", *Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C I, S 2001/2*: 117-119. Okudur, 19. Dilmaç, 57. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 14.04.2023, E.T. 29.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/04/14/taninmis-marka-kullanim/>> İstanbul BAM 44. HD. 08.12.2022 T. 2020/1705 E., 2022/1721 K. sayılı kararı.

¹²⁸ Tekin Memiş ve Tolga Ayoğlu, *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009) 126. M. Anıl Arslanoğlu ve Aksu Dağcı, "Tanınmış Marka", *Legal Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Dergisi, C 2, S 6*. Haziran. 2006: 87. Hamdi Yasaman, *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C I*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007) 1193. Abacıoğlu Viskuşenko, 42 vd.

¹²⁹ Okudur, 27 vd. Aktekin/Doğan Alkan/Sayar, 13-14.

Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından 2006 yılında yayımlanan Markaların Tanınmışlık Düzeyleri ile İlgili Esaslar ve Uygulaması Hakkında Tebliğ için bkz. <<https://www.turkpatent.gov.tr/ozel-korunan-markalar-bilgisi>>.

Doğukan Berk Aksoy, aksoy-ip.com, G.T. 03.02.2021, E.T. 16.03.20224. <<https://www.aksoy-ip.com/post/taninmis-markalarin-korunmasina-iliskin-kilavuz>>

¹³⁰ Aytekin/Doğan Alkan/Sayar, 10. Eyüboğlu, 112.

Uygulamada mahkemeler de tanınmış markanın tespitini yaparken, somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde yukarıda belirtilen kriterlerden faydalanmalıdır.¹³¹ Ancak tanınmışlık tespitinin hâkim eliyle mi yoksa bilirkişi vasıtasıyla mı yapılacağı noktasında görüş farklılığı bulunmaktadır.¹³² Karahan ve Tekinalp'e göre; tanınmış markayı belirlemek teknik bilgi ve donanım gerektirdiğinden, bu husus bilirkişi vasıtası ile araştırılmalı ve ortaya konmalıdır ki Yargıtay'ın da bu konuda bir kararı mevcuttur.¹³³ Aksi görüşteki Çolak'a göre, bir markayı tanınmış marka olarak nitelendirmek teknik bilgi gerektirmemektedir, bu nedenle hâkim tanınmışlık tespitini re'sen yapmalıdır.¹³⁴

Kanaatimce, her ne kadar tanınmış markanın referans kriterleri WIPO ve TPMK tarafından belirlenmiş olsa da tanınmış marka, yalnızca ilgili sektörde faaliyet gösteren veya iştigal eden kişilerce bilinebileceğinden -örneğin mahkeme hâkiminin farklı uzmanlık alan bilgisi gerektiren tıbbi cihaz firmasının tanınmış olduğunu re'sen takdir etmesi mümkün olmayacağından- bu konuda tanınmış markanın faaliyet gösterdiği ve varsa tescil edildiği, alanında uzman bilirkişilerden rapor alınması isabetli olacaktır. Nitekim "hukukçu bilirkişiler"ın görev alarak tanınmış markayı tespit edebileceğini öngören Yargıtay kararı da eski tarihlidir ki "hukukçu bilirkişilik" sistemi 6100 sayılı HMK'nda kaldırılmıştır.

(4) Korunması

Tanınmış markalar 6769 sayılı SMK kapsamında sahiplerine; tescil engeli olarak, hükümsüzlük sebebi olarak, markanın başka şahıslar tarafından kullanılmasına engel olarak ve Türkiye'de gerçek sahibinin kullanılmasını sağlama olarak koruma sağlamaktadır. Tanınmış bir markanın Türkiye'de koruma elde edebilmesi için; başka bir ülkede tanınmasa dahi TPMK nezdinde Türkiye'de tanınan marka olduğu tespit edilmeli ya da Türkiye'de faaliyette bulunmasa dahi Türkiye'de

¹³¹ Okudur, 86.

¹³² Abacıoğlu Viskuşenko, 115.

¹³³ Tekinalp, 413. Sami Karahan, *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları 1. Baskı*. (Konya: Mimoza Yayınları, 2002) 77. Yargıtay 11. HD. 04.11.2010 T. 2009/838 E., 2010/11241 K. sayılı kararı.

¹³⁴ Uğur Çolak, "Paris Sözleşmesi'nin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri", *Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Y 4, C 4, S 2004/2*. 2004: 65-66.

ve yurtdışında tanınan bir marka olmalıdır.¹³⁵ Başka bir deyişle, tanınmış markaya aynı veya benzer mal ve hizmetler yönünden koruma sağlanabilmesi için Türkiye’de tescil edilmesi şartı bulunmamakla birlikte, farklı mal ve hizmetler bakımından tescil engeli oluşturabilmesi için Türkiye’de tescilli olması şarttır.

Tecavüze karşı koruma, SMK’nun 29/1-a fıkrasında yapılan gönderme doğrultusunda SMK’nun 7. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; Türkiye’de tescilli tanınmış bir marka bulunmalı ve bu markanın tescil edildiği mal ve/veya hizmetlerden farklı olsa bile tanınmış markanın Türkiye’deki tanınmışlık düzeyi nedeniyle itibarından haksız bir yarar elde edilmesi yahut tanınmış markanın itibarına zarar verici veya ayırt edici karakterini zedeleyici davranışta bulunulması (sulandırma, bulandırma, aşındırma, haksız yararlanma) hallerinden birinin somut olayda mevcut olması gerekmektedir. Ancak SMK’nun sağladığı koruma, Türkiye’de tescilli olan markaları kapsamaktadır.¹³⁶ Dolayısıyla Türkiye’de tescilli olmayan yahut başvuru aşamasında olmayan Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış markalar, Türkiye’de tecavüze karşı korumadan yararlanamayacaktır.¹³⁷

Marka hakkının korunmasından kaynaklanan, sahibine sağladığı haklar temel olarak; tecavüzün tespiti, tecavüzün durdurulması, önlenmesi ve kaldırılması davaları ile -Türkiye’de tescilli olması koşuluyla- tazminat (maddi, manevi, itibar) davası ikame etmek ve benzer yahut aynı markalar ile karıştırılma ihtimali yüksek olan markaların sicilden terkinini (tescil engeli olarak koruma)¹³⁸ talep etmek olarak gösterilebilir.

Mülga MarkKHK’dan farklı olarak SMK’nda tescil olmaksızın salt tanınmışlık hususu mutlak red nedeni olmaktan çıkartılarak nispi red nedeni olarak ele alınmıştır ve bu haliyle tescil engeli olarak koruma sağlamaktadır. Tescilli tanınmış markanın mutlak red nedeni olarak TPMK nezdinde re’sen korunması, SMK 5/1-ç fıkrası ile mümkündür. SMK m. 6/5 gereğince, tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar

¹³⁵ Akbulut, 21-22. Dirikkan, 51. Kayıhan, 427. Tekinalp, 412. Dilmaç, 73.

¹³⁶ Abacıoğlu Viskuşenko, 129.

¹³⁷ Abacıoğlu Viskuşenko, 129. Dirikkan, 79-80.

¹³⁸ Çolak, 471.

görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hallerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı sebep bulunması hali haklı kalmak kaydı ile tanınmış marka hakkı sahibinin itirazı üzerine reddedilecektir.

SMK m. 25'e göre; tanınmış bir marka, sahibi dışında üçüncü bir kişi tarafından TÜRKPATENT sicilinde tescil edilmişse, tanınmış markanın sahibinin tescile karşı açacağı bir dava ile marka tescilini sicilden sildirmesi mümkündür. Buna hükümsüzlük nedeni olarak koruma denir.

Biz de Çolak, Tekinalp ve Dirikkan'ın görüşüne katılarak, SMK madde 7 hükmünün yoruma kapalı olacak şekilde açık olduğunu belirtilerek, Türkiye'de tescilli olmayan tanınmış markalar yönünden SMK'nun sağladığı korumadan faydalanılamayacağını kabullenmekteyiz.¹³⁹ Bu doğrultuda yukarıda belirtildiği gibi, TÜRKPATENT sicilinde kayıtlı olma halinde SMK'nun, kayıtlı olmama halinde ise haksız rekabet hükümlerinin sağladığı korumadan faydalanılacaktır.

Tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek markalar, bir faaliyet alanında sicile kayıtlı olmasalar dahi o alanda tüketici nezdinde kabul görmüş ve nam salmış ise evrensel korunma hakkına sahip olabilecektir.¹⁴⁰ Tüketici nezdinde kabul görme, nam salma, bilinilir olma gibi kavramlardan anlaşılması gereken, markanın temsil ettiği mal ve

¹³⁹ Abacıoğlu Viskuşenko, 129-130. Tekinalp, 492. Dirikkan, 79-80. Çolak, 472-473.

¹⁴⁰ Kıdıl, 47. Çolak, 464 ve 594. Tanınmış marka hakkında; mevzuatımızda yahut uluslararası sözleşmelerde bir tanımlama yapılmamakla birlikte, SMK 6/4, 6/5 ve 7/2-c fıkralarında Paris Sözleşmesi'ne atıf yoluyla değinilmiştir. Paris Sözleşmesi'nin 1. Mükerrer 6. Maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: *"Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir kişiye ait olduğu aynı veya benzer mallar için kullanıldığı iyi bilinen tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde re'sen, gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi veya iptal etmeyi taahhüt ederler. Markanın önemli bir bölümünün tanınmış bir markanın prodüksiyonundan oluşması veya bu tanınmış markayla karıştırılabilecek bir taklitten ibaret olması durumunda da bu hükümler geçerli olacaktır."* Tanınmış markayla ilgili bir diğer önemli uluslararası metin olan TRIPs anlaşmasının 16/2 ve 3. fıkraları şu şekilde kaleme alınmıştır: *"(2) Paris Sözleşmesi'nin 6. mükerrer maddesi markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere de uygun düştüğü ölçüde (mutadis mutandis) uygulanacaktır. Üyeler bir markanın tanınmış olup olmadığını tespit ederken, markanın promosyonu sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunu dikkate alacaklardır. (3) Paris Sözleşmesi'nin 6. mükerrer maddesi markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere benzemeyen mal veya hizmetlere de uygun düştüğü ölçüde kullanılacaktır. Ancak şu koşulla ki, markanın bu mal ve hizmetlerle ilgili kullanımı bu mal veya hizmetlerle ilgili tescilli markanın sahibi arasında bir bağlantı olduğunu göstermeli ve bu kullanım şekli nedeniyle tescilli ticari marka sahibinin menfaatlerinin zarar görme olasılığı mevcut olmalıdır."* Görüldüğü üzere; ülkemizin de taraf olduğu işbu sözleşmelerde, tanınmış markanın üye devletlerce ne şekilde korunacağı kararlaştırılmıştır.

hizmetle ilgili sektördeki tüketici veya halk tarafından markanın bilinmesi ve kabul görmesidir.¹⁴¹ Örneğin; dokuzuncu sınıfta yer alan giyilebilir teknolojik cihaz alanında sicile kayıtlı olarak faaliyet gösteren bir markanın, on beşinci sınıfta yer alan müzik aletleri alanında sicile kayıtlı olmamasına rağmen bu alanda da tanınmış, tüketici nezdinde herkesçe bilinen, kabul görmüş ve ayırt ediciliği yüksek olması halinde korumadan faydalanabileceğinden bahsetmek mümkündür.¹⁴² Zira marka ne kadar tanınmış ise tüketicide uyandıracığı satın alma isteği de “marka korsanları”¹⁴³ tarafından taklit edilme isteği de o kadar artacağından, tanınmış markanın mütecavizin kazancına etkisi de bu oranda artacaktır.¹⁴⁴

Yargıtay bir kararında; ayırt edicilik unsuru bulunmayan, anonim bir şiirde yer alan, felsefi ve tasavvufi konuda topluma mal olmuş “Gelin Tanış Olalım” ibaresinin, markanın hükümsüzlük koşullarını barındırması sebebiyle davacı adına koruma sağlamayacağından bahisle davacının maddi tazminat talebi içeren davasını reddetmiştir.¹⁴⁵

Yargıtay Özel Daire; TPMK nezdinde 16. ve 41. sınıflarda tescilli ve tanınmış marka olan “Koç” ibareli davacı markasının, davalı tarafından işletme tabelası, broşür, afiş, flama, tanıtım gibi malzemelerde ve “www.bakirkoykocegitim.com” ile “www.kocogretim.com” isimli internet sayfalarında yine 41. sınıfta “kamp odaklı çalışma, öğretim, temel lise” alanında kullanıldığı somut olayda, tanınmış marka yönünden karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğu gerekçesiyle tazminata takdir eden yerel mahkemenin kararını onamıştır.¹⁴⁶ Yargıtay bir kararında, bankacılık

¹⁴¹ Yasaman, 91. ABAD içtihatlarına göre “halkın önemli bir kısmı” tarafından bilinmesi gerekmekte olup bu kavramla AB üye ülkelerinin tamamında tanınma, bilinme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca bu konuda halkın belirli bir yüzdesi veya belirli bir sayıda bilinmesi, tanınması gibi bir koşul da yoktur. “İlgili sektördeki halk” kavramından, mal ve hizmetlerin halihazırdaki müşterileri ile potansiyel alıcıları anlaşılmalıdır. CJEU C-375/97, General Motors, 14.09.1999 tarihli kararı, par. 25-28.

¹⁴² Çolak, 595.

¹⁴³ Hacıömeroğlu/İnce, 81. Ülgen Aslan Düzgün, “İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz”, *Türk Adalet Akademisi Dergisi Y 9, S 36*. Ekim. 2018: 153 dn 60. Caner Yenidünya ve Fatih Birtek, *İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı*. (İstanbul: Adalet Yayınevi, 2013) 495. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 31.05.2011, E.T. 17.03.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2011/03/31/marka-korsanligi>>

¹⁴⁴ Uzunallı, 212.

¹⁴⁵ Yargıtay 11. HD. 22.05.2023 T. 2021/8786 E., 2023/3131 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

¹⁴⁶ Yargıtay 11. HD. 01.06.2022 T. 2021/295 E., 2022/4309 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

sektöründe faaliyet gösteren tanınmış markanın, başka sınıflarda da korunmak istemesini makul ve haklı görmüştür.¹⁴⁷

Yargıtay HGK'nin bir kararında; davacıya ait TPMK nezdinde temizlik ürünleri sınıfında tescilli “Fairy+şekil” tanınmış markasına konu şişe biçiminin “Fairy” ürünü ile özdeşleştiğini ve tanınmış hale geldiğini, davalının bu şişe şeklini birebir taklit ederek sattığını öne sürerek maddi tazminat talep ettiği davada, davalının faaliyetinin tamamen farklı bir sınıf olan ambalaj üretim ve pazarlama niteliğinde olduğu, davacının şişe şekli yönünden tasarım hakkı sahibi olmayıp markanın şişe içerisindeki ürün ve üzerindeki “kuşak ve damla” şekillerine ilişkin olduğu, tescillenen markanın içerisine konulduğu ambalajın işlevi ve teknik zorunluluk sebebiyle ambalajın aldığı şekli korumayacağı, markanın ambalaj için inhisari hak sağlamayacağı, davalı tarafından üretilen şişelerin boş olarak satıldığı ve ileride mutlak surette bu boş şişeler içerisine temizlik malzemesi konulacağından bahsedilemeyeceği, temizlik malzemesi konulsa dahi mütecavizin bu malzemeyi koyan kişi olacağı gerekçeleriyle davacının davasının reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁸

3. Fikrî Hakların Kümülatif Korunması İlkesi

a. İlkenin Tanımı

Bazen hak sahibinin ortaya koyduğu ürün, birden fazla fikrî hakkı içerisinde barındırabilmektedir. Söz temsil; Tesla marka Cybertruck model bir otomobilin geometrik şekildeki iskelet tasarımı tasarım mevzuatıyla, yakıt tasarrufu sağlayan ve elektrikle çalışan motor sistemi buluşları patent mevzuatıyla, otomobilin hangi işletmeye ait olduğu noktasında ayırt edicilik sağlayan ve kaynak gösteren işaret ise marka mevzuatı kapsamında korunur.¹⁴⁹ Somut olaydaki gibi bir fikrî ürünün, tescil şekli şartlarını sağlayarak aynı anda birden çok mevzuatın korunması altındaysa kümülatif koruma ilkesi gündeme gelecektir.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Güneş, 377. Yargıtay 11. HD. 23.01.2015 T. 2014/14097 E., 2015/951 K. sayılı kararı.

¹⁴⁸ Yargıtay HGK 21.06.2023 T. 2022/83 E., 2023/670 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

¹⁴⁹ Suluk/Karasu/Nal, 19.

¹⁵⁰ Suluk/Karasu/Nal, 19.

Kümülatif koruma ilkesi, “mevzuattaki birden fazla hükümle aynı anda korunabilme, çoklu korunma” anlamına gelmektedir.¹⁵¹ Küümülatif koruma terimi, fikrî hakların kümelenmesine dayalıdır ve fikrî haklar birbiriyle kesişen halkalara benzetilmektedir.¹⁵² AB mevzuatında 98/71/AT sayılı Yönergenin 16. ve 17. maddeleri ile 6/2002 sayılı Tüzüğün 96. maddesinde düzenlenen bu ilke hukukumuzda da geçerlidir.¹⁵³

Şehirali Çelik, aynı unsurun iki farklı koruma konusunun kapsamında kalması halinde “*talep normlarının yarışması*” ve “*taleplerin yarışması*” kavramlarının gündeme geleceğini, tek bir talep hakkının birden fazla yasal düzenlemeye dayandırıldığı halde talep normlarının yarıştığını, bu ihtimalde farklı sebeplere dayalı tek bir talep bulunduğunu; birden çok ve birbirinden bağımsız talep bulunması halinde ise taleplerin yarıştığını, bu ihtimalde ise taleplerin aynı ekonomik amaca hizmet ettiğini, her iki ihtimalde de tek bir talebin ifa edilmesinin yeterli olacağını savunmaktadır.¹⁵⁴

Bozgeyik/Er’e göre kümülatif koruma; aralarında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmayan hukuki sebeplerin yığılması anlamına gelmekte olup bu durumda ihlal olunan haklar yarışmakta ancak talepler yığılmamaktadır ve ihlal edilen farklı haklara dayalı ayrı taleplerde bulunulması mümkün ise de tek bir tazminata hükmedilmelidir.¹⁵⁵

Uzunallı; aynı ürün üzerinde bulunan birbirinden farklı ve birden fazla fikrî mülkiyet hakkının ihlal edilmesi halinde taleplerin yığıldığını fakat birbirinden farklı fikrî mülkiyet koruması altında olan tek bir ürünün varlığı ve ihlal edilmesi halinde ise hakların yarıştığını öne sürmüştür.¹⁵⁶

¹⁵¹ Işık Yaşlı, 115. Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, “Tasarımlar İçin Küümülatif Koruma”, *Ticari ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C 5, S 1*. Haziran. 2019: 23.

¹⁵² Suluk/Karasu/Nal, 19. Bozgeyik/Er, 24.

¹⁵³ Bozgeyik/Er, 23.

¹⁵⁴ Şehirali Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014) 92-100.

¹⁵⁵ Bozgeyik/Er, 24.

¹⁵⁶ Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012) 454.

Suluk ise; kümülatif korumanın, aralarında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunmayan hukuki sebeplerin yığılması olduğunu, taleplerin yığılması veya yarışmasının söz konusu olmadığını, aksine hukuk kuralları arasında yarışma ilişkisinin doğduğunu, bu durumda hak sahibinin seçimlik hakkının doğacağını ve dilerse kümülatif koruma ilkesi doğrultusunda bu hukuki sebeplerden birine, bir kaçına veya tümüne dayanabileceğini savunmaktadır.¹⁵⁷

b. İlkenin Ülkemizdeki Uygulama Alanı

Kümülatif koruma ilkesinin ülkemizdeki uygulamasına göre; bir kümelenmenin varlığından söz edebilmek için, fikrî mülkiyet koruması ile haksız rekabet korumasının aynı anda mevcut olması gerekmektedir.¹⁵⁸ Dolayısıyla fikrî mülkiyet koruma süresinin sona ermesi gibi korumadan yararlanılamayan hallerde haksız rekabet korumasına başvurulmasında kümelenmeden söz edilemeyeceği için ilke de gündeme gelmeyecektir.¹⁵⁹ Doktrinde kümülatif korumanın mümkün olduğunu ve mümkün olmadığını savunan iki farklı temel görüş mevcuttur.

Kümülatif korumanın mümkün olmadığını savunan yazarların görüşü; öncelik teorisi, dolanma teorisi ve ek koruma imânı sağlamanın gerek olmadığı teorisi olmak üzere üçe ayrılır. Öncelik teorisini savunan yazarlara göre; fikrî mülkiyet koruması ve haksız rekabet koruması arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin bulunduğu, özel hüküm uygulamasının tescil şekli şartlarının sağlanması koşuluyla öncelikle uygulanacağı, özel hüküm korumalarının haksız rekabet koruması içeren genel hükümlerin kapsamını daraltarak bertaraf edeceği, haksız rekabet hükümlerinin boşluk doldurma amacıyla kullanılabileceği, şekli şartların sağlanamaması yahut fikrî mülkiyet koruma süresinin dolması halinde de zaten özel hüküm korumasının uygulanamayacağı, dolayısı ile kümelenme yaşanmayacağı ifade edilmektedir.¹⁶⁰

¹⁵⁷ Cahit Suluk, “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 1, S 3*. 2001/3: 45.

¹⁵⁸ Işık Yaşlı, 115. Bozgeyik/Er, 24. Şehirali Çelik, 135.

¹⁵⁹ Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, 135.

¹⁶⁰ Işık Yaşlı, 118-123. Cahit Suluk, Çoklu Koruma, 45. İsmail Yılmaz Aslan, “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerinden Düşünceler”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 1, S 1*. 2001/1: 25. Hamdi Pınar, “Fikri Mülkiyet Hakları ve rekabet Hukuku”, *Rekabet Kurumu Dergisi C 6, S 3*. Eylül. 2005: 38. Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003) 217-218. Nedret Füsün Nomer, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasındaki Benzerlik

Dolanma teorisini savunan görüşe göre; kanun koyucunun bilinçli olarak koruma sağlamadığı bir konuda başkaca bir düzenleme gerekçe gösterilerek kanunu arkadan dolanma hali yaratılmakta, böylece haksız rekabet korumasının uygulanması, fikrî mülkiyet korumasını işlevsiz ve anlamsız hale getirmekte, özel hüküm koruma koşullarından olan tescil şartı ve süreyle sınırlı koruma ilkesi bertaraf edilmektedir; ancak haksız rekabet korumasının, fikrî mülkiyet korumasına alternatif bir koruma olarak getirilmesi mümkün değildir.¹⁶¹ Ek koruma imkanı sağlamanın gereksiz olduğu görüşünü savunan yazarlar ise; özel düzenleme olan fikrî mülkiyet koruma şartlarının mevcudiyeti halinde haksız rekabet hükümlerine başvurmanın anlamsız olacağını ifade etmektedir.¹⁶²

Kümülatif korumanın mümkün olduğunu savunan yazarlar ise öncelik teorisi ve koruma konusu ile amacının farklılığı teorisini savunanlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Öncelik teorisini savunan yazarlar; fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi mevcut olup öncelikle daha üstün ve kapsamlı koruma sağlayan, sahibine mutlak ve tekelci koruma yetkisi veren, usul ve ispat kolaylığı bahşeden özel hüküm korumasının uygulanması gerektiği, genel hüküm korumasının da özel hükümlerin ruhuna uygun düştüğü ölçüde, aşırıya kaçmadan ve haksız rekabet koşulları oluşmuşsa haksız rekabet

Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*. (İstanbul: Beta Yayınları, 2001) 407-411. Nomer Ertan, 180. Nisim Franko, “İltibas Suretiyle Haksız Rekabet”, *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan*. (İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2001) 122. Ayşe Nur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. (İstanbul: Beta Yayınları, 2020) 87-88. Bengül Kayış, *Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012) 152. Mustafa Topaloğlu, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*. (İstanbul: Türkiye Bilişim Vakfı, 1997) 100. Mustafa Arkan, *Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012) 156. Ahmet Türkmen, *Spor Müsabakalarının Yayın Hakları*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014) 96-97. Dilay Kuşoğlu, *Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Yoluyla Haksız Rekabet*. (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017) 76. İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018) 282.

¹⁶¹ Işık Yaşlı, 123-125. Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, 52. Cahit Suluk, “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C 18, S 2*. Aralık. 2012: 172-173. N. Füsün Nomer Ertan, “Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması”, *Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020) 312-313. Ayşe Odman Boztosun, “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005*. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2006) 223-228.

¹⁶² Işık Yaşlı, 125-127. Sabih Arkan, *Marka Hukuku C II*. (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998) 225. Erdal Noyan, *Marka Hukuku*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009) 615-616. Hasan Dursun, *Marka Hukuku, Avrupa Topluluğu Marka Hukuku, Türk Marka Hukuku, Türk Marka Hukukunun Avrupa Birliği Müktesebatına Uyumunun Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008) 127. Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi 2. Baskı*. (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001) 190.

hükümlerinin de tamamlayıcı olarak kümülatif şekilde uygulanabileceğini savunmaktadır.¹⁶³ Hatta bu görüş içerisindeki bir takım yazarlara göre; FSEK'teki düzenlemede yer alan telif hakkı korumasının, TBK'daki haksız fiil genel hükümlerinin bir türü olduğu, özel hükmün genel hükmü dışlayacağı kuralının TBK ile FSEK arasında da uygulanacağı, böylelikle eser sahibinin izni olmaksızın yararlanılması şeklindeki telif hakkı ihlalinin aynı zamanda haksız rekabet ihlaline yol açacağı ve dolayısıyla fikri mülkiyet koruması ile haksız rekabet korumasının kümülatif olarak uygulanabileceği savunulmaktadır.¹⁶⁴ Bir diğer teorik görüşü savunan yazarlara göre; fikrî mülkiyet hukukunun hak sahibinin korunmasını etmesi, haksız rekabet hukukunun dürüst ticaretin, ticari dengenin ve emeğin korunmasını konu etmesi, her iki koruma hükmünün konu, amaç ve korudukları menfaatler yönünden birbirinden farklı olması, bu sebeple bağımsız olarak öne sürülerek iki hükmün aynı anda uygulanabileceği, hükümlerin kesiştikleri noktada özel hükmün genel hükmü egale edeceği savunulmaktadır.¹⁶⁵

Yargıtay Özel Daire'nin "Turkcell Sinyal Bebek" davasında; davacı iletişim firmasına ait logonun davalı tarafından üç boyutlu tasarım halinde promosyon ürünler olarak başkaca firmalara üretilip marka ve tasarım olarak tescil edildiği ve satıldığı somut olayda, üretilen oyuncak bebeklerin FSEK kapsamında işleme eser

¹⁶³ Işık Yaşlı, 127-134. Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) 30-40. Cahit Suluk, "Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması", *Fikri Mülkiyet Çalıştay Bildiriler Kitabı*. (Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2020) 547. Suluk, Çoklu Koruma, 46. Ahmet Tamer, *Yanlış ve Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet*. (Ankara: Adalet Yayınları, 2011) 82-86. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I Giriş – Ticari İşletme*. (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968) 431-432. Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. (İstanbul: Beta Yayınları, 1995) 51-59. İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 425. Cemalettin Gürler, "Takı Tasarımında Hukuki Koruma", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 2, S 4*. 2002/4: 61-62. Kutlu Oytaç, "Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 3, S 2*. 2003/2: 59. Barış Kaya, "Tescilli Markanın Hukuki Yönden Korunmasında Haksız Rekabet Hükümlerinin Uygulanabilirliği Üzerine Güncel Değerlendirmeler", *Legal Hukuk Dergisi C 17, S 204*. 2019: 5147-5155. Fatma Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015) 63-64.

¹⁶⁴ Işık Yaşlı, 134. Ayşe Gökçen Karasioğlu Gürbüz, *Türk Hukukunda Telif Eserlerin Korunması*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021) 71-89. Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku 1. Bası*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015) 235.

¹⁶⁵ Işık Yaşlı, 135-139 ve 141-144. Tekinalp, 37. Güneş, Haksız Rekabet Davaları, 47. Suluk, Çoklu Koruma, 60-66. Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, 88 ve 117. Sevilay Uzunallı, Tazminat Talebi, 517-518. Nefise Koç Çelik, *Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2009) 130. Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 44. Erdil, Eski Bası, 44. Fırat Özkan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008) 16. Sevilay Eroğlu, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*. (İstanbul: Beta Yayınları, 2000) 226-227.

niteliğinde olduğu, fikrî ve sınai hak ihlallerinin çoğu zaman haksız rekabeti de içinde barındırdığı, davalının marka ve tasarım tescillerinin hükümsüzlüğü ile haksız rekabetin tespitine ve aynı zamanda ürünün eser olarak korunmasına karar vermiştir.¹⁶⁶

Tek bir tecavüz fiili sebebiyle birden çok hükmün koruma kapsamında olan fikrî mülkiyet hakkının ihlal edildiği öne sürülerek birden fazla tazminat talep edilip edilemeyeceği noktasında Çolak ve Yasaman'ın karşıt görüşleri yer almaktadır. Çolak; bu durumda her üç sınai hakkın sahibi dışındaki kişilerce kullanılması için, hem patent hem tasarım hem marka yönünden ayrı ayrı lisans alınması gerekeceğini, her ne kadar tecavüz eylemi bir gibi görünse de hak sahibinin üç ayrı sınai hakkı ihlal edildiğinden, burada hak sahibi aleyhine üç ayrı zarar kalemi oluşacağını, bu durumda ürünün hem teknik özelliği hem görünümü hem de markası taklit edilmişse birden çok tazminat talep etmenin mümkün olacağını, fakat her somut olayı kendi içerisinde değerlendirmek gerektiğini ifade etmektedir.¹⁶⁷ Aksi görüşte olan Yasaman ve Bozgeyik/Er ise, tek bir haksız eylem neticesinde davacının mamelekinde bir defaya mahsus azalmanın gerçekleşeceğini, dolayısıyla tek bir zararın doğacağını, tazminat taleplerinin yığılamayacağını, ayrı ayrı tazminata hükmolunmasının tazminatın gerçek zararı aşmasına ve davacının sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet vereceğini savunmaktadır.¹⁶⁸

Elbette hukukumuzda taleple bağıllık ilkesi geçerli olduğundan, ihlal edilen her bir fikrî mülkiyet hakkı için ayrı talepte bulunmak gerekmektedir, aksi takdirde mahkemece kümülatif koruma ilkesi uygulanmayacaktır.¹⁶⁹ Davacının, aynı davada birden fazla fikrî mülkiyet hakkına dayanması halinde her bir hak için ayrı bir hüküm kurularak ayrı vekalet ücretine hükmedilmesi gerekmektedir.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Işık Yaşlı, 139-140. Yargıtay 11. HD. 11.02.2016 T. 2015/3115 E., 2016/1333 K. sayılı kararı. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD. 25.02.2015 T. 2014/17172 E., 2015/2488 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 05.05.2015 T. 2014/9597 E., 2015/6403 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 08.04.2003 T. 2002/11871 E., 2003/3458 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 06.05.2013 T. 2012/8434 E., 2013/9162 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 19.11.2014 T. 2014/9116 E., 2014/17883 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 07.01.2020 T. 2019/1872 E., 2020/111 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr) Yargıtay 11. HD. 28.12.2022 T. 2021/4883 E., 2022/9613 K. sayılı kararı, E.T. 01.04.2024 (K.İ.B.).

¹⁶⁷ Çolak, 1014.

¹⁶⁸ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3000. Bozgeyik/Er, 24.

¹⁶⁹ Suluk/Karasu/Nal, 20.

¹⁷⁰ Suluk/Karasu/Nal, 20.

c. İlkenin Amaçsal Yorumlanması

Türk doktrinde, fikrî sınai hak ile haksız rekabet hükümleri arasında çapraz şekilde kümelenme irdelenmiştir; ancak yabancı doktrin ve mahkeme kararlarında kümülatif koruma ilkesi, fikrî koruma hükümlerinin birbiri içerisindeki kümelenmeyi ifade etmektedir. Zira Suluk'un kitabında da yer verdiği şablon görselde; marka, patent, tasarım ve telif hakkı kesişen kümeler olarak tasvir edilmiş olup bu görselde haksız rekabete ilişkin bir kümeye yer verilmemiştir; yabancı şematik tasvirler de bu yöndedir.¹⁷¹ İlkenin Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukukundaki görünümü, genellikle tasarım ve telif haklarının bir üründe birleşmesi ve/veya yığılması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Mevzuatlar arasındaki bu farklılık, Yönerge ve Tüzük tasarısındaki düzenlemede kümülatif korumanın kabul edilmesi ancak ne şekilde uygulanacağını taraf devletlerine bırakılmasından kaynaklanmaktadır.¹⁷² Kümülatif koruma ilkesi; başta Fransa olmak üzere bir çok ülkede, yaratıcısının özgün öznelliğini barındıran sanat eserlerinin herhangi bir maddi destekle sabitlenmeksizin bir çok şekilde ifade edileceğini kabul gören “sanatın birliği” teorisine dayanmaktadır.¹⁷³ Kümülatif koruma genellikle fikrî mülkiyet kanunlarına önalım yasağı hükümlerinin eklenmesiyle uygulanır.

Fikrî haklar insan zekasının birer ürünüdür; her ürün yönünden ayrı ayrı ortaya konan zihinsel ve bedensel emek ve yaratıcı çabanın da birbirinden bağımsız koruma hakkı elde etmesi gerekmektedir.¹⁷⁴ Nitekim kümülatif koruma ilkesi konusuna giriş yaparken biz de tek ürün üzerinde bulunan birden fazla fikrî mülkiyet hakkının ihlal edildiği Cybertruck örneğini yansıtmıştık. Verilen bu örnekle kümelenme şablonu birlikte değerlendirildiği takdirde, fikrî mülkiyet koruma rejimlerinden birinin veya birden fazlasının aynı anda alternatifli olarak ya da tümünün birlikte uygulanmaları ihtimalinde; kümülatif (çoklu) koruma (birleşen

¹⁷¹ Suluk,/Karasu/Nal, 19.

¹⁷² Suluk, Çoklu Koruma, 49-50.

¹⁷³ WIPO Ticari Markalar Hukuku Daimi Komitesi Endüstriyel Tasarımlar ve Coğrafi İşaretler Konulu 9. Oturum Cenevre, 11-15 Kasım 2002. E.T. 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>.

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

¹⁷⁴ Işık Yaşlı, 21. Suluk/Karasu/Nal, 19. Güneş, 2023, 18.

küme), koruma rejimlerinin ayrılması (ayrık küme), koruma rejimlerinin kısmî örtüşmesi (kesişen küme) olmak üzere karşımıza üçlü bir kombinasyon çıkacaktır.¹⁷⁵

Kümülatif koruma doğrultusunda; tasarım ve telif haklarını barındıran tek bir ürünlerdeki fikrî hakların topyekûn ihlal edilmesi halinde (kümelerin birleşmesi), her hak için öngörülen koruma rejimi eşzamanlı ve birbirinden bağımsız olarak koruma sağlayacaktır. Böylelikle tasarım, nevi şahsına münhasır koruma rejiminin yanı sıra sanat eserlerine özgü telif hakkı koruma rejiminden faydalanacaktır. Her iki korumanın birlikte sağlanabileceğini ön gören sistem, başta Almanya ve Fransa mevzuatı olmak üzere çoğu Avrupa ülkesinde mevcuttur.¹⁷⁶ Bozgeyik/Er de verdiği bir örnekte; beşer yıllık dönemler halinde yenilenmek suretiyle toplam 25 yıl koruma elde eden tescilli tasarımın veya ilk sunuluş tarihinden itibaren 3 yıllık koruma süresi elde eden tescilsiz tasarımın, aynı zamanda eser niteliği taşıması halinde sahibinin ömrü boyunca ve vefatından sonraki 70 yıl boyunca korunmasının mümkün olduğunu vurgulamıştır.¹⁷⁷

Koruma rejimlerinin ayrılarak koruma sağlanmasını savunan ABD’de benimsenen teoriye göre; endüstriyel tasarımlar ne kadar estetik kaygı taşırsalar da sanat eserleri gibi telif hakkı korumasından faydalanamazlar, zira bu koruma sadece sanat eserlerine mahsustur.¹⁷⁸ Bu katı görüş; nesnenin önce sanat eseri olduğu ve daha sonra tasarım olarak uygulandığını, tasarımı nesneden “ayırıştırmanın” mümkün olabileceği hallerde korumanın uygulanabileceğini kabul eder ki bu çoğunlukla

¹⁷⁵ WIPO Ticari Markalar Hukuku Daimi Komitesi Endüstriyel Tasarımlar ve Coğrafi İşaretler Konulu 9. Oturum Cenevre, 11-15 Kasım 2002. E.T. 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

¹⁷⁶ Endüstriyel Tasarımlarla ilgili WIPO makalesi için bkz. E.T. 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sme/en/wipo_wasme_ipr_ge_03/wipo_wasme_ipr_ge_03_3-main1.pdf>

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

¹⁷⁷ Bozgeyik/Er, 25.

¹⁷⁸ WIPO Ticari Markalar Hukuku Daimi Komitesi Endüstriyel Tasarımlar ve Coğrafi İşaretler Konulu 9. Oturum Cenevre, 11-15 Kasım 2002. E.T. 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

pratikte imkansızdır.¹⁷⁹ Örneğin; iki heykelin tuzluk ve biberlik olarak sofraya takımı aksesuarı olarak kullanıldığı durumda, nesnenin şekli ile kullanım amacı ve sağladığı yarar birbirinden ayrıştırılamaz ve birbirinden bağımsız olarak düşünülemez; bu nedenle ABD telif yasası uyarınca mobilya, züccaciye, mücevherat, ev aletleri gibi işçilik eseri nesnelerin tasarım hakkı korumasından yararlanması mümkün ise de telif hakkı korumasından faydalanması mümkün değildir.¹⁸⁰ Aynı olay hakkında Milano Mahkemesinin 16.2.2016 tarih ve 1935 sayılı kararında; talep konusu olan ürünün eser niteliğinin büyük dergilerde, fuarlarda ve kataloglarda sergilenmesinin, markanın tanınmışlığı açısından etkili olduğunu ancak sanat eserinin tespitinde bu kıstasa bakılmadığını, ancak ürünlerin fiyatının piyasadaki benzer ürünlere göre daha yüksek olmasının, ürünlerin dekoratif amacının yanında tüketici nezdinde ortaya çıkan sanatsal ve estetik değer ihtiyacını karşılanmasına yardımcı olduğu çıkarımının yapılabileceğini belirterek 30/2005 sayılı İtalyan Fikri Mülkiyet Kanunu'nun 31. Maddesi ve AB Tasarım Direktifi 98/71/EC'ye uygun olarak davanın kümülatif koruma talebinin kabulüne karar vermiştir.¹⁸¹

Koruma rejimlerinin kısmî örtüşmesi (kesişen küme) ise; Benelüks Tasarım Kanunu kapsamında, Almanya'da, İskandinav ülkelerinde (Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İsveç) ve İsviçre'de uygulanmakta olup orta bir yol olarak yüksek özgünlük içeren belirgin bir sanatsal karaktere sahip tasarımların telif hakkı kapsamında korunabileceğini öne sürerek koruma sağlamayı mümkün hale getirmektedir.¹⁸²

¹⁷⁹ WIPO Ticari Markalar Hukuku Daimi Komitesi Endüstriyel Tasarımlar ve Coğrafi İşaretler Konulu 9. Oturum Cenevre, 11-15 Kasım 2002. E.T: 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

¹⁸⁰ WIPO Ticari Markalar Hukuku Daimi Komitesi Endüstriyel Tasarımlar ve Coğrafi İşaretler Konulu 9. Oturum Cenevre, 11-15 Kasım 2002. E.T: 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

¹⁸¹ Alessandra Corigliano, Osborne Clarke, G.T. 08 Haziran 2016, E.T. 23.03.2024,

<<https://www.osborneclarke.com/insights/design-and-copyright-in-italy-a-cumulative-approach-to-protection>>.

¹⁸² WIPO Ticari Markalar Hukuku Daimi Komitesi Endüstriyel Tasarımlar ve Coğrafi İşaretler Konulu 9. Oturum Cenevre, 11-15 Kasım 2002. E.T: 23.03.2024

<https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/en/sct_9/sct_9_6.doc>

Böylece kümülatif korumadan anlaşılması gereken; aynı anda birden fazla fikrî hak özelliği barındıran ürünün/işaretin, somut olayın özelliğine uygun düştüğü ölçüde, yaratıcı emek ve düşüncenin korunması adına koruma kapsamının artırılması amacıyla diğer koruma rejimlerinden de eşzamanlı ve bağımsız olarak faydalanabilmesidir. Bu durumda taleplerin yığılmasından söz etmek gerekir ancak koruma konuları birbirinden farklı olduğu için -somut olayın özelliğine göre, fikri mülkiyet haklarının kesiştiği ve birleştiği ölçüde- hak sahibinin herhangi bir seçim yapmaya zorlanmaksızın her hakkının ayrı ayrı korunmasını talep etmesi ve ayrıca tazminat isteyebilmesi mümkün olmalıdır. Nitekim çoğu zaman tecavüz fiili tek gibi görünür -bir porselen tabağın şeklinin (tasarım), kaynak gösteren işaretin (marka), üzerindeki sanatsal desenin (telif) taklit edilmesi gibi- ancak esasen buradaki tecavüz eylemi, aynı ürün üzerinde mevcut olan birden fazla ve birbirinden farklı hakka yönelik olduğundan burada birden fazla tecavüz eylemi mevcuttur.

Haksız rekabet; temellerini Borçlar Hukuku anlamındaki haksız fiil sorumluluğundan alan, ticaret hukuku alanına özgü bir terimdir.¹⁸³ Marka hakkı başta olmak üzere, tüm fikrî mülkiyet haklarının ihlali, temel olarak haksız rekabete dayanmakta olup sicile kayıt edilmiş her fikrî hak, kendisi için ayrı koruma şekli öngören özel yasa hükümlerince korunmaktadır. Yukarıda teorilerin açıklanması aşamasında görüşü anlatılan tüm yazarların mutabık kaldığı üzere; fikrî hakların, yalnızca usule uygun şekilde sicile kayıt edilmemiş olmaları yahut koruma sürelerini doldurmaları halinde TTK'nun haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunacağına şüphe yoktur. Öyleyse, bu iki hüküm arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi mevcuttur; somut olayda özel hüküm korumasının şartları sağlanıyorsa öncelikle uygulanır, genel hüküm ise özel hükümlere tamamlayıcı nitelikte uygulanır.¹⁸⁴

Marta Palacio, Industrial Design and Copyright, according to WIPO, Safe Creative, G.T. 24 Kasım 2015, E.T. 23.03.2024. <<https://www.safecreative.org/blog/en/2015/11/24/industrial-design-and-copyright-according-to-wipo/>>.

¹⁸³ Yıldız, 32. Tekinalp, Haksız Rekabet, 31. Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 18. Bası*. (İstanbul: Beta Yayınevi, 2016) 98. Güneş, 2023, 25.

¹⁸⁴ Erdil, Eski Bası, 39-40. Mehmet Yılmaz, "Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Haller", *İstanbul Barosu Dergisi C 80, S 4*. Temmuz. 2006: 1492. Suluk, Karşılaştırmalı Hukuk, 171. Suluk, Haksız Rekabet, 547. Karaman Odabaşı, 63-64. Tamer, 82. Cengiz, 55. Güneş, Haksız Rekabet Davaları, 425.

Ancak genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet hükümlerinin, özel hüküm niteliğindeki koruma rejimlerine kayıtsız şartsız kümülatif biçimde uygulanarak özel hükmün amacıyla uygun düşmeyecek uygulamaların ortaya çıkmasına müsaade edilemez.¹⁸⁵ Zira marka hakkı başta olmak üzere fikrî ve sınai haklar, tescil ile süreli ve/fakat tescil yenileme koşulu ile sınırsız süreli koruma elde eder; yenilenmeyen marka, koruma süresinin bitmesi sebebiyle serbest bir işaret haline gelir.¹⁸⁶ Dolayısı ile kanunkoyucunun bilinçli olarak sessiz kaldığı özel hükümler kapsamında öngörülen tescil ve süreli koruma gibi kısıtlayıcı ve hak düşürücü koşulların, haksız rekabet hükümlerinin kümülatif uygulanması yoluyla sonsuz süreli koruma sağlayacak şekilde genişletilerek, eserler yönünden mevcut olan anonimleşme ya da markalar yönünden mevcut olan sessiz kalma yoluyla hak kaybı gibi imkanları bertaraf edecek şekilde uygulanması bizce mümkün değildir.¹⁸⁷

Nitekim Yargıtay HGK vakıf üniversitesinin davacı ve dersane işleten tacir firmanın davalı olduğu uyuşmazlıkta; üniversite adının ticari unvan olamayacağını, vakıf üniversitesinin tacir olamayacağını, tarafların eğitim-öğretim faaliyetleri vermeleri sebebiyle aynı alanda faaliyet gösterdiklerini, müşteri çekme ve öğrenci edinme gibi alanlarda yarıştığını, somut olayda vakıf üniversitesi unvanının tescilsiz marka olarak değerlendirilmesi gerektiğini, unvanın davalı tarafından kullanımının iltibas teşkil edeceğini, hüsnüniyet kuralına aykırı olarak kullanımın haksız rekabet teşkil ettiğini, tacir olmayan kişilerle gerçek veya tüzel kişilerin de dava açabileceğini, koşulları bulunduğu takdirde -tecavüzün etkileri halen devam ediyorsa- tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi, kaldırılması ve tazminat davalarının tek bir çatı altında açılabilceğini, telif hukuku, marka hukuku ve haksız

¹⁸⁵ Suluk/Karasu/Nal, 20.

¹⁸⁶ Güneş, 2023, 218-219.

¹⁸⁷ Yargıtay 11. 27.09.2022 T. HD. 2021/ E., 2022/ K. sayılı kararı, E.T. 01.04.2024. (K.İ.B.). Karar metni: “...ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması nedeniyle, 6102 Sayılı TTK'da bu koruma türlerine yer verilmesinin gereksiz olduğu, ayrıca yorum güçlüklerine sebebiyet vereceğine ve fikri mülkiyete ilişkin hakların kümülatif korunmanın da burada tekrar düzenleme yapmayı gerekli kılmadığına da vurgu yapılmıştır.... Öte yandan, orijinal tescilli tasarımlar için bile her beş yılda bir yenilenmek koşuluyla yirmi beş yıllık koruma sağlandığı (6769 s. SMK'nın 69/1) ve sürenin sonunda tasarım hakkının topluma intikal edeceği kabul edildiği halde, haksız rekabet hükümleri ile emeğin korunması ilkesinden hareketle sırf orijinal olmasından dolayı tescilsiz tasarımlara daha fazla hak ve sonsuz bir koruma süresi bahşedildiğinden de söz edilemez...”

rekabet hukuku korumalarının aynı anda var olabileceğini ve haksız rekabet tazminatı talep edilebileceğini belirtmiştir.¹⁸⁸

II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ SAYILAN HALLER

A. Marka Hakkına Tecavüzün Hukuki Niteliği

Marka hakkına tecavüz sayılan halleri incelemeden önce; marka hakkına tecavüzün hukuki niteliğini, haksız fiil ve haksız rekabetle olan ilişkisini irdelemek gerekmektedir.

1. Haksız Rekabet Kavramı

a. Rekabetin Tanımı

Modern ticaret hayatında geçerli olan liberal ekonomi temelleri, serbest rekabete dayanmaktadır.¹⁸⁹ Geniş anlamda rekabet; menfaatleri kendi arasında paylaşamayan ve aynı amacı güden birden fazla kişi arasındaki karşılıklı durum, aynı hedefe ulaşma çabasıdır.¹⁹⁰ Amaç; emek ve yetenek sayesinde yükselerek rakipleri geçmek, müşteri çekmek ve ün kazanmaktır.¹⁹¹ Ticari işletmelerin veriminin artırılması, girişimciliğin özendirilmesi, ürün fiyatlarının düşmesi ve kalitenin artırılması ancak iyi ve dürüst işleyen bir ortamda mümkündür.¹⁹²

Rekabet etme hakkı; doğrultusunda herkes serbestçe iktisadi faaliyette bulunma, işletmenin verimini artırma, müşteri kazanma ve sayısını artırma, iş

¹⁸⁸ Ege, 78 vd. Mehmet Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C 1, S 2*. Kasım. 2015: 8 ve 13. Yargıtay HGK 12.12.2007 T. 2007/11-965 E., 2007/961 K. sayılı kararı. E.T. 31.03.2024 <<https://legalbank.net/belge/y-hgk-e-2007-965-k-2007-961-t-12-12-2007/621200>>.

¹⁸⁹ Suluk/Karasu/Nal, 413. Güneş, 2023, 17. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku 20. Bası*. (Ankara: BATİDER, 2015) 315.

¹⁹⁰ Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku Güncellenmiş 3. Bası*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 27. Güneş, 2023, 25.

¹⁹¹ Güneş, 2023, 24. Ernest Hirsch, *Hukuki Bakımdan Fikri Say (Fikri Haklar)*. (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942) 26.

¹⁹² Suluk/Karasu/Nal, 413. Erdil, 27. Güneş, 2023, 17. Şehirali Çelik, *Tasarımların Korunması*, 18.

hacmini genişletme hakkına sahiptir.¹⁹³ Ancak rekabet etme hakkının, başkalarının hakları ve meşru menfaatlerinin ihlal edilmeden kullanılması gerekmektedir.¹⁹⁴

b. Haksız Rekabetin Tanımı

Gerçek veya tüzel kişiler; hukuka uygun şekilde rekabet etmek yerine, rakibinin faaliyetlerini güçleştirme veya bertaraf etmeye yönelik eylemlerde bulundukları takdirde, sadece rakipler nezdinde zarar doğmaz, aynı zamanda toplumun refah seviyesi de bozulur ve rekabet hakkının kötüye kullanması gündeme gelir.¹⁹⁵ Haksız rekabet sonucunda, herkes için geçerli olan kanun hükmünü dolanarak rakiplere göre avantaj sağlanır.¹⁹⁶

Haksız rekabet; dürüstlük kuralına aykırı olarak ekonomik dengeyi bozan, piyasaya katılanların menfaatlerini zedeleyen ve aleyhine sonuçlar doğuran, rekabet ortamındaki dürüst olmayan hareket ve fiillerdir.¹⁹⁷ Özetle olağan yarışın; onaylanmayan, kötü ve ahlaka aykırı şekilde gerçekleşmesidir.¹⁹⁸ Haksız rekabet hukuku düzenlemelerindeki amaç; rekabet hakkının aldatıcı ve dürüstlük kuralına aykırı hareketlerle kötüye kullanımını engellemektir.¹⁹⁹

2. Tarihsel Gelişimi

Haksız rekabet, yakın tarihte ortaya çıkan bir kavram olup kökenlerini Roma Hukukuna dayandırmak mümkün olmasa da Roma Hukukunda da haksız rekabet kurumuna benzer nitelikte düzenlemelerin olduğu görülmektedir.²⁰⁰ “*actio servi corrupti*” ya da “*servo corrupto*” (the action of a corrupt servant, yolsuzluk yapan hizmetçi) adı verilen bir dava çeşidinde; işçi konumundaki kölenin kötüniyetli

¹⁹³ Erdil, 29.

¹⁹⁴ Halil Arslanlı, *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler 3. Baskı*. (İstanbul: Fakülteler Matbaası: 1960) 221. Celal Göle, *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*. (Ankara: Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 1983) 160.

¹⁹⁵ Erdil, 29. Güneş, 2023, 18. Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku 18. Bası*. (İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019) 198.

¹⁹⁶ Yargıtay 11. HD. 01.10.2009 T. 2007/14608 E., 2009/9957 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

¹⁹⁷ Erdil, 55. Güneş, 2023, 25.

¹⁹⁸ Güneş, 2023, 24. Poroy/Yasaman, 317.

¹⁹⁹ Güneş, 2023, 25. Fahiman Tekil, *Ticari İşletme Hukuku*. (İstanbul: Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, 1990) 230.

²⁰⁰ Erdil, 32.

üçüncü bir kişi tarafından kandırılarak, efendisine ait mesleki sırları açıklatması veya efendisinin faaliyetlerine ilişkin planları, müşteri listelerini, belgeleri ve benzeri dokümanları çalıp rakibine vermesi halinde zarar gören köle sahibi, kölesini bu fiillere yönlendiren kişiye karşı dava açarak uğradığı zararların tespiti ve tazminini isteyebilmektedir.²⁰¹

Ancak haksız rekabet hukukunun ilk düzenlemelerinin eski Çin kaynaklarına kadar dayandığı söylenmektedir, ancak modern anlamda ilk doğduğu yer Fransa'dır.²⁰² Fransız Mahkemeleri tarafından, aynı tür malları üreten rakip tacirler arasında müşteri çevresinin ele geçirilmesine yönelik bir takım faaliyetler haksız fiil olarak değerlendirilmiş ve haksız fiil hükümlerinden faydalanılarak özel bir dava türü geliştirilmiştir.²⁰³ Zira haksız rekabet, temelde haksız bir eylemdir.²⁰⁴ Durum İsviçre hukukunda da benzerlik göstermektedir; haksız fiil hükümlerinden yola çıkılarak İsviçre Haksız Rekabet Kanunu kaleme alınmıştır.²⁰⁵

3. Ülkemizdeki Yasal Düzenleme

Ülkemizin de tarafı olduğu Paris Sözleşmesi'nin ikinci mükerrer 10. maddesinde, birlik ülkelerinin vatandaşlarına, haksız rekabete karşı etkili koruma sağlanacağı taahhüt edilmiştir.²⁰⁶ Mevzuatımızda; TBK ve TTK gibi genel kanunlar ile Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, FSEK ve SMK gibi özel kanunlar başta olmak üzere çeşitli düzenlemelerle dürüst rekabetin korunması amaçlanmıştır.²⁰⁷ Böylece ülkemizdeki yasal düzenlemeler; AB ile ilişkilerin geliştirilmek istenmesi ve üye adaylık sürecindeki uyum yasaları doğrultusunda, medeni hukuk mevzuatımızın alındığı İsviçre Haksız Rekabet Kanunu başta olmak üzere Kıta Avrupası mevzuatına uygun hale getirilmiştir.²⁰⁸ Türk Hukukumuzda

²⁰¹ Gökçe Türkoğlu Özdemir, "Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 54, S 4*. Eylül. 2005: 214-215.

²⁰² Erdil, 33. Güneş, 2023, 19.

²⁰³ Erdil, 33. Şirin Güven, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler Doktora Tezi*. (Ankara: Ankara Üniversitesi, 2011) 10. Nomer Ertan, 58.

²⁰⁴ Güneş, 2023, 25. Yargıtay 11. HD. 10.02.2004 T. 2003/6375 E., 2004/1066 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²⁰⁵ Erdil, 34. Güven, 11.

²⁰⁶ Suluk/Karasu/Nal, 414. Pekdinçer, 752. Güneş, 2023, 19.

²⁰⁷ Suluk/Karasu/Nal, 414. Yıldız, 2. Güneş, 2023, 21.

²⁰⁸ Suluk/Karasu/Nal, 415. Güven, 11. Güneş, 2023, 19-20.

genel hüküm niteliğindeki düzenlemeler, haksız fiil başlığı altındaki TBK 57. ve TTK 54-63. maddelerinde toplanmaktadır.

TBK'nun 57. maddesindeki düzenleme; haksız rekabetin kesilmesi ve kusurun varlığı halinde maddi zararın giderilmesini amaç edinmektedir; fakat TTK hükümlerine yollama yapan bu düzenleme tacir olmayanlar için hüküm ifade etmekte olup içeriğinde manevi tazminat ve sair detaylı hususları da irdelenmemektedir.²⁰⁹ Karayalçın, Yasaman, Arkan, Erdil, Başbuğoglu ve Şener gibi yazarlar; TTK haksız rekabet hükümlerinin tacir olmayanlar dışında da uygulanabileceğini, TBK 57. madde hükmünün TTK hükümlerinin kuvvetli ve tatminkâr koruma kapsamının gölgesinde kaldığını, bu sebeple mevzuatta ikilik yaratan düzenlemenin kaldırılması gerektiğini savunmaktayken; Oğuzman/Öz, Eren/Dönmez, Antalya, Doğanay ve Örs ise TBK düzenlemesinin tacir olmayan fakat haksız rekabete maruz kalma riski bulunan kişilerin korunması adına hükmün muhafazasının isabetli olduğunu ve bu ikili ayrıma devam etmenin gerekli olduğunu savunmaktadır.²¹⁰ İkinci görüşe benzer şekilde; Uygur, Ticaret Kanunu'na tabi olmayan esnaf, avukat, doktorların haksız rekabetlerinde; Doğanay ise, bir hayır cemiyetinin kazanç amacı gütmeksizin işlettiği müesseseye karşı iyi niyet dışı hareketlerde TBK düzenlemesine dahil olacağını belirtmiştir.²¹¹

Avukatlar arasında geçen telif hakkı çekişmesi yaşanan bir davada Yargıtay Özel Daire; yerel mahkemece “...mahkeme kararlarının FSEK hükümlerine göre, hukuki korumadan yararlanamaması nedeniyle kararın bir parçası olan savunma veya iddianın üçüncü kişiler veya başka avukatlarca herhangi bir davada iddialarını desteklemek amacı ile kullanmalarının hukuka aykırılık oluşturmadığı, normatif

²⁰⁹ Erdil, 36. Güneş, 2023, 22.

²¹⁰ Tarık Başbuğoglu, *Uygulamalı Ticaret Kanunu*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 1998) 121-122. Suluk/Karasu/Nal, 414. Erdil, 37. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* 25. Bası. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019) 311. Fahri Halil Örs, *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet*. (Ankara: T.C. Ziraat Matbaası, 1958) 2. Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukukuna Giriş C I, Ticari İşletme* 3. Bası. (Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968) 307. Oruç Hami Şener, *Ticari İşletme Hukuku*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016) 606-607. Poroy/Yasaman, 281. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2, 12. Bası*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016) 11. Yıldız, 2-5. Fikret Eren ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C II*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 1-4. O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C II*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 1107. İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 4. Bası*. (İstanbul: Beta Yayınları, 2004) 388.

²¹¹ Turgut Uygur, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler C I*. (Ankara: Yetkin Basım Yayım, 1990) 671. İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi C I*. (Ankara: Feryal Matbaası, 1990) 315.

değeri olan yasa maddeleri ile bilimsel bilgiler üzerine hukuki tekel oluşturulamayacağından bunların dilekçe sahibi dışındakilerce kullanılmasının izne tabi olmayacağı, dilekçelerin ancak kullanılan bilginin kamusal alana girmemesi, orijinal ve fikri yaratıcılık taşıması halinde sahiplerinin kişisel yorum ve araştırmaları itibariyle eser taşıyabileceği, oysa dava konusu dilekçenin bilgisayar programlarının korunmasına ilişkin bilinen yasal yorumları içerdiği, bu konuların ilgili tüm ülkelerde çok sık ve kapsamlı işlendiği, tamamen kamusal alana giren ve tekel oluşturmayan bilgiler içerdiği, kamusal alana giren bu bilgilerin dilekçede ifade ediliş tarzı kopya çekilmiş ise başkasının emeği ve çabasından çıkar sağlama şeklinde haksız rekabetin bir türü olan praziter davranıştan söz edilebileceği, olaydaki durum buna uygun olmakla birlikte davalıların daha önce davacı ile ortak avukatlık bürosunda çalışırken aynı tip dilekçeleri birlikte imzalayarak mahkemelere sunmaları karşısında kollektif çalışmaya katkıda bulunanların kendi bürolarına geçtikten sonra da bunları münferiden kullanma hakkının devam edeceği, makaleden aktarım halinde bağımsız karakter kazandığından makaleye dayanılarak dilekçenin önceki ortak sahiplerinin kullanımının önlenemeyeceği, bunun bilgiye erişim ve bilgiyi kullanma hakkını daraltacağı...” gerekçesiyle davanın reddi yönünde verdiği kararı, “...hukuki görüşlerin ve vakıaların sunuluşu, düzenlenişi, bilgilerin derlenişi ve seçilmeleri itibariyle FSEK’in 1/B ve 2/1. maddeleri uyarınca ilim ve edebiyat eseri olarak korunması için gerekli olan şekilde sahibinin hususiyetini taşıma unsurunu içeren bir dilekçe niteliğinde bulunmaması, serbest meslek mensupları (avukatlar, doktorlar, mimarlar vb.) arasındaki rekabetin TTK’nun 56 vd. maddeleri kapsamında bir ticari rekabet olarak kabul edilemeyecek olması...” gerekçesiyle onamıştır.²¹² Gerçekten de kısmen kamu görevi ifa eden, ticari amaç gütmeyen ve rekabet ilişkisi bulunmayan avukatlar ve doktorlar arasında FSEK’in eser ve TTK’nun haksız rekabet hükümlerinin gündeme gelmesi, esasen bilimin gelişmesi, bilimsel üretimin teşvik edilmesi ve uygulanmasını engelleyecek ve netice itibariyle kamunun zararına bir durum ortaya çıkacaktır.

TTK m. 54 hükmü şu şekildedir: “(1) Haksız rekabete ilişkin bu Kısım hükümlerinin amacı, bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. (2) Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki

²¹² Güneş, 2023, 22-23. Yargıtay 11. HD. 07.06.2007 T. 2006/929 E., 2007/8748 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır.”

TTK’nun 54/1 fıkrası gereğince haksız rekabet düzenlemesinin amacı; bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Metinde belirtilen “*bütün katılanlar*” ibaresinden; rekabet içerisinde olan işletmelerin yanı sıra, müşteri, tüketici, mesleki ve ekonomik birlikler, tüketicilerin ekonomik menfaatini koruyan sivil toplum kuruluşları, kamu ve kamusal nitelikli kurumlar kast edilmektedir.²¹³ “*Dürüst*” ve “*Bozulmamış rekabet*” kavramlarından anlaşılması gereken ise; kaynak teşkil eden yasaların Almanca metinlerinde “*lauter*”, Fransızca metinlerinde ise “*loyale*” olarak ifade edilen, “*sağ, hilesiz, katışık olmayan, haksız olmayan, sadık*” ibareleridir.²¹⁴

FSEK 83 ve 84. maddelerinde TTK’nun haksız rekabet hükümlerine direkt olarak atıfta bulunmaktadır. Benzer şekilde Sınai Mülkiyet Hukuku hükümleri de haksız rekabet hukukunun bir kolu olup tescilli sınai haklara ilişkin koruma sağlayan SMK hükümleri özel hüküm, TTK m. 54-55 hükümleri ise genel hüküm niteliğini haizdir.²¹⁵ Dolayısı ile tescilli sınai mülkiyet hakları (marka, patent, faydalı model, tasarım) SMK kapsamında, tescilsiz sınai mülkiyet hakları ise TTK’nun haksız rekabet hükümleri kapsamında koruma sağlanmaktadır.²¹⁶ Genel hüküm-özel hüküm ilişkisi sebebiyle; SMK’nda düzenlenmeyen haksız rekabet teşkil eden genel düzenleme (örneğin tescilli sınai hakkın kötülenmesi) ya da somut olaya göre hem SMK çerçevesinde sınai hakka tecavüz hem haksız rekabet teşkil eden hal varsa tescilli sınai hak korumasında SMK ve TTK hükümleri birlikte uygulanacaktır.²¹⁷

²¹³ Suluk/Karasu/Nal, 415. Yıldız, 14. İbrahim Bektaş, “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK 54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü”, *BATİDER C 34 S 3*, Eylül. 2018: 277-280. 6102 sayılı TTK m. 54 gerekçesi.

²¹⁴ Suluk/Karasu/Nal, 414. Işık Yaşlı, 145. İbrahim Bektaş, 281-282. Yıldız, 21 vd. Nomer Ertan, 79. Savaş Bozbel, *Haksız Rekabet Hukuku*. (Nürnberg: Epubli, 2018) 192. Ünal Tekinalp, “*Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk*”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. (Ankara: BATİDER, 2016) 31.

²¹⁵ Erdil, 41. Yıldız, 15.

²¹⁶ Erdil, 41.

²¹⁷ Erdil, 41.

Haksız rekabetin varlığı halinde; haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, düzeltilmesi davaları ile zarar veya zarar tehlikesi ve kusurun birlikte varlığı halinde maddi ve manevi tazminat davaları açmak mümkündür.²¹⁸

4. Haksız Rekabetin Temel İlkeleri ve Unsurları

Her ne kadar TTK m. 54 ve 55'te haksız rekabetin unsurları açık bir şekilde sayılmamış ise de madde metinlerinden haksız rekabetin ilke ve unsurlarını ayırtmak mümkündür. Bu başlık altında haksız rekabetin ilke ve unsurlarını, kökeni itibariyle dayandığı haksız fiilin unsurları ile örtüştüğü derecede karma bir biçimde irdeleneceğiz.

a. Haksız Rekabetin Temel İlkeleri

(1) Tarafların Rakip Olma Koşulu Bulunmamaktadır

Haksız rekabetten söz edebilmek için, rekabet ilişkisinin var olması zorunlu değildir.²¹⁹ Zira TTK'nun haksız rekabet hükümlerinde, “*katılanlar*” gibi çok geniş anlamli bir ibarenin kullanılması, haksız rekabet eylemlerinin sadece rakipler arası eylemlere özgülenmesinin yolunu kapatmıştır.²²⁰ Böylece TTK m. 56'nın yorumlanması ile “*katılanlar*” teriminden, kimlerin haksız rekabet fiilini işleyeceği ve bu fiile karşı kimlerin mağdur olarak dava hakkını haiz olacağı anlaşılmaktadır. Madde kapsamında ekonomik çıkarları zarar gören; müşterilere, tüketici

²¹⁸ Erdil, 248 vd. Uyanık, 112-113.

²¹⁹ Güneş, 2023, 33. Erdil, 56. Suluk/Karasu/Nal, 416. Işık Yaşlı, 145. Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, 155-156. Şener, 608. Nomer Ertan, 74-75. Abuzer Kendigelen, *Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler 3. Bası.* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016) 80. Yargıtay 11. HD. 03.03.2009 T. 2009/310 E., 2009/2460 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²²⁰ Erdil, 56. Hamdi Yasaman, *Haksız Rekabet Hukukumuzun Amacı ve Kapsamı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri.* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009) 2.

“TTK 56 hükmü dikkate alındığında bunlar; a. Müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya tehlikeyle karşılaşan kimse, b. Ekonomik çıkarları zarar gören veya tehlikeyle karşılaşan müşteriler; c. Esas sözleşmelerinde üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili mesleki ve ekonomik birlikler; d. Tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sicil toplum kuruluşları, e. Kamusal nitelikteki kurumlar”

Güneş, 2023, 21-22. “Bu kez yasa koyucu, 54. maddenin 1. bendinde haksız rekabet hükümlerinin amacını yazmış ve 2. Bentte bu hükümlerin rekabet edenler arasında olduğu gibi, tedarikçilerle müşteriler arasında da uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre haksız rekabet hükümleri uygulama alanı bakımından genişlemiştir. Artık merkez öge tacir olmaktan ziyade, tüketici ve onun hakları olmuştur.”

derneklerine, ticaret, sanayi, meslek ve sanat odalarına dava açma hakkı tanınmıştır. Öte yandan “katılımcıları” tespit edebilmek ve tekelleşmeyi önleyebilmek için ilgili ürün pazarı ve coğrafi pazarın tespit edilmesi elzem ve önemlidir.²²¹

Öyle ki bu bağlamda korunan kişi, menfaat ve konuların kapsamı genişletilmiştir; korunan sadece rakipler değil, aynı zamanda tedarikçiler, alıcılar, tüketiciler, müşteriler ve kısaca hukuka uygun, saf, dürüst ticaret ortamının bozulmasından zarar gören herkes korunan katılımcı kapsamındadır.²²² Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, aralarında rekabet ilişkisi bulunmayan taraflar arasında da haksız rekabetin ortaya çıkması mümkündür; her iki tarafın tacir olması yahut aynı faaliyet alanında iştigal etmeleri zorunlu değildir.²²³ Bu bağlamda; aktif ve pasif katılımcılar ile gerçek ve tüzel kişilerin, hatta kamu tüzel kişilerinin dahi haksız rekabete neden olabileceği savunulabilir.²²⁴

Öğretide aksi görüşte olan Yasaman, Yıldız, Şener ve Tekinalp gibi yazarlar; “katılanlar” ibaresinin “bütün katılanlar” anlamını içermediğini, bu tanımdan piyasanın ünlü üç aktörü olan “ekonomi”, “tüketici” ve “kamu”nun anlaşılması gerektiğini savunmaktadır.²²⁵ Biz, hükmün ticari hayattaki dürüst ve saf iktisadi rekabeti korumayı amaçlaması sebebiyle dar yorum yapılmaksızın haksız rekabet failinin somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira haksız rekabet ticaret alanı dışında da görülebileceğinden, hükmün sosyal düzenleyici işlevi bulunmaktadır.²²⁶ Hem teknoloji hem ekonomi hem de ticaret hayatındaki gelişmeler sebebiyle haksız rekabetten etkilenecek katılımcıların değişebilme ihtimali göz önünde bulundurularak, normlar hiyerarşisinde üst sırada olan ve uzun süreyle kullanım amacıyla çıkarılan Kanunların katılımcıları sınırlayacak şekilde sınırlı sayıda belirlemesi hatalı ve yasanın özüne aykırı olacaktır.

²²¹ Güneş, 2023, 329.

²²² Güneş, 2023, 21. Erdil, 58. Yıldız, 25-31. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* 26. Bası. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020) 345. Tekinalp, Haksız Rekabet, 32. Tekinalp’e göre bu ibareyle, piyasanın aktif ve pasif aktörleri işaret edilmektedir.

²²³ Yargıtay 11. HD. 08.10.2018 T. 2017/226 E., 2018/6110 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 03.03.2009 T. 2009/310 E., 2009/2460 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 26.01.2020 T. 2008/4678 E., 2010/810 K. sayılı kararı. (emsa.uyap.gov.tr)

²²⁴ Nomer Ertan, 102. Yıldız, 33.

²²⁵ Yıldız, 27. Tekinalp, Haksız Rekabet, 35 dn 14. Hamdi Yasaman, Amaç ve Kapsam, 3. Şener, 608. Güven, 38.

²²⁶ Güneş, 2023, 21. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, “SMK m. 155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler”, *BATİDER C 35 S 2*, Haziran. 2019: 13.

(2) Failin Yarar Sağlaması Gerekmez

Haksız rekabette bulunan kişinin fiiliyle kendisine veya başkasına bir menfaat sağlaması zarurî değildir; eylemin dürüstlük kuralına aykırı bir fiil olarak nitelendirilmesi yeterlidir.²²⁷ Eğer fiil; TTK m. 54 veya 55 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı ve rekabet ortamını bozan haksız bir fiil ise, bu takdirde haksız rekabetin varlığından söz etmek mümkün olacaktır. Yargıtay da istikrarlı bir biçimde, haksız rekabete ilişkin tazminat davalarında davalının yarar sağlaması sebebiyle davayı reddeden yerel mahkeme kararlarının gerekçelerini yerinde görmeyerek bozmuştur.²²⁸

(3) Kusurun Varlığı Gerekli Değildir

İlke olarak herkes; hukuk düzenince korunan, özellikle mal ve şahıs varlıklarında meydana gelen zarara bizzat katlanmak zorundadır (*Casum sentit dominus*).²²⁹ Fakat bu ilkenin katı bir şekilde uygulanmasından hak sahipleri zarar görebileceği için; sorumluluk sebebi olan “kusur”, “sözleşme” ve “kanun” hükümlerinin varlığı halinde bu zarar başka kişilere yükletilebilir.²³⁰

Kusur; hukuk düzeninin kınadığı bir davranışla bir başkasına zarar veren kimsenin, bu zararı gidermekle yükümlü olduğunu ifade etmektedir.²³¹ “Kusursuz, sorumluluk olmaz” ilkesi gereği kusur sorumluluğu, genel kuralı oluşturmaktadır.²³² Haksız fiil sorumluluğunda da kusur sorumluluğu ön plana çıkmaktadır; fakat istisnai

²²⁷ Suluk/Karasu/Nal, 416. Işık Yaşlı, 145. Şehirali Çelik, Tasarımların Korunması, 155-156. Erdil, 58. Güneş, 2023, 33. Yargıtay 11. HD. 21.02.2010 T. 2008/9072 E., 2010/591 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²²⁸ Yargıtay 11. HD. 03.06.2015 T. 2015/2674 E., 2015/7615 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 10.04.2006 T. 2005/4006 E., 2006/3778 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 16.02.2012 T. 2010/10076 E., 2012/2123 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²²⁹ Uyanık, 115. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022) 564. “Bu deyiş, günlük hayatta karşımıza çıkan ‘Zarara uğrayan katlanır’, ‘Ateş düştüğü yeri yakar’, ‘Başa gelen çekilir’ gibi atasözlerinin hukuk alanındaki yansımasıdır.” Ayrıca bkz. dn 9. Sami Narter, *Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku 2. Baskı*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016) 4. Max Keller & Sonja Gabi-Bolliger, *Haftpflichtrecht, C II: Das Schweizerische Schuldrecht*. (Basel/Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, 1988) 1.

²³⁰ Eren, 564.

²³¹ Eren, 564 ve 655. Oğuzman/Öz, C II, 53. Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021) 448.

²³² Eren, 566. “Dolayısıyla kusurun varlığı, “*Casum sentit dominus*” ilkesinin istinasıdır. Kusur sorumluluğu, Avusturya ve Alman yasalarında da genel kuraldır.” Oğuzman/Öz, C II, 7.

olarak hakkaniyetin gerektirdiği koşullara göre kusursuz sorumluluk halleri de gündeme gelebilmektedir.²³³

Sorumluluk hukukunda kusur; kast (*dolus*) ve ihmal (*culpa*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.²³⁴ Kast, hukuka aykırı sonucun zarar veren tarafından bilinmesi ve istenmesidir.²³⁵ İhmal ise, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için gerekli özenin gösterilmemesidir.²³⁶ Haksız fiil sorumluluğunda fail ister kasten ister ihmalen zarara yol açsın, her iki halde de tazmin borcuyla yükümlüdür.²³⁷ Haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispat yükü, zarar görene düşmektedir.²³⁸

Dürüstlük kuralını ihlal eden kişi, güvene aykırı hareket ederek haksız rekabete yol açar.²³⁹ Ancak rekabet hukukundaki dürüstlük anlayışı, TMK m. 2/1 hükmündeki sözleşmesel ve önsözleşmesel dürüstlük tanımıyla tam olarak örtüşmez; rekabet hukukunda taraf mevcut olmayabilir, hatta haksız fiili durumu bile söz konusu olabilir.²⁴⁰ Fakat haksız fiil hükümleri kapsamında kurucu unsur olan kusur şartı, haksız rekabet hükümlerinde farklılık göstermektedir.²⁴¹ Nitekim haksız rekabet eyleminin sonucuna yahut failin amacına bakılmaksızın haksız rekabet hali tespit edileceğinden, failin kastı veya kusurunun bulunması şart değildir.²⁴² Hatta fiili

²³³ Eren, 566. Narter, 19. Muhammed Alparslan Budak, *Haksız Fiilde Zararın Tazmini*. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021) 7.

²³⁴ Eren, 658. Oğuzman/Öz, C II, 53. Narter, 426 vd. Uzunallı, 193. Erdil, 265. Gümüş, 448. Uyanık, 115.

²³⁵ Eren, 659. Oğuzman/Öz, C II, 53 ve 55. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C II*. (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2019) 74. Uyanık, 117. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. HD. 08.07.1996 T. 8467 E., 7471 K. sayılı kararı.

²³⁶ Uyanık, 115. Antalya, 76. Eren, 661. Oğuzman/Öz, C II, 53, 55-56. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. HD. 24.09.1984 T. 6027 E., 6856 K. sayılı kararı.

²³⁷ Eren, 658.

²³⁸ Eren, 666. Oğuzman/Öz, C II, 79. Uyanık, 117 vd.

²³⁹ Suluk/Karasu/Nal, 415. Örs, 30-31.

²⁴⁰ Suluk/Karasu/Nal, 416. Erdil, 62. 6102 sayılı TTK m. 54 gerekçesi.

²⁴¹ Hasan Kadir Yılmaztekin, *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı*. (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi, 2019) 313. Uzunallı, 191 dn 312. Eren, 594. Oğuzman/Öz, C II, 12. Kaplan, 2. Budak, 12. Yargıtay 4. HD. 2020/1001 E., 2020/3846 K. sayılı kararı: “*Haksız fiil, hukuk kurallarına aykırı şekilde diğer bir kişinin mal varlığı veya şahıs varlığında zarar meydana gelmesine neden olan eylemdir. Bu durumda, haksız fiil sorumluluğunun doğması için dört unsur bulunmalıdır. Bunlar da hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağıdır.*”

²⁴² Erdil, 59. Suluk/Karasu/Nal, 416.

gerçekleştiren kişinin ekonomik faaliyeti etkileme isteğinin bulunması da şart değildir.²⁴³

Zira TTK m. 54/2 kapsamında, bir kimse kusuru bulunmasa da haksız rekabetin oluşmasına yol açabilir; bu durumda TTK 56/1-d gereğince kişi hakkında haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve düzeltilmesi davaları açılabilmesi için kusurun varlığı şartı aranmaz. Ancak haksız rekabet sebebiyle açılacak maddi ve manevi tazminat davalarında kusurun varlığı aranmaktadır; bu sebeple kusurun oranı da tazminat miktarını belirleyecek bir faktör olarak karşımıza çıkacaktır.²⁴⁴

Benzer şekilde ABD Rekabet Hukukunda da failin hukuka aykırı sonucu istemesi yeterli görülmekte, ayrıca zararın meydana gelmesini istemiş olup olmadığına dikkat edilmemektedir; mahkemeler de genellikle rekabeti ihlal eden davranışın zararlı olan bağlantısını tespit ettikten sonra kusur konusunda ayrıntılı araştırmaya ihtiyaç duymamaktadır.²⁴⁵

(4) Zarar Görme Tehlikesi Yeterlidir

Tazminat hukuku olarak da adlandırılan sorumluluk hukuku anlamında tazmin borcunun doğabilmesi için, haksız fiil neticesinde bir zararın gerçekleşmesi gerekmektedir; zira sorumluluk hukukunun amacı, gerçekleşen zararın tazmini olduğuna göre, zararın varlığı zorunludur.²⁴⁶ Dar anlamda zarar sadece maddi zararı ifade etmekteyken, geniş anlamda zarar hem maddi hem manevi zararı kapsamaktadır.²⁴⁷

²⁴³ Erdil, 62. Hamdi Yasaman, Amaç, 28. İsviçre Federal Mahkemesi ATF 126. III 198 sayılı 28.02.2000 T. ilke kararı.

²⁴⁴ Erdil, 59. Eren, 656. Topuz, 297.

²⁴⁵ Murat Şahin, *Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri – ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018) 31. Clifford A. Jones, “After the Green Paper; The Third Devolution in European Law and Private Enforcement. The Competition Law Review”, *The Competition Law Review Volume 3 Issue 1*, Aralık. 2006: 84 ve 175.

²⁴⁶ Gümüş, 454. Uyanık, 112. Eren, 419 ve 599. “Zarar olmayan yerde sorumluluk yoktur.” Uzunallı, 199. Budak, 16-17. Narter, 418. Mustafa Tiftik, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 1994) 51. Narter, 815. “Zarar vermeye teşebbüs tazmin borcu doğurmaz. Çünkü, sorumluluk hukukunun asıl amacı cezalandırmak değil zararın tazmin etmektir.”

²⁴⁷ Eren, 599. Narter, 418. Küçükali, 228. Uyanık, 112.

Zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay gerçekleşmemiş olsaydı var olacağı durum arasındaki farkı ifade eder.²⁴⁸ Tazminat hukukunun temeli olan, Friedrich Mommsen'in Menfaat Öğretisi'ne dayanan bu teoriye doktrinde "fark teorisi" denmektedir ve zarar hesaplaması bu teoriye göre yapılmaktadır.²⁴⁹ Fark teorisi; zarar verici eylem gerçekleşmeseydi mal varlığının içinde bulunacağı durumu ifade eder.²⁵⁰ Yalnızca belirli (kesin), kişisel (şahsi) ve doğrudan doğruya olan zararın tazmini talep edilebilir.²⁵¹

Doktrinde Örs, Mimaoglu, Karahan ve Karayalçın gibi yazarlar; haksız rekabetin varlığından söz edebilmek ve bu konuda dava açabilmek için, bir zararın doğmasını ya da fiilin zarar doğurmaya müsait ve küçümsenemeyecek derecede ciddi tehlike içermesi gerektiğini öne sürmektedir.²⁵² Hatta bu konuda Yargıtay'ın, "*haksız rekabetten bahsedebilmek için haksız fiil unsurlarının (kusur, zarar, illiyet bağı) birlikte gerçekleşmesi gerektiğini*" öne süren bizce hatalı bir kararı da mevcuttur.²⁵³

Ancak uygulamada Yargıtay'ın güncel tarihli kararları ve doktrine göre; haksız fiil hükümlerinden farklı olarak haksız rekabetin oluşabilmesi için zararın varlığı koşulunun bulunmadığı gibi tazminat davası dışındaki diğer davaların -haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ve düzeltilmesi- açılabilmesi için zarar görme tehlikesinin varlığı yeterlidir.²⁵⁴ Yargıtay'ın istikrarlı kararları doğrultusunda, tazminat davaları yönünden davalının kusurunun ve zararın mevcut olmasının şart olduğu belirtilebilir.²⁵⁵ Dolayısıyla TTK 56/1-d beni gereğince; kusur ve zararın

²⁴⁸ Narter, 418. Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010) 64.

²⁴⁹ Narter, 816 ve 916. Kaplan, 41. Uzunallı, 196. Gümüş, 455. Murat Topuz, *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 282. Roma Hukukunda tazminat ya malın objektif değerini (*quanti res est*) ya da zarar görenin menfaatlerini (*id quod interest*) esas almaktaydı.

²⁵⁰ Narter, 816. Murat Topuz, 45. Tekinalp, 548. Uyanık, 118.

²⁵¹ Narter, 419.

²⁵² Erdil, 64. Örs, 33. Sait Kemal Mimaroğlu, *Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku 2. Baskı*. (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970) 292. Yaşar Karayalçın, *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler "Hukuki Mütalaalar"* (1992-1996) V. (Ankara: BATİDER, 1992) 70. Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku 22. Tıpkı Bası*. (Konya: MIMOZA Yayınları, 2011) 197.

²⁵³ Yargıtay HGK 12.12.2007 T. 2007/11-965 E., 2007/961 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²⁵⁴ Doğanay, TTK Şerhi, 315. Erdil, 59 ve 267. Suluk/Karasu/Nal, 416. Güneş, 2023, 31-33. Yargıtay 11. HD. 23.01.2012 T. 2010/8615 E., 2012/611 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 16.02.2012 T. 2010/10076 E., 2012/2123 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²⁵⁵ Tekil, 231. Yargıtay 11. HD. 03.06.2015 T. 2015/2674 E., 2015/7615 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 05.04.2021 T. 2020/2201 E., 2021/3297 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 22.05.1998 T. 1998/3886 E., 1998/3666 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 15.02.1999 T. 1998/9296 E., 1999/856 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 22.11.1985 T. 1985/4677 E., 1985/6377 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

varlığı halinde maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir.²⁵⁶ Zira bu davalarda kusur ile zarar arasındaki nedensellik bağına bakılır.²⁵⁷

b. Haksız Rekabetin Unsurları

(1) İktisadi Rekabeti Etkileyen Bir Davranışın Varlığı

Dar anlamda haksız fiil (kusur) sorumluluğunun ilk kurucu unsuru fiildir.²⁵⁸ Fiil, insan denetimi altında olan iradesinin sonucu olan davranışı temsil etmektedir.²⁵⁹ Bu davranış olumlu (aktif, bir şey yapma) veya olumsuz (pasif, bir şey yapmama) olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁶⁰ Haksız rekabet sorumluluğunda da aynı şekilde aktif -örneğin rakip işletme hakkında kötüleyici beyanda bulunma- veya pasif -örneğin aynı ebat ve renkte tabela kullanma zorunluluğuna aykırılık- bir davranış ile haksız rekabetin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır.²⁶¹

TTK m. 54/2’de haksız rekabete konu olan eylemin; iş etiğine, doğruluğa, dürüstlüğü aykırı, aldatıcı, yanıltıcı, kandırıcı “davranış” ve “ticari uygulamalar” olabileceği belirtilmiştir.²⁶² Ancak bir davranışın haksız rekabet olarak tespit edilebilmesi için, bir tacir (yahut rakip) tarafından ika edilmesi gerekmediği gibi TTK m. 3 veya TTK m. 19 anlamında ticari iş niteliği taşımasına gerek yoktur.²⁶³ Yine de TTK anlamında haksız rekabetten söz edilebilmesi için rekabetin konusu ekonomik gelir sağlamayı hedef edinmelidir.²⁶⁴

Haksız rekabet, haksız fiilin özel bir hali olup sözleşme dışı fiillerin varlığı halinde uygulama alanı bulacağından, eğer taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki

²⁵⁶ Nomer Ertan, 432. Yıldız, 297. Güneş, 2023, 32.

²⁵⁷ Şahin, 143. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 213. Güneş, 2023, 34 dn 47. Yargıtay 11. HD. 26.01.2010 T. 2008/4678 E., 2010/801 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

²⁵⁸ Eren, 594. Yıldız, 32. Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019) 74. M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2, 16. Bası*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018) 11.

²⁵⁹ Eren, 595. Narter, 405. Şahin, 137. Yanık, 113.

²⁶⁰ Eren, 596. Oğuzman/Öz, C II, 12-13. Narter, 406. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2006) 194. Yanık, 113.

²⁶¹ Yıldız, 32. Oğuzman/Öz, C II 2016, 42. Baysal, 74. Erdil, 61. Gümüş, 434.

²⁶² Erdil, 61. TTK m. 54/2 gerekçesi.

²⁶³ Yıldız, 32. Nomer Ertan, 100.

²⁶⁴ Güneş, 2023, 31. Sami Karahan, *Ticari İşletme Hukuku Güncelleştirilmiş 6. Bası*. (Konya: Mimoza Yayınları, 1997) 182.

varsa ve ihlali davranış ya da uygulama sözleşmeye aykırılık hali barındırıyorsa bu durumda TTK'nun haksız rekabet hükümleri değil TBK'nun sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.²⁶⁵

Haksız rekabete yol açacak davranışın hem dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olması hem rekabeti bozucu etkiye sahip olması gerekmektedir; zira dürüst olmayan her davranış rekabeti etkilemeyeceği gibi rekabeti bozucu olan her davranış da dürüstlük kuralına aykırı bir davranış olarak karşımıza çıkmamaktadır.²⁶⁶ Bu davranış veya ticari uygulamanın haksız rekabet olarak adlandırılabilmesi için sebeple bu iki unsurun birlikte var olması gerekir.

(2) Rekabet Etme Hakkının Dürüstlük Kuralına Aykırı ve Aldatıcı Şekilde Kullanılması

Sorumluluk hukukunda, hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması halinde, belirli hak ve hukuki varlıkları zarar verici müdahalelerden korumayı amaçlayan, bu uğurda belirli bir davranışı emreden hukuk normlarının ihlal edilmesi suretiyle bir hakkın çiğnenmesi, hukuka aykırılık teşkil etmektedir.²⁶⁷ Türk ve İsviçre hukukunda hakim olan objektif hukuka aykırılık teorisine göre; kişilerin malvarlığı ve şahıs varlığını doğrudan veya dolaylı şekilde koruma amacı güden emredici hukuk kurallarını ihlal eden davranış hukuka aykırıdır.²⁶⁸

TTK m. 54/2 hükmü; haksız fiilin ticaret alanındaki özel bir türü olan haksız rekabete, yasa ile tanınan hukuka aykırılık unsurunu bahsetmektedir.²⁶⁹ İlke niteliğindeki madde gerekçesine göre, dürüst davranış kuralı temel unsurdur.²⁷⁰ Hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde düzenleyici bir norm olarak karşımıza çıkan dürüstlük kuralı (*bona fides*); temelinde ahlaki ve etik

²⁶⁵ Yıldız, 32. Tekinalp, Haksız Rekabet, 31. Nomer, 98. Erdil, 62.

²⁶⁶ Erdil, 62.

²⁶⁷ Eren, 669-672. Narter, 408. Oğuzman/Öz, C II, 14 vd. Şahin, 135.

²⁶⁸ Şahin, 136. Gümüş, 434. İsmet Sayhan, "Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı", *Ankara Barosu FMR Dergisi Y 5, C 5, S 2005/3*: 40-41. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, 107-108.

²⁶⁹ Erdil, 63 ve 263. Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku 7. Baskı*. (Konya: Sayram Yayınevi, 2017)

23.

²⁷⁰ TTK m. 54 gerekçesi.

değerleri barındırarak davranışlarının sınırlarını düzenlerken başkalarının haklarına saygılı olmayı, doğruluk ve güvenin önemini vurgulamaktadır.²⁷¹

Ekonomik rekabet bir Anayasal hak olup rekabetin dürüstlük kuralına uygun yapılması esastır; objektif iyiniyet kuralları, serbest ticaret hakkının sınırlarını teşkil eder.²⁷² Bir fiilin haksız rekabet teşkil edebilmesi için, failin rekabeti etkileme amacıyla hareket edip etmediğine bakılmaz; objektif bir değerlendirme ile soyut uygunluğun tespiti yeterlidir.²⁷³ Bu doğrultuda TTK m. 54/2 kapsamında; gerçeğe aykırı beyanlar, kötüleyici beyanlar, işçileri ayartma, saldırgan satış yöntemleri kullanma, müşteriye yanıltma gibi haller dürüstlük kuralına aykırı ve aldatıcı hareket teşkil etmektedir.

Amerikan Haksız Rekabet Hukuku'nun temel ilkesi, tek cümle ile “*kimse kendi mallarını diğerinin malları gibi gösterme hakkına sahip değildir ve bu sadece hileden kaçınma görevidir*” şeklinde özetlenir.²⁷⁴ Buna göre; pazarda farkındalık yaratan, kaynak bildiren ayırt edici işaretin başkalarınca kullanılarak müşteri çevresinin yanıltılması suretiyle yön değiştirmesi engellenmek istenmektedir.²⁷⁵ Avrupa Birliği'nde, ABAD'ın meşhur *Cassis de Dijon* kararından beri yerleşik görüş, haksız rekabet düzenlemesinde merkez öğrenin dürüstlük kuralı olduğudur.²⁷⁶ Ortak hukuk (*Common Law*) ilkelerinin geçerli olduğu Birleşik Krallık ve diğer bölgeleri ile Avusturalya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde, mahkemelerce özünde aldatıcılık ve aldatma olasığının bulunduğu “*passing off*” yasası temel ilkeleri geliştirilmiştir.²⁷⁷

²⁷¹ Talya Şans Uçaryılmaz, *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019) 70. Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006) 3. Erdil, 63. Topuz, 266.

²⁷² Güneş, 2023, 32. Doğanay, TTK Şerhi, 314.

²⁷³ Kemal Şenocak, “Haksız Rekabet Açısından Boykot”, *BATİDER C 25, S 1*, Mart. 2009: 82. Erdil, 64. Güneş, 2023, 32.

²⁷⁴ Güneş, 2023, 27. Beverly Pattishall, David C. Hilliard ve Joseph N. Welch, *Trademarks and Unfair Competition 5th ed.* (New York: Lexisnexis, 2002) 4.

²⁷⁵ Güneş, 2023, 19. Pattishall/Hilliard/Welch, 17.

²⁷⁶ Güneş, 2023, 25. Ayşe Serra Ünalı ve Yağız Alp Yelis, *Cassis de Dijon Case: Free Movement of Goods and Prohibition of Non-tariff Barriers in the European Union Law*. (Ankara: Bilkent Üniversitesi, 2021) 10 vd.

20 Şubat 1979 tarihli CJEU C-120/78 sayılı Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein kararı.

<<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=90055&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=7694509>>.

²⁷⁷ Güneş, 2023, 19.

Hukukumuzda da başkasına zarar verici fiili yasaklayan herhangi bir düzenleme bulunmasa da failin hukuka aykırılık teşkil eden eylemi sebebiyle tazminat ödeme yükümlülüğü doğabilmektedir.²⁷⁸

(3) İlliyet Bağı

Haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkması için uygun illiyet bağının varlığı asli koşuldur.²⁷⁹ Uygun illiyet bağı; hukuka aykırı kusurlu fiil ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisidir; bu nedenle başka Alman ve İsviçre Hukuku olmak üzere tüm ulusal müktesebatlarında olduğu gibi hukukumuzda da uygun illiyet bağı teorisi kabul edilmiştir.²⁸⁰

Haksız rekabetin varlığından söz edebilmek ve tazminat davası dışında kalan diğer davaları açabilmek için zararın varlığı zorunlu değildir. Ancak haksız rekabet sebebiyle zararı tazmin borcunun doğabilmesi, başka bir deyişle maddi ve manevi tazminat davası açabilmek için; genel hayat tecrübesi, objektif olasılık ve hayatın normal akışına göre, haksız rekabet fiili ile zarar yahut zarar tehlikesi arasında illiyet bağının kurulabilmesi gerekmektedir.²⁸¹

Amerikan Haksız Rekabet Hukukunda, Yüksek Mahkeme kararları doğrultusunda rekabet zararı (*antitrust injury*) doktrini doğmuştur; buna göre zarar gören, haksız fiilden kaynaklanan diğer tazminat davalarında olduğu gibi zararının, davalının fiili neticesinde meydana geldiğini -yani fiil ile zarar arasındaki uygun nedensellik bağı- ispatla yükümlüdür.²⁸²

²⁷⁸ Erdil, 263. TBK md. 49/2 hükmü.

²⁷⁹ Eren, 617. Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010) 74 vd. Gümüş, 423. Uyanık, 117.

²⁸⁰ Küçükali, 239. Oğuzman/Öz, C II, 44. Uzunallı, 201. Budak, 15. Eren, 617. Narter, 423. Şahin, 85. Thomas Eilmansberger, "The Green Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules: Reflections On The Utility And Feasibility Of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action", *Common Market Law Review* (44) N 2, Nisan. 2007: 467-469. Sanem Baykal, *Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2006) 109. Guiliano Amato & Claus-Dieter Ehlermann, *EC Competition Law*. (Oxford: Hart Publishing, 2007) 747. Gümüş, 424.

²⁸¹ Erdil, 66. Oğuzman/Öz, C II, 44 vd. Küçükali, 238-239.

²⁸² Şahin, 30. R. Hewitt Pate, *Antitrust Law In The US Supreme Court*. (Washington: US Department of Justice, 2004) 2. <<https://www.justice.gov/atr/file/517986/dl>>. Phillip E. Areeda, Louis Kaplow & Aaron S. Edlin, *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases 7th Ed.* (Boston/Massachusetts: Aspen Publishers Inc., 1997) 58.

5. Başlıca Haksız Rekabet Halleri

TTK m. 54'ün gerekçesinde belirtildiği üzere; 1986 tarihli İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nun 3 ila 8. maddelerinde altı kategori halinde düzenlenen ve yüksek mahkeme kararlarına göre en çok rastlanan, haksız rekabet fiillerinin en belirgin halleri olan, dürüstlük kuralına aykırı davranış ve ticareti uygulamaların somut örnekleri, *numerus clausus* şeklide olmaksızın alt başlıklar halinde türetilerek uyarlanmış ve TTK m. 55 içeriğinde kabul edilmiştir.²⁸³ Zira TTK m. 55/1 metni aynen şu şekildedir: “Aşağıda sayılan haller haksız rekabet hallerinin başlıcalarıdır...”

Metodoloji gereği; TTK m. 54 ve m. 55 arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi bulunduğundan, bir fiilin haksız rekabet teşkil edip etmediğini tespit edebilmek için, öncelikle TTK m. 55'te sayılan örneksemelere bire bir uyup uymadığına bakılır; eğer bire bir uymuyorsa sayılan örneklerden birinin kapsamına girip girmediğine bakılır; aksi takdirde TTK m. 54'te yer alan genel hüküm tanımı uyarınca haksız rekabet olarak nitelendirmenin mümkün olup olmadığına bakılır.²⁸⁴ Bu nedenle TTK m. 54 genel hüküm niteliğinde olup m. 55'e kıyasen; çevreye, zamana, çağın ekonomik koşullarına ve teknolojik gelişmelere yenilmeyecek geniş ve genel bir haksız rekabet ihlal halini tanımlar.²⁸⁵ Bu yönüyle TTK m. 54 ve 55 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; adeta haksız rekabet hallerinin birer kataloğu gibidir.

TTK m. 55'te örnekseme yoluyla düzenlenen altı kategori şu şekildedir: “a) Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar, b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yönelmek, c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma, d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek, e) İş şartlarına uymamak, f) Dürüstlük kurallarına aykırı işlem şartları kullanmak” Her kategori, kendi içerisinde alt başlık ve örneksemeler içermektedir.

²⁸³ Erdil, 70-71. Güneş, 2023, 22. Cüneyt Bellican, “Bir Haksız Fiil/Haksız Rekabet Örneği Olarak Başkalarının veya Ürünlerinin Kötülenmesi”, *Fasikül Dergisi C 11, S 111*. Şubat. 2019: 664.

²⁸⁴ Nomer Ertan, 97. Şenocak, Boykot, 206. Arkan, Ticari İşletme, 354. Meliha Sermin Paksoy, *Sözleşme İhlale Yönelme*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018) 151. Erdil, 71. Suluk/Karasu/Nal, 416.

²⁸⁵ Yargıtay 11. HD. 08.11.2004 T. 2004/1757 E., 2004/10912 K. sayılı kararı.

B. Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller

Marka hakkına tecavüzün hukuki niteliği; marka hakkının kanunla koruma altında olması, marka hakkına tecavüz sayılan hukuka aykırılık teşkil eden hallerin SMK m. 7 ve m. 29’da açık bir şekilde sayılması, tecavüz eyleminin yasada sayılan kusurlu davranış hallerinden oluşması, hak sahibi ile mütecaviz arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmaması, tecavüz eylemi neticesinde hak sahibinin zarara uğraması, mütecaviz aleyhine sorumluluk hukuku kapsamında tazmin borcu doğması gibi sebeplerden, haksız fiilin özel hali olan haksız rekabettir.²⁸⁶ Nitekim 556 sayılı mülga KHK döneminde de sınai mülkiyet hakkı ihlalleri, genel kurallardaki haksız fiil hükümlerine göre çözümlenmekteydi.²⁸⁷

Her mutlak hak gibi marka hakkının da tecavüze uğraması, ihlal edilmesi mümkündür. Marka hakkının korunması ilkesi de tecavüz sebebiyle marka hakkının yahut sahibinin zarara uğrama ihtimali veya olgusundan kaynaklanmaktadır. Sınai mülkiyet hakları kapsamında hukuka aykırılık; SMK madde 7 ve 29’da belirtilen emredici kurallara aykırı davranış anlamına gelmektedir.²⁸⁸

Elbette SMK anlamında tecavüz eylemi, aktif yani olumlu bir davranış olan, marka hakkını yasada sayılan hallere aykırı olarak kullanmanın karşılığıdır. Bu bölümde öncelikle, marka hakkına tecavüzün hukuki niteliği irdelenecek, devamla SMK 29. madde ve bu maddenin atıfta bulunduğu 7. madde kapsamında tecavüz sayılan haller incelenecektir.

²⁸⁶ Narter, 17. Durceylan, Tez, 60. Erdil, 62. Güneş, 2023, 17. Ege, 50.

²⁸⁷ Çolak, 8. “MÖHUK’nun 34. Maddesi gereğince, haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer eğer farklı ülkelerde ise, bu takdirde zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. Bununla birlikte haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflar, uygulanacak hukuku seçebilirler.” Narter, 4. Budak, 4. Yargıtay 10. HD. 15.12.2020 T. 2020/6964 E., 2020/7222 K. sayılı kararı: “Geniş anlamıyla sorumluluk kavramı, bir kişinin başka bir kişiye verdiği zararları giderme yükümlülüğü olarak açıklamıştır. Hukuki anlamda sorumluluk ise, taraflar arasındaki borç ilişkisinin zedelenmesi sonucu doğan zararların giderilmesi (tazmin edilmesi) yükümlülüğünü içerir.”

²⁸⁸ Yılmaztekin, 318. Uyanık, 1141.

1. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz sayılan haller; SMK'nun 7. maddesine de atıf yapan 29. maddesinde düzenlenmektedir.²⁸⁹ Buna göre; (29/1-a) marka sahibinin izni olmaksızın markayı SMK madde 7'de belirtilen biçimlerde kullanmak, (29/1-b) marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek, (29/1-c) markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak, (29/1-ç) marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir.²⁹⁰

SMK madde 29/1-a fıkrasındaki atıfla, 7. maddede sayılan haller de marka hakkına tecavüz halleri olarak benimsenmiştir.²⁹¹ Madde metnine göre; (7/2-a) tescilli marka ile aynı olan bir işareti aynı mal veya hizmetler için kullanmak, (7/2-b) tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle tescilli marka ile ilişkilendirilme yahut karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işareti kullanmak, (7/2-c) aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı sebep olmaksızın kullanılması marka hakkına tecavüz niteliğindedir.

²⁸⁹ Uyanık, 1141 vd. Çolak, 631.Kıdıl, 52. Şehirli Çelik, 168. Fatih Aydın, "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat", *TBB Dergisi S 133*. Aralık. 2017: 522 vd.

²⁹⁰ Kıdıl, 52. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 18.09.2023, E.T. 28.02.2024

< <https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/09/18/marka-tecavuz/> >.

²⁹¹ Mustafa Öksüz, "Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları", *TBB Dergisi Y 34, S 156*. Eylül-Ekim. 2021: 306. Durceylan, 77. Esasen bu iki maddenin bir arada düzenlenmesi, yasa yapma tekniği açısından daha isabetli olabilirdi.

SMK 7/2-a fıkrasında belirtilen ilk hal, “*tip-1 kullanım*” olarak adlandırılmaktadır.²⁹² Bu durumda ayniyet söz konusu olup markaya ilişkin aynı işaret, aynı mal ve hizmet için kullanılmaktadır.²⁹³

SMK 7/2-b fıkrasında belirtilen ikinci hal ise “*tip-2 kullanım*” olarak adlandırılmakta olup bu halde hem bir karıştırılma ihtimali hem tescil engeli hem de bir tecavüz hali söz konusudur.²⁹⁴

Nihayet SMK 7/2-c fıkrasında belirtilen son hal, “*tip-3 kullanım*” olarak adlandırılmakta olup markanın ayırt ediciliğinin zedelenmesi (markanın sulandırılması), itibarına zarar verilmesi ve tanınmışlığından haksız yararlanmayı ifade etmektedir.²⁹⁵ Bu fiiller, SMK 6/5 fıkrasında yer aldığı haliyle nispi red sebebi olmasının yanında markaya tecavüz niteliğindedir.²⁹⁶

Markaya ilişkin işaretin, ticaret alanında ve SMK 7/3 fıkrasında belirtilen hallerde kullanılması da ikinci fıkradaki haller gibi markaya tecavüz niteliği taşıyacaktır. Buna göre; işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması, işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi, ithal ya da ihraç edilmesi; işaretin iş evrakı ve reklamlarda kullanılması, ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması; işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması markaya tecavüz niteliği taşıyacaktır.

Markayı ayırt edici kılan kök kelimeler, her ne kadar farklı anlamlar taşıysa da görsel ve fonetik açıdan birbirine benziyorsa tüketici nezdinde karıştırılma ihtimali doğuracağı ve tecavüzün varlığının kabulü gerekir. Yargıtay HGK bir kararında; davacı için ayırt edici olan “Goose” ve davalı için ayırt edici olan

²⁹² Çolak, 635. Ayrıca bkz. dn 1815.

²⁹³ Çolak, 635. Ayrıca bkz. dn 1816. Durceylan, 79. Öksüz, 307.

²⁹⁴ Çolak, 643. Durceylan, 82 vd. Öksüz, 307.

²⁹⁵ Çolak, 658-659. Öksüz, 307.

²⁹⁶ Çolak, 659. Durceylan, 92.

“Moose” çekirdek ibareli her iki markanın da taşımacılık alanında ticari faaliyette kullanıldığını, işbu kılavuz sözcüklerden “Goose” ibaresinin İngilizce’de kaz, “Moose” ibaresinin ise geyik anlamına geldiğini, fakat Türkiye’de tüketicilerin bu nüansı bilemeyecek olması, kelimelerin fonetik açıdan aynı olmaları sebebiyle iltibas tehlikesinin bulunduğu ve tecavüzün varlığına takdir etmiştir.²⁹⁷

Benzer şekilde Özel Daire’nin bir kararında, davacıya ait “Kaybedenler Kulübü” markası ile eş anlamlı ve aynı faaliyet alanında davalı tarafından kullanılan “The Losers Club” ve “The Losers” ibareli markaların karıştırılma ihtimali doğurduğu ve tecavüzün gerçekleştiğine kanaat getirilmiştir.²⁹⁸

ABD New York Bölge Mahkemesince verilen bir kararda; davacı oyuncak firmasına ait “Toys ‘R’ Us” tescilli markasına, davalı Goeffrey silah firmasına ait “Guns Are We” markası ile tecavüz edildiği iddia edilen davada, davacının “Dolls ‘R’ Us”, “Books ‘R’ Us”, “Games ‘R’ Us” gibi “R Us” işaretini haiz sayısız tescilli markası ve alan adının bulunmasına karşın, somut olayda davacıya ait ayırt edici faktör olan tek ‘R’ ibaresinin davalı tarafından kullanmaması ve karıştırılma ihtimalinin bulunmaması sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir.²⁹⁹

2. Ticari Amaçlı Kullanım Koşulu

2015/2436 sayılı Yeni AB Marka Direktifinin 10. maddesi ile 2017/1001 sayılı Yeni AB Marka Tüzüğü’nün 9. maddesindeki hükümler mevzuatımızda SMK 7. maddesinde vücut bulmuştur.³⁰⁰ Uğur Çolak’ın da belirttiği üzere uluslararası mevzuatta “ticari süreçte/hayatta kullanım” veya “ticarete kullanım” anlamındaki “*use in the course of trade*” ibaresinin karşılığının SMK’na alınmamış olması ve bunun yerine koruma kapsamındaki hallerin sonuna “kullanılması” kelimesinin eklenmesi, yasa yapım tekniği açısından sakıncalı olmuştur.³⁰¹ Zira marka hakkının ticari hayat dışında kişisel amaçlı kullanılması -örneğin edebi ve artistik eserlere

²⁹⁷ Yargıtay HGK 18.01.2022 T. 2019/11-372 E., 2020/10 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

²⁹⁸ Yargıtay 11. HD. 19.06.2023 T. 2022/81 E., 2023/3875 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

²⁹⁹ Uyanık, 1156-1157. ABD New York Bölge Mahkemesi 1998 WL 760219 (S.D.N.Y.) numaralı dosyası.

³⁰⁰ Çolak, 631. Tamer Pekdinçer, R. Eda Giray, Kadir Baş ve Gül Büyükkılıç, *Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021) 904 ve 925.

³⁰¹ Çolak, 631.

veyahut filmlere gerçeklik katmak amacıyla yapılan kullanımlar, karşılaştırmalı reklamlar, haber bildirimleri, akademik araştırmalar- tecavüz sayılmayacaktır.³⁰²

Her ne kadar madde metninde ticari hayatta kullanım yazmamaktaysa da bu durum bir kural içi boşluk niteliğinde olup SMK madde 29'un madde 7'ye atıf yapması suretiyle bu boşluğun doldurulması mümkündür.³⁰³ Bu sebeple Çolak'ın görüşüne katılmakla, SMK madde 7 ve 29'un birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekteyiz.³⁰⁴ Zira marka hakkının ticari hayatta kullanımı sebebiyle ihlal edilmesi ve tecavüze uğraması nedeniyle açılacak tazminat davaları, TTK haksız rekabet hükümlerinin özel düzenlemesi niteliğinde olan SMK kapsamında ticari uyumsuzluk alanına girmekte ve dava şartı olarak zorunlu arabuluculuk müessesesi bulunmaktadır.³⁰⁵

ABAD kararlarında³⁰⁶ da yerleşik hale geldiği üzere; bir kullanımın marka hakkına tecavüz sayılabilmesi için, ticari anlamda bir faaliyet ve ekonomik bir yarar sağlama amacı içermesi gerekmektedir.³⁰⁷ Böylelikle markanın kişisel amaçlı kullanımı (*non-commercial context*), marka hakkına tecavüz kapsamı dışında tutulmuştur.³⁰⁸ Dolayısıyla markanın; politik bir tartışma, özel bir çalışma, akademik

³⁰² Çolak, 632. Yasaman, SMK Şerhi C II, 1674. Hacıömeroğlu/İnce, 96-97. Ilanah Simon Fhima, *Trade Mark Dilution in Europe and United States*. (Oxford: Oxford University Press, 2011) 244-245. Mark A. Lemley & Stacy L. Dogan, *Grounding Trademark Law Through Trademark Use*. (California/Stanford: Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2007) 1683-1684.

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=961470>

³⁰³ Çiğdem Kırca, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 50, S 1*. Şubat. 2001: 93-94. Yaşar Şahin Anıl, *Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları*. (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013) 72.

³⁰⁴ Çolak, 631.

³⁰⁵ Çolak, 1069-1070. Serdar Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*. (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020) 43 vd.

³⁰⁶ 12 Kasım 2002 tarihli CJEU C-206/01 sayılı Arsenal FC v. Mathew Reed kararı, 15 Aralık 2011 tarihli CJEU C-119/10 sayılı Frisdranken Industrie Winters BV v. Redbull GmbH kararı, 12 Temmuz 2011 tarihli CJEU C-324/09 sayılı L'oreal SA/Others v. eBay kararı, 23 Mart 2010 tarihli CJEU C-236/08 ve 238/08 sayılı Google France v. Louis Vuitton Malletier SA kararı, 16 Temmuz 2015 tarihli CJEU C-379/14 sayılı TOP Logistics BV/Van Caem International BV v. Bacardi & Company Ltd, Bacardi International Ltd kararı.

³⁰⁷ Çolak, 632.

³⁰⁸ Çolak, 632, dn 1799.

araştırma, öğretim amaçlı kullanımı veya bir sanat eserinin yaratılması gibi kültürel amaçlarla kullanımı, ticari bir amaç taşımadıkça hak ihlali teşkil etmeyecektir.³⁰⁹

Fakat ticari amaçlı kullanım kavramı geniş yorumlanmalıdır; kullanımın büyük veya küçük boyutta olması etkili olmayıp kişisel kullanım boyutunu aşan her türlü kullanım ticari olarak nitelendirilmelidir.³¹⁰ Müttecavizin gerçek ya da tüzel kişi, kâr amacı gütmeyen dernek, vakıf, taraftar kulübü yahut siyasi parti olması ise sonuca etkili olmayıp ticari anlamda kullanımın mevcut olup olmadığına bakılmalıdır.³¹¹ İngiliz Mahkemelerine konu olan bir davada; davacıya ait “RAID” ibareli İngiliz ve Avrupa Birliği markasının, ruh sağlığı eğitim hizmeti veren davalı “National Health Service” (Ulusal Sağlık Servisi) isimli vakıf tarafından “*Rapid Assessment Interface and Discharge*” (Hızlı Değerlendirme Arayüzü ve Taburculuk) ibaresinin kısaltması olarak “*ticari olmayan ve kâr amacı gütmeyen*” şekilde kullandığı savunması karşısında mahkeme, davalının bu markayı Birmingham Hastanelerine “*ödeme karşılığı hizmet verme*” şeklinde kullandığını tespit ederek, ticari anlamda kullanımın sebebiyle tecavüzün varlığına karar vermiştir.³¹²

Benzer şekilde İtalyan Temyiz Mahkemesine konu olan bir davada; davalı “Ferrari Club Milano” isimli gayri resmi hayran kulübünün ticari faaliyet göstermediği savunması karşısında mahkeme, ABAD (CJEU) kararlarına da atıfta bulunarak “üyelik aidatı ödenmesi karşılığında ekonomik değeri olan hizmet ve etkinlik sunumunda bulunulması” sebebiyle ticari amaçlı faaliyetin mevcut olduğuna ve davacı Ferrari otomotiv firmasına ait markalara tecavüz ettiğine karar vermiştir.³¹³

Elbette marka hukuku, fikri ve sınai bir hakkı konu edindiği için soyut bir alan olduğundan, mutlak doğru sayılacak bir kıstas mevcut olmayıp her somut olay kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Örneğin; ABAD, 30.04.2020 tarihli C-772/16 sayılı kararında Finlandiya’da mukim bir gerçek kişinin, bir karton sigara ve

³⁰⁹ Çolak, 632, dn 1800. Martin Senftleben, *Robustness Check: Evaluating and Strengthening Artistic Use Defence in EU Trademark Law IIC*. 571, University of Amsterdam, 7 Ekim 2023 <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-022-01182-x>>.

³¹⁰ Çolak, 634.

³¹¹ Çolak, 634.

³¹² Yasaman, 21. EWHC 19 (IPEC), ATP Training, 09.01.2019, par. 115-122.

³¹³ Yasaman, 22. Italian Supreme Court, Ferrari v. Ferrari Club Milano, case no.26498, 27.11.2013; The Trademark Reporter, Annual Review of EU Trademark Law, 2013 in Review, March-April 2014, Vol.104, No.2, s.626.

bir şişe konyak karşılığında Çin'den 710 kg ağırlığında 150 adet "INA" markalı bilyeli rulmanın kendisine tesliminden kısa bir süre sonra Rusya'ya ihraç etmesini; malların niteliği, miktarı ve hacmi göz önüne alınarak gerçek kişinin bu malları gümrükten geçirerek serbest dolaşıma sokmasını bir ithalat işlemi olarak değerlendirerek, eylemin ticari amaçlı bir faaliyet ve marka hakkına tecavüz niteliğinde olduğuna, gerçek kişinin eylemi karşılığında elde ettiği yararın ekonomik karşılığının düşük olmasının sonuca etkisi olmadığına karar vermiştir.³¹⁴

Öte yandan marka hakkına tecavüz edenin, direkt olarak maddi anlamda bir kazanç elde etmesi şart olmayıp satışları artırma amaçlı promosyon olarak kullanımı da ihlal olarak değerlendirilmektedir.³¹⁵ Alan adının ticari kullanım sayılması hususu tartışmalı bir konu olsa da bu konuda Yargıtay tarafından verilen bir kararda; her ne kadar bir mal veya hizmet satışı ya da tanıtımı bulunmasa da yapım aşamasında olan sitenin alan adında (www.yasamicinteknoloji.com) geçen "Yaşam İçin Teknoloji" ibaresinin, tanınmış markaya ait bir slogan olması ve arama motoruna tanınmış markayı yazan kişilerin bu siteye yönlendirilecek olmaları sebebiyle, tanınmış markanın ayırt edicilik gücünden ve tanınmışlığından adeta bir "click-bait"³¹⁶ gibi faydalanılacağı gerekçesiyle marka hakkının ihlal edileceğine karar verilmiştir.³¹⁷ Böylece Yargıtay; ticari amaçla kullanımın geniş yorumlanması kuralına uygun olarak SMK 7/3-d fıkrasına göre ihlale karar vermiş ve müşterileri yanıltmak ve aldatmak sureti ile kendine çeken davalı aleyhinde bizce doğru bir karara imza atmıştır.

Yargıtay bir kararında; davacının İspanya'da tescilli ve TPMK tarafından tanınmış "Zara" markasını içeren "www.byzara.com.tr" şeklindeki alan adı kullanılmasında, davalının Zara ilçesi nüfusuna kayıtlı olduğu ve memleketine duyulan sevgi ve bağlılığı gösterdiği savunmasına itibar etmeyerek, 16.12.2015

³¹⁴ Çolak, 633.

³¹⁵ Çolak, 633.

³¹⁶ Cambridge Dictionary'ye göre click-bait; insanların dikkatini çekerek başlık ve görseli ile içeriği uyumlayan bir bağlantıya tıklatmayı amaçlayan internet hikayesi, arama sonucudur. Türkçede "tıklama tuzağı" anlamına gelen terimdir.

<<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/clickbait>>

Anıl Karaca, *Haber Okuyucularının Tık Tuzağı Haber Algısı Yüksek Lisans Tezi*. (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2019) 24. Duygu Uzunoğlu, *Tık Tuzağı Taktiklerinin Haber Sitelerinde Okur Angajmanına Etkisi Yüksek Lisans Tezi*. (İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2023) 6 vd.

³¹⁷ Çolak, 633. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD., 14.04.2014 T. 2014/249 E., 2014/7355 K. Sayılı kararı. Aynı yönde bkz. İstanbul 4. FSHM 27.09.2013 T., 2013/141 E., 2013/161 K. Sayılı kararı.

tarıhli 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi'nin 19 numaralı Önsöz maddesine göre ticari unvan ve işletme adının, mal ve hizmetler için ayırt edici olacak şekilde izinsiz ve ciddi surette markasal olarak kullanılması halinde ihlalin gerçekleşeceğini belirtmiştir.³¹⁸

Yargıtay bir başka kararında; davacının markasının mağaza girişinde kullanılmasının tek başına markasal kullanım ve tecavüz oluşturmayacağını belirterek, markanın hangi mal ve hizmetlerde kullanıldığına ve markanın tescilli olduğu sınıflar dışında başka sınıflarda kullanılmasının davalıya sorumluluk yükleyip yüklemeyeceğine bakılmaksızın maddi tazminata hükmedilen yerel mahkeme kararını bozmuştur.³¹⁹

3. Kusur Şartı

Uygulamada bazen hataya düşölerek, maddi tazminat davası yönünden kusurun asli unsur olduğu unutulmaktadır. Bunun sebebi; sınai mülkiyet hakkına tecavüzün tespiti, durdurulması ve önlenmesi (men), tecavüz oluşturan içeriğin siteden çıkartılması (ref) gibi talepler yönünden kusur şartının aranmamasıdır.³²⁰ Örneğin; içerik sağlayıcının sorumluluğu kusursuz sorumluluk halidir; fakat tazminat sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için kusurun varlığı şarttır.³²¹

Oysa tıpkı TBK haksız fiil hükümlerinin ticari anlamda özel bir görünümü olan TTK haksız rekabet hükümlerinde açılacak davalarda olduğu gibi; SMK 149. maddesi kapsamında açılacak olan tecavüzün tespiti, önlenmesi ve durdurulması davalarında kusur ve zararın varlığı aranmazken, SMK 149, 150 ve 151. maddeleri kapsamında açılacak tazminat davalarında kusur ve zararın varlığı asli koşul (kurucu unsur) olacaktır.³²² Yani; hukuka aykırı eylem ve illiyet bağının yanında, mütecevizin kusuru ve zararın varlığı da şarttır.³²³

³¹⁸ Yargıtay 11. HD. 14.12.2022 T. 2021/4776 E., 2022/9040 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.). Markasal kullanım koşulu hakkında ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 08.03.2023 T. 2022/1314 E., 2023/1424 K. sayılı "Flormar v. So Chic" kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

³¹⁹ Yargıtay 11. HD. 13.03.2023 T. 2022/1562 E., 2023/1525 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

³²⁰ Çolak, 746. Işık Yaşlı, 242-244. Suluk/Karasu/Nal, 379.

³²¹ Çolak, 745. Uzunallı, 191. Işık Yaşlı, 266. Suluk/Karasu/Nal, 380. Ege, 69.

³²² Çolak, 1007-1009. Şehirli Çelik, 478. Eren, 594. Aydın, 523.

³²³ Küçükali, 233. Çolak, 1009. Yılmaztekin, 320.

Sınai mülkiyet hakkına tecavüz eyleminde kusur; kast (*dolus*) veya ihmal (*culpa*) şeklinde ortaya çıkabilir.³²⁴ Yani hukuka aykırı sonucun istenmesi şart olmayıp bu sonucun ortaya çıkmaması için gerekli önlemin alınmaması veya yeterli özenin gösterilmemesi, hukuka aykırı davranıştan kaçınılmaması halinde de mütecaviz aleyhine kusur sorumluluğu doğacaktır.³²⁵ İhmal halinde gösterilmesi beklenen özenin derecesi tespit edilirken; objektif kriterlerin yanı sıra, mütecavizin mesleği, tacir olup olmadığı, somut olayın özellikleri birlikte değerlendirilmelidir.³²⁶

Tekinalp, sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde kusur mevcut değilse sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulabileceğini öne sürmektedir.³²⁷ Uzunallı da kusur bulunmaz ise; mütecavizin kazancı vekaletsiz iş görme hükümlerine (TBK md. 530) göre, ödenmesi gereken lisans bedeli ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine (TBK md. 77 vd.) göre talep edilebileceğini dile getirmektedir.³²⁸ Fakat gerek SMK 150 ve 151. maddeleriyle hak sahibinin başvurabileceği tazminat yöntemleri ve hesaplama seçenekleri sınırlandırıldığından gerekse hak sahibinin, mütecavizin kusurunu, zararı ve illiyet bağıını ispat etme zarureti hasıl olduğundan, ayrıca “Kusursuz sorumluluk olmaz” ilkesi gereği, bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.³²⁹ Zira marka hakkına tecavüzün kökeni itibariyle haksız rekabet ve haksız fiil teşkil etmesi, sebepsiz zenginleşme ile vekaletsiz iş görme unsurlarının farklı olması, birbirinden farklı borç doğum sebebi olmaları nedeniyle sebepsiz zenginleşme yahut vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurma imkanı bulunmamaktadır.³³⁰ Haklı neden bulunmaksızın bir ödeme mükellefiyetinin sebepsiz zenginleşme gerçekleştirecek şekilde meydana gelmesi unsuru; marka hukukundaki emek ve çaba ile marka hakkının kullanılması ile kazanç elde etme gayesiyle örtüşmemektedir. Nitekim vekaletsiz iş görme iradesinin bulunması unsuru

³²⁴ Çolak, 1009. Küçükali, 233.

³²⁵ Çolak, 1009.

³²⁶ Çolak, 1010. Küçükali, 233-234.

³²⁷ Tekinalp, 50.

³²⁸ Uzunallı, 191.

³²⁹ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3094.

³³⁰ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3094. Andre Bussy ve Kemal Tahir Gürsoy, “İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşmenin (Haksız İktisap) Umumi Şartları Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 5, S 1*. Mayıs. 1948: 193 vd. Ali Bakkal, “Borçlar Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Genel Şartlarından ‘Fakirleşme’ Üzerine Mukayeseli Bir Tetkik”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi C 8, S 2*. Aralık. 2001: 12 vd. Pınar Uzun Şenol, “Vekaletsiz İş Görmeye Görenin Hukuki Durumu”, *Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi S 3*. Temmuz. 2014: 295 vd. İsmahan Gülen Erdoğan, “Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görmeye Görenin Yeri ve Niteliği”, *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 1, S 2*. Aralık. 2023: 482 vd.

da marka ve haksız rekabet hukukundaki aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı hareketle rekabeti etkileyerek kazanç elde etme amacının bulunması sebebiyle uyuşmamaktadır.³³¹



³³¹ Gümüş, 606 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

I. GENEL OLARAK

Kökenleri haksız rekabet hukukuna dayanan ve özel düzenleme ile korunan sınai mülkiyet haklarından olan marka hakkının ihlal edilmesi halinde, tıpkı haksız rekabet hukukunda olduğu gibi hak sahibinin; tecavüzün tespiti, kaldırılması, durdurulması/önlenmesi ve tazminat davası açmak gibi bazı yasal hakları mevcuttur.³³² Bu başlık altında, hak sahibine bahsedilen dava haklarını irdeleyeceğiz.

II. TECAVÜZÜN TESPİTİ DAVASI

SMK'nun 149/1-a bendi gereğince; sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, tecavüzün var olup olmadığının tespitini mahkemeden isteyebilir. HMK md. 106/3'te maddi vakıaların tek başına tespit davasının konusu olamayacağı açıkça belirtilmiş olmasına karşın bu dava, HMK md. 106/3'ten bağımsız olarak SMK'nda düzenlenen özel bir tespit davası türüdür.³³³ Bu dava ile amaçlanan; hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespiti değil, eylemin markaya tecavüz oluşturup oluşturmadığının tespitidir.³³⁴ Bu bakımdan, HMK md. 106/2 kapsamında hukuki yararın ispat edilmesi koşulu bulunmamaktadır.³³⁵

Tıpkı haksız rekabet hukukundaki tespit davasında olduğu gibi, bu davada da kusur ve zararın varlığı bir asli koşul olarak aranmayacaktır.³³⁶ Ayrıca tespit

³³² Bellican, 668.

³³³ Uzunallı, 185. Nomer Ertan, 400. Küçükali, 45. Yıldız, 298. Erdil, 249. Çolak, 977. Uyanık, 1144.

³³⁴ Uzunallı, 185. Suluk/Karasu/Nal, 379. Erdil, 248. Öksüz, 309.

³³⁵ Işık Yaşlı, 238. Yıldız, 298. Erdil, 249. Çolak, 977. Şehirli Çelik, 475.

³³⁶ Uzunallı, 185. Işık Yaşlı, 237. Küçükali, 45. Erdil, 250.

davasının açılabilmesi için tecavüz eyleminin halen devam etmesi de gerekmekte, sona eren tecavüz eylemi hakkında da tespit davası açılabilmektedir.³³⁷

III. TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ (MEN'İ) VE DURDURULMASI DAVASI

SMK md. 149/1-b ve c bentleri doğrultusunda; hak sahibi, sınai mülkiyet hakkı yönünden henüz başlamamış veya sona ermesine rağmen yinelenmesi muhtemel bir tecavüzün önlenmesini yahut derdest tecavüzün durdurulmasını dava yolu ile talep edebilir.³³⁸ Tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davaları, HMK md. 105 anlamında birer eda davası olup yargılama neticesinde davalı bir şeyi yapmaya yahut yapmamaya veya vermeye mahkûm edilir.³³⁹

Tecavüzün önlenmesi davasının açılabilmesi için tecavüz tehlikesinin, tecavüzün durdurulması davasının açılabilmesi için mevcut bir tecavüz eyleminin güçlü emarelerle varlığı ve mütecavize çekilecek ihtarın yetersiz kalacağı ya da kaldığının ispatı gereklidir; ancak yine kusur ve zararın varlığı koşulu bu davalarda da aranmamaktadır.³⁴⁰ Örneğin; davacı markasını taşıyan ürünlerin üretim hazırlığı yahut sevkiyat aşamasında olması durumunda henüz taklit ürünlerin piyasaya sürülmemesi sebebiyle zararın meydana geldiğinden bahsedilemez.

Yargıtay bir kararında, marka hakkına tecavüz eylemi sona ermiş olmasına rağmen önleme davasının açılmasında davacının hukuki yararının bulunduğuna

³³⁷ Erdil, 251. Işık Yaşlı, 237. Nisim Franko, “Haksız Rekabet Sebebiyle Tespit Men İzale Davaları ve Tarafları” Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan. (İzmir: Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, 1997) 57. Çolak, 977. Uzunallı, 185. Yargıtay 11. HD. 09.12.2015 T. 2015/6080 E., 2015/13276 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 20.01.2012 T. 2011/15509 E., 2012/540 K. sayılı kararı (emsal.uyap.gov.tr)

³³⁸ Uyanık, 1144. Uzunallı, 185-186. Suluk/Karasu/Nal, 379. Tekinalp, 310-311 ve 325. Küçükali, 31 ve 43. Bozbel, 551 ve 576. Ege, 78. Yıldız, 299. Erdil, 251-252. Örs, 88. Çolak, 978-979. Şehirali Çelik, 476.

³³⁹ Işık Yaşlı, 243-244. Uzunallı, 186. Pekcanitez/Özekes/Atalay/Taş Korkmaz, 960. Ege, 78. Erdil, 252. Nevhis Deren Yıldırım, “Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda Müdahalenin Men’i Davası ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Avrupa Birliği Uluslararası Hukuk Kurultayı, *Ankara Barosu FMR Dergisi C 1*. Ocak. 2002: 486-487. Çolak, 980.

³⁴⁰ Uzunallı, 186. Öksüz, 310. Kaya, 283. Çolak, 980. Işık Yaşlı, 242. Küçükali, 31. Ege, 78. Yıldız, 300. Erdil, 253. Tekinalp, 497. Çolak, 979. Yargıtay 11. HD. 10.05.2010 T. 2008/13593 E., 2010/5070 K. sayılı kararı. İstanbul 4. FSHHM 27.03.2012 T. 2010/133 E., 2012/734 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 13.05.2013 T. 2012/10802 E., 2013/9815 K. sayılı kararı.

takdir etmiştir.³⁴¹ Tecavüz eylemi devam ettiği sürece zaman aşımı süresi işlemeyecektir.³⁴²

IV. TECAVÜZÜN KALDIRILMASI (REF'İ) DAVASI

HMK md. 105 anlamında eda davası olan, SMK md. 149/1-ç bendinde düzenlenen tecavüzün kaldırılması davasına göre hak sahibi; zarar ve kusur şartı aranmaksızın, tecavüzün etkilerinin ve sonuçlarının giderilmesini mahkemeden talep edebilecektir.³⁴³

Ref davası tazmin karakteri bulunmayan, tecavüz veya haksız rekabet maddi durumunun ortadan kaldırılmasını amaçlayan bir davadır.³⁴⁴ Ancak davanın açılabilmesi için tecavüzün devam etme zorunluluğu bulunmamaktadır.³⁴⁵ Tecavüz hali devam ediyorsa tecavüzün durdurulması ve kaldırılması davalarını; tecavüz hali sona ermesine rağmen etkileri devam ediyorsa tecavüzün önlenmesi ve kaldırılması davalarını birlikte açabilir.³⁴⁶

Dava neticesinde; ihlalin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak, markayı içeren kartvizit, pano, ambalaj, kutu, kağıt, tabela, reklam ve tanıtım vasıtalarının silinmesine, sökülmesi, bunların ve bunları üreten araçların toplanarak imhası, ürün yerleştirme gibi televizyon dizisi içerisinde yapılan bir ihlal söz konusu ise aynı şekilde dizi sahnesi içerisinde kaldırılması, alan adının terkinin gibi kararlar verilecektir.³⁴⁷

³⁴¹ Yargıtay 11. HD. 10.05.2010 T. 2008/13593 E., 2010/5070 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

³⁴² Çolak, 980.

³⁴³ Erdil, 257. Uzunallı, 186-187. Suluk/Karasu/Nal, 379. Ege, 85. Yıldız, 302. Çolak, 1001. Kaya, 285. Tekinalp, 498. Yasaman, SMK Şerhi C III, 2999. Uyanık, 1144. Öksüz, 311.

³⁴⁴ Erdil, 257. Ege, 85. Çolak, 1001. Şehirli Çelik, 478.

³⁴⁵ Çolak, 1001. Kaya, 285. Öksüz, 311.

³⁴⁶ Uzunallı, 187. Suluk/Karasu/Nal, 379. Yıldız, 302.

³⁴⁷ Erdil, 258-259. Çolak, 1001-1002. Bellican, 669. Yargıtay 11. HD. 09.10.2008 T. 2007/7611 E., 2008/10946 K. sayılı kararı. Yargıtay HGK 07.07.2010 T. 2010/11-396 E., 2010/73 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 12.10.1999 T. 1999/3173 E., 1999/7795 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 01.12.2011 T. 2009/14376 E., 2011/16272 K. sayılı kararı.

V. TAZMİNAT DAVALARI

SMK md. 149 ve 150'ye göre; tıpkı haksız fiil ve haksız rekabet sorumluluğunda olduğu gibi zarar verenin, “tazminat/onarım yükümlülüğü” gereğince zarar gören hak sahibinin zararını tazmin etme borcu bulunmaktadır.³⁴⁸ Zira sınai mülkiyet hakkına tecavüz, haksız fiil/haksız rekabet grubuna girer çünkü hak sahibi ile mütecaviz arasında lisans sözleşmesi bulunmamaktadır.³⁴⁹ Diğer tüm haksız fiil tazminat davalarında olduğu gibi sınai mülkiyet tazminat davalarında da asli kurucu unsur olan kusur ve zararın varlığı aranır.³⁵⁰ Ancak SMK’nda özel hükümler bulunması sebebiyle, sınai mülkiyet hakkına tecavüz oluşturan fiiller yönünden ileri sürülecek taleplerde -tescilsiz haklar hariç olmak üzere- bu özel hükümler uygulanır.³⁵¹

Maddi zararı oluşturan fiilî kayıp ve yoksun kılınan kâr tazminat davalarında; tecavüzün, maddi zararın, illiyet bağının tespiti yapıldıktan sonra tazminatın hesaplanması aşamasına geçilecektir.³⁵² Zira patent yahut marka hakkı gibi fikrî mülkiyete ilişkin hesaplamalar ancak ilhal edilen hakka ilişkin gerekçeli ekonomik analizlerle sağlanabilir.³⁵³

Uzunallı’nın da belirttiği gibi; tazminat talebi, marka hakkı sahibinin korunmasında özel bir öneme sahiptir; zira tüm fikri mülkiyet hakları gibi marka hakkı da gayri maddi niteliği sebebiyle tecavüze ve karıştırılmaya (iltibasa) son derece açık ve savunmasız bir haktır; çünkü maddi ve ekonomik bir boyutu olmasına rağmen, soyut bir kavram olması sebebiyle hakkın kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi, himaye altına alınması oldukça güçtür.³⁵⁴

Bu sebeple marka hakkı sahibi, tecavüz sebebiyle meydana gelen zararın giderilmesi amacıyla bir takım tazminat davalarını açma hakkını haizdir. Açılacak olan bu davalar ile sınai mülkiyet hakkı sahibi, malvarlığında iradesi dışında

³⁴⁸ Çolak, 1006. Kavak, 30. Uyanık, 1144.

³⁴⁹ Uyanık, 1194.

³⁵⁰ Nomer Ertan, 432. Yıldız, 297. Güneş, 2023, 32. Işık Yaşlı, 266. Küçükali, 227. Öksüz, 312.

³⁵¹ Uyanık, 1194-1195.

³⁵² Uyanık, 47.

³⁵³ Uyanık, 48.

³⁵⁴ Uzunallı, 187.

meydana gelen zararın, tazminat yoluyla giderilerek eski hale iadesini talep edecektir.³⁵⁵ Uygulamada eski hale iade çok zor veya imkânsız olduğundan, tazminat yoluyla zararın giderilmesine başvurulmaktadır.³⁵⁶

SMK madde 149/1-ç bendine ve 150/1 ve 2 fıkralarına göre, sınai mülkiyet hakkı sahibinin maddi tazminat, manevi tazminat ve itibar tazminatı olmak üzere üç çeşit tazminat davası açabileceği düzenlenmiştir.³⁵⁷

A. Maddi Tazminat Davası

Mütecevizin haksız eylemi sonucunda maddi anlamda zarara uğrayan marka hakkı sahibi, bu zararın giderilmesi adına maddi tazminat davası açma hakkına sahiptir. Hak sahibinin açacağı bu dava, niteliği itibariyle bir eda davasıdır.³⁵⁸

SMK madde 151/1’de düzenlendiği haliyle fiilî kayıp (*damnum emergens*) ve yoksun kılınan kazanç (*lucrum cessans*) maddi tazminat davasının konusunu teşkil edecektir.³⁵⁹ Fiilî zarar, tecavüz nedeniyle marka hakkı sahibinin mal varlığında meydana gelen net azalmayı ifade etmektedir.³⁶⁰ Yoksun kılınan kâr ise tecavüz eylemi hiç gerçekleşmeseydi, marka hakkı sahibinin elde edeceği kazancı ifade etmektedir.³⁶¹ Fiilî zarar ile yoksun kılınan kâr arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: Fiilî zararda zarar görenin mevcudunda azalma yaşanırken, yoksun kılınan kârda ise gelecekte gerçekleşmesi muhtemel gelir engellenmektedir.³⁶² Yargıtay’a göre aktifin beklendiği şekilde artmaması da zarar teşkil etmektedir.³⁶³

³⁵⁵ Kavak, 29-30. Suluk/Karasu/Nal, 380. Bellican, 669.

³⁵⁶ Kavak, 30.

³⁵⁷ Suluk/Karasu/Nal, 380. Uzunallı, 187. Ege, 87.

³⁵⁸ Çolak, 1007. Oğuzman/Öz, C II, 67. Narter, 1169. Öksüz, 312.

³⁵⁹ Ege, 88. Aydın, 524. Bellican, 670. Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması*, 556 Sayılı KHK Şerhi. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004) 455. Işık Yaşlı, 266. Çolak, 1007. Suluk/Karasu/Nal, 380. Şehirli Çelik, 478. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3004. Eren, 605 vd. Oğuzman/Öz, C II, 40. Fiilî zarar ve yoksun kılınan kâr ayrımının yanı sıra diğer zarar çeşitleri; kişiye verilen zarar/şeye verilen zarar, doğrudan zarar/dolaylı zarar, müspet zarar/menfî zarar, somut zarar/soyut zarardır.

³⁶⁰ Çolak, 1010. Şehirli Çelik, 478. Eren, 600 ve 605. Oğuzman/Öz, C II, 38-39. Narter, 421. Suluk/Karasu/Nal, 380.

³⁶¹ Çolak, 1010. Şehirli Çelik, 478. Eren, 605-606. Narter, 421 ve 818. Suluk/Karasu/Nal, 381.

³⁶² Eren, 606. Kavak, 28. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

³⁶³ Narter, 819. Yargıtay 4. HD. 23.05.2006 T. 2006/3000 E., 2006/4553 K. sayılı kararı.

Sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde açılacak maddi tazminat davalarında aynen tazmin mümkün olmadığı için, nakdi tazmin söz konusu olacaktır.³⁶⁴

Maddi tazminat temelinde; zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamayı, zararın tamamını gidermeyi amaçladığından, maddi tazminat davalarında “tam tazmin” (*full reparation*) ilkesi geçerlidir.³⁶⁵ Dolayısıyla tazminat miktarı, hiçbir zaman zararın azami miktarını aşmamalı, zarar verici davranış sebebiyle mütecavizi cezalandırmak veya hak sahibini zenginleştirmek amacıyla belirlenmemelidir.³⁶⁶ Fakat aynı zamanda mütecavizleri de marka hakkını ihlal etmekten caydırıcı etkiye sahip olmalıdır; aksi halde sınai mülkiyet hakkı zedelenmeye devam edecektir.³⁶⁷ 2004/48 sayılı AB Direktifi’nin 3. maddesinde de hukuki önlemlerin; adil, etkili, oranlılık ilkesine uygun ve caydırıcı olması gerektiği belirtilmiştir.³⁶⁸

TBK’nun md. 50’ye göre; zarar görenin, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü, ilke olarak bu davada da geçerli olacaktır.³⁶⁹ Yine TBK md. 50/2’ye göre; eğer zarar gören uğradığı zararı tam olarak ispat edemiyorsa hâkim, olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde bulundurarak zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.³⁷⁰ Konunun devam eden kısmı, çalışmamızın ana teması olduğundan aşağıda ayrıca ve detaylı olarak incelenecektir.

B. Manevi Tazminat Davası

SMK’nun 149/1-ç fıkrasına göre sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, maddi tazminatın yanında uğradığı manevi zararın da giderilmesini talep edebilir.³⁷¹ Her halde manevi tazminat; bir özel hukuk cezası olmayıp ticari kişilik hakları ihlal edilen ve zarara uğrayan kişinin manevi ıstırabının bir nebze olsun

³⁶⁴ Gümüş, 565. Topuz, 278. Mommsen’in fark teorisi nakden tazmini benimsediği için, konumuza daha uygundur.

³⁶⁵ Eren, 873. Uzunallı, 192 ve 196. Budak, 44. Kavak, 30.

³⁶⁶ Eren, 873-874.

³⁶⁷ Uzunallı, 196.

³⁶⁸ Uzunallı, 196.

³⁶⁹ Çolak, 1007. Oğuzman/Öz, C II, 79. Işık Yaşlı, 266. Erdil, 262.

³⁷⁰ Çolak, 1007. Yasaman, SMK Şerhi, C III, 3001.

³⁷¹ Uzunallı, 218. Öksüz, 319. Güneş, 365. Çolak, 1058. Ayrıca bkz. 2004/48 sayılı AB Uygulama Direktifi madde 13/1-a.

dindirilmesi, ruhsal tahribatının onarılması, manevi yönden tatmin edilmesi ve potansiyel mütecavizlerin caydırılması asıl amaçtır.³⁷²

Manevi tazminat, marka hakkı sahibinin kişilik haklarının ve ticari itibarının, imajının, kendisine duyulan güvenin zedelenmesi ya da zarar görmesi halinde ve TBK'nun 58. maddesindeki koşulların mevcut olması halinde talep edilebilir.³⁷³ Hak sahibi ister gerçek kişi ister tüzel kişi olsun, manevi tazminat talep edebilecektir.³⁷⁴

Manevi tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceği veya ne miktarda tazminata takdir edileceği konusunda her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir.³⁷⁵ Manevi tazminat miktarı, maddi tazminattan daha fazla yahut daha az olabileceği gibi manevi bir zararın meydana gelmemesi halinde herhangi bir tazminata takdir edilmemesi de söz konusu olabilecektir.³⁷⁶ Yargıtay'ın kararında yer verdiği ve Çolak'ın da ifade ettiği üzere; takdir edilecek tutar bir yandan manevi acıları gidermeli, kamuoyu ve sosyal vicdanda kabul görmeli, diğer yandan ise zarar gören açısından zenginleşme aracı olmamalıdır.³⁷⁷

Kişilik hakkı zedelenen gerçek ya da tüzel bireyin, bu ihlal sebebiyle uğradığı üzüntü, elem ve manevi zararı en iyisi kendisinin bildiği kabul edilmesi sebebiyle manevi tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılması mümkün değildir.³⁷⁸ Ayrıca SMK md. 149/4 gereğince, coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları bakımından manevi zararın tazmini talep edilemez.

Yargıtay bir kararında; davacıya ait olan tescilsiz olan marka ve tasarım içeren elbiselerin davalı tarafından üretilerek satıldığı davada, haksız rekabet hükümlerine göre kâr nisabını da dikkate alarak manevi tazminata takdir eden yerel mahkeme kararını onamıştır.³⁷⁹

³⁷² Çolak, 1058. Ayrıca bkz. Yargıtay İBK 22.06.1966 T. 7/7. Yılmaztekin, 317. Suluk/Karasu/Nal, 381. Işık Yaşlı, 269. Ege, 90. Aydın, 563. Öksüz, 319.

³⁷³ Uzunallı, 217. Suluk/Karasu/Nal, 381. Işık Yaşlı, 269. Ege, 90. Öksüz, 319.

³⁷⁴ Uzunallı, 219. Arkan, 249. Bellican, 670.

³⁷⁵ Çolak, 1059.

³⁷⁶ Çolak, 1059.

³⁷⁷ Uzunallı, 220. Çolak, 1058. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 11.06.2013 T. 2011/9323 E., 2013/12117 K. Sayılı kararı. Yargıtay 4. HD. 05.06.1998 T. 1998/995 E., 1998/3011 K. Sayılı kararı. Yargıtay 4. HD. 04.05.2000 T. 2000/2059 E., 2000/4428 K. Sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

³⁷⁸ Çolak, 1065.

³⁷⁹ Yargıtay 11. HD. 20.12.2023 T. 2023/700 2023/7543 K. sayılı kararı, E.T. 01.04.2024 (K.İ.B.).

C. İtibar Tazminatı Davası

SMK madde 150/2'ye göre; sınai mülkiyet hakkına konu ürün veya hizmetlerin tecavüz eden tarafından kötü bir şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi ya da uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi suretiyle tecavüze uğraması sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı/saygınlığı zarara uğrarsa bu nedenle ayrıca tazminat istenebilecektir.³⁸⁰

Mevzuatımıza İspanyol Patent Kanunu'ndan entegre edilen bu müessese, ne bir maddi tazminat ne de manevi tazminat olup nevi şahsına münhasır bir tazminat yöntemiştir.³⁸¹ Bu tazminat türüyle; marka hakkı sahibi gerçek ya da tüzel kişinin, uzun zaman içerisinde sarf ettiği emekler neticesinde tüketiciler ve piyasa nazarında oluşturduğu kalite algısı, marka değeri, yarattığı güven ve imajda, yani “markanın itibarında” meydana gelen zedelenmenin ve erozyonun onarılması amaçlanmaktadır.³⁸² Dolayısıyla bu düzenlemeyle korunan işletmenin değil, markanın itibarıdır.³⁸³

İtibar tazminatı talep edebilmek için öncelikle markanın tecavüze uğraması ve bunun yanı sıra markanın kötü ya da uygun olmayan şekilde kullanılması gerekmektedir.³⁸⁴ Fikrî ürünün itibarına zarar verilmesi halinde somut varlığından ziyade ürünün alıcılar üzerindeki cazibesi zarar göreceğinden itibar tazminatı, yoksun kılınan kazanç talebiyle giderilemeyen zararların giderilmesini amaç edinir.³⁸⁵ İtibar kaybı; fiilî zarar -itibar kaybını gidermek sebebiyle ek tanıtım masrafı yapılması- veya yoksun kılınan kâr -tecavüz sebebiyle lisans sözleşmesi müzakerelerinin olumsuz sonuçlanması- şeklinde karşımıza çıkabilmektedir.³⁸⁶

³⁸⁰ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3058. Suluk/Karasu/Nal, 381. Uzunallı, 216. Ege, 92. Aydın, 567. Bilge Aytağar ve Sultan Küçük, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Tazminatı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 11, S 1*. Haziran. 2020: 111. Öksüz, 319.

³⁸¹ Çolak, 1065. Tekinalp, 505.

³⁸² Çolak, 1066. Yılmaztekin, 321. Ege, 93. Aydın, 568. Uyanık, 1204.

³⁸³ Çolak, 1066. Şehirali Çelik, 479. Atığar/Küçük, 113. Öksüz, 319.

³⁸⁴ Uzunallı, 216. Yasaman, SMK Şerhi C II, 1183. Aydın, 571.

³⁸⁵ Uzunallı, 216 dn 397. Ege, 93.

³⁸⁶ Uzunallı, 218.

İtibar tazminatı; Çolak'ın görüşüne göre yalnızca tanınmış markalar için söz konusuyken, Tekinalp ve Uzunallı'ya göre böyle bir kıstas aranmamalıdır.³⁸⁷ Biz, Çolak'ın görüşüne katılmaktayız; zira, tanınmış olsun ya da olmasın her markanın, hitap ettiği tüketicisi nezdinde ufak da olsa bir itibarı mevcuttur. Fakat tanınmış olmayan, reklam ve tanıtım değeri, kalite standardı ve güven imajı bulunmayan markaların, tüketici nezdinde nasıl bir itibarının bulunduğunu tespit ve ispat etmek oldukça güçtür.³⁸⁸ Zaten mevzuat kapsamında, işletmelerin uğradığı zararların ve maruz kaldığı tecavüzlerin önlenmesi ve tazmin edilmesi için çeşitli ve yeterli yasal yollar mevcuttur. Dolayısıyla yalnızca tanınmış markanın itibarının dava konusunu teşkil etmesi isabetli olacaktır.

Madde metninde, “ürün veya hizmetin kötü bir şekilde kullanılması veya üretilmesi ya da bu şekildeki ürünlerin temini yahut piyasaya sürülmesi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Buradaki “kötü kullanım” markanın ortaya koyduğu prestij, kalite ve güven imajına aykırı kullanımı ifade etmektedir.³⁸⁹ Örneğin; tanınmış bir giyim markasına ait işaretin, semt pazarında satılan alelade bir kıyafetin üzerinde kullanılması sebebiyle markanın ortaya koyduğu kalite, güven ve imaj yani marka itibarı zarara uğrayacaktır.

Yargıtay bir kararında; itibar tazminatına hak kazanabilmek için markaya karşı işlenen bir tecavüz eyleminin yanında, markanın kötü ya da uygun olmayan şekilde kullanılmasından dolayı itibarının zedelenmesi gerektiğini belirterek somut olayda manevi tazminatın koşulları oluşmuşsa da itibar tazminatının koşullarının oluşup oluşmadığına bakılmaksızın bu konuda davacıya ispat imkanı tanınmaksızın itibar tazminatı ödenmesine karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bularak yerel mahkeme kararını bozmuştur.³⁹⁰

Yargıtay başka bir kararında; somut uyuşmazlıkta davacının tescilli ve tanınmış markası olan “Teflon” markasının, davalılara ait tanınmış “Cif” markası ile birlikte kendi üretimi olan bulaşık süngeri ambalajı üzerine “Telfon Süngeri”

³⁸⁷ Çolak, 1067. Tekinalp, 508. Uzunallı, 217.

³⁸⁸ Çolak, 1068. Uyanık, 1204.

³⁸⁹ Çolak, 1067. Uzunallı, 218. Yargıtay 11. HD. 13.09.2023 T. 2022/1273 E., 2023/4930 K. sayılı kararı, E.T. 01.04.2024 (K.İ.B.).

³⁹⁰ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3065 vd. Yargıtay 11. HD. 22.01.2007 T. 2005/13781 E., 2007/565 K. sayılı kararı.

ibaresiyle kullanımında davanın kabulü yönünde verilen kararı, kötü veya uygun olmayan bir kullanımın mevcut olmaması sebebiyle bozmuştur.³⁹¹

VI. DAVA ZAMANAŞIMI

Kanunkoyucu tarafından “zaman” kavramına alacak hakkını zayıflatıcı bir etki bahşedilerek borcun nispi sona erme sebebi olarak kabul edilen “zamanaşımı” kavramı mevzuatımızda düzenlenmektedir.³⁹² Zamanaşımı bir def’i olup mahkeme tarafından re’sen dikkate alınamayacağı gibi borçlu tarafça ileri sürüldüğü takdirde, borç eksik borç haline gelir ve alacaklının açmış olduğu dava reddedilir.³⁹³

Zamanaşımı hususunu düzenleyen SMK’nun 157. maddesinde yapılan atıf gereğince, sınai mülkiyet hakkına tecavüzden kaynaklanan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi, 6098 sayılı TBK’nun 72. maddesindeki genel hükümlere göre belirlenecektir.³⁹⁴ Buna göre; marka hakkı sahibinin tecavüz nedeniyle dava açma hakkı, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak 2 yıl, her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak 10 yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.³⁹⁵ TBK md. 72’nin uygulanabilmesi için doğan zararın maddi ya da manevi olması önem taşımaz.³⁹⁶

TBK’nun 72. maddesinin ikinci cümlesi gereği tazminat yükümlülüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, ceza kanunlarında suç teşkil eden bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi düzenlenmişse, zamanaşımı hesabında bu süre dikkate alınacaktır.³⁹⁷ Bu ihtimalde zamanaşımı süresi, zararın öğrenildiği tarihten itibaren değil, eylemin işlendiği tarihten itibaren hesaplanacaktır; tecavüz eylemi devam ettikçe zamanaşımı işlemez.³⁹⁸ Ceza zamanaşımı süresinin uygulanabilmesi için, eylemin marka hakkına tecavüz ve aynı zamanda cezayı gerektiren bir fiil olması

³⁹¹ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3071. Yargıtay 11. HD. 04.12.2014 T. 2013/17164 E., 2014/19040 K. sayılı kararı. Benzer yönde bkz. Yargıtay 11. HD. 16.01.2024 T. 2022/3860 E., 2024/347 K. sayılı kararı, E.T. 01.04.2024 (K.İ.B.).

³⁹² Eren, 1451.

³⁹³ Eren, 1451-1453. Oğuzman/Öz, 601-603.

³⁹⁴ Uyanık, 125. Ege, 109. Işık Yaşlı, 279. FSEK yönünden de durum aynıdır.

³⁹⁵ Uzunallı, 239. Suluk/Karasu/Nal, 385. Işık Yaşlı, 279. Gümüş, 589. Uyanık, 126. Öksüz, 329.

³⁹⁶ Gümüş, 590.

³⁹⁷ Uzunallı, 240. Arkan, 256-257. Suluk/Karasu/Nal, 385. Gümüş, 589.

³⁹⁸ Öksüz, 329. Çolak, 1075. Ege, 109. Tekinalp, 517. Yargıtay HGK 19.02.1969 T. 1969/1996 E., 1969/130 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 24.06.1986 T. 1986/3188 E., 1986/3826 K. sayılı kararı.

yeterli olup mütecaviz hakkında ceza soruşturması/kovuşturmasına başlanması yahut mahkumiyet kararı bulunmasına gerek yoktur.³⁹⁹

Marka hakkına tecavüz eylemi devam ettiği sürece zamanaşımı süresi işlemeyeceğinden; tecavüzün tespiti, durdurulması, giderilmesi taleplerinde bulunulabilecektir.⁴⁰⁰ Buna karşın, tazminat talepleri, zararın -varlığı, mahiyeti ve unsurlarıyla- ve mütecavizin -adının, yerleşim yerinin, vb.- öğrenildiği tarihten itibaren hesaplanarak genel zamanaşımı sürelerine göre dava konusu edilmelidir.⁴⁰¹

VII. ARABULUCULUK MÜESSESESİ

6325 sayılı yasanın 1. maddesine göre arabuluculuk müessesesi, kanunların imkan verdiği ölçüde tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri özel hukuk uyuşmazlıklarının yargılama yöntemine alternatif olarak sonuçlandırılmasına ilişkin hızlı ve basit hukuki bir çözüm yoludur.⁴⁰² Bilindiği üzere; 7155 s. Kanun'un 06.12.2018 tarihinde kabul edilmesiyle birlikte, 6102 sayılı TTK kapsamındaki ticari alacak ve tazminatlara ilişkin uyuşmazlıklarda 01.01.2019 tarihi itibarıyla arabuluculuk müessesesi uygulanmaya başlanmıştır.⁴⁰³ TTK m. 4/1-d ve 5/A-1 fıkrasına göre, fıkri mülkiyet haklarına ilişkin mevzuatta düzenlenen ve konusu para alacağı içeren davaların (alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit vb.⁴⁰⁴) taraflarının tacir olup olmadığına bakılmaksızın ticari nitelikteki dava olduğu kabul edilmiştir; böylece marka hakkının ihlali sebebiyle açılacak tazminat davalarının, zorunlu arabuluculuğa tabi olduğundan bahsetmek mümkündür.⁴⁰⁵ 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 18/A-2 fıkrası uyarınca, arabuluculuk

³⁹⁹ Çolak, 1075.

⁴⁰⁰ Uzunallı, 241.

⁴⁰¹ Suluk/Karasu/Nal, 385. Uzunallı, 241. Hüseyin Murat Develioğlu, "Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C 1*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2010) 799 vd. Uyanık, 126 vd.

Yargıtay HGK 16.03.2016 T. 2014/896 E., 2016/332 K. sayılı kararı.

⁴⁰² Şahin, 301-302. Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medeni Usul Hukuku 11. Baskı*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011) 731 ve 764.

⁴⁰³ Ege, 117. Kale, 43. Çolak, 1070.

⁴⁰⁴ Kale, 46. "Marka hukukunda arabuluculuğa elverişli dava konuları şunlar olabilir: SMK m. 27, f3 ve 4 gereğince markaların hükümsüzlüğü ve iptalinden önce akdedilmiş ve uygulanmış sözleşmelerden kaynaklanan alacaklar, marka hakkının ihlali sebebiyle talep edilen fiili zarar, yoksun kılınan kazanç ve itibar tazminatı (m. 150, 151), el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde mülkiyet hakkının tanınması, tazminattan bedel indirimi ve tazminattan aşan kısmın davalıya ödenmesi (m. 149)"

⁴⁰⁵ Uzunallı, 188. Çolak, 1069. Ege, 118. Kale, 44. Öksüz, 312.

alternatif çözüm yolu tüketilmeksizin tazminat davası -yahut konusu para alacağı olan bir dava- açıldığının anlaşılması halinde dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine karar verilecektir.⁴⁰⁶

Arabuluculuk başvurusundaki noksanlık, madde hükmü lafzından açıkça anlaşılabilceği gibi sonradan giderilemeyecek dava şartlarındandır; zira amir hükmüne göre, arabuluculuk müessesesine dava açılışından önce başvurmak, başvuruyu sonuçlandırmak ve son tutanağı dava açılışında dava dilekçesine eklemek gerekmektedir. 6325 sayılı yasa hükmü son derece açık olmasına karşın, güncel bir takım kararlarda emredici yasa hükmünün yorum yoluyla genişletilmeye çalışıldığı görülmektedir. Son olarak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. Hukuk Dairesi'nin 2021/321 E. 2021/797 K. sayılı karar gerekçesinde “her ne kadar” ile başlayan cümle ile kanunun amir hükmünün alıntılıandığı ve yorum yoluyla genişletildiği görülmektedir ki hukukta hakim olan “Sui-misal emsal olmaz” ilkesi gereğince bu görüşün kabulü mümkün değildir.⁴⁰⁷

6235 sayılı yasanın 18A/16. fıkrası kapsamında, ileride açılacak tazminat davasındaki alacağı güvence altına almak için istenecek ihtiyati haciz taleplerinden önce arabuluculuğa başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak İİK 264/1 fıkra hükmüne göre; mahkemeden ihtiyati haciz kararı alan alacaklının, haczin uygulandığı andan itibaren 7 gün içinde takip talebinde bulunması veya dava açması zorunlu olduğundan, dava açma ihtimalinde arabuluculuk yolunun tüketilmesi zorunludur.⁴⁰⁸ Her hâlükârda arabuluculuk başvurusu ile süreler durduğundan, son tutanağın düzenlendiği ana kadar arabuluculukta geçen süre, bu 7 günlük sürenin hesabında dikkate alınmayacaktır.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Çolak, 1070. Kale, 44. Tahkim sözleşmesinin varlığı halinde arabuluculuk hükümlerine başvurulamayacaktır.

⁴⁰⁷ Karar metni ve gerekçesi; “Her ne kadar, yukarıda açıklanan yasa hükümleri uyarınca, arabulucuya başvurmadan dava açılması mümkün değil ise de ve mahkemece bu şartın tamamlanması için süre verilemeyecek ise de mahkeme bu konuda henüz bir karar vermeden önce dava şartı tamamlandığına göre, artık dava şartı eksikliğinden söz edilemez. Nitekim HMK'nın 115/3. maddesi uyarınca, dava şartı noksanlığı konusunda mahkemece henüz bir karar verilmeden önce bu eksiklik tamamlanmış ise, başlangıçtaki dava şartı eksikliğinden ötürü, dava usulden reddedilemez.” şeklinde kurulmuştur.

Çolak, 1070. Aksi yönde karar için bkz.: İstanbul BAM 16. HD. 30.01.2020 T. 2020/220 E., 2020/218 K. sayılı kararı.

⁴⁰⁸ Kale, 45.

⁴⁰⁹ Kale, 45. Ceyda Süral Efeçinar ve Mehmet Ertan Yardım, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 107.

Konusu para alacağı içeren davalar yönünden arabuluculuk müessesesi dava şartı olmakla birlikte, konusu para alacağı içermeyen tecavüzün tespiti, önlenmesi, durdurulması ve kaldırılması talepli davalar yönünden arabuluculuk dava şartı bulunmamaktadır.⁴¹⁰ Dolayısıyla, tecavüzün men'i ve ref'i davalarıyla, hızlı ve sürpriz bir şekilde yürütülmesi gereken ihtiyati tedbir ve delil tespiti talepli davalarda zorunlu arabuluculuk şartı aranmamaktadır.⁴¹¹

Bu başlık altında “davaların yığılması” konusuna da değinmekte fayda vardır. Davaların yığılması, aynı dava içinde birden fazla dava konusunu teşkil eden taleplerin birlikte istenmesi hali olup bu taleplerden en az birinin zorunlu arabuluculuk şartı içermesi halinde uygulamada dava şartı incelemesinde sorun meydana gelmektedir.⁴¹² Doktrinde her bir dava konusunun aslında ayrı bir dava olduğu ve davaların yığılmasının davacının talebine bağlı olduğu kabul edilerek, arabuluculuk dava şartının her dava konusu için ayrı değerlendirilmesi isabetli görülmektedir.⁴¹³ Zira davaların yığılması gündeme geldiğinde, talep sayısı kadar dava olduğundan kısmen karar vermek de mümkündür.⁴¹⁴ Bu nedenle, farklı yargılama ilkelerine tabi davalara yönelik farklı tahkikat yürütülmesi ve arabuluculuk dava şartının her bir dava için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.⁴¹⁵

Her ne kadar Yargıtay Özel Daire'nin son yıllarda verdiği kararlarda, arabuluculuğa tabi olmayan tecavüzün tespiti, durdurulması ve kaldırılması gibi davalarla birlikte tazminat talebinde bulunulduğunda zorunlu arabuluculuk yolunun tüketilmesine gerek olmadığına takdir etmişse de bu uygulamanın kabulü mümkün

⁴¹⁰ Uzunallı, 188.

⁴¹¹ Kale, 45.

⁴¹² Bartuğ Sayın, *Ticari Davalarda Dava Şartı Olan Arabuluculuk Yüksek Lisans Tezi*. (Adana: T.C. Çukurova Üniversitesi, 2021) 74. Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku C I*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020) 159.

⁴¹³ Sayın, 74. Uğur Bulut, *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. (Ankara: Adalet Yayınları, 2017) 13-23. Hakan Pekcanıtez, *Medeni Usul Hukuku C II, 15. Bası*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017) 1093. Efeçinar/Yardım, 101. Ali Pahlı, *Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) 13-25. Süha Tanrıver, *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020) 159.

⁴¹⁴ Sayın, 74. Zeynep Bahadır, *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018) 138. İstanbul BAM 16. H.D. 30.05.2019 T. 2019/1244 E., 2019/1234 K. sayılı kararı. İstanbul BAM 16. H.D. 30.12.2019 T. 2019/2805 E., 2019/2879 K. sayılı kararı (K.İ.B.).

⁴¹⁵ Sayın, 75. Bulut, 354. Elif Buse İskender Abbasoğlu, *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yüksek Lisans Tezi*. (Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2021) 103. Yargıtay 11. HD. 10.06.2020 T. 2019/4851 E., 2020/2732 K. sayılı kararı.

değildir.⁴¹⁶ Nitekim koşulları daha ağır olan bir müessesenin, dava şartı olmaktan çıkartılarak ihtiyari hale getirilmesi yasanın ruhuyla bağdaşmamaktadır. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan kitapta da “davaların yığılması” halinde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği açıkça yazmaktadır.⁴¹⁷ Örneğin; sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde açılan tazminat davalarında, zarar ve tazminat miktarı hesabı yapılmadan önce tecavüzün tespiti bir ön meseledir; bu anlamda tecavüzün tespiti, önlenmesi ve tazminat talepleri birbiri ile bağlantılı taleplerdir.⁴¹⁸ Bu konuda Uzunallı, Ege ve Kale’nin görüşüne katılarak; zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan konuların ihtiyari arabuluculuk konusu olarak zorunlu arabuluculuğa tabi olan hususların yanında başvuruya eklenmesi, aksi takdirde zorunlu arabuluculuk şartı yerine getirilmeyen dava konuları yönünden davanın usulden reddi ile ihtiyati arabuluculuk gerektiren konular yönünden davanın devamına karar verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁴¹⁹

TTK m. 5/A-2 gereğince, usulüne uygun ve eksiksiz şekilde yapılmış olan arabuluculuk dosyasına atanan arabulucu, görevlendirme tarihinden itibaren altı hafta içinde başvuruyu sonuçlandırır, bu süre zorunlu hallerde en fazla iki hafta uzatılabilir.

VIII. İSPAT YÜKÜ VE DELİL TESPİTİ

A. İspat Yüğü

Hukuk yargılamasında ispat; mahkemenin, somut gerçeklerle iddia edilen vakıanın doğruluğuna ikna olmasıdır.⁴²⁰ Gerek TTK gerek SMK kapsamında açılacak

⁴¹⁶ Uzunallı, 188 vd. Yargıtay 11. HD. 17.02.2020 T. 2020/197 E., 2020/1578 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 04.11.2020 T. 2019/3611 E., 2020/4734 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 10.06.2020 T. 2019/4851 E., 2020/2731 K. sayılı kararı. Sayın, 74. Yargıtay 11. HD. 10.02.2020 T. 2019/3048 E., 2020/1093 K. sayılı kararı.

⁴¹⁷ Ege, 121. İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk. (Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019) 69.

⁴¹⁸ Uzunallı, 190.

⁴¹⁹ Uzunallı, 190. Ege, 119. Kale, 44. Muhammet Özkes, Ömer Ekmekçi, Murat Atalı ve Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk 2. Bası*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014) 192-193. Yardım, 101. İstanbul BAM 13. H.D. 09.07.2020 T. 2020/538 E., 2020/796 K. sayılı kararı. İstanbul BAM 26. H.D. 16.1.2020 T. 2019/2873 E., 2020/92 K. sayılı kararı. Ankara BAM 6. H.D. 07.05.2019 T. 2019/1593 E., 2019/1066 K. sayılı kararı (K.İ.B.).

⁴²⁰ Kale, 177. Erdil, 302.

davaların ticari dava teşkil etmesi sebebiyle, diğer ticari davalardan farksız olarak 6100 sayılı HMK’nun ispat kuralına ilişkin 187 vd. maddeleri uygulanacaktır.⁴²¹ Dolayısı ile ispat hususunda kanuni delillerin yanı sıra, keşif, tanık ve bilirkişi gibi takdiri delillerden faydalanmak mümkündür.⁴²²

Hukukumuzda geçerli olan ve TMK m.d 6’da vücut bulan “müddei iddiasını ispatla mükelleftir” kuralı gereğince, iddiada bulunan her taraf kendi iddiasını ispatlamaya çalışacaktır.⁴²³ Yargılamada aranan ispat türü tam ispattır; fakat tam ispat beklenemeyecek hallerde yaklaşık ispat mümkün olabilecektir.⁴²⁴ Özellikle TBK md. 50/1 gereğince tazminat davalarında davacı, kusurun ve zararın varlığı ile aralarındaki illiyet bağıını ispatlamakla mükelleftir.⁴²⁵ Yargıtay’ın bir kararında, haksız rekabete sebebiyet veren davalıya ait faksın kendi faks numarasından gönderilmediğini iddiasında ispat yükünün müddei davalı üzerinde bulunduğu karar verilmiştir.⁴²⁶

HMK md. 187 gereğince ispatın konusu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakılardır.⁴²⁷ İspatı gerekli olmayan özel bazı durumlar, hakimin bilgisi ile genel hayat ve tecrübe kuralları ile çözülecektir.⁴²⁸ Zira marka hukukunda maddi ve hukuki vakıa ayrımı bulunmaktadır; deliller ve tecrübe kuralları birlikte değerlendirilen hususlar olup delillerin, tecrübe kurallarını tamamlaması ve düzeltmesi mümkünken dışlaması söz konusu değildir.⁴²⁹ Marka hukukunda tecrübe kurallarına, bir işaretin ayırt edicilik fonksiyonu bulunup bulunmadığı ya da davalının aynı sektörde faaliyet gösteren davacı markasından habersiz olması (bilme ve bilmesi gerekme gibi) iddiasında başvurulabilecektir.⁴³⁰

⁴²¹ Erdil, 302.

⁴²² Uyanık, 80-81. Çolak, 1076. Erdil, 302. Yargıtay 11. HD. 25.04.2007 T. 2006/2816 E., 2007/6288 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 02.06.2011 T. 2009/7402 E., 2011/6746 K. sayılı kararı.

⁴²³ Kaplan, 47. Memiş/Yıldız, 231. Uyanık, 78.

⁴²⁴ Kale, 182.

⁴²⁵ Gümüş, 547. Uyanık, 79.

⁴²⁶ Yargıtay 11. HD. 13.04.2000 T. 1999/9595 E., 2000/3000 K. sayılı kararı.

⁴²⁷ Kale, 177.

⁴²⁸ Kale, 178.

⁴²⁹ Kale, 178.

⁴³⁰ Kale, 179. Yargıtay 11. HD. 14.06.2017 T. 2016/1183 E., 2017/3705 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 27.03.2019 T. 2016/3289 E., 2019/2323 K. sayılı kararı.

22/07/2020 tarihinde HMK’nda yapılan değişiklik ve taraflarca getirilme ilkesi de göz önüne alınarak; taraflarca öne sürülen bir iddianın ispatı hakkında süresi içerisinde dosyaya sunulmayan delillerin ve vakıaların -hakimin davayı aydınlatma görevi, karşı tarafın rızası ve ıslah kuralları istisnaları saklı kalmak üzere- değerlendirilmemesi gerekmektedir.⁴³¹ Hukukumuzda taraflarca getirilme ilkesinin mevcut olması sebebiyle hâkimin re’sen araştırma yapmasında isabet bulunmamaktadır; kaldı ki hukuk hakiminden delillerin tespiti için re’sen araştırma yapmasının beklenmesi, yargılamanın uzamasına ve makul sürede sonuçlanmamasına sebebiyet verecektir.⁴³²

Özellikle yoksun kılınan kâr taleplerinde davacı; tecavüz fiili meydana gelmeseydi yoksun kaldığı kârı kuvvetle muhtemel elde edebileceğini, tecavüz fiili ile yoksun kılınan kâr arasında uygun nedensellik bağı bulunduğunu ve kaybettiği kazançları elde etmek için ne tür önlemler aldığını, zararı azaltma külfetini yerine getirip getirmediğini tereddüde yer bırakmayacak şekilde ispat etmek zorundadır.⁴³³

B. Delil Tespiti

TTK’nda ve SMK’nda delil tespiti ile alakalı herhangi bir açık düzenleme bulunmamakla birlikte HMK’nun 400 vd. maddelerinin uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır.⁴³⁴ SMK 150/3 fıkrası gereğince marka hakkı sahibi; maddi tazminat davası açmadan önce veya dava açıldıktan sonra henüz hesaplama yöntemine ilişkin tercihini belirtmeden önce, hukuki yararının bulunduğunu yaklaşık olarak ispat ederek zarar miktarının hesaplanabilmesi için, davaya bakan ya da bakacak olan mahkemeden yahut inceleme yapılacak şeyin bulunduğu Sulh Hukuk Mahkemesinden veya 18/01/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu kapsamında

⁴³¹ Kale, 182.

⁴³² Kale, 182. Ancak Kale, mutlak red nedenleri gibi bazı durumlarda hâkimin re’sen araştırmasının mümkün olması gerektiğini de savunmaktadır.

⁴³³ Topuz, 103-105. Antalya, 148-149. Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993) 559. Nami Barlas, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*. (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1992) 206-207. Yargıtay HGK 12.06.1996 T. 1996/11-372 E., 1996/485 K. sayılı kararı. Yargıtay 4. HD. 16.12.1979 T. 1979/261 E., 1979/2046 K. sayılı kararı. Yargıtay HGK 06.05.1983 T. 1983/9-237 E., 1983/478 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 23.02.2004 T. 2003/7032 E., 2004/1586 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

⁴³⁴ Erdil, 291. Çolak, 1077. Öksüz, 320.

Noterlerden delillerin tespiti talebinde bulunabilir.⁴³⁵ Bu talep doğrultusunda; tanık, bilirkişi, keşif ve sair delillerden faydalanılabilir.⁴³⁶ Uygulamada her ne kadar delil tespiti talepleri, tecavüzün tespiti davasının yerini alacak şekilde öne sürülmekteyse de bu talepler redde mahkumdur; delil tespiti kararlarına mahkeme nezdinde itiraz edilebilse dahi istinaf ve temyiz yolu kapalıdır.⁴³⁷

Marka hakkı sahibi; SMK'nun 151/2 fıkrasındaki üç hesaplama yönetimden birini seçerken; özellikle (b) bendine göre, davalıya ait müşteri portföyü, satış rakamları, gümrük kayıtları, ambar kayıtları, lisans listesi ve mali bilgiler gibi ticari sır da teşkil edebilecek bir takım verilere ihtiyaç duyacaktır.⁴³⁸ Davacı hakkı sahibi, delil tespiti yaptırmanın neticesinde davanın kapsam ve sınırlarını belirleyerek yoksun kılınan kazanç yöntemlerini seçerken, talep ve sonucu belirlerken daha bilinçli hareket edebilecektir.⁴³⁹ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, delil tespitinin umut vaat etmeyen ve amaçsız davaların açılmasının önüne geçebileceğini vurgulamıştır.⁴⁴⁰ Uygulamada bu tespit, genellikle mütecavizin haberi olmaksızın, o kişinin iş yerine yahut delillerin bulunduğu yere gidilerek ihlal konusu ürünlerin tespiti, numune temini ve fotoğraflandırılması şeklinde yapılmaktadır; aksi takdirde mütecaviz delillerin karartılması yoluna gidebilir.⁴⁴¹

Davalı mütecavizin dava konusu sınai mülkiyet hakkını kullanmasını ispata elverişli ticari defterleri, belgeleri, bilanço ve satış bilgilerini, mali tablolarını, her türlü basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veya internet ortamındaki veriler ve buna benzer bilgi taşıyıcıları mahkemeye sunması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilecektir.⁴⁴² Bu hüküm, Roma Hukukundaki “*Memo contra se edere tenetur*” yani “*Kimse kendi aleyhine olan belgeleri mahkemeye sunmaya mecbur*

⁴³⁵ Çolak, 1011.Uzunallı, 200. Suluk/Karasu/Nal, 379. Kale, 268-275. Yılmaztekin, 323. Güneş, 369. Kale, 98. Şehirali Çelik, 527. Ege, 69.

⁴³⁶ Çolak, 1077. Erdil, 302.

⁴³⁷ Çolak, 1078. Yargıtay 11. HD. 19.03.2013 T. 2012/5531 E., 2013/5366 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 11.09.2012 T. 2012/6516 E., 2012/13034 K. sayılı kararı.

⁴³⁸ Çolak, 1011. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 16.06.2023, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

⁴³⁹ Memiş/Yıldız, 234. Kale, 268.

⁴⁴⁰ Kale, 268. BGE 140 III 16 (19) E. 2.2.1.

⁴⁴¹ Uzunallı, 201. Suluk/Karasu/Nal, 379. Şehirali Çelik, 526-527. Hakan Pencanitez/Muhammet Özekes/Mine Akkan/Hülya Taş Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017) 1816.

⁴⁴² Çolak, 1011. Uzunallı, 200. Suluk/Karasu/Nal, 379. Kale, 268-275.

tutulamayacağı” kuralının istisnasını teşkil etmektedir.⁴⁴³ Fakat bu istisnanın uygulanması mecburidir; aksi takdirde davacının yapacağı seçim ve mahkemenin yapacağı hesaplama, somut veriye dayalı değil tahmine dayalı olacaktır.⁴⁴⁴ Bu durum da hakkaniyete ve gerçeğe aykırı bir hüküm tesis edilmesine sebebiyet verecektir. SMK md. 150/3 hükmü, yasadan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan bir kuraldır.⁴⁴⁵ Yargıtay, somut verilere dayanmayan ve tahminî kâr oranlarına dayalı afaki raporlar esas alınarak tesis edilen kararlar yönünden bozma kararı vermektedir.⁴⁴⁶

Elbette hüküm kapsamında davalıdan istenebilecek ticari belge ve bilgilerin de bir sınırı vardır.⁴⁴⁷ Buradaki sınır, SMK 150/3 fıkrasında geçen “zarar miktarının belirlenebilmesi için” ifadesiyle çizilmiştir.⁴⁴⁸ Yani davacı, delil tespiti talebinde bulunurken yalnızca zarar miktarını tespit etmeye yarayan belge ve bilgilerin celbini talep edebilecek, bilirkişi de bu belge ve bilgilerin dışında herhangi bir inceleme yapamayacaktır.⁴⁴⁹ Örneğin; davalı tarafından kullanılan A, B, C markalı ürünlerden yalnızca davacıya ait A markasının dava konusunu teşkil etmesi halinde, davalı firma sadece A markalı ürüne ilişkin ticari bilgi ve belgeleri ibraz etmekle yükümlüdür.⁴⁵⁰ Hatta mahkeme, ticari sır niteliğindeki bilgileri içeren belgeler hakkında gizlilik kararı tayin ederek, davacının bu belgeleri incelemesini yasaklayabilir.⁴⁵¹ Böylelikle delil tespiti aşamasında mahkemeye sunulacak belge ve bilgilerde yer alan, davalıya veya üçüncü şahıslara ait olan ticari sır yahut kişisel veri niteliğindeki her türlü bilginin korunması sağlanacaktır.⁴⁵²

Çolak’ın görüşüne göre; müşteri listesi, dağıtıcı listesi, bu kişilerle yapılan yazışmalar, bunların adresleri gibi bilgiler, davacının yapacağı tercihle doğrudan bağlantılı olmadığı için, bu hususların bilirkişi incelmesinde irdelenmesi mümkün

⁴⁴³ Çolak, 1011. Tekinalp, 503. Uzunallı, 199. Memiş/Yıldız, 234.

⁴⁴⁴ Çolak, 1011.

⁴⁴⁵ Kale, 99. Güray Erdönmez, *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti 2. Baskı*. (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014) 335-337. Pencanitez/Özekes/Akkan/Taş Korkmaz, 1813.

⁴⁴⁶ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3004. Yargıtay 11. HD. 10.03.2016 T. 2015/5115 E., 2016/2672 K. sayılı kararı. Güneş, 380-381. Yargıtay 11. HD. 10.03.2016 T. 2015/5115 E., 2016/2672 K. sayılı kararı.

⁴⁴⁷ Çolak, 1011. Uzunallı, 200.

⁴⁴⁸ Çolak, 1011.

⁴⁴⁹ Çolak, 1011. Uzunallı, 201.

⁴⁵⁰ Çolak, 1011-1012.

⁴⁵¹ Memiş/Yıldız, 234. Erdönmez, 337.

⁴⁵² Çolak, 1012. Uzunallı, 200. Kale, 101.

olmadığından, bu belge ve bilgilerin mahkemeden istenmemesi gerekmektedir.⁴⁵³ Bu görüşe kısmen katılmamaktayız; zira müşteri listesi, fiyat listesi veya sipariş yazışmaları gibi bilgiler, dava konusu ürünün kaç kişi tarafından, kaç adet istendiğini gösteren bilgilerdir.⁴⁵⁴ Esasen burada tartışma konusu, paylaşılmasında açık rıza bulunmayan verilerdir; çünkü veri sahibinin açık rızası bulunması halinde zaten bir sorun olmayacaktır.⁴⁵⁵ Buradaki tartışma, açık rıza olmayan hukuka ve amaca uygun işlenen veriler noktasında toplanmaktadır. Kanaatimizce en azından ticari sır içeren bu belgelerin; isim, soy isim, adres, iletişim, kimlik numarası ve sair hesaplamayı ilgilendirmeyen kısımlarının davalı tarafça karartılarak veya sansürlenerek anonimleştirilmesi ve hesaplama etki edecek kısımlarının açık haliyle mahkemeye ibrazı istenebilmelidir.⁴⁵⁶

Elbette delillerin ibrazı noktasında; 6100 HMK'nun 219 ve 220 maddeleri çerçevesinde bu bilgi ve belgelerin ticari sır yahut kişisel veri olup olmadığı, hesaplamayı kolaylaştırmaya yardımcı olup olmayacağı hâkim tarafından değerlendirilmeli ve buna göre karar verilmelidir.⁴⁵⁷ İstanbul 4. FSHHM tarafından görülen bir davada mahkeme, davalının ticari sır iddiasını yerinde görerek vergi dairesinden gelen ve davalının yurtdışında satış yaptığı firmaları, satış fiyatlarını içeren mali belgeleri ticari sır teşkil edebileceği için davacı tarafa göstermeyerek sadece bilirkişiye açık şekilde incelemeye tabi tutmuş, davacının bu konudaki itirazları mahkeme ve temyiz talepleri ise Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir.⁴⁵⁸ Biz, bu karar çerçevesinde; sınai mülkiyet hakkı ihlal edilen davacıya ait ürünlerin, davalı tarafça hangi fiyat üzerinden satıldığı bilgisinin davacıya gösterilmesinde hukuki yarar bulunduğu kanaatindeyiz. Nitekim davacı taraf; tüketicilere veya aynı sektörle ilgilenen herkese açık olan bu bilgiyi zaten basit bir piyasa ve pazar araştırması yaparak çeşitli kataloglara bakarak da elde edebileceğinden, bu bilgi ticari sır niteliğinde değildir.

⁴⁵³ Çolak, 1012.

⁴⁵⁴ Uyanık, 644 vd.

⁴⁵⁵ Kemal Şenocak, *Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. (Ankara: Yetkin Basımevi, 2022) 203.

⁴⁵⁶ Şenocak, 234-235. Murat Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku 3. Bası*. (İstanbul: Hukuk Akademisi Yayınları, 2020) 167-168. Uyanık, 644 vd.

⁴⁵⁷ Çolak, 1012. Uzunallı, 201. Kaya, 296. Erdönmez, 329 vd.

⁴⁵⁸ Çolak, 1012. Yargıtay 11. HD. 22.06.2015 T. 2014/8822 E., 2015/8570 K. Sayılı kararı.

HMK md. 220 gereğince; mütecavizin ikrara yahut sessiz kalmaya rağmen elindeki belgeleri ibraz etmemesi halinde davalıya bu belgeleri ibraz etmek için bu kez kesin süre verilecek, mütecavizin inkâr etmesi halinde ise yemin teklif edilecek, süresinde belgeyi ibraz etmeyen ya da yemin icra etmeyen taraf aleyhine ve davacı lehine olmak üzere karar verebilecektir.⁴⁵⁹

AB Uygulama Direktifi'nin 7. maddesinde delillerin muhafazası hususu düzenlenmesine rağmen, HMK veya SMK'nda buna ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır; oysa ki numune alınarak el konulan delillerin güvenli şekilde muhafazası, davanın seyri için son derece önemlidir.⁴⁶⁰ HMK md. 389-391 ve 400-406 doğrultusunda, toplanan numunelerin yargılama sonuçlanana kadar adli emanete depo edilmesinde fayda vardır.

⁴⁵⁹ Kale, 100.

⁴⁶⁰ Çolak, 1078. Hülya Çetin, "Patent Haklarının Korunması Bağlamında 2004/48 EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ve Karşılık Türk Mevzuatı", *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2009) 186.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MADDİ TAZMİNAT DAVALARINDAKİ HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

I. GENEL OLARAK

Marka hakkının tecavüz sebebiyle maddi anlamda zarara uğraması halinde hak sahibi, maddi tazminat davası açarak bu zararın giderilmesini isteyebilir.⁴⁶¹ Hak sahibinin açacağı bu dava, niteliği itibariyle bir eda davasıdır.⁴⁶² SMK madde 151/1’de düzenlenen maddi tazminat davasında, haksız rekabetten kaynaklanan tazminat davalarında olduğu gibi haksız fiilin kurucu unsurlarının varlığı (hukuka aykırı fiil, kusur, zarar, illiyet bağı) aranacaktır.⁴⁶³

Maddi tazminatın konusu, fiili kayıp (*damnum emergens*) ve yoksun kılınan kazançtan (*lucrum cessans*) oluşmaktadır.⁴⁶⁴ Fiilî zarar, tecavüz nedeniyle marka hakkı sahibinin mal varlığında meydana gelen net azalmayı; yoksun kılınan kâr ise, tecavüz eylemi hiç gerçekleşmeseydi, marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel kazancı ifade etmektedir.⁴⁶⁵ Fiilî kayıp ve yoksun kılınan kâr aynı anda meydana gelebilir.⁴⁶⁶

Uygulamada sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde açılan maddi tazminat davaları, konusu para alacağını teşkil etmesi münasebetiyle, HMK 107. maddesi

⁴⁶¹ Çolak, 1007.

⁴⁶² Çolak, 1007. Oğuzman/Öz, C II, 67.

⁴⁶³ Topuz, 99. Aydın, 525. Uyanık, 62-63.

⁴⁶⁴ Çolak, 1007. Yasaman, SMK Şerhi, C III, 3000. Kaya, 291. Uzunallı, 197. Memiş/Yıldız, 230. Küçükali, 230. Ege, 69. Erdil, 269. Gümüş, 457. Topuz, 65. Uyanık, 70-71.

Fiilî zarar ve yoksun kalınan kâr, tazminat davalarında esas alınan maddi zarar sınıflandırmalarından birini teşkil etmektedir. Diğer maddi zarar sınıflandırmalar: doğrudan zarar-dolaylı zarar, dolaylı zarar-yansıma zarar, müspet zarar-menfi zarar, geçmiş zarar-mevcut zarar, sonlanmış zarar-sürekli zarar. Haksız fiil sorumluluğunda fiilî zarar tabirinin sözleşme sorumluluğundaki karşılığı müspet/olumlu zarar, yoksun kalınan kârın karşılığı ise olumsuz/menfi zarardır.

⁴⁶⁵ Uyanık, 195. Çolak, 1010. Memiş/Yıldız, 230. Işık Yaşlı, 266. Topuz, 66. Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk*. (İstanbul: Beta Yayınevi, 2003) 86. Aydın, 536.

⁴⁶⁶ Topuz, 99.

çerçevesinde belirsiz alacak davası olarak ikame edilmektedir.⁴⁶⁷ Zira hakkın kapsamının ve alacağın miktarının başlangıçta tam ve kesin olarak bilinmemesi, maddi tazminat davasının belirsiz alacak davası olarak açılabilmesine imkan tanımaktadır.⁴⁶⁸ Böylelikle davacı hak sahibi; başlangıçta harca tabi bir değer belirterek belirsiz alacak davasını açar, tahkikat aşaması sonucunda zarar ve tazminat kapsamı ve miktarı belirlendikten sonra peşin harç tamamlanarak bedel/talep artırımı yoluyla talep sonucunu arttırabilecektir.⁴⁶⁹ Böylelikle iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağına takılmaksızın, karşı tarafın rızası alınmaksızın sağlıklı bir şekilde yargılama yürütülecektir.⁴⁷⁰ Ayrıca belirsiz alacak davasının açılmasıyla, dava tarihi itibarıyla tüm alacak tutarı için zamanaşımı kesilmiş olacaktır.⁴⁷¹

Marka hakkına tecavüz halinde açılacak maddi tazminat davalarında; tazminat miktarının üst sınırı, zarar miktarı olacaktır; başka bir deyişle tazminat miktarı, zarar miktarını aşarak marka hakkı sahibinin zenginleşmesine ve mütecavizin fakirleşmesine sebebiyet vermeyecektir.⁴⁷² Tam tazmin ilkesi gereği; fiilî zarar ve özellikle yoksun kılınan kâr seçeneklerine göre zararın mümkün olduğunca net ve gerçeğe uygun bir şekilde hesaplanması tazminat hukukunun bir gereğidir.⁴⁷³ Aksi takdirde hakkaniyete aykırı bir tazminat miktarına takdir edilecektir. Öte yandan tazminat miktarı, zarar miktarı aşamayacağından, zararın tazminattan önce belirlenmesi gerekmektedir.⁴⁷⁴ Zira zarar, tazminatin gerekçesini oluşturan bir olgudur; zarar miktarı tazminatin üst sınırını teşkil eder.⁴⁷⁵

⁴⁶⁷ Aydın, 547. Güneş, 366. Yargıtay HGK 02.03.2016 T. 2014/15-439 E., 2016/207 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 22.03.2016 T. 2015/9255 E., 2016/3167 K. sayılı kararı. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 16.06.2023, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/06/16/marka-tazminat-belirsiz-alacak/>>.

⁴⁶⁸ Narter, 1069. Çolak, 1050-1051.

⁴⁶⁹ Narter, 1172-1173. Yargıtay HGK. 14.02.202 T. 2019/680 E., 2024/105 Karar sayılı kararı. (emsal.uyap.go.tr)

⁴⁷⁰ Narter, 1073.

⁴⁷¹ Canan Küçükali, *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 314. Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası*. (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011) 84-87.

⁴⁷² Çolak, 1007. Eren, 831. Kavak, 27. Oğuzman/Öz, C II, 116. Narter, 418 ve 866. Uzunallı, 196. Memiş/Yıldız, 240. Gönen, 50. Küçükali, 228.

⁴⁷³ Eren, 873.

⁴⁷⁴ Narter, 867. Uzunallı, 192.

⁴⁷⁵ Narter, 867. Işık Yaşlı, 266. Topuz, 263.

Tazminat hesaplamasında dikkate alınacak süre, tecavüzün ilk kez meydana geldiği tarih ile dava tarihi arasında geçen süre olmalıdır.⁴⁷⁶ Elbette arada geçen süre içerisinde mütecaviz, tecavüz eylemine ara vermiş yahut son vermiş ise bu süreler ve tarihler de hesaplamada dikkate alınacaktır. Ayrıca maddi tazminat hesabının dava tarihinde kadar yapılması gerekirken, dava tarihinden sonraki veriler dikkate alınarak hesaplama yapılması ve maddi tazminata hükmedilmesi Yargıtay için bozma sebebi olarak gösterilmektedir.⁴⁷⁷

Sınai mülkiyet hakkının ihlalden kaynaklanan maddi tazminat davalarında, tazminat hesabının yapılması ve tazminat miktarının belirlenmesinde yaşanan güçlükler sebebiyle yargılamalar uzamaktadır.⁴⁷⁸ Bu durum; usul ekonomisi ilkesi ve adil yargılanma hakkı gibi yasal ve Anayasal hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil etmektedir. Bu sebeple yoksun kılınan kâr hesabında üç farklı hesap yönteminden birini tercih etme hakkı tanınmıştır.⁴⁷⁹ Yine AB Uygulama Direktifinde maddi zararın maktu (*lump sum, yuvarlak hesap veya toplu rakam anlamında*) bir rakam olarak belirlenebileceğinden bahsedilmiştir.⁴⁸⁰

II. FİİLİ ZARARIN HESAPLANMASI

Fiilî zarar, maddi zarar olarak da adlandırılmakta olup marka hakkına tecavüz sebebiyle hak sahibinin mal varlığında (safî değerinde) meydana gelen net azalmadır.⁴⁸¹ Marka hakkı sahibinin, tecavüzü ve tecavüzün etkilerini savuşturmak için yaptığı tüm masraflar, fiili (somut) zararın kapsamına girmektedir.⁴⁸² Hak sahibinin mal varlığındaki azalma, aktifin azalması şeklinde gerçekleşebileceği gibi

⁴⁷⁶ Çolak, 1009. Tekinalp, 503. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3003.

⁴⁷⁷ Güneş, 380. Yargıtay 11. HD. 17.06.2019 T. 2019/2148 E., 2019/4473 K. sayılı kararı. Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD. 31.05.2021 T. 2020/5769 E., 2021/4571 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁴⁷⁸ Çolak, 1010.

⁴⁷⁹ Çolak, 1010.

⁴⁸⁰ Çolak, 1010. 2004/48 EC sayılı AB Uygulama Direktifi madde 13/1-b fıkrasında, (a) fıkrasına alternatif olarak, somut olayda uygun düştüğü durumlarda tazminatın; en azından ihlalcinin, söz konusu fikri mülkiyet hakkını kullanma yetkisi talep etmesi halinde ödenmesi gereken telif ücreti ve sair ücretler gibi unsurlar temel alınarak toplu bir meblağ olarak belirlenebileceğinden bahsedilmektedir.

⁴⁸¹ Çolak, 1010. Küçükali, 229. Erdil, 269. Gümüş, 457. Topuz, 33. Antalya, 133 vd. Aytekin Ataay, *Borçlar Hukuku Genel Teorisi 3. Bası.* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981) 88. Aydın, 542.

⁴⁸² Uzunallı, 197.

pasifin artması olarak da karşımıza çıkabilecektir.⁴⁸³ Yargıtay'ın müstekar kararlarına göre; malvarlığını oluşturan değerlerin yitirilmesi veya değerlerinin azalması ya da pasifin artması fiilî zarardır.⁴⁸⁴

Uygulamada da karşılaşılan başlıca fiilî zarar kalemleri; marka hakkı sahibinin, tecavüz eylemini tespit etmek ve kanıtlamak için yaptığı delil toplama masrafları, tecavüz sebebiyle kamuoyuna açıklama yapma ihtiyacı nedeniyle gazetelere verilen ilan giderleri, ihlal nedeniyle satılamayan ürünler yönünden uğranılan zararlar, tecavüz sebebiyle piyasaya etkin girilememesi, yatırımların boşa gitmesi, istihdam edilenlere fazladan yapılan ödemeler, tecavüz sebebiyle başvuru hukuki yollarda yapılan masraflar, tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, boşa giden yatırımların maddi karşılığı, pazar kaybı ve kaybedilen pazar payını yeniden elde etmek için yapılan (promosyon, kalıp ve ambalaj değişikliği, karışıklığı giderme, imaj hatırlatma, imaj yenileme gibi) giderlerden oluşmaktadır.⁴⁸⁵

Özetle marka hakkı sahibinin fiili kaybı; tecavüz eyleminin tespiti ve önlenmesi için yapılan masraflar ile tecavüz sebebiyle hak sahibinin piyasa ve pazarda uğradığı doğrudan zararı ve bu zararı telafi etmek için yaptığı giderleri ifade etmektedir. Hak sahibi, açacağı maddi tazminat davasında, tecavüz sebebiyle yaptığı işbu masraf ve giderler sebebiyle uğradığı zararın tazminini isteyebilecektir. Zarar, tazminatın üst sınırını oluşturacaktır.⁴⁸⁶

Fiilî zararın ne şekilde hesaplanacağı, SMK'nun 151. madde metninde açıkça belirtilmemiştir; bu nedenle TBK'nun genel hükümlerine göre, madde 50 ve 51 çerçevesinde fiili kayıplar yönünden ispat ve hesaplama yapılmalıdır.⁴⁸⁷

⁴⁸³ Topuz, 35. Çolak, 1010. Erdil, 269. Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*. (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010) 64. Karahasan, 77. Uyanık, 70.

⁴⁸⁴ Yargıtay 4. HD. 02.10.1986 T. 1986/6103 E., 1986/6707 K. sayılı kararı. Yargıtay 4. HD. 30.12.1964 T. 1964/869 E., 1964/6358 K. sayılı kararı.

⁴⁸⁵ Aydın, 542. Güneş, 371. Çolak, 1010 ve 1022. Uzunallı, 197. Kaya, 291. Arkan, 244. Suluk/Karasu/Nal, 380. Yargıtay HGK 01.07.2021 T. 2017/29 E., 2021/896 K. sayılı kararı. Yargıtay HGK 18.04.2019 T. 2017/11-66 E., 2019/480 K. sayılı kararı.

⁴⁸⁶ Topuz, 74.

⁴⁸⁷ Aydın, 542. Topuz, 74-75. Çolak, 1010. Tekinalp, 501. Erdil, 270. Yargıtay 11. HD. 06.10.2003 T. 2003/2585 E., 2003/8782 K. sayılı kararı.

III. YOKSUN KALINAN KÂRA İLİŞKİN HESAPLAMA YÖNTEMLERİ

A. Genel Olarak

Maddi zararın diğer bir türü olan yoksun kılınan kâr; marka hakkı sahibinin, tecavüz teşkil eden fiil sebebiyle gerçekleşemeyen muhtemel kârıdır.⁴⁸⁸ Yargıtay yoksun kılınan kâra ilişkin somut olayda, malvarlığının zarar verici olaydan önceki ve sonraki durumu arasında bir değişiklik olmadığını ancak zarar verici olay meydana gelmeseydi, malvarlığında bir çoğalma olacağını vurgulamıştır.⁴⁸⁹ Ancak yoksun kalınan bir kazancın varlığından bahsedebilmek için, kazancın konusunun hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir.⁴⁹⁰

Tecavüz eylemi sebebiyle, marka hakkı sahibinin aktüel veya potansiyel alıcıları, genellikle başka arz edenlere ve hatta hak sahibinin rakibine geçer.⁴⁹¹ Böylelikle hak sahibinin gerçekleşmesini beklediği kazanç hiç veya beklendiği gibi gerçekleşemez (safî değer in çoğalmasını engelleme) ki bu durum da bu alacak kaleminin önemini göstermektedir.⁴⁹² Haksız rekabette olduğu gibi kazancın iadesi, uğranılan zararın tazmini yöntemi olarak belirlenmiştir.⁴⁹³

Bu yöntemle; marka hakkı sahibinin tecavüz sebebiyle elde edemediği, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel kazancının tazmini amaçlanmaktadır.⁴⁹⁴ Nitekim haksız rekabet hükümlerine göre; elde edilen kârın iadesi şeklinde zararın tazmini gündeme gelebilmektedir.⁴⁹⁵ Hak sahibinin yoksun kaldığı kazanç önemli bir alacak kalemi olmasına rağmen, uygulamada ispat güçlüğü yaşanmaktadır.⁴⁹⁶ Çünkü; hem ekonomik olarak markanın değeri ile markanın ayırt ettiği ürünlerin değerini

⁴⁸⁸ Topuz, 35. Çolak, 1010. Gönen, 47-48. Ege, 101. Erdil, 270-271. Tandoğan, 65. Gümüş, 457.

Aydın, 544. Uyanık, 70.

⁴⁸⁹ Uyanık, 215 vd. Yargıtay 4. HD. 17.10.1977 T. 1977/8891 E., 1977/9687 K. sayılı kararı. (emsal.uyap.gov.tr)

⁴⁹⁰ Topuz, 101. “Eğer zarar gören, hukuka ve ahlaka aykırı bir biçimde yüksek bir kazanç elde edecekse ve zarar veren olay gerçekleştiği için bu kazançtan mahrum kalmışsa, kâr mahrumiyetini gerekçe göstererek bu çerçevede bir zararın olduğunu ileri sürerek tazminat talep edemeyecektir. Çünkü bu durumda uygun illiyet bağının olmadığı kabul edilir.”

⁴⁹¹ Uzunallı, 198.

⁴⁹² Uzunallı, 198. Topuz, 37. Ataay, 88.

⁴⁹³ Ege, 103. Yargıtay 11. HD. 30.09.2004 T. 2003/14288 E., 2004/9107 K. sayılı kararı.

⁴⁹⁴ Çolak, 1010. Erdil, 271. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3090. Uyanık, 199.

⁴⁹⁵ Kaplan, 35. Ege, 101.

⁴⁹⁶ Uzunallı, 198. Aydın, 544. Uyanık, 208 vd.

ayrıştırmak hem de fiil ile gerçekleşemeyen kâr arasındaki nedensellik bağıını ispatlamak son derece zordur.⁴⁹⁷ Zira Yasaman'ın da dediği gibi, kârdan yoksun kalma, tahmini bir nedenselliğe, yani farazi bir hesaba dayanmaktadır.⁴⁹⁸ Bu zorluklar sebebiyle marka hakkı sahibinin uğradığı zararlar her zaman somut olarak tespit edilememektedir.⁴⁹⁹

Yoksun kılınan kâr kalemleri, SMK 151/2 fıkrasına göre üç seçenek halinde sunulmaktadır.⁵⁰⁰ Bu seçenekler, birbirinden bağımsız talepler değil, farklı hesaplama yöntemleridir.⁵⁰¹ Madde metnine göre yoksun kılınan kazanç; (151/2-a) “Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir”, (151/2-b) “Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç”, (151/2-c) “Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli” yöntemlerinden biriyle hesaplanabilmektedir.⁵⁰² TBK 50/2 fıkrasının tanıdığı geniş takdir yetkisine rağmen, uygulamada mahkemeler genellikle zararı oldukça ihtiyatlı bir şekilde takdir etme eğilimindedir.⁵⁰³ Bu sebeple yoksun kılınan kâr seçenekleri, zararın belirlenmesini kolaylaştırmada büyük bir öneme sahiptir.⁵⁰⁴

Marka hakkı sahibi, hesaplama ile ilişkin bu üç seçenekten sadece birini seçerek davasını ikame edecektir.⁵⁰⁵ Yani hesaplama yöntemleri birleştirilerek hesaplama yapılamamaktadır.⁵⁰⁶ Madde metninden anlaşılacağı üzere kanunkoyucu, bu hesaplama yöntemlerini hak sahibinin seçimine bırakmıştır.⁵⁰⁷ Dolayısıyla burada hak sahibinin seçimlik hakkı söz konusudur.⁵⁰⁸ Alman hukukunda hak sahibine hesap yöntemi seçme hakkı tanınmasının sebebi olarak, marka hakkının tecavüze açık ve korunmasız, haksız eylem işlenmesinin kolay olması gösterilmektedir.⁵⁰⁹

⁴⁹⁷ Gönen, 48 dn 175. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3003. Aydın, 544.

⁴⁹⁸ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3092 dn 7.

⁴⁹⁹ Gönen, 48.

⁵⁰⁰ Çolak, 1010.

⁵⁰¹ Uzunallı, 203.

⁵⁰² Erdil, 272. Çolak, 1011 ve 1013. Arkan, 248. Suluk/Karasu/Nal, 381. Gönen, 63-64. Ege, 102. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3091. Uyanık, 1197. Öksüz, 315.

⁵⁰³ Uzunallı, 198.

⁵⁰⁴ Uzunallı, 198.

⁵⁰⁵ Çolak, 1010. Arkan, 248. Uzunallı, 197. Aydın, 545-546.

⁵⁰⁶ Uzunallı, 204.

⁵⁰⁷ Uzunallı, 204.

⁵⁰⁸ Çolak, 1013.

⁵⁰⁹ Güneş, 371-372.

Bu seçim; dava şartı olmamakla birlikte, davanın başlangıcında yapılmalı ve dava dilekçesinde yasadaki kaynaklanan bu seçimlik haktan hangisinin seçildiği açıkça belirtilmelidir.⁵¹⁰ Dava dilekçesinde bu konu muğlak bırakılmış ya da bir seçim yapılmamış ise hakim, davayı aydınlatma görevi gereği davacıya bu hususu açıklaması için süre tanınmalıdır.⁵¹¹ Yargıtay bir kararında, davacıya seçimini açıklaması için süre tanınmamasını bozma sebebi olarak göstermiştir.⁵¹² Zira maddenin açık lafzı ve taleple bağlılık ilkesi gereği bu seçim yalnızca bizzat davacı tarafça yapılabilmektedir; başka bir deyişle mahkeme bu seçimi re'sen yapamaz.⁵¹³ Hatta Yargıtay bir kararında, hakimin aydınlatma ödevi gereği sarf ettiği çabaya rağmen seçimini açıklamayan davacının davasının reddedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁵¹⁴ Her halükarda belirsizliğin mağduru olmaması adına davacı hak sahibinin; tasarruf ve taraflarca getirilme ilkesi gereğince, dava dilekçesinde taleplerini açık bir şekilde ortaya koymasında fayda vardır.⁵¹⁵

Yasaman ve Kılıçoğlu; SMK 151/2 maddesinde sayılan seçeneklerin, yenilik doğuran hak olduğunu öne sürmektedir.⁵¹⁶ Fakat yenilik doğuran hakların kullanmakla tükenmesi, zarar ve tazminat miktarının belirlenebilir olmaması sebebiyle maddi tazminat davasının uygulamada belirsiz alacak davası olarak ikame edilmesi, bu seçeneklerin daha sonra karşı tarafın rızası yahut ıslah yoluyla değiştirilmesinin mümkün olması sebepleriyle biz bu görüşe katılmamaktayız.⁵¹⁷

Doktrinde Memiş tarafından aksi yönde savunulan; madde metninde yer alan hesaplama seçeneklerinin birer örnek olduğu, hesaplama yöntemlerinin sınırlı sayıda

⁵¹⁰ Çolak, 1013.Uzunallı, 204.

⁵¹¹ Yılmaztekin, 324. Uzunallı, 204. Memiş/Yıldız, 235. Çolak, 1013. Yargıtay 11. HD. 07.03.2002 T. 2001/10185 E., 2002/2000 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 07.02.2006 T. 2006/122 E., 2006/1085 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 25.03.2004 T. 2003/8468 E., 2004/2076 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 15.01.2007 T. 2005/13597 E., 2007/187 K. sayılı kararı.

Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

⁵¹² Güneş, 376. Yargıtay 11. HD. 11.12.2017 T. 2016/5105 E., 2017/7068 K. sayılı kararı.

⁵¹³ Gönen, 65. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3097. Yargıtay 11. HD. 01.03.2018 T. 2016/7907 E., 2018/1598 K. sayılı kararı.

⁵¹⁴ Memiş/Yıldız, 235. Yargıtay 11. HD. 23.05.2018 T. 2016/11426 E., 2018/3859 K. sayılı kararı.

⁵¹⁵ Kale, 95. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3097.

⁵¹⁶ Memiş/Yıldız, 236. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3095. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019) 393.

⁵¹⁷ Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 16.06.2023, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/06/16/marka-tazminat-belirsiz-alacak/>>.

olmadığı, hak sahibinin zararlarının bunlardan başka bir yöntemlerle ispatlanabileceği, farklı yöntemlere başvurulabileceği görüşü de bulunmaktadır.⁵¹⁸ Fakat biz bu yöntemlerin kanunkoyucu tarafından açıkça sınırlı sayı prensibi ile sayıldığından, davanın başlangıcında yöntemlerden birinin tercih seçilmesinin usulen şart koşulduğundan ve madde metninde “*gibi yöntemlerle hesaplanır*” veya “*farklı yöntemlere başvurulması mümkündür*” şeklinde açık bir ibare yer almadığından farklı yöntemlere başvurulamayacağını belirten hakim görüşü savunmaktayız.⁵¹⁹ Bu sebeple Yargıtay tarafından bizce hatalı tesis edilen hüküm⁵²⁰ emsal gösterilerek, kesin ve açık olan kanun lafzı yorumlanmak suretiyle farklı hesaplama yöntemlerinin türetilmesi hatalı olacaktır.

Davacının yaptığı seçimi sonradan değiştirip değiştiremeyeceği hususu, doktrin ve uygulamada tartışmalıdır.⁵²¹ Özellikle mahkemeler; seçimlik hakkın sonradan değiştirilmesinin yeniden hesaplama ve delil tespiti yapılması anlamına geleceğinden yargılamanın uzamasına sebebiyet vereceğini düşünerek bu hususa katı yaklaşmakta, davacının seçimlik hakkını değiştirmesinin mümkün olmadığını ve hatta bu seçimin bir dava şartı olduğunu savunmaktadır. Fakat biz, madde metninde bu şekilde açık bir hüküm bulunmadığı ve metnin bu denli geniş yorum yoluyla değiştirilmesinin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Zira hak kaybına uğradığını iddia eden ve bu konuda samimi olan davacı taraf, yargılamayı uzatmaya mahal vermeden uğradığı zararın bir an evvel tazmini için en hızlı ve en doğru şekilde karar alacak ve seçimini yapacaktır.

Doktrinde Memiş tarafından savunulan aksi görüş⁵²² de bulunmakla, biz bu yöntemlerin sınırlı bir seçimlik hak olduğunu da düşünerek, davacının bu tercihini ancak davalının rıza vermesi halinde değiştirebileceğini düşünen Çolak’ın görüşüne katılmaktayız.⁵²³ Eğer davalı tarafın rızası bulunmamakta ise, davacı bu tercihi ancak ıslah yoluyla değiştirebilecektir.⁵²⁴ Zira bu konuda 556 sayılı MarKHK döneminde

⁵¹⁸ Aksi görüş için bkz. Memiş/Yıldız, 232.

⁵¹⁹ Gönen, 64 dn 228. Yılmaztekin, 324. Uzunallı, 204. Kaya, 293. Tekinalp, 30. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3094.

⁵²⁰ Memiş/Yıldız, 233. Yargıtay 11. HD. 18.12.2014 T. 2014/1163 E., 2014/20046 K. sayılı kararı.

⁵²¹ Çolak, 1013.

⁵²² Arkan, 245. Bozbel, 520.

⁵²³ Çolak, 1013. Uzunallı, 204.

⁵²⁴ Çolak, 1014. Yılmaztekin, 325 dn 29. Kale, 97.

tesis edilen Yargıtay içtihatları da mevcuttur.⁵²⁵ Fakat ıslah, aynı davada bir defaya mahsus başvurulabilen bir yöntem olduğundan, davacı bu hakkını çok dikkatli bir şekilde kullanmalıdır.⁵²⁶

SMK 151/3 fıkrasına göre; yoksun kılınan kâr hesaplama seçeneklerinden hangisinin seçildiğine bakılmaksızın, hesaplamada sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi, tecavüz esnasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde bulundurulmalıdır.⁵²⁷ Uygulamada SMK 151/3 fıkrasında geçen etkenlerin sadece bir artırım sebebi olduğu konusunda hataya düşülmektedir. Oysa ki madde gerekçesinde; bir markanın birebir taklit edilmesinde ihlalin ağır olacağı, bu durumun tazminat artırım sebebi olabileceği gibi sadece karıştırılma tehlikesi olan bir işaretin kullanılması halinde ihlalin hafif olacağı ve bu durumun tazminatta indirim sebebi olabileceği belirtilmiştir.⁵²⁸ Yargıtay bir kararında; tanınmış marka ile tanınmış olmayan markanın yoksun kılınan kazanç miktarlarının aynı olmayacağını ve markaların benzerlik düzeyleri, şekli, kullanım süresi, tescilli olup olmamasının tazminat miktarına etki edeceğini belirterek, 556 sayılı mülga KHK’da var olmayan ve yeni getirilen bu ilkelerin incelemeye alınmadan karar verilmesini bozma sebebi olarak görmektedir.⁵²⁹

Kanunkoyucu; gerçek zarar miktarını olabildiğince eksiksiz bir biçimde belirleyebilmek için, hesaplamada dikkate alınması gereken etkenleri sınırlı sayı (*numerus clausus*) olarak saymamış, ucu açık bir şekilde örnekleme yapmıştır.⁵³⁰ Dolayısıyla bu etkenler arasında; markanın tanınmışlık derecesi, markayı taşıyan

⁵²⁵ Çolak, 1014. Yargıtay 11. HD. 27.02.2012 T. 2010/10762 E., 2012/2762 K. sayılı kararında; yoksun kalan kazancın temini için tazminat talebinin 3 ayrı seçenek halinde belirtildiğini, davacının başlangıçtaki tercihinin (c) bendinde geçen lisans bedeline ilişkin olduğu, karşı tarafın muvafakati olmaksızın bu talebin değiştirilemeyeceği gibi ıslah suretiyle diğer seçeneklere dayanılmadığından lisans bedeli dışında başka bir tazminat seçeneğine dayalı maddi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.

⁵²⁶ Küçükali, 315. 31199 sayılı 28.07.2020 T. Resmi Gazete’de ilan edilerek yürürlüğe giren 7251 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerle, Yargıtay bozması veya Bölge Adliye Mahkemesi kaldırma kararı sonrası ilk derece mahkemesinde ikinci kez ıslah yapabilme imkanı saklıdır.

⁵²⁷ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3100. Çolak, 1027, 1031 ve 1039. Uzunallı, 205 ve 211. Şehirli Çelik, 170. Ege, 103. Erdil, 272. Aydın, 546.

⁵²⁸ Çolak, 1031-1032. Uzunallı, 212. Pekdiğer, 388-395. İstanbul BAM. 44. HD. 29.04.2021 T. 2020/359 E., 2021/525 K. Sayılı kararı. İstanbul BAM. 44. HD. 22.04.2021 T. 2020/344 E., 2021/464 K. Sayılı kararı.

⁵²⁹ Yargıtay 11. HD. 18.10.2022 T. 2021/2797 E., 2022/7133 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁵³⁰ Çolak, 1027. Tekinalp, 502. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3104 vd. Uzunallı, 205.

malların ve/veya hizmetlerin piyasadaki pazar payı, orijinal mallar ile taklit mallar yan yana satılıyorsa orijinal malların satışının taklit malların satışına ne oranda katkı sağladığı gibi hususlar da dikkate alınmalıdır.⁵³¹

Davacı hak sahipleri, yoksun kılınan kâr taleplerine ilişkin tazminat davası açılırken, hangi tarih aralığı için, ne kadar süreyi kapsayacak şekilde tazminat talep ettiklerini belirtmemektedir.⁵³² Bu sebeple uygulamada, dava tarihinden önceki azami 1 yıllık dönem için hesaplama yapılmaktadır.⁵³³ Fakat özellikle yoksun kalınan kâr seçeneğinde, tecavüz eyleminin ve zarara uğranılan dönemin süresi 1 yıldan fazla olabilmektedir.⁵³⁴ İşte bu gibi durumlarda, mahkemece tecavüz eyleminin tespit edildiği tarihler dikkate alınarak, tüm bu dönemler için hesaplama yapılması gerekmektedir.⁵³⁵

Zarar veren olay; davacı şirketin iflasına veya tasfiyesine neden olmuşsa yoksun kalınan kâr olarak şirketin değerinin hesaplanması gerekecektir; yeni kurulmuş ve hiç faaliyete geçmemiş bir firma söz konusu ise bu durumda yoksun kalınan kâr yerine zarar hesaplanmaktadır.⁵³⁶

B. Hak Sahibinin Elde Edeceği Muhtemel Gelire Göre Hesaplama

Yoksun kalınan kâra ilişkin hesaplama seçeneklerinden ilki; SMK 151/2-a bendinde yer aldığı üzere, “*sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir*” hesaplamasıdır.⁵³⁷ 556 sayılı mülga KHK döneminde bu maddeye eş değer olan 66/1-a bendinde bu hüküm, “*marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edeceği muhtemel gelir*” şeklinde yer almaktaydı. Her ne kadar

⁵³¹ Çolak, 1027. Yargıtay 11. HD. 16.12.2014 T. 2014/911 E., 2014/19859 K. sayılı kararı.

⁵³² Çolak, 1031.

⁵³³ Çolak, 1031. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

⁵³⁴ Çolak, 1031. Uyanık, 204 vd.

⁵³⁵ Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*. (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020) 180. Memiş/Yıldız, 247. Yargıtay 11. HD. 07.05.2014 T. 2014/917 E., 2014/8693 K. sayılı kararı. Çolak, 1031 ve 1039. Yargıtay 11. HD. 15.02.2016 T. 2016/465 E., 2016/1401 K. Sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 03.04.2013 T. 2012/5049 E., 2013/6704 K. Sayılı kararı.

⁵³⁶ Uyanık, 203.

⁵³⁷ Aydın, 549. Çolak, 1028-1029.

yeni yasa metninde “*markanın kullanılması ile*” ifadesine yer verilmemiş ise de kanaatimizce hesaplamada bu hususun da dikkate alınması gerekmektedir.⁵³⁸

Yine her ne kadar madde metninde “muhtemel” gelirden bahsedilmişse de kanaatimizce bu kelime, tazminat miktarının netleştirilmesine engel olmayıp hak sahibinin tecavüz eylemi gerçekleşmeseydi gelecekte “elde etmesi ihtimal dahilinde olan” gelirleri ifade etmektedir.⁵³⁹ Dolayısıyla tam tazmin ilkesi gereği, hesaplama her ne kadar varsayımsal bir kazanca dair olsa da muhtemel gelir rakamsal olarak net bir şekilde hesaplanmalı ve ortaya konulmalıdır.⁵⁴⁰

Bu hesaplama yöntemi; ispat ve hesap kolaylığı açısından, uygulamada en çok tercih edilen yöntemdir.⁵⁴¹ Zira bu hesaplama yönteminde davacı marka hakkı sahibi; kendi elinde bulunan ticari defterlere ve kayıtlara, kendi markasının değeri, pazar hacmi, pazarlama becerisi, işletme verimliliği, satış sonrası servis hizmetleri gibi hususlara dayanmaktadır.⁵⁴² Bu seçenek, hak sahibine ispat ve hesaplama konusunda kolaylık sağlamaktadır; meğer ki hak sahibinin bilançolarında bir azalma mevcut olmasın, bu durumda dava açmakta hukuki yararı da bulunmayacaktır.⁵⁴³

Madde metninden de anlaşılaçağı üzere, “tecavüz edenin rekabeti” sebebiyle gerçekleşemeyen gelirlerin hesaplanması gerekmektedir.⁵⁴⁴ Yukarıda da açıklanan haksız fiile ve haksız rekabete ilişkin tazminat ilke ve unsurlarına göre, mütecavizle illiyet bağı kurulamayan sebeplerin (pazarlama teknikleri, kadro, yönetim, organizasyon etkinliği, verimlilik, satış sonrası hizmetler gibi) zarar hesabında ayrıştırılması gerekmektedir.⁵⁴⁵ Yargıtay bir kararında; davacı hak sahibinin gelir düşüşüne etki eden ve davacıdan yahut sair nedenlerden kaynaklanan, davalı ile ilişkilendirilemeyecek nedenlerin (ekonomik kriz, salgın hastalık, üretim politikaları, üretim tercihleri, mal ve hizmete olan talebin düşmesi vs.) hesaplamadan

⁵³⁸ Memiş/Yıldız, 241. Uyanık, 1196. Çolak, 1028-1029 ve 1032-1033. Bu hususa “Mütecavizin Elde Ettiği Net Kazanca Göre Hesaplama” başlığı altında ileride detaylı olarak değinilecektir.

⁵³⁹ Uzunallı, 207. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3103. Uyanık, 1197.

⁵⁴⁰ Eren, 873.

⁵⁴¹ Çolak, 1027.

⁵⁴² Çolak, 1028. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3103. Tekinalp, 502. Aydın, 550.

⁵⁴³ Şehirali Çelik, 478.

⁵⁴⁴ Memiş/Yıldız, 237.

⁵⁴⁵ Gönen, 67. Uyanık, 202.

ayrıştırılması gerektiğini öngörmüştür.⁵⁴⁶ Haksız fiil tazminat davalarındaki genel ispat kuralı gereği davacı hak sahibine, gelir düşüşüne sebebiyet veren olay ve olguları davalı ile ilişkilendirmesi için ispat imkanı verilmeli, elbette bu zararlarla davalı mütecaviz arasında illiyet bağı kurulabiliyorsa o halde hesaplama dahil edilmelidir.⁵⁴⁷

Öte yandan, tecavüz eylemine rağmen markayı taşıyan ürünlerin satışında artış olması, marka hakkı sahibinin kazançtan mahrum kalmadığı, herhangi bir zarara uğramadığı ve tazminat talep edemeyeceği sonucu doğurmamalıdır.⁵⁴⁸ Zira marka hakkına tecavüz sebebiyle hak sahibinin kârdan zarar etmesi yani kârın beklendiği gibi ya da olması gerektiği gibi gerçekleşmemesi de mümkün olabilir.⁵⁴⁹ Esas olan tecavüz eylemi, zarar, kusur ve illiyet bağının varlığıdır. Bu sebeple Yargıtay'ın bazı kararlarında, hak ihlaline rağmen hak sahibinin kârının etmesi halinde tazminata hükmedilemeyeceğini benimsediği görüş hatalıdır.⁵⁵⁰

Bu hesaplama yönteminde, somut olayın özelliğine göre bazen hem davacı hem de davalı verilerinin birlikte incelenmesi ve karşılıklı olarak kıyaslanması gerekmektedir.⁵⁵¹ Örneğin; hak sahibinin hiçbir zaman üretmediği, piyasaya sürmediği ve dolayısıyla fiyat da belirlemediği bir markanın mütecaviz tarafından üretilerek satışa konması halinde; davalı mütecavizin ticari defterleri ve kayıtlarının yanı sıra sattığı taklit mallara ilişkin satış fiyatı, satış fişleri, üretim miktarı, stok bilgisi, kâr marjı, ticari faaliyetinin, tecavüz eyleminin boyutu gibi hususlar ve davacının geçmiş yıllardaki ticari faaliyeti, ürün fiyatları, satış performansı, kâr marjı gibi unsurların birlikte değerlendirilmesi ile muhtemel gelirinin alt sınırı belirlenebilecektir.⁵⁵²

⁵⁴⁶ Çolak, 1030. Yargıtay 11. HD. 04.10.2010 T. 2009/3528 E., 2010/9576 K. Sayılı kararı. Memiş/Yıldız, 238.

⁵⁴⁷ Memiş/Yıldız, 237.

⁵⁴⁸ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3102. Uzunallı, 208.

⁵⁴⁹ Ege, 101.

⁵⁵⁰ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3102. Ege, 101. Yargıtay HGK 12.06.1996 T. 1996/11-372 E., 1006/485 K. sayılı kararı. Bünyamin Gürpınar ve Murat Oruç, "Haksız Rekabette Maddi Tazminat Hesaplamasında Yeni Yaklaşımlar", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. (Ankara: 2009).

⁵⁵¹ Çolak, 1028.

⁵⁵² Çolak, 1028. Uyanık, 1198. Uyanık; davacının bizzat marka konusu ürünle alakalı satış yapmaması ihtimalinde davacının maddi zararından söz edilemeyeceği ve tazminat talep edilemeyeceğini belirtmektedir.

Uygulamada bazı hesap bilirkişileri kolaya kaçmak suretiyle, davacının marka hakkının kullanımı ile elde ettiği geliri ayıklamadan tüm gelir kalemlerini inceleyerek, geçmiş dönem ve tecavüz eyleminin kapsadığı dönem bilançolarını kıyaslayarak hesaplama yapmaktadır ki bu husus açıkça hatalıdır.⁵⁵³ Nitekim marka hakkı sahibinin geçmiş döneme ilişkin tüm gelir kalemleri içerisinde; tecavüz konusu olmayan marka haklarının kullanımı ile elde edilen gelirler, faiz gelirleri, kira gelirleri, hisse senedi veya gayrimenkul satışından elde edilen gelirler, temettü gelirleri gibi gelir kalemleri de yer almaktadır.⁵⁵⁴ Ciro, net kazancı ifade etmediğinden, yoksun kalınan kazanç ile yoksun kalınan cironun özdeşleştirilmesi kabul edilemez.⁵⁵⁵ Çünkü net kazanç, satış fiyatları ile alış maliyetleri arasındaki farktan oluşur.⁵⁵⁶ Dolayısıyla davacının iki dönem arası bilançolarının ayrıştırılmadan incelenmesi ile salt dava konusu markanın kullanılması ile elde edilen gelir tespit edilemeyecektir. Böyle bir yanlış hesaplama neticesinde ortaya çıkan tazminat miktarı, zarar miktarını aşacağından davacının haksız ve sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet verilecektir.⁵⁵⁷ Bu sebeple bilirkişilerin, dava konusu marka ile ilgili olmayan gelir ve gider kalemlerini ayrıştırarak hesaplama yapması gerekmektedir. Zira gelir, yalnızca markanın kullanılmasıyla elde edilmez fakat markanın ekonomik önemi arttıkça ciro üzerindeki etkisi de artar.⁵⁵⁸ Hammadde, taşıma, üretim, pazarlama maliyetleri, katma değer ve gümrük vergisi gibi masraflar imalat ve alım maliyetlerinden indirilmelidir.⁵⁵⁹ Ayrıca hesaplama esnasında toptan satış fiyatlarından, hak sahibinin işletme giderlerinin düşülmesi gerekmektedir.⁵⁶⁰

Marka hakkı sahibinin geliri hesaplanırken gündeme gelen başka bir sorun ise marka hakkı sahibinin satışlarını doğrudan yapmayıp bayiler aracılığı ile yapması durumunda, hak sahibinin bayilere yaptığı satış fiyatı üzerinden mi yoksa bayilerin

⁵⁵³ Çolak, 1028.Uzunallı, 207.

⁵⁵⁴ Çolak, 1028.

⁵⁵⁵ Uzunallı, 208.

⁵⁵⁶ Uzunallı, 208.

⁵⁵⁷ Çolak, 1029.

⁵⁵⁸ Yargıtay 11. HD. 28.05.2015 T. 2014/10637 E., 2015/7197 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2013 (K.İ.B.).

⁵⁵⁹ Uzunallı, 208. Topuz, 272 vd. Mommsen'in fark teorisinde menfaat kavramı esas alındığından; tecavüz eylemi olumlu ve olumsuz tüm sonuçları ile değerlendirilmeli ve hak sahibinin, tecavüz eylemi sebebiyle elde edilen gelir üzerinden ödemesi gereken verginin mütecaviz tarafından ödenmesi de bir fayda olarak görülmelidir.

⁵⁶⁰ Erdil, 272. Çolak, 1030. Yargıtay 11. HD. 07.05.2015 T. 2015/1305 E., 2015/6550 K. Sayılı kararı.

tüketicilere yaptığı satış fiyatı üzerinden mi hesaplama yapılması gerektiğidir.⁵⁶¹ Bu konuda; Çolak, hak sahibinin bayilere yaptığı satış fiyatları ve kâr marjları üzerinden, Uyanık ise hak sahibinin kendi ürettiği toptan veya perakende fiyat üzerinden hesaplama yapılmasını öngörmektedir.⁵⁶² Aksi takdirde, aracı olan bayi veya şubenin belirlediği satış fiyatları üzerinden hesaplama yapılması halinde, marka hakkı sahibine ait olmayan bir takım gelirler (bayi tarafından belirlenen ve tüketiciye yansıtılan kâr marjı gibi) hesaplama dahil edilecek ve gerçek olmayan fahiş bir tazminat rakamı ortaya çıkacaktır.⁵⁶³ Kanaatimizce bu konuda; bazı tanınmış ve büyük firmaların ticari hayatta yaptığı gibi, hak sahibinin aracı şahıs kullanmaksızın direkt merkeze olarak bağlı şube ve bayilik açıp açmadığı da göz önünde bulundurulmalı ve şube veya bayinin elde ettiği gelirin direkt olan hak sahibiyle ilişkilendirilebileceğine dair ispatta bulunulup bulunulmadığı da değerlendirilmelidir.

Tecavüz eylemi sebebiyle hak sahibinin zorunlu fiyat artışı yapmaması veya ürün satış fiyatlarını düşürmek zorunda kalması gibi durumlarda da yoksun kaldığı kârın söz konusu olduğu söylenebilir; bu durumda da ABD’de de olduğu gibi illiyet bağı kurulabildiği takdirde bu kâr yoksunluğu da davalıdan talep edilebilecektir.⁵⁶⁴

Uygulamada karşılaşılan bir başka sorun ise; marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelir veya mütecavizin net geliri hesaplanırken, gelir vergisi veya kurumlar vergisinin düşülüp düşülmeyeceği hususudur.⁵⁶⁵ Biz, verginin kamu hukukunu ilgilendiren bir alan olduğunu öne sürerek gelir hesaplamasında verginin indirilmesini mümkün bulmayan Çolak’ın görüşüne katılmamaktayız.⁵⁶⁶ Her ne kadar konu hakkında görüşümüzle aksi yönde yargı kararları mevcut ise de kanaatimizce hak sahibi yahut mütecavize ait olmayan ve nihayetinde Devlete ödenen vergi miktarının tazminat hesabına eklenmesini uygun bulmamaktayız. Bizce gelir hesabından gelir veya kurumlar vergisinin düşülerek net gelir miktarının hesaplanması daha isabetlidir.⁵⁶⁷ Nitekim tecavüz fiili vuku bulmasaydı, hak sahibi elde edeceği gelir üzerinden her halükârda bu vergiyi ödeyecekti. Dolayısıyla

⁵⁶¹ Çolak, 1029.

⁵⁶² Çolak, 1029. Uyanık, 1198.

⁵⁶³ Çolak, 1029-1030.

⁵⁶⁴ Uyanık, 1199.

⁵⁶⁵ Çolak, 1030. Memiş/Yıldız, 240.

⁵⁶⁶ Çolak, 1030. Gönen, 71.

⁵⁶⁷ Güneş, 378 dn 603. Yargıtay 11. HD. 02.11.2009 T. 2008/6818 E., 2009/11270 K. sayılı kararı.

tecavüz eylemiyle ilgisi olmayan ve ödenmesi kaçınılmaz olan bu giderin hesaplama esnasında düşülmesi ve vergi sonrası net kâr üzerinden tazminata karar verilmesi hakkaniyetli olacaktır.

Nitekim Yargıtay bir kararında, farklı bir konuda benzer şekilde değerlendirmede bulunarak; maddi tazminata KDV de dahil ederek ortaya çıkan rakamın davalıdan alınarak davacıya verilmesine ilişkin yerel mahkeme kararının, tecavüz nedeniyle hükmedilecek maddi tazminatın KDV'nin konusuna girmediği gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir.⁵⁶⁸

Uygulamada bilirkişi Ertuğrul Gürel tarafından düzenlenen raporlarda; dava konusu markayı barındıran mal veya hizmetler üzerinden davacının birim satış fiyatı, yıllara göre net satışı ve brüt kârı hesaplanmıştır.⁵⁶⁹ Brüt satış kârından pazarlama giderleri ve genel yönetim giderleri düşülerek, faaliyet kâr/zarar miktarı tespit edilmiştir. Daha sonra genel yönetim giderleri dikkate alınmadan, faaliyet kârının net satışlara olan oranı yüzdelik olarak belirlenerek, bu yüzdelik oran ile davalının dava konusu markayı ihlal edecek şekilde kullandığı ürün sayısı ve davacının bu ürünler yönünden belirlediği birim fiyat toplu olarak çarpılmış ve böylece davacının yoksun kaldığı muhtemel kazancın maddi değerine erişilmiştir.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Çolak, 1017. Yargıtay 11. HD. 28.04.2022 T. 2021/1132 E., 2022/3566 K. sayılı kararı.

⁵⁶⁹ Uyanık, 200-201. Uyanık tarafından yapılan temel yoksun kılınan kâr hesaplama formülasyonu şu şekilde izah edilmektedir:

Kâr = Satış Geliri – Maliyetler
Satış Geliri = Fiyat x Miktar
Maliyetler = Sabit Maliyetler + Değişken Maliyetler
Yoksun Kılınan Satış Geliri = Fiyat x Yoksun Kılınan Satış Miktarı
Kâr = (Fiyat x Miktar) – (Sabit Maliyetler + Değişken Maliyetler)
Marjinal Kâr = (Fiyat x Miktar) – Değişken Maliyetler
Yoksun Kılınan Kâr = Yoksun Kılınan Satış Geliri – Tasarruf Edilen Değişken Maliyetler

Eğer zarar veren olay, işletme sermayesini azaltarak kâr kaybına yol açıyorsa:
Yoksun Kılınan Kâr = Kâr / Satış Giderleri x Satış Gelirleri / İşletme Sermayesi x İşletme Sermayesi

Eğer zarar veren olay, davacının stoklarına bir zarar vermişse:
Yoksun Kılınan Kâr = Kâr / Satış Gelirleri x Satış Giderleri / Stoklar x Stoklar

⁵⁷⁰ Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 09.12.2023, E.T. 28.02.2024
<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/12/09/2017-1001-2015-2436/>>.

C. Mütecavizin Elde Ettiği Net Kazanca Göre Hesaplama

SMK 151/2-b fıkrasına göre hak sahibi, “*sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*”a göre uğradığı zararın hesaplanmasını seçebilir. Bu yöntemle, mütecavizin elde ettiği kazancın, hak sahibinin yoksun kaldığı kazanç olduğu varsayılır.⁵⁷¹ Aynı maddenin (a) fıkrasında belirtilen seçeneğe göre, ihlal sebebiyle hak sahibinin gelecekte kazanması muhtemel yani varsayımsal gelir hesaplanmaktayken; (b) fıkrasındaki bu seçeneğe göre mütecavizin ihlal sebebiyle elde ettiği, gerçekleşmiş, mevcut bir gelir hesaplanmaktadır.⁵⁷² Ancak (a) fıkrasında belirtilen seçenekteki gibi bu seçenekte de zararın doğması aslî unsur olup mütecavizin tecavüz sebebiyle kâr elde etmesi tek başına tazminata sebebiyet vermeyecek, hak sahibi herhangi bir zarara uğramamışsa bu seçeneğe göre talepte bulunamayacaktır.⁵⁷³

İlgili seçenek, mülga 556 sayılı KHK döneminde 66/1-b fıkrasında, “*marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç*” ifadesiyle yer almaktaydı.⁵⁷⁴ Tıpkı (a) fıkrasındaki birinci hesaplama seçeneğinde olduğu gibi bu seçenekte de “*markayı kullanmak yolu ile*” ibaresi, 6769 sayılı SMK’da yeni madde metnine alınmamıştır. Yasa koyucu tarafından; markanın katkısı oranında tazminata hükmedilmesinin oldukça düşük tazminat miktarlarının ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği, AB direktifinde “*hakkın kullanılması ile*” ibaresine karşılık gelecek bir ibare bulunmadığı, davaların ve tazminat sorumluluğunun daha etkin hale getirilmesinin amaçlandığı gerekçe gösterilerek bu ifadenin madde metninden çıkartıldığı belirtilmiştir.⁵⁷⁵

Biz; madde metninin gerekçesinin isabetli ve hukuken doğru olmadığını düşünen Çolak’ın görüşüne katılarak, tazminat miktarının az veya çok olmasından (niceliğinden) ziyade, somut olaya, verilere ve gerçeğe uygun olmasının (niteliğinin) daha önemli olduğu kanaatindeyiz.⁵⁷⁶ Zira evrensel hukuk ve Borçlar Hukuku ilkeleri ve sorumluluk hukuku kuralları çerçevesinde, taraflar arasındaki dengenin korunması

⁵⁷¹ Uzunallı, 209. Aydın, 555.

⁵⁷² Çolak, 1032.

⁵⁷³ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3093.

⁵⁷⁴ Çolak, 1032.

⁵⁷⁵ Çolak, 1032. Pekdincer, 151-152. Uzunallı, 210-211. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3091 ve 3101.

⁵⁷⁶ Çolak, 1032. Aksi görüş için ayrıca bkz. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3091.

adına, sırf hak sahibini tatmin etmek adına tazminat miktarının yükselmesi amacıyla, ihlal teşkil eden davranış ile ilişkilendirilemeyen sebeplerle mütecavizin sorumlu tutulamayacağı izahtan varestedir.⁵⁷⁷ Yasa yapma tekniğiyle uyuşmayan bu düşünceyle hareket edilmesi haline, maddi tazminat davalarında somut zararı aşan, davacıyı zenginleştirmeye yönelik, hakkaniyete aykırı miktarlar üzerinden hüküm tesis edileceği açıktır. Aksi bir durumun kabulü; davacının, davalıya ait sınai mülkiyet yahut mülkiyet hakları, mal varlığı gelirleri üzerinden haksız kazanç elde etmesine sebebiyet verecektir. Dolayısıyla nedensellik bağı gereği; mütecavizin tüm kazancı değil, marka hakkının ihlalinin bu kazançtaki payı dikkate alınmalıdır.⁵⁷⁸

Açıkladığımız nedenlerle, (a) ve (b) fıkralarında “marka hakkının kullanımı ile” elde edilen kazançların hesaplanmasının doğru olacağı, bu ibarenin yeniden madde metnine işlenmesinin yasa yapma tekniğine uygun düşeceği kanaatindeyiz.⁵⁷⁹ Nitekim uygulamada da bilirkişiler ve mahkemeler, mütecavizin veya hak sahibinin sınai mülkiyet hakkını kullanmak yoluyla elde edilen kazançları ayıklamak suretiyle hesaplama yapmakta ve bu şekilde hüküm tesis edilmektedir.⁵⁸⁰ Yine kanun yapma tekniği ve madde bütünlüğü açısından, (a) ve (b) bentlerinde yer alan “gelir” ve “kazanç” şeklindeki farklı kelime seçimlerinin yanlış olduğunu, her iki bentte de aynı kelimenin tercih edilmesinin daha doğru olacağını da belirtmek gerekmektedir.⁵⁸¹ Bizce; “gelir” kelimesi kökeni itibarıyla yalnızca “getiri” anlamı taşıdığından, mütecavizin pasifindeki azalma yani kayıptan tasarrufunun da bu hüküm çerçevesinde değerlendirilmesi gerekeceğinden “kazanç” kelimesinin tercih edilmesi daha doğrudur.⁵⁸²

Daha önce davacı tarafın, davanın açıldığı esnada SMK 151/2 maddesindeki hesaplama seçeneklerinden hangisini seçtiğini açıkça belirtmesi gerektiğinden bahsetmiştik. Yargıtay bir kararında, davacının dava dilekçesinde SMK’nun 151/2-a seçeneğini seçtiğini açıkça belirtmemesine karşın, dilekçe metninden davalının elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığını talep etmesi halinde davacının SMK

⁵⁷⁷ Çolak, 1033.Uzunallı, 211.

⁵⁷⁸ Memiş/Yıldız, 242.

⁵⁷⁹ Çolak, 1032.

⁵⁸⁰ Uzunallı, 211.

⁵⁸¹ Çolak, 1032. Ayrıca bkz. dn 2748.

⁵⁸² Uzunallı, 210. Aksi yönde bkz. Uyanık, 1197.

151/2-b bendinde yer alan hesaplama seçeneğini seçtiğini ve maddi tazminat hesaplamasının bu seçeneğe göre yapılması gerektiğini kabul etmiştir.⁵⁸³

Bu seçeneğe göre; yalnızca marka hakkına tecavüz teşkil eden davalı eylemine konu markayı bulunduran ürünlerden sağlanan kazancın esas alınması gerekmektedir.⁵⁸⁴ Yargıtay bir kararında, ürünler arasında fiyat ve kalite farkı olup olmadığına bakılmaksızın, davalı tarafından üretilen ayakkabı model ve sayısının, dava konusu ile orantılanarak zarar hesaplaması yapılan bilirkişi raporunu esas alan kararı bozmuştur.⁵⁸⁵ Ayrıca mütecavizin elde ettiği kazanç göre zarar hesaplaması yapılırken, davacının uğradığı kazanç kaybına bakılmaz; yani hak sahibinin somut zararı mevcut olmasa da tecavüz edenin kazancı talep edilebilecektir.⁵⁸⁶ Bu durum da mütecavizin elde ettiği kazanç göre takdir edilen tazminatın, marka hakkı sahibinin maruz kaldığı somut zararı aşabileceği anlamına gelmektedir.⁵⁸⁷

Memiş'e göre; zarar görenin bu seçeneğe göre tazminat talebinde bulunabilmesi için, kendisinin de bu kazancı elde edebilecek durumda olması gerektiği, ihlale uğrayan markayı mütecaviz ile aynı ürünlerde, aynı kârlılıkla, aynı iş hacminde pazarlayabileceğini ispat etmesi gerektiği öne sürülmektedir.⁵⁸⁸ Ancak davacının bu yönde bir çabaya girişmesini beklemek hatalı olacaktır; zira hak sahibi zaten bu sınai mülkiyete sahip olmakla mütecavizin elde ettiği kazancı elde edebilecek durumdadır. Kesin ve açık olan kanun lafzının yorum yoluyla genişletilmesi ve bu koşulun eklenmesi mümkün değildir. Kaldı ki bu görüşü savunanların, yasa metninde marka hakkı sahibi lehine adi karine getirildiğini belirtmeleri de hak sahibinden bu yönde bir ispat yükü altına girmesinin kendisinden beklenmeyeceğini göstermektedir.⁵⁸⁹

Mütecavizin tecavüz sebebiyle elde ettiği gelir hesaplanırken; markanın türü (mal veya hizmet), güvenilirliği, tanınmışlığı, taraflara ait ticari kayıtlar ve defterler, sipariş formları, faturalar ve irsaliyeler, ticari faaliyetinin boyutu, ihlal konusu

⁵⁸³ Çolak, 1033. Yargıtay 11. HD. 23.02.2009 T. 2007/1032 E., 2009/1996 K. sayılı kararı.

⁵⁸⁴ Uzunallı, 212. Yargıtay 11. HD. 28.11.2002 T. 2002/7205 E., 2002/10668 K. sayılı kararı.

⁵⁸⁵ Güneş, 383-384. Yargıtay 11. HD. 28.03.2016 T. 2015/8493 E., 2016/3399 K. sayılı kararı.

⁵⁸⁶ Uzunallı, 212.

⁵⁸⁷ Uzunallı, 212.

⁵⁸⁸ Memiş/Yıldız, 239.

⁵⁸⁹ Memiş/Yıldız, 239.

markayı barındıran ürünler hakkında aldığı sipariş miktarı, fiyat listeleri, satış fiyatı ve kâr marjı, üretim, stok ve satış adedi, sermaye, amortisman, pazarlama ağı, personel politikası, eğitime verilen önem, istihdam niteliği, faaliyet gösterilen yerin niteliği, satış fiyatlarını etkileyen unsurları, üretim giderleri, tescil belgesi, reklam politikası gibi unsurların dikkate alınması gerekmektedir.⁵⁹⁰ Bu hesaplama yönteminde de bu kez davalı mütecavizin marka dışı elde ettiği gelir kalemlerinin ve etkenlerin (kira geliri, hisse senedi satışı ve temettü gelirleri, gayrimenkul satış gelirleri gibi) ayrıştırılması ve gelirin net olarak hesaplanması gerekmektedir.⁵⁹¹

Bu hesaplama yönteminde davalının elindeki belge ve kayıtlara dayanıldığından; düzenli bir muhasebe sisteminin olmaması, belge ve kayıtların eksik veya manipüle edilmiş olarak ibraz edilmesi, davalının vergi ve ticaret sicil kaydının bulunmaması, ticari defter tutmaması, fatura düzenlememesi sebebiyle mütecavizin gelir hesaplamasının doğru yapılamaması riski mevcuttur.⁵⁹² Ayrıca mütecavizin genellikle faturasız veya belgesiz alım-satım yapması sebebiyle kayıt dışılığın mevcut olması, dolayısıyla mütecavizin sipariş ve satış adedi ile satış fiyatlarına erişme olasılığının bulunmaması veya defter ve faturalardaki ürünlerin dava konusu ürünler olup olmadığının anlaşılamaması söz konusu olabilmektedir.⁵⁹³ Hatta bazen davalının defter ve kayıtları, yangın ve sel gibi doğal afetler sebebiyle zayi olmuş olabilir ya da mütecaviz davacının alacağını bertaraf etmek için bu yönde bir savunmada bulunabilir.⁵⁹⁴ Dolayısıyla mütecavizin, ticari faaliyetlerini usul ve yasaya uygun, resmi ve kayıtlı bir şekilde yürüten dürüst bir tacir olması halinde bu seçeneğin tercih edilmesi daha isabetli olacaktır.⁵⁹⁵ Hatta bu yöntem; mütecavizin, hak sahibinden daha büyük bir teşebbüs olması halinde daha kârlı bir tercih olacaktır.

TBK'nun genel hükümlerine göre hakkın kötüye kullanımının önüne geçilmesi amacıyla uygulamada “varsayımsal minimum üretim” yöntemi ile bu

⁵⁹⁰ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3003. Çolak, 1033.Memiş/Yıldız, 240 ve 243. Yargıtay 11. HD. 24.05.2016 T. 2015/11791 E., 2016/5632 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 20.10.2015 T. 2015/3162 E., 2015/10747 K. sayılı kararı. Güneş, 381. Yargıtay 11. HD. 24.05.2016 T. 2015/11791 E., 2016/5632 K. sayılı kararı.

⁵⁹¹ Çolak, 1033. Yargıtay 11. HD. 18.03.2010 T. 2008/11985 E., 2010/3009 K. sayılı kararı. Gönen, 70 vd. Uyanık, 1200.

⁵⁹² Yılmaztekin, 327. Çolak, 1037. Uzunallı, 192 ve 209. Kaya, 291.

⁵⁹³ Çolak, 1034 ve 1037.

⁵⁹⁴ Çolak, 1037. Kale, 101-102. Uyanık, 1200.

⁵⁹⁵ Şehirli Çelik, 478.

konuya çözüm getirilmektedir.⁵⁹⁶ Söz temsil davalının iş yerinde farklı renklerde taklit elbise tespit edilmiş olsun; davalının üretim miktarının belirlenememesi halinde, önce alanında uzman bilirkişilerce, bu taklit elbiselerin üretilebilmesi için her renkten gereken asgari top kumaş miktarı hesap edilir, ardından top kumaşların renkleri de dikkate alınarak her birinden en az kaç adet elbise üretileceği hesaplanarak tazminat miktarı ortaya çıkartılmalıdır.⁵⁹⁷

Yargıtay bir kararında; somut uyuşmazlıkta davalının satışa sunmak üzere hazır 22 adet çantaya el konulması, başka çantanın varlığının kanıtlanamaması, ürünlerin davacı markasını taşıyan ürünlerin pazarlandığı satış ve ticari ortamda pazarlanmaması gerekçesiyle iltibasa mahal verilmediği öne sürülerek maddi tazminat talebini reddeden yerel mahkeme kararını, zararın doğması için davacının markasını taşıyan emtiaların aynı pazar ve ticari ortamda satılmasının şart olmadığını gerekçe göstererek bozmuştur.⁵⁹⁸ Kanaatimizce Yargıtay'ın bu kararı son derece isabetli olmuştur. Zarar cüzi de olsa sınai mülkiyet hakkı ihlaline ve mütecavizin zenginleşmesine göz yumulmamalı, zararın giderilmesi amaçlanmalıdır.

Yargıtay'a göre; davalı tarafın, elde ettiği gelir tespitini ve zarar hesabını engellemek amacıyla hukuka aykırı olarak yangın, sel gibi denetlenmesi güç bahanelerle zayi kararı alınmışsa veya çeşitli gerekçelerle defter ve faturalar ibraz edilmemişse, bu şekilde hakkın kötü kullanımlarına prim verilmemeli ve hâkim takdir yetkisini kullanırken hesaplama aşamasında bu durumu da re'sen göz önünde bulundurarak bir karar vermelidir.⁵⁹⁹

Ayrıca mütecaviz tarafından herhangi bir defter, kayıt, fatura ve belge ibraz edilmemesi halinde mütecavizin geliri, zarar ve tazminat miktarının netleştirilmesi adına; mütecavizin bağlı bulunduğu vergi dairesine, ithalat ve ihracat yapıyorsa gümrük müdürlüğüne müzekkere yazılıp yapılan ithalat ve ihracatın boyutu öğrenilmeli, faturalar ve irsaliyeler celp edilmeli, mütecaviz adına tahakkuk eden ve

⁵⁹⁶ Çolak, 1034 ve 1037. Kale, 102.

⁵⁹⁷ Kale, 102 dn 135. Çolak, 1034. Ayrıca bkz. dn 2752. Yargıtay 11. HD. 30.11.2015 T. 2015/4309 E., 2015/12738 K. Sayılı kararı.

⁵⁹⁸ Uzunallı, 203. Yargıtay 11. HD. 02.06.2005 T. 2004/7923 E., 2005/5758 K. sayılı kararı.

⁵⁹⁹ Çolak, 1038. Yargıtay 11. HD. 30.06.2014 T. 2014/6714 E., 2014/12541 K. sayılı kararı.

ödenen vergiden geriye doğru yürünerek tüme varım yöntemiyle mütecavizin vergilendirilebilir kazancı hesaplanabilmelidir.

Bu seçeneğe göre yapılacak olan hesaplamalarda, davalının ticari faaliyete başlama tarihi, markanın tescil tarihinden önce ise marka korumasının tescille başladığı dikkate alınarak tescil tarihi esas alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir.⁶⁰⁰

Yoksun kalınan kâr hesaplamasını zorlaştıran bir diğer konu, mütecavizin kendi markasının yanında hak sahibinin markasına yer vererek, ürün üzerinde iki markayı birlikte kullanmasıyla ihlalin gerçekleşmesidir.⁶⁰¹ Öyle ki söz gelimi bir teknoloji markası ile iltibas teşkil edecek şekilde bir gıda markası birlikte kullanılmış olabilir. Bu gibi durumlarda mütecavizin elde ettiği kazanca, mütecavizin markası ile davacının markasının yaptığı katkının kesin olarak belirlenebilmesi neredeyse imkansızdır.⁶⁰² Bu sebeple maddi tazminat hesabı yapılırken; davalının markasıyla elde ettiği gelirlerin ayıklanması, her iki markanın tescil tarihleri ve tescil edildikleri mal ve hizmet grupları, mal veya hizmetin önemi, niteliği ve değeri, mal ve hizmetin satın alınmasında markanın belirleyiciliği, markaların tanınmışlık dereceleri, kalite algısı ve ayırt edicilik güçleri, hangi markanın ön planda kullanıldığı, tüketicinin satın alma tercihinde her iki markaya da verdiği önem ve değer, her iki markanın da birlikte kullanılmasının tüketici nezdinde yarattığı etki gibi unsurlar birlikte değerlendirilerek kazanca yaptıkları katkı yüzdelik (%) oran üzerinden tespit edilerek net gelir hesaplanmalıdır.⁶⁰³ Örneğin; pazar değeri ve ayırt edicilik gücü zayıf olan markanın ihlale uğraması halinde, mütecavizin iade etmesi gereken kazancın da daha düşük olması gerektiği göz önüne alınmalıdır.⁶⁰⁴

Hak sahibi ile mütecaviz arasında sonra ermiş bir lisans ilişkisi bulunduğu hallerde, mütecavizin satışlarının bir kısmı lisans ilişkisi dönemindeki orijinal mallardan, bir kısmı da taklit mallardan oluşmaktadır.⁶⁰⁵ Bu durumda, orijinal mal ve taklit mal satışlarının, lisans ilişkisinin mevcut olduğu dönem ile mevcut olmadığı

⁶⁰⁰ Çolak, 1034.

⁶⁰¹ Çolak, 1035.

⁶⁰² Çolak, 1035.

⁶⁰³ Çolak, 1035. Yargıtay 11. HD. 16.09.2014 T. 2013/11080 E., 2014/13905 K. Sayılı kararı.

⁶⁰⁴ Uzunallı, 211.

⁶⁰⁵ Çolak, 1036.

döneminde ayrıştırılması ve hesaplamanın bu şekilde yapılması gerekmektedir.⁶⁰⁶ Yargıtay bir kararında; taraflar arasındaki bayilik ilişkinin sonlanmasından sonra, davalının markayı hâlâ bayi gibi kullanmaya devam ederek bayilik döneminde alınan davacıya ait orijinal mobilya ürünlerinin yanında taklit ürün sattığı bir olayda, zarar hesabı yapılırken orijinal malların taklit malların satışına ne oranda etki yaptığına dikkat edilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰⁷

Hizmet markaları yönünden, markanın yoksun kalınan kazanca katkısının hesaplanması, markanın diğer etkenlerden ayrıştırılması oldukça zor, hatta bazen neredeyse imkansızdır. Örneğin; bir otelin, bir kuyumcunun, bir restoranın vereceği hizmetten elde edilecek kazanca, markanın katkısının tespit edilmesi oldukça zordur.⁶⁰⁸ Gerçekten de konaklama, yemek veya altın gibi ziynet eşyasının alımında, tüketici nezdinde hizmetin nevi genellikle standarttır ve bu konuda teşebbüsün seçilmesinde markanın önemi veya katkısı yani ayırt ediciliği bulunmamaktadır. Özellikle işlenmemiş madenler yönünden tüketici, hangi kuyumcuya giderse gitsin alacağı altının bedeli, evrensel standartlara (ayar, gram, saflık vb.) göre belirlenecektir. Yahut hangi restorana giderse gitsin yiyeceği yemeğin kalitesi ve tarifi hemen hemen aynı olacaktır. İşte bu gibi konularda kanaatimizce, yemeğin gizli bir tarifile yapılmış çok ünlü bir şef tabağı olması veya kuyum ustasının özel el yapımı bir zanaat ürünü olması (ne derece işlendiği) gibi durumlarda ayırt edicilik sağlanabilecek ve tazminat talep etme hakkı doğacaktır. Aksi halde farklı tazminat taleplerine (haksız rekabet, itibar vb.) başvurma hakkı zaten mevcuttur.

Bu hesaplama yöntemi bakımından, İspanya Marka Kanunu'nun 43/5. fıkrasında *“Mütecavizin elde ettiği cironun %1'i tazminat olarak ödenir”* amir hükmü yer almasına karşın, İspanyol İstinaf Mahkemesi bir kararında, küçük şehirde işletilen “diskotek” niteliğindeki teşebbüse ait işaretin, nispeten daha büyük bir şehirde “müzikli lounge club” olarak işletilerek tecavüze sebebiyet vermesi olayında,

⁶⁰⁶ Çolak, 1036. Yargıtay 11. HD. 26.04.2010 T. 2008/13104 E., 2010 4433 K. Sayılı kararı.

⁶⁰⁷ Çolak, 1036. Yargıtay 11. HD. 16.12.2014 T. 2014/911 E., 2014/19859 K. Sayılı kararı.

⁶⁰⁸ Yılmaztekin, 327.

yerel mahkemenin kararını kaldırarak cironun %20'si oranında tazminat ödenmesine hükmetmiştir.⁶⁰⁹

Mütecavizin gelirinin tam ve sağlıklı bir şekilde hesaplanamaması sebebiyle delil olarak başvuru, finansal araştırma ve pazar payı araştırması yapan şirketlerden ücret karşılığı alınan mütalaa niteliğindeki özel raporlara karşı, tarafsızlığının tartışmalı olması nedeniyle temkinli yaklaşılmaktadır.⁶¹⁰

Her ne kadar aksi yönde yargı kararı ve görüş mevcut olsa da tıpkı ilk seçenekte detaylıca bahsettiğimiz gibi bu seçenekte de ödenecek vergilerin, mütecavizin geliri değil amme alacağı olması sebebiyle yatırım ve finansman giderleri, satış maliyetleri ve faaliyet giderleri gibi gelir hesabından düşülmesi gereken bir gider kalemi olduğu, bu giderlerin düşülerek net kârın hesaplanması gerektiği kanaatindeyiz.⁶¹¹ Hatta belki de vergilerin tüketiciye yansıtılıp yansıtılmadığına göre bir ayırma ve tespiti gidilerek hesaplama yapılmalıdır.

Uygulamada bilirkişi Ertuğrul Gürel tarafından düzenlenen raporlarda; davalının faaliyet döneminde dava konusu markayı içeren mal veya hizmetlerin, stok kaydı, ürün kodu, sayısı, fiyatı, yıllara göre satış miktarları ile elde edilen satış hasılatlarına bakılarak satış genel toplamı rakamlarına ulaşılmıştır. Akabinde, genel yönetim giderleri öncesi faaliyet kârlılık oranı ile satış tutarı rakamları çarpılarak davalının faaliyet kazancı tespit edilmiştir.⁶¹² Oda, kurum ve kuruluşlardan gelen cevabî yazılarda yer alan davacı markasına ait tanınmışlık oranı dikkate alınarak ürün satışlara olan etkisini belirten yüzdelik oran belirlenerek faaliyet kazancı ile markanın satışlara olan etkisini belirten bu yüzde oran çarpılarak davacı markasının davalının satışlarına yaptığı net maddi kazanç belirlenmiştir.

⁶⁰⁹ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3103. Yılmaztekin, 327. Appeal Court of Barcelona, Dec. 14, 2016 (LA NUBA) Appeal No. 415/2015. 10.12.2023

<https://www.vda.pt/xms/files/v1/Noticias/2017/Boletim_ECTA.pdf>

⁶¹⁰ Çolak, 1038-1039. Yargıtay 11. HD. 22.06.2015 T. 2014/8822 E., 2015/8570 K. Sayılı kararı.

⁶¹¹ Yılmaztekin, 327. Kemal Atasoy, "Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kılınan Kazancın Hesaplanması" *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C I*. Ocak. 2015: 39. Aksi görüş için bkz. Çolak, 1037.

⁶¹² Aydın, 557.

D. Örnek Lisans Bedeline Göre Hesaplama

Nihayet SMK 151/2-c bendine göre üçüncü ve son yoksun kalınan kâr hesaplama seçeneği, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin, bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedelinin hesaplanması yöntemidir.⁶¹³ Mülga 556 sayılı KHK döneminde, marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelir ve mütecavizin elde ettiği kazanca göre hesaplama yöntemlerinin yetersiz kalması sebebiyle, lisans örneksemesi seçeneği getirilmiştir.⁶¹⁴ Bu yöntemle; sınai mülkiyet hakkı sahibi ile mütecaviz arasında bir lisans sözleşmesi imzalanmış olsaydı, hak sahibinin elde edebileceği kazanç lisans bedeli kadar olacağından, varsayımsal bir lisans bedeli tazminat olarak hesaplanmaktadır.⁶¹⁵ Zira fikri mülkiyet hakkından yararlanan kişi, karşılığında bir bedel ödemelidir.⁶¹⁶ Bu sayede mütecavizin, uygulamada markayı hak sahibinin izniyle kullanan teşebbüslerden, yani resmi lisans alan kişilerden daha avantajlı konuma geçmesi önlenmektedir.⁶¹⁷

Özellikle bazı hallerde, hak sahibinin uğradığı somut zararı veya mütecavizin elde ettiği kazancı ispat etmesi mümkün olamamaktadır. Bu gibi hallerde lisans örneksemesi hesap yönteminin tercih edilmesi daha avantajlı olmaktadır.⁶¹⁸ Zira götürü tazminat hesaplama sisteminin benimsendiği bu seçenek, marka hakkı sahibine ispat kolaylığı sağlamaktadır.⁶¹⁹ Örneğin; marka hakkına ihlal teşkil eden emtiaların pazara girmeden Türkiye sınırında, gümrükte el konulması halinde, hak sahibinin bir gelirden yoksun kaldığından yahut mütecavizin bir kazanç elde ettiğinden bahsedilemez.⁶²⁰ Doktrinde bazı yazarlar tarafından, bu hallerde tecavüzün piyasada duyulup duyulmadığına göre tazminat hakkının doğacağı savunulmaktadır.⁶²¹ Yargıtay'ın bazı kararlarında ise, tecavüzün bulunduğu hallerde her halükarda marka hakkı sahibinin pazar payının etkileneceği kabul

⁶¹³ Çolak, 1039.Memiş/Yıldız, 244. Gönen, 65. Aydın, 598.

⁶¹⁴ Gönen, 49 dn 179-180. Uyanık 1201.

⁶¹⁵ Çolak, 1039. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3104. Uyanık, 1201.

⁶¹⁶ Uzunallı, 213 dn 382.

⁶¹⁷ Gönen, 64 dn 229.

⁶¹⁸ Uzunallı, 213.

⁶¹⁹ Atasoy, 41.

⁶²⁰ Uzunallı, 213. Aydın, 560.

⁶²¹ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3092. Fatih Aydın, "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat", *TBB Dergisi* 133. Sayı. Kasım-Aralık. 2017: 541.

edilmektedir.⁶²² İşte bu gibi tartışmalı hallerde; taraflar arasında lisans sözleşmesi yapılsaydı mütecavizin hak sahibine ödemesi gereken lisans bedelinin hesaplanarak bu miktar üzerinden tazminata takdir edilmesi daha isabetli olacaktır.⁶²³

Hak sahibinin karşı edimsiz yararlanmaya izin vermeyeceği kabul edilerek, bu hesaplama yönteminin her somut olayda tercih edilebilmesi mümkündür.⁶²⁴ Hatta hak sahibinin, tecavüz edene asla lisans vermeyeceği kabul edilse dahi bu hesaplama yöntemiyle zararların giderilmesi istenebilir.⁶²⁵ Çünkü bu seçeneğin seçilmesi halinde zarardan vazgeçilmez, zarar adeta lisans bedeline dönüşür.⁶²⁶ Bu sebeple uygulamada en pratik hesaplama yöntemi lisans örneksemesi yöntemidir.⁶²⁷

Lisans örneksemesi yöntemi; hak sahibi ile mütecaviz arasında hukuka uygun bir şekilde lisans sözleşmesi kurulduğu varsayımına dayanılarak, bu sözleşme ile hak sahibinin elde etmesi gereken kazancın hesaplanması esasına dayalı olduğundan hesaplama esnasında, mübrez örnek lisans sözleşmeleri, ele geçirilen ve tespit edilen ürün miktarı, mal veya hizmetin niteliği ve fiyatı, markanın değeri ve tanınmışlık derecesi, markanın ekonomik önemi, markanın geçerlilik süresi, marka hakkı sahibinin ve mütecavizin cirosu, üretim ve satış kapasitesi, mütecavizin satabileceği ürün miktarı, lisans hakkı ve ihlalin süresi, varsa önceki lisansların sayısı ve çeşidi, emsal lisans bedelleri, ihlalin nitelik ve boyutu, emsal ve kesinleşen mahkeme kararları, dava konusu ürünlerin özellikleri, sektördeki toplam satış hacmi, ticari iş ve işlem hacmi, piyasa payı, pazar yapısı, davacı ve davalının mali büyüklükleri, üretim ve/veya satış kapasiteleri, davacının geçmiş yıllardaki ticari performansı, genel ekonomik koşullar göz önüne alınarak bilirkişilerce somut olaya uyarlanır.⁶²⁸ Lisans

⁶²² Yasaman, SMK Şerhi C III, 3001. Yargıtay 11. HD. 15.02.2016 T. 2015/7266 E., 2016/1398 K. sayılı kararı.

⁶²³ Uzunallı, 213.

⁶²⁴ Uzunallı, 214.

⁶²⁵ Uzunallı, 214.

⁶²⁶ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3092.

⁶²⁷ Uzunallı, 214.

⁶²⁸ Aydın, 546. Erdil, 272. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3100. Tekinalp, 44. Güneş, 378. Çolak, 1040-1041 ve 1045. Uzunallı, 205. Gönen, 80-83. Yılmaztekin, 329. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3104. Memiş/Yıldız, 246. Yargıtay 11. HD. 13.06.2013 T. 2011/8982 E., 2013/12375 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 07.05.2014 T. 2014/917 E., 2014/8693 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 06.06.2014 T. 2013/5020 E., 2014/10820 K. sayılı kararı.

İhlal süresiyle alakalı ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 02.07.2014 T. 2014/9227 E., 2014/12692 K. sayılı “Mey Ltd” kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024

<<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

bedeli hesaplanırken; sadece yoksun kalınan kazancın tespit edilmesi gerektiği, tazminatının bir sebepsiz zenginleşme aracı olmayacağı unutulmamalıdır.⁶²⁹ Her halükarda varsayımsal lisans sözleşmesinin kapsamı ve sözleşmenin yapıldığında geçerli olan yasa esas alınmalıdır.⁶³⁰

Bu seçeneğe göre hesaplama yapılırken, hak sahibi tarafından emsal lisans sözleşmelerinin ibraz edilmesi, mahkemece emsal lisans bedellerinin araştırılması, kıyaslanması ve objektif kriterlere göre hakkaniyete uygun bir bedelin tespit edilmesi gerekmektedir.⁶³¹ Uygulamada en çok karşılaşılan problemler; daha önce hiç lisans hakkı vermeyen hak sahibinin elinde örnek lisans sözleşmesinin bulunmaması, hak sahibinin örnek olarak sunduğu lisans sözleşmelerinin dava konusu mal veya hizmete ilişkin olmaması, somut olayda ele geçirilen ürün sayısı veya ihlal süresi ile örnek lisans sözleşmesinde yer alan ürün sayısı veya sürenin birbirinden farklı olmasıdır.⁶³² Hatta bazen emsal olarak ibraz edilen lisans sözleşmesi, davacı hak sahibinin grup şirketleri arasında muvazaalı olarak düzenlendiğinden hesaplamaya örnek teşkil etmemektedir.⁶³³ İşte bu gibi durumlarda, örnek olarak sunulan lisans sözleşmesinin somut olaya uyarlanması ve hakkaniyetli bir bedelin tespit edilmesi zorlaşmaktadır.⁶³⁴

Bilindiği üzere; lisans sözleşmeleri, basit lisans (*licence simple*), tam inhisari lisans (*licenced'exclusivite totale*) ve kısmi inhisari lisans (*licence unique*) olmak üzere üç türe ayrılmaktadır.⁶³⁵ Basit lisans yani SMK'daki haliyle inhisari olmayan lisans sözleşmelerinde, sözleşmenin lisans alan tarafı, bu hakkın tek sahibi olmayıp lisans konusu mal ve hizmetten yararlanma ve kullanma hakkı üçüncü kişilere de devredilebilmektedir.⁶³⁶ Tam inhisari lisans sözleşmelerinde, lisans konusu olan mal veya hizmet yönünden hakların yalnızca tek bir kişiye devredilmesini konu

⁶²⁹ Çolak, 1041.

⁶³⁰ Güneş, 369.

⁶³¹ Aydın, 561. Çolak, 1039. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 22.05.2023, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/05/22/lisans-orneksemesi/>>.

⁶³² Çolak, 1039.

⁶³³ Çolak, 1039.

⁶³⁴ Çolak, 1040.

⁶³⁵ Memiş/Yıldız, 248. Çağlar Özel, *Marka Lisans Sözleşmesi 2. Baskı*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015) 50. Savaş, 195.

⁶³⁶ Savaş, 196. Çolak, 965. Memiş/Yıldız, 248. Kıdıl, 108. Barçın Özkan, *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Verilecek İhtiyati Tedbirler Yüksek Lisans Tezi*. (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019) 71. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 11.09.2023, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/09/11/smk-m-24-marka-lisans-sozlesmesi/>>.

edinirken, üçüncü bir kişinin veya hak sahibinin bu haktan yararlanma imkanı bulunmamaktadır.⁶³⁷ Nihayet kısmi inhisari lisans sözleşmelerinde ise, lisans konusu olan mal veya hizmet yönünden haklar lisans alana devredilirken, hak sahibinin de bu haklardan faydalanma imkanı korunmakta, ancak üçüncü bir kişinin bu haklardan yararlanma imkanı bulunmamaktadır.⁶³⁸ Bahsettiği mutlak ve tekeli haklar ve imkanlar sebebiyle münhasır lisans sözleşmeleri, basit lisans sözleşmelerine göre daha yüksek bedellidir.⁶³⁹

Hesaplamaya örnek teşkil etmesi gereken lisans sözleşmesi türünün, münhasır lisans mı yoksa münhasır olmayan lisans mı olması gerektiği de uygulamada tartışılan bir husustur; zira yasa bu konuya bir açıklık getirilmemiştir. Bu hususta Çolak'ın görüşüne katılarak; mahkemenin somut olayda verilen lisans türüne ve markanın sahip olduğu lisans kullanım alanlarının sayısına en uygun emsal lisans sözleşmesini seçmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁶⁴⁰ Yine mutlak lisans bedelinin bulunmasında; markanın değeri, ne zamandır korunduğu, tanınmışlığı, itibarı, taklit veya karıştırılmanın kapsamı, işaretin ve bunların kullanıldığı mal ve hizmetlerin benzerliği, pazarlandığı bölge ve satış tutarları, tecavüzün süresi de dikkate alınmalıdır.⁶⁴¹ Örneğin somut olayda hak sahibinin tek bir kişiye lisans vererek üretim yaptırması halinde inhisari olan, hak sahibinin birden fazla kişiye lisans vererek üretim yaptırması halinde ise basit lisans sözleşmesinin emsal alınması gerekmektedir.⁶⁴²

Yargıtay bir kararında; her ne kadar davacının düzenlediği emsal lisans sözleşmelerinde, lisans alanların haklarını devredemeyeceği ve alt lisans sözleşmesi düzenlemeyeceği kararlaştırılmışsa da dava dışı firmanın davalıya lisans devri yapmasından sonra, davacının ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin devirden sonra davalıya kendi ürünlerini göndermesi ve bayisiymiş gibi yazışmalar yapmasını, davalı tarafından markanın kullanılmasına zımnen muvafakat edildiği şeklinde yorumlanmış ve davacının marka hakkına tecavüz iddiasının çelişkili davranış

⁶³⁷ Memiş/Yıldız, 248. Kıldıl, 113 vd.

⁶³⁸ Savaş, 196. Çolak, 965. Memiş/Yıldız, 248.

⁶³⁹ Çolak, 1040. Özkan, 74. Uyanık, 1202.

⁶⁴⁰ Çolak, 1040. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3095.

⁶⁴¹ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3104. Yılmaztekin, 329. Uyanık, 1202.

⁶⁴² Çolak, 1040. Memiş/Yıldız, 249. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3106.

yasağına ve dürüstlük kuralına aykırı olduğu değerlendirilerek davanın reddine karar verilmiştir.⁶⁴³

Davacı tarafından örnek lisans bedeli ibraz edilememesi halinde; uygulamada, ticaret odalarına, ilgili oda ve meslek kuruluşlarına müzekkere yazılarak bilgi alınmakta, bilirkişi heyetinde mal ve hizmetin bulunduğu sektörde uzman bir kişiye yer verilerek hesaplama yoluna gidilmektedir.⁶⁴⁴ Oda ve meslek kuruluşlarından gelen yanıtlar, lisans bedelinin, cironun yüzdelik (genellikle %5-%25 aralığında) belirli bir kısmına tekabül ettiği yönünde tahminden ibarettir. Uygulamada da lisans bedeli, bir miktar para yahut lisans alanın cirosu veya kârının belirli bir yüzdesi üzerinden hesaplanmaktadır.⁶⁴⁵ Bu halde hesaplama yapılırken; sadece oda ve kuruluşlardan gelen yanıtla yetinilmemeli, davacının ihlal edilen mal ve hizmete ilişkin satış hacmi, piyasa hacmi, geçmiş yıllardaki satış performansı, ürünün veya hizmetin niteliği, davacının piyasadaki pazar payı, davacının ticari defterleri, marka değeri, ürün fiyatı, genel ekonomik koşullar gibi hususlar ve somut olayın özellikleri dikkate alınarak, hakkaniyete uygun, objektif, adil ve makul bir tazminat miktarına ulaşılmaktadır.⁶⁴⁶

Taraflar arasında daha önce imzalanan ve süresi dolan bir lisans sözleşmesi varsa, bu durumda bu lisans sözleşmesine göre davalının ticari defterlerine ve belgelerine bakılarak bu yıllardaki cirosu üzerinden hesaplama yapmak suretiyle tazminata takdir edilmelidir.⁶⁴⁷ Eğer davalı, ihlal döneminde resmi olarak faaliyette değilse bu döneme ilişkin kayıt ve verilere ulaşılamayacağından, bu takdirde hesaba esas teşkil etmesi gereken ciro, lisans verecek olan davacının cirosu olacaktır.⁶⁴⁸

Davacı taraf emsal lisans sözleşmesi ibraz edemezse hâkim, bilirkişilerden yardım alarak alternatifli bir hesaplama isteyecek, TBK 50/2 ve 51/1 maddeleri

⁶⁴³ Yargıtay 11. HD. 20.12.2022 T. 2021/5355 E., 2022/9246 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁶⁴⁴ Çolak, 1041. Yargıtay 11. HD. 05.07.2011 T. 2009/14678 E., 2011/8287 K. sayılı kararı. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

⁶⁴⁵ Memiş/Yıldız, 245. Bozgeyik, 180. Aydın, 563.

⁶⁴⁶ Gönen, 78. Yılmaztekin, 329. Çolak, 1041. Yargıtay 11. HD. 06.04.2012 T. 2010/14829 E., 2012/6085 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 02.03.2015 T. 2014/17036 E., 2015/2789 K. Sayılı Kararı. Yargıtay 11. HD. 18.09.2003 T. 2003/1774 E., 2003/7915 K. sayılı kararı.

⁶⁴⁷ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3105. Çolak, 1043. Yargıtay 11. HD. 16.04.2012 T. 2010/14829 E., 2012/6086 K. sayılı kararı.

⁶⁴⁸ Çolak, 1042. Yargıtay 11. HD. 04.02.2008 T. 2006/14108 E., 2008/964 K. sayılı kararı.

gereği zarar ve tazminat miktarını serbestçe belirleyebilecektir.⁶⁴⁹ Fakat mahkeme, hüküm tesis ederken, alternatifli hesaplamanın hangi seçeneğini neden ve hangi gerekçe ile tercih ettiğini açıkça belirtmelidir; aksi takdirde hüküm bozulmayı gerektirecektir.⁶⁵⁰

Yargıtay bir kararında; lisans örneksemesi seçeneğine ve tanınmışlık iddiasına dayanılan davada, İstanbul Ticaret Odası’ndan gelen cevapta lisans bedelinin tecavüzün gerçekleştiği yılın cirosunun %15’i olabileceğini, bilirkişinin de raporunda lisans bedelinin 5.902.725,03 TL olabileceğini kaleme almasına rağmen, yerel mahkemenin tarafların faaliyet alanlarının farklı olduğu ve tanınmışlığın sektörle sınırlı olacağı gerekçesiyle 5.902,00 TL maddi tazminata takdir etmesini yasa ve usule uygun görerek onamıştır.⁶⁵¹ Benzer şekilde Yargıtay başka bir kararda da İTO’dan alınan “*marka cirosunun %15’inin lisans bedelinin tespitinde esas alınabileceği*” görüşü doğrultusunda bilirkişi tarafından %20 kâr marjı esas alınarak bulunan lisans bedeli konulu yerel mahkeme kararının usul ve yasaya uygun olduğunu belirterek onamıştır.⁶⁵² Tanınmış markanın tescil edilmemesine rağmen farklı faaliyet alanlarında koruma elde edebileceği ve bu sebeple maddi tazminat talebinde bulunabileceğini daha önce belirtmiştik. Aynı dairenin bu yönde benzer kararları da bulunmaktadır. Bu sebeple tanınmışlık olgusu değerlendirilmeden bu denli düşük miktarda tazminata takdir edilen bir kararın onanması kanaatimizce doğru olmamıştır.

Daha önceki hesaplama seçeneklerinde de açıklandığı üzere; marka hakkına tecavüz sebebiyle, hak sahibinin uğradığı zarar hesabında dikkate alınacak süre 1 yıl ile sınırlı değildir.⁶⁵³ Zamanaşımı hususu da dikkate alınarak, somut olaya göre ihlal süresi birden çok yılı kapsıyorsa ihlal süresine uygun şekilde hesaplama yapılabilecektir.⁶⁵⁴ Aksi durumda, ihlal süresi 1 yıldan kısa süreli ise, lisans süresinin 1 yıldan daha az süreli olarak uyarlanması ve hesaplanması da mümkündür.⁶⁵⁵ Uygulamada lisans bedeli hesaplanırken, 1 yıl süreli lisans sözleşmelerinin örnek

⁶⁴⁹ Çolak, 1042-1043. Yargıtay 11. HD. 14.12.2009 T. 2008/8265 E., 2009/12839 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 05.10.2009 T. 2008/5609 E., 2009/10088 K. sayılı kararı.

⁶⁵⁰ Çolak, 1043. Yargıtay 11. HD. 12.11.2007 T. 2007/11220 E., 2007/14176 K. sayılı kararı.

⁶⁵¹ Yargıtay 11. HD. 08.03.2023 T. 2021/6567 E., 2023/1428 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁶⁵² Yargıtay 11. HD. 02.10.2023 T. 2022/1964 E., 2023/ 5510 K sayılı kararı, E.T. 01.04.2024 (K.İ.B.).

⁶⁵³ Çolak, 1044.

⁶⁵⁴ Çolak, 1044. Yargıtay 11. HD. 03.04.2013 T. 2012/5049 E., 2013/6704 K. sayılı kararı.

⁶⁵⁵ Çolak, 1044. Yargıtay 11. HD. 01.07.2013 T. 2012/16314 ., 2013/13888 K. sayılı kararı.

alınması zorunluluğu olduğu düşünölmekte, bu konuda bilirkişilerce hataya düşölmektedir.⁶⁵⁶ Oysa ki böyle bir koşul bulunmamakta, daha kısa veya uzun süreli lisans sözleşmelerinin imzalanması ve emsal alınması mümkün olup bu sözleşmelerin somut olaya süre ve ürün miktarı yönünden uyarlanmaları gerekmektedir.⁶⁵⁷

Farazi lisans bedeli hesaplaması esnasında, piyasa teamöllerine göre pazarlık payının dikkate alınıp alınmayacağı, ticari hayatın akışına uygun düşecek şekilde bir indirim yapıp yapılamayacağı ise uygulamada tartışma konusudur.⁶⁵⁸ Nispeten eski tarihli doktrinlerde, mütecavizin, iyiniyetli bir lisans alandan daha kötü duruma düşürölmemesi gerektiği savunulmaktadır.⁶⁵⁹ Biz bu konuda, sınai mülkiyet hakkını ihlal eden mütecaviz ile hukuka uygun hareket eden basiretli bir tacirin aynı kefeye konulmaması gerektiğini düşönen Çolak'ın görüşüne katılmaktayız.⁶⁶⁰ Zira hukuk düzeni, iyiniyetli olmayan kişileri korumamaktadır. Ticari hayatta teamöllere göre indirim, basiretli davranma, karşılıklı güven, dürüstlük ve iyiniyetin bir sonucudur. Yargıtay da pek çok kararında TTK 18. maddeyi işaret ederek, taklit mal satan tacirin, ürünlerin taklit olduğunu bilmediği yönündeki savunmasının kabul edilemez olduğunu vurgulamaktadır.⁶⁶¹ Dolayısıyla lisans bedelinin, pazarlık payı olmaksızın indirimsiz haliyle hesaba esas alınması gerekmektedir.

Yargıtay bir kararında, Batman ilinde mukim davalı işletmenin konumu, ticari kapasitesi ve tecavüz eyleminin boyutu dikkate alınmadan, İstanbul ilinde mukim davacının sunduğu emsal sözleşmelerdeki kâr oranı esas alınarak hesaplama yapılmasını ve tazminata hükmedilmesini doğru bulmamıştır.⁶⁶² Dolayısıyla emsal lisans sözleşmesi seçilirken; mütecavizin konumu ve ticari kapasitesi ile ihlalin niteliği ve boyutunun da dikkate alınması, hakkaniyetli tazminat miktarlarına takdir edilmesi bakımından isabetli olacaktır.

⁶⁵⁶ Çolak, 1040.

⁶⁵⁷ Çolak, 1040.

⁶⁵⁸ Çolak, 1045.

⁶⁵⁹ Gönen, 79.

⁶⁶⁰ Çolak, 1046. Uzunallı, 194.

⁶⁶¹ Uzunallı, 194. Ayrıca bkz. Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*. (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018) 151 vd.

⁶⁶² Güneş, 375-376. Yargıtay 11. HD. 25.06.2013 T. 2012/14674 E., 2013/13300 K. sayılı kararı.

Yasaman; dünyaca ünlü markaların taklitlerinin semt pazarlarında satılması halinde, tüketicilerin bu ürünlerin taklit olduğunu bilerek satın almasını ve markanın lisans bedelinin oldukça yüksek olmasını gerekçe göstererek semt pazarındaki esnaf aleyhine bu lisans bedelinden tazminata hükmetmenin adaletsiz sonuçlara sebep olacağını savunmaktadır.⁶⁶³ Kanaatimizce bu görüşün kabulü mümkün değildir. Zira yazar, tazminat miktarlarının arttırılması için SMK 151/2-b fıkra metninden “hakkın kullanılması ile” ibaresinin çıkartılmasını isabetli görmekte, bu konuda kendi görüşü ile çelişmektedir. Salt küçük ve orta büyüklükteki işletmelerin korunması uğruna, küresel çapta tanınmış olan markalara sahip teşebbüsler aleyhine düşük rakamlı tazminatlara takdir etmek; başta mehz AB düzenlemesine, TRIPs Anlaşmasına, Paris Sözleşmesine, Madrid Protokolüne ve sair uluslararası anlaşmalara aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla ülkemizin hukuki itibarının da uluslararası alanda zedelenmesine, mütekabiliyet içeren anlaşmalar çerçevesinde tanınmış yerli markalarımızın da yurtdışında daha düşük oranda korunmasına yol açacaktır. TMK 2. ve 3. maddeleri ile TTK 18/2 fıkrasına göre; basiretli, iyiniyetli ve dürüst davranmayan tacirlerin korunmasının imkânı bulunmamaktadır. Nitekim herkes kanunlar önünde eşittir, hukuk kuralları herkes için geçerlidir. Sorumluluk hukuku ilkeleri gereği, tazminat miktarı zaten taraflar arasındaki zenginlik/yoksulluk dengesini koruyacak şekilde belirlenecektir.⁶⁶⁴ Yukarıda da belirtildiği üzere, tarafların asla lisans sözleşmesi imzalamayacağı öne sürülerek hesaplama yapmaktan kaçınılamaz. Bu sebeple yüksek bedelli lisans sözleşmelerinin emsal olarak kullanılmasında isabetsiz hiçbir nokta bulunmamaktadır.

Uygulamada bilirkişi Ertuğrul Gürel tarafından düzenlenen raporlarda, öncelikle ihlal tarihi ile dava tarihi yahut ihlalin son bulunduğu tarih arasında geçen gün sayı bulunmakta; akabinde emsal teşkil eden lisans sözleşmesi bedeli ve süresi dikkate alınarak günlük lisans bedeli bulunmuştur. Bulunan günlük lisans bedeli, ihlal süresi ile çarpılarak davalının davacıya ödemesi gereken lisans bedeline ulaşılmıştır. Bazı emsal lisans sözleşmelerinde hak sahipleri, “Sadakat Bedeli” adı altında bir miktar paranın, markanın kullanıldığı süre bazında (aylık, günlük, haftalık

⁶⁶³ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3106.

⁶⁶⁴ Gümüş, 569. Topuz, 314. Uyanık, 122-123.

veya yıllık periyotlarda) kendilerine ödenmesini kararlaştırmaktadır.⁶⁶⁵ Bu durumda somut olayın özelliğine göre, sadakat bedelinin günlük maddi karşılığı bulunarak ihlal süresi ile çarpılmak suretiyle lisans bedeline eklenmesi mümkündür.

IV. TSE ÜRÜN BELGELENDİRME YÖNERGESİNE GÖRE HESAPLAMA

Bilindiği üzere; Türk Standartları Enstitüsü (TSE), her türlü madde ve mamuller ile usul ve hizmet standardizasyonu ve uygunluk değerlendirmesi yapmak amacıyla Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) bünyesinde hazırlanan tüzükle 16 Ekim 1954 tarihinde Türkiye’de kurulmuştur.⁶⁶⁶ Kurum, sanayicilerin küresel piyasalarda geçerli olan kural, yasa, kod ve standartlara uygun mal ve hizmet üretmelerini sağlamak amacıyla standartlar yayınlar ve benimser.⁶⁶⁷

Enstitü, tüzel kişiliği haiz, özel hukuk hükümlerine göre yönetilen bir kamu kurumu olup, kısa adı ve markası TSE’dir. TSE markası, Türkiye’de tescille uluslararası alanda koruma altında olan, hem garanti hem de koruma markasıdır.⁶⁶⁸ Bu marka çeşitli şekillerde gösterilir. Türk Standartları Enstitüsü’nün izni olmadan, bu marka hiçbir şekil ve şart altında kullanılamaz. Yalnız Türk Standartları Enstitüsü tarafından kabul edilen standartlar, Türk Standardı adını alır.⁶⁶⁹

Kurum tarafından belirlenen standartlara uygun olmayan ya da uygun olsa dahi usulüne uygun şekilde belgelendirilmeden üretilen mal veya verilen hizmete ilişkin izinsiz şekilde TSE markasının kullanılması halinde, Kurum tarafından maddi ve manevi tazminat davaları açılmaktadır. TSE kurumu tarafından açılan maddi ve manevi tazminat davalarında, kurumun Belgelendirme Yönergesindeki yazılı tazminat rakamları üzerinden, kendi iç mevzuatında belirtilen usullere göre maddi ve manevi tazminat rakamları hesaplanmaktadır.⁶⁷⁰

⁶⁶⁵ Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 22.05.2023, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2023/05/22/lisans-orneksemesi/>>.

⁶⁶⁶ Vikipedi, 19.11.2023 <https://tr.wikipedia.org/wiki/Türk_Standartları_Enstitüsü>

⁶⁶⁷ Türk Standartları Enstitüsü, 19.11.2023 <<https://www.tse.org.tr/Hakkimizda>>

⁶⁶⁸ Zeynep Bahadır, “Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali” Doktora Tezi, Ağustos 2017, Çankaya Üniversitesi, <<http://eprints.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12416/5347/Zeynep%20BAHADIR.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, 71. Yargıtay 11. HD. 22.01.2013 T. 2012/1058 E., 2013/1281 K. sayılı kararı.

⁶⁶⁹ Türk Standartları Enstitüsü, 19.11.2023 <<https://www.tse.org.tr/Hakkimizda>>

⁶⁷⁰ Çolak, 1017. Ücret yönergesi ve tarifesini için ayrıca bkz. Türk Standartları Enstitüsü Ürün Belgelendirme Hizmetleri, 19.11.2023 <<https://www.tse.org.tr/urun-belgelendirme-hizmetleri>>

Kurumların kendi iç mevzuatlarında (tebliğ, talimatname, yönerge, tarife vb.) yapacakları düzenlemelerle normlar hiyerarşisini bozacak şekilde kanunun arkasından dolanmak suretiyle, kendi tazminat miktarlarını belirlemelerinin yasa tekniği açısından mümkün olmadığını düşünmekteyiz.⁶⁷¹ Bu tarz kurum içi düzenlemeler, olsa olsa kurum avukatlarının mahkemeden talep edebileceği tazminat rakamına referans rakamsal değer ve hesaplama yöntemi olarak gösterilebilir.⁶⁷²

Nitekim Yargıtay bir kararında; TSE markası korunurken, 556 sayılı KHK maddeleri, 1322 sayılı yasa ve TSE Yönergesinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, Yönergede belirtilen *“bir (1) yıllık emsal belge kullanma tavan ücretinin iki (2) katından az olmamak üzere maddi tazminat için yasal yollara başvurulacağı”* düzenlemesinin cezai şart niteliğinde olduğuna hükmetmiştir.⁶⁷³ Çolak her ne kadar Kurum ile mütecaviz arasında bir sözleşme bulunmadığını ve cezai şartın mevcudiyeti için TBK’nun 179. maddesi gereğince taraflar arasında sözleşme bulunması gerektiğini belirterek bu durumun ceza koşulu olarak değerlendirilmemesi gerektiğini beyan etmekteyse de yasa ile kurulan Kurum tarafından oluşturulan bu İç Yönergede yer alan düzenlemenin, sözleşmeden daha kuvvetli hatta yasanın tanıdığı yetki gereği uygulanması gereken hüküm konumunda olması sebebiyle bu hükmün cezai şart niteliği taşıdığı kanaatindeyiz.⁶⁷⁴ Bizce düzenleme özel hukuk cezası olup yasa yapma tekniğine ve normlar hiyerarşisine aykırı olduğu için bu şart geçersizdir ve Yönergeye göre yapılan hesaplama sonucu ortaya çıkan rakam referans bir değer olup mutlak tazminat miktarı olarak ele alınmamalıdır.

Yargıtay HGK da bir kararında, TSE Ürün Belgelendirme Yönergesinde yer alan maddi ve manevi tazminatı belirleme yönteminin mahkemeyi bağlamayacağına karar vermiştir.⁶⁷⁵ Nitekim uygulamada da Kurumun asgari maddi zararı, TSE markasının kullanımı için kuruma başvuru yapılsaydı kurumun tahsil edeceği

⁶⁷¹ Çolak, 1017.

⁶⁷² Çolak, 1019.

⁶⁷³ Çolak, 1017-1018. Yargıtay 11. HD. 11.02.2015 T. 2015/517 E., 2015/1668 K. sayılı kararı.

⁶⁷⁴ Çolak, 1019-1020.

⁶⁷⁵ Çolak, 1020-1026. Yargıtay HGK 01.07.2021 T. 2017/11-29 E., 2021/896 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

İlgili karar; fiili zarar alacak kalemleri, yoksun kılınan kâr hesaplama seçenekleri, makul bir payın eklenmesi, garanti markası gibi kavramları detaylı bir şekilde irdelemesi sebebiyle önemli bir karardır.

belgelendirme avans ücreti ve maktu belgelendirme ücretinin toplamı kadar olacağından, uygulamada da bu marka ve belge kullandırma ücret ve giderleri örnek alınarak maddi tazminat miktarına karar verilmektedir.⁶⁷⁶

V. TAZMİNAT HESAPLAMASINA ETKİ EDEN KURALLAR VE İLKELER

A. Genel Olarak

Hukuk yargılamalarına hâkim olan; tasarruf ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi, taleple bağılılık ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı, adil yargılanma hakkı gibi temel hak ve ilkelerin yanı sıra, tazminat hesaplamasına etki eden bazı ilke ve hususlar bulunmaktadır.⁶⁷⁷ Bu başlık altında bu ilke ve hususları inceleyeceğiz.

B. Denkleştirme İlkesi

Bazen zarar verici olay, zarar gören hak sahibini bazı ekonomik yükümlülüklerden kurtarabilir veya onun lehine ekonomik faydalar sağlayabilir.⁶⁷⁸ Ortak hukuktan beri süre gelen, yararların zarardan indirgenmesi anlamına gelen bu ilkeye denkleştirme ilkesi denilmektedir.⁶⁷⁹ Şayet yararlar düşülmeden, brüt zarar üzerinden tazminata hükmedildiği takdirde davacı zenginleşmiş olacaktır.⁶⁸⁰

Denkleştirme, yasal bir dayanağı olmayan doğal ve genel hukuk ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶⁸¹ Zira ekonomik yararların, zarardan indirgenmemesi halinde zarar gören, sebepsiz zenginleşmiş olacaktır ki bu durumun da hukuk düzenince korunması mümkün değildir.⁶⁸² Bu sebeple zarar verici olayın, zarar gören lehine doğurduğu menfaatlerin brüt zarardan düşülmesi gerekmektedir.⁶⁸³

⁶⁷⁶ Çolak, 1018. Yargıtay 11. HD. 07.06.2010 T. 2009/802 E., 2010/6441 K. sayılı kararı. Yargıtay HGK 06.05.2015 T. 2013/11-2155 E., 2015/1306 K. sayılı kararı.

⁶⁷⁷ Kale, 91 vd.

⁶⁷⁸ Eren, 837. Narter, 824. Uyanık, 77.

⁶⁷⁹ Eren, 837. Gümü, 561.

⁶⁸⁰ Gümü, 561. Duygu Yıldırım Ertütüncü, “Maddi Zararın Tespitinde Denkleştirme”, *İstanbul Barosu Dergisi C 86, S 2*. 2012: 2020.

⁶⁸¹ Narter, 824.

⁶⁸² Eren, 837.

⁶⁸³ Eren, 837. Narter, 824. Topuz, 77. Uyanık, 77.

Denkleştirme ilkesi, tazminatın belirlenmesiyle ilgili değil, zararın hesaplanmasıyla ilgili bir sorundur.⁶⁸⁴ Bu nedenle denkleştirme sebepleri, zararın hesaplanması aşamasında dikkate alınacaktır.⁶⁸⁵ Öte yandan denkleştirme kuralı bir def'i olmayıp itiraz niteliğini taşımaktadır ve hâkim tarafından re'sen uygulanmaktadır.⁶⁸⁶

Denkleştirmenin uygulanabilmesi için üç koşulun birlikte varlığı aranır: Zarar gören lehine ekonomik bir yarar doğmalıdır, olay ile yarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır ve denkleştirme yapılabilmesi için yasal bir engel olmamalıdır.⁶⁸⁷ Denkleştirme, tazminatın değil zararın belirlenmesine ilişkin bir sorun olup zararın hesaplanması aşamasında dikkate alınmalıdır.⁶⁸⁸

Sınai mülkiyet hakkına ilişkin tazminatın indirim sebepleri; mütecavizin kusurunun hafifliği, zarar görenin kusuru, tazminat ödemesi ile mütecavizin yoksulluğa düşecek olması, zarar görenin zararın artmasında rol alması veya zarar görenin yüksek bir gelire sahip olması olarak karşımıza çıkabilmektedir.⁶⁸⁹

Ayrıca SMK 149/1-e maddesi gereğince, marka hakkı sahibinin “d” bendine göre el konulmuş yahut el konulmasa bile tecavüz teşkil eden ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tesis edilmesi talebinde bulunması ve bu talebin mahkemece kabulü halinde, bilirkişi incelemesiyle bu ürünlerin değerinin tespiti ve maddi tazminat miktarından düşülmesi, hatta ürün değerinin tazminat miktarını aşması halinde davacı hak sahibinin davalı tarafa artan değeri iade etmesi gerekecektir.⁶⁹⁰ Bu hüküm esasen; denkleştirme ilkesinin yanı sıra, zararın üst sınır olması, tam tazmin, hakkaniyet ve sebepsiz zenginleşmeye engel olma ilkeleriyle kaleme alınmıştır.⁶⁹¹ Fakat uygulamada “*el konulan ürünlerin imhası veya el konulan ürünler yönünden mülkiyet hakkı tanınması*” şeklinde terditli olarak öne sürülen bu

⁶⁸⁴ Eren, 838.

⁶⁸⁵ Budak, 79.

⁶⁸⁶ Uyanık, 78. Narter, 868. Eren, 838-839 dn 28. Yargıtay 4. HD. 28.01.1980 T. 9961 E., 847 K. sayılı kararı.

⁶⁸⁷ Narter, 825. Gümüş, 562. Uyanık, 78.

⁶⁸⁸ Gümüş, 5561.

⁶⁸⁹ Eren, 874. Gümüş, 569. Topuz, 298. Uyanık, 122-123.

⁶⁹⁰ Çolak, 1102-1103 dn 2885.

⁶⁹¹ Çolak, 1104.

talep, genellikle ürünlerin hak sahibinin ürettiği kalitede olmaması ve mülkiyet hakkı tesis edilmesine değmeyecek olmaması sebebiyle pek tercih edilmemektedir.⁶⁹²

Örneğin; sınai mülkiyet hakkı sahibinin, tecavüz konusu hak yönünden sigorta yaptırdığı ve sigorta kurumları tarafından hak sahibine bir kısım ödemeler yapıldığını düşünelim. Yapılan bu ödemelerin, zarar miktarından indirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde mütecaviz, ödeme sebebiyle halef sıfatını kazanan sigorta firmasına ve hak sahibine karşı mükerreren ödeme yapmış olacaktır ki bu durum da hak sahibinin sebepsiz zenginleşmesi, mütecavizin de sebepsiz fakirleşmesi anlamına gelir.⁶⁹³

Kanaatimizce yarar sağlama, gelecekteki maddi külfetlerden kurtarma anlamına da gelmektedir. Örneğin; marka hakkına tecavüz sebebiyle elde edilen gelir üzerinden mütecaviz tarafından kamu kurumlarına amme alacağı niteliği taşıyan vergi ödemeleri yapıldığını düşünelim. İhlal niteliği taşıyan bu satışlar hak sahibi tarafından yapılsaydı yine bu vergiler tahakkuk ve tahsil edileceğinden, mütecaviz tarafından ödenen vergilerin de tazminat miktarından indirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu hususta yoksun kalınan kâr seçeneği başlığı altında da görüşlerimizi detaylıca belirtmiştik.

Denkleştirme hesabı yapılırken, hukukumuzda kabul edilen subjektif (somut) hesaplama yöntemi uygulanmalıdır.⁶⁹⁴ Zira sübjektif hesaplama yöntemi; önce emtianın piyasa değerini bulmayı, daha sonra zarar görenin mal varlığında meydana gelen olumsuz etkiyi hesaplamayı ifade eder.⁶⁹⁵ Her somut olayda farklı bir maddi değere bürünebilen sınai mülkiyet hakkı için bu yöntemin uygulanması önemli ve gereklidir.

⁶⁹² Çolak, 1104.

⁶⁹³ Eren, 838.

⁶⁹⁴ Eren, 848.Narter, 916.

⁶⁹⁵ Eren, 849.

C. Hâkimin Takdir Yetkisi

Uygulamada bazı hallerde fiilî zarar ve yoksun kalınan kârın hesaplanmasının imkansız olması söz konusu olabilmektedir.⁶⁹⁶ Her ne kadar hukukumuzda “*müddei iddiasını ispatla mükelleftir*” kuralı ilke olarak benimsenmiş ise de bu durumun istisnaları mevcuttur.⁶⁹⁷ Çolak kitabında bu konuya örnek olarak; SMK 151/2-b seçeneğinin seçilmesi halinde mütecavizin defter veya kayıt tutmaması ve ihracat veya ithalat sırasında ele geçirilen taklit ürünler sebebiyle zararın hesaplanamamasını göstermektedir.⁶⁹⁸ Söz konusu örneklerin çoğaltılması mümkündür.

İşte bu gibi hallerde, TBK’nun genel hükümlerindeki 50-51. maddelerine göre zararın ve tazminat miktarının hakim tarafından takdir edilmesi gündeme gelebilecektir.⁶⁹⁹ Böylelikle zararın ispatının zorlaştığı hallerde, hak sahibine ispat kolaylığı sağlanmıştır.⁷⁰⁰ Zira Eren’in de belirttiği üzere; hakimin takdir yetkisi, ispat imkanının makul bir şekilde mevcut olmadığı yerde başlar.⁷⁰¹ Fakat, hakimin takdir yetkisinden söz edebilmek için, somut olayda zararın ve/veya tazminat miktarının belirlenebilmesi için en ufak bir veri bile bulunmaması gerekmektedir.⁷⁰² Bu hususta dosya kapsamında çok titiz ve iyi bir şekilde araştırma yapılmalı ve hesaplama yarar hiçbir somut emare bulunmaması halinde hakimin takdir yetkisine başvurulmalıdır.⁷⁰³ Zira Yargıtay bir kararında; mahkemece alınan kök ve ek bilirkişi raporlarında, dava konusu ürünlerin piyasa şartlarına göre belirlenmiş birim fiyatlarının ve davalı ticari defter ve kayıtlarının uzman bilirkişilerce incelenmesi gerektiği görüşünün bildirilmesine rağmen, ticari defter ve kayıtlar tetkik edilmeksizin takdir yetkisine başvurularak maddi zarar hesaplaması yapılan kararın bozulmasına karar verilmiştir.⁷⁰⁴

⁶⁹⁶ Çolak, 1046. Narter, 820.

⁶⁹⁷ Kaplan, 47. Memiş/Yıldız, 231.

⁶⁹⁸ Çolak, 1046-1047.

⁶⁹⁹ Çolak, 1047. Narter, 820. Uzunallı, 197. Topuz, 100. Öksüz, 318.

⁷⁰⁰ Memiş/Yıldız, 231. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

⁷⁰¹ Eren, 832. Kale, 180.

⁷⁰² Çolak, 1047. Uzunallı, 202. Yargıtay 11. HD. 22.11.2022 T. 2021/4327 E., 2022/8144 K. sayılı “Polo” kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁷⁰³ Çolak, 1047. Muhammed Halid Kavak, *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Belirlenmesi ve Hesaplanması*. (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022) 27.

⁷⁰⁴ Yargıtay 11. HD. 13.09.2022 T. 2021/1786 E., 2022/5825 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

Yargıtay bir kararında; mütecavizin elde ettiği net kazanç seçeneğine dayanan davada, davalının ticari kayıtlarının incelenememesi sebebiyle davacının markasına benzer marka taşıyan ürünlerden, davalının elinde tespit edilen ürünlerin fazlasını satıp satmadığının net olarak belirlenemediğini, ancak delil tespitinde 2 litrelik 15.552 adet boş yağ tenekesi belirlenmesine rağmen yalnızca dolu yağ tenekelerine göre hesaplama yapılmasının eksik hesaplamaya yol açtığını belirten istinaf mahkemesinin, takdir yetkisi kullanarak tazminat miktarını arttırarak yerel mahkeme kararını düzelterek onayan kararını usul ve yasaya uygun bularak onamıştır.⁷⁰⁵

Uygulamada “makarnacılar kararı” olarak da bilinen Yargıtay HGK kararında; İtalya’da kurulu makarna üretim faaliyeti gösteren davacı teşebbüse ait TPE nezdinde ve yurtdışında tescilli ve tanınmış markanın, davalı tarafından taklit edilerek Afrika ülkelerine satılması sebebiyle davacının Afrika ülkelerindeki satışlarının düştüğü iddiasıyla açılan maddi tazminat istemli davada, dosya kapsamında davacının seçtiği mülga 556 sayılı KHK’nın 66/2-a yöntemine göre hesaplamaya esas teşkil edecek bir çok veri bulunmasına rağmen, mülga 818 sayılı BK’nun 42. maddesine göre takdiren maddi tazminata karar verilmesini bozma sebebi olarak görmüştür.⁷⁰⁶ Her ne kadar mülga 556 sayılı KHK döneminde tesis

⁷⁰⁵ Yargıtay 11. HD. 22.09.2022 T. 2021/2049 E., 2022/6213 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁷⁰⁶ Yargıtay HGK 18.04.2019 T. 201/11-66 E., 2019/480 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.):

“Davacı vekili; müvekkilinin İtalya’da mukim makarna üreticiliği geçmişi bulunan, köklü ve güçlü bir şirket olduğunu ve ihracat faaliyetlerini ağırlıklı olarak Afrika kıtası ülkelerinde yoğunlaştırdığını, müvekkilinin dünyanın birçok ülkesinde olduğu gibi TPE nezdinde de tescilli “S... L...+Şekil” ibareli markasının bulunduğunu, üretimlerinde özellikle uluslararası makarna piyasasında çok tanınan “S... L...+Şekil” markasıyla faaliyet gösterdiğini, müvekkilinin ayrıca Türkiye’de de bazı şirketlere fason makarna üretim yaptırarak Tanzanya’ya “S... L...+Şekil” ibareli marka ile ihracat yaptığını, müvekkilinin Ocak 2007 itibarıyla Tanzanya’ya yapılan satışlarının bir anda kesildiğini ve davalının müvekkili markasını kullanarak bu ülkeye ihracat yaptığının ortaya çıktığını, bu hususun Gaziantep 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2007/93 D.İş. sayılı dosyası ile tespit edildiğini... davalının eylemi sonucunda müvekkilinin uğradığı zarar, kar kaybı, ileriye dönük elde edilecek faydalardaki azalmalar ve itibar kaybının göz önünde bulundurulmasını talep ve dava etmiş, 13.07.2010 tarihli dilekçesi ile maddi tazminat talebini 64.256,40 USD olarak ıslah etmiştir...

Davalı vekili; müvekkilinin “O...” ibareli tanınmış markalar ile makarna sektöründe faaliyet gösterdiğini, “N... S... L...+Şekil” ibareli markanın Tanzanya’da mukim F... Limited şirketine ait olduğunu, müvekkilinin adı geçen şirket ile “N... S... L...+Şekil” markası adı altında fason makarna üretimi yapılması hususunda sözleşme imzalandığını, kullanılan ambalaj tasarımının da Tanzanya’daki F... Limited Şirketi tarafından tasarlandığını, davacı taleplerinin yersiz ve istenilen tazminatın fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir...

Yerel mahkemece; davalı tarafça yapılan üretime ilişkin olarak ele geçirilen ambalajlar üzerinde davacıya ait markanın çok benzerinin kullanıldığı ve bu hali ile davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet mahiyetinde olduğu, her ne kadar bilirkişiler tarafından davacı tarafça talep edilen maddi tazminata ilişkin olarak net bir tespitin yapılamadığı, bu nedenle 818 Sayılı BK’nın 42. maddesi gereğince takdiren maddi ve manevi tazminata karar verildiği gerekçesiyle

edilmiş olsa da işbu karar metni, daha önce bahsedilen başlıklar hakkında da detaylı bilgi içermekle son derece değerli ve önemli bir karardır.

Hâkim takdir yetkisini kullanırken; somut olayın akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, dosyada mevcut her türlü delilden yararlanarak, gerektiğinde bilirkişi raporlarından ve hayat tecrübelerinden yararlanarak zarar

davanın kısmen kabulüyle gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle davalının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturan eylemlerinin önlenmesine, maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, 15.000,00TL maddi ve 5.000,00TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek avans faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmiştir...

Taraf vekillerinin temyizi üzerine karar, Özel Dairece yukarıda başlık bölümünde açıklanan gerekçelerle bozulmuştur. Yerel mahkemece, önceki gerekçelerle direnme kararı verilmiştir. Direnme kararı, taraf vekilleri tarafından temyiz edilmiştir. Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; dosya kapsamında bulunan bilgi ve belgelerden davacının marka hakkına tecavüz edilmesi nedeniyle yoksun kaldığı kazancın 556 Sayılı KHK'nın 66/2. maddesi gereğince hesaplanmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır...

Davalı şirketin ticari defterleri üzerinde yapılan incelemeler sonucunda, davalı şirketin 2006 ve 2007 yılında Tanzanya'ya makarna ihraç ettiği, 2007 yılındaki ihracatında önceki yıla göre iki kattan fazla artış olduğu, dava tarihine kadar 2007 yılındaki tüm ihracatının T... Ltd. isimli şirkete yapıldığı anlaşılmaktadır. Davalı şirketin ticari işletmesinde bulunan "N... S... L...+Şekil" ibareli makarna ambalajlarının arka tarafında T... Ltd. için üretildiğinin yazılı olduğu görülmektedir...

Davacı vekili, ... yargılama sırasında alınan ikinci bilirkişi raporu doğrultusunda 556 Sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplanan yoksun kalınan kazanç üzerinden maddi tazminat talebini ıslah etmiştir. Bu itibarla davacı vekilinin maddi tazminat talebinin sadece yoksun kalınan kazanç için olduğu, her ne kadar yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında 556 Sayılı KHK'nın 66/2. maddesindeki usullerden hangisini seçtiğini açıkça belirtmemiş ise de dava dilekçesinin ve bilirkişi raporuna göre talebini artırdığı ıslah dilekçesinin içeriğinden tercihinin 556 Sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince "marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre" hesaplanacak yoksun kalınan kazanç seçeneği olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan yargılama sırasında alınan birinci ve ikinci bilirkişi raporlarında yoksun kalınan kazancın 556 Sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplandığı ve yine mahkemenin ara kararı doğrultusunda ikinci bilirkişi heyetinden 556 Sayılı KHK'nın 66/2-b maddesi gereğince hesaplama yaptırılarak ek rapor alındığı görülmektedir.

O hâlde taraf vekillerince dosyaya sunulan bilgi ve belgeler ile mahkemece getirilen bilgi ve belgelerden davacının yoksun kaldığı kazancının 556 Sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplanmasına esas olabilecek pek çok verinin bulunduğu, bu nedenle sadece zararın gerçek miktarını ispat etmenin mümkün olmadığı hâllerde başvurulabilecek olan 818 Sayılı BK'nın 42. Maddesinde belirtilen şartların oluşmadığı anlaşılmaktadır.

...6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3/3. maddesinde belirtilen "Genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz" ilkesi de göz önüne alınmak suretiyle davacının yoksun kalınan kazancının uzman hesap bilirkişileri vasıtasıyla 556 Sayılı KHK'nın 66/2-a maddesi gereğince hesaplatılıp sonucuna göre karar verilmelidir.

Hâl böyle olunca; yerel mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına, bozma kararında gösterilen ve yukarıda açıklanan genişletilmiş nedenlerle uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır."

miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.⁷⁰⁷ Takdir yetkisi, zarar ve tazminat miktarının belirlenmesinin yanında, tazminattan indirim yapılması ve hatta gerektiğinde tazminat talebinin tamamen reddedilmesini de kapsar.⁷⁰⁸

Hizmet markalarında ayırt edicilik unsurunun tespit edilmesinde güçlük yaşanması sebebiyle; kuyumculuk, otelcilik, restoran işletmeciliği gibi bazı sektörlerde tazminat miktarının belirlenmesinin güç olduğunu ve hatta bazı hallerde tazminat talep etme hakkının doğmayacağını belirtmiştik. Yargıtay 2017 tarihli bir kararında; davalı adına tescilli “İNOVACONS” markasının, davacı adına tescilli ve tanınmış “INNOVİA” ve “INNOVIA” ibareli markalara tecavüz edilmesi sebebiyle açılan davada, dosyaya sunulan fotoğraf, gazete haberleri ve delillerden davalının yürütmekte olduğu inşaatın etrafını çevreleyen tabela ve brandalar üzerinde "INNOVIA Evleri", "INNOVIA İnşaat" ibarelerini markasal olarak kullandığı ve “INNOVIA” ibaresinin davacının markasında bir harf eksikliği ile aynen yer alması nedeniyle bu şekilde kullanılan marka ile davacının tescilli markası arasında iltibasa yol açtığı, ancak inşaat değerlendirilmesinde tüm kârın sadece marka değerine göre oluşmayacağı; inşaatın kalitesi, yapının mimari özellikleri, binanın bulunduğu mahal gibi faktörlere bağlı olarak değerlendirilmesi gerekçeleriyle TBK’nun 50. Maddesi nazara alınarak tazminat miktarında takdiri indirim yapılmasını yasa ve usule uygun görmüştür.⁷⁰⁹

Benzer şekilde Yargıtay’ın başka bir kararında; davacı adına “Millenium” ve “M+Şekil” ibareli 43. sınıfta TPMK nezdinde tescilli markanın, davalı tarafından “Koza Millenyum Hotel & Spa” ibareli 43. Sınıfta tescilli marka ile ihlal edildiği bir davada, “Koza” ibaresi ile bitişik kullanımın tek başına iltibasa yol açmayacağı, davacı adına tescilli “M+Şekil” markasının davalı tarafından kullanılış biçiminin renk, şekil ve sair hususlar yönünden birbirlerinden farklı olması ve karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı, ancak "MILLENNIUM" esas ibareli markalar ile davalının "Koza Millenyum Hotel & Spa" ibareli markası arasında biçim, renk, grafik unsurlar, düzenleme ve tertip tarzı olarak görsel, sesçil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri

⁷⁰⁷ Kaplan, 47. Narter, 821. Kale, 178. Yargıtay 11. HD. 14.06.2017 T. 2016/3289 E., 2017/3705 K. sayılı kararı.

⁷⁰⁸ Uzunallı, 215.

⁷⁰⁹ Yargıtay 11. HD. 06.06.2017 T. 2016/1002 E. 2017/3434 K. sayılı “Yeşil İnşaat v. İnova İnşaat” kararı, E.T. 06.12.2023 (emsal.uyap.gov.tr)

iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunduğu, davalının markasını gördüğünde bunun davacının mesnet markalarından farklı bir marka olduğunu algılayamayacağı, tescilli markaların bir uzantısı, yeni bir versiyonu, yeni bir serisi olarak algılanmasının yüksek ihtimal dahilinde olduğu, taraf markaları arasında iltibas bulunduğu, yine davalı tarafından işletilen otelin tabela, tente, katalog, yemek servisi altlığı, not kâğıdı, kalem, sabun, şampuan, saç kremi, duş jeli, makyaj pamuğu, duş bonesi, kulak pamuğu, havlu gibi malzemelerde kullanılan “MILLENNIUM” ibaresinin davacının markalarıyla benzer olduğu, markaların karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğu, davacı markasının tescilli olduğu sınıftaki kârlılığa etkisinin %5 oranında olacağı yönünde bilirkişi raporu bulunması, lisansların çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu, markanın ekonomik önemi, davacı markasının tanınmış marka olduğunun ispat edilememesi, Türkiye’de lisansının bulunmaması, ihlalin tek bir otel şubesiyle kısıtlı kalması, davalı işletmede konaklama dışında başka hizmetlerin de mevcut olması gerekçeleriyle takdir edilen tazminat miktarından TBK 50/2 fıkrası gereği %60 oranında tenkise gidilmesi uygun görülmüş, istinaf mahkemesinin bu yöndeki kararı onanmıştır.⁷¹⁰

Buna karşın Yargıtay’ın başka bir kararında; davacının 16. mal ve hizmet sınıfında tescilli "Başkent" markası ile basılan ve Ankara genelinde satılan günlük gazetenin imtiyaz sahibi olduğu, davalı tarafından davacının gazete ismi ve logosuyla ayırt edilemeyecek derecede benzer "Başkentli" adı altında gazete bastırılarak Ankara genelinde dağıtılması münasebetiyle tecavüzün olduğu somut olayda, davacının maddi tazminat ve yoksun kalınan kârın tespiti yönünden lisans yöntemini tercih etmesine karşın emsal lisans sözleşmesi sunamaması sebebiyle emsal alınabilecek ve somut olaya uyarlanabilecek bir lisans sözleşmesi ve bedelinin bulunmamasına rağmen, somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak davalının kullanımına karşılık oluşturabilecek basit lisans ve makul lisans bedelinin belirlenmesi gerektiği ve davalı gazetesinin bedelsiz satılmasının davacı tarafından istenebilecek makul lisans bedeline doğrudan etki eden bir unsur ve indirim nedeni olarak kabul edilemeyeceği, zira bu hususun davacı onay ve inisiyatifinde bulunan bir husus olmadığı, bu nedenle davalının kendi subjektif tutumuna dayalı bir unsurun makul ve mutad lisans bedelinden indirim nedeni sayılamayacağı, somut olayın

⁷¹⁰ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3100. Yargıtay 11. HD. 28.12.2022 T. 2021/8690 E. 2022/9576 K. sayılı “Millemium v. Koza Millenyum” kararı, E.T. 06.12.2023 (emsal.uyap.gov.tr)

koşullarına ve hakkaniyete aykırı düşeceği vurgulanarak bu yönde bir indirim yapılması yoluna gidilmediği gerekçeleriyle, takdir edilen maddi tazminat miktarında isabetsizlik bulunmadığını belirtmiştir.⁷¹¹

Ayrıca hak sahibinin, uğradığı zararı ispatlamak için harcayacağı masrafın (örneğin keşif, bilirkişi vb.) zarara nazaran aşırıya kaçtığı durumlarda, “ispat beklenmezlik” söz konusu olur ve böylece usul ekonomisi ilkesi gereği hakim takdir yetkisini kullanması gerekmektedir.⁷¹² Aynı şekilde, tazminatın kapsamı, durumun gereği ve kusurun ağırlığı göz önüne alınarak hakim tarafından takdir edilecektir.⁷¹³

İsviçre ve Alman hukukunda tazminat hesaplamaları, mevzuatımızda yer alan seçeneklere benzer şekilde yöntemlerle hesaplanmaktayken, Fransa hukukunda tazminat hesabı tamamen hâkimin tecrübesi, bilgi birikimi, marifeti ve kanaatine bırakılmıştır.⁷¹⁴ Biz; çoğu Avrupa hukuku ve mevcut ülkemiz mevzuatındaki gibi, bilirkişi marifetinden, somut ve bilimsel yöntemlerden yararlanmanın son derece isabetli olduğu kanısındayız. Zira Yargıtay bir kararında; davalı ve davacı markalarının tüketici nezdinde hangi oranda seçici olduğu yönünde hüküm kurmaya elverişli bilirkişi raporu alınmadan, hâkim tarafından takdir yetkisi kullanılarak maddi tazminat miktarında indirime gidilmesini bozma sebebi yapmıştır.⁷¹⁵

Hakimin takdir yetkisi; fiilî zarar, tecavüz eylemi olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelir ve mütecavizin elde ettiği net kazanç hesaplama yöntemlerinin yanı sıra lisans örneksemesi seçeneği yönünden de söz konusu olabilmektedir.⁷¹⁶ Özellikle taraflarca dosyaya emsal olarak ibraz edilen lisans sözleşmesinin, lisans bedeli, lisans süresi, ürün miktarı gibi kıstaslardaki farklılıklar sebebiyle somut olaya uygulanması mümkün olmayabilir.⁷¹⁷ Bu gibi hallerde; tarafların mali büyüklükleri, ihlalin süresi ve boyutu, emsal lisans bedelleri,

⁷¹¹ Yargıtay 11. HD. 14.01.2015 T. 2014/14400 E. 2015/254 K. sayılı “Özgün Medya v. Başkentli Medya” kararı, E.T. 06.12.2023 (emsal.uyap.gov.tr)

⁷¹² Narter, 820. Kale, 180.

⁷¹³ Narter, 868.

⁷¹⁴ Bakırköy 1. FSHM Hâkimi, kişisel görüşme, 18 Ekim 2023.

⁷¹⁵ Yasaman, SMK Şerhi C III, 3028. Yargıtay 11. HD. 20.10.2015 T. 2015/3162 E., 2015/10747 K. sayılı kararı.

⁷¹⁶ Çolak, 1048.Uzunallı, 202.

⁷¹⁷ Çolak, 1048.

lisans sözleşmesinin türü, ürün sayısı ve çeşidi gibi lisans örneksemesinde önemli hususlar hakim ve bilirkişilerce dikkate alınarak somut olaya uygun bir rakam takdir edilmelidir.⁷¹⁸

Hâkim, hafif ya da çok hafif kusur durumunda hakkaniyet düşüncesiyle tazminatta indirim yapabilecektir; fakat takdir yetkisi, hafif kusur sebebiyle mutlak surette tazminattan indirim yapılmasını gerektirmez.⁷¹⁹ Hâkim, somut olayın özelliklerini de göz önüne alarak, tazminat miktarının indirilmesine ihtiyatla yaklaşmalıdır.⁷²⁰ Çünkü; fikri mülkiyet hakkına ve bu arada marka hakkına tecavüz eden, bu eyleminden çoğunlukla fayda sağlar ve mal varlığında bir artış gözlemlenir.⁷²¹

Yargıtay bir kararında; davalı mütecavizin marka hakkını kullanarak kazanç elde ettiğine dair herhangi bir emareye rastlanmadığı yönündeki bilirkişi raporuna atıfta bulunarak maddi tazminat hesabının yapılamadığı gerekçesiyle davayı reddeden mahkemenin kararını bozarak, mütecavizin elde ettiği kâr hesaplanamıyorsa dahi en azından mütecavizin izinsiz kullanım ile ödemekten kurtulduğu masrafların, TBK 50. maddesi çerçevesinde ihlalin niteliği, boyutu, süresi ve ihlalin yapılış şekli dikkate alınarak hesaplanmasını ve davacı lehine tazminat miktarının ortaya konmasını gerektiğini kaleme almıştır.⁷²²

Yargıtay başka bir kararında ise; davacının zarar miktarını ispat edememesi üzerine, hâkimin halin mutad cereyanı, zarara uğrayanın aldığı tedbirleri, dosyadaki mevcut delilleri ve davalının ticari defterleri üzerinde inceleme yapılamamasına rağmen davalının eylemleri sebebiyle davacı uhdesinde her halükarda maddi zararın doğacağını nazara alarak zarar miktarını adalete uygun şekilde tayin etmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷²³ Zira davacının, basiretli bir tacirin alması gereken önleyici tedbirleri almaması sebebiyle zararın artışına sebebiyet vermesi, tazminata esas zararın daha düşük belirlenmesine sebebiyet verecektir.⁷²⁴

⁷¹⁸ Çolak, 1048.

⁷¹⁹ Uzunallı, 215. Eren, 875. Gümüş, 567.

⁷²⁰ Uzunallı, 215.

⁷²¹ Uzunallı, 215.

⁷²² Çolak, 1047. Yargıtay 11. HD. 22.06.2021 T. 2020/5912 E., 2021/5297 K. sayılı kararı.

⁷²³ Çolak, 1047. Yargıtay 11. HD. 30.06.2014 T. 2014/6714 E., 2014/12541 K. sayılı kararı.

⁷²⁴ Uyanık, 120-121.

Yargıtay başka bir kararında; davacının sunduğu emsal lisans sözleşmelerinde, lisans verdiği işletmelerin cirosundan bir miktar pay almak suretiyle lisans bedelini belirlediğini, somut olayda markanın kullanılmasıyla elde edilen gelirin net olarak ayrıştırılamadığını ve lisans bedelinin kesin olarak hesaplanamadığını gerekçe göstererek takdir yetkisini kullanan mahkemenin, tarafların ciroları, tecavüz süresindeki toplam net kârı, kusurun derecesi, tarafların ticari hacimleri ve markanın tanınmışlığının etkisini göz önüne alarak tazminat miktarına takdir edilmesini hukuka, usule ve yasaya uygun bulmuştur.⁷²⁵

D. Hakkaniyet Gereği Pay Eklenmesi veya Çıkartılması

SMK 151/4 fıkrasına göre; yoksun kalınan kâr hesaplamasında, hak sahibinin muhtemel geliri veya mütecavizin net kazancı seçeneklerinden birinin seçilmesi halinde mahkeme, ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazanç hesaplaması yaparken hakkaniyete uygun makul bir payın daha eklenmesine karar verebilir.⁷²⁶

Mülga 556 sayılı KHK'nın aksine, SMK 151/4 fıkra metninden anlaşılabacağı üzere; lisans örneklemesi seçeneğinde makul bir payın daha eklenmesi öngörülmemiştir.⁷²⁷ Kanaatimizce bunun nedeni yukarıda ilgili başlıkta da açıklandığı üzere; mal veya hizmetin niteliği ve fiyatı, markanın tanınmışlık derecesi, markanın ekonomik önemi, markanın geçerlilik süresi, lisans hakkı ve ihlalin süresi, varsa önceki lisansların sayısı ve çeşidi, emsal lisans bedelleri, ihlalin nitelik ve boyutu gibi sair unsurlar dikkate alınarak örnek lisans sözleşmesinin zaten somut olaya uyarlanacak olmasıdır.⁷²⁸ Zaten somut olaya uygulanacak lisansın çeşidinin, basit veya inhisari olup olamayacağına bakılacak ve buna göre uygun bir lisans bedeline takdir edilecektir. Bu durum da doğal olarak lisans bedeline bir payın eklenmesi anlamına gelmektedir.

⁷²⁵ Topuz, 77. Uzunallı, 193. Yargıtay 11. HD. 13.12.2022 T. 2021/7792 E., 2022/8959 K. sayılı “Kervan v. Kirmasti Kervan” kararı, E.T. 06.12.2023 E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁷²⁶ Öksüz, 318. Yasaman, SMK Şerhi C III, 3108. Çolak, 1049-1050. Uzunallı, 205-206. Memiş/Yıldız, 249. Yılmaztekin, 330. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

⁷²⁷ Uzunallı, 207. Atasoy, 44.

⁷²⁸ Uyanık, 1203. Aksi görüş için bkz. Uzunallı, 206 vd.

Tekinalp'in görüşüne katılarak, madde metnindeki "ürün" tanımının; mülga KHK, TRIPs ve sair uluslararası anlaşma metinlerine uygun düşmediğini, geniş yorum yapılarak bu tanımdan marka hukukunda tercih edilen "mal ve hizmet" kavramlarının anlaşılması gerektiğini belirtmek gerekmektedir.⁷²⁹ Somut olayın özelliğine göre koşulları mevcutsa hizmetler bakımından da bu hükmün uygulanması mümkündür.⁷³⁰

Ayrıca madde metninin, kazanç hesabının yalnızca davacı lehine arttırılmasını düzenlediği yanlışlığına düşülmemelidir. Bu husus, uygulamada sık yapılan hatalardan biridir. Oysa ki madde metnindeki düzenleme, direkt olarak "*tazminat miktarının davacı lehine arttırılması*" şeklinde değildir; sınai mülkiyet hakkının, mal veya hizmet yönünden tüketici nezdinde talep oluşmasında önemli bir katkısı olduğu kanaatine varılırsa, bu durumun kazanç hesabında dikkate alınmasına ilişkindir. Dolayısıyla madde metnine göre, hakkaniyet gereği uygun bir payın eklenmesi yanında, uygun bir payın çıkarılması da söz konusu olabilecektir. Örneğin; davalı tarafından üretilen saat emtiası üzerinde, davalıya ait olan 14. sınıfa tescilli markanın yanında, davacı hak sahibine ait 9. sınıfa kayıtlı akıllı saat markasına ilişkin işarete de yer verildiğini ve davanın SMK 151/2-b seçeneğine göre ikame edildiğini farz edelim. Bu durumda, davalı mütecavizin kazancı hesaplanırken, tüketici nezdinde bu malın alımında hangi markanın ne oranda talep oluşturduğuna bakılmalıdır. Bu halde eğer davalı mütecavizin markasının, malın talep edilmesinde daha baskın etkiye sahip olduğu değerlendirilirse, mütecavizin kazanç hesabında bu oranda uygun bir payın hesaplanarak davacın talep edemeyeceği bu rakamın tazminattan indirilmesine gidilebilir. Nitekim Yargıtay 2023 tarihli bir kararında; davacıya ait "Dalan Family" markasına, davalıya ait "FaxFamily" markası ile tecavüz edildiği iddia edilen davada, genel hasıllattan öncelikle vergi düşümü yapıldıktan sonra, marka dışı unsurlar için %10, davacıya ait "Fax" ibaresinin kullanımı için %75 tenzilat yapılarak maddi tazminata takdir edilmesi gerektiğini belirtmiş ve yerel mahkeme kararını bu gerekçeyle bozmuştur.⁷³¹

⁷²⁹ Çolak, 1050 dn 2768.

⁷³⁰ Karan/Kılıç, 531.

⁷³¹ Öksüz, 318. Yargıtay 11. HD. 30.05.2023 T. 2022/2737 E., 2023/3363 K. sayılı kararı, E.T. 06.12.2023 E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

Dolayısıyla dava konusu mal ve hizmete yönelik tüketici nezdinde talep oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun mahkemece tespiti halinde kazanç hesaplamasında pay eklenmesi veya çıkartılması söz konusu olabilecektir.⁷³² Fakat madde metninde, hangi hallerde markanın tüketici nezdinde talep oluşturacak kadar belirleyici olduğu açıkça belirtilmemiştir.⁷³³ Biz bu hususta Arkan ve Kaya'nın görüşüne katılarak, bu hükmün yalnızca tanınmış markalar yönünden uygulanabileceği kanaatindeyiz.⁷³⁴ Zira maddenin ruhuna göre; markanın tüketici nezdinde belirleyici etken olması, sektörde talep görmesine, kalitesine güvenilmesine, olumlu imaja sahip olmasına, kısacası tanınmış olmasına bağlıdır.⁷³⁵

Her ne kadar Yasaman ve Gönen madde metninin medeni ceza niteliği taşıdığını savunmaktaysa da yasa metninin bu haliyle yorumlanması gerektiği ve özel hukuk cezası olmadığı kanaatindeyiz.⁷³⁶ Nitekim SMK 151/4 fıkra metni, yoksun kalınan kazanç hesaplamasında dikkate alınacağından ve SMK 150/1 fıkra metninde de “hak sahibinin zararının tazmini” amaçlandığından, yoksun kalınan kazanç hesaplamasında hakkaniyete uygun bir payın eklenmesinin zararın tazmini amacına hizmet edeceğinden, bu hüküm özel hukuk cezası olarak değerlendirilemez. Elbette her somut olay kendi içerisinde ayrı ayrı değerlendirilmeli, halin mutad cerayanı, mevcut deliller ve somut olayın özelliği titizlikle nazara alınmalıdır.

Hakkaniyete uygun bir payın eklenmesinin, dava dilekçesinde ne şekilde talep edileceği ise madde metninden anlaşılamamaktadır.⁷³⁷ Doktrinde, artırım miktarının hakim tarafından belirleneceği ve bu konunun hakimın takdir yetkisine dahil olduğu öne sürülerek bu miktarın davacı tarafından dava dilekçesinde belirtilmesinin mümkün ve gerekli olmadığını öne süren bir görüş de mevcut olup kanaatimizce bu görüşün kabul edilmesi, taleple bağıllık ilkesine ve belirsiz alacak davasını düzenleyen HMK'nun 107. maddesindeki kurala aykırı bir durum oluşturacaktır.⁷³⁸

⁷³² Çolak, 1050.

⁷³³ Çolak, 1050.

⁷³⁴ Çolak, 1050 dn 2769.

⁷³⁵ Çolak, 1050.

⁷³⁶ Memiş/Yıldız, 250. Gönen, 88.

⁷³⁷ Çolak, 1050.

⁷³⁸ Çolak, 1050. Hakan Pekcanitez, “Belirsiz Alacak Davası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C I*. 2009: 509.

Nitekim dava konusu asıl alacak olan yoksun kalınan kazanç miktarının davanın açılışında belirsiz olması ve uygulamada maddi tazminat davasının da belirsiz alacak davası şeklinde ikame edildiği göz önüne alınırsa, bu kazanç miktarına eklenecek olan payın da belirsiz alacak olarak talep edilmesinin mümkün olduğu söylenmelidir.⁷³⁹ Dava dilekçesinde, yoksun kalınan kazanç alacağına uygulanacak olan payın da bir rakamsal değer (örneğin 1.000 TL gibi) veya yüzde oran (örneğin %10 gibi) üzerinden belirsiz alacak olarak talep edilmesi, talebin bu şekilde somutlaştırılması ve davanın açılışında cüzi de olsa bir miktar harcın yatırılması gerekmektedir.⁷⁴⁰ Aksi takdirde HMK'nun 26/1 fıkrası gereği hakim, tarafların talebinden fazlasına hükmedemeyeceğinden, HMK'nun 25/1 fıkrası gereğince yargılamayı re'sen yürütemeyeceğinden, uygun bir pay eklenmesi yönünden talebin ve dolayısıyla davanın kısmen reddedilmesi sonucu doğacaktır.⁷⁴¹

Çolak'ın görüşüne katılarak kanaatimizce; dava açılışında “*delillerin celbi ile dava konusu yoksun kılınan kazanç ve buna uygulanacak olan payın somutlaştırılmasından sonra fazlaya ilişkin her türlü haklar yönünden talep artırım hakkı saklı tutularak*”, davalı taraf ticari defter, kayıt ve belgeleri ile delillerini ibraz ettikten sonra ve yoksun kalınan kazanç miktarının, ihlale uğrayan markanın tanınırlık düzeyi ile tüketici nezdinde talep yaratmakta etkili olup olmadığı ve bu etkinin ne ölçüde veya ne miktarda olduğunun bilirkişi incelemesi sonucunda belirli hale gelmesinden sonra, HMK 107/2 fıkrası gereği iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağına takılmaksızın, somutlaşan rakam üzerinden talep artırım yoluna gidilerek eksik harcın ikmal edilmesi ve hükmün bu şekilde kurulması en doğru ve pratik çözüm yolu olacaktır.⁷⁴² Yoksun kalınan kazançta uygun bir pay eklenmesinin, belirsiz alacak olarak değil kısmi dava olarak talep edilmesi halinde ise ıslah yoluyla bu talebin arttırılması mümkündür.⁷⁴³

Yukarıda açıkladığımız üzere; madde metni “kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesi” şeklinde kaleme alındığından ve mal veya hizmete yönelik talebin oluşmasında mütecavize ait markanın, davacı

⁷³⁹ Çolak, 1050-1051.

⁷⁴⁰ Çolak, 1051. Uyanık, 1204.

⁷⁴¹ Çolak, 1050.

⁷⁴² Çolak, 1051. Kale, 160. Ejder Yılmaz, *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2013) 77 ve 81.

⁷⁴³ Çolak, 1051. Yargıtay 11. HD. 24.03.2008 T. 2007/2552 E., 2008/3962 K. sayılı kararı.

markasından daha çok belirleyici olduğu kanaati varılabileceğinden, davalı olan mütecavizin de cevap dilekçesi içeriğinde, SMK 151/4 fıkrası çerçevesinde kendi kazancına uygun bir pay eklenerek -kendine ait markayı davacı markası ile birlikte kullanması halinde, kendi markasının daha belirleyici olması ihtimalinde- davacının maddi tazminat talebinden düşölmesini talep etmesi mümkün olmalıdır.

Uygulamada uygun bir pay, maddi zarar rakamı üzerinden yüzdelik bir oran kullanılarak (genellikle %10 ila %20) tespit edilmektedir.⁷⁴⁴ Zira tespit esnasında dikkate alınacak kriterler tüketici, mal veya hizmet nazarında soyut, öznel ve değışken olduğundan, bu payın net ve kesin bir maddi rakam olarak belirlenmesi mümkün değildir.⁷⁴⁵ Elbette artırıma esas teşkil edecek yüzdelik oran; marka değeri, tanınmışlık ve ayırt edicilik gücü, kalite imajı ve güven olgusu gibi kriterler dikkate alınarak her somut olay için titizlikle kararlaştırılmalıdır.⁷⁴⁶

Kanaatimizce bu hususta; mal ve hizmetin hitap ettiğı sektör ve tüketici nezdinde faal olan ticaret odaları, odalar, birlikler, meslek kuruluşlarına müzekkere yazılarak sınai mülkiyet hakkının, malın tercih edilmesinde tüketici nezdinde bıraktığı etki yönünden görüş alınmalı, bağımsız araştırma kuruluşlarının tüketiciler nezdinde yaptığı anket sonuçları değerlendirilmeli ve alanında uzman bilirkişilerden zarar ve tazminat hesabıyla birlikte pay oranının da hesaplanması istenilmelidir.⁷⁴⁷ TBK 50 ve 51. maddeleri gereğı, zarar ve tazminat miktarının belirlenmesi, artırılması, indirilmesi konularında yetki ve nihai karar elbette mahkemeye aittir. Fakat Anayasa'mızın 141. maddesi ve HMK'nun 297 ve 298. maddeleri gereğince, mahkemelerce verilen hükümlerin gerekçeli olması zarureti bulunduğundan ve ayrıca hüküm gerekçesinin, keyfi veya öznel olmayan, somut, akla ve bilime dayalı, mantığa, oluşa ve hakkaniyete uygun olması gerektiğı göz önüne alınırsa, takdir yetkisi kullanılmadan önce en azından hakimın uzmanlık alanı olmayan konularda kendisinde kanaat uyandırmaya faydalı olacak yukarıda belirtilen usul işlemlerinin yapılmasında fayda olduğü görüşündeyiz. Bu sebeple; Yargıtay'ın bir kararında, markanın ürüne ekonomik katkıda bulunduğı ve talebin oluşmasında belirleyici olduğünün kabul edilebilmesi ve bu oranın tespit edilebilmesi için uzman bilirkişiden

⁷⁴⁴ Çolak, 1051.

⁷⁴⁵ Çolak, 1051.

⁷⁴⁶ Çolak, 1051.

⁷⁴⁷ Çolak, 1051.Uzunallı, 207.

ek rapor alınması gerektiğini belirterek, bu gerekçeyle yerel mahkeme hükmünün bozulması yönünde verdiği kararın isabetli olduğunu düşünmekte ve Çolak'ın bu konudaki aksi görüşüne katılmamaktayız.⁷⁴⁸

E. Faiz Hesabı

Faiz; bir miktar paradan veya bir misli maldan yoksun kalmanın, yoksun kalınının maddi karşılığının yoksun kalma süresi ile oranlanmasına göre bulunan, hukuken de tanınan bir üründür.⁷⁴⁹ Faiz; davalının sebepsiz zenginleşmesini önlemeyi, davacının zararının tam tazmin edilmesini ve tazminat davalarının etkinliğini artırmayı amaçlayan bir uygulamadır.⁷⁵⁰ Faiz, asıl alacağın fer'isi olup açılacak olan davada faizin hesaplanarak alacağa hükmedilmesi için talepte bulunulması zorunludur.⁷⁵¹

Uygulamada zaman zaman maddi tazminat davalarında faiz hesaplamasında, faiz başlangıç tarihinde hatalar yapılmaktadır. Nitekim maddi tazminat davaları; alacak miktarı likit değil belirsiz olduğundan ve zarar miktarı ilk etapta bilinemediğinden, davacı tarafından 1.000 TL gibi sembolik rakamlarla belirsiz alacak davası olarak açılmakta, bilirkişi raporundaki tespitleri takiben talep ve sonuç ıslah edilerek harç tamamlanarak arttırılmakta ve ilk ihlal tarihinden itibaren faiz talep edilmektedir; bu durumda davalı taraf ise, ıslaha karşı beyanlarında faizin ihlal tarihinden değil ıslah tarihinden itibaren başlaması gerektiğini iddia etmektedir.⁷⁵²

Oysa ki; sınai mülkiyet hakkına tecavüz halinde açılacak maddi tazminat davaları, haksız fiil tazminat kurallarına tabi olduğundan, taleple bağlılık ilkesi gereği dava dilekçesinde talep edilmesi halinde, zararın doğduğu ilk ihlal tarihinden itibaren, aksi takdirde dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekmektedir.⁷⁵³

⁷⁴⁸ Çolak, 1051-1052. Yargıtay 11. HD. 05.03.3014 T. 2013/144085 E., 2014/4175 K. sayılı kararı.

⁷⁴⁹ Gümüüş, 739.

⁷⁵⁰ Uyanık, 95 vd. Faiz tazminat faizi ve temerrüt faizi olmak üzere ikiye ayrılır. Tazminat faizi, dava tarihinden karar tarihine kadar hesaplanır ve tazminat asıl alacağının bir parçasıdır. Temerrüt faizi ise, karar tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen sürede uygulanır.

Yargıtay HGK 30.11.2005 T. 2005/4-643 E., 2005/675 K. sayılı kararı.

⁷⁵¹ Uyanık, 98.

⁷⁵² Çolak, 1057.

⁷⁵³ Uyanık, 97. Çolak, 1016 ve 1057. Narer, 917 dn 1276. Zeki Emre Kurt, emrekurt.av.tr, G.T. 03.04.2020, E.T. 28.02.2024 <<https://www.emrekurt.av.tr/blogs/2020/04/03/marka-tecavuzu-tazminat/>>.

Davanın sonradan ıslah edilerek haksız fiil tarihi itibariyle faiz yürütülmesinin talep edilmesi halinde, usulüne uygun şekilde harç yatırılmış ise yine ihlal tarihinden itibaren faiz işletilecektir.⁷⁵⁴

Elbette maddi tazminat davalarında geçmişe dönük hesaplama yapılırken, markanın tescil (başvurunun bültende yayınlanma) tarihinden itibaren koruma kazandığı, tescil öncesi dönemin koruma dışında kaldığı hususu unutulmamalıdır.⁷⁵⁵ Dolayısıyla Türkiye’deki tescil tarihi, ihlal tarihinden sonraki bir tarih ise tazminat ve faiz, tescil tarihinden itibaren hesaplanacaktır.⁷⁵⁶

Yargıtay bir kararında; davacının tanınmış ve tescilli “çiçeksepeti”, “www.ciceksepeti.com” ve “çiçek sepeti” markalarının davalı tarafından Google arama motorlarında reklamı içerik olarak kullanıldığı davada, davalının “çiçek sepeti” ibaresinin çiçeklerin sunuluşu bakımından jenerik isim olarak kullanıldığı savunmasına itibar etmeyerek, davanın kabulü ile ıslah öncesi rakam yönünden delil tespiti tarihinden, ıslah ile arttırılan rakam yönünden ise ıslah tarihinden itibaren en yüksek ticari faiz yürütülerek tahsili yönündeki kararı usul ve yasaya uygun bularak onamıştır.⁷⁵⁷

Yargıtay bir kararında; haksız fiilin, ihtar ve ihbara gerek olmaksızın, zararın doğduğu anda mütecavizin temerrüde düştüğünü belirterek faizin bu tarihten itibaren başlatılması gerektiğini vurgulamıştır.⁷⁵⁸ Başka bir kararında ise; faizin başlangıcı olan ihlal tarihinin belirlenmesinde, ihlali ispata yarayan katalog ve broşürlerin baskı tarihi, internette kesin olarak belirlenen satış tarihi, mahkemece yapılan delil tespiti tarihi, dava konusu malların tüketiciye tanıtıldığı reklam, gazete yayını, fatura tarihi gibi tarihlerin faiz başlangıcı olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir.⁷⁵⁹

⁷⁵⁴ Çolak, 1017.

⁷⁵⁵ Çolak, 1015. Gümüş, 741.

⁷⁵⁶ Çolak, 1015.

⁷⁵⁷ Yargıtay 11. HD. 12.01.2023 T. 2021/5571 E., 2023/211 K. sayılı kararı E.T. 06.12.2023 E.T. 06.12.2023 (K.İ.B.).

⁷⁵⁸ Çolak, 1058. Yargıtay 11. HD. 11.06.2013 T. 2011/9323 E., 2013/12117 K. sayılı kararı.

⁷⁵⁹ Çolak, 1016. Yargıtay 11. HD. 10.06.2015 T. 2015/2306 E., 2015/8013 K. sayılı kararı.

F. Döviz Üzerinden Hesaplama Yapılması

TBK'nun 99. maddesi, konusu para olan borcun kural olarak ülke parasıyla ödeneceğini düzenlemektedir.⁷⁶⁰ Yine bu maddeye göre; sözleşmede aynen ödeme veya bu anlama gelen bir hüküm bulunmadıkça, ülke parası dışında başka bir para birimiyle ödenmesi kararlaştırılan borç, ödeme günündeki rayici üzerinden ödenebilir veya vade ya da fiili ödeme günündeki rayici üzerinden ödenmesi alacaklı tarafından talep edilebilir.⁷⁶¹ Yabancı paranın çevrileceği kur, alacaklının korunması amacıyla döviz satış kuru olacaktır.⁷⁶² Fakat bu hüküm, sözleşmesel borç ilişkileriyle alakalıdır.⁷⁶³ Dolayısıyla sınai mülkiyet hakkının ihlalinin haksız rekabet teşkil etmesi sebebiyle tazminat miktarının döviz cinsinden hesaplanmasının talep edilmesi söz konusu olamayacaktır.⁷⁶⁴

Yargıtay karikatürist ve ressam olan davacının eserlerinden bir kısmının canlandırma şeklinde işlenerek bir kanalda yayınlanmasına ilişkin davada; tazminat ilkelerinde asıl olanın gerçek zararın tazmini olduğunu, yabancı para borcunun sözleşmeden doğabileceği gibi, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme vb. nedenlerle de doğabileceğini, bu hallerin varlığında aynı alacak gibi yabancı para üzerinden hesaplama yapılmasında bir sakınca olmadığını ve maddi tazminatın hesabının yabancı para üzerinden yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶⁵

Zira maddi tazminat davalarında fiilî zarar ve özellikle yoksun kalınan kâr talebinde, SMK 151/2 maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerine göre tazminat hesabı yapılırken elde edilen kârın Türk Lirası cinsinden olması durumunda, hesaplamanın döviz cinsinden değil Türk Lirası cinsinden yapılması gerektiği doktrinde belirtilmektedir.⁷⁶⁶ Esasen burada Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkındaki 32 sayılı Tebliğe ilişkin bir parantez açmak gerekmektedir. Bilindiği üzere Tebliğ

⁷⁶⁰ Çolak, 1046. Gümüş, 724.

⁷⁶¹ Çolak, 1046. Oğuzman/Öz, 303-304 ve 513-514. Öksüz, 317.

⁷⁶² Oğuzman/Öz, 306 ve 514. Barlas, 101.

⁷⁶³ Çolak, 1046.

⁷⁶⁴ Çolak, 1046. Küçükali, 233. Hakan Pekcanitez, *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili 3. Bası*. (Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998) 46.

⁷⁶⁵ Gümüş, 736. Yargıtay 11. HD. 03.02.2000 T. 1999/7019 E., 2000/616 K. sayılı kararı.

(emsal.uyap.gov.tr)

⁷⁶⁶ Çolak, 1015.

gereğince Türk Lirasının değerinin korunması amacıyla; imzalanan sözleşmelerin, mahkemece yapılan hesaplamaların ve verilen hükümlerin Türk Lirası bazında hüküm ve sonuç içermesi gerekmektedir. Buradaki nüans; eğer uyumsuzluk, içerisinde yabancılik unsuru barındırıyorsa (örneğin yabancı bir markanın Türkiye’de taklit edilerek ticari hayatta kullanılması ve ihlal edilmesi ya da lisans örneksemesi seçeneğinin tercih edilmesi halinde lisans verenin yabancılik unsuru içermesi ve halin mutad cereyanına göre lisans sözleşmesinin yabancı para birimi üzerinden kararlaştırılacak olması gibi) bu durumlarda döviz üzerinden hesaplama yapılabilecektir.⁷⁶⁷ Fakat kanaatimizce tesis edilecek nihai kararda hükmedilecek tazminat miktarı yine Türk Lirası olarak yer almalıdır.

Dolayısı ile zarar yönünden döviz üzerinden hesaplama yapılarak dava tarihinde geçerli olan döviz kuru üzerinden bu miktarın Türk Lirasına çevrilmesi ve tazminat miktarının belirlenmesi mümkündür. Doktrinde esas alınacak kurun hangisi olacağı (efektif kur, döviz kuru alış kuru, döviz satış kuru) tartışmalı olup bizce daha yüksek olan döviz satış kurunun dikkate alınması gerekmektedir.⁷⁶⁸

Bu konu hakkında; son yıllarda ülkemizde meydana gelen konjonktürel değişimler, piyasa dalgalanmaları ve enflasyon gelişmeleri öne sürülerek aksi görüş ileri sürülebilir ve tecavüze uğrayan sınai hak sahibinin tazminat alacağının korunması amacıyla döviz üzerinden karar verilmesi gerektiği savunulabilir. Fakat hem buna hukukumuzdaki mevzuat izin vermemektedir, hem de yoksun kalınan kâra ilişkin döviz rakamları zaten hesaplama aşamasında dikkate alınacağından ve tazminat hesabında Türk Lirasına çevrileceğinden bu şekilde nihai hüküm tesis etmeye gerek yoktur.

Biz, davacının tazminat alacağının enflasyon karşısında erimemesi adına başta avans ve ticari avans faizleri olmak üzere faiz oranlarının arttırılması gerektiği düşüncesindeyiz. Zira bu çalışmamızın yazımı esnasında, 1 Kasım 2023 Çarşamba günü 32356 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan TCMB tebliğine göre avans faiz oranları, 14 Kasım 2023 Salı günü 32369 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7782

⁷⁶⁷ Gümüş, 731 vd. Çolak, 1046. Yargıtay 11. HD. 14.05.2012 T. 2011/776 E., 2012/7642 K. sayılı kararı. Yargıtay 11. HD. 21.03.2006 T. 2005/790 E., 2006/2934 K. sayılı kararı. Uyanık, 133. Yargıtay HGK 18.12.2010 T. 2011/7-352 E., 2011/370 K. sayılı kararı.

⁷⁶⁸ Gümüş, 737.

sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile AATUHK 51. Maddesindeki gecikme zammı oranı ve Hazine ve Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'nın (Seri: C Sıra No: 7) Tahsilat Genel Tebliği ile tecil faizi oranı arttırılmış ve bahsettiğimiz konuya benzer bir adım atılmıştır. Aksi halde sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin mağduriyeti tam anlamıyla giderilemeyecektir.



SONUÇ

Marka hakkı, sahibi olan müteşebbis ile tüketici arasında iletişim kurmaya, mal ve hizmetlerin hangi işletme tarafından üretildiğini işaret etmeye ve bu mal ve hizmetleri diğer işletmelerden ayırmaya, mal ve hizmet kalitesi ile üretim standardı konusunda tüketiciye garanti vermeye yarayan bir haktır. Günümüzde marka hakkının ayırt edicilik fonksiyonu daha çok ön plana çıkmakta olup marka hakkına tecavüz halinde markanın ihlal edilen kısmı genellikle ayırt edici olan kök kısmıdır.

Marka hakkı, TPMK sicilinde tescili ve bu tescilin bültende yayım tarihi itibarıyla hukuki anlamda 10 yıl süreyle koruma elde eder. Tescil kurucu değil, açıklayıcı nitelik taşımaktadır. Bu koruma süresini, 10 yılın sonunda yapılan başvuru ile bir 10 yıl daha uzatmak ve bu şekilde başvuru koşullu süresiz korumadan faydalanmak mümkündür. Tescilli markalar SMK'nda özel olarak düzenlenen hükümlere ilişkin koruma sağlarken, tescilsiz markalar TTK'nun haksız rekabet hükümlerine göre korumadan faydalanabilecektir. Tescil ilkesinin istisnası olan tanınmış ve ayırt ediciliği yüksek markalar ise, bir faaliyet alanında sicile kayıtlı olmasalar dahi o alanda tüketici nezdinde kabul görmüş ve nam salmış ise evrensel korunma hakkına sahip olacaktır.

Marka hakkına tecavüz, özel yasa olan SMK'da nitelendirilmemekle birlikte TTK'da yer alan genel kurallara göre haksız rekabet niteliğini haizdir. Marka hakkının ihlal edilmesi halinde açılacak tecavüzün tespiti, önlenmesi, durdurulması ve kaldırılması davalarında kusur ve zararın varlığı aranmaz. Tazminat davalarında ise tıpkı haksız fiil ve haksız rekabet hukukunda olduğu gibi; hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve uygun illiyet bağı asli unsurlarının varlığı burada da aranacaktır. Tazminatın belirleyici unsuru olan kusur ve zararın varlığı, marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak tazminat davalarında olmazsa olmaz koşullardandır.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden kusurlu ve hukuka aykırı eylemler ise SMK'nun 7 ve 29. maddelerinde açıkça ve sınırlı sayı prensibiyle sıralanmıştır. Bu

hallerin dışına kalan ihlallerin TTK'nun 54 ve 55. maddelerindeki haksız rekabet hükümlerine uyması halinde haksız rekabete ilişkin tazminat davalarının açılması da mümkündür. Bu durumda öğreti; haksız rekabet hükümleri ile sınai mülkiyet haklarının korunmasına dair hükümlerin kümülatif olarak uygulanabileceğini öne sürmektedir. Ancak yabancı müktesebatlardaki uygulamalar, fikrî ve sınai mülkiyet haklarının birlikte var olması -kümelenmesi, yığılması- halinde, kendilerine özgülenen koruma hükümlerinin kümelenmesini mümkün kılmaktadır. Aksi bir durumun kabulü, kanunkoyucunun özel kanunlarda getirdiği sınırlı koruma koşullarını yasanın ruhuna aykırı olacak şekilde genişletecektir.

Her ne kadar 6769 sayılı SMK'na yasa yapma tekniğine aykırı olarak alınmamış olsa da mülga MarKHK'da yer alan "ticari amacı/hayatta kullanım koşulu"nun varlığı yine aranacaktır. Bu haliyle, ticari amaçlı kullanım şartı bulunması sebebiyle marka hakkına tecavüz eylemi, nevi şahsına münhasır "ticari bir haksız fiil" olan haksız rekabet niteliğindedir. Bu nedenle uyuşmazlık bakımından zorunlu arabuluculuk müessesesi bulunmakta olup açılacak davalarda görevli mahkeme, bu konuda özel olarak kurulan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleridir.

Hak sahibi, marka hakkının tecavüze uğraması sebebiyle mütecavize karşı bir takım yasal yollara başvurma hakkına sahiptir. Marka hakkı sahibinin SMK 149 ve 150/1 fıkrası gereğince; maddi tazminat, manevi tazminat ve itibar tazminatı davalarını açarak uğradığı maddi zararların tazminini talep etmesi mümkündür. Maddi tazminat davalarının konusunu, fiili zarar ve yoksun kalınan kâr teşkil etmektedir. Marka hakkının soyut bir hak olması ve temsil ettiği mal ve hizmetten elde edilen kazanca olan maddi katkısının davanın başlangıcında bilinmemesi sebepleriyle uygulamada maddi tazminat davalarının belirsiz alacak davası olarak ikame edilmesi mümkündür. Bu haliyle belirsiz alacak davası olarak belirli ve düşük bir miktar üzerinden ikame edilen dava değeri, bilirkişi raporuyla zarar ve tazminat miktarının somutlaştırılması üzerine talep artırımı ve harç tamamlama suretiyle artırılabilir.

TTK'nun özel düzel düzenlemesi olan SMK'nda özel hüküm bulunmaması, ispat konusunda bizi HMK'nın genel hükümlerine sevk etmektedir. Bilindiği üzere TMK md. 6 ve HMK md. 25 gereğince; müddei, iddiasını ispatla mükelleftir. Maddi

tazminat davalarında da zarar ve kusurun varlığı ve illiyet bağının ispatı, davacı tarafa düşer. Maddi tazminat davalarında, müddeabihin belirsizliğinin giderilebilmesi ve ileride sağlıklı hesaplama yapılabilmesi adına, SMK 150/3 fıkrası ile delil tespiti bulunma imkânı getirilmiştir. Davacı hak sahibi, delil tespiti yoluna maddi tazminat davası açmadan ya da maddi tazminat davası açtıktan sonra tahkikat aşamasına geçmeden talep edebilir. Uygulamada delil tespiti -mütecavizin haberi olmaksızın- o kişinin iş yerine yahut delillerin bulunduğu yere gidilerek ihlal konusu ürünlerin tespiti, numune temini ve fotoğraflandırılması şeklinde yapılmaktadır. Aksi halde mütecavizin, zarar ve tazminat miktarının tespitini zorlaştırmak adına delillerin karartılması yoluna gidebilecek, bu durum da telafisi güç yahut imkânsız zararlara yol açacaktır. Buradaki önemli husus, madde kapsamındaki delil tespiti müessesesinin, Roma Hukukundaki “*Memo contra se edere tenetur*” yani “*Kimsenin kendi aleyhine olan belgeleri mahkemeye sunmaya mecbur tutulamayacağı*” kuralının istisnasını teşkil etmesidir. Davacı, davalının kendisine ait sınai mülkiyet hakkını kullandığına dair ticari defterleri, belgeleri, bilanço ve satış bilgilerini, mali tablolarını, her türlü basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veya internet ortamındaki veriler ve buna benzer bilgi taşıyıcıları mahkemeye sunması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilecektir.

Doktrinde müşteri listesi, dağıtıcı listesi, bu kişilerle yapılan yazışmalar, bunların adresleri gibi üçüncü şahıslara ait olan ve paylaşılmaları konusunda açık rıza bulunmayan kişisel verileri içeren belgeler ve bilgilerin mahkemeden istenip istenemeyeceği noktasında tartışma vardır. Kanaatimizce bu tarz evraklarda hesaplamaya etki etmeyecek verileri içeren kısımların sansürlenerek ve karartılarak anonimleştirilmesi ve mahkemeye sadece hesaplamaya yön verecek kısımlarının ibraz edilmesinde fayda vardır.

SMK 151/1 fıkrasına göre maddi tazminat davalarında talep edilebilecek alacak kalemleri, fiilî zarar ve yoksun kalınan kârdan oluşmaktadır. Fiilî zarar ile yoksun kalınan kâr arasındaki nüans, fiilî zararda mevcut mal varlığında azalma söz konusuyken yoksun kalınan kârda ileride gerçekleşmesi muhtemel bir kazancın hiç yahut beklendiği gibi gerçekleşmemesi şeklinde açıklanabilir.

Fiilî zarar, hak sahibinin uğradığı somut zarara ilişkindir. Başlıca fiilî zarar kalemleri; marka hakkı sahibinin, tecavüz eylemini tespit etmek ve kanıtlamak için yaptığı delil toplama masrafları, tecavüz sebebiyle kamuoyuna açıklama yapma ihtiyacı nedeniyle gazetelere verilen ilan giderleri, ihlal nedeniyle satılamayan ürünler yönünden uğranılan zararlar, tecavüz sebebiyle piyasaya etkin girilememesi, yatırımların boşa gitmesi, istihdam edilenlere fazladan yapılan ödemeler, tecavüz sebebiyle başvuru hukuki yollarda yapılan masraflar, tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, boşa giden yatırımların maddi karşılığı, pazar kaybı ve kaybedilen pazar payını yeniden elde etmek için yapılan (promosyon, kalıp ve ambalaj değişikliği, karışıklığı giderme, imaj hatırlatma, imaj yenileme gibi) giderlerden oluşmaktadır.

Yoksun kalınan kâr ise; tahmini bir zarara ilişkin olup farazi bir yöntemle dayanılarak zarar ve tazminat hesabı yapılır. SMK 151/2 fıkrası; davacı hak sahibine, yoksun kalınan kâra ilişkin üç farklı hesaplama yöntemini sınırlı seçimlik hak olarak sunmaktadır. Davacı hak sahibi, bu hesaplama yöntemlerinden farklı bir yöntem seçemeyeceği gibi bu hesaplama yöntemlerinden birkaç tanesini aynı anda seçemeyecektir. Elbette hesaplama yönteminin seçilmesinin, delil tespitinden sonra yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Davacı hak sahibi, bu seçimini davanın başında yapmak zorundadır. Davacının dava dilekçesinde seçim yapmaması halinde hâkim hesaplama yöntemini re'sen seçemeyecek, davayı aydınlatma görevi gereği davacıya bir süre tanıyacaktır. Bu sürenin tanınmaması yahut hesaplama yönteminin hâkim tarafından seçilmesi Yargıtay tarafından usulî bozma sebebi olarak görülmektedir. Hesaplama yöntemlerinin seçimi sınırlı seçimlik hak olduğu için, davacı taraf bu yöntemi tahkikat aşamasında yalnızca karşı tarafın açık rızası veya ıslah yolunu kullanarak değiştirebilecektir.

Yoksun kalınan kâra ilişkin hesaplama seçenekleri; mütecavizin rekabeti olmasaydı hak sahibinin elde edeceği muhtemel gelir, mütecavizin elde ettiği net kazanç ve mütecavizin sınai mülkiyet hakkını bir lisans sözleşmesiyle hukuka uygun şekilde kullanmış olsaydı hak sahibine ödemesi gereken lisans bedeli olmak üzere üç yöntemden oluşmaktadır. Hangi yöntem seçilmiş olursa olsun, uygun illiyet bağı doğrultusunda mütecavize kusur olarak yükletilemeyen zararlar ve ihlal edilen markayı taşıyan ürünlerin dışında kalan ürünlere ait gelirler hesaplamanın dışına

çıkartılır. Benzer şekilde bir işletmenin cirosunda, “markanın kullanılması yoluyla elde edilen gelirlerin” dışında başkaca gelirlerin bulunması (kira, tahvil, yatırım, gayrimenkul satışı vb.) sebebiyle bu gelirlerin de ayrıştırılması gerekmektedir. Bu sebeple işletmelerin cirosu, yekûn olarak kül halinde değerlendirmeye alınamaz. Bu doğrultuda, amme alacağı niteliği taşıyan ve işletmelere ait olmayan vergilerin de bu kazançlardan indirilmesi gerekmektedir.

SMK 151/2-a fıkrasında yer alan, “mütecavizin rekabeti olmasaydı hak sahibinin elde edeceği muhtemel gelir” seçeneği, davacı hak sahibinin kendi elindeki verilere dayanması ve ispat kolaylığı barındırması açısından uygulamada en çok tercih edilen seçenektir. Davalı mütecavizin ticari defterleri ve kayıtlarının yanı sıra sattığı taklit mallara ilişkin satış fiyatı, satış fişleri, üretim miktarı, stok bilgisi, kâr marjı, ticari faaliyetinin, tecavüz eyleminin boyutu gibi hususlar ve davacının geçmiş yıllardaki ticari faaliyeti, ürün fiyatları, satış performansı, kâr marjı gibi unsurların birlikte değerlendirilmesi ile muhtemel gelirinin alt sınırı belirlenir. Bu seçenekte, davacı hak sahibinin tecavüz eylemine rağmen gelir elde etmesi, tazminata takdir edilmesine engel teşkil etmeyecektir.

SMK 151/2-b fıkrasında yer alan “mütecavizin elde ettiği net kazanç” seçeneğine göre; davalının, dava konusu markayı kullanmak suretiyle elde ettiği net kazancın hesaplanmasına ilişkindir. Mütecavizin tecavüz sebebiyle elde ettiği gelir hesaplanırken; markanın türü (mal veya hizmet), güvenilirliği, tanınmışlığı, taraflara ait ticari kayıtlar ve defterler, sipariş formları, faturalar ve irsaliyeler, ticari faaliyetinin boyutu, ihlal konusu markayı barındıran ürünler hakkında aldığı sipariş miktarı, fiyat listeleri, satış fiyatı ve kâr marjı, üretim, stok ve satış adedi, sermaye, amortisman, pazarlama ağı, personel politikası, eğitime verilen önem, istihdam niteliği, faaliyet gösterilen yerin niteliği, satış fiyatlarını etkileyen unsurları, üretim giderleri, tescil belgesi, reklam politikası gibi unsurlar dikkate alınacaktır. Bu hesaplama yöntemine göre; davacı hak sahibinin zarara uğramaması halinde, tazminat talep etme hakkı da bulunmayacaktır.

Son olarak SMK 151/2-c fıkrasında yer alan “lisans örneksemesi” seçeneğine göre; marka hakkı sahibi ile mütecaviz arasında bir lisans sözleşmesi imzalanmış olsaydı, hak sahibinin elde edebileceği kazanç lisans bedeli kadar olacağından ve

hukuk düzeni edimsiz kullanıma izin vermeyeceğinden, farazî bir lisans bedeli hesaplanarak tazminat miktarı belirlenecektir. Bu yöntemde hak sahibinin, normal şartlar altında mütecavize hiç lisans vermeyeceği savunması kabul edilmeyecektir. Özellikle davacıya ait markanın, davalı yanca izinsiz kullanımıyla imal edilen malların gümrükte yakalanması, bu ihlal teşkil eden malların henüz pazara girmemesi, satışa sunulmaması, tüketici nezdinde duyulmaması ve mütecavizin henüz kazanç elde etmemiş olması halinde bu hesaplama yöntemine başvurmakta fayda vardır. Örnek lisans bedeli belirlenirken, dava konusu markalı ürünlerin inhisari olan veya inhisari olmayan lisans içerip içermediği ve somut olayın özelliği nazara alınacaktır. Yine hesaplama esnasında; mübrez örnek lisans sözleşmeleri, ele geçirilen ve tespit edilen ürün miktarı, mal veya hizmetin niteliği ve fiyatı, markanın değeri ve tanınmışlık derecesi, markanın ekonomik önemi, markanın geçerlilik süresi, marka hakkı sahibinin ve mütecavizin cirosu, üretim ve satış kapasitesi, mütecavizin satabileceği ürün miktarı, lisans hakkı ve ihlalin süresi, varsa önceki lisansların sayısı ve çeşidi, emsal lisans bedelleri, ihlalin nitelik ve boyutu, emsal ve kesinleşen mahkeme kararları, dava konusu ürünlerin özellikleri, sektördeki toplam satış hacmi, piyasa payı, pazar yapısı, davacı ve davalının mali büyüklükleri, üretim ve/veya satış kapasiteleri, davacının geçmiş yıllardaki ticari performansı, genel ekonomik koşullar göz önüne alınmalıdır.

Özellikle hizmet markalarında ve bazı sektörlerde; mal veya hizmetin maddi karşılığı evrensel şekilde geçerli olan bazı standartlara göre belirlendiğinden (örneğin kuyum eşyalarında saflık, gram, ayar vb.) markanın tüketicide talep oluşturmada etkisi bulunmayacağından, bizce bu gibi hallerde sadece tanınmış markalar hakkında tazminat talep etme hakkı doğacaktır. Örneğin; el yapımı, işlemeli ve eşsiz bir kuyum eşyasının yahut dünyaca ünlü bir aşçının benzersiz bir tarifley ortaya koyduğu şef tabağının tecavüze uğraması gibi.

Hak sahibinin zararı, fark teorisine göre tecavüz eylemi meydana gelmeden önceki mal varlığının mevcut yahut olması beklenen durumu ile tecavüz meydana geldikten sonraki hali arasındaki farka göre belirlenir. Zarar, maddi tazminatın üst sınırını teşkil etmektedir. Başka bir deyişle tazminat hiçbir zaman zararı aşamaz. Tazminatın belirlenmesinde tam tazmin ilkesi uygulanır. Tazminat miktarı belirlenirken; mülga MarKHK'dan farklı olarak yeni getirilen düzenlemeyle SMK

151/3 fıkrası gereği ihlalin süresi, niteliği ve boyutu, lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, markanın ekonomik boyutu ve benzeri hususlar da dikkate alınır. Orijinal malların, taklit markaları içeren malların yanında satılması da tazminat miktarının hesabında dikkate alınması gereken bir husustur.

Denkleştirme ilkesi gereği, zarar gören lehine meydana gelen ekonomik faydaların, zararın hesaplanması aşamasında indirilmesi gerekmektedir. Örneğin, tecavüz teşkil eden malların davacı yararına müsadere ve bu mallar üzerinde davacıya mülkiyet hakkı tanınmasının istenmiş olması ya da tecavüz sebebiyle davacının ödemekten kurtulduğu amme alacaklarının zarar hesabı yapılırken tenzil edilmesi gerekmektedir.

Marka hakkına tecavüz halinde açılacak maddi tazminat davalarında, bazen davacı hak sahibinin eldeki verilere bakmaksızın yanlış hesaplama yöntemini seçmesi, bazen zararın ve kusurun varlığını somut olarak net bir şekilde ortaya koyamaması gibi sebeplerden ötürü, TBK 50. maddesi gereği zararın ve tazminatın hâkim tarafından takdir edilmesi gündeme gelebilmektedir. Ancak bu yapılırken, somut olayda hesaplama elverişli tek bir veri dahi bulunmamalıdır. Öyle ki adeta davacıdan yana ispat beklenmezlik halinin varlığından söz etmek gerekir. Aksi takdirde dosyada hesaplama elverişli veriler varken hâkimin re'sen takdir yetkisini kullanması, hükmün bozulması sebebi olacaktır. Yasa metni, zarar ve tazminat miktarını belirlemede hâkime geniş bir takdir yetkisi kullanmaktadır. Hâkim, tazminat miktarını artırıp azaltabileceği gibi tamamen ortadan kaldıracabilecektir. Elbette mahkemece takdir yetkisi kullanılırken, somut olayda farazî kazanç ve lisans bedellerine ilişkin bilirkişi raporu alınmasında da fayda vardır.

SMK 151/4 fıkrası gereğince; SMK 151/2 fıkrasındaki (a) ve (b) bentlerinde yer alan hesaplama seçeneklerinden birinin seçilmesi halinde, ürüne ilişkin talebin oluşmasına markanın belirleyici etken olduğu kanaatine varılırsa, mahkeme kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verebilecektir. Fakat madde metni; markanın kazanç hesabına etkisini ele aldığından, bu payın tazminat miktarına eklenmesinin yanında çıkartılmasını da barındırmaktadır. Başka bir deyişle; davacı markasının, davalı markasını da barındıran mal ve hizmetlerle sunulması halinde, bu durumda hangi markanın tüketici nezdinde ne oranda talep

doğurduğuna bakılmalı ve buna göre bir pay eklemeli yahut çıkartılmalıdır. Nitekim yukarıda ilgili başlık altında açıkladığımız Yargıtay’ın “Dalan Family v. Fax Family” kararı da bu yöndedir. Doktrinde bazı yazarlar, madde metninin özel hukuk cezası niteliğinde olduğunu belirtmekteyse de bu kabul edilemez. Nitekim SMK 151/4 fıkra metni, yoksun kalınan kazanç hesaplamasında dikkate alınacağından ve SMK 150/1 fıkra metninde de “hak sahibinin zararının tazmini” amaçlandığından, dolayısıyla yoksun kalınan kazanç hesaplamasında hakkaniyete uygun bir payın eklenmesinin, zararın tazmini amacına hizmet edeceğinden, bu hüküm özel hukuk cezası olarak değerlendirilemez.

Tazminat miktarı yönünden; tecavüz tarihinden dava tarihine kadar tazminat faizi, karar tarihinden ödeme tarihine kadar ise temerrüt faizi yürütülmektedir. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkındaki 32 sayılı Tebliğ gereğince, zarar ve tazminat hesabı döviz üzerinden yapılabilmektedir; fakat hükmün Türk Lirası karşılığı üzerinden tesis edilmesi zorunludur.

KAYNAKÇA

- ABACIOĞLI VİSKUŞENKO**, Melis. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markanın Koruma Kapsamı Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Başken Üniversitesi, 2019.
- AKER**, Yeşim. *Türk Patent ve Marka Kurumunun Marka Tescil Sürecinde Verdiği Kararlara Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar Doktora Tezi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 2020.
- AKINCI**, Şahin. *Roma Borçlar Hukuku 7. Baskı*. Konya: Sayram Yayınevi, 2017.
- AKTEKİN**, Uğur, Güldeniz Doğan Alkan ve İbrahim Barış Sayar. “Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı”, *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C II, S 2*. (Aralık 2016): 1-25.
- AKYOL**, Şener. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- ALTIN**, Burak İsa. *Marka Hakkının Niteliği ve Devletin Markaya Müdahalesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- AMOTO**, Guiliano & Claus-Dieter Ehlermann, *EC Competition Law*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- ANIL**, Yaşar Şahin. *Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- ANTALYA**, O. Gökhan. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- AREEDA**, Phillip E., Louis Kaplow & Aaron S. Edlin. *Antitrust Analysis: Problems, Text, and Cases 7th Ed*. Boston/Massachusetts: Aspen Publishers Inc., 1997.
- ARIKAN**, Mustafa. *Fikri Mülkiyet Hukukunda Televizyon Program Formatlarının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- ARKAN**, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku 25. Bası*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019.
- ARKAN**, Sabih. *Marka Hukuku C 1*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No 520, 1997.

- ARKAN**, Sabih. *Marka Hukuku C II*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- ARKAN**, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku 20. Bası*. Ankara: BATİDER, 2015.
- ARKAN**, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2018.
- ARKAN**, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku 26. Bası*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2020.
- ARSLANLI**, Halil. *Kara Ticaret Hukuku Dersleri Umumi Hükümler 3. Baskı*. İstanbul: Fakülteler Matbaası: 1960.
- ARSLANOĞLU**, M. Anıl ve Aksu Dağcı. “Tanınmış Marka”, *Legal Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Dergisi*, C 2, S 6. (Haziran 2006): 297-310.
- ASLAN**, İsmail Yılmaz. “Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerinden Düşünceler”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 1, S 1*. (2001): 19-42.
- ATAAY**, Aytekin. *Borçlar Hukuku Genel Teorisi 3. Bası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1981.
- ATASOY**, Kemal. “Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kılınan Kazancın Hesaplanması” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C I*. (Ocak 2015): 24-49.
- AYDIN**, Fatih. “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, *TBB Dergisi 133. Sayı*. (Kasım-Aralık 2017): 517-576.
- AYTUĞAR**, Bilge ve Sultan Küçük. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Tazminatı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C II, S 1*. (Haziran 2020): 110-125.
- BAHADIR**, Zeynep. Markanın Hükümsüzlüğü ve İptali Doktora Tezi. Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2017.
- BAHADIR**, Zeynep. *Medeni Usul Hukukunda Kısmi Karar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- BAKKAL**, Ali. “Borçlar Hukukunda Sebepsiz Zenginleşme Kurumunun Genel Şartlarından ‘Fakirleşme’ Üzerine Mukayeseli Bir Tetkik”, *Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi C 8, S 2*. (Aralık 2001): 7-46.
- BARLAS**, Nami. *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar*. İstanbul: Kazancı Kitap, 1992.

- BAŞBUĞOĞLU**, Tarık. *Uygulamalı Ticaret Kanunu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- BAYKAL**, Sanem. *Avrupa Birliği Hukukunda Tazminat Davası*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- BAYSAL**, Başak. *Haksız Fiil Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- BEKTAŞ**, İbrahim. “Haksız Rekabet Hukukunda Dürüst ve Bozulmamış Rekabeti Sağlama Amacı (TTK 54) ve İşleyen Rekabet Ölçütü”, *BATİDER C 34 S 3*. (Eylül 2018): 277-310.
- BELLİCAN**, Cüneyt. “Bir Haksız Fiil/Haksız Rekabet Örneği Olarak Başkalarının veya Ürünlerinin Kötülenmesi”, *Fasikül Dergisi C 11, S 111*. (Şubat 2019): 663-671.
- BERZEK**, Ayşe Nur. *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2020.
- BİLGE**, Mehmet. “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C 1, S 2*. (Kasım 2015): 7-22.
- BOZBEL**, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku 1. Bası*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2015.
- BOZBEL**, Savaş. *Haksız Rekabet Hukuku*. Nürnberg: Epubli, 2018.
- BOZGEYİK**, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2020.
- BOZGEYİK**, Hayri ve Sefa Er, “Tasarımlar İçin Kümülatif Koruma”, *Ticari ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi C 5, S 1*. (Haziran 2019): 19-38.
- BUDAK**, Muhammed Alparslan. *Haksız Fiilde Zararın Tazmini*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2021.
- BULUT**, Uğur. *Medeni Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- BUSSY**, Andre ve Kemal Tahir Gürsoy, “İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşmenin (Haksız İktisap) Umumi Şartları Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 5, S 1*. (Mayıs 1948): 581-632.
- BÜYÜKKILIÇ**, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- CENGİZ**, Dilek. *Türk Hukukunda İltibas veya İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. İstanbul: Beta Yayınları, 1995.
- CENGİZ**, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. İstanbul: Beta Yayınları, 1995.

- ÇAĞLAR**, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar 2. Bası.* .Ankara: Adalet Yayınları, 2015.
- ÇETİN**, Hülya. “Patent Haklarının Korunması Bağlamında 2004/48 EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ve Karşılık Türk Mevzuatı”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2009): 165-226.
- ÇINAR KARABAĞ**, Nihal. *Türk Ticaret Kanunu’na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ÇOLAK**, Uğur. “Paris Sözleşmesi’nin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Y 4, C 4, S 2004/2*. (2004): 23-70.
- ÇOLAK**, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2023.
- DEVELİOĞLU**, Hüseyin Murat. “Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerinin Tabi olduğu Bir Yıllık Zamanaşımı Süresinin Başlangıç Anı”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C 1*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, (2010): 787-821.
- DİLMAÇ**, Şule. *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Sulandırılması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- DOĞAN**, Eylül Bahar. *Tescil Edilmiş Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonucu Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2019.
- DOĞANAY**, İsmail. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi C 1*. Ankara: Feryal Matbaası, 1990.
- DOĞANAY**, İsmail. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi 4. Bası*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.
- DURCEYLAN**, M. Mekin. *Marka Hakkına Tecavüz Halleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- DURCEYLAN**, Muhammet Mekin. *6769 Sayılı SMK Kapsamında Marka Hakkında Tecavüz Halleri Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2021. (Tez)
- DURSUN**, Hasan. *Marka Hukuku, Avrupa Topluluğu Marka Hukuku, Türk Marka Hukuku, Türk Marka Hukukunun Avrupa Birliği Müktesebatına Uyumunun Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- DÜLGER**, Murat Volkan. *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku 3. Bası*. İstanbul: Hukuk Akademisi Yayınları, 2020.
- DÜZGÜN**, Ülgen Aslan. “İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz”, *Türk Adalet Akademisi Dergisi Y 9, S 36*. (Ekim 2018): 143-170.

- EFEÇİNAR**, Ceyda Süral ve Mehmet Ertan Yardım. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- EGE**, Önder. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkında Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- EILMANSBERGER**, Thomas. “The Green Paper On Damages Actions For Breach Of The EC Antitrust Rules: Reflections On The Utility And Feasibility Of Stimulating Private Enforcement Through Legislative Action”, *Common Market Law Review* (44) N 2. (Nisan 2007): 431-478.
- ERDİL**, Engin. *Haksız Rekabet Hukuku Güncellenmiş 3. Bası*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- ERDİL**, Engin. *Haksız Rekabet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ERDOĞAN**, İsmahan Gülen. “Türk Hukukunda Vekaletsiz İş Görmenin Yeri ve Niteliği”, *Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 1, S 2*. (Aralık 2023): 471-504.
- ERDÖNMEZ**, Güray. *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti 2. Baskı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- EREL**, Şafak. *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*. Ankara: İmaj Yayıncılık, 1998.
- EREN**, Fikret ve Ünsal Dönmez, *Eren Borçlar Hukuku Şerhi C I-II*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- EREN**, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.
- EROĞLU**, Sevilay. *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları, 2000.
- EYÜBOĞLU**, Samiye. “Tanınmış Marka”, *Ankara Barosu Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C I, S. 2001/2*. (2001): 1-25.
- FHIMA**, Ilanah Simon. *Trade Mark Dilution in Europe and United States*. (Oxford: Oxford University Press, 2011) 244-245. Mark A. Lemley & Stacy L. Dogan, *Grounding Trademark Law Through Trademark Use*. California/Stanford: Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series, 2007.
- FRANKO**, Nisim. “Haksız Rekabet Sebebiyle Tespit Men İzale Davaları ve Tarafları” *Prof. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan*. İzmir: Döner Sermaye İşletmesi Yayınları. (1997): 53-85.
- FRANKO**, Nisim. “İltibas Suretiyle Haksız Rekabet”, *Prof. Dr. Mahmut Teyfik Birsal’e Armağan*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını. (2001): 115-140.

- GEMCİ**, Remzi, Gamze Gülşen ve F. Müge Kabasakal, “Markalar ve Markalaşma Şartları” *Uludağ Üniversitesi Mühendislik-Mimarlık Fakültesi Dergisi C XIV, S I*. (Nisan 2009): 105-114.
- GÖKYAYLA**, Emre. *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi 2. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2001.
- GÖLE**, Celal. *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*. Ankara: Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 1983.
- GÖNEN**, Coşku. *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2011.
- GÜÇLÜTÜRK**, Osman Gazi. *Türk Hukukunda Makine Öğrenmesine Dayalı Yapay Zekada Verinin Hukuka Uygun Şekilde Kullanılması Doktora Tezi*. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi, 2021.
- GÜMÜŞ**, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- GÜNEŞ**, İlhami. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku 2. Baskı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- GÜNEŞ**, İlhami. *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021. (Haksız Rekabet)
- GÜNEŞ**, İlhami. *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023. (2023)
- GÜRLER**, Cemalettin. “Takı Tasarımında Hukuki Koruma”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 2, S 4, 2002/4*. (2002): 51-62.
- GÜRPINAR**, Bünyamin ve Murat Oruç. “Haksız Rekabette Maddi Tazminat Hesaplamasında Yeni Yaklaşımlar”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*. Ankara. (2009): 61-96.
- GÜVEN**, Şirin. *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler Doktora Tezi*. Ankara: Ankara Üniversitesi, 2011.
- HACIÖMEROĞLU**, Oğuzhan ve Zeliha İnce. “Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler ile Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markanın Sulandırılması”, *Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi C 6, S 1-75*. (Haziran 2020): 75-107.
- HIRSCH**, Ernest. *Hukuki Bakımdan Fikri Say (Fikri Haklar)*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942.
- İŞİK YAŞLI**, Şeyma. *Fikrî Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasındaki Kümülatif Koruma*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

İMİRLİOĞLU, Dilek. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi 2. Bası.* Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

İSKENDER ABBASOĞLU, Elif Buse. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk Yüksek Lisans Tezi.* Ankara: Çankaya Üniversitesi, 2021.

JONES, Clifford A. “After the Green Paper; The Third Devolution in European Law and Private Enforcement. The Competition Law Review”, *The Competition Law Review Volume 3 Issue 1.* (Aralık 2006): 1-3.

KALE, Serdar. *Marka Davalarında Yargılama Usulü.* Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

KARACA, Anıl. *Haber Okuyucularının Tık Tuzağı Haber Algısı Yüksek Lisans Tezi.* İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2019.

KARAHAN, Sami. *Ticari İşletme Hukuku Güncelleştirilmiş 6. Bası.* Konya: Mimoza Yayınları, 1997.

KARAHAN, Sami. *Ticari İşletme Hukuku 22. Tıpkı Bası.* Konya: Mimoza Yayınları, 2011.

KARAHAN, Sami. “Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı”, *Ankara Barosu FMR Dergisi*, C 4, S 2. (2004): 11-22.

KARAHAN, Sami. *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları 1. Baskı.* Konya: Mimoza Yayınları, 2002.

KARAHASAN, Mustafa Reşit. *Sorumluluk Hukuku, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk.* İstanbul: Beta Yayınevi, 2003.

KARAMAN ODABAŞI, Fatma. *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması.* Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

KARAN, Hakan ve Mehmet Kılıç. *Markaların Korunması, 556 Sayılı KHK Şerhi.* Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

KARASİOĞLU GÜRBÜZ, Ayşe Gökçen. *Türk Hukukunda Telif Eserlerin Korunması.* Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

KARAYALÇIN, Yaşar. *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler “Hukuki Mütalaalar” (1992-1996) V.* Ankara: BATİDER, 1992.

KARAYALÇIN, Yaşar. *Ticaret Hukuku I Giriş – Ticari İşletme.* Ankara: Güzel İstanbul Matbaası, 1968.

KAYA, Barış. “Tescilli Markanın Hukuki Yönden Korunmasında Haksız Rekabet Hükümlerinin Uygulanabilirliği Üzerine Güncel Değerlendirmeler”, *Legal Hukuk Dergisi C 17, S 204.* (2019): 5147-5174.

- KAVAK**, Muhammed Halid. *Uluslararası Sorumluluk Hukukunda Tazminatın Belirlenmesi ve Hesaplanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- KAYA**, Arslan. *Marka Hukuku*. İstanbul: Arıkan Yayıncılık, 2006.
- KAYAR**, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- KAYIHAN**, Şaban. “Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka” *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C VII, S 1-2*. (Haziran 2003): 423-448.
- KAYIŞ**, Bengül. *Haksız Rekabetten Doğan Kanunlar İhtilafı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- KELLER**, Max & Sonja Gabi-Bolliger, *Haftpflichtrecht, C II: Das Schweizerische Schuldrecht*. Basel/Frankfurt: Helbing & Lichtenhahn, 1988.
- KENDİGELEN**, Abuzer. *Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler 3. Bası*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- KIDIL**, Barçın Özkan. *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Verilecek İhtiyati Tedbirler*. İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2022.
- KILIÇ**, Ali. “Markanın Korunması”, *Sosyoteknik Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi S 4*. (Aralık 2012): 35-77.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.
- KIRCA**, Çiğdem. “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 50, S 1*. (Şubat 2001): 91-119.
- KOÇ ÇELİK**, Nefise. *Tasarımların Ulusal ve Uluslararası Hukukta Tescili ve Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- KOÇYİĞİT**, İlker ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, 2019.
- KUŞOĞLU**, Dilay. *Başkalarının İş Ürünlerinden Yetkisiz Yararlanma Yoluyla Haksız Rekabet*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017.
- KÜÇÜKALİ**, Canan. *Fikri Hakların İhlalinden Kaynaklanan Tazminat Davası*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

- MEMİŞ**, Tekin. “Örneklerle Zayıf Marka”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı*. Ankara: Yetkin yayıncılık, 2012.
- MEMİŞ**, Tekin ve Tolga Ayoğlu, *Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009).
- MERAN**, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- MİMAROĞLU**, Sait Kemal. *Ticaret Hukuku, İşletme Hukuku 2. Baskı*. (Ankara: Sevinç Matbaası, 1970) 292.
- NARTER**, Sami. *Kusursuz Sorumluluk Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku 2. Baskı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- NOYAN**, Erdal. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.
- NOMER**, Haluk N. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler 18. Bası*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2016.
- NOMER ERTAN**, N. Füsün. “Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması (Artık Söz Konusu Değildir)”, *Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık. (2020): 297-320.
- NOMER ERTAN**, Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku, 1. Baskı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- NOMER**, Nedret Füsün. “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasındaki Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı*. İstanbul: Beta Yayınları. (2001): 395-418.
- ODMAN BOZTOSUN**, Ayşe. “Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 9-10 Aralık 2005*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. (2006): 309-338.
- OĞUZMAN**, M. Kemal ve Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2, 12. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- OĞUZMAN**, M. Kemal ve Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C 2, 16. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- OKUDUR**, Asena İrem. *Paris Sözleşmesi’ne Göre Tanınmış Marka ile Türkiye’de Belirli Bir Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Korunması Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Başkent Üniversitesi, 2022.
- OYTAÇ**, Kutlu. *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku 1. Baskı*. Ankara: Beta Yayınevi, 2002.

- OYTAÇ**, Kutlu. “Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C 3, S 2*. 2003/2. (2003): 57-67.
- OYTAÇ**, Kutlu. “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşası”, *İstanbul Barosu Dergisi C 75, S 789*. (2001): 834-844.
- ÖKSÜZ**, Mustafa. “Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları”, *TBB Dergisi Y 34, S 156*. (Eylül-Ekim 2021): 301-340.
- ÖRS**, Fahri Halil. *Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet*. Ankara: T.C. Ziraat Matbaası, 1958.
- ÖZARMAĞAN**, Müge. *Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- ÖZEKES**, Muhammet, Ömer Ekmekçi, Murat Atalı ve Vural Seven. *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk 2. Bası*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2014.
- ÖZEL**, Çağlar. *Marka Lisans Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- ÖZKAN**, Barçın. *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Verilecek İhtiyati Tedbirler Yüksek Lisans Tezi*. Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019.
- ÖZKAN**, Fırat. *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- ÖZKÖK**, Başak. *Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- ÖZTRAK**, İlhan. *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1971.
- ÖZTÜRK DİRİKKAN**, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması 1. Baskı*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2003.
- PAKSOY**, Meliha Sermin. *Sözleşme İhlale Yöneltilme*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.
- PASLI**, Ali. *Ticari İşletme ve Ticaret Şirketleri Bakımından Zorunlu Arabuluculuğun Değerlendirilmesi: Türk Ticaret Kanunu 5/A Maddesinin Yorumlanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- PATE**, R. Hewitt. *Antitrust Law In The US Supreme Court*. Washington: US Department of Justice, 2004.
- PATTISHALL**, Beverly, David C. Hilliard ve Joseph N. Welch. *Trademarks and Unfair Competition 5th ed*. New York: Lexisnexis, 2002.
- PEHLİVAN**, Hakan. “Marka Tescilinde Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasında Yapılacak Değişiklikler Nice Sınıflandırma Sistemi 11. Versiyon” *Ankara Barosu*

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi Yıl: 18 C XIX, S 2016/2 2017/1. (Nisan 2017): 149-164.

PEKCANITEZ, Hakan. *Belirsiz Alacak Davası*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan. “Belirsiz Alacak Davası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı C I*. (2009): 509-522.

PEKCANITEZ, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. *Medeni Usul Hukuku II. Baskı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.

PEKCANITEZ, Hakan. *Medeni Usul Hukuku C II, 15. Bası*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.

PEKCANITEZ, Hakan, Muhammet Özekes, Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz. *Medeni Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

PEKCANITEZ, Hakan. *Yabancı Para Alacaklarının Tahsili 3. Bası*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 1998.

PEKDİNÇER, Tamer, R. Eda Giray, Kadir Baş ve Gül Büyükkılıç, *Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.

PINAR, Hamdi. “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku”, *Rekabet Kurumu Dergisi C 6, S 3*. (Eylül 2005): 31 vd.

POROY, Reha ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku 18. Bası*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 2019.

SARAÇ, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

SAVAŞ, Taner ve Murat Saygın. *Türk Patent ve Marka Kurumu Uygulamaları ve Yargıtay Kararları Işığında Marka Tescil Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

SAYHAN, İsmet. “Rekabet Hukukunda Tazminat Sorumluluğu Bakımından Hukuka Aykırılık Unsuru ve Sorumluluğun Sınırı”, *Ankara Barosu FMR Dergisi Y 5, C 5, S 2005/3*. (2005): 29-61.

SAYIN, Bartuğ. *Ticari Davalarda Dava Şartı Olan Arabuluculuk Yüksek Lisans Tezi*. Adana: T.C. Çukurova Üniversitesi, 2021.

SENFTLEBEN, Martin. *Robustness Check: Evaluating and Strengthening Artistic Use Defence in EU Trademark Law IIC*. 571, University of Amsterdam, 7 Ekim 2023.

SULUK, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022. (Suluk/Karasu/Nal)

- SULUK**, Cahit. “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C1, S 3. 2001/3.* (2001): 43-72. (Çoklu Koruma)
- SULUK**, Cahit. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi C 18, S 2.* (Aralık 2012): 157-174. (Karşılaştırmalı)
- SULUK**, Cahit. “Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”, *Fikri Mülkiyet Çalıştayı Bildiriler Kitabı*. Ankara: Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası, 2020. (Haksız Rekabet)
- ŞAHİN**, Murat. *Rekabet Hukukunda Tazminat Talepleri – ABD, AB ve Türk Rekabet Hukuklarında*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017)*. Ankara: T. İş Bankası A.Ş. Vakfı Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2017.
- ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal. *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.
- ŞEHİRALİ ŞELİK**, Feyzan Hayal. “SMK m. 155’in Temel Varsayımları ve Olası Değişkenler Üzerine Düşünceler”, *BATİDER C 35 S 2.* (Haziran 2019): 63-102.
- ŞENER**, Oruç Hami. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- ŞENOCAK**, Kemal. “Haksız Rekabet Açısından Boykot”, *BATİDER C 25, S 1.* (Mart 2009): 67-95.
- ŞENOCAK**, Kemal. *Muhtelif Yönleriyle Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*. Ankara: Yetkin Basımevi, 2022.
- TAMER**, Ahmet. *Yanlış ve Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet*. Ankara: Adalet Yayınları, 2011.
- TANDOĞAN**, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- TANRIVER**, Süha. *Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Arabuluculuk*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- TANRIVER**, Süha. *Medeni Usul Hukuku C I*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- TAŞKIN**, Bedriye İlkiz Tuana. *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Talepleri Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2023.
- TEKE AKBULUT**, Nebile. *Tanınmış Marka Kavramı ve Tanınmış Markanın Korunması Yüksek Lisans Tezi*. Gaziantep: T.C. Hasan Kalyoncu Üniversitesi, 2019.

- TEKİL**, Fahiman. Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Tekil Müşavirlik ve Yayıncılık, 1990.
- TEKİNALP**, Ünal. “Yeni Haksız Rekabet Hukukunda Amaç, İlke ve Üç Boyutluluk”, *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. Ankara: BATİDER. (2016): 25-43.
- TEKİNALP**, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- TEKİNAY**, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- TOPALOĞLU**, Mustafa. *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*. İstanbul: Türkiye Bilişim Vakfı, 1997.
- TOPUZ**, Murat. *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- TÜRKMEN**, Ahmet. *Spor Müsabakalarının Yayın Hakları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- TÜRKÖĞLU ÖZDEMİR**, Gökçe. “Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C 54, S 4*. (Eylül 2005): 213-233.
- UÇARYILMAZ**, Talya Şans. *Bona Fides (Dürüstlük Kuralı)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- ULUSLU**, Çağrı. “Tescilsiz Markaların Korunması”, *İstanbul Barosu Dergisi C 88, S 2014/2*. (2014): 361-411.
- UYANIK**, Namık Kemal. *Ticari Anlaşmazlık Davalarında Maddi Zararın Hesaplanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- UYGUR**, Turgut Uygur, *Borçlar Kanunu Genel Hükümler C 1*. Ankara: Yetkin Basım Yayın, 1990.
- UZUN ŞENOL**, Pınar. “Vekaletsiz İş Görmede İş Görenin Hukuki Durumu”, *Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi S 3*. (Temmuz 2014): 293-309.
- UZUNALLI**, Sevilay. *Marka Hukuku 2. Baskı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- UZUNALLI**, Sevilay Uzunallı. *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.
- UZUNOĞLU**, Duygu. *Tık Tuzağı Taktiklerinin Haber Sitelerinde Okur Angajmanına Etkisi Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2023.

ÜNALDI, Ayşe Serra ve Yağız Alp Yelis, *Cassis de Dijon Case: Free Movement of Goods and Prohibition of Non-tariff Barriers in the European Union Law*. Ankara: Bilkent Üniversitesi, 2021.

YALÇINER, G. Uğur ve Erdoğan Karaahmet, *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*. Ankara: Murat Yayınları, 2011.

YASAMAN, Hamdi. *Haksız Rekabet Hukukumuzun Amacı ve Kapsamı, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukukunun Türk Ticaret Hukukuna Etkileri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

YASAMAN, Hamdi, Tolga Ayoğlu, Fülürya Bilgin Yusufoglu, Pınar M. Kartal, Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi C I-II-III*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021. (SMK Şerhi)

YASAMAN, Hamdi. "Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar" Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan. *Galatarasay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C I, S I-2002*. (Ocak 2002): 300-309.

YASAMAN, Hamdi, Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C I-II-III*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005. (KHK Şerhi)

YASAMAN, Zeynep. *İnternette Marka Hakkının İhlali*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.

YASAMAN, Hamdi Yasaman, Anlam Altay, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu ve Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi C I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

YASAMAN, Hamdi. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2007.

YENİDÜNYA, Caner ve Fatih Birtek, *İpek Yolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı*. İstanbul: Adalet Yayınevi, 2013.

YILDIRIM, Nevhis Deren. "Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda Müdahalenin Men'i Davası ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", Kültür Bakanlığı İşbirliğiyle Avrupa Birliği Uluslararası Hukuk Kurultayı, *Ankara Barosu FMR Dergisi C I*. (Ocak 2002): 490-493.

YILDIRIM ERTÜTÜNCÜ, Duygu. "Maddi Zararın Tespitinde Denkleştirme", *İstanbul Barosu Dergisi C 86, S 2*. (2012): 220-226.

YILDIZ, Ozan Ali. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2023.

YILMAZ, Ejder. *Medeni Yargılama Hukukunda Islah*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2013.

YILMAZ, Lerzan. *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri 2. Bası*. İstanbul: Aristo Yayınları, 2017.

YILMAZ, Mehmet. “Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Haksız Rekabete İlişkin Genel Hükümlerin Karşılaştırılması ile Kötüleme ve Reklamlara İlişkin Özel Haksız Rekabet Haller”, *İstanbul Barosu Dergisi C 80, S 4*. (Temmuz 2006): 1479-1536.

YUSUFOĞLU, Fülürya. *Anonim Şirketlerde Gayri Maddi Hakların Sermaye Olarak Konulması*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.



YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

ALESSANDRA CORIGLIANO, OSBORNE CLRAKE, www.osborneclarke.com

ANKARA BAROSU DERGİSİ, www.ankarabarosusu.org.tr/dergiler

BAKIRKÖY 1. FSHH HAKİMİ, kişisel görüşme, 18 Ekim 2023

CAMBRIDGE DICTIONARY, www.dictionary.cambridge.org

CJEU, www.european-union.europa.eu

CJEU, www.curia.europa.eu

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ E-ARŞİV, www.earsiv.cankaya.edu.tr

DERGİPARK, www.dergipark.org.tr

DEÜ YAYINLARI, www.kutuphane.deu.edu.tr

DOĞUKAN BERK AKSOY, www.aksoy-ip.com

GOOGLE SCHOLAR, www.scholar.google.com

İKÜ ELEKTRONİK KAYNAKLAR, www.kutuphane.iku.edu.tr

JURIX, <https://www.jurix.com.tr>

KAZANCI HUKUK OTOMASYON, www.kazanci.com.tr

LEGALBANK, <https://legalbank.net>

LEXPERA, <https://www.lexpera.com.tr>

MALTEPE ÜNİVERSİTESİ AÇIK KAYNAK, www.openaccess.maltepe.edu.tr

MARTA PALACIO, SAFE CREATIVE, <https://www.safecreative.org>.

SPRINGERLINK, www.link.springer.com

STANFORD LAW SCHOOL, www.papers.ssrn.com/

TPE, <https://www.turkpatent.gov.tr>

TPMK, <https://www.turkpatent.gov.tr/>

TRDIZIN, <https://trdizin.gov.tr>

TÜRK STANDARDLARI ENSTİTÜSÜ, www.tse.org.tr

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ, www.tbbdergisi.barobirlik.org.tr

US DEPARTMENT OF JUSTICE, <https://www.justice.gov>

UYAP EMSAL KARAR ARAMA, www.emsal.uyap.gov.tr

VİERA DE ALMEIDA, www.vda.pt

WİKİPEDIA, www.wikipedia.org

WIPO, www.nclpub.wipo.int

YARGITAY KARAR ARAMA, www.karararama.yargitay.got.tr

YÖK ULUSAL TEZ MERKEZİ, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

ZEKİ EMRE KURT, www.emrekurt.av.tr

