

Marka Hukukunda Barkod Kullanımı ve Barkoda Müdahaleden Kaynaklanan Tecavüz Halleri

Usage of Barcode in Trademark Law and Circumstances of Infringement Caused by Intervention in the Barcode

Remzi Tamer Pekdinçer* 

ÖZ

Markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içermektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda üretim bandından çıkan numunelerin tespit edilmesi bakımından da gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerini yerine getirmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır. Tüketicinin bu bilgilere ulaşmasını sağlayan barkoda müdahale edilmesi markanın garanti, kalite ve itibar fonksiyonlarına zarar verecektir. Bu nedenle, tüketicinin üründen markaya duyduğu güven doğrultusunda beklediği menfaati sağlamasına ve orijinalliğin ispatına yönelik durumlarda barkodun silinmesi, kazınması, değiştirilmesi, taklit ve sahte barkod kullanımı tükenme ilkesine getirilen değiştirme ve kötüleştirme yasağı kapsamında değerlendirilecek ve somut olayın şartlarına göre marka hakkına tecavüz ve/veya haksız rekabet teşkil edecektir.

Anahtar Kelimeler: Marka, Barkod, Markanın Fonksiyonları, Kaynak Gösterme İşlevi, Garanti İşlevi, Tükenme İlkesi, Değiştirme ve Kötüleştirme Yasağı, Haksız Rekabet.

ABSTRACT

The barcode, situated on branded products, comprises various information regarding the product, such as the producing company, the date of manufacture, the batch/serial code in the production line, etc. This knowledge is essential to determine whether the product is original or not, whether to recall the product in case of defective manufacturing, or to detect the samples which result from the production line when there is a requirement for a product from the exact same batch. Therefore, there is a necessity for recorded information in the barcode of the trademark in order to fulfill its badge of origin and warranty functions. Intervention in the barcode that enables consumers access to this knowledge would cause damage to the warranty, quality, and reputation functions of the trademark. Thus, deletion, abrasion, and alteration of the barcode or using imitation and counterfeit barcodes in cases that provide the expectation of the consumer's interest in the product in accordance with their trust in the trademark and proof of the originality of the product, it will be appraised within the scope of the prohibition of alteration and deterioration brought to the principle of exhaustion, and it will constitute infringement of trademark right and/or unfair competition according to the conditions of the particular case.

Keywords: Trademark, Barcode, Functions of the Trademark, a Badge of Origin, Guarantee Function, Principle of First Sale, Prohibition of Alteration and Deterioration, Unfair Competition.

* Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı (E.), ORCID: 0000-0001-5610-5758.

GİRİŞ

Marka sahibi teşebbüsler ile tüketici arasında bir bağ olduğu dikkate alınarak markaların çeşitli fonksiyonları bulunduğu kabul edilmektedir¹. Bu fonksiyonlar; köken (kaynak) gösterme, ayırt etme, garanti, reklam ve itibar fonksiyonlarıdır².

Markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içermektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda üretim bandından çıkan numunelerin tespit edilmesi bakımından da gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerini yerine getirmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Ancak bazı hallerde piyasaya ilk kez sunulan ürünler üzerindeki barkodun ürünün piyasada tedavülü sırasında taklit veya sahte barkod ile değiştirildiği, barkodun fiziken kazındığı veya silindiği, bazı ambalajlara barkod eklendiği görülmektedir. Çalışmamızın amacı, uygulamada karşılaşılan barkoda müdahale teşkil eden bu eylemlerin marka ve haksız rekabet hukuku açısından olası sonuçlarını incelemektir.

Bu çalışmamızda, öncelikle barkod sistemi, barkodun işlevleri, markanın fonksiyonları, markanın fonksiyonları ile barkodun işlevleri arasındaki bağlantı ortaya konulacaktır. Sonrasında, marka hakkına getirilen sınırlamalardan tükenme ilkesinin neyi ifade ettiği, tükenme ilkesinin istisnası olan markayı kötüleştirme ve değiştirme yasağı, söz konusu istisnanın amacı ve yasakların kapsamı açıklanacaktır. Son olarak barkod kullanımı veya barkoda müdahale edilmesi ile marka hakkına tecavüzün hangi şekillerde gerçekleşebileceğine değinilecektir.

I. BARKOD TANIMI

Barkod (“barcode”) kelimesi İngilizce çubuk veya çizgi anlamında kullanılan “bar” kelimesi ile şifre veya kod anlamında kullanılan “code” kelimelerinden türetilmiştir³.

Barkod / Çizgikod; çeşitli kalınlık, aralık ve sayıda çizginin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş, sayı veya harflerden oluşan, verinin bilgisayarlara doğru ve hızlı olarak aktarılmasını sağlayan teknolojiyi ifade eder⁴.

1 Esin Çamlıbel Taylan, *Marka Hakkının Kullanılması ile Paralel İthalatın Önlenmesi* (Seçkin 2001) 34.

2 Sabih Arkan, *Marka Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520 1997) 38.

3 Tureng sözlük, < <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/barcode> > , Erişim Tarihi 01.12.2022.

4 Beşeri Tıbbi Ürünler Barkod ve Karekod Uygulama Kılavuzu (T.C. Sağlık Bakanlığı, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) m. 4/c. Söz konusu Kılavuz, Beşeri Tıbbi Ürünler Barkod ve Karekod Uygulama Kılavuzu (T.C. Sağlık Bakanlığı, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) m. 4/c. Söz konusu Kılavuz, Beşeri Tıbbi Ürünlerin Ambalaj Bilgileri, Kullanma Talimatı ve Takibi Yönetmeliği, RG. 25.04.2017/30048, 20'inci maddesi gereğince hazırlanmıştır.<chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://titck.gov.tr/storage/legislation/eYHHQ828.PDF> Erişim Tarihi 01.12.2022.

Barkod, bilgilerin çubuk ve çubuklar arası boşluklardan meydana gelen semboller ile (teknolojik olarak) kodlanarak, optik okuyucular aracılığıyla verilerin hatasız olarak sanal ortama aktarılması amacıyla kullanılmaktadır⁵.

Barkodlama sistemi 1970'li yıllarda perakende sektöründe, fiyatlandırma, stok tutma gibi olağan ticari işlemlerde kullanılmaya başlanmıştır⁶. Ancak ilk kullanımı 1950'li yıllarda trenyolu taşımacılığında hızlı sevkiyat amacıyla gerçekleştirilmiştir⁷.

Barkod sistemi kullanımı perakende sektöründe yaygındır. Özellikle insan sağlığının ön plana çıktığı ilaç, gıda, parfüm, kozmetik gibi bazı sektörlerde ise ihtiyaçtan ziyade bir zorunluluktur⁸.

Ticaret hayatında kullanılan 300'e yakın barkod çeşidi bulunmakta olup temelde 2 kategoriye ayrılmaktadır⁹. Lineer barkodlar tek satırdan oluşan tek boyutlu sayılar kümesi şeklindeki geleneksek barkodlardır¹⁰. İki boyutlu barkod sistemleri ise "2-D Matris Barkod" olarak bilinen kodlardır. Lineer barkodlara göre çok daha fazla miktarda veri depolayan iki boyutlu barkodların en yaygın bilinen çeşidi QR kod genelde perakende satışlarda, stok yönetimi için kullanılır¹¹.

- 5 Ayşe Çelik Taşkın, 'Orta Ölçekli Belediyelerde Kullanılabilecek Karekod Barkod Destekli Doküman Yönetimi Sistemi' (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi 2012) 4; Akbey Elçi, 'İş Ekipmanlarında Güvenlik Takibi İçin
- 6 Hüseyin Akçay, "Proses Sayısının Çok Olduğu Talaşlı İmalat Süreçlerinin Gruplandırılarak Barkodla Yönetilmesi" (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020) 45.
- 7 Elçi (n 6) 3; "Barkod sistemleri alanındaki ilk çalışmayı R&D isimli bir trenyolu şirketi gerçekleştirmiştir. Bu alandaki ilk çözüm ise Sylviana isimli bir kuruluşun gelmiştir. Sylviana firmasının ürettiği sistem bu günkü Optik Yöntemlerle Karakter Tanıma teknolojisidir. Daha sonra 1968'de Computer Identics Corporation firması bu sistemi geliştirmek için çalışmalarına başlamış ve hali hazırda kullanılan çizgilerin daha basit olması ve her türlü yüzeye basılabilmesi üzerinde durmuştur. Bu fikir günümüzde kullanılan modern barkod uygulamalarının temelini oluşturmuştur."
- 8 Örnek vermek gerekirse, Vergi Usul Kanunu ("VUK") mükerrer madde 257/6 uyarınca «Maliye Bakanlığı; vergi güvenliğini sağlamak amacıyla niteliklerini belirleyip onayladığı elektrikli, elektronik, manyetik ve benzeri cihazlar ve sistemleri kullanılmaya, bu cihaz ve sistemler vasıtasıyla bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin kullanılmasına ilişkin zorunluluk getirmeye, mükelleflere bandrol, pul, barkod, hologram, kupür, damga, sembol gibi özel etiket ve işaretlerin verilmesinde» yetkilidir. Arı Kolonilerinin Kimliklendirilmesi ve Kayıt Altına Alınması Hakkında Yönetmelik, RG 22.04.2022/31817 uyarınca kolonilerin tanımlanmasında kullanılacak kovan plakalarının üzerinde lazer tekniği ile silinmez şekilde baskılı barkod/karekod bulunması zorunludur. Ayrıca, uygulamada, süreli yayınlarda 2 basamaklı seri numarasını kullanmak, yayınları birbirlerinden ayırd edilmesi için kullanılmaktadır. Taşıma birimleri üzerinde yer alan GS1 lojistik etiketinde SSCC numarasının bulunması zorunludur. Bkz. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, GS1 Sistemi Tanımlama, Numaralandırma ve Barkod Standartları Uygulama Kılavuzu (GS1 TÜRKİYE), 2007, 42. < //www.gs1.tobb.org.tr/userfiles/files/Barkoduygulamakilavuzu.pdf >, Erişim Tarihi 01.12.2022.
- 9 Akçay (n 6) 55 vd.
- 10 ibid 56; "Yaygın olarak kullanılan barkod türleri UPC/EAN, EAN-13, EAN-8, Code 39, Code 93, Code 128'dir. En çok kullanılanlar UPC ve EAN'dir. UPC barkod türleri Kanada ve Amerika'da, EAN-13 barkod ise Avrupa ve Türkiye'de kullanılmaktadır."
- 11 Akçay, tek boyutlu ve iki boyutlu barkodlar arasındaki farkı şu şekilde izah etmektedir: "İki boyutlu matris barkodların lineer barkodları istifleyen kompleks kodlamalar olup lineer barkodlar 17 karaktere kadar kodlarken, 2 boyutlu barkodlar aynı alana 2000 karaktere kadar kopyalama yapabilmektedir. Tek boyutlu barkodlarda saklamak istenilen bilgilerin etiketlenmesi ve ürünle ilgili bilginin bilgisayar ortamına kaydedilmesi gerekir aksi halde barkod işe yaramaz. İki boyutlu kodlamada ise, bilginin kendisi kodlamanın içinde olup kodun içindeki bilgi, bilgisayar veya bilgi sistemi veri tabanına eklenmesine gerek olmadan taşınır. 2-B lazer veya CCD okuyucularla nerede olursa olsun kodlu bilgiyi okuyarak çözümler. En yaygın iki boyutlu kodlar; QR code, Data matrix code, Aztec code ve Pdf 417'dir." (n 6) 59.

Barkod sisteminin faydaları, doğruluk, hız, maliyet ve kullanım kolaylığı şeklinde ifade edilmektedir¹². Buna göre¹³ barkod aracılığıyla işlenen verilere ve kesin bilgiye ulaşma imkanı bulunmaktadır. Bu sayede kullanıcı yanlışlıklarını ortadan kaldırmaktadır. Birbirine çok benzeyen ürünler ya da birbirine benzer kodlara sahip ürünlerin karışmasının önüne geçilmektedir. Barkod sistemi sayesinde hızlı veri girişinin yapılabilir. Böylelikle, ulaşılmak istenen veri, klasik yollarla toplanacak verinin çok üstünde bir hızla ve kesin olarak toplanabilmektedir. Ayrıca, ulaşılan net bilgilerin, elektronik ortamda çözümlenmesi ve işleme süreci çok hızlıdır. Netliğin artması ve verinin kodlanma sürecinin hızlı olması sayesinde insan kaynakları maliyeti aşağıya çekilmektedir. Barkod okuyucu cihazlar, tarayıcılar ve benzeri ürünlerin kullanımı, sanal ortama bağlanması ve işlenmesi oldukça kolaydır. Barkod sistemi ile kesin, detaylı, hızlı veriler toplanabilmektedir.

II. MARKANIN FONKSİYONLARI

Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlayan her türlü işaretlerdir (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (“SMK”) m. 4).

Marka hukukunun sağladığı korumadan faydalanmak için markanın fonksiyonlarına uygun olarak kullanımı zorunludur. Aksi halde, marka hakkının varlığını ortadan kaldıran marka hakkının iptali, hükümsüzlüğü gibi yaptırımlar öngörülmektedir¹⁴. Markayı kullanma zorunluluğuna ilişkin SMK m. 9’un gerekçesinde kullanım ile kastedilenin, markanın “tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için” kullanımı olduğu ifade edilmektedir.

Markanın köken (kaynak) gösterme, ayırt etme, garanti, reklam ve itibar fonksiyonları bulunmakta olup her biri bağımsız olan bu işlevlerin ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁵.

Markanın fonksiyonları incelendiğinde, ilk olarak markanın kaynak gösterme işlevi ön plana çıkmıştır¹⁶. Kaynak gösterme, tüketicinin bir malın/hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu belirleyebileceği, markanın işletme ile bağlantısına işaret eden işlevidir¹⁷. Günümüzde lisans ve franchise ile üretimin yaygınlaşması neticesinde markanın ticari işletmeleri ayırt etme fonksiyonuna ilişkin olan kaynak gösterme işlevinin eski önemini yitirdiğine yönelik görüşler ileri sürülmekte ise

12 Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, 2012/178 sayılı Yayın, 7.

13 ibid 7.

14 Osman Umut Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamamın Hukuki Sonuçları* (Lykeion Yayınları 2017) 25.

15 Hamdi Yasaman, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu Bilgin, Pınar Memiş Kartal, Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2021) 54.

16 Arkan (n 3) 38.

17 Yann Basire, *Les Fonctions de la Marque, Essai Sur la Coherence du Regime Juridique d’un Signe Distinctif* (Lexis Nexis 2014) 59; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018) 16.

de¹⁸ markanın menşeyini gösterme fonksiyonunun halen önemini koruduğu düşünülmektedir¹⁹. Zira, tüketici nezdinde malın hangi işletme tarafından üretildiğini markanın köken belirtme işlevi sayesinde somutlaşır²⁰ ve tüketici hakları yönünden ürün kalitesinden belirli bir işletmenin sorumluluğuna gidilebilmesi için kaynak gösterme işlevi halen büyük önem arz etmektedir²¹.

Günümüzde, aynı zamanda markanın tanımındaki unsurlardan biri olan “ayırt edicilik” işlevinin öne çıktığı görülmektedir. Nitekim madde gerekçesinde, marka olabilecek işaretlerin asli işlevi olan ayırt etme şartını da yerine getirmesi gerektiği ifade edilmektedir²².

Ayırt etme, marka işaretinin ilgili ürünü tanımlaması, marka sahibinin mal veya hizmetlerini, piyasadaki diğer mal veya hizmetlerden ayırmasını sağlar²³. Ayırt edicilik işlevi; bir işletmenin mal veya hizmetlerinin, rakip işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırmak ve kişiselleştirmeyi sağlamak amacıyla çift yönlü amaca hizmet eder²⁴. Marka sahibinin, mal veya hizmetini, markası ile diğerlerinden farklılaştırdığı, şahsileştirdiği, ona kimlik kazandırdığı ifade edilmektedir²⁵. Nitekim markasal kullanım için ürünün belli bir teşebbüsten kaynaklandığını ilgili tüketicinin belirleyebilmesi, bir başka deyişle işaretin ayırt edicilik kazanması gerekmektedir²⁶. SMK m. 5/1-b’de “Herhangi bir ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretler”in marka olarak tescil edilemeyeceği

18 Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 378; Hanife Dirikkan, *Tanımlı Markanın Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2003) 13-14.

19 Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (Arıkan Yayınları, 2006) 59. Nitekim, Yargıtay 11 HD, E 2017/4220 K 2019/1319, 19.2.2019 kararında; “SCHUMACHER ibaresinin ortak unsur olduğu, iki markada yer alan soyad olarak algılanacak sözcüklerinin aynı olması nedeniyle tüketicilerin her iki markanın da aynı kişiye veya aynı aileden olan kişilere ait olduğunu düşünceği, DOROTHEE ibaresinin markaları birbirinden tamamen farklılaştırmadığına ilişkin gerekçe uygun bulunarak .. markanın kullanılacağı sınıf malların ortalama tüketici nezdinde bıraktıkları izlenim itibarıyla ilişkilendirme ihtimalini de içerecek şekilde iltibas tehlikesine yol açacağı kabulü gerekirken Bölge Adliye Mahkemesi’nce yazılı gerekçe ile kararının iptaline karar verilmesi doğru görülmemiş kararının bu nedenle bozulması gerekmiştir.” denilmekle BAM kararı bozulmuştur. Yargıtay 11 HD, E 2020/1928 K 2021/4399, 25.5.2021 kararında ise; “Dava, markadan doğan hakkın ihlal edildiği iddiasıyla, tecavüzün tespiti, men’i ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece, davalının “Photoshote” ibaresini etkinlik, aktivite olarak belirtmek suretiyle kullandığı, kesilen faturalar, yapılan açıklamalar gözönüne alındığında kullanımın aslında markasal olmadığı, bir faaliyeti ifade etmek için kullandığı, kaynak gösterme, garanti, tanıtım gibi bir fonksiyonu belirtmediği, gibi karıştırılma ihtimaline sebebiyet vermediği, dürüstlük kurallarına aykırılık göstermediği ve dolayısıyla davalı kullanımının davacının tescilli “Photoshote” markasına tecavüz teşkil etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmişse de; davalının davacının “PHOTOSHOTE” ibareli markasını sahibi olduğu “www.adstation.com.tr” adlı internet sitesinde markanın köken gösterme fonksiyonuna zarar verecek, karışıklığa sebep olacak şekilde, aynı hizmetlerde kullandığı açıktır.” denilmekle köken gösterme fonksiyonuna değinilmiştir. Kaynak: Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

20 Dirikkan (n 19) 13.

21 Kaya (n 20) 60. Yasaman ve Yusufoglu, ayırt etme fonksiyonunun kaynak gösterme fonksiyonunun bir parçası olup olmadığı veya yerine geçip geçmediğine ilişkin tartışmalara yönelik olarak kaynak gösterme ve ayırt etme işlevlerinin farklı iki işlev olduğunu ifade etmektedir, bkz. Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 55. Basire (n 17) 58.

22 R. Tamer Pekdiğer, R. Eda Giray, Kadir Baş ve Gül Büyükkılıç, *Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ulusal Mevzuat – Uluslararası Mevzuat* (On İki Levha Yayıncılık 2021) 11.

23 Basire (n 17) 58; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi* (Seçkin Yayıncılık 2009) 128.

24 Ali Paslı, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (Vedat Kitapçılık 2018) 19.

25 Lerzan Yılmaz, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri* (Beta Basım 2008); Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi 2017) 5-6.

26 Yasaman (n 16) 510; İlhami Güneş, *Marka Hukuku’nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (2. Baskı, Seçkin Yayınevi 2015) 26.

öngörülmektedir. Markalar ayırt etme gücü oranında korunur. Bir işaret, ilgili mal veya hizmet sınıfındaki diğer markalara benzediği veya ilgili mal ve hizmeti tanımlamaya yaklaştıkça ayırt etme gücünü yitirecektir²⁷.

Garanti ve kalite fonksiyonu, markalı ürün veya hizmetin aynı işletmeye ait ve tecrübe ettiği kalitesinde olduğunu garanti eder. Böylelikle tüketici, daha önce satın aldığı ve kalitesine güvendiği mal veya hizmeti, markanın yarattığı garanti ve kalite algısına dayalı olarak tercih eder. Marka sahibine hukuken ürün veya hizmetlerinde kaliteyi bozmama yükümlülüğü getirilmemiştir²⁸. Ancak ekonomik açıdan markanın garanti fonksiyonunun önemi büyüktür. Tüketici markaya duyduğu güven nedeniyle aynı markalı diğer ürünlere de yönelir böylece pazarda güç sahibi olur. Markanın garanti fonksiyonu sebebiyle marka hakkı sahibine bazı yetkiler tanınmıştır. Her ne kadar piyasaya sürülen ürünler üzerinde marka hakkının tükendiği kural olarak kabul edilmekte ise de SMK m. 152/2 uyarınca marka hakkı sahibine tanınan markalı ürünlerin üçüncü kişiler tarafından kötüleştirilmesine engel olma hakkı markanın garanti işlevini koruyabilmek adına öngörülmüştür²⁹.

Son olarak, markanın reklam ve itibar işlevi, tüketicinin, marka aracılığıyla mal veya hizmeti tanıması, satın almaya başlaması ve marka ile müşteri çevresi arasında bu şekilde bağ oluşmasını sağlar³⁰. Mal veya hizmetlerin reklamı ve pazarlaması, marka üzerinden gerçekleştirilir ve bir süre sonra markanın kendisi reklam etkisi yaratır³¹. Markanın değeri de alıcıyı çekme gücüne ve sahip olduğu müşteri çevresine göre değerlendirilir³². Bu nedenle özellikle tanınmış markalara özel bir koruma sağlanmakta ve tanınmış markaların itibarından haksız olarak faydalanmaya çalışmak hem tescil engeli hem de tecavüz kapsamında değerlendirilmektedir³³.

III. BARKOD MARKA İLİŞKİSİ

Barkod sistemi, ürünün hangi işletmeye ait olduğuna yönelik markanın kaynak gösterme ve orijinal olup olmadığına yönelik garanti fonksiyonlarının hızlı ve kolaylıkla yerine getirilmesini sağlar. Aynı zamanda, barkod aracılığıyla oldukça düşük maliyetle kesin bilgilere ulaşılmaktadır.

Tescilli marka ile marka sahibi arasındaki ilişki, barkod ile işletme arasındaki ilişki ile benzerdir. Üretici kodu, ürün kodu ve diğer unsurların kombinasyonu ile oluşan dizinler, şirketi ve ürününü doğrudan tanımlamakta ve şirketle bağı ortaya koymaktadır. Barkodun işlevlerinden doğruluk, hız, kolaylık ve düşük maliyet, markanın fonksiyonlarını en etkin şekilde yerine getirmesi için eşsiz bir araçtır.

27 Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 55.

28 Arkan (n 3) 38; Tekinalp (n 19) 378; Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 56.

29 Arkan (n 3) 39; Kaya (n 20) 62; Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 56; Çolak (n 18) 18.

30 Arkan (n 3) 39; Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 57; Çolak (n 18) 17.

31 Kaya (n 20), 60-61.

32 Yasaman ve Yusufoglu (n 16) 57.

33 ibid 58; Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 408 vd.

Markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, son kullanma tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içerebilmektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, örneğin ilaç sektöründe hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda (örneğin boya üretiminde ton farkı ile karşılaşmamak adına) aynı üretim bandından çıkan numunelerin tespit edilmesi bakımından gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerinin yerine getirilmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Sahte ve taklit ürünlerin tespiti için hızlı, kolay, kesin ve en düşük maliyetli çözüm, barkod sistemini kullanmaktır. Gerek yerel düzeyde, gerekse uluslararası mal tedarikinde ortak barkod sistemi kullanılması fikri hakların korunması bakımından gelişmiş koruma sağlamaktadır.

Bazı ürünler bakımından barkod kullanımı bu nedenle zorunlu hale getirilmiştir. Örneğin, “Beşeri Tıbbi Ürünlerin Ambalaj Bilgileri, Kullanma Talimatı ve Takibi Yönetmeliği” (“Yönetmelik”)³⁴; ruhsatlı veya izinli beşeri tıbbi ürünlerin kişilerin sağlığı ve güvenliği açısından doğru kullanılmasını sağlamak amacıyla ambalaj bilgileri ve kullanma talimatında bulunması gereken bilgiler ile hatalı, sahte beşeri tıbbi ürünlere karşı daha etkin tedbirler alınması için dağıtım zincirinin takip ve kayıt altına alınması ve gerekli takip ve kayıt sistemlerinin kurulması hakkında usul ve esasları belirlenmesi amacıyla öngörülmüştür. Anılan Yönetmelik’te ilacın dış ambalajında bulunması zorunlu bilgiler arasında “karekod” yer almakta olup karekod; “Güvenlik özelliği olarak ürünün tekilleştirilmesini sağlayan datamatriks tipinde iki boyutlu kodu” ifade eder (m. 5/j). Beşeri tıbbi ürünlerin karekodları, ruhsat veya izin sahibi tarafından İlaç Takip Sistemine bildirilir. İlaç Takip Sistemi, bildirilen karekodun tekilliğini, standartlarını ve içeriğini kontrol ederek uygun olanları veri tabanına kaydeder, uygun olmayanları reddeder (Yönetmelik m. 15). Karekod Küresel Ticari Ürün Numarası, parti numarası, sıra numarası ve son kullanma tarihinden oluşur. Küresel Ticari Ürün Numarası ve sıra numarası ürünü benzersiz yapar. İlaç Takip Sistemi, aynı Küresel Ticari Ürün Numarası ve sıra numarasına sahip ürünün sisteme kaydedilmesine izin vermez (Yönetmelik m. 16/2). Bu noktada karekodun (barkodun) işlevi ürünün orijinal olup olmadığının tespitini sağlamak ve ilaç takip sistemi kurmaktır.

Yine, Avrupa Birliği’nde özellikle internetten satılan sahte ilaçların dolaşımının engellenmesi için öngörülen 2011/62/EU sayılı Sahte İlaçlar Direktifi’nin ilgili hükümleri uyarınca, reçeteli ilaçların dış ambalajının “benzersiz bir tanımlayıcı” anlamına gelen (‘UI’ unique identifier) ve bir “kurcalamaya karşı koruma cihazı” (‘ATD’ anti-tampering device) bulunması zorunluluğu getirildiği anlaşılmaktadır³⁵. UI’nin iki boyutlu bir barkod veya QR kodu olup her ilacın benzersiz bir şekilde

34 Beşeri Tıbbi Ürünler Barkod ve Karekod Uygulama Kılavuzu m. 4/c, <<https://titck.gov.tr/storage/legislation/eYHHQ828.PDF>> Erişim Tarihi 13 Eylül 2022.

35 Directive 2011/62/EU <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32011L0062&qid=166.040.7580693&from=EN>> and Delegated Regulation (EU) 2016/161 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0161&qid=166.040.7790274&from=EN>> supplementing Directive 2001/83/EC <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0083&qid=166.040.7708805&from=EN>> on the Community code relating to medicinal

tanımlanmasına izin veren benzersiz bir numarayı gizlediği, kodun, üreticinin kendisi tarafından oluşturulduğu ve sisteme bildirildiği, QR kodu taşıyan sahte ilaçların bu nedenle hemen tedarik zincirinde yer alanlar tarafından bu şekilde tanımlandığı ifade edilmektedir. Böylelikle sistem üzerinden basit bir sorgu ile ilacın sahte olup olmadığını hemen belirlenebilmektedir. Doğru QR kodu aslında orijinal imalatçı tarafından üretilmiş ve pazarlanmıştır. Bu, her eczanede bir kaç saniye içinde yapılabilen basit sistem doğrulamasıdır.

Dolayısıyla ilgili düzenleme uyarınca “benzersiz tanımlayıcı” olarak kabul edilen barkod, ürünün orijinal olup olmadığını belirlenmesi ve bu sayede markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerinin ifa edilmesi için eşsiz bir araç olarak kullanılmaktadır.

IV. BARKOD KULLANIMININ TÜKENME İLKESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TÜRK HUKUKUNDA TÜKENME İLKESİ (SMK M. 152)

Marka hakkı sahibi, kendisine tanınan mutlak nitelikteki tekel hakkı ile izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından markayı oluşturan işaretin kullanımına engel olma hakkını haizdir (SMK m. 7/2, m. 7/3). Ancak markalı ürünler piyasaya ilk sürüldükten sonra malların tedavülüne marka hakkına dayanarak müdahale etmek mümkün değildir. Zira, marka hakkı sahibine tanınan hukuki korumanın amacı, üçüncü kişiler tarafından markanın fonksiyonlarını etkisiz hale getirecek şekilde haksız olarak kullanılmasını önlemektir³⁶.

Markalı ürünler bir defa piyasaya sürüldükten sonra, serbest ticaret hayatında artık kamu menfaatleri ön plana çıkmakta³⁷ ve tacirlerin bağımsızlığının korunması ve tekellere de yol açılmaması için marka hakkı sahibi ile piyasa aktörleri arasındaki menfaatlerin dengelenmesi gerekmektedir³⁸. İşte bu nedenle, marka hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü kişiler tarafından markalı ürünlerin ilk kez piyasaya sunulmasından sonra, marka hakkı sahibinin marka hakkına dayanarak malların tedavülüne engel olamaması prensibi getirilmiştir. Tükene ilkesi olarak ifade edilen bu hususa SMK m. 152/1’de yer verilmiştir. Hükmün gerekçesinde; markalı ürünlerin ilk kez piyasaya sürülmesinden sonra, piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak hakkın tükeneyeceği kabul edilmiştir. Tükene ilke, orijinal ürünlerin piyasada serbestçe tedavül etmesinin, markanın kaynak gösterme, garanti ve reklam fonksiyonlarına zarar vermeyeceği düşüncesine dayanır.

Hükme göre, marka hakkının tüketilmesinden söz edilebilmesi için ilk olarak, tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mallar üzerine konularak piyasaya sunulmuş olması gerekir. Marka hakkı sahibinin hakkının tükenebilmesi için, hak sahibinin bu markalı mal üzerindeki zilyetliğinin her

products for human use have been in force since 9 February 2019. Bkz. *Bayer Intellectual Property GmbH v. kohlpharma GmbH* C-204/20 (Court of Justice of the European Union (“CJEU”), 2 April 2020), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

36 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3143.

37 Çolak (n 18) 609.

38 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3143-3144.

türlü devir yoluyla bir başkası tarafından elde edilmiş olması gerekmektedir. Satış, kiralama, leasing, trampa, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılmış satış da piyasaya sunulma olarak kabul edilmektedir³⁹.

İkinci olarak, tescilli markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile belirli bir coğrafi bölgede piyasaya sunulmuş olması gerekir. Piyasaların coğrafi sınırlarına göre, ulusal, uluslararası ve bölgesel tükenme şeklinde üç farklı tükenme kuralı bulunmaktadır⁴⁰.

Önceki düzenlemede bulunan “Türkiye’de” ibaresine SMK’da yer verilmeyerek uluslararası tükenme ilkesi tercih edilmiştir⁴¹. Yalnız markayı taşıyan malların marka sahibinin izniyle piyasaya sunulmasından söz edilebilmesi için, mutlaka marka sahibi ile üçüncü kişi arasında hukuki veya ekonomik anlamda bir bağımlılık ilişkisinin bulunması gerekmez⁴². Önemli olan hukuki sınırlar içerisinde markalı malın el değıştirmesidir. Zira, rıza dışı elden çıkarılmış markalı bir mal üzerindeki marka sahibinin hakkı tükenmiş olmayacaktır⁴³.

Marka hakkının tükenmesi ile kastedilen ilk satış sonrası markalı ürün üzerinde üçüncü kişilerce kullanılmasını önleme hakkının tükenmesidir⁴⁴, yoksa marka hakkı tükenmeye konu olmaz.

B. AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATINDA TÜKENME İLKESİ

Avrupa Birliği Kurucu Anlaşması m. 28 ile öngörülen malların serbest dolaşımı ilkesine istisna getiren 30. madde uyarınca fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması için, üye devletler, keyfi bir ayrımcılığa ve ticarete örtülü bir sınırlamaya yol açmadığı müddetçe, çeşitli tedbirler alabilirler. İşte, malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında istisna tanınmasına yönelik anılan hükmün kapsamı, Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) tarafından içtihat hukuku ile geliştirilen hakkın özü kavramı ve tükenme ilkesi ile daraltılmıştır⁴⁵. Daha sonra 89/104 sayılı Yönerge ile tükenme ilkesi pozitif dayanağa kavuşmuştur. SMK m. 152’de öngörülen “Marka hakkının tüketilmesi” ilkesinin kaynağı ise 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi’nin⁴⁶ 15. maddesidir. Hüküm uyarınca “1. Marka, marka

39 ibid 3175.

40 İlhami Güneş, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020), 266.

41 Uluslararası tükenme, malların marka sahibi tarafından veya onun izniyle uluslararası pazarda herhangi bir yerde piyasaya sunulmasıyla, marka hakkının dünyanın herhangi bir yerinde tükenmiş olmasını, ulusal tükenme, marka sahibinin ulusal pazarda bir kez piyasaya sunulmakla tüm ulusal pazarda marka hakkının tükenmesini, bölgesel tükenme ise, marka hakkının ulusal pazar içinde örneğin serbest ticaret anlaşmaları ile uluslararası sözleşmelerle anlaşmaya taraf ülkeler arasında belirli bir bölgede tükenmesini ifade eder, Çamlıbel Taylan (n 2) 94-95.

42 Arkan (n 3) C. 2, 136.

43 Hamdi Pınar, ‘Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi’ (2000) *Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan* 855, 861 vd, Sabih Arkan, ‘Marka Hakkının Tüketilmesi’ (1998) *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan* 197, 202 vd. Yüksek mahkemenin artık yerleşmiş nitelikte olduğu kabul edilecek görüşü de bu doğrultudadır; Yargıtay 11 HD, E 1998/7996 K 1999/2099, 12.03.1999; Yargıtay 11 HD, E 1999/2086 K 1999/4505, 26.05.1999; 11 HD, E 1999/3243 K 1999/5170, 14.06.1999; 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 – Kararlar için bkz. Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3204 vd.

44 Kaya (n 20) 254-255; Ayoğlu (n 46)13; Çolak (n 18) 610;

45 Tolga Ayoğlu, ‘Marka Hakkının Tüketilmesi’ (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2001) 27 vd.; Çamlıbel Taylan (n 2) 87.

46 Pekdiñer, Giray, Baş ve Büyükkılıç (n 23) 898 vd. Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yakınlaştırılması Hakkında 16 Aralık 2016 Tarihli ve 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi “AB Marka Direktifi”

sahibine, kendisi tarafından veya onun izniyle markayla beraber piyasaya sürülen ürünlere ilişkin olarak markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını yasaklama hakkı vermez. 2. Birinci fıkra, marka sahibinin malların sonraki ticari amaçlı kullanımlarını engelleme konusunda haklı gerekçelere sahip olması halinde, özellikle de malların durumunun piyasaya sürüldükten sonra değiştirilmesi veya bozulması halinde uygulanmaz.⁴⁷

ABAD, markanın işlevleriyle ilgili olarak, marka hakkına kanuna aykırı müdahale edilmesini önlemek için “hakkın özü” kavramını geliştirmiş ve kararlarında somut olayın özelliklerine göre hakkın özü kavramını tanımlayarak hakkın özüne dahil olan ve dahil olmayan kullanım biçimlerini değerlendirmiş ve hakkın özüne dokunan ihlallerin koruma kapsamında olduğunu belirtmiştir⁴⁸.

ABAD, *Deutsche Grammophon* kararında, hakkın özü kavramını ilk kez kullanmış⁴⁹, *Centrapharm* kararında ise⁵⁰ hakkın özü kavramını markalı ürünlerin ilk defa piyasaya sürülmesi konusunda marka sahibine verilen garanti olarak tanımlamıştır. Böylelikle marka sahibinin tanınmışlığından ve itibarından haksız olarak faydalanmak için yasa dışı yollarla malı piyasaya sürmek isteyen rakiplere karşı koruma sağlanmıştır. *Hoffman La Roche* kararında, hakkın özü belirlenirken markanın kaynak gösterme ve garanti fonksiyonları temel işlevleri olarak dikkate alınmıştır⁵¹.

HAG II kararında⁵², aynı ürünün iki farklı şirket tarafından üretilmesi halinde, markanın garanti fonksiyonunu zedelememek için, her bir markanın korunduğu ülkeye yapılacak ithalatı önleme hakkı bulunduğu hükmedilmiştir⁵³. Kararda, hakkın özü marka sahibine tanınan mülkiyet hakkı olarak tanımlanmış, ürünü ilk defa piyasaya sürme ve yapılan yatırımların finansal anlamda geri dönüşünü elde etme bir başka deyişle ödüllendirme işlevi olduğundan söz edilmiştir⁵⁴.

Arsenal kararında⁵⁵, marka hakkı sahibine sağlanan korumanın kapsamının hak sahibinin esas çıkarlarını koruma amacıyla belirleneceği, bunun markanın temel fonksiyonlarını yerine getirebilmesi anlamında kullanıldığı, hakkın özü kavramının üçüncü kişilerin markanın temel fonksiyonlarına haksız müdahalesini önlemeye hizmet ettiği ifade edilmiştir⁵⁶.

olarak kısaltılacaktır.

47 ibid 907.

48 Pınar (n 44) 860 vd.; Ülgen Aslan Düzgün, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat* (Yetkin Yayınları 2010) 87 vd.

49 *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*. C-78/70 (CJEU, 8 June 1971), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

50 *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper v Winthrop BV*. C - 16/74 (CJEU, 31 October 1974), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

51 *Hoffman - La Roche v Centrafarm* C-102/77 (CJEU, 23 May 1978), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Çamlıbel Taylan (n 2) 88.

52 *SA CNL - SUCAL NV v HAG GF AG*. C-10/89 (CJEU, 17 October 1990), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

53 Ayoğlu (n 46) 34.

54 Aslan Düzgün (n 49) 91.

55 *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed*, Case C-206/01, 12.11.2002, <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

56 Aslan Düzgün (n 49) 92.

Yargıtay ilk kez 2001 tarihli bir kararında marka hakkının özüne değinmiş ancak kavramı ABAD'a göre farklı değerlendirmiştir⁵⁷.

C. TÜKENME İLKESİNİN İSTİSNASI

SMK'nın m. 152/2 fıkrası uyarınca tükenme ilkesinin istisnasına yer verilmiş ve marka hakkı sahibinin, ilk fıkraya kapsamına giren ürünlerin *üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek* ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.

Malın değiştirilmesi ve kötüleştirilmesi halleri, marka hakkının tüketilmesinin istisnai halleri olarak örnekleyici şekilde belirtilmekte ve bunlar haricinde haklı bir sebebin bulunması halinde normun koruma amacına göre yorum yapılarak hakkın tükenmesi ilkesine istisna getirilebileceği düşünülmektedir⁵⁸.

Markalı ürünün değiştirilerek ve kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması halinde tükenme ilkesine dayanılmaz. Marka hakkı sahibinin önleme yetkisi tükenmeye rağmen marka hakkı sahibine geri döner.

Markanın ana fonksiyonları malın veya hizmetin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlamaya yönelik kaynak gösterme fonksiyonu ile garanti fonksiyonudur. Bu iki fonksiyon uyarınca, tüketiciler nezdinde marka, bu markayı taşıyan malların, onların kalitesinden sorumlu tutulabilecek bir işletmenin kontrolünde üretildiğini ve kalitesinin değiştirilmemiş olduğunu garanti eder. Markanın kaynak gösterme, garanti ve kalite fonksiyonu, tükenme ilkesinin istisnasını oluşturan kötüleştirmeye engel olma hakkının gerekçesini oluşturur⁵⁹. Zira, malların piyasaya sunulmasından sonra değiştirilmesi ve kötüleştirilmesi halinde, tüketici nezdinde malın kalitesinden sorumlu olan ve orijinal niteliklerini taahhüt eden marka sahibine herhangi bir müdahale imkânı sağlanmamış olması normun koruma amacı ve hakkaniyet ile bağdaşmaz⁶⁰. Bu nedenle markalı ürünler üzerinde bir değişiklik veya kötüleştirme yapılması veya bu etkiyi doğuran bir başka haklı nedenin bulunması halinde, marka sahibi söz konusu malların kullanılmasına engel olma hakkını haiz olacaktır⁶¹.

57 Yargıtay 2 HD, E 2001/752 K 2001/3930, 03.04.2001. "Kural olarak, bir hak devredilmeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse şartları oluştuğunda asıl hak sahibinin bu müsadeyi geri almak hak ve yetkisi de vardır. Zira, hakkın özü kendisine aittir. Nitekim, 556 sayılı KHK.nin konuya en yakın düzenlemesi olan lisans sözleşmesi de, her sözleşme gibi feshedilebilir. Ancak, fesih için haklı nedenlerin, verilecek uygun mehillerin ve gerektiğinde karşılanması icap eden zararların nazara alınacağı tabiidir. Bu bakımdan mahkemece gerekli araştırma ve uygun değerlendirme yapılmadan, sırf marka kullanma hakkının süresiz ve koşulsuz devredildiği, davalı şirketin önce kurulup unvanı kullandığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmesi doğru bulunmamıştır." Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022

58 Direktif'te m. 15/2'de yer verilen "özellikle" ifadesine ve "haklı sebep" kavramına SMK'da yer verilmemiş olması, değiştirme ve kötüleştirme eylemlerinin sınırlı sayıda kabul edilip edilmediğinin açık olmaması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Arkan (n 44) 208; Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)* (Beta Basım, İstanbul, 2004) 189; Çolak (n 18) 628-629; Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3189.

59 Arkan (n 17) 38; Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3191; Aslan Düzgün (n 49) 125.

60 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3191.

61 Markanın işlevlerini bozucu şekilde markalı ürünün değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi

Esasen, markanın işlevlerine yüklenen anlam da zaman içinde değişebildiğinden burada esas kriter marka sahibinin markanın işlevlerini bozucu şekilde markalı ürünün değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisi olduğudur⁶².

Kötüleştirme ile kastedilen, ürünün bozulmasına yol açılması veya orijinal haline göre daha elverişsiz, daha kullanışsız, daha kalitesiz duruma getirilmesidir⁶³.

Değiştirme ise orijinal ürüne üçüncü kişilerin müdahalesini ifade eden bir kavramdır⁶⁴. Malın kalitesini iyileştiren değişiklikler yapılması da “değiştirme” kapsamında değerlendirilmektedir⁶⁵. Ancak ticari amaçlı olmayan değişiklikler SMK m. 152/2 kapsamı dışındadır⁶⁶.

Markalı ürünün reklam ve tanıtımlarının markaya veya markanın itibarına zarar verdiği hallerde de tükenme ilkesi uygulanmayacaktır⁶⁷. Alkol veya tütün ürünü ile sağlık ürününün birlikte ambalajlanması da bu kapsamda markanın itibarına zarar verebilecek mahiyettedir⁶⁸. Markanın ürünün üzerinden kaldırılması veya başka ürünlere yerleştirilmesi halinde SMK m. 152/2 kapsamında engellenebilir zira markanın kaynak gösterme ve reklam fonksiyonları zedelenmektedir⁶⁹.

Yargıtay kararlarında da tüketicinin malın kaynağı konusunda yanılgıya düşmesi veya marka itibarının zarar görmesine yol açılması halinde tükenme ilkesinin uygulanmayacağı ifade edilmektedir⁷⁰.

62 Arkan (n 44) 205; Aslan (n 59) 188.

63 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3191 vd; Çolak (n 18) 629. Yargıtay 11 HD, E 2017/4617 K 2019/1562, 26.02.2019 kararında; davalının internet sitesi üzerinden satışa sunduğu dava konusu .. markalı kozmetik ürünlerin bazılarının tespit raporuna göre son kullanma tarihleri dolmuş olmaları nedeniyle “defolu” ibaresiyle satıldığı, böylece davalının son kullanma tarihleri geçmiş ve 556 sayılı KHK'nın .../... maddesi anlamında orijinal nitelikleri değişmiş, bozulmuş ve kötüleşmiş kozmetik ürünleri bu durumu bilerek satmak suretiyle davacının ... ibareli marka tescilinden kaynaklanan haklarını ihlal ettiği, dava konusu ürünlerin cilt sağlığı ile yakından ilgili türden kozmetik ürünler oluşu nedeniyle ihlalden dolayı davacı firmanın işletme imajının bu satışlar nedeniyle önemli derecede etkileeneceği, satışın internet ortamında da yapılmış oluşu nedeniyle ihlalin yaygınlaştığı gerekçeleri ile marka haklarına tecavüzün önlenmesine ilişkin verilen hükmün onanmasına karar verilmiştir. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

64 Çolak (n 18) 629.

65 Arkan (n 17) 138. Marka sahibinin kot pantolonların kesilerek şort haline dönüştürülmesi ve renginin değiştirilmesine engel olma yetkisinin bulunduğu kabul edilirken, dolumun mutlaka marka sahibi tarafından yapılmasına dair bir uyarının bulunmaması aksine alıcılar tarafından kolayca dolum yaptırılacağı şeklinde açıklama barındıran yangın söndürme cihazının yeniden doldurulmasına engel olma hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir, 139, dipnot 24.

66 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3200; Çolak (n 18) 629; Aslan (n 59) 189.

67 *Parfums Christian Dior SA and Parfums Christian Dior BV v Evora BV* C-337/95 (CJEU, 4 November 1997), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

68 Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019) 91.

69 Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 167; zira, marka sahibinin üretmediği mallar üzerinde markası yer almaktadır.

70 Yargıtay 11 HD, E 2014/6429 K 2014/12088, 25.6.2014; “**tüketicilerin veya müşterilerin malın geldiği kaynak konusunda yanılgıya uğradıklarına dair bir delil bulunmadığı**, 556 sayılı KHK'nın 13. maddesi uyarınca tescilli markayı taşıyan ürünler bir kez piyasa çıktıktan sonra, marka sahibinin, tescil kapsamındaki bu mallara ilişkin sonraki satışları marka tesciline dayanarak engelleme hakkı bulunmadığı, tescilli markayı taşıyan ürünlerin çok daha önce piyasa sürüldüklerinin belli olduğu, özgün ürünlerle ilgili olarak, marka hakkının tükendiği, internet ortamındaki satışların, tükenme kuralının kapsamı dışında tutulabilmesi için marka itibarının zarar görebileceği biçimde, taklit satışları, sunum biçimi açısından itibar zedeleyici hallerinin oluşmasının gerektiği, bu şekilde herhangi bir kanıtın bulunmadığı, somut mağaza satışlarına paralel olarak, internet ortamındaki mağazalarda da özgün ürünlerin satışa sunulmasının serbest rekabet hakkı kapsamında olduğu, ürünlerin daha ucuza satılmasının ise kendi başına marka ihlali anlamına gelmeyeceği, ayrıca sadece

“Ancak, aynı K.H.K.nin 13/2 maddesi uyarınca marka sahibi, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisine sahiptir.”⁷¹.

V. BARKODA MÜDAHALE NEDENİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Yukarıda ifade edildiği üzere, markalı ürün üzerinde yer alan barkod ürünün hangi ticari işletme tarafından üretildiği, üretim tarihi, son kullanma tarihi, üretim bandındaki parti/seri numarası vb. birçok bilgiyi içerebilmektedir. Bu bilgiler ürünün orijinal olup olmadığının tespit edilmesinde olduğu kadar, örneğin ilaç sektöründe hatalı imalat halinde ürünün seri numarasının tespit edilerek geri çağırılması veya birebir aynı seriden çıkan ürüne ihtiyaç olduğunda (örneğin boya üretiminde ton farkı ile karşılaşmamak adına) aynı üretim bandından çıkan numunelerin saptanması bakımından da gereklidir. Dolayısıyla markanın kaynak gösterme ve garanti işlevlerinin yerine getirilmesi için barkod içinde kayıtlı bilgilere ihtiyaç bulunmaktadır.

Ancak bazı hallerde piyasaya ilk kez sunulan ürünler üzerindeki barkodun ürünün piyasada tedavülü sırasında taklit veya sahte barkod kullanılarak değiştirildiği, barkodun fiziken kazındığı veya silindiği, bazı ambalajlara barkod eklendiği görülmektedir. Bu başlık altında uygulamada karşılaşılan barkoda müdahale durumları incelenecek ve bu suretle işlenen marka hakkına tecavüz hallerine değinilecektir.

A. BARKODUN DEĞİŞTİRİLMESİ SURETİYLE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Markalı ürünler yasalara uygun olarak üçüncü kişilere devredilmiş olsa dahi, marka hakkı sahibinin, malın üçüncü kişilerce değiştirilerek ya da kötüleştirilerek yeniden ticarete konu edilmesini önleme hakkını haiz olduğu yukarıda belirtilmiştir. Bu durumda markanın fonksiyonlarını yerine getirmesine engel olacak şekilde ürünlerin veya üzerlerindeki markanın değiştirilmesi, kötüleştirilmesi marka hakkının ihlaline yol açacaktır.

marka sahibinin internette satış yapabileceğini kabul etmenin, mal ve hizmetlerin serbest rekabet ortamında piyasaya sunumunun sağlanması ve arz/talep çerçevesinde gerçek fiyatlarının oluşmasının sağlanması şeklindeki serbest rekabet ve piyasa ilkelerine aykırı olacağı gerekçesi ile davanın reddine” dair verilen ilk derece mahkemesi kararının onanmasına karar verilmiştir. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

71 Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 sayılı kararı; karar için bkz. Hakan Karan ve Mehmet Kılıç; *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Ankara 2004) 312-313; Aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 1999/3243 K 1999/5170, 14.06.1999; Yargıtay 11 HD, E 1999/2086 K 1999/4505, 26.05.1999; Yargıtay 11 HD, E 1998/7997 K 1999/2098, 12.03.1999; Yargıtay 11 HD, E 2007/8735 K 2009/3615, 26.03.2009 Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022. Yargıtay tek satıcılıktan doğan hakların (sözleşmenin tarafı olmayan) paralel ithalata karşı haksız rekabet yoluyla korunamayacağını tükenme ve sözleşmenin nisbiliği ilkeleri ile açıklamaktadır. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 sayılı kararı. Kanaatimizce, kural olarak paralel ithalatın kendisi, doğrudan ve tek başına haksız rekabete yol açmaz ancak somut olayın şartlarına göre, paralel ithalat yapılırken tek satıcının emeğinden haksız yere faydalanılması söz konusu ise bu durum haksız rekabet teşkil edebilecektir. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2017/2676 K 2018/479, 22.01.2018, dosya kapsamında verilen bilirkişi raporu ve kararın eleştirisi için bkz. R. Tamer Pekdinçer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar-II* (Seçkin Yayıncılık 2019) 37 vd.

Bu kapsamda barkod genellikle ambalaj üzerinde yer aldığından, markalı ürünlerin ambalajlarının değiştirilip değiştirilemeyeceği üzerinde de durulması gerekmektedir.

Markanın kaynak gösterme ve garanti fonksiyonları gereğince, ürün üzerinde marka sahibine ilişkin bilgiler görülebilmelidir. Ayrıca günümüzde pek çok ürünün ambalajında ilgili mevzuata göre belirtilmesi zorunlu bilgilerin de bulunması gerekmektedir. İşte bu bilgiler, bazı ürünler bakımından yasal zorunluluk gereği, birçok durumda da sağladığı kolaylıklar nedeniyle teamülen barkod aracılığıyla taşınmaktadır.

Malın ambalajında yapılan değişiklikler, kural olarak mal ile ambalajı bir bütün kabul edildiği için marka hakkının ihlali sayılır⁷².

Ancak bazı durumlarda malın yeniden ambalajlanması gerekebilir ve özellikle paralel ithalata konu malların yeniden ambalajlanması bakımından konu özellik arz etmektedir. Örneğin, ambalajın Türkçeleştirilmesi, Türkçe kullanma kılavuzu / prospektüs eklenmesi, Türkiye'deki mevzuata uygun dozaja (gramaja) uygun olarak yeniden paketlenmesi gibi hususlar hak ihlali olarak kabul edilmeyecektir⁷³.

Paralel ithalat, orijinal bir ürünün, o ülkedeki distribütörü haricinde başka bir kişi/firma tarafından yurtdışından daha ucuza satılan bir ülkeden temin edilerek yasal olarak ithal edilmesi olarak adlandırılmaktadır⁷⁴. Bir başka deyişle, paralel ithalat marka sahibi veya onun izni ile piyasaya sunulan malların, marka sahibinin yeniden iznini almadan Türkiye'ye ithal edilmesidir⁷⁵. Yukarıda belirtildiği gibi markalı ürünlerin orijinal olması ve yasal yollardan ülkeye sokulması şartıyla, marka sahibi markalı ürünlerin dolaşımına engel olamayacaktır⁷⁶. Aksi takdirde, marka sahibinin ürünlerinin ticaretini her aşamada denetim altında tutması, serbest ticaret ve rekabetin sınırlanmasına yol açacak olup esasen hakkın tükenmesi kavramı ile malikin mülkiyet hakkı ve serbest rekabetin sağlanması arasında bir denge kurulmaya çalışılmaktadır⁷⁷.

72 Arkan (n 44) 206; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019), 118; Çağlar (n 70) 168; Çolak, (n 18) 620; Çamlıbel Taylan (n 2) 126.

73 Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 12.

74 Çolak (n 18) 615.

75 Aslan Düzgün (n 49) 197 vd.

76 Aslan, (n 59) 48; Fahrettin Kayhan, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi" (2001) 1 (1) FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 51, 53. Bkz. Yargıtay 11 HD, E 2000/7381 K 2000/8746, 09.11.2000 sayılı kararı; Yargıtay 11 HD, E 1999/3243 K 1999/5170, 14.06.1999; Yargıtay 11 HD, E 1999/2086 K 1999/4505, 26.5.1999; Yargıtay 11 HD, E 1998/7997 K 1999/2098, 12.03.1999; Yargıtay 11 HD, E 2007/8735 K 2009/3615, 26.03.2009, Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

77 Zekeriya Arı, 'Marka Hakkının Tüketilmesi', (2007), XI, (1-2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279, 279.

Paralel ithalatın olumlu tarafı, fiyat rekabetini sağlaması, tekelleşmeyi önlemesidir⁷⁸. Paralel ithalatın yasaklanması halinde, marka hakkı sahibi yerel dağıtım ağıları üzerinden her ülkede farklı fiyatlar uygulayabilecektir⁷⁹.

Paralel ithalatın dezavantajları ise, marka sahibinin geniş koruma imkanından mahrum kalması, bu anlamda yaratıcı çaba gösterme ve yatırım yapma motivasyonu düşmesi, orijinal ürünler arasında saklanarak ülkeye taklit ve korsan ürün akışının kolaylaşması, tüketici açısından paketleme standartları düşmesi, ürünlerin ithal edilen ülkenin dilinde açıklama ve kullanma kılavuzu içermemesi, satış sonrası servis hizmetleri sağlanamaması, ülkelere göre farklı üretim yapıyorsa tüketici beklentilerinin karşılanmayabileceğidir⁸⁰. Yine, paralel ithalat, “bedavacılık” olarak da adlandırılan parazit rekabete yol açabilmektedir⁸¹.

Buna karşın, uluslararası tükenme ilkesinin kabulü ile paralel ithalata izin verilmesi halinde, orijinal mallara daha ucuza erişim imkânı sayesinde ucuzluk sağlanacak, malların sürümü artacak, orijinal ürünlerden daha fazla kişi faydalanacak ve serbest ticaret ortamı sağlanacaktır⁸². Bu nedenle malların serbestçe dolaşımı için bazı koşullarla paralel ithalata konu ürünlerin ambalajlarının değiştirilmesine izin verilmektedir⁸³.

Bu konuda ABAD’ın uygulaması aşağıda açıklanacağı üzere genel olarak paralel ithalata konu malların, paralel ithalatçının pazara girişi için yeniden ambalajlanmasının objektif olarak gerekli olduğu durumlarda ambalajın değiştirilmesinin belli kriterlere uygun olması koşuluyla marka sahibince engellenemeyeceği yönündedir⁸⁴.

ABAD⁸⁵, AB Marka Tüzüğü’nün tükenmeye ilişkin maddesini yorumlayarak yeniden ambalajlamaya ilişkin olarak;

78 Ayşe Saadet Arıkan, ‘Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi’, iç Feyzan Hayal Şehirli Çelik (ed), 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 641, 645.

79 Aslan (n 59) 55.

80 ibid 77.

81 Arıkan; “Paralel ithalatçı, yetkilendirilmiş üretici veya dağıtıcının, ürünü tanıtmak için yaptığı reklam ve tanıtım harcamalarından, hiçbir katkı sağlamadan yararlanan ve aynı zamanda onunla rekabet eden kişi konumundadır.”, (n 79) 646.

82 Aslan (n 59) 75 vd.

83 Çolak (n 18) 620.

84 Ambalaj değişikliği hakkında ABAD kararları hakkında detaylı değerlendirmeler için bkz. Yasaman ve Ayoglu (n 16) 3196-3200; Çolak (n 18) 620-625; Düzgün (n 60) 135-141. ABAD kararında (*Hoffmann-La Roche & Co. AG v Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH*. C-102/77 (CJEU, 23 May 1978), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Kararda ürünün sadece dış ambalajının değiştirilmesi, iç ambalajının değiştirilmemesi, iç ambalaja konulan markanın şeffaf bir materyal ile görünür kılınması, dış ambalajda üretici ve yeniden ambalajlama yapan ithalatçının adının belirtilmesi halinde ürünün orijinalliğine zarar verilmeyeceğine hükmedilmiştir. Bkz. Yasaman (n 16) 3196.

85 *Boehringer Ingelheim KG and Others v Swingward Ltd and Dowelhurst Ltd*. C-348/04 (CJEU, 26 April 2007). Ayrıca bkz. *Bristol-Myers Squibb and Others* C-427/93, C-429/93 and C-436/93 (CJEU, 11 July 1996), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Yeniden paketlemenin paralel ithalat üzerindeki etkisi hakkında ABAD kararları için bkz. Oytaç, Kutlu, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku* (Beta Basım 1999) 37-38.

- Yeniden ambalajlamanın ithalat yapılan ülkede ilacı piyasaya sürmek için gerekli olması (aksi takdirde, üye ülkeler arasında pazarların suni olarak bölüneceği),
- Yeniden ambalajlanan ürünün orijinal durumunun korunması,
- Üreticinin ve ithal edenin yeni ambalaj üzerinden belirlenebilmesi,
- Marka sahibinin ve markanın itibarının ve kalite algısının korunması,
- Marka sahibine yeniden ambalajlama konusunda önceden bilgi verilmesi ve talep halinde numune gönderilmesi olarak ifade edilebilecek beş koşulun varlığı halinde değişikliğin marka hakkının ihlali sayılmayacağı sonucuna varmıştır⁸⁶.

Bu noktada, yeniden ambalajlama sırasında marka sahibinin ve imalat seri numarasının yer aldığı barkodun yeni ambalajda yer alıp almadığı hususunun tartışılması gerekmektedir. Zira, paralel ithalata konu edilen bir ürünün yeniden ambalajlanmasının, orijinal barkodun yok edilmesine yol açması halinde, marka, köken gösterme ve garanti işlevlerini yerine getiremeyecektir. Yukarıda belirtilen ABAD kararlarında kabul edilen şartlardan “üreticinin yeni ambalaj üzerinden belirlenebilmesi”, “markanın itibarının ve kalite algısının korunması” ve “marka sahibine bilgi verilmesi” koşullarının da esasen markanın anılan fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Markanın kaynak gösterme, garanti ve kalite fonksiyonunun gerçekleştirilmesi için özellikle bazı ürün gruplarında üretici kodu ve imalat seri numarasının özel bir önemi vardır. Ambalajın barkod üzerindeki bilgilere erişimi engelleyecek şekilde değiştirilmesi durumunda ürünün orijinal olup olmadığını tespit etmek, üründe bir imalat hatası veya satış sonrası destek ihtiyacı olması halinde tüketicinin muhataba ulaşmasını sağlamak veya üretici tarafından seri numarasına göre ürünün geri çağırılması imkânsız hale gelecektir.

Nitekim, *Bayer* kararında⁸⁷ da değinilen Sahte İlaçlar Direktifi ve ilgili mevzuat uyarınca, reçeteli ilaçların dış ambalajında “benzersiz bir tanımlayıcı” anlamına gelen barkod (‘UI’ unique identifier) ve bir “kurcalamaya karşı koruma cihazı” (‘ATD’ anti-tampering device) bulunması zorunluluğu getirildiği, UI’nin iki boyutlu bir barkod veya QR kodu olup her ilacın benzersiz bir şekilde tanımlanmasına izin veren eşsiz bir numarayı gizlediği, kodun, üreticinin kendisi tarafından oluşturulduğu ve sisteme bildirildiği, QR kodu taşıyan sahte ilaçların bu nedenle hemen tedarik zincirinde yer alanlar tarafından bu şekilde tespit edildiği ve paralel ithalatçı tarafından yeniden ambalajlama gerekli ise bu esnada ambalajın söz konusu güvenlik özelliklerinin “eşdeğer güvenlik özellikleriyle” değiştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

86 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3198; Çolak (n 18) 623.

87 *Bayer Intellectual Property GmbH v. kohlpharma GmbH* C-204/20 (CJEU, 2 April 2020), https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/ Erişim Tarihi 01.12.2022.

B. İLAVE BARKOD YERLEŞTİRİLMESİ YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Bazı hallerde, orijinal barkoda herhangi bir müdahalede bulunulmaksızın, ambalaja ilave barkod yerleőtirildiđi görölmektedir. Bu başlık altında, benzersiz tanımlayıcıyı içeren ilave bir barkodun doğrudan ambalajın üzerine basılması, örneğin paralel ithalatçının ek bir dış etiket kullanarak orijinal dış ambalaja barkodun iliŐtirmesi marka hakkına tecavüz teşkil eder mi sorusuna cevap aramak isteriz.

ABAD, Kosan Gas adına kayıtlı üç boyutlu marka olarak tescilli ŐiŐelere, müşterinin talebi üzerine, Viking Gas tarafından dolum yapılması ve buna ilişkin ek bir etiket yapıŐtırılarak Şişenin kendisi tarafından yeniden doldurulduğunun belirtilmesine ilişkin bir olayda, müşterilerin kompozit Şişeler üzerinde mülkiyet hakkını kazandıklarına ve bağımsız tacirler tarafından yeniden dolum yapılmasına Kosan Gas'ın marka hakkına dayanarak engel olamayacağına hükmetmiŐtir⁸⁸.

Yine, ABAD'ın *Junek / Lohmann* kararında⁸⁹, yeniden etiketleme sırasında marka sahibinin kendisine bilgi verilmediği ve örnek gönderilmediği gerekçesiyle marka hakkının ihlal edildiği iddiasına karşın, ithalatçının ürün ambalajını açmadan ve ürünün paketine zarar vermeden, yalnızca pakette yazı olmayan kısma etiket ekleyerek kendi Őirketinin adı, adresi, telefon numarası, merkezi ilaç numara barkodunu içeren bir etiket yapıŐtırması karşısında, bu değişikliğin yeniden ambalajlama olmadığını ve ek etiket yapıŐtırmanın markanın köken belirtme fonksiyonuna zarar verilmediğine karar verilmiŐtir⁹⁰.

Türkiye'de gerçekteŐen bir başka olayda ise, aynı Şekilde davalı tarafça parfüm ambalajı üzerine ek bir barkod yapıŐtırılması karşısında marka sahibinin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet iddiası ileri sürdüğü görölmektedir. Yapılan incelemede, davalı tarafından satılan ürünlerin üzerinde kullanılan barkodun birebir aynısının davacı tarafın ürünleri üzerinde de yer aldığı, her iki ürünün de aynı üretici tarafından üretildiğinin anlaŐıldıđı, böylelikle ürünlerin menŐei ve garanti fonksiyonunu yerine getirmesi için üretici firmasının belirlenebilir olduğu anlaŐılmaktadır⁹¹.

88 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3194-3195. *Viking Gas A/S v Kosan Gas A/S* C-46/10 (CJEU, 14 July 2011), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022. Ancak, orijinal içme suyu damacaneları ve LPG tüplerinin, farklı bir marka veya etiket kullanılmaksızın, üçüncü kişi tarafından doldurulmaları tükenme kapsamında olmayıp ihlal teşkil eder, Uzunallı (n 73) 118.

89 *Junek Europ-Vertrieb GmbH v Lohmann & Rauscher International GmbH & Co.* C642/16 (CJEU, 17 May 2018), <https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo1_6308/> Erişim Tarihi 01.12.2022.

90 Çolak (n 18) 624-625; Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3199.

91 Kartal Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi 2009/120 E. Nolu dosyanın bilirkişi raporunda "Özetle davalı tarafından ithal edilen ürünlerin ambalajları mevzuata uygun mu sorusu değerlendirildiğinde; somut olayda parfümler üzerindeki EAN Barkod'unun yer aldığı, bu barkod üzerinde üretici ülke ve firma bilgilerinin yer aldığı, ayrıca yine ürün üzerinde ithalatçı Şirket olan davalı ... A.Ő. ticaret unvanı ve adres bilgilerinin bulunduğu, bunun haricinde mevzuat gereğince ürün ambalajı üzerinde bulunması gereken kayıtların bulunduğu görölmüŐtür. Davalı tarafından ithalatın yasalara uygun olarak yapılp yapılmadığı hususunun değerlendirilmesinde; davalı ithalatçı .. A.Ő. tarafından Kozmetik Ürünlerinin İthalatında Bildirim Esaslarını Düzenleyen Dış Ticarete Standardizasyon Tebliği'ne ve diğer ilgili mevzuata uygun olarak ürünlerin üretici bilgilerine ve ürünlerin yurtdıŐında alındığı distribütör bilgilerine ilişkin beyanların verildiği ve ithalatın mevzuata uygun olduğu anlaŐılmıŐtır. Bunlar haricinde ithalat sırasında davacı tek satıcıya ilişkin bilgilerin verilmesi veya ürün üzerinde bulunması gerekmemektedir. Aksi durum ürünlerin davacı tek satıcı ... KOZMETİK A.Ő. tarafından yapıldığı izlenimi doğuracak, sorumluluğun bu Őirkete yükletilmesine sebep olacak ve haksız rekabet oluŐturacaktır. Sonuç

Bu noktada belirleyici kriter, sorumluya ulaşılmasının engellenmemesidir⁹². Markanın işlevlerini ifa etmesine engel olmayacak şekilde yapılan müdahaleler – somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek koşulu ile – marka hakkının özüne zarar vermeyecektir. Dolayısıyla orijinal barkoda zarar verilmeksizin ilave barkod eklenmesinin marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilmeyeceği kanaatindeyiz.

C. BARKODUN VE SERİ NUMARASININ (BATCH KODU) SİLİNMESİ – KAZINMASI

Bazı uyuşmazlıklarda, orijinal barkodun ambalaj üzerinden silindiği veya kazındığı görülmektedir. Bu durum ambalajın tamamıyla değiştirilmesinden veya ambalaj değiştirilmeksizin ilave barkod iliştirilmesinden farklı olarak orijinal ambalaj üzerinde marka sahibinin yerleştiği özgün barkoda yönelik bir müdahale şeklinde gerçekleşmektedir.

Chanel markalı ürünlerin paralel ithalatı sırasında ürünlerin dağıtımının kontrol edilmesi için üzerinde yer alan kontrol kodlarının kaldırılması, kullanım kılavuzunun bulunmaması, ürünlerin daha ucuza satılmasının haksız rekabet ve marka hakkı ihlali teşkil ettiği iddiasıyla açılan davada, İsviçre Federal Mahkemesi, ürün üzerindeki kodlarının kaldırılmasının bazı hallerde her zaman iyi niyete aykırı kabul edilmeyeceği, örneğin indirim mağazalarında müşterinin ürünün ambalajı veya sunumundan ziyade ürünün fiyatı ile ilgilendiğini ve kontrol kodlarının silinmesinin ağır ve özel bir şart olarak nitelendirilemeyeceğini ancak ürünün kalitesinin düşmesi veya üreticinin korunmaya değer bir çıkarının bulunması halinde kontrol kodunun kaldırılmasının iyi niyete aykırı bir davranış olarak kabul edileceğini belirtmiştir.⁹³

Örneğin, orijinal ürün şişeleri üzerindeki üretim seri / parti numaralarının şişeler üzerinden kazınmasının markanın kötüleştirilmesi kapsamında olup olmayacağı hakkında farklı yönde Yargıtay kararları bulunmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 24.11.2005 tarihli kararında; *“.. markasını taşıyan (1700) kasa likörün üretim kodlarının (barkot) sökülerek diğer davalıya sevk edilmeye çalışırken Mersin Gümrüğü'nde idarece el konulduğunu ileri sürerek, müvekkiline ait tescilli markayı taşıyan emtialar üzerindeki üretim kodlarının sökülmesinin marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitini ve önlenmesini talep ve dava*

olarak; Davalı ...A.Ş. tarafından H.B... markalı ürünlerin mevzuata uygun şekilde ithal edildiği, davalı tarafından satışa sunulan ürünlerin ambalajlarının değiştirilmesi ve kötüleştirilmesi sonucunu doğuracak değişikliklerin bulunmadığı, zira ürün ambalajının mevzuata uygun şekilde muhafaza edildiğini, ürün ambalajında davalı ithalatçı ...Ş. ticaret unvanı ve adres bilgilerinin yer almasının yasal zorunluluk olduğu, yasalara uygun şekilde gerçekleştirilen ithalat ve satışın KHK 13. Maddesinde düzenlenen marka hakkının tükenmesi ilkesi gereğince davacılar tarafından engellenemeyeceği, bu nedenle marka sahibinin izni ile Türkiye'de daha önce piyasaya sunulmuş ürünün, davalı ... A.Ş. tarafından yasalara uygun şekilde ithal edilerek yine yasalara uygun şekilde satışının markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturmayacağı sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır.”. Mahkemenin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet iddiasının reddine ilişkin kararı Yargıtay 11 HD, E 2014/2009 K 2014/5568, 21.03.2014 tarafından onaylanmıştır. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

92 Çolak (n 18) 625.

93 Hamdi Yasaman, Ercüment Erdem, Ali Dural, Tolga Ayoğlu, Anlam Altay, Fülürya Yusufoglu, Sinan Yüksel, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri, (Vedat Kitapçılık 2009), 163. Chanel kararı için bkz. ATF 122 III 469 gerekçe 10a.

etmiştir. Mahkemece, toplanan kanıtlara ve istinabe yolu ile yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucuna dayanılarak davacı ve davalı taraf likörlerinin ambalajlarının aynı olduğu, sadece orijinallerinde bulunan üretim kodlarının gümrükçe el konulan ürünlerden kazanarak çıkartıldığı, böylece ürünün geri çağırılması gerektiğinde bulunduğu yerin saptanmasına engel olmak düşüncesiyle malın menşeyini gösterme ve kalitesini garanti etme fonksiyonunun ortadan kaldırılmasının amaçlandığı, 556 sayılı KHK'nin 13. maddesinde tescilli bir markayı taşıyan malın marka sahibi tarafından veya onun izniyle Türkiye'de piyasaya sunulması ile marka tescilinden doğan hakların tüketilmesine neden olsa da marka sahibine malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişilerce ürünün değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisi tanındığı, davalılarca şişelerin üzerindeki üretim kodları kazanarak davacının marka haklarına tecavüz edildiği, diğer davalı ile ürünlerin ithalinde birlikte hareket eden davalı A..... Ltd. Şti'nin husumet itirazlarının yerinde olmadığı gerekçeleriyle davanın kabulüne karar verilmiştir.⁹⁴

Söz konusu kararda, Yargıtay, 556 sayılı KHK'nın piyasaya arz edilen malın üçüncü kişilerce değiştirilmesi veya kötüleştirilmesini önleme yetkisini marka sahibine tanınması karşısında, şişelerin üzerindeki üretim kodlarının (barkodun) davalılar tarafından kazanmasını eylemini malın değiştirme ve kötüleştirilmesi olarak tanımlayarak, davacının marka hakkının tecavüz edildiğine karar verilmiştir.

Ancak benzer bir olayda, 2018 tarihli bir Yargıtay kararında ise, paralel ithalat ile yurtdışından getirilmiş içki şişeleri üzerindeki seri kodların markanın imaj ve prestijine zarar verilmeyecek şekilde silinmesini değiştirme ve kötüleştirme kapsamında değerlendirilmemiştir.

Buna göre; “Dava, yasal yollardan piyasaya sürülmüş olan ve davalı tarafça paralel ithalat yoluyla yurda ithal edilmiş olan ve davacıya ait “...” markasını taşıyan orijinal viski şişeleri üzerindeki üretim seri/parti numaralarının şişeler üzerinde kaldırılması eyleminin 556 sayılı Marka KHK'nın 13. maddesi uyarınca markanın kötüleştirilmesi niteliğinde olup olmadığı hususuna ilişkindir. Herşeyden önce 556 KHK'nın 13. maddesi uyarınca, hukuka uygun şekilde piyasaya sürülen markalı mallar üzerinde marka sahibinin hakkı tükenmiş olup hak sahibi bu malların paralel ithalat yoluyla ülkeye sokulmasına engel olamayacaktır. **Her ne kadar marka sahibi, orijinal mallar üzerindeki markanın başkalarınca değiştirilmesi ve kötüleştirilmesine karşı çıkma hakkı bulunmakta ise de somut olayda olduğu gibi, davalı yanca orijinal malların hangi dağıtım zinciri aracılığıyla dağıtıldığına tespitini önlemek ve bu suretle fiyat avantajı sağlamak için orijinal üreticiler tarafından ürün üzerine yerleştirilen seri/parti numaralarının, ürünün dış görünümüne, imaj ve prestijine zarar vermeksizin kaldırılarak, ithalat sırasında kendilerince farklı ve yeni bir seri numarası yerleştirilmesi eyleminde hukuka aykırı bir haksız rekabet veya markanın kötülenmesi söz konusu olmadığından; Mahkemece bu nitelikteki mallar yönünden davanın reddine, ancak üç adet ürün şişesi üzerinde “seri/parti numarası şişenin arkasında yazılıdır” ibaresine rağmen şişe arkasında numara bulunmayan bu ürünler yönünden, tüketiciler nezdinde markayla ilgili kuşku uyandıracak ve olumlu imajını sarsacak olması nedeniyle bu eylemin 556 sayılı KHK'nın 13/2 maddesi uyarınca markanın**

94 Yargıtay 11 HD, E 2004/12166 K 2005/11433, 24.11.2005. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

kötüleştirilmesi niteliğinde görülerek davanın kabulüne dair yerel mahkeme kararı yerinde olup davacının temyiz itirazları yerinde değildir⁹⁵.

Yukarıda değinilen Yargıtay kararlarına ilişkin olarak doktrinde; “Ürün üzerinde yer verilen barkodun ürünün orijinal niteliğinin ve bütünlüğünün bir parçası olmayıp, ürünün dağıtım ağına mensup hangi dağıtıcı tarafından piyasaya verildiğini tespit etmeye yönelik bir araç olarak kullanıldığı hallerde, paralel ithalatçının ürünü nereden tedarik ettiğini gizlemek amacıyla ürünün orijinal niteliğini zedelemeyen ürün üzerindeki barkodu silmesi mazur görülebilecek bir davranıştır. Bu sebeple Yargıtay’ın 10.07.2018 tarihli kararında benimsediği çözümün daha doğru ve yerinde olduğu görüşündeyiz.” şeklinde görüşünü ifade etmiştir⁹⁶.

Kanaatimizce; orijinal mallara üretici tarafından konulan üretim bilgilerini, imalat seri numarasını içeren barkodların silinmesi markanın köken gösterme ve garanti işlevlerine zarar verebilecek mahiyettedir. Zira, tüketici üründen dolayı bir olumsuzluk ile karşılaştığında üretici bilgilerine kolaylıkla ulaşmalıdır. Günümüzde marka sahibi çeşitli ülkelerde imalat yaptırabilmektedir. Ürünün hangi ülkedeki fabrikada üretildiği dahi tüketici açısından satın alma kararı verilirken değerlendirilmektedir. İmalat numarası üreticinin saptadığı hatalı malları geri çağırmak/toplatmak için elindeki tek imkandır. İçki veya ilacın üretimi esnasında aynı seriye yanlışlıkla katılan bir madde nedeniyle olumsuz etki yaratması halinde markanın garanti, kalite ve itibarına zarar gelmemesi için derhal toplatılması gerekecektir. Yahut hammaddeden kaynaklanan nedenlerle her imalat birebir aynı olmayabilir. Bu noktada tüketici bazı hallerde aynı nüansı yakalamak için birebir aynı seriden çıkan ürünü bulmak isteyebilecektir.

Kaldı ki, ürün üzerindeki barkodun silinmesi / kazınması, tüketici nezdinde ürünün orijinal olup olmadığının sorgulamasına yol açabilecek mahiyette bir müdahaledir. Nitekim, Yargıtay’ın yukarıda anılan 2018 tarihli kararında da, **üç adet ürün şişesi üzerinde «seri/parti numarası şişenin arkasında yazılıdır» ibaresi bulunmasına rağmen şişe arkasında numara bulunmayan bu ürünler yönünden, tüketiciler nezdinde markayla ilgili kuşku uyandıracak ve olumlu imajını sarsacak olması nedeniyle** kanaatimizce de isabetli olarak ihlal kararı verilmiştir⁹⁷.

Gerek geleneksel yoldan (fiziki mağazadan) gerekse internetten satılan ürünlerin barkodları üzerinden stok tutulmakta, iptal / iade / değişim işlemleri yapılmaktadır. Yukarıda değinilen ABAD kararlarında, serbest ticaretin engellenmemesi için ilaç ambalajının değiştirilmesine marka hakkı sahibinin katlanması gereken durumlarda, üreticinin ismi ve parti numarasının silinmemesi, ürünün orijinalliğinin korunması şartlarını ihtiva etmektedir.

95 Yargıtay 11 HD, E 2016/11969 K 2018/5029, 10.07.2018. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

96 Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3193, dipnot 119.

97 Yargıtay 11 HD, E 2016/11969 K 2018/5029, 10.07.2018 “ancak üç adet ürün şişesi üzerinde “seri/parti numarası şişenin arkasında yazılıdır” ibaresine rağmen şişe arkasında numara bulunmayan bu ürünler yönünden, tüketiciler nezdinde markayla ilgili kuşku uyandıracak ve olumlu imajını sarsacak olması nedeniyle bu eylemin 556 sayılı KHK’nın 13/2 maddesi uyarınca markanın kötüleştirilmesi niteliğinde görülerek davanın kabulüne dair yerel mahkeme kararı yerinde olup davacının temyiz itirazları yerinde değildir” Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

Bu noktada belirleyici kriter barkodun silinmesi ile markanın işlevlerinin zarar görüp görmediğinin belirlenmesidir. Markanın işlevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde yapılan müdahaleler karşısında marka hakkı sahibine SMK m. 152/2 uyarınca değişikliğe/kötüleştirmeye engel olma hakkı tanınması gerekmektedir.

D. SAHTE VEYA TAKLİT BARKOD NUMARASI KULLANILMASI YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE HAKSIZ REKABET

Yukarıda ambalajın değiştirilmesi başlığı altında detaylı olarak değinildiğı üzere, barkodun değiştirilmesi markanın köken gösterme ve kalite işlevlerini yerine getirmesine engel olabilir. Aşağıda Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklardan hareketle, yeniden paketleme (ambalaj değişikliği) yapılmaksızın, doğrudan barkod üzerinde yapılan değişikliklerin etkisine değinilecektir. Burada mevcut barkodun silinerek ya da kazınarak yok edilmesi değil, sahte veya taklit barkod ile değiştirilmesi söz konusudur.

I. SAHTE BARKOD NUMARASI VERİLMESİ SURETİYLE HAKSIZ REKABET

Halihazırda ülkemizde kullanılan barkod sistemi (GS1 Sistemi) merkezi Brüksel’de bulunan GS1 Organizasyonu tarafından yönetilmektedir. GS1 Organizasyonu GS1 Türkiye’ye 868 veya 869 öneğini tahsis etmiştir, bir başka deyişle GS1 Türkiye üyelerine 868 veya 869 öneki ile başlayan firma önekleri vermektedir⁹⁸.

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, Davacı vekili, müvekkilinin önceki müşterisi olan davalının, üreterek sattığı “ J. ” ibareli ürünlerinin birebir aynısını Çin’de “ Y. ” ibaresiyle ürettirerek Türkiye’de Türk malı olduğu izlenimi veren ‘869...’ ile başlayan barkod numarasıyla sattığını, buna ilişkin teknik bir zorunluluğun bulunmadığını, bu eyleminin ‘yanlış ve yanıltıcı bilgi vermek’ ve ‘iltibasa yol açmak’ nedeniyle haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi tarafından davanın reddine karar verilmesi karşısında Yargıtay, “*davacı tarafın davalının emtiaları üzerinde gerçeğe aykırı şekilde ‘Türk Mali’ kodunu kullandığı yönündeki iddiaları hiç irdelenmediğı gibi, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da bu yönüyle bir inceleme yapılmamış, taraf kanıtları değerlendirilmemiştir. O halde, davacı tarafın davalının emtialarında kullandığı kod ile ilgili iddiaları üzerinde durulup, taraf kanıtlarının değerlendirilmesi, gerektiğinde uzman bilirkişi kurulundan ek rapor alınması veya yeniden uzman bilirkişi kurulu oluşturulup inceleme yaptırılması, davalının bu eyleminin sektörde ve tüketici nezdinde etkileri üzerinde durulması, davacıya yansımalarının tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken*” bu yönde inceleme yapılmaması nedeniyle hükmün bozulmasına karar vermiştir⁹⁹.

98 GS1 Türkiye, https://gs1.tobb.org.tr/icerik_goster.php?Id=26 (Erişim Tarihi 01.12.2022).

99 Yargıtay 11 HD, E 2008/7186 K 2008/11096, 13.10.2008, Yargıtay kararında “*TTK’nun 56 ncı maddesinde haksız rekabet, ekonomik rekabetin objektif iyi niyet kurallarına aykırı her türlü suiistimali olarak tanımlanmıştır. TTK’nun 56 ncı maddesindeki tanım, geniş bir alanı kapsamaktadır. Kanun koyucu, anılan düzenlemelerle bir yandan rakiplerin ekonomik çıkarlarını korumak amacı taşırken, diğer yandan da sağlıklı ve kurallara dayalı ekonomik yapının ortaya çıkması ve korunmasını hedeflemiştir. Anılan Kanununun 57 ncı maddesinde de haksız rekabet halleri örnek olarak sayılmış,*

Gerçekten de Çin malı olduğu halde Türk malı izlenimi yaratmak, böylelikle tüketiciyi aldatmak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (“TTK”) m. 54 vd uyarınca somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralına aykırı satış yöntemlerinden sayılabilecektir.

Bu hususta ülkelerin barkod numaralarının sahte olarak kullanılması TTK m. 55/a-2 bendi kapsamında “Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek” fiili kapsamında değerlendirilebilecektir. Zira, bu bent kapsamında barkod üzerinden yapılan açıklama yanlış ve yanıltıcıdır¹⁰⁰. Yüzlerce seçenek arasında özellikle Türkiye’nin kodunun seçilmesi, tüketici nezdinde Çin malı ürünlere karşı oluşan olumsuz algıyı bertaraf etme amacının yanı sıra, Türkiye’de üretim yapılmadığı halde tüketiciyi aldatmaktadır.

Benzer şekilde, “520Barcode Hellas” ibareli bir marka tescil başvurusuna ilişkin AB Genel Mahkemesi kararında da¹⁰¹, “520” işaretinin, lojistik ve izlenebilirlik ürünleri tüketicisi ve alıcısı olan profesyonelleri, ekonomik operatörleri, özellikle de Yunan profesyonellerini GS1 sistemi ile bir bağlantı algılamaya yönlendirip yönlendirmediği tartışılmıştır. Zira, GS1 AISBL tarafından 520 ve 521 örnekleri Yunanistan için ayrılmıştır.

Yanlış ve yanıltıcı bir açıklamanın müşterileri aldatma ihtimali değerlendirilirken açıklamanın hitap ettiği kitledeki ortalama müşteri profili dikkate alınacaktır¹⁰². Bu noktada nihai tüketicinin barkod numaralarına bakması ve yorumlaması beklenmez iken, toptancı alıcıların özellikle ambalajsız ve etiketsiz ürünlerde ilk dikkat edeceği hususlardan biri barkodlar olabilir. Dolayısıyla aldatılma konusunda değerlendirme yapılırken müşterinin kim olduğu bu bağlamda önem arz edecektir.

bir sınırlama getirilmemiştir. Bu maddenin 3 ncü bendinde de kendi şahsi durumu, emtiası, iş mahsulleri, ticari faaliyeti veya ticari işleri hakkında yanlış veya yanıltıcı malumat vermenin haksız rekabet teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Somut olayda mahkemece yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı tarafın davalının emtiaları üzerinde gerçeğe aykırı şekilde ‘Türk Malı’ kodunu kullandığı yönündeki iddiaları hiç irdelenmediği gibi, hükme esas alınan bilirkişi raporunda da bu yönüyle bir inceleme yapılmamış, taraf kanıtları değerlendirilmemiştir. O halde, davacı tarafın davalının emtialarında kullandığı kod ile ilgili iddiaları üzerinde durulup, taraf kanıtlarının değerlendirilmesi, gerektiğinde uzman bilirkişi kurulundan ek rapor alınması veya yeniden uzman bilirkişi kurulu oluşturulup inceleme yaptırılması, davalının bu eyleminin sektörde ve tüketici nezdinde etkileri üzerinde durulması, davacıya yansımalarının tartışılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekirken anılan husus gözden kaçırılarak yazılı şekilde onanmış olduğundan davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairemiz’in 21.02.2008 tarih 2007/174 Esas-2008/1935 Karar sayılı onama kararın kaldırılarak hükmün bozulması gerekmiştir.” Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

100 R. Tamer Pekdinçer, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet Yayıncılık 2020) 100 vd.

101 *Ellinikos Syndesmos Epicheiriseon gia ti Diacheirisi ton Diethnon Protypon GS1 v European Union Intellectual Property Office* T-453/16 (GCEU, 3 October 2017).

102 Pekdinçer (n 100) 103.

2. BARKODUN TAKLİDİ YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Numaralardan oluşan barkod, tek başına ayırt edici niteliği haiz değildir. AB Genel Mahkemesi'nin Barcode Hellas kararında¹⁰³ çeşitli numaralardan oluşan barkodun tek başına ayırt edici nitelikte olmadığı ve marka olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmektedir. Ancak barkod okuma cihazı sonucunda ortaya çıkan işaret tescilli bir marka ile aynı veya benzer ise, tüketicuyu malın kaynağı konusunda yanıltmaktadır. Dolayısıyla, bir ürün üzerindeki barkodun aynen taklidi, markanın taklidi ile aynı sonucu doğurabilecektir.

Barkod üzerinden markalı ürüne ilişkin benzersiz bilgiler taklit edilmekte ve tüketici nezdinde karıştırılmaya yol açmaktadır. Barkodun taklidi, çoğunlukla ürünün bütünüyle aynen taklidi ile birlikte gündeme geleceği için marka hakkına tecavüz hem ürün üzerindeki markanın hem de barkodun taklidi suretiyle işlenmiş olacaktır.

Yargıtay kararına konu olan bir uyuşmazlıkta, tescilli R.. H.. F. Scotch Whiskey markası ve barkodlarının aynısını taklit ederek, ürettiği viskilerin ambalaj, şişe ve kutularında kullanıldığı iddiasına yönelik yargılama sonunda ilk derece mahkemesi davanın kabulüne karar vermiştir¹⁰⁴. Gerçekten de, davacı tarafca bir içki şişesinin aynen kopyalanması halinde şişenin ve içindeki içkinin orijinal olduğu izlenimini güçlendiren barkod ihlalin etkisini kuvvetlendirici bir etki yaratmaktadır.

E. YETKİSİZ BARKOD KULLANIMI YOLUYLA MARKA HAKKINA TECAVÜZ

Markalı ürünlerin bağımsız tacirler tarafından yeniden satışı sırasında tüketici nezdinde markalı ürünün yetkili satıcısı olduğu yönünde izlenim yaratmasını tükenme ilkesine istisna getirilebilecek haklı neden olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵.

103 *Ellinikos Syndesmos Epicheiriseon gia ti Diacheirisi ton Diethnon Protypon GS1 v European Union Intellectual Property Office* T-453/16 (GCEU, 3 October 2017).

104 Yargıtay 11 HD, E 2010/13441 K 2012/4816, 28.03.2012; “Davacı vekili, davalının, müvekkilinin tanınmış ve tescilli ROYAL HORSE FINES SCOTCH WHISKEY markası ve barkodlarının aynısını taklit ederek, ürettiği viskilerin ambalaj, şişe ve kutularında kullandığını, davalının söz konusu taklit ürünleri Ürdünden getirerek, Türkiye üzerinden transit olarak Habur sınır kapısından Irak'a sevk edecekken şikayet üzerine yakalandığını, davalı eyleminin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin ve markaya tecavüzünün önlenmesini, şimdilik 1000 ABD doları karşılığında tazminatın davalıdan tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkili şirketin Ürdün Amman Sanayi Odası'na kayıtlı olduğunu, Ürdün Devleti'nde “Royal Horse” markası ile üretim yaptığını, markanın Ürdünde tescilli olup, Ürdünde dağıtımı ve yurt dışı ihracında hiçbir sorun bulunmadığını, öte yandan davacı markasının tescilli olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, tüm dosya kapsamı ve benimsenen bilirkişi raporlarına göre, davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğu, ancak dava konusu ürünler Türkiye'de piyasaya sürülmediğinden davacı tarafın zararının oluşmadığı gerekçesi ile, davanın kısmen kabulüne, davalının davacı şirket adına tescilli markaya tecavüz suretiyle yaptığı haksız rekabetin önlenmesine, tazminat isteminin reddine karar verilmiştir”. Yargıtay kararı görev yönünden bozmuştur. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

105 Yargıtay 11 HD, E 2014/708 K 2014/9675, 26.05.2014 “davacı ile davalı arasında bayilik sözleşmesi bulunmaması nedeniyle davacıya ait tescilli TAÇ markasının davalı tarafından kullanımının haksız olduğu, davalının davacıya ait markalı ürünlerini satmasının dürüstçe kullanım veya marka hakkının tükenmesi kapsamında değerlendirilmeyeceği, davalının TAÇ logosunu kullanmasının davacıya ait markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu”; aynı yönde Yargıtay 11 HD, E 2014/15611 K 2015/789, 21.01.2015; aynı yönde “sitesinde markalarımız başlığı ile markanın yetkili satıcısı imajını vererek ... mallarının da satışa sunulması ve oradan da markanın kendi sitesine link verilmesi eylemlerinin davacı marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitine” Yargıtay 11 HD, E 2015/6471 K 2016/888, 27.01.2016. Bkz.

Delil tespiti sırasında davacıya ait etiket ve barkodların yetkisiz kullanıldığının tespitinden doğan bir uyumsuzlukta, Yargıtay¹⁰⁶, ; «*Davacı vekili, müvekkilinin ...markası ile süt ve süt ürünleri sattığını, davalı ile olan ticari ilişkilerinin sona ermesinden sonra davalının işyerinde mahkeme aracılığı ile yapılan tespit müvekkiline ait olmayan peynirlerin müvekkili markası altında satışa sunulduğunu, süt ürünleri reyonunda “...Tam Yağlı Beyaz Peynir” etiket ve barkotlarının tespit edildiğini, davalının eyleminin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet yarattığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin men’ine, 100.000,00.-TL maddi, 100.000,00 TL manevi tazminatın faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı ile ticari ilişkisi sona ermesine rağmen gelecekte davacı ile çalışma düşüncesinde oldukları için az da olsa davacı ürünlerini sattıklarını, bu nedenle de reyondaki yazı ve terazideki kod numarasını değiştirmediklerini, talep edilen tazminatların fahiş olduğunu savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, davalının işyerinde yapılan tespit süt ürünleri reyonunda “...Tam Yağlı Beyaz Peynir” levhası ile satış yapıldığının tespit edildiği, davalı firma yetkilisinin tespit sırasında davacıdan peynir satın almadıklarını belirttiği, davalı işyerinde davacıya ait olmayan ürünlerin ...markası ile satıldığının tespit edilmesi nedeniyle davalının eyleminin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalının haksız rekabet teşkil eden ve marka hakkına tecavüz niteliği taşıyan eylemlerden men’ine, 22.065,31 TL maddi, 10.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir.»*

Somut olayda, davacı markasının aynen taklit edilmesinin yanı sıra ürün üzerindeki barkod da değiştirilmeyerek terazi üzerinde davacı markası ile satışa yol açıldığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla barkod üzerinden yanlış kaynak gösterme söz konusudur.

SONUÇ

Marka sahibine tanınan mutlak korumanın amacı, marka fonksiyonlarının üçüncü kişiler tarafından haksız kullanım ve müdahaleler ile etkisizleştirilmesinin önlenmesidir. SMK m. 152 f. 2 hükmünün koruma amacı da buna paralel olarak, markanın kaynak gösterme ve garanti fonksiyonunun zedelenmemesidir.

Barkodun ürüne yerleştirilmesinin amacı, başta sahteciliği önlemek, ürünün orijinal olup olmadığını, üretim ve son kullanma tarihini, imalat seri numarasını tespit etmek, hızlı ve kolay iptal, iade, değişim işlemleri yapabilmek, hatalı imalata konu ürünün geri çağırabilmek ya da tüketicinin aynı seri imalattan çıkan ürüne ulaşabilmesini sağlamak vb. hususlardır.

Tüketicinin bu bilgilere ulaşmasını sağlayan barkodun silinmesi markanın garanti, kalite ve itibar fonksiyonlarına zarar verecektir. Bu nedenle, tüketicinin üründen markaya duyduğu güven doğrultusunda beklediği menfaati sağlamasına ve orijinalliğin ispatına yönelik durumlarda barkodun silinmesi, kazanması, değiştirilmesi, taklit ve sahte barkod kullanımı tükenme ilkesine getirilen değiştirme ve kötüleştirme yasağı kapsamında değerlendirilecek ve somut olayın şartlarına

Yasaman ve Ayoğlu (n 16) 3193-3194, dipnot 122.

106 Yargıtay 11 HD, E 2014/2009 K 2014/5568, 21.03.2014. Lex Pera İçtihat, Erişim Tarihi 01.12.2022.

göre marka hakkına tecavüz ve/veya haksız rekabet teşkil edecektir. Zira, markanın işlevlerini yerine getirmesine engel olacak şekilde yapılan müdahalelere karşı, marka hakkının tükenmesi savunması ileri sürülemez.

Yukarıda değinilen içtihatlarda da, örneğin paralel ithalata marka hakkı sahibinin katlanması gereken durumlarda, üreticinin ismi ve ürünün imalat parti numarasının silinmemesi, ürünün orijinalliğinin korunması şartlarını ihtiva etmektedir.

Bu noktada aslolan barkodun silinmesi ile markanın işlevlerinin zarar görüp görmediğinin belirlenmesidir. Ortaya çıkan sonuca göre, marka hakkı sahibi barkodun sökülmesinin markanın köken gösterme, garanti işlevlerine zarar verdiğini ileri sürerek değiştirilen / kötüleştirilen ürünlerin piyasadan toplatılmasını, satışın durdurulması vs. haklarını SMK m. 152/2'ye dayanarak talep edebilir.

KAYNAKÇA

- Akçay H, 'Proses Sayısının Çok Olduğu Talaşlı İmalat Süreçlerinin Gruplandırılarak Barkodla Yönetilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi 2020).
- Arıkan AS, 'Fikri-Sınai Mülkiyet Hakları ve Hakkın Tükenmesi' iç Feyzan Hayal Şehirli Çelik (ed), *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2017) 641-669.
- Arkan S, *Marka Hukuku* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 520 1997).
- Arkan S, 'Marka Hakkının Tüketilmesi' (1998) *Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan* 197-208.
- Arı Z, 'Marka Hakkının Tüketilmesi' (2007) XI (1-2) Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 279 – 305.
- Aslan A, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi (Mukayeseli)* (Beta Basım 2004).
- Aslan Düzgün Ü, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat* (Yetkin Yayınları 2010).
- Ayoğlu T, 'Marka Hakkının Tüketilmesi' (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi 2001).
- Basire Y, *Les Fonctions de la Marque, Essai Sur la Coherence du Regime Juridique d'un Signe Distinctif* (Lexis Nexis 2014).
- Bozgeyik H, *Marka Hakkının Korunması* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Büyükkılıç G, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması* (On İki Levha 2019).
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2015).
- Çamlıbel Taylan E, *Marka Hakkının Kullanılması ile Paralel İthalatın Önlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2001).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Dirikcan H, *Tanınmış Markanın Korunması* (Seçkin Yayıncılık 2003).
- Elçi A, İş Ekipmanlarında Güvenlik Takibi İçin Bir Sistem Önerisi "Karekod Barkod Uygulama" (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi 2014).
- İmirlioğlu D, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi 2017).
- Güneş İ, *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2020).
- Güneş İ, *Marka Hukuku'nda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler* (2. Baskı, Seçkin 2015).
- Karaca, OU, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları* (Lykeion Yayınları 2017).
- Karan H ve Kılıç M, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Turhan Yayınevi 2004).

- Kaya A, *Marka Hukuku* (Arıkan Yayınları 2006).
- Kayhan F, 'Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi' (2001) 1 (1) FMR Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 51-72.
- Küçükali C, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi* (Seçkin Yayıncılık 2009).
- Oytaç K, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku* (Beta Basım 1999).
- Paslı A, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (Vedat Kitapçılık 2018).
- Pekdinçer RT, Giray ER, Baş K ve Büyükkılıç, G, *Gerekçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ulusal Mevzuat – Uluslararası Mevzuat* (On İki Levha Yayıncılık 2021).
- Pekdinçer, RT, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet Yayıncılık 2020).
- Pekdinçer RT, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar-II* (Seçkin Yayıncılık 2019).
- Pınar H, 'Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi' (2000) *Prof. Dr. Kemal OĞUZMAN'ın Anısına Armağan* 855-915.
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Taşkın AÇ, 'Orta Ölçekli Belediyelerde Kullanılabilecek Karekod Barkod Destekli Doküman Yönetimi Sistemi' (Yüksek Lisans Tezi, Trakya Üniversitesi 2012).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat Kitapçılık 2012)
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *GS1 Sistemi Tanımlama, Numaralandırma ve Barkod Standartları Uygulama Kılavuzu* (2007).
- Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, *2012/178 sayılı Yayın* (TOBB Yayınları 2012).
- Uzunallı S, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019).
- Yasaman H, Ayoğlu T, Yusufoglu Bilgin F, Memiş Kartal P, Yüksel SH, Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Yasaman H, Erdem E, Dural A, Ayoğlu T, Altay A, Yusufoglu F, Yüksel S, İsviçre Borçlar Kanunu'nun İktibasının 80. Yılında İsviçre Borçlar Hukuku'nun Türk Ticaret Hukuku'na Etkileri (Vedat Kitapçılık 2009).
- Yılmaz L, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri* (Beta Basım 2008).