

**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM),**  
yılda iki kere yayımlanan uluslararası ve hakemli bir dergidir.

***Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM)***  
*is an internationally peer-reviewed journal published twice a year.*

**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin tarandığı endeksler:**

**Ulusal Endeksler:** ULAKBİM TR Dizin ve ASOS INDEX

**Uluslararası Alan Endeksleri:** European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS),  
ICI Journals Master List

***Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is indexed in***

***National Indexes:*** ULAKBİM TR Index, ASOS Index

***International Indexes:*** European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS)  
ICI Journals Master List



**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin erişilebildiği veritabanları:**  
HEINONLINE, JURIX, EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS)

***Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) is included in***  
***HEINONLINE, JURIX, EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS)***  
***database.***





ANKARA YILDIRIM BEYAZIT  
ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ

# TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi  
*Journal of Commercial and Intellectual Property Law*

## MAKALE ÇAĞRISI CALL FOR PAPERS

**Ticaret hukuku ve fikri mülkiyet hukukuna dair herhangi bir konuda,**

- Makale,
- Çeviriler,
- Karar tahlilleri,
- Kitap tahlilleri ve
- Diğer akademik çalışmalarınızı bekliyoruz.

**We invite you to submit your**

- Articles,
- Translations,
- Case reviews,
- Book reviews and
- Other academic works related to commercial and intellectual property law.

Web Sitesi / Website: <http://www.aybu.edu.tr/tfm>  
Makale gönderim / Article submission: <https://dergipark.org.tr/tfm>  
İletişim / Contact: [tfm@ybu.edu.tr](mailto:tfm@ybu.edu.tr)

# TFM

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi  
*Journal of Commercial and Intellectual Property Law*

C. 10 • S. 1 • Haziran 2024



ANKARA YILDIRIM BEYAZIT  
ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ

**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)**  
*Journal of Commercial and Intellectual Property Law*

**Sahibi/Owner**

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Managing Editor**

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

**Editörler/Editors**

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ceren CERİT DİNDAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Fatma Betül ÇAKIR ÇELEBİ (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Nevin MERAL (AYBÜ Hukuk Fakültesi, İngilizce Dil Editörü)  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğçe Nimet YAŞAR (AYBÜ Hukuk Fakültesi, Almanca Dil Editörü)

**Editör Yardımcıları/Assistant Editors**

Arş. Gör. Halil İbrahim AKCAN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Arş. Gör. Kemalettin Ahmet AKSOY (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Arş. Gör. Zehra AVCI (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Arş. Gör. Sümeyye ERKALAN COŞKUNSU (Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Arş. Gör. Şule İŞİN (AYBÜ Hukuk Fakültesi)

**Yayın Kurulu/Editorial Board**

Prof. Dr. Zekeriyya ARI (Uludağ Üniversitesi)  
Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Cafer EMİNOĞLU (AYBÜ Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Said GULYAMOV (Taşkent Devlet Hukuk Üniversitesi)  
Prof. Dr. Rauf KARASU (Hacettepe Üniversitesi)  
Prof. Dr. İsmail KIRCA (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)  
Prof. Dr. Şafak NARBAY (Sakarya Üniversitesi)  
Prof. Dr. İslambek RUSTAMBEKOV (Taşkent Devlet Hukuk Üniversitesi)  
Doç. Dr. Cahit SULUK (İstanbul Medeniyet Üniversitesi)

ISSN: 2149-4576 • e-ISSN: 2149-6250

**Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM),  
ULAKBİM TR Dizin, ASOS INDEX, European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS) ve  
ICI Journals Master List'te taranan,  
EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS), HEINONLINE ve JURIX veri tabanı üzerinden erişilebilen  
uluslararası ve hakemli bir dergidir.**

*Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM)*

*is an internationally peer-reviewed journal published twice a year, indexed in TÜBİTAK ULAKBİM, TR Index, ASOS Index,  
European Reference Index for the Humanities and Social Sciences (ERIH PLUS) and ICI Journals Master List,  
also included in EBSCO - Central & Eastern European Academic Source (CEEAS), HEINONLINE and JURIX database.*

**Yayın Tarihi/Date of Publication** : Temmuz 2024/July 2024  
**Yayın Türü/Publication Type** : Yaygın Süreli Yayın/Widespread Periodical  
**İletişim Bilgileri/Contact Information** : Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
15 Temmuz Şehitler Binası Ayvalı Mah. Halil Sezai Erkut Cad. 150. Sok. Keçiören/ANKARA-TÜRKİYE  
**Elektronik Ağ/Website** : <http://www.ybu.edu.tr/hukuk>  
**E-posta/E-mail** : [tfm@ybu.edu.tr](mailto:tfm@ybu.edu.tr)  
**Makale Gönderim ve Yazım Kuralları/** : <http://www.dergipark.org.tr/tfm>  
**Article Submission and Author Guidelines**

**Amaç:** Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), ticaret ve fikri mülkiyet hukuku alanları ile bunlarla bağlantılı bilimsel çalışmaları desteklemeyi ve bu suretle ekonomik ve sosyal gelişmeye katkı yapmayı amaçlamaktadır.

**Mission:** *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) aims at promoting commercial and intellectual property law along with all academic works in these fields and thereby at contributing to economic and social development.*

---

**Kapsam:** Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM), Ticaret, Fikri Mülkiyet, Sermaye Piyasası, Banka ve Rekabet Hukuku alanlarıyla ilgili bilimsel nitelikteki her türlü makale, çeviri, karar incelemesi ve diğer çalışmalara yer vermektedir.

**Scope:** *Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM) presents articles, translations, case reviews and other academic works related to commercial, intellectual property, capital markets, banking and competition law.*

---

Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM)'nin yazım kuralları, etik ilkeleri ve yayın politikası için derginin resmî sitesini, [www.dergipark.org.tr/tfm](http://www.dergipark.org.tr/tfm) adresinden ziyaret ediniz.

*For the publication guideline, ethical principles and publishing policy of the Journal of Commercial and Intellectual Property Law (TFM), please visit the official website, at [www.dergipark.org.tr/tfm](http://www.dergipark.org.tr/tfm)*

## DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD<sup>(\*)</sup>

Prof. Dr. Ayşe ODMAN BOZTOSUN	Akdeniz Üniversitesi/University, Antalya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Jan LIEDER	Albert-Ludwigs University of Freiburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Arzu OĞUZ	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Feyzan Haya! ŞEHİRALİ ÇELİK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE	ASBÜ/Social Sciences University of Ankara, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aynur YONGALIK	Atılım Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Rıza AYHAN	Başkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Gül OKUTAN NILSSON	Bilgi Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mertol CAN	Çankaya Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Ömer KORKUT	Çukurova Üniversitesi/University, Adana-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi/University, Kayseri-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Çağlar MANAVGAT	İ.D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Zühtü AYTAÇ	İ.D. Bilkent Üniversitesi/University, Ankara-Türkiye/Turkey (Em.)
Prof. Dr. Şükrü YILDIZ	İbn Haldun Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Yadigar İZMİRLİ	İstanbul Aydın Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa ATEŞ	İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Aslan KAYA	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet HELVACI	İstanbul Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK	İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi/University, Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI	İzmir Ekonomi Üniversitesi/University, İzmir-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	Özyeğin Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Şafak NARBAY	Sakarya Üniversitesi/University, Sakarya-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Mehmet Fahrettin ÖNDER	Süleyman Demirel Üniversitesi/University, Isparta-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Christoph ANN	Technical University of Munich/Almanya/Germany
Prof. Dr. Christoph Van der ELST	Tilburg University, Tilburg-Hollanda/Netherlands
Prof. Dr. Halit AKER	Uludağ Üniversitesi/University, Bursa-Türkiye/Turkey
Prof. Dr. Farid Sufian BIN SHUAIB	Uluslararası Malezya İslam Üni./IIUM, Kuala Lumpur-Malezya/Malaysia
Prof. Dr. Barbara GRUNEWALD	University of Köln, Köln-Almanya/Germany (Em.)
Prof. Dr. Wolfgang SERVATIUS	University of Regensburg, Almanya/Germany
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	Yeditepe Üniversitesi/University, İstanbul-Türkiye/Turkey

<sup>(\*)</sup> Üniversite adına göre sıralı/Sorted by the name of university

## EDİTORYAL

---

Değerli Okuyucular,

TFM'nin 10. yılının ilk sayısını sizlerle buluşturmanın mutluluğu içindeyiz. Derginin bu sayısında yine ticaret ve fikri mülkiyet hukukuna ait güncel konuların ele alındığı çalışmalar bulacaksınız. Bu sayımızda fikri mülkiyet hukuku konulu makaleler ağırlıklı olmuş ve bunlar arasında telif ve marka hukuku alanlarına ait çalışmalar öne çıkmıştır. Bilişim ve milletlerarası özel hukuka temas eden bazı seçilmiş makalelerle TFM, ilk sayısında belirlenen geniş yelpaze doğrultusunda yoluna devam etmektedir. Bu sayıda yer verdiğimiz çalışmaların tamamının temas ettikleri konulara ilişkin ulusal ve uluslararası alandaki uygulamaya ilişkin olması TFM'nin hukuk pratiği açısından baştan beri üstlendiği misyonu daha da pekiştirmektedir. TFM'nin bu sayısında sadece araştırma makaleleri yer almaktadır. Daha önceki sayılarında editöre mektup, karar incelemesi ve kitap incelemesi türünden akademik çalışmalara da yer vermiştik. Buradan tüm yazarlarımıza çağrıda bulunarak dergide farklı türden akademik çalışmalarına da yer vermek istediğimizi belirtmek istiyoruz.

İyi okumalar dileriz.

*TFM*

## EDITORIAL

---

Dear Readers,

We are delighted to present the first issue of the 10th year of the TFM. In this issue, you will again find articles on current issues in commercial and intellectual property law. We have a strong focus on intellectual property law, including copyright and trademark law. We also have some selected articles on IT law and private international law, which further demonstrate our commitment to the broad spectrum of legal practice that we have set out at the beginning of the TFM. All the articles in this issue are related to national and international legal practice. This further reinforces the mission undertaken by the TFM in the very beginning, in terms of legal practice. This issue of the TFM contains research articles only. In the previous issues of the TFM, we have also included academic studies such as letters to the editor, and case reviews and book reviews. We are calling on all authors to submit different types of academic studies for publication in the TFM.

Have a good reading.

*TFM Team*



# İÇİNDEKİLER/CONTENTS

## MAKALELER/ARTICLES

<b>YARATICILIK, ORJİNALLİK VE HUSUSİYET KAVRAMLARININ ÜRETKEN OTONOM YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNE YANSIMALARI VE FİKRİ HAKLAR BOYUTUYLA DEĞERLENDİRİLMESİ</b> <i>REFLECTIONS OF THE CONCEPTS OF CREATIVITY, ORIGINALITY AND CHARACTERISTIC ON THE GENERATIVE AUTONOMOUS AI SYSTEMS WITH AN ANALYSIS OF COPYRIGHT PERSPECTIVE</i> Belgin ASLAN .....	3
<b>SERMAYE PİYASASI KANUNU UYARINCA ÇIKARMA HAKKININ MÜLKİYET HAKKINI İHLALİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ</b> <i>THE EVALUATION OF THE RIGHT TO SQUEEZE-OUT ACCORDING TO THE CAPITAL MARKETS LAW IN TERMS OF VIOLATION OF RIGHT TO PROPERTY</i> Dr. Öğr. Üyesi Firdevs ARSLAN.....	25
<b>YABANCI UNSURLU FİKRİ MÜLKİYET UYUŞMAZLIKLARINDA “KORUMA ÜLKESİ HUKUKU” (LEX LOCI PROTECTIONIS) KAVRAMININ BELİRSİZLİĞİ</b> <i>UNCERTAINTY OF THE CONCEPT OF “THE COUNTRY FOR WHICH PROTECTION IS SOUGHT” (LEX LOCI PROTECTIONIS) IN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT DISPUTES WITH FOREIGN ELEMENTS</i> Prof. Dr. Musa AYGÜL - Dr. Öğr. Üyesi Elif Hande ALTINTAŞ AÇIKGÖZ.....	43
<b>AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ’NDE MOBİL CİHAZLARLA KONUM VERİSİNİN TOPLANMASI VE İŞLENMESİNE İLİŞKİN FTC SORUŞTURMALAR VE ÜLKEMİZDE KONUM VERİSİ İLE İLGİLİ GELİŞMELER</b> <i>FTC INVESTIGATIONS REGARDING THE COLLECTION AND PROCESSING OF LOCATION DATA WITH MOBILE DEVICES IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND DEVELOPMENTS REGARDING LOCATION DATA IN OUR COUNTRY</i> Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR.....	63
<b>YARGITAY KARARLARI İŞİĞİNDA İLAÇ MARKALARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ</b> <i>LIKELIHOOD OF CONFUSION AMONG PHARMACEUTICAL TRADEMARKS IN THE LIGHT OF TURKISH SUPREME COURT DECISIONS</i> Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK - Dr. Sefa ER.....	79
<b>TÜRK HUKUKUNDA FİKRİ MÜLKİYET VE HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN KÜMÜLATİF UYGULANABİLİRLİĞİ</b> <i>CUMULATIVE APPLICABILITY OF INTELLECTUAL PROPERTY AND UNFAIR COMPETITION PROVISIONS UNDER TURKISH LAW</i> Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ.....	101
<b>AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANI KARARLARI İŞİĞİNDA TESCİLLİ MARKALARA İLİŞKİN OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN VE AYIRT EDİCİ NİTELİKTE OLMAYAN KULLANIMLARIN MARKA HAKKININ KAPSAMI VE İSTİSNALARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ</b> <i>EXAMINATION OF THE NON-DISTINCTIVE USES OF REGISTERED TRADEMARKS BY THIRD PARTIES WITHIN THE SCOPE OF TRADEMARK RIGHT AND ITS EXCEPTIONS IN THE LIGHT OF THE COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION</i> Dr. Başak KARMUTOĞLU.....	119
<b>FİKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU’NDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN HAK SAHİPLERİNE ETKİSİ: YARGITAY HUKUK GENEL KURULU’NUN 01.12.2022 TARİHLİ KEMAL SUNAL KARARI</b> <i>IMPACT OF LEGAL AMENDMENTS ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS HOLDERS: KEMAL SUNAL CASE (01.12.2022)</i> Dr. Öğr. Üyesi Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK - Orhan Gazi SARIDAĞ.....	139
<b>FEATURES OF THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL CYBER DISPUTES THROUGH ADR IN THE CONTEXT OF THE LEGISLATION OF THE BRICS COUNTRIES</b> <i>BRICS ÜLKELERİNİN MEVZUATI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI SİBER UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ YOLUYLA ÇÖZÜMÜNÜN ÖZELLİKLERİ</i> Prof. Dr. Islambek RUSTAMBEKOV .....	149
<b>MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBINDA KÖTÜNİYET KAVRAMI</b> <i>THE CONCEPT OF BAD FAITH IN LIMITATION IN CONSEQUENCE OF ACQUÍESCENCE IN TRADE MARK LAW</i> Dr. Öğr. Üyesi Pınar UZUN ŞENOL .....	167



# Makaleler

---

Articles



# YARATICILIK, ORIJINALLIK VE HUSUSIYET KAVRAMLARININ ÜRETKEN OTONOM YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNE YANSIMALARI VE FİKRİ HAKLAR BOYUTUYLA DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

## REFLECTIONS OF THE CONCEPTS OF CREATIVITY, ORIGINALITY AND CHARACTERISTIC ON THE GENERATIVE AUTONOMOUS AI SYSTEMS WITH AN ANALYSIS OF COPYRIGHT PERSPECTIVE

Belgin ASLAN<sup>(\*\*)</sup>

*“Hiçbir şey insan düşüncesinden daha sınırsız değildir.”*

*David Hume*

### Öz

Yapay zekâ sistemleri teknolojik ilerlemelerle birlikte yaygınlaşmakta ve bilimsel araştırmaların odak noktası haline gelmektedir. Bu sistemlerin bir alt türü olan “Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemleri” tarafından üretilen ürünlerin eser niteliği taşıyıp taşımadığı konusu ise mevcut tartışma ve araştırmalarda merkezi bir yer tutmaktadır. Araştırmamızda; insan müdahalesinin asgari seviyeye indirildiği ve aslında hâlihazırda var olan eserlerin yer aldığı veri setleriyle sürdürülen makine öğrenmesi süreçleri sonunda ortaya konan ürün veya çıktılarının eser niteliğine ulaşmak için gerekli yaratıcılık/orijinallik veya hususiyeti taşıyıp taşımadıkları hususunun tespitinde uluslararası ve çok yönlü bir bakış açısıyla yeniden düşünmemiz gerektiğini vurgulamaya çalıştık. Bu bakış açısıyla; yaratıcılığını ortaya koyarak varoluşundan bu yana eser meydana getiren gerçek insandan, yapay (jenerik/ikame) zekâ sistemleri aktarılamayacak olanın ne olduğunu anlamaya çalışarak yapay zekâ ve insan yaratıcılığı arasındaki ayrımı belirlemeye çalıştık.

### Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ, Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemleri, Fikri Haklar, Eser, Yaratıcılık, Orijinallik.

### Abstract

Artificial Intelligence (AI) Systems are increasingly prevalent with technological advancements, emerging as the focus of scientific studies. The question of whether products generated by a subtype of these AI systems, known as “Generative Autonomous Artificial Intelligence” (GAI) meet the criteria for being considered works is a key aspect in ongoing discussions. Our research aimed to emphasize necessity of reconsideration from an international and multidimensional perspective when evaluating whether the products/outputs resulting from machine learning processes, where human intervention is minimized and conducted with datasets containing existing works, possess the creativity, originality or characteristic/ distinctiveness features necessary to be classified as works. With this view point; we tried to determine the distinction between artificial intelligence and human creativity by exploring what aspects cannot be transferred to artificial (generic/substitute) intelligence systems from human who have revealed creativity in creating works throughout its existence.

### Keywords

Artificial Intelligence, Generative Autonomous AI Systems, Copyright, Work, Creativity, Originality.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 08.12.2023 / Kabul Tarihi: 08.04.2024).

Bu makale, Doç. Dr. Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR danışmanlığında yazılan “Dijital Sanat Eserlerinde Fikri Haklar” başlıklı doktora tezime esas alınarak hazırlanmıştır. (Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi, Ankara, Türkiye, 2024) / This article is extracted from my doctorate dissertation entitled “Copyrights on Digital Artworks”, supervised by Assoc. Prof. Dr. Burcu G. ÖZCAN BÜYÜKTANIR (Ph.D. Dissertation, Hacettepe University, Ankara, Türkiye, 2024).

<sup>(\*\*)</sup> Kültür ve Turizm Bakanlığı, Telif Hakları Genel Müdürlüğü, Uluslararası İlişkiler ve Eğitim Koordinatörü, Ankara - Türkiye, (E-posta: belgin.aslan@ktb.gov.tr, ORCID ID: 0000-0001-6335-2810).

*Atıf/Citation:* Aslan, Belgin (2024), “Yaratıcılık, Orijinallik ve Hususiyet Kavramlarının Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemlerine Yansımaları ve Fikri Haklar Boyutuyla Değerlendirilmesi”, TFM, C: 10, S: 1, s. 3-23.

## I. GİRİŞ

İnsanoğlunun varoluşundan bu yana “insan, yaratıcılık ve fikir” kavramları birbiriyle iç içe geçmiş kavramlardır. İnsanın fikri yaratıcılığı; üretilen, tartışılan, eleştirilen nihayetinde geliştirilen bir şey olsa da temelde insan, kendini başkalarına anlatmak ve kendini gerçekleştirmek için sanat, bilim, edebiyat, müzik ve diğer tüm fikir ve sanat alanlarında kendini ifade aracı olarak üretmeye ve yaratmaya devam edecektir<sup>1</sup>.

Diğer taraftan; üretken otonom yapay zekâ sistemlerinin günden güne artan etkisi, özellikle insanların yaratıcılık ve sanat gibi alanlarda kendilerine özgü olduğunu düşündükleri yeteneklerle ilişkilendirilmiş alanlarda çeşitli tartışmalara neden olmaktadır. Üretken yapay zekâ sistemleri, karmaşık görevleri gerçekleştirebilme, büyük veri setlerini analiz etme ve öğrenme yetenekleri ile bilinen sınırlarını aşarak, müzik, resim ve yazı gibi yaratıcı ifade biçimlerinde başarıyla faaliyet gösterebilmektedir. Bu durum, insan ve yapay zekâ arasındaki sınırların belirsizleşmesine yol açarak, teknolojinin toplumsal, etik ve kültürel bağlamdaki rolünü sorgulayan geniş bir tartışma alanını açmıştır.

Üretken otonom sistemler, yapay zekâ türlerinden sadece biri olup, insan beynindeki sinir ağlarının yapısını taklit eden yazılımlar aracılığıyla yeni fikirler üretebilmektedir. Bu sistemler, önceki tekniklerden ayrılarak otonom bir şekilde ve çok az veya hiç insan müdahalesi olmadan yeni ürün veya çıktılar ortaya koyabilme yeteneğine sahiptir. Bu durum, yapay zekânın sadece verileri işlemekle kalmayıp, aynı zamanda yaratıcılık ve problem çözme gibi karmaşık becerilere odaklanabilmesini sağlayarak, teknolojinin inovasyon ve sanatsal yaratıcılık alanlarındaki rolünü derinlemesine değiştirmektedir<sup>2</sup>.

Bununla birlikte, fikir ve sanat eserlerini korumak amacıyla oluşturulan fikri hak sistemleri genellikle, bir eserin koruma altına alınabilmesi için taşınması gereken iki önemli nitelik olan insan yaratıcılığı ve orijinallik (özgünlük-hususiyet) kavramlarına odaklanmıştır. Günümüzde, açıklığa kavuşturulması

gereken ilk ve en önemli konulardan birisi insan yaratıcılığı ile otonom sistemlerin yaratıcılığı arasındaki farktır<sup>3</sup>. Zira otonom veya yarı otonom yapay zekâ sistemleri, insan kapasitesini taklit etme yetenekleriyle, insanı merkeze alan mevcut fikri haklar düzenlemelerini ve temelinde yatan hukuki değerleri zorlamaktadır. Bu durum, yapay zekânın yaratıcılık ve eserlerin korunması açısından mevcut hukuki paradigmayı gözden geçirmeyi gerekli kılmaktadır.

Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından, 13 Mart 2024 tarihinde kabul edilen ve AB Konseyi’nce Nisan ayında imzalanarak son resmi sürecin de tamamlanmasıyla, Mayıs 2024’te yayımlanması beklenen AB Yapay Zekâ Kanunu (EU AI Act), bu alandaki ilk kapsamlı düzenleme olma özelliğini taşımaktadır. Bu Kanunun genel amacı, AB içinde güvenilir yapay zekâ sistemlerinin geliştirilmesi ve kullanılmasına yönelik koşulları yaratarak tek pazarın düzgün işleyişini sağlamaktır<sup>4</sup>.

Bununla beraber; risk odaklı bir bakış açısıyla hazırlanan Yapay Zekâ Kanunundan yaklaşık üç yıl önce, fikri mülkiyet hakları ve yapay zekâ sistemlerinin keşiştiği noktada üye ülkelere tavsiyelerde bulunmak üzere AB tarafından bir ilke kararı (*Resolution*) yayımlanmıştır. Bu ilke kararı, birçok önemli hususun yanı sıra; mevcut fikri mülkiyet düzenlemelerinin yapay zekâ tarafından üretilen çıktılara uygulanmasının ve bu ürünler üzerinde oluşabilecek hakların izlenmesinin zorlaşabileceği ihtimaline dikkat çekmektedir. Ayrıca, gerçek kişi eser sahiplerinin adil bir şekilde ücretlendirilmesini engelleyebilecek yapay zekâ destekli ve otonom olarak üretilen ürünler arasında bir ayırım yapmanın gerekliliğine vurgu yapmıştır<sup>5</sup>.

İlke kararında ayrıca; yapay zekâ teknolojileri sonucu oluşturulan ürün veya çıktılarda gerçek kişilerin

<sup>1</sup> Leyla Ağluç, ‘Sanat Yaratıcılık Bağlamında İnsan ve Yaratma Güdüsü’ (2013) 3 [1] Akdeniz İnsani Bilimler Dergisi 1, 11.

<sup>2</sup> Kalin Hristov, ‘Artificial Intelligence and Copyright Dilemma’ (2017) 57 [3] The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property 431, 434.

<sup>3</sup> Atilla Kasap, ‘Copyright and Creative Artificial Intelligence (AI) Systems: A Twenty-First Century Approach to Authorship of AI-Generated Works in the United States’ (2019) 19 [4] Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law 335, 337.

<sup>4</sup> Tambiama Madiaga, ‘EU Legislation in Progress, Artificial Intelligence Act-EPRS, European Parliamentary Research’ (Haziran 2023) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS\\_BRI\(2021\)\\_698792\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)_698792_EN.pdf)> s.e.t. 3 Kasım 2023.

<sup>5</sup> Parliament Resolution (EU) (2020/2015) on Intellectual Property Rights for the Development of Artificial Intelligence Technologies [2020] OJ C 404/129.

sürece müdahalesinin derecesi veya rolünün belirlenmesinin, sağlanacak fikri hak korumasının da çerçevesini belirlemek bakımından önemli olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna ek olarak, yapay zekâ eğitimi için kullanılan veri setleri sebebiyle fikri haklar kapsamında korunan içeriklere yönelik oluşabilecek ihlallerin gözetilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Esasında, yapay zekâ alanındaki yatırımların korunmasının yanı sıra yaratıcılığın teşvik edilmesi ilkeleri arasında doğru dengeyin kurulması gerektiği dile getirilmiştir<sup>6</sup>.

Yapay zekâ sistemlerinin gerçek kişi/insan olma vasfından yoksun olması, özellikle fikri haklar alanındaki bilimsel çalışmaların, daha çok eser sahipliği başlığı altında yoğunlaşmasına sebep olmaktadır. Ancak, kanaatimizce; otonom zekâ sistemleri veya makineler tarafından üretilen ürünlerin gerçek anlamda eser niteliğine ulaşip ulaşmadığını değerlendirmek, şu aşamada eser sahipliğini belirlemeye çalışmaktan daha anlamlı bir çaba olarak görülmektedir. Bu vesileyle aslında çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan ve sanki aynı vasıfları nitelediği varsayılan yaratıcılık, orijinal olma ve hususiyet kavramlarını açıklığa kavuşturmak önemli hale gelmiştir.

Diğer taraftan, yapay zekâ sistemleri alanında çalışan bilim insanları arasında terminolojik bir birliğin sağlanamadığı, farklı isimlendirmelerin (yaratıcı robotlar, yaratıcı makineler, yapay zekâ, üretken otonom sistemler vb.) tercih edildiği gözlemlenmiştir. Bu nedenle, bu çalışmada, fikri haklara dokunan ve insan dışı oluşumları vurgulayan geniş bir terim olan “Üretken Otonom Yapay Zekâ Sistemleri” terimi kullanılacaktır.

Bu çalışmamızın çıkış noktası; bir eserin meydana getirilme sürecinde, sadece insana özgü olan yetileri tanımlamak ve aynı zamanda sürekli gelişim halinde olsa bile insandan “Üretken Otonom Zekâ Sistemleri” ne aktarılamayacak olan “şey” in ne olduğunu belirlemenin daha elzem olduğu düşüncesidir. Bu çıkış noktasında; Rene Descartes’in “*Akılın İdaresi İçin Kurallar*” eserinde yer alan 12. Kural bize ışık tutacaktır. Kuralda; insan bilgisi ve düşüncesinin kaynağı olarak dört yetiden bahsetmektedir: Hissetme (duyular), hafıza (bellek), hayal gücü ve anlama yetisi (zekâ). Bilinmeyen şeyleri keşfetmek maksadıyla,

anlama yetisi, hayal gücü, duyuların ve hafızanın temin ettiği tüm faydalardan yararlanmak gerektiğini ifade etmektedir. Zekâ, hayal gücü, duyular ve bellek birbiri üzerinde etkili olan ve birbirini harekete geçiren yetiler olarak izah edilmiştir<sup>7</sup>.

Bu bakış açısıyla; çalışmamız kapsamında ilk olarak, yaratıcılık kavramı incelenirken yaratıcı süreçlerin insana özgü hangi yetilerle ilerlediği ortaya konmaya çalışılacaktır. Daha sonra, orijinallik ve hususiyet kavramları ele alınacak ve örnek mahkeme kararları ışığında temel kavramsal çerçeve çizilecektir. Ardından, üretken otonom zekâ sistemlerinin çalışma prensipleri ve türlerine odaklanılacaktır. Makine öğrenmesi kavramı ele alınırken kullanılan veri setlerinin fikri hak boyutuna değinildikten sonra üretken yapay zekâ sistemlerinin insanlarda doğal olarak bulunan özerklik, niyetlilik ve bilinç gibi üç temel özelliğe sahip olup olamayacağı tartışması üzerinde durulacaktır. Yaratıcılık, orijinallik ve hususiyet kavramlarının üretken otonom yapay zekâ sistemlerine yansımalarına değinildikten sonra fikri haklar ve yeni otonom teknolojilerin kesiştiği noktada geleceğe dönük nasıl bir bakış açısı sergilenebileceği hususu tartışılacaktır.

## II. YARATICILIK, ORIJİNALLIK VE HUSUSİYET: KAVRAMSAL ANALİZ

### A. YARATICILIK KAVRAMI (*Creativity*)

Orijinallik, özgünlük ve hususiyet kavramlarının her olaya, her ülkenin mevzuatına ve her davanın dinamiklerine göre büyük ölçüde değiştiği görülmektedir. Ancak sıklıkla başvurulan anahtar kelimenin “yaratıcılık” olduğu görülmektedir. Genel olarak fikri hak düzenlemelerinde, eser sayılmanın şartları arasında yer almasa da, birçok içtihatla “yaratıcılık” kavramına atıf yapıldığı göz önüne alındığında, bir eserin özgünlüğünün belirlenmesinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Aslında; nihayetinde, eser sahibinin öznel bakış açısı, nihai çıktıyı elde etmek için yapılan yaratıcı seçimlere odaklanmaktadır<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Parliament Resolution (EU) (2020/2015).

<sup>7</sup> Rene Descartes, *Akılın Yönetimi İçin Kurallar (Régles pour la direction de l'esprit)* (Engin Sunar, 2. bs İstanbul Say Yayınları 2014) 27-29.

<sup>8</sup> Hanh Nguyen, ‘A Creative Machine’s Rocky Road: Towards Artificial Intelligence Authorship’ (2021) Tilburg Institute for Law, Technology and Society 16.

Yaratıcılık kavramı, kimi zaman bilişsel bir süreç kimi zaman da bir beceri olarak betimlenmektedir. Kavramın Batı dillerindeki karşılığı “*creativitaet, creativity*”dir. Latince “*creare*” kelimesinden gelmektedir. Bu kelime, “*doğurmak, yaratmak, meydana getirmek*” anlamındadır<sup>9</sup>. İnsanoğlunun tarihsel gelişimi ve “insan” olgusunun, kalıtsal ve çevresel koşullarla şekillenen özellikleri arasında istisnai bir yer edinen “yaratıcılık” kavramı<sup>10</sup>, hayat boyu devam eden bir yetenek olarak kendini ifade etme, zekâ ve hayal gücünü kullanma kapasitesi olarak tanımlanmaktadır<sup>11</sup>.

Yaratıcı süreç; bilgi, kültür, algı, ihtiyaç, talep gibi kavramlarla beslenen fikirlerin, zihinde akışıyla başlamaktadır. Bu yaratım süreci; tasarlama-ya yönlendiren ilham anından başlayarak fikirlerin içsel motivasyonunun uyandırılmasıyla<sup>12</sup> “sonuca” (ürüne) ulaşma aşamasına kadar devam etmektedir. Bu aşama, yaratıcılığın somut bir ifadesini temsil etmekte ve genellikle bir ürün, sanat eseri, tasarım veya çözüm olarak ortaya çıkmaktadır. Yaratıcı süreçler; genellikle, içsel motivasyon ve dışsal etkenlerin bir araya gelerek yeni ve özgün bir şeyin ortaya konmasıyla tamamlanır.

“Bazı insanları diğerlerinden daha yaratıcı kılan şey nedir” sorusuna cevap arayan bir araştırmada; beyin taramaları ve röportajlar yoluyla farklı alanlardan yaratıcı insanlar incelenmiştir. Başarılı bir eğitim hayatından geçmiş, çalışma hayatında iyi yerlere gelmiş ve tatmin edici bir hayata sahip olmuş olsalar da yüksek IQ'lara sahip deneklerin yaşamları süresince yüksek düzeyde yaratıcı başarılar ortaya koymadıkları gözlemlenmemiş ve yalnızca birkaçının topluma önemli yaratıcı katkılarda bulunduğu tespit edilmiştir. Bu araştırma ile doktrinde zekâ ve yaratıcılık arasındaki bağlantının derecesi ortaya konmaya çalışılmış ve yüksek zekânın yaratıcılık üzerinde önemli bir etkisi olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Ağluç (n 1) 3.

<sup>10</sup> Nuray Er Bıyıklı ve Leyla A. Gülen, ‘Hayal Gücü ve Yaratıcılık Kavramlarının Tasarım Sürecine Etkisi’ (2018) 7 [50] *İdil Sanat ve Dil Dergisi* 1273, 1275.

<sup>11</sup> Etem Yeşilyurt, ‘Yaratıcılık ve Yaratıcı Düşünme’ (2020) 15 [25] *OPUS-Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi* 3874, 3879.

<sup>12</sup> Yeşilyurt (n 11) 3887.

<sup>13</sup> Aviv-Hertzel Gaon, *Artificially Intelligent Copyright: Rethinking Copyright Boundaries* (York University, Toronto 2019) 302.

Hayal gücü, zihinsel bir süreç olarak tanımlanmakta ve bu süreç, imgeleme, muhayyile ve gerçekte var olmayan bir nesneyi kavramsal olarak tasarlama yeteneğini içermektedir. Hayal etme becerisi, zihinsel faaliyetlerin bir unsuru olarak, farklı imgeler arasındaki ilişkileri anlama ve yorumlama potansiyeliyle de ilişkilidir<sup>14</sup>. Hayal gücü; bireysel özellikler, eğitim, zekâ, sosyal çevre, merak duygusu, algılama, psikolojik özellikler, bireysel geçmiş ve tecrübeler gibi niteliklerle şekillenmekte duygu ve düşünceleri genişleterek, yeni fikirlerin ortaya konmasını sağlamaktadır<sup>15</sup>. Bazen bir yaratma sürecinin gerisinde kişinin yaşam yükü, kişiliği ve davranışları saklıdır ve o eseri yaratan kişiyi tam olarak o kişi yapan tüm psikolojik, yaşamsal, kültürel, genetik bileşenler bir arada olabildiği için o eser ortaya çıkabilmiştir. Örneğin, Dostoyevski’nin babasına olan nefreti, onun ölmesini istemesi ama bundan suçluluk duyması “*Karamazov Kardeşler*” adlı romanda yansımaları bulmuştur<sup>16</sup>.

Yaratıcılık ve yaratıcı düşünme farklı kavramlar olmasına rağmen zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılan kavramlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yaratıcılık, yaratıcı düşünmeden daha kapsayıcı bir kavram olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Bazı yazarlar; bireysel yaratıcılığın, kolektif kültürel yapı ve kültürel mirastan da etkilendiğini öne sürmektedir<sup>18</sup>. Kültür, yaşanan deneyimlerle kazanılan tüm bilgileri, maddi ve manevi değerleri bünyesinde barındıran geniş bir kavramdır. Yaratıcılık, bu kültürel dokunun ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmekte ve bu anlamda, yaratıcılıkla kültür arasındaki ilişki, bireyin yaşadığı sosyal çevre ile derinlemesine bir etkileşimi ifade etmektedir<sup>19</sup>.

Yaratıcılığın ne olduğunu tanımlamaya çalışırken, yaratıcılığın zekâ gibi tek bir yetenek veya seçil-

<sup>14</sup> Er Bıyıklı ve Gülen (n 10) 1274.

<sup>15</sup> Duygu Dinçeli, ‘Yaratıcılık ve Sanat’ (2020) 8 [1] *Sanat Eğitimi Dergisi* 43, 45.

<sup>16</sup> Ayla Ezici Kapan, ‘Sanatçının Kişiliği ve Yaratma Psikolojisi’ (2005) [6] *Anadolu Psikiyatri Dergisi* 122, 124.

<sup>17</sup> Yeşilyurt (n 12) 3895.

<sup>18</sup> Megan Svedman, ‘Artificial Creativity: A Case Against Copyright for AI-Created Visual Artwork’ (2020) 9 [4] *IP Theory Journal* 15. <<https://www.repository.law.indiana.edu/ipt/vol9/iss1/4/>> s.e.t. 1 Aralık 2023.

<sup>19</sup> Dinçeli (15) 51.



miş bir azınlıkla sınırlı bir yetenek olmadığını söyleyebiliriz. Yaratıcılığı tanımlamak zor olsa da; bir insan tarafından üretildiğinde yaratıcı veya orijinal kabul edilebilecek bir çıktı veya ürün modelinin otonom sistemler tarafından üretilmesi halinde özgün veya orijinal kabul edilip edilmeyeceği sorusuna cevap bulma zamanı gelmiştir. Yapay zekâ yaratıcılığı tanımak aynı zamanda yaratıcılığa ilişkin romantik algılardan vazgeçmeyi de hızlandırabilir. Zira yaratıcılığın kaynağı, insanüstü ya da ilahi ise ya da açıklanamaz bir şekilde özel bir insan dehasından kaynaklanıyorsa, bilgisayarlar tamamen bu tartışmanın dışında olmalıdır. Eğer yaratıcılığı, özü itibarıyla insani bir yeti olarak tanımlarsak, o zaman bilgisayarlar asla eser sahibi olarak kabul edilemeyecektir. Ancak, yaratıcılığı bir dizi özellik veya davranış olarak tanımlarsak belki yaratıcılığın kodlanabileceği sonucuna varmak da mümkün olabilecektir<sup>20</sup>. Bu tip sistemlerde, geri plandaki programcının katkısının nerede bittiğini ve kullanıcının katkısının nerede başladığını belirlemek oldukça zordur. Sistemin kendisi, programcıdan ve kullanıcıdan bağımsız olarak anlamlı seçimler yapacak şekilde kodlandığında bu durum daha da karmaşık hale gelir<sup>21</sup>. Bu doğrultuda, bilişimsel yaratıcılık konusunda öncü bir araştırmacı olan *Margaret BODEN*, yaratıcılığa ilişkin yaptığı bir yorumda;

“Yaratıcılık bir bilmecedir, bir paradokstur; bazıları bir gizem olduğunu söyler. Sanatçılar ve bilim insanları orijinal fikirlerinin nasıl ortaya çıktığını nadiren biliyorlar. Sezgiden bahsediyorlar ama nasıl çalıştığını söyleyemiyorlar. Bazen yaratıcılık, tanıdık fikirlerin alışılmadık şekillerde birleşimidir. İnsan zihni ve onun kendisini nasıl aşabileceği üzerine yeni bilimsel yaklaşımlar sayesinde yaratıcı düşüncenin zenginliğini her zamankinden daha iyi anlayabiliyoruz ancak paradoks ve gizem ortadan kalksa bile insanın merak duygusu ortadan kaldırılamaz<sup>22</sup>” demektedir. Bu görüşüne ek olarak yaratıcılığın oluşumunu üç özel başlıkta açıklamaktadır:

- (i) **Kombinasyonel yaratıcılık (combinational creativity)** tanıdık fikirlerin alışılmadık kombinasyonlarını üretmek, (kolajlar oluşturmak)
- (ii) **Keşfedici yaratıcılık (exploratory creativity)**, bir grup üretken kuralla tanımlanan, kültürel olarak kabul görmüş düşünme tarzına dayalı yaratıcılık,
- (iii) **Dönüşümsel yaratıcılık (transformational creativity)**, kavramsal mekân veya düşünme tarzında bir veya daha fazla karakteristik özelliği değiştirerek yeniden yapılandırmak, değişiklikten öncekine uyum sağlayamayan yeni fikirlerle yer açmaktır<sup>23</sup>.

Yapay sistemlerin yaratıcılığı ise, insan yaratıcılığının ortaya çıktığı farklı yollardan ilham almaktadır: “kombinasyon, keşif veya dönüşüm”. Yapay sistemler genelde mevcut verilerden yararlanarak yeni kombinasyonlar oluşturmaktadır. *BODEN*; Çin’in geleneksel strateji oyunu olan Go oyununda en başarılı oyuncularını yenen AlphaGo veya satrançta Kasparov’u yenen Deep Blue sistemlerinin, yenilikçi algoritmalar geliştirebilseler de aslında keşifsel ve dönüşümsel yaratıcılık konusunda çoğu zaman sürece dâhil olan insanın engin kültürel ve dünya bilgisinden yoksun olduğu için yetersiz kaldığını da ifade etmiştir<sup>24</sup>.

Diğer taraftan, patent alanına baktığımızda ise yapay zekâ sistemlerinin günümüzde hâlihazırda herhangi bir insan katkısı olmaksızın pek çok alanda buluşlar yapabilmekte olduğu zaten bilinmektedir<sup>25</sup>. Patent verilebilme şartlarının “yenilik”, “sanayiye uygulanabilirlik” ve “teknğin bilinen durumunun aşılması” gibi muğlak olmayan kriterler olduğu göz önünde bulundurulursa üretken otonom sistemlerin buluş yapmaya daha yatkın olduğu düşünülebilir<sup>26</sup>.

Büyük veri ve derin öğrenmedeki ilerlemeyle birlikte yapay zekâ, farklı stilleri ve engin bilgiyi işlemek için yollar geliştirebilir<sup>27</sup>. Ancak bazı yazarlara

<sup>20</sup> Gaon (n 13) 300-301.

<sup>21</sup> Annemarie Bridy, ‘Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author’ (2012) 5 Stanford Technology Law Review 23 <<http://strl.stanford.edu/pdf/bridy-coding-creativity.pdf>> s.e.t. 29 Kasım 2023.

<sup>22</sup> Margaret A. Boden, *The Creative Mind, Myths and Mechanisms* (2nd edn, London & NewYork, Routledge 2004) XI.

<sup>23</sup> Kasap (n 3) 346.

<sup>24</sup> Margaret A. Boden, ‘Computer Models of Creativity’ (2009) AI Magazine 23, 25-26.

<sup>25</sup> Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, ‘Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi’ (2018) 6 [11] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 585, 594.

<sup>26</sup> Kasap (n 23) 346.

<sup>27</sup> Bridy (n 21) 10.

göre “tam olarak anlayamayacağımız veya denetleyemeyeceğimiz daha karmaşık öğrenme modelleri bile bu yapay sistemlerin “yaratıcı” olmadığı hatta sadece derleyici/uyarlayıcı olduğu yönündeki ilk sonucu değiştirmeyeceği konusunda ısrarcı olmaktadır<sup>28</sup>.

## B. ORJİNALLİK KAVRAMI (*Originality*)

“Orijinallik” kavramı, ülkeler ve hukuk sistemleri arasında farklı renk ve tonlara sahip çok kültürlü bir standarttır. Temel yapı ve içerik benzerdir ancak yaratıcılık ölçeğinde farklılıklar vardır. Pek çok hukuki kavram gibi “orijinallik” de yaşayan, nefes alan, zamana uyum sağlayan ve gelişen bir kavramdır<sup>29</sup>.

Anglosakson ülkelerinde ve Kıta Avrupası’nda, “orijinallik” kavramı farklı yorumlanmaktadır. Kıta Avrupası Hukuk Sistemine bağlı ülkelerde “eser sahibinin kişiliğini ve bireyselliğini” veya yaratıcı katkısını yansıtmaya beklenirken İngiltere ve ABD gibi Anglosakson Hukukuna dâhil ülkelerde bir fikrin temelinde bulunan orijinallik değil, söz konusu fikrin ifade ediliş biçimindeki orijinallik daha önemli görülmektedir. Fikri hak kapsamında korunabilmesi için bir fikri ürün veya yaratımın, sahibinden veya meydana getiricisinden doğması gerektiği kabul edilmekte olup bu noktada; orijinallik kavramı, yaratıcı becerilerden ziyade bir kaynak, başlangıç noktası veya oluştuğu yer/kısa anlamında kullanılmaktadır<sup>30</sup>. Orijinallik; bir eserin meydana gelişini, onu yaratan kişiye borçlu olması ve eserin mevcut bir eser veya kopyasından türetilmemesi gerektiği anlamına gelmektedir<sup>31</sup>. Orijinallik kavramı, aslında bir eser sahibinin eserde “kendisine ait” bir şeyin ayırt edilebilir bir şekilde bulunup bulunmadığını belirlemektedir<sup>32</sup>.

1900’lu yıllarda verilen Birleşik Krallık Mahkeme kararlarında, “orijinallik”, “yenilik gerektirmeyen” bir kavram olarak yorumlanmıştır. Bu bakış açısıyla; bir konuşmayı not olarak kaydeden bir muhabirin gazetede yayımlanan yazısına ilişkin İngiliz Mahkemesi; “kayda değer emek” kriterine dayanarak fikri hak korumasına sahip olduğu yönünde karar vermiştir. Bu, alın teri ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Birleşik Krallık ve ABD fikri hak sistemlerinde yer alan bir diğer ortak standart; bir fikri ürün veya yaratımın, eser olarak kabul edilebilmesi için daha önceden var olan diğer eserlerin kopyası olmaması gerektiğidir<sup>33</sup>.

ABD Mahkemelerinde verilen birçok karara göre; bir eser, başkası tarafından daha önce oluşturulmuş olsa dahi, önceki eserin kopyası olmadığı sürece orijinal kabul edilmektedir. *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*<sup>34</sup> ve *Alfred Bell & Co v. Catalda Fine Arts Inc.*<sup>35</sup> davalarında orijinallik standardı oldukça düşürülmüştür<sup>36</sup>. Bu düşük standarda göre; orijinal sayılmak için eserin varoluşunun, eseri meydana getiren kişiden kaynaklanmış olması yeterli görülmüştür. Bu kararlarda; “orijinallik”, “yaratıcılık” ve “yenilik” kavramlarının birbirlerinden oldukça farklı durumları temsil ettiği ifade edilmiştir<sup>37</sup>. Buna göre;

- Bir eser/fikrî ürün veya yaratım, eser sahibinin kendi yaratımıysa **orijinaldir**<sup>38</sup>.
- Bir eser/fikrî ürün veya yaratım, mütevazı bir miktar da olsa fikrî emek neticesinde ortaya konulmuşsa **yaratıcıdır**<sup>39</sup>.
- Bir eser/fikrî ürün veya yaratım mevcut çalışmalardan farklı ise **yenidir**<sup>40</sup>.

<sup>28</sup> Gaon (n 28) 306.

<sup>29</sup> Gaon (n 28) 279.

<sup>30</sup> Levent Yavuz ve Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (1. bs Seçkin Yayıncılık Ankara Cilt1 2013) 62.

<sup>31</sup> Russ VerSteeg, ‘Rethinking Originality’ (1993) 34 [3] William & Mary Law Review 801, 806-807.  
<<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss3/8>,> s.e.t. 25 Kasım 2023.

<sup>32</sup> Shlomit Yanisky-Ravid and Luis A. Velez-Hernandez, ‘Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots and Originality: The Formality-Objective Model’ (2018) 19 [1] Minnesota Journal of Law, Science & Technology 26.  
<<https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol19/iss1/1>> s.e.t. 15 Kasım 2023.

<sup>33</sup> Nguyen (n 8) 14.

<sup>34</sup> *Bleistein v Donaldson Lithographing Co.* [1903] Supreme Court of United States December 13 [1883] February 2 [1903].

<sup>35</sup> *Alfred Bell & Co v Catalda Fine Arts Inc.* [1951] US Court of Appeals for the Second Circuit 191 F (2d) 99.

<sup>36</sup> VerSteeg (n 31) 823.

<sup>37</sup> Gaon (n 29) 284.

<sup>38</sup> “an ‘original’ in reference to a copyrighted work means that the particular work ‘owes its origin’ to the ‘author’.

<sup>39</sup> “modicum of creativity” / “distinguishable variation”.

<sup>40</sup> Mustafa Zorluel, ‘Yapay Zekâ ve Telif Hakkı’ (2019) 142 TBB Dergisi 305, 324.

## 1. ABAD Infopaq Kararı Çerçevesinde Orijinallik ve Yaratıcılık Kavramları

“Orijinal” olma ve “eser sahipliği” konularında, Avrupa Birliği Direktiflerinde yönlendirici bir düzenleme bulunmamaktadır. 2001/29/EC sayılı Bilgi Toplumu Direktifi de aynı şekilde muğlak kabul edilmektedir<sup>41</sup>. Bern Konvansiyonu da aynı şekilde 2 (1) maddesinde sadece expression/ ifade kavramından bahsederek, fikir/ifade ayırımına vurgu yapar<sup>42</sup>.

AB fikri haklar müktesebatı incelendiğinde tüm direktif ve düzenlemelerin, eser sahibini yani eseri yaratan kişiyi temel aldığı görülmektedir. Bu bağlamda, AB'nin Bilgi Toplumu Direktifi, Bern Konvansiyonu hükümlerine dayanmaktadır. Orijinallik kavramına ilişkin AB müktesebatında bir tanım aradığımızda; yalnızca bilgisayar programları, fotoğraflar ve veri tabanları için açıkça düzenlenmiş olmakla birlikte; “eser sahibinin kendi entelektüel/fikri yaratımı” olması halinde orijinalliğin gerçekleştiği yönünde bir ifade kullanıldığını görmekteyiz<sup>43</sup>.

2009 yılında *Infopaq Davası*'nın Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) tarafından karara bağlanması, orijinalliğin yorumlanmasında ve eser olmanın şartları konusunda milat niteliğinde bir karar olarak görülmektedir<sup>44</sup>. *Infopaq Kararı*<sup>45</sup> öncesi, AB ülke-

rinde fikri hak koruması için temel gereksinimlerin bir eserin, “orijinallik gereksinimini karşılaması”, “tespit edilmiş olması (fixation)” ve/veya “eser kategorilerinden birine girmesi”, koşullarını sağlama gerektiği düşünülürken *Infopaq Kararı* ile birlikte “orijinallik” kavramını yorumlarken Avrupa'da ortak bir yaklaşımın temelini atıldığı vurgulanmaktadır<sup>46</sup>.

ABAD'ın, davaya konu olan “makale özetlerinin” fikri hak korumasını hak edecek kadar “orijinal” olup olmadığını belirlemesi gerekiyordu. Sorun; özetlemelerin bir insan tarafından değil bir makine tarafından üretilmesiydi. Mahkeme; sonunda orijinalliği, “eseri meydana getiren kişinin kendi entelektüel/fikri yaratımı” olarak tanımlamış ve böylece özetlerin gerçekten de fikri hak koruması altına alınabileceğine karar vermiştir. Bu yeni getirilen standartla; bir eserin eser sahibinin kendi entelektüel/fikri yaratımı olması gerektiği<sup>47</sup> ve bunun da özgün ve yaratıcı bir seçimle karakterize edilmesi gerekliliği ortaya konmuştur<sup>48</sup>.

Dönüm noktası teşkil eden *Infopaq Kararı*'nda; ABAD, eser sahibinin “kendi entelektüel yaratımına”

Danimarka'da yayıncılık yapan *Infopaq* şirketi, haber makalelerini otomatik olarak tarayan ve 11 kelimelik özetler oluşturup müşterilerine ileten bir sistem geliştirmiş ve esas haberleri oluşturan gazeteciler konuyu yargıya taşımışlardır. Davada ortaya konan temel sorun, sistem tarafından taranan ve daha sonra bir veri tabanına kaydedilen kısa alıntılar, orijinal eser sayılıp sayılmayacağıydı. ABAD, orijinallik şartının ne anlama geldiğini açıklamak için kararını vermiş ve bir eserin orijinal olduğunu kabul etmek için, bu eserin yaratıcısının kendi entelektüel yaratısı olduğu bir “kişisel dokunuş” içermesi gerektiğini belirtmiştir. ABAD, kısa alıntılar da orijinal olabileceğini, ancak bunun için alıntının yaratıcının özgün entelektüel çabasını yansıtan bir niteliğe sahip olması gerektiğini ifade etmiştir. ABAD, mahkemelere düşen görevin, her durumu ayrı ayrı değerlendirerek orijinallik kriterlerini uygulamak olduğunu vurgulamıştır.].

<sup>41</sup> Council Directive (EC) 2001/29 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (InfoSoc Directive) [2001] OJ L 167.

<sup>42</sup> Jane C. Ginsburg and Edouard Treppoz, *International Copyright Law: US and EU Perspectives* (Edward Elgar Publishing 2015) 278.

<sup>43</sup> Eleonora Rosati, 'The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: an EU Perspective' (2017) 12 [12] Oxford University Journal of Intellectual Property Law & Practice 973-977.

<sup>44</sup> *Infopaq International A/S v Danske Dagblades Forening* [2009] EUCJ Fourth Chamber [Copyright - Information society - Directive 2001/29/EC - Articles 2 and 5 - Literary and artistic works - Concept of 'reproduction' - Reproduction 'in part' - Reproduction of short extracts of literary works - Newspaper articles - Temporary and transient reproductions - Technological process consisting in scanning of articles followed by conversion into text file, electronic processing of the reproduction, storage of part of that reproduction and printing out]. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62008CJ0005>> s.e.t. 15 Kasım 2023.

<sup>45</sup> [*Infopaq Kararı* Özeti: ABAD/CJEU (Court of Justice of the European Union) *Infopaq* kararı, fikri hak koruması için gerekli olan orijinallik kriterini açıklığa kavuşturması sebebiyle önemlidir. Mahkeme, kısa alıntılar dahi orijinallik standartlarına uyması gerektiğini belirterek, dijital medya ve bilgi paylaşımı gibi modern konularda telif hakkı uygulamalarına yönelik önemli bir çerçeve çizmiştir.

<sup>46</sup> Eleonora Rosati, 'Copyright at the CJEU: Back to the start of copyright protection' (2023) *Developments and Directions in Intellectual Property Law 20 Years of the IP Kat 4*.

<sup>47</sup> Council Directive (EEC) 91/250 of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, art 1(3). & Council Directive (EC) 96/9/EC on the legal protection of databases Directive art 3(1) & Council Directive (EC) 2006/116 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version), art 6: [*works such as computer programs, databases or photographs are protected by copyright only if they are original in the sense that they are their author's own intellectual creation*].

<sup>48</sup> Aleks J. Juuti, *The Protection of Works Created by Artificial Intelligence Algorithms in the United States and the European Union* (Intellectual Property Shaping Society University of Turku Faculty of Law 2020) 60.

dayanan daha yüksek bir özgünlük standardı getirmiştir. Bu standardın, yapay zekâ sistemleri aracılığıyla üretilen ürünlerin eser niteliğini belirlemek için kullanılması halinde; bu ürünlerin yakın gelecekte orijinal sayılma olasılıklarının oldukça düşük olduğu yorumu yapılmıştır<sup>49</sup>. AB direktiflerinde sadece bilgisayar programları, fotoğraflar ve veri tabanları için “orijinal olma” şartının “eser sahibinin kendi entelektüel yaratacılığı” olduğu durumda gerçekleşmiş sayılacağı ilgili direktiflerde belirtilmiştir<sup>50</sup>. *Infopaq Kararı*, orijinallik şartının aynı zamanda Bilgi Toplumu Direktifinde belirtilen diğer eser kategorileri için de geçerli olduğu sonucuna varmıştır<sup>51</sup>. Bu karar, fikri hak koruması şartlarını belirleyebilmek bakımından AB üye devletlerinin serbestliğini etkileyen oldukça radikal bir adım olarak değerlendirilmiştir<sup>52</sup>.

## 2. ABD Feist Kararına göre Orijinallik ve Yaratıcılık Kavramları

Orijinallik; ABD fikri haklar mevzuatında tanımlanmamış olduğu için mahkemeler, orijinallik için kendi standardını yaratma konusunda yalnız bırakılmıştır. ABD Mahkemeleri tarafından geliştirilen orijinallik standardına göre, “bir eser, eğer mütevazı miktarda entelektüel/fikri emek içeriyorsa yaratıcıdır”. Dolayısıyla yaratıcılık, orijinallik kavramıyla derinden bağlantılıdır ve bir eser sahibinin, bağımsız bir eser yaratmak için bir miktar entelektüel çaba harcaması beklenmektedir<sup>53</sup>. Ancak yaratıcılık söz konusu değilse, eserin yaratılması için harcanan zaman ve emek fikri hak koruması için yeterli olmayacaktır<sup>54</sup>.

Amerikan Hukukunda, orijinallik tespitinde “Feist’s Minimal Creativity” (Feist’in asgari yaratıcılığı) olarak adlandırılan bir ölçüt belirlenmiştir. Bu ölçüt Feist Publ’ns, Inc. ile Rural Tel. Serv. Co. arasında yaşanan uyuşmazlığa yönelik karara dayanmaktadır<sup>55</sup>. *Feist Davası*’nda Mahkeme, bir telefon rehberinin beyaz sayfalarının veya buna benzer derlemelerin orijinal olup olmadığını ve dolayısıyla fikri hak korumasını hak edip etmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme “bir eserin; onu meydana getiren kişi tarafından bağımsız olarak yaratılması (diğer eserlerden kopyalanmadan) ve en azından asgari düzeyde yaratıcılığa sahip olması durumlarında ancak “orijinal” olarak kabul edilebileceği hususunu açıklığa kavuşturmuştur. *Burrow-Giles*<sup>56</sup> Davasında yapılan tanımda eser sahibi; eserin varoluş kaynağını (origin) borçlu olduğu kişi (originator), yapıcı (maker) anlamına geldiği ifade edilmiştir<sup>57,58</sup>. Ancak *Feist Kararı*, *Burrow-Giles*’in orijinallik tanımını asgari düzeyde de olsa yaratıcılığı içerecek şekilde genişletmiştir<sup>59</sup>.

*Feist Davası*’nda Yüksek Mahkeme<sup>60</sup> yaratıcılığı oluşturmanın “sadece ‘beynin çalışmasını’ değil, aynı zamanda bir “hayal gücü egzersizini” de gerektirdiğini belirtmiştir<sup>61</sup>. Yüksek Mahkeme, dava konusu telefon rehberinin “orijinallik” sorgularken yalnızca seçim, koordinasyon ve düzenlemenin yeterli olmadığına, bunun yerine söz konusu eylemlerin yaratıcılığın ortaya çıkmasını sağlayacak şekilde yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Sonuç olarak bir eserin hem eser sahiplerinin emeğinden kaynaklanması hem de “minimum derecede, bir nebze” (*modicum of creativity*) yaratıcılığa sahip olması gerektiği kabul edilerek “alın teri” ile “kişisel iz” arasında bir konum belirlenmiş-

<sup>49</sup> Gaon (n 37) 290.

<sup>50</sup> Council Directive (EEC) 91/250 of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, OJ L 122, 17.5.1991, art 1(3). Council Directive (EC) 2009/24 on the legal protection of computer programs (codified version), OJ L 111, 5.5.2009, art 1(3). Council Directive (EEC) 93/98 of harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights, OJ L 290, 24.11.1993, art 6. Council Directive (EC) 2006/116 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version), OJ L 372, 27.12.2006, art 6. Council Directive (EC) 96/9 on the legal protection of databases, OJ L 77, 27.3.1996, art 3(1).

<sup>51</sup> Ginsburg and Treppoz (n 42) 283.

<sup>52</sup> Rosati, *The Monkey Selfie* (n 43) 973-977.

<sup>53</sup> Yanisky-Ravid and Velez-Hernandez, (n 32) 26.

<sup>54</sup> Juuti (n 47) 70.

<sup>55</sup> Burak Meydancı, *Yapay Zekâ ve Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması* (Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 131.

<sup>56</sup> *Burrow-Giles Lithographic Company v. Napoleon Sarony*. (1884) December 13, 1883/ March 17, 1884.

<sup>57</sup> Craig Joyce and Marshall Leaffer and Peter Jaszi and Tyler Ochoa and Michael Carroll, *Copyright Law* (9th edn, Lexis Nexis Publishing San Francisco 2013) 91.

<sup>58</sup> “Author means he to whom anything owes its origin, originator, maker.”

<sup>59</sup> Robert P. Merges and Peter S. Menell and Mark A. Lemley, *Intellectual Property in the New Technological Age* (6th edn, Wolters Kluwer New York 2012) 440-442.

<sup>60</sup> SCOTUS (Supreme Court of the United States).

<sup>61</sup> Gaon (n 48) 296.

tir<sup>62</sup>. Çünkü *Feist Kararı*'ndan önceki yaygın prensip, fikri hak kapsamında korunmayan unsurları içeren bir derlemenin oluşturulması için yeterli çaba harcanmış olması halinde, fikri hak korumasına izin veren "alın teri" yaklaşımıydı<sup>63</sup>. *Feist Davasında*; Mahkeme şu ünlü yorumu yapmış, "fikri haklar kapsamında korunmayan 100 adet unsur tek bir yerde topladığında sihirliliği bir şekilde statülerini değiştiremezsin" ve bilgini seçimi ve düzenlenmesinin özgünlük taşıyan bir eylem olmadığını açıkça kabul etmiştir. Aslına bakılırsa; *Feist Kararı*, özellikle "mekanik veya rutin" çıktılara orijinallik vasfı tanınmasına karşı çıkmaktadır<sup>64</sup>. Zira *Feist Kararı* ile ortaya çıkan "modicum of creativity" kriteri, az miktarda da olsa yaratıcılık ve hayalgücü egzersizi içermeyen, yapay zekâ ile oluşturulmuş ürünlere uygulandığı takdirde fikri hak korumasının başlatılmayacağı sonucuna varmak mümkündür<sup>65</sup>.

### 3. Birleşik Krallıkta Orijinallik ve Yaratıcılık Kavramları

Birleşik Krallık fikri haklar hukukunda, orijinallik ve hususiyet (originality ve characteristic/distinctiveness) kavramları önemlidir ve fikri hak koruması için karşılanması gereken temel şartlardan biridir. Ancak, bu orijinallik standardı, oldukça düşük bir eşikte tanımlanmıştır. Yani, eser özgün ve yaratıcı bir çaba içermelidir, ancak çok yüksek bir yaratıcılık seviyesi beklenmemektedir. Ayrıca, bir eserin fikri haklar kapsamında korunabilmesi için, o eserin diğerlerinden ayırt edilebilir olması önemlidir<sup>66</sup>.

Birleşik Krallık'ta orijinallik tartışması iki ana eksenle ilerlemektedir: Locke'un emek teorisiyle

temsil edilen "alın teri" kriterini destekleyenler bir yanda; diğer yanda yaratıcılık odaklı kriterleri destekleyenler olmakla birlikte, kullanılan standart; "beceri, emek ve muhakeme" testiyle belirlenmektedir<sup>67</sup>. Doğal haklar perspektifinden bakıldığında orijinallik; "eserlerinde ifade edildiği şekliyle eser sahiplerinin kişiliğinin korunması gerektiği önermesini yansıtan" bir gerekliliktir. Bu görüşe göre, kişilik izleri olmaksızın fikri hak korumasının hiçbir gerekçesi olamaz<sup>68</sup>.

Birleşik Krallık Fikri Haklar, Tasarımlar ve Patentler Kanunu (CDPA)<sup>69</sup> şunu öngörmektedir: "Fikri hak koruması, aşağıdaki eser tanımlarında (a) orijinal edebi, dramatik, müzikal veya sanatsal eserlerde var olan bir mülkiyet hakkıdır." Dolayısıyla, orijinallik kriterinin sağlanması için eserin bir kopya olmaması ve eseri meydana getiren kişinin "emeği, becerisi ve muhakemesi sonucu" oluşması gerekmektedir<sup>70</sup>. CDPA'daki fikri hak korumasına konu eserlerin genel olarak iki sınıfa ayrıldığı görülmektedir.

- (i) Edebi eserler-drama eserler-müzikal eserler veya sanatsal eserler (LDMA: literary, dramatic, musical or artistic works)
- (ii) Ses kayıtları, filmler, yayınlar veya yayımlanmış baskıların tipografik düzenlemelerinden oluşan eserler (SFBT eserleri- sound recordings, films, broadcasts or typographical arrangements of published editions)<sup>71</sup>.

Genellikle, LDMA eserleri için "Eser sahipliği fikri hakları" (Authorial Copyright), SFBT eserleri için "Ticari/girişimsel fikri haklar" (Entrepreneurial Copyright), ayrımı yapılır. Ticari fikri haklarda; özgün eser sahipliği ve yaratıcı ifadesiyle ilişkilendirilen yaratıcı becerilere değil, daha çok somut bir şekil vermek, tespit yapmak için harcanan teknik çabaların bir ürünü olduğu için daha dar bir koruma derecesi sağlanmaktadır. İngiltere'de orijinallik kavramı resmi olarak ifade edildiğinde, yalnızca "eser sahipliği fikri hakları" kastedilmiş olur ve sadece

<sup>62</sup> Nguyen (n 33) 15.

<sup>63</sup> Andres Guadamuz, 'Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works' (2017) 2 (Last revised: 12 Jan 2022) Intellectual Property Quarterly 15.

<sup>64</sup> *Feist Publns., Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340 [1991] [... originality is not a stringent standard; it does not require that facts be presented in an innovative or surprising way. It is equally true, however, that the selection and arrangement of facts cannot be so mechanical or routine as to require no creativity whatsoever.] <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/340/>> s.e.t. 6 Nisan 2024.

<sup>65</sup> Juuti (53) 76, Guadamuz (n 62) 15.

<sup>66</sup> Eugene C. Lim, 'Reconstituted expression, edited works and originality in copyright law (2023) 45 [2] European Intellectual Property Review 72-79.

<sup>67</sup> Juuti (n 63) 64.

<sup>68</sup> Gaon (n 60) 282.

<sup>69</sup> UK Copyright, Designs and Patents Act 1988.

<sup>70</sup> Gaon (66) 287.

<sup>71</sup> Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 80'inci maddede düzenlenen bağlantılı haklara karşılık geldiği düşünülebilir.

LDMA eserlerine uygulanır. SFBT eserleri için açık bir orijinallik gereksinimi olmasa da, daha önceki bir eserden kopyalanmamış olmalıdır<sup>72</sup>.

### C. HUSUSİYET KAVRAMI (*Characteristic/distinctiveness*)

Fikri haklar sistemimizin çekirdek kavramı eserdir ve eserin oluşma yolculuğunda aranan en temel kriter olarak “hususiyet” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Sübjektif olarak adlandırılan hususiyet unsuru eserde aranması gereken “bireysel” veya “kişisel” özellik olarak da ifade edilebilir<sup>73</sup>.

Hususiyetin, üslupla ilgili olduğu ve üslubun sanatsal kişiliği, yaratıcılığı ve fikri çabayı yansıttığı ifade edilerek hususiyet kavramı için “sanatçının mührü” benzetmesi yapılmıştır. Sanatçının yaratıcı erkini ve diğerlerinden farkını ortaya koyması sebebiyle üslubun bireysel olduğu vurgulanmıştır<sup>74</sup>. Bir fikir ve sanat eserinde bulunması zorunlu olan bu unsur Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK) eseri tanımlayan maddesinde “sahibinin hususiyetini taşımak” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, bir fikri ürünün, eser olarak kabul edilebilmesi için bu ürünün onu meydana getiren kişinin “hususiyetini” taşıması gerekmektedir<sup>75</sup>. Aynı doğrultuda; Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) m.9/2 ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü’nün (WIPO) Fikri Haklar Anlaşması (WCT) m.2 ile birlikte, fikri hak korumasının ifade ediş biçimini (expression) dolayısıyla üslubu kapsadığı yorumu yapılmaktadır<sup>76</sup>.

Hususiyeti yaratıcı bir faaliyet olarak ele alan *HIRSCH*, herkes tarafından meydana getirilmesi mümkün olan ürünlerin hukuk bağlamında korunmasıyla toplumun bir menfaat sağlamayacağını savunur. Bu nedenle *HIRSCH*e göre hususiyet, herkes tarafından meydana getirilmesi mümkün olmayan fikri ürünlerde kendini göstermektedir<sup>77</sup>.

*ATEŞ*, fikri hukuk anlamında eserin “var olan-dan başka” veya “tek eser” olmasının gerekmediğini, zira bilim, teknoloji ve düşünce alanında ortaya konulan her yenilik veya yeni bir ürünün çoğunlukla daha önce o alanda ortaya konulmuş ürünler ve eserlerden yararlanılarak meydana getirilmiş olduğuna dikkat çekerek “benzetme serbestisi”ni ortaya koyar. Her yeni düşünce, buluş, teori ve ifadenin daha önce ortaya konulmasının etkisini taşıyabileceğini belirtmiştir<sup>78</sup>.

*ATEŞ*, hususiyetin tâyininde tek bir kıstasla sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını, ancak fikri ürün, onu meydana getirenin kendine has bazı özelliklerini yansıtıyorsa, böyle bir üründe eser sahibinin hususiyetinin bulunduğu sonucuna varılabileceğini dile getirmektedir<sup>79</sup>.

Hususiyet kavramını bir üslup olarak ele alan *TEKİNALP*, bu üslup için bir düzeyin olması gerektiğini, fikri yaratıcılıkla bu düzeyin yakalanabileceğini, düşük düzeyli bir anlatım, yetersiz bilginin hususiyet içermeyeceğini, fikri çaba yani zihinsel emek (akıl teri) ile ortaya konan ürünün kendisini sıradan olandan ayıracağı vurgulamıştır<sup>80</sup>.

*ATEŞ*, düşünme yeteneğinin sadece insana has bir özellik olduğunu ve insan dışındaki varlıkların fikri faaliyette bulunmalarının mümkün olmadığını vurgulayarak bir eserin ancak bir şahsın fikri mahsulü olabileceğini savunmaktadır. Diğer bir deyişle, “eser” denilen hukukî varlık ve değer ancak bir insan tarafından meydana getirilebileceği, fikri çaba ancak bir insana aitse, ortaya çıkan ürünün bir eser olabileceğini ifade etmiştir<sup>81</sup>. Bu görüşüne ek olarak; insanoğlunun okuyarak, yaşadığı çevrede görerek, deneme-yanılma yoluyla, başkalarından duyarak çeşitli şekillerde edindiği bilgileri ve geliştirdiği yeteneklerini, doğuştan sahip olduklarıyla harmanlayarak kendisine has özellikler haline getirdiği yorumunu yapmıştır<sup>82</sup>.

*TEKİNALP*, hususiyetin geniş anlamda bir üslup anlatım tarzı olduğunu belirledikten sonra orijinal olmanın, eser sayılmanın şartları arasında

<sup>72</sup> Lim (n 64) 72-79.

<sup>73</sup> Mustafa Ateş, *Fikri Hukukta Eser* (Turhan Kitabevi Ankara 2007) 63.

<sup>74</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2012) 105.

<sup>75</sup> Ateş (n 70) 63.

<sup>76</sup> Ginsburg and Treppoz (50) 287.

<sup>77</sup> Ernst Eduard Hirsch, ‘Eser Sahipliği Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş’ (1944) 1 [3] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 330-342.

<sup>78</sup> Ateş (n 72) 74.

<sup>79</sup> Ateş (n 75) 75.

<sup>80</sup> Tekinalp (n 71) 107.

<sup>81</sup> Ateş (n 76) 63.

<sup>82</sup> Ateş (n 78) 75.

olamayacağını, orijinal eserlerin eser niteliğinden şüphe edilemeyeceği veya eser sahibine özgü olmak gibi vasıflar aranması halinde korunan eserlerin kapsamının daraltılacağını, özgün olmanın sadece ustalara ve başyapıtlara has bir özellik olduğunu dile getirmiştir<sup>83</sup>. Ancak Anglosakson hukuk sisteminde oldukça düşük bir eşikte yer alan ve aslında eserin kaynağını veya başlangıç noktasını tanımlamak için kullanılan (eseri meydana getiren kişinin o eserin kaynağını yani orijinini temsil etmesi anlamında-originator) orijinallik kavramı ile *TEKİNALP*'in orijinallik kavramı farklı yorumlanmalıdır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurul kararlarına göre, hususiyet için nispi bir yaratıcılığın yeterli olduğu ve eserin sahibinden izler taşınması gerektiği konusunda bir görüş birliği bulunmaktadır. Ancak her eser türünde, eser sahibinin yaratıcılığını farklı noktalarda gösterebileceği kabul edilmektedir<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> Tekinalp (n 71) 107.

<sup>84</sup> Yargıtay 11 HD 2020/5691 E., 2021/6489 K. [Bir mimari projedeki orijinallik (sahibinin hususiyetini yansıma), bir başkası tarafından meydana getirilseydi bu projenin aynı şekilde yapılıp yapılmayacağına gizlidir. Diğer bir anlamıyla, aynı arazi parçası üzerine çizilen söz gelimi, beş katlı bir bina projesinin beş ayrı mimara ayrı ayrı çizdirilmesi halinde hepsinin aynı projeyi çizecek olması halinde ortada sahibinin hususiyetini yansıtan bir eserden ve FSEK anlamında bir eser korumasından söz edilemeyecek, şartları varsa iş ürünlerinin taklidi manasında haksız rekabet koruması gündeme gelebilecektir. Şayet her bir mimarın aynı alana farklı farklı proje çizmeleri söz konusu ise bu defa hususiyetten, yani herkes tarafından vücuda getirilemeyen yaratıcı düşünceden ve FSEK anlamında eser korumasından söz etmek gerekecektir. Bu anlamda önemli olan eserin çok üstün vasıflara sahip olması değil özgün ve yaratıcı bir hayal gücünün ürünü olmasıdır (Ernst Hirsch, Fikri Say, İst.-1943, S.12). Ancak ortaya çıkan mahsullerde çok yüksek bir yaratıcılık ve hayal gücü de aramamak gerekir. Önemli olan temel kriter herkesin aynı eseri ortaya koyamamasıdır. Orijinalliğin eserin bütününde olması şart olmayıp, nispi nitelikte orijinallik de yeterlidir.].

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017/2758 E., 2021/1228 K. [Buna göre, FSEK kapsamında mali ve manevi hak talep edilebilmesi için öncelikle ve bir ön koşul olarak, fikri ürünün sahibinin hususiyetini taşıması ve FSEK'de belirlenen eser kategorilerinden en az biri kapsamında yer alıp almadığı saptanmalıdır. Fikri ürün FSEK anlamında eser niteliğinde ise o zaman mali ve manevi haklara tecavüzün varlığının incelenmesi gerekir. FSEK, eser sahipliğinden doğan hakların korunmasını öngörmekle birlikte, korunan şey aslında o eserdeki hususiyettir. Hususiyetin belirlenmesi fikir ve sanat eserlerine ilişkin uyumsuzluklarda önemli bir yere sahiptir. Hususiyet kısaca eser sahibinin, eserine kendi fikir, düşünce, duygu ve his dünyasından ve fikri temele dayanan yeteneklerinden kattığı özelliklerdir.].

Derleme eserlere baktığımızda ise, eser sahibinin hususiyeti ancak derlenen eserlerin seçimi, sıralanması ve sunuş tarzında ortaya çıkmaktadır. FSEK'te derleme eserler bakımından “düşünce yaratıcılığı” ifadesi kullanılmış ancak burada diğer eser türlerinden beklenen hususiyet unsurundan daha üst bir hususiyet aranmadığı belirtilmiştir<sup>85</sup>.

Diğer taraftan; hususiyetin içerikte mi yoksa şekilde mi yansıma bulması gerekliliği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya konmuştur. Şekil ve içerik konusunda ayırım yapılmaması gerektiğini savunan bir görüşe göre; hususiyetin hem içerikte hem şekilde aynı anda olabileceği gibi ayrı ayrı sadece içerikte veya sadece şekilde de oluşabileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre; iç ve dış şekil ayırımı yapılmış ve dış şeklin, fikrin ifade bulduğu biçim; iç şeklin ise düşüncenin ifade edilişindeki kompozisyon olduğu ileri sürülmüştür<sup>86</sup>.

### III. ÜRETKEN OTONOM YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ (GAI / GAN / CAN)

Üretken yapay zekâ sistemleri, insanoğlunun sanatkârlığından ayırt edilemeyecek derecede ince işçilik taşıyan metin, resim veya müzik gibi yeni içerikler yaratabilen bir yapay zekâ türü olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>87</sup>. Erişilebilirlikleri, maliyetlerinin düşüklüğü ve etkileyici yetenekleri göz önüne alındığında, milyonlarca kullanıcı özel yapım görüntüler üretmek için üretken yapay zekâ sistemlerini günlük olarak kullanmaktadır. Bu artan popüleritenin ardından, yakın zamanda; kullanıcılar, yorumcular, akademisyenler ve teknoloji uzmanları arasında yaratıcılık, orijinallik ve otonom üretken yapay zekâ sistemlerine ilişkin tartışmalar da aynı oranda artmıştır.

Üretken sistemlerin insan müdahalesinin varlığı, yokluğu veya miktarına bağlı olarak farklı şekillerde isimlendirildiğini farklı yazarların farklı kısaltmaları tercih ettiğini görmekle birlikte, genel olarak;

<sup>85</sup> Levent Yavuz vd. (n 30) 68.

<sup>86</sup> Cahit Suluk ve Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (3. bs Seçkin Yayıncılık Ankara 2019) 51-52.

<sup>87</sup> Stefan Feuerriegel and Jochen Hartmann and Christian Janiesch and Patrick Zschech, 'Generative AI' (2023) LMU Munich and Munich Center for Machine Learning 13 <<https://doi.org/10.1007/s12599-023-00834-7>> s.e.t. 29 Kasım 2023.

- Üretken Yapay Zekâ - Generative Artificial Intelligence (GAI)
- Üretken Çekişmeli Ağ - Generative Adversarial Network (GAN)<sup>88</sup>
- Yaratıcı Çekişmeli Ağ - Creative Adversarial Network (CAN)

terimlerinin tercih edildiği görülmektedir. GAI sistemlerinin yaratıcılığa ilişkin koşulları karşılayıp karşılamadığına ilişkin olarak yapılan tartışmalara bakıldığında ilk etapta, iradeye dayalı bir yaratma amacı veya niyetinin olmaması nedeniyle bu sistemlerin yaratıcı olarak kabul edilemeyeceklerini ileri sürülmektedir<sup>89</sup>.

Üretken modelleme yöntemiyle hem hayal gücünün hem de zekânın sınırlarını zorlamakta olan Üretken Çekişmeli Ağların (GAN) gerçek görüntülere benzer sentetik görüntülerin üretimindeki başarısının yanı sıra metin, müzik veya video üretme konusunda da oldukça başarılı bir performans sergilediği görülmektedir<sup>90</sup>. Üretken çekişmeli ağlar, denetimsiz öğrenmeye akıllı bir yaklaşım izleyen güçlü bir sinir ağları sınıfıdır. GAN'lar genellikle birbirini eğitmek ve birbirleriyle rekabet etmek için iki sinir ağı içerir: bir oluşturucu ve bir ayırıcı. GAN'da "çekişme" kelimesinin seçilmesinin nedeni, bu iki ağın eğitim süreci boyunca sürekli çatışma halinde olmasıdır<sup>91</sup>. GAN; üretken bir yapay zekâ modelidir ve bir makine öğrenimi mimarisi (örneğin, derin bir sinir ağı) ile başlatılan ve dolayısıyla öğrenilen kalıp-

lara dayalı yeni veri örnekleri oluşturabilen üretken modellemeyi ifade etmektedir. Üretken yapay zekâ modeli, eğitim verilerinde gözlemlenen kalıplardan ve ilişkilerden yararlanarak yeni veri örnekleri oluşturmak için yapay zekâ algoritmalarını kullanan bir tür makine öğrenimi mimarisidir<sup>92</sup>.

GAN sistemlerinin sadece kodlanan talimatlar dizisi çerçevesinde hareket ettiği ve yaratıcılıktan yoksun olduğu iddialarına karşın, tam da bu sorunun üstesinden gelmek için<sup>93</sup> geliştirilen Creative Adversarial Network (CAN)<sup>94</sup> teknolojisi ortaya çıkmıştır. CAN teknolojisi, orijinal sanatın bileşenlerini analiz ederek insan tarafından yaratılmış gibi görünen sanat eserleri üretmeyi amaçlayan bir bakış açısıyla oluşturulmuştur<sup>95</sup>.

CAN'ı diğer GAN tabanlı sistemlerden ayıran özelliğin, öğrendiği tarzdan sapabilme yeteneği olduğu hususuna dikkat çekilmiştir. Eğer bu programlanmış eylem, yaratıcı bir seçim olarak kabul edilebilirse, CAN sisteminin, hem objektif hem de subjektif yaratıcılık testlerini kolaylıkla geçebildiği belirtilmiştir<sup>96</sup>. Diğer taraftan; CAN sisteminin, bu seçimleri yapmak üzere kodlandığı ve bunun özgür bir seçim olmadığı iddia edilmiştir. Ancak CAN'ın programcıları; orijinal tarzdan uzaklaşması gerektiğine dair kodlanmış talimat uyarınca seçimin bizzat makine tarafından yapıldığını ileri sürmüş olsalar da sonuç olarak, nihai çıktının ne kadar farklı ve ayırt edici olacağına karar verme özelliği makinenin algoritmalarına kodlanmıştır.

Nihayetinde CAN sistemi de makine öğrenimi üzerine kurulu ve kendi iradesi ve niyeti olmayan bir sistemdir<sup>97</sup>. Yine de; bu sistem, geleceğin yapay zekâsının sanat üretiminde özgür seçim özelliğini geliştirmek için önemli bir aşama olarak görülebilir<sup>98</sup>.

<sup>88</sup> GAN ilk kez 2014 yılında Ian J. Goodfellow ve meslektaşları tarafından tanıtılmıştır. GAN tabanlı sistemler yalnızca görsel sanatlar için değil aynı zamanda müzikal ve edebi eserler için de kullanılmaktadır. Bu noktada, The Next Rembrandt'in yapımı, her ne kadar GAN tabanlı bir sistemle yapılmış olsa da, eğitim verilerinin "seçilme" aşamasında daha fazla insan müdahalesini içerdiğini belirtmek önemlidir.

<sup>89</sup> Donal Khosrowi and Finn Finola and Elinor Clark, 'Diffusing the Creator: Attributing Credit for Generative AI Outputs' (2023) AIES 23 Montréal QC, Canada 3.

<sup>90</sup> Melisa Gözet ve Ulaş Filiz ve Asım E. Yılmaz, 'Generative Artificial Intelligence' (2023) 7 [1] International Journal of Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies 32.

<sup>91</sup> Pegah Salehi and Abdolrah Chalechale and Maryam Taghizadeh, 'Generative Adversarial Networks (GANs): An Overview of Theoretical Model, Evaluation Metrics, and Recent Developments' (2005) Image Processing Research Lab, Department of Computer Engineering & Information Technology 3 <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2005/2005.13178.pdf>> s.e.t. 02 Eylül 2023.

<sup>92</sup> Stefan Feuerriegel vd, (n 83) 2.

<sup>93</sup> Nguyen (n 61) 16.

<sup>94</sup> Bu sorunu çözmeye çalışırken, GAN tabanlı bir model olan CAN'ın, (Yaratıcı Çekişmeli Ağ) yaratıcıları, bu yapay zekâ sistemi tarafından oluşturulan çıktıların tamamen orijinal olduğu iddiasıyla sistemi tanıtmışlardır.

<sup>95</sup> Svedman (n 91) 3.

<sup>96</sup> Nguyen (n 89) 16.

<sup>97</sup> Nguyen (n 93) 17.

<sup>98</sup> Nguyen (n 94) 17.



Eğer bir makinenin bir dizi kuralla sınırlandırılmış seçimi özgür sayılmıyorsa, aynı şeyi gerçek kişi eser yaratıcıları için söyleyebilir miyiz? Çünkü aslında gerçek kişi sanatçılar da başkalarının eserlerini kopyalamamak veya kendi ülkesinin kanunlarına aykırı içerik üretmemek gibi çok katmanlı kurallara tabidir<sup>99</sup>. Yapay zekâ sistemleri ile gerçek kişileri objektif bir şekilde değerlendirmek isteyen ve özellikle sanat felsefesi ve estetik perspektifinden bakan bazı yazarlar; yapay zekânın bir miktar takdiri hak ettiğini, ancak seçim yapma ve yaratma iradesi eksikliği nedeniyle yaratıcılığı temsil edebilecek bir varlık olarak görülemeyeceğini ifade etmektedirler<sup>100</sup>.

### A. MAKİNE ÖĞRENMESİ VE VERİ SETLERİ

Makine öğrenmesiyle, insanın idrak kabiliyeti makinelere transfer edilmekte, algoritmalar aracılığıyla öğrenebilmekte, öğrendiği bilgileri işleyebilmekte ve verilen görevleri kolaylıkla yerine getirebilmektedir. Makine öğrenmesi için çeşitli programlama dilleri bulunmaktadır. Her programlama dilinin içerisinde makine öğrenmesi için yazılmış kütüphaneler yer almaktadır. Böylelikle yapay zekâ üzerinde çalışan kişiler kütüphanelerden faydalanarak makine öğrenmesi sistemleri kurabilmektedir<sup>101</sup>.

Makine öğrenmesi teknolojisindeki en önemli yeniliklerden birisi, “biyolojik sinir ağlarına” dayanan “yapay sinir ağları”dır. Bu uygulamalardan birisi benzersiz, görüntüler oluşturmak için sinir ağlarını kullanan “Deep Dream” adlı Google projesidir. Deep Dream, biyolojik sinir ağlarına benzeyen makine öğrenimini kullanarak insan düşüncesini taklit etmekte ve önceden belirlenmiş algoritmaya göre girdinin nasıl dönüştürüleceğine karar vermektedir<sup>102</sup>.

Üretken yapay zekâ modelleri, sistemleri ve uygulamaları, orijinal yaratıcıların izni olmadan mevcut eserlere benzeyen çıktılar üretebildikleri için, makine öğrenmesi aşamasında kullanılan eğitim materyalleri ve veri setleri bağlamında fikri hak ihlali sorunları kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır.

Zira hâlihazırda fikri hak kapsamında korunan çok sayıda eser, bu yaratıcı makinelerin ağına düşmektedir. Makinelerin, öğrenme sırasında eriştikleri verileri yeniden üretmeleri durumunda çoğaltma hakkının ihlalinin gerçekleşmesi riskinin yanı sıra nihai çıktılarının makine tarafından kullanılan eserlerin bir uyarlaması olarak değerlendirilmesi halinde<sup>103</sup> üretken yapay zekânın, türev (işlenmiş) eserler hazırlayarak eser sahiplerinin “işleme hakkını” ihlal etmesi ihtimal dâhilindedir.<sup>104</sup>

Algoritmik yaratıcılık, eser sahiplerinin ve sanatçıların üsluplarını dijital formlarda yorumlayabilecek noktaya geldiğinden daha önce gerçek kişilerce üretilmiş eserlerin mevcut evreni göz önüne alındığında, eğitim sürecinde kullanılan eser ile nihai ürün/çıktı arasındaki benzerlik oranı doğrultusunda bir ihlal analizi yapılabilecektir. Yapay zekâ tarafından üretilen nihai ürün/çıktının, orijinal bir eserin tanımlanabilir ve ikincil olmayan unsurlarını içermesi halinde, işleme/uyarlama hakkının ihlalinin gerçekleşmesi muhtemeldir<sup>105</sup>.

Game of Thrones kitap serisinin yazarı George R.R. Martin başta olmak üzere birçok yazarı temsilen ABD Yazarlar Birliği (*Writers Guild*) tarafından OpenAI adlı şirketin ürettiği ChatGPT sohbet robotunu eğitmek için kendilerine ait eserlerin izinsiz kullanıldığı gerekçesiyle toplu bir dava açılmıştır. Yazarlar Birliği, OpenAI'nin kendilerine ait eserleri “toptan, izinsiz veya bedelsiz” şekilde kopyaladığını, bu durumun kendi eser ve emekleriyle geçimlerini sağlama yeteneklerini tehlikeye attığını ve bu algoritmaların merkezinde kitlesel ölçekte sistematik bir hırsızlık yapıldığını ileri sürmektedir. Ayrıca, ChatGPT'nin kamuya açık verileri kullanmak yerine, yazarların kitaplarından internete yasa dışı olarak yüklenmiş olabilecek metinleri içeren bir veri seti üzerinden eğitildiği bu sebeple de yapay zekâların arkasında yer alan ve ticari kazanç elde eden şirketlerin veri setlerini oluşturan eserlerin sahiplerine

<sup>99</sup> Nguyen (n 95) 17.

<sup>100</sup> Donal Khosrowi vd, (n 85) 3.

<sup>101</sup> Onur Sarı, 'Yapay Zekânın Türk Fikri Mülkiyet Hukukuna Göre Korunması' (Ocak 2020) İzmir Barosu Dergisi 59.

<sup>102</sup> Guadamuz (n 63) 4.

<sup>103</sup> Enrico Bonadio and Luke McDonagh, 'Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity' (2020) *Intellectual Property Quarterly* 120 <<https://ssrn.com/abstract=3617197>> s.e.t. 21 Kasım 2023.

<sup>104</sup> Stefan Feuerriegel vd, (n 88) 8.

<sup>105</sup> Bonadio (n 100) 120.

lisans ücreti ödemesi gerektiği yönünde taleplerini dile getirmişlerdir<sup>106</sup>.

OpenAI adlı şirket ise davalı konumunda olduğu bu davada; makine öğrenmesi sürecinde kullanılan verilerin kamuoyuyla paylaşılmadığı yalnızca programı eğitmek için kullanıldığı savunmasını yapmıştır. Şirket, savunmasını güçlendirmek için Google'ın kitapların tamamını kopyalayarak bu kitaplardan alıntılarını görüntüleyen aranabilir bir veri tabanı oluşturmasının adil kullanım teşkil ettiğine hükmedilen *The Authors Guild, Inc. & Google, Inc. Davasına* atıf yapmıştır<sup>107</sup>.

Diğer taraftan; tüm bu ihlal iddiaları devam ederken USCO<sup>108</sup>, yapay zekâ modellerinin (hem üretken hem de üretken olmayan sistemlerde) eğitimi için veri setleri geliştirmek üzere eserlerin kullanılmasının ihlal teşkil edip etmediği, hak sahiplerinin izninin gerekli olup olmadığı veya bir yapay zekâ çıktısının, veri setinin bir parçası olan bir esere önemli ölçüde benzediği tespit edilirse ve bu kullanım adil kullanım (fair use) olarak nitelendirilmezse, çıktıyı yönlendiren kullanıcı ile sistem geliştiricileri arasında sorumluluk nasıl paylaşılmalıdır gibi sorulara cevap bulmaya çalışmaktadır<sup>109</sup>.

## B. ÖZERKLİK, RASTGELELİK, BİLİNÇ VE NİYETLİLİK (*Autonomy, Randomness, Consciousness and Intentionality*)

Bazı yazarlar; gelişmiş programların bile öncelikle arka plandaki programcı tarafından uygulanan kurallarda zaten belirlenmiş olan olanaklarla sınırlı olduğu görüşünü benimsemektedir. Gerçek ve köklü dönüşümlerin yalnızca dünyadaki gerçek süreçlerle fiziksel etkileşime girebileceği bir sistemde meydana gelebileceğini iddia ediyorlar. Bu görüşlerinin temelinde, insan beyninin elektriksel ve kimyasal bir mekanizma olduğu gerçeği yatmaktadır<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> <<https://authorsguild.org/news/ag-and-authors-file-class-action-suit-against-openai/>> s.e.t. 20 Ekim 2023.

<sup>107</sup> Bonadio (n 102) 120.

<sup>108</sup> ABD Telif Hakları Ofisi/US Copyright Office.

<sup>109</sup> Suzanne V. Wilson and Maria Strong, 'U.S. Copyright Office, Library of Congress. Artificial Intelligence and Copyright' Federal Register 59942 -59949 (2023) <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-08-30/pdf/2023-18624.pdf>> s.e.t. 8 Aralık 2023.

<sup>110</sup> Kasap (n 26) 348.

Üretken yapay zekâ sistemlerinin insanlarda doğal olarak bulunan üç temel özelliğe sahip olamayacağı için yaratıcı olamayacakları dile getirilmektedir. **Özerklik, niyetlilik ve bilinç.** Özerklik kavramının; fikirlerin “özgür iradeyle” üretilmesi anlamına geldiği kabul edilirse hiçbir programlanmış varlığın gerçekten özerk ya da otonom olamayacağı bu sebeple de yapay zekâ sistemlerinin hiçbir zaman yaratıcı olamayacağı ileri sürülebilecektir<sup>111</sup>.

Niyetlilik kavramını, eyleme götüren iradeyi taşımak olarak tanımladığımızda, yapay zekânın bir eser meydana getirmek ve eser sahibi olmak için bir niyet göstermesi gerekir mi sorusu akla gelecektir. Eğer bu yönde bir niyet göstermesi gerekli kabul edilirse, yapay zekânın niyetinin var olduğunu nasıl kanıtlayabiliriz? Niyetin (yaratma eylemine yönelik iradenin) hayati öneme sahip olduğunu vurgulayan bazı yazarlar niyetin makine yaratıcılığındaki mevcut eğilimlerle bağdaştırılmasının zor olduğunu ifade etmektedirler. Çünkü niyet ve yapay zekâ sistemlerinin yaratıcılığı için gerekli olan rastgelelik (randomness) özellikleri bir arada bulunmayabilir. Şöyle ki; makine yaratıcılığının geliştirilmesinde önemli bir unsur olarak kabul edilen “rastgele” performans gösterme özelliğinin yanı sıra aynı zamanda amaç veya irade ortaya koyabilecek bir yapay zekâ yazılımını geliştirmenin teknik olarak birbiriyle çeliştiği kabul edilmektedir<sup>112</sup>.

Bir yazılımın, kelimeleri alfabetik olarak sıraya koyması fikri hak korumasını gerektiren bir durum değildir. Çünkü programın seçme ve bunları düzenleme yöntemi açıktır. Burada yaratıcılık gösteren herhangi bir unsur yoktur. Bu itibarla tamamen mekanik bir uğraşı sonucunda elde edilen sonuç yaratıcı değildir denebilir. Nitekim yaratıcılığın tesadüfi veya dışarıdan güdülerek söz konusu olamayacağı, amaca yönelik ve kasıtlı bir niyetle olabileceği ifade edilmektedir<sup>113</sup>.

*BODEN*, bilinç eksikliğiyle ilgili getirilen eleştirilere karşı; bir programın “kendini değiştirmek için” kurallar içerebileceğini ve kendi deneyleri üzerinde uyguladığı kontrol sayesinde öğrenme yeteneğine sahip olduğunu ayrıca, önceden tanımlanmış

<sup>111</sup> Kasap (n 107) 349.

<sup>112</sup> Gaon (n 68) 309.

<sup>113</sup> Bozkurt Yüksel (n) 606.

kurallarda gelişigüzel değişiklikler yapabilen genetik algoritmalara atıf yaparak bir bilgisayarın gerçekten yaratıcı olup olamayacağı sorusunun şu anda cevaplanamayacağını ve bu sorunun bilimsel değil, daha ziyade felsefi bir soru olduğunu vurgulamaktadır<sup>114</sup>.

#### IV. YARATICILIK, ORİJİNALLIK VE HUSUSİYET KAVRAMLARININ ÜRETKEN OTONOM YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİNE YANSIMALARI

Yapay zekâ teknolojilerindeki son yenilikler; eser sahipliği ve adil kullanım gibi temel fikri hak ilkelere, bu sistemler tarafından oluşturulan veya kullanılan eser, içerik veya ürünlere nasıl uygulanacağı konusunda yeni soruları gündeme getirmektedir. OpenAI'nin Dall-E ve ChatGPT programları, Stability AI'nin Stable Diffusion programı ve Midjourney'in kendi adını taşıyan programı gibi üretken yapay zekâ sistemleri kullanıcının metinsel komutlarına yanıt olarak yeni görüntüler, metinler ve diğer içerikleri üretme yeteneğine sahip durumdadır<sup>115</sup>.

Üretken yapay zekâ sistemleri, kamera ekipmanına benzer şekilde gerçek kişi eser sahipleri tarafından kullanılabilir başka bir araç olarak görülebilir mi? Bazı yorumcular, yapay zekâ programlarının, gerçek kişi eser sahiplerinin, eserlerini oluşturmak için kullandığı diğer araç ve ekipmana benzer olduğunu öne sürerek, en azından yapay zekâ tarafından üretilen bazı ürünlerin fikri hak korumasına dâhil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. *Burrow-Giles Davasında* mahkeme, “eser sahibi, eserin varoluşunu borçlu olduğu kişidir” yorumunu yaparak fotoğrafçının kompozisyon, düzenleme ve ışıklandırma gibi yaratıcı unsurlarla ilgili kararlar vermesi durumunda fotoğrafların fikri hak korumasına hak kazanabileceğine karar vermiştir<sup>116</sup>. *Burrow&Giles Davasında*, Mahkeme; “Eser, bireyin doğaya karşı kişisel tepkisidir; insan benliği her zaman benzersiz, yalnızca o insana ait olan bir şey içerir.” şeklinde kullandığı ifadelerle eser sahipliği olgusunda insan/benlik unsurunu güçlendirmiştir. Mahkeme, eser sahipliğinin aynı zamanda nedensellik açısından da yorumlanabile-

ceği sonucuna varmıştır. Eserin sahibi, “fotoğrafın varoluş nedeni” ve “fikrini, hayal gücünü” harekete geçiren kişidir. Fotoğrafın yaratıcısı ve onsu fotoğrafın var olamayacağı itici güç olarak fotoğrafçı, fikri haklar açısından eser sahibi olarak kabul edilmiştir. Fotoğrafi çeken makine ise, sanatçının yaratıcı vizyonunu gerçekleştirme amacına yönelik bir araç olarak yorumlanmıştır. Bu karar aynı zamanda fikri haklar korumasında “otomasyonun” eser sahipliğine aykırı olduğu şeklindeki zimni bir varsayımın oluşmasına da temel oluşturmuştur<sup>117</sup>.

Fotoğrafçılık benzetmesine karşı çıkan yorumcular ve USPTO<sup>118</sup>, yapay zekâ kullanıcılarının yapay zekânın yalnızca bir araç olarak görülmesi için yeterli yaratıcı kontrole sahip olup olmadıklarını sorguluyor. USPTO, “Midjourney'in, *Kashanova*'nın istediği görüntüye ulaşmak için kontrol ettiği ve yönlendirdiği bir araç olmak yerine, öngörülemeyen bir şekilde görüntüler ürettiğini” belirtmiştir<sup>119</sup>. Başka bir görüşe göre, yapay zekâ kullanıcısının, fikri hak korumasına hak kazanabilecek bir eser yerine yalnızca soyut bir “fikir” yarattığını öne sürmüştür<sup>120</sup>. Dall-E'den<sup>121</sup> yapay zekâ sisteminden, “plajda çay partisi veren kirpilerin” bir resmini yapmasını isteyen kullanıcının sadece bir fikirden başka bir katkıda bulunmadığı ileri sürülmüştür<sup>122</sup>.

İnsanoğlunun geleneksel anlayışla oluşturduğu mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde; ancak gerçek kişiler, yaratıcı emeklerinin karşılığında eser sahibi olarak kabul edilebilmekte ve fikri hak korumasına layık görülmektedir. Bu geleneksel yaklaşımla; bizzat eseri meydana getiren gerçek kişiye odaklanılmıştır. Ancak, yeni teknolojik gelişmelerle hayatımıza giren üretken otonom sistemlerin oluşturduğu belirsizliği giderebilmek için “orijinallik/özgünlük/hususiyet” gibi mevcut terimleri tanımlama ve uygulama şeklimizi yeniden düşünmemiz kaçınılmazdır<sup>123</sup>.

<sup>117</sup> Bridy (n 113) 6.

<sup>118</sup> ABD Patent ve Marka Ofisi/US Patent and Trademark Office.

<sup>119</sup> Zirpoli (n 112) 2.

<sup>120</sup> Zirpoli (n 115) 2.

<sup>121</sup> Metinden görüntü oluşturan bir yapay zekâ programıdır.

<sup>122</sup> Zirpoli (n 116) 2.

<sup>123</sup> Yanisky-Ravid and Velez-Hernandez (n 52) 9.

<sup>114</sup> Boden, 'Computer Models of Creativity' (n 24) 33.

<sup>115</sup> Christopher T. Zirpoli, 'Generative Artificial Intelligence and Copyright Law' (University of Nebraska - Lincoln, United States Congressional Research Service 2023) 1 <<https://digitalcommons.unl.edu/scholcom/243>> s.e.t. 21 Kasım 2023.

<sup>116</sup> Bridy (n 27) 5.

Örneğin; “The Next Rembrandt” projesi kapsamında; Rembrandt’ın eserlerindeki aydınlatma, renklendirme, fırça darbeleri ve geometrik desenler dâhil teknik ve estetik unsurları; “makine öğrenimi” adı verilen teknikle yapay zekâ sistemine öğretilmiş ve sonuçta algoritmaların, Rembrandt’ın sanatında bulunan stil ve motiflere dayalı bir tablo ortaya çıkardığı tespit edilmiştir. Başka bir deyişle ortaya çıkan tablo bir bilgisayarın tipik bir Rembrandt tablosunun nasıl görünmesi gerektiğine dair yorumunu temsil etmektedir<sup>124</sup>. The Next Rembrandt Projesi, algoritmanın artık yalnızca insan girdisine veya programlamaya dayanmadığı, otonom üretken sistemlerin artık insan programcılarının talimatlarını takip eden basit birer araçtan daha fazlası olduğu ve hatta estetik açıdan en hoş tercihleri yapabilme yeteneğine sahip olduğunu göstermek bakımından çığır açıcı bir gelişme olarak kabul edilmiştir. Proje teknik ve hukuki açıdan oldukça şaşırtıcı olsa da orijinallik/özgünlük kavramı halâ sorunun önemli bir parçasıdır<sup>125</sup>.

#### V. ÜRETKEN OTONOM YAPAY ZEKÂ SİSTEMLERİ VE FİKRİ HAKLAR KESİŞİMİNDE PARADİGMA DEĞİŞİKLİĞİ İHTİYACI

Eser kavramının sözlük karşılıklarına baktığımızda; iz, işaret, belirti ve imge gibi sözcüklerle karşılaşmakta olduğunu görmekteyiz. En genel anlamında eser kavramı; kişinin zihinsel çabaları sonucu ortaya konulan ve hukuki bakımdan değer ifade eden neticeler” olarak tanımlanabilir<sup>126</sup>. Bu bağlamda, Anglosakson Hukuk Sisteminde aranan “kendi yaratımı olması” şartına dayalı orijinallik ve “bir miktar fikrî çaba” şartına dayandırılan yaratıcılık kavramlarının, Türk Hukukunda ve Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde aranan sübjektif unsurlara göre daha düşük bir eşiği temsil ettiği söylenebilir<sup>127</sup>. Diğer bir anlatımla, Türk hukukunda, sahibinin hususiyetini taşıma niteliği, bir eserin fikri mülkiyet hukuku tarafından korunup korunamayacağını belirleyen temel kriterdir. Bu sübjektif unsur, eserin yaratıcısı tarafından sergilenen bireysel çaba, beceri

ve dünya görüşü gibi faktörlere bağlı olarak ortaya çıkmakta ve bu bağlamda eserin özgün veya hususi olmasını zorunlu kılmaktadır.

Bir insan tarafından makine yardımıyla oluşturulan ürünlerde insanın hususiyetini yansıtmasına engel olacak mahiyette bir makine kullanımı söz konusuysa, diğer bir ifadeyle seçeneklerin sadece makine tarafından belirlendiği ve makineyi kullanan herkesin aynı sonuca ulaşabileceği bir durum mevcutsa, bu ürün/çıktı zaten eser olarak kabul edilemeyecektir<sup>128</sup>.

Peki, bu durumda, mevcut düzenlemeler ışığında eserin zorunlu unsurlarından biri olan yaratıcılık/hususiyet/orijinallik kriterlerinin insana özgü özellikler olduğunu kabul edersek tamamen yapay zekâ tarafından üretilen ürün veya çıktıların bir insanın hususiyetini taşıması ve fikri çaba ürünü olmaması nedeniyle eser olarak kabul edilemeyeceği sonucuna varılabilir mi?<sup>129</sup> Buradan hareketle; otonom sistemler tarafından oluşturulan eserlere geleneksel fikri hak düzenlemelerini mi uygulamalıyız yoksa yeni normatif araçlar mı oluşturmalıyız?<sup>130</sup>

Otonom sistemler tarafından üretilen eserler ve bunların Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri’nde fikri hak korumasına uygunluğu söz konusu olduğunda, bu sistemler arasında hem benzerlikler hem de farklılıklar vardır. Fikri haklar mevzuatı ve sonrasında gelişen içtihat hukukunda yorumlandığı üzere, ABD otonom sistemler tarafından oluşturulan ürün veya içeriklerin eser olarak korunmasına sıcak bakmasa da, AB’nin tutumu bu anlamda biraz farklıdır. AB’nin, insan olmayan eser sahiplerinin fikri hak koruması kapsamında değerlendirilmesini nispeten onayladığı görülüyor. Bu tutum, AB’nin e-kişilik girişiminde ortaya konmuştur. Birleşik Krallık Fikri Haklar, Tasarımlar ve Patentler Kanunu ise insan olmayan sistemler tarafından ortaya konan eserlerin korunmasını açıkça düzenlemiştir. Avrupa Birliği’nin bazı üye ülkelerinde ise durum oldukça farklıdır. Örneğin, hem İspanya hem de Almanya’nın

<sup>124</sup> Guadamuz (n 63) 2.

<sup>125</sup> Juuti (n 65) 48.

<sup>126</sup> Ateş (n 79) 26.

<sup>127</sup> Zorluel (n 40) 324.

<sup>128</sup> Zorluel (n 122) 319.

<sup>129</sup> Esra Karaca ve Uğur Karataş, ‘Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması’ (2022) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17, 45.

<sup>130</sup> Yanisky-Ravid and Velez-Hernandez (n 118) 53.

fikri hak mevzuatlarında, eserlerinin fikri hak kapsamında korunabilmesi için eser sahiplerinin insan olması gerektiğini açıkça belirten maddeler bulunmaktadır<sup>131</sup>.

Hegel'in kişilik teorisi, çağdaş eser sahibi anlayışımızdan sorumlu bazı felsefi temelleri güzel bir şekilde ifade ediyor. Bu teori, benliğin bir kısmının yaratılan esere aşılandığı anlayışıyla doğmuş bir teoridir. Eser yaratıcısı ve mülkiyete ilişkin böylesine kişi merkezli bir anlayışın sonucunda tamamen bir bireyin yaratıcı sürecinin benzersizliğinin kabulü ve eser meydana getiren kişiye fikri hak koruması sağlayan bir anlayış gelişmiştir<sup>132</sup>. Bugün, bir eseri meydana getiren kişinin kişiliği bir şekilde eserinin özüne aşılanmış olduğundan, bizim gayrimenkulle ilişkilendirdiğimiz aynı türden haklara sahip olduğu duygusu çağdaş düşünceye damgasını vuran bir keşiftir. Başka bir deyişle, kişiliğe eşlik eden öz farkındalığın dışa dönük tezahürü, fikri mülkiyete konu bir eserin yaratılması için gereklidir. Bu yarı kişiliktir, yarı mülkiyettir<sup>133</sup>.

Mucitlik ve eser sahipliği haklarını, insan olmayan sistemlere de tanımak gerektiğini savunan bazı yazarlar; yapay zekâ sistemlerine farklı, gerçek kişi eser sahiplerine farklı şekilde yaklaşmanın hukuki sorunlara yol açabileceğini ve ayrıca yapay zekânın gelişmesini teşvik etmenin bu tip sistemlere eser sahipliği hakkı vermekten geçtiğini ileri sürmektedir<sup>134</sup>. Bu görüşe karşı ise; yapay zekâ sistemlerine eser sahipliği tanınmasının, geri plandaki programcılar/yazılımcılar ve şirketler için fikri haklar bakımından avantajlı bir konum sağlamasının yanı sıra şimdiden öngörülemez yasal zorluklar ve suiistimallerle dolu belirsiz bir geleceğe yol açabileceği ihtimali vurgulanmıştır<sup>135</sup>.

## VI. SONUÇ

Başlangıçta sadece bir fikir olan ve sonrasında bu fikirden türeyen eser, buluş ve benzeri fikri ürün ve yaratımların korunması amacıyla oluşturulan hukuk sistemleri, temelde insan merkezli bir koruma çerçevesi çizmiştir. Türk Hukuku ve diğer ülkelerin hukuk sistemlerindeki temel amaç, eser sahiplerini ve buluşçuları, kendi yaratımlarını ve buluşlarını koruyarak teşvik etmek ve ödüllendirmektir. Ancak günümüzde, teknolojik ilerlemeler hukuk sistemlerinin temel değerlerini etkilerken rotanın yeniden oluşturulması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Çeşitli disiplinlerde yürütülen çalışmalar, mevcut hukuk sistemlerinin insan odaklı olduğunu ve eser sahipliğini bireyler üzerinden tanımladığını göstermektedir. Ancak, giderek artan üretken yapay zekâ sistemleri karşısında, dünya genelinde kanun koyucuların proaktif bir tutumdan kaçındığı gözlemlenmektedir. İnsan merkezli yaklaşımdan uzaklaşarak makinelerle eser sahipliği hakkı tanımının potansiyel olarak ürkütücü sonuçları olabileceği endişesiyle genel olarak mevcut durumu koruma eğilimi görülmektedir.

Diğer yandan, makine öğrenimi giderek karmaşık hale geldikçe ve yapay zekâ sistemleri daha yetenekli ve özerk hale geldikçe, yakın gelecekte geleneksel fikri haklar yaklaşımının şüphesiz yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Yenilikçi veya yaratıcı ürün ve eserlerin tek kaynağının artık sadece insanlar olmadığını kabul eden bir yaklaşımla, yapay zekâ alanındaki gelişmeleri teşvik etmek amacıyla; insan olmayan yaratıcı sistemleri ve makineleri de içeren yeni bir "eser sahipliği" tanımının yapılması, gelecekte hukuki zorluklarla dolu bir Pandoranın Kutusu'nun açılmasına sebep olabilir.

Diğer taraftan, haklar ve yükümlülükler arasındaki denge gözetilerek, yapay zekâ sistemlerini programlayan, yatırım yapan veya kullananlar, üretilen nihai çıktılara ilişkin "eser sahibi" olduklarını iddia ediyorlarsa; bu kişilerin aynı zamanda arkasında oldukları veya komutlarıyla yönlendirdikleri bu sistemlerin herhangi bir ihlalde bulunması halinde hukuki ve cezai anlamda sorumluluğu paylaşmaları gerekecektir.

Algoritmik yaratıcılığa, cömert bir "adil kullanım/fair use" muamelesi göstermek, makinelerin

<sup>131</sup> Juuti (n 120) 75.

<sup>132</sup> Svedman (n 92) 12.

<sup>133</sup> Svedman (n 127) 12.

<sup>134</sup> Ryan Abbott, 'Artificial Intelligence and Intellectual Property: An Introduction, In Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence' (2022) Edward Elgar 18 <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4065150](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4065150)> s.e.t. 5 Aralık 2023.

<sup>135</sup> Hristov (n 2) 441.

eğitim amacıyla serbestçe mevcut eserlere erişmesine ve bunları kullanmasına izin vermek olumlu bir sonuç doğurmayabilir. Fikri hak kapsamında korunan yüksek miktarlarda eser veya içeriği kullanan yapay zekânın programcısı, yatırımcısı veya kullanıcısı bunun için izin talep etmekten muaf tutulurken, aynı eylemi daha düşük bir ölçekte gerçekleştiren bir “sanatçı veya eser sahibi gerçek kişi” için böyle bir muafiyetin geçerli olmaması mantıklı mıdır?

Kaçınılması gereken, hâlihazırda var olan fikri hak koruması kapsamındaki eserlere erişen, onları analiz eden ve kullanan gerçek kişi sanatçı ve eser sahipleri ile aynı şeyi daha yüksek hızda ve çok daha geniş bir erişimle yapan yapay zekâ arasında ayırım yapan ikili bir fikri mülkiyet rejimidir. Çifte standartlı bir fikri hak koruma sisteminde en çok zarar göreceği yine insanoğlu olabilir. İnsanoğlu önceden var olan kaynak materyale eriştiğinde ve onu kullandığında “eser” den söz ediyoruz ancak aynı kullanım, öğrenen makineler tarafından yapıldığında çok daha tarafsız ve masum görünen “veri” kavramı tercih edilmektedir.

Yaratıcılık, hususiyet, orijinallik, eser, eser sahipliği kavramları; kültürel, politik ve sosyo-ekonomik unsurlardan etkilenebilen ve toplumdaki topluma değişebilen göreceli kavramlardır. Bu değişken ve her olay bazında yeniden yorumlanması gereken kavramları; otonom sistemlerin arka planında yer alan yazılımcı, yatırımcı veya nihai kullanıcılara kadar genişletmek kontrol edilemez bir fikri hak koruma alanı oluşmasına sebep olabilir. Diğer taraftan, yapay zekânın aktif olabildiği her alan için alternatif bir kişilik/kimlik verilmesi veya bir varoluş alanı çizilmesi gibi çözümler tartışılmaktadır. Kanaatimizce, bu hukuki çözüm ne olursa olsun mutlaka ortaya çıkan ürün/çıktı veya eserin üretken yapay zekâ sistemleri eliyle meydana getirildiğini, “türev/tali/bağılantılı” bir hak türü olduğunu vurgulayan bir düzenleme olması şu aşamada kabul edilebilir bir çözüm olarak düşünülebilir.

Sonuç olarak; tüm boyutlarıyla tartışmaya çalıştığımız; bir eseri eser yapan en önemli husus olan yaratıcılık/orijinallik veya hususiyet şartlarından herhangi birinin aslında üretken otonom yapay zekâ sistemleri tarafından oluşturulan ürün veya çıktılar üzerinde gerçekleşmeyeceği sonucuna va-

rılması halinde tartışmayı buradan öteye taşımamızın hukuki açıdan bir anlamı olmayacaktır. Ortada bir eser yoksa eser sahipliği de olmayacaktır. Üretken otonom sistemler, şüphesiz etkileyici ve önemli bir teknolojik gelişme olabilir, ancak fikri hak koruması, bu teknolojinin gelişmesinden sorumlu firma, yazılımcı, yatırımcı veya sistemin arkasındaki paydaşları teşvik etmek ve korumak için uygun bir hukuk alanı olarak görülmemelidir.

## KAYNAKÇA

- Abbott R, 'Artificial Intelligence and Intellectual Property: An Introduction, in Research Handbook on Intellectual Property and Artificial Intelligence' (2022) Edward Elgar <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4065150](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4065150)> s.e.t. 5 Aralık 2023.
- Ağluç L, 'Sanat Yaratıcılık Bağlamında İnsan ve Yaratma Güdüsü' (2013) 3 [1] Akdeniz İnsani Bilimler Dergisi 1.
- Ateş M, *Fikri Hukukta Eser* (Turhan Kitabevi Ankara 2007).
- Boden M. A, *The Creative Mind, Myths and Mechanisms* (2nd edn, London and New York, Routledge 2004) XI.
- 'Computer Models of Creativity' (2009) AI Magazine 23.
- Bonadio E and McDonagh, L, 'Artificial Intelligence as Producer and Consumer of Copyright Works: Evaluating the Consequences of Algorithmic Creativity' (2020) Intellectual Property Quarterly 120 <<https://ssrn.com/abstract=3617197>> s.e.t. 21 Kasım 2023.
- Bozkurt Yüksel A. E, 'Yapay Zekânın Buluşlarının Patentlenmesi' (2018) 6 [11] Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi 585.
- Bridy A, 'Coding Creativity: Copyright and the Artificially Intelligent Author' (2012) 5 Stanford Technology Law Review 23 <<http://stlr.stanford.edu/pdf/bridy-coding-creativity.pdf>> s.e.t. 29 Kasım 2023.
- Descartes R, *Aklın Yönetimi İçin Kurallar (Régles pour la direction de l'esprit)* (Engin Sunar, 2. bs İstanbul Say Yayınları 2014).
- Diñçeli D, 'Yaratıcılık ve Sanat' (2020) 8 [1] Sanat Eğitimi Dergisi 43.
- Er Bıyıklı, N ve Gülen, L. A, 'Hayal Gücü ve Yaratıcılık Kavramlarının Tasarım Sürecine Etkisi' (2018) 7 [50] İdil Sanat ve Dil Dergisi 1273.
- Ezici Kapan A, 'Sanatçının Kişiliği ve Yaratma Psikolojisi' (2005) [6] Anadolu Psikiyatri Dergisi 122.
- Feuerriegel S and Hartmann J and Janiesch C and Zscheck P, 'Generative AI (2023) LMU Munich and Munich Center for Machine Learning 13 <<https://doi.org/10.1007/s12599-023-00834-7>> s.e.t. 29 Kasım 2023.
- Gaon, A.H, *Artificially Intelligent Copyright: Rethinking Copyright Boundaries* (York University, Toronto 2019) 302.
- Ginsburg J C and Treppoz E, *International Copyright Law: US and EU Perspectives* (Edward Elgar Publishing 2015) 278.
- Gözet, M. and Filiz U. and Yılmaz A. E, 'Generative Artificial Intelligence' (2023) 7 [1] International Journal of Multidisciplinary Studies and Innovative Technologies 32.
- Guadamuz A, 'Do Androids Dream of Electric Copyright? Comparative analysis of originality in artificial intelligence generated works' (2017) 2 (Last revised: 12 Jan 2022) Intellectual Property Quarterly 15.
- Hirsch, E.E, 'Eser Sahipliği Fikri ve Sınai Hakların Mahiyeti Hakkında Yeni Bir Görüş' (1944) 1 [3] Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 330.
- Hristov K, 'Artificial Intelligence and Copyright Dilemma' (2017) 57 [3] The Journal of the Franklin Pierce Center for Intellectual Property 431.
- Joyce C and Leaffer M and Jaszi P and Ochoa T and Carroll M, *Copyright Law* (9th edn, Lexis Nexis Publishing San Francisco 2013) 91.
- Juuti A, *The Protection of Works Created by Artificial Intelligence Algorithms in the United States and the European Union* (Intellectual Property Shaping Society University of Turku Faculty of Law 2020) 60.
- Karaca E ve Karataş U, 'Yapay Zekâ Tarafından Meydana Getirilen Fikri Ürünlerin 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununa Göre Korunması' (2022) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 17.
- Kasap A, 'Copyright and Creative Artificial Intelligence (AI) Systems: A Twenty-First Century Approach to Authorship of AI-Generated Works in the United States' (2019) 19 [4] Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law 335.
- Khosrowi D and Finola F and Elinor C, 'Diffusing the Creator: Attributing Credit for Generative AI Outputs' (2023) AIES 23 Montréal QC, Canada 3.
- Lim E. C, 'Reconstituted expression, edited works and originality in copyright law (2023) 45 [2] European Intellectual Property Review 72.
- Madiaga T, 'EU Legislation in Progress, Artificial Intelligence Act-EPRS, European Parliamentary Research (June 2023) <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS\\_BRI\(2021\)698792\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698792/EPRS_BRI(2021)698792_EN.pdf)> s.e.t. 3 Kasım 2023.
- Merges R P and Menell P S and Lemley, M. A, *Intellectual Property in the New Technological Age* (6th edn, Wolters Kluwer New York 2012) 440.
- Meydancı B, *Yapay Zekâ ve Ürünlerinin Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması* (Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2023) 131.
- Nguyen H, 'A Creative Machine's Rocky Road: Towards Artificial Intelligence Authorship' (2021) Tilburg Institute for Law, Technology and Society 16.

- Rosati E, 'The Monkey Selfie Case and the Concept of Authorship: an EU Perspective' (2017) 12 [12] Oxford University Journal of Intellectual Property Law & Practice 973.
- 'Copyright at the CJEU: Back to the start of copyright protection' (2023) Developments and Directions in Intellectual Property Law 20 Years of the IP Kat 4.
- Salehi P and Chalechale A and Taghizadeh M, 'Generative Adversarial Networks (GANs): An Overview of Theoretical Model, Evaluation Metrics, and Recent Developments' (2005) Image Processing Research Lab, Department of Computer Engineering & Information Technology 3 <<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2005/2005.13178.pdf>> s.e.t. 02 Eylül 2023.
- Sarı O, 'Yapay Zekânın Türk Fikri Mülkiyet Hukukuna Göre Korunması'(Ocak 2020) İzmir Barosu Dergisi 59.
- Stamataoudi I and Torremans P, *EU Copyright Law a Commentary* (Edward Elgar Publishing 2014).
- Suluk C ve Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (3. bs Seçkin Yayıncılık Ankara 2019).
- Svedman M, 'Artificial Creativity: A Case Against Copyright for AI-Created Visual Artwork' (2020) 9 [4] IP Theory Journal 15 <<https://www.repository.law.indiana.edu/ipt/vol9/iss1/4/>> s.e.t. 1 Aralık 2023.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2012) 105.
- VerSteege R, 'Rethinking Originality' (1993) 34 [3] William & Mary Law Review 801 <<https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol34/iss3/8>> s.e.t. 25 Kasım 2023.
- Wilson S V and Strong M, 'U.S. Copyright Office, Library of Congress. Artificial Intelligence and Copyright Federal Register 59942-59949' (2023) <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2023-08-30/pdf/2023-18624.pdf>> s.e.t. 8 Aralık 2023.
- Yanisky-Ravid S and Velez-Hernandez, L. A, 'Copyrightability of Artworks Produced by Creative Robots and Originality: The Formality-Objective Model' (2018) 19 [1] Minnesota Journal of Law, Science & Technology 26 <<https://scholarship.law.umn.edu/mjlst/vol19/iss1/1/>> s.e.t. 15 Kasım 2023.
- Yavuz L ve Alica T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (1. bs Seçkin Yayıncılık Ankara Cilt1 2013).
- Yeşilyurt E, 'Yaratıcılık ve Yaratıcı Düşünme' (2020) 15 [25] OPUS-Uluslararası Toplum Araştırmaları Dergisi 3874.
- Zirpoli C T, 'Generative Artificial Intelligence and Copyright Law'(University of Nebraska - Lincoln, United States Congressional Research Service 2023) 1 <<https://digitalcommons.unl.edu/scholcom/243>> s.e.t. 21 Kasım 2023.
- Zorluel M, 'Yapay Zekâ ve Telif Hakkı'(2019) 142 TBB Dergisi 305.



**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*



# SERMAYE PİYASASI KANUNU UYARINCA ÇIKARMA HAKKININ MÜLKİYET HAKKINI İHLALİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

## THE EVALUATION OF THE RIGHT TO SQUEEZE-OUT ACCORDING TO THE CAPITAL MARKETS LAW IN TERMS OF VIOLATION OF RIGHT TO PROPERTY

Dr. Öğr. Üyesi Firdevs ARSLAN<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Ortaklıktan çıkarma hakkının yer aldığı mevzuatların ait olduğu ülkelerin birçoğunda, azınlık pay sahiplerinin hâkim ortak tarafından ortaklıktan çıkarılması, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) aykırılık tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların ortak noktası ise anayasal bir hak olan mülkiyet hakkıdır. Nitekim hâkim ortak tarafından şirketten çıkarılan azınlık pay sahiplerinin ortaklık payları üzerindeki mülkiyet haklarına iradeleri dışında son verilmektedir. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının hak ihlali sayılmadan sınırlandırılabilmesi ve hakka müdahale edilebilmesi bazı sınırlamalara tabidir. Azınlık pay sahiplerinin sahip oldukları ortaklık paylarının satın alınarak ortaklıktan çıkarılmalarına olanak veren düzenlemelerin ihlal niteliğinde sayılmaması için Anayasa ve AİHS'de yer alan koşulların birlikte değerlendirilmesi gereklidir.

### Anahtar Kelimeler

Çıkarma Hakkı, Mülkiyet Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kamu Yararı, Ölçülülük.

### Abstract

In most of the countries where the right of squeeze-out is included in the legislation, the squeeze-out of minority shareholders by the controlling shareholder has led to debates on its incompatibility with the Constitution and the European Convention on Human Rights (ECHR). The common point of these debates is the constitutional right to property. As a matter of fact, the ownership rights of minority shareholders who are squeezed out of the company by the controlling shareholder are terminated against their consent. The right to property, which is guaranteed under Article 35 of the Constitution, is subject to certain limitations in order to limit and interfere with the right without violating it. In order for the regulations that allow minority shareholders to be squeezed out of the shareholding by purchasing their shares to be considered as a violation, the conditions in the Constitution and the ECHR must be evaluated together.

### Keywords

Squeeze out Right, Property Right, European Convention on Human Rights, Public Interest, Proportionality.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 10.01.2024 / Kabul Tarihi: 07.05.2024).

Bu makale, yazarın "Pay Alım Teklifine Dayalı Çıkarma ve Satma Hakkı" isimli Doktora Tezi'nden türetilmiştir.

<sup>(\*\*)</sup> Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Sivas - Türkiye, (E-posta: fsavas@cumhuriyet.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3915-8062).

*Atıf/Citation:* Arslan, Firdevs (2024), "Sermaye Piyasası Kanunu Uyarınca Çıkarma Hakkının Mülkiyet Hakkını İhlali Bakımından Değerlendirilmesi", TFM, C: 10, S: 1, s. 25-42.

## I. GİRİŞ

Sermaye ortaklıklarından olan anonim ortaklıklarda pay devri serbestliği ilkesinin istisnalarından biri, hâkim ortağın azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkıdır. Ortaklıklar ve sermaye piyasası hukuku bakımından yeni bir bakış açısı getiren ve 20. yüzyılda İngiliz hukukunda doğan bu hak, 21. yüzyılda AB müktesabatına uyum anlayışı doğrultusunda zamanla doğan ihtiyaçlara bağlı olarak ülke mevzuatlarında da kendine yer bulmuştur.

Anonim ortaklıkların yaygın bir kitle ile ilişkisi dolayısıyla birden çok süjenin ortaklık ilişkisinde rolü ortaya çıkmış ve dolayısıyla menfaatlerinin çatışması söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda, hedef ortaklık üzerinde hâkimiyet kurmaya çalışan pay sahipleri ile bunun dışındaki pay sahipleri arasında yaşanan menfaat ihtilaflarına son verme amacı dolayısıyla, TTK m.208'de hâkim ortağın satın alma hakkı düzenlenmiştir.

Sermaye piyasası hukukunda ise çıkarma ve satma hakkı 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m.27 hükmüyle genel bir çerçeveye kavuşmuş ve Tebliğler ile konuya ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Düzenlemeler oy hakkı veren payların nitelikli çoğunluğunu iktisap eden hâkim ortağın, tam hâkimiyeti elde ederek ortaklık yapısını azınlık pay sahiplerinin engeli ile karşılaşmadan şekillendirmesine ve ortaklığın halka açıklık statüsünü sonlandırarak borsa kotundan çıkmasına olanak sağlamıştır. Bunun yanı sıra azınlık pay sahiplerine tanınan satma hakkı ile bir zarara uğramadan ortaklıktan çıkma imkânı verilmiştir. Böylece çoğunluk-azınlık pay sahipleri arasında menfaat dengesi kurularak ortaklık işleyişinin devamı gözetilmiştir.

## II. SERMAYE PİYASASI KANUNU UYARINCA ORTAKLIKTAN ÇIKARMA HAKKI

### A. TANIM

Çıkarma kavramı genel olarak ortağın bulunduğu ortaklık ile olan ilişkisinin kendi rızası dışında sona erdirilmesi ve ortaklık sıfatının rızası olmadan tek taraflı olarak elinden alınması şeklinde tanımlanmaktadır<sup>1</sup>. Çıkarma kavramının ayırt edici un-

surlarının belirlenmesi bakımından çeşitli tasnifler ortaya atılmıştır. Bu doğrultuda dar anlamda-geniş anlamda çıkarma ve doğrudan -dolaylı çıkarma yapılan tasniflerden birkaçıdır<sup>2</sup>.

Dar anlamda çıkarma hakkı, Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) m.27'de açıkça "çıkarma hakkı" ismiyle düzenlenen ve yalnızca düzenlemedeki şartların gerçekleşmesiyle ortaya çıkan hakkı ifade etmektedir. Geniş anlamda çıkarma hakkı ise, çatı kavram olarak kullanılmakta ve pay sahipliğinin pay sahibinin iradesi olmaksızın, sözleşme veya hukukun genel ilkeleri çerçevesinde sona erdirildiği her durumu kapsamaktadır<sup>3</sup>. Bir ortağın ortaklıktan çıkarılması bir kanun veya sözleşme hükmüne dayanıyorsa doğrudan çıkarma söz konusu olacaktır. Nitekim Türk Ticaret Kanunu (TTK)'nda çıkarma kavramının doğrudan kullanıldığı birden çok düzenleme bulunmaktadır. Şöyle ki; TTK m.141 doğrultusunda birleşen ortaklıklarda ayrılma akçesini öngören çıkarma hakkı, TTK m.531 haklı sebeple fesih davası sonucu ortaklıktan çıkarılma, TTK m.208 hâkim ortaklığın oy haklarında belirlenen eşiği aşması halinde ve haklı sebeple azınlığın paylarını satın alma hakkı ve azınlığı ortaklıktan çıkarma hakkı, TTK'da yer alan doğrudan çıkarma araçları olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>4</sup>.

Dolaylı çıkarmada ise amaç ortağın ortaklıktan çıkarılmasını sağlamak olmayıp; bazı kurumlar aracılığıyla ortakların ortaklıktan çıkarılmasını sağlamaktır. Nitekim bazı durumlarda nitelikli oy çoğunluğunu elde eden ortaklar, bir hukuki müesseseyi başka bir ortağı ortaklıktan çıkarmak amacıyla kullanır. Bu doğrultuda ortaklık varlıklarının toptan satışı ile fesih ve tasfiye durumunda, hâkim pay sahibi söz konusu müesseseler aracılığıyla bazı pay

Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015) 53; Serdar Karababa, Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 140; Çağlar Manavgat 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar' (2015) 1(2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 93, 93.

<sup>2</sup> Çıkarma kavramı hakkına yapılan diğer tasnif ve yaklaşımlar için bkz. Harun Keskin, Hâkim Pay Sahibinin Azınlığı Şirketten Çıkarma Hakkı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022) 12-13.

<sup>3</sup> Seda Palanduz, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklıktan Çıkarma Hakkı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019)14; Keskin (n 2) 22.

<sup>4</sup> Aytekin Çelik, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma (4. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016) 84.

<sup>1</sup> Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4. Baskı, Vedat Yayıncılık 2015) 290; Salih Önder Yeşiltepe, Halka Açık

sahiplerini ortaklıktan çıkarmak yönünde saklı bir amaca sahip olabilmektedir<sup>5</sup>.

Çıkarma hakkı terminolojik olarak sadece SerPK m.27'de düzenlenmiştir. Buna göre “*pay alım teklifi veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere başka bir şekilde sahip olunan payların halka açık ortaklığın oy haklarının Kurulca belirlenen orana veya daha fazlasına ulaşması durumunda, paya sahip olan bu hâkim ortakların azınlıkta kalan pay sahiplerini, onların iradesine bakmaksızın ortaklıktan çıkarma hakkı*” olarak tanımlanır. Çıkarma kurumu ve çıkarma benzeri diğer kurumları ifade etmek üzere yabancı literatürde sıklıkla squeeze-out kavramının kullanıldığı görülmektedir. Kavram çok farklı hukuk sistemlerinde kullanıldığından birçok farklı tanımı bulunmaktadır<sup>6</sup>. Genel olarak hâkimiyet eşliğine ulaşılmasını takiben başka bir sebep göstermeye gerek olmaksızın tanınan azınlığı çıkarma hakkı olarak ifade edilmektedir<sup>7</sup>. Bu doğrultuda SerPK m.27'de düzenlenen çıkma hakkı squeeze-out ile örtüşmektedir. Ancak TTK m.208'de düzenlenen satın alma hakkının da hüküm gerekçesi ifadesinden, squeeze-out'u karşıladığı anlaşılmaktadır. Ancak doktrinde squeeze-out kavramının karşılığının çıkarma hakkı olduğu ve TTK m.208'de düzenlenen satın alma hakkının bu niteliğe sahip olmadığı görüşü bulunmaktadır<sup>8</sup>.

Çıkarma hakkına dair yapılan tanımlardan varılan sonuca göre, ülkelerin kendi düzenlemeleri uyarınca belirlenen hâkimiyet eşliğine ulaşan ortakların, azınlık pay sahiplerini<sup>9</sup> belli koşullarla paylarını kendilerine devretmeye zorlamanın çıkarma hakkı olduğu söylenebilir<sup>10</sup>. Şöyle ki çeşitli işlem-

ler sonrası, sermaye bakımından paylarının küçük oranlara düşmesi sebebiyle azınlık pay sahiplerinin genel kurulda etkinliğinin kalkması ve ortaklığın ve kendi geleceği açısından alınacak önemli kararlarda söz hakkı sahibi olması mümkün değildir. Bu doğrultuda azınlık pay sahiplerinin varlığı genel kurulun düzenlenmesi, pay sahiplerinin genel kurul için toplantıya çağırılması, bilgi alma hakkı, dava açma hakkı vb. konularda çeşitli masraflara ve ortaklığın geleceği ile ilgili kararlara engel olma gibi risklere sebep olabilecektir<sup>11</sup>. Tüm bu nedenlerden dolayı hâkim ortak, azınlık haklarının kullanılması gibi bir tehditle ve genel kurul toplantıları dolayısıyla azınlık pay sahipleri yönünden ortaya çıkan masraflarla yüzleşmeden ortaklıkla ilgili önemli değişiklikleri tek başına yapabilecektir<sup>12</sup>.

Halka açık anonim ortaklıklarda çıkarma hakkı, birçok ülke hukuku ile AB hukukunda uzun bir süredir düzenleme alanı bulmakla birlikte; Türk hukukunda SerPK 27. maddesi ile ilk kez düzenlenmiştir. SerPK m.27 hükmüne kaynaklık eden AB Direktifi ve diğer üye ülkelerin çoğunluğunda, ortaklıktan çıkarma hakkı, pay alım teklifinin uzantısı olarak düzenlenmiştir. Bu doğrultuda, pay alım teklifi sonrasında belirli pay oranına ulaşan hâkim ortakların şirketin yapısını değiştirme, halka kapalı hale getirme ve teklif sonrasında ortaya çıkan azınlık

for the USA; Preliminary Version Prepared for the UC Berkeley Law and Economic Seminar, 2004, <<https://escholarship.org/uc/item/5fq6978b>> s.e.t. 12 Kasım 2023; Christoph Van Der Elst and Lientje Van Den Steen, 'Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze-Out and Sell Outs Rights', European Company and Financial Law Review, 2009, <[hein.journals/ecomflr6&id=415&men\\_tab=Srcresults](https://hein.journals/ecomflr6&id=415&men_tab=Srcresults)> s.e.t. 11 Kasım 2023. Ventrizzo ise, çıkarma hakkı hâkim pay sahiplerinin azınlığı, yönetici olarak çalışan hâkim pay sahibine yüksek kazanç sağlamasını ve azınlık pay sahiplerine kâr dağıtmasına engel olmak gibi fiili ve sıkıntılı durumlar yaratarak onları zor durumda bırakmak ve paylarını devretmeye mecbur bırakmak için kullanılan bir aracı yöntem olduğunu savunmaktadır. Marco Ventrizzo, 'Freeze Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals', Virginia Journal of International Law 2009, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1505485](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505485)> s.e.t. 10 Kasım 2023.

<sup>11</sup> Tamar Kvintradze, 'Minority Shareholder Protection in Georgia and Germany', Central European University 2009, <[www.etd.ceu.hu/2009/kvintradz-tamar.pdf](http://www.etd.ceu.hu/2009/kvintradz-tamar.pdf)> s.e.t. 13 Kasım 2023.

<sup>12</sup> Silvia Elsland and Martin Weber, 'Squeeze-outs in Germany: Determinants of the Announcement Effects', Department of Banking and Finance, 2005 <<http://www.fbv.kit.edu/symposium/10th/papers/Elsland>> s.e.t. 11 Kasım 2023.

<sup>5</sup> Keskin (n 2) 42.

<sup>6</sup> Kıta Avrupası hukukunda squeeze-out, kanunda belirtilen sermaye ve oy çoğunluğuna sahip olan hâkim pay sahibinin belirli şartlar altında kullandığı ve pay sahibinin şirketle olan ilişkisinin sona ermesine yola açan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Keskin (n 2) 107.

<sup>7</sup> Palanduz (n 3) 15.

<sup>8</sup> Karababa (n 1) 50.

<sup>9</sup> Azlık/azınlık kavramının tanımı TTK m.411'de yapılmış olup; TTK m.360, 399, 411, 420, 439, 486, 531, 559 hükümlerinde de azınlık pay sahiplerine tanınan çeşitli haklardan bahsedilmiştir. TTK m.411'e göre, sermayenin en az onda birini halka açık ortaklıklarda sermayenin yirmide birini oluşturan pay sahipleri, azınlık pay sahipleri olarak ifade edilmektedir.

<sup>10</sup> Hertig Gerard and McCahery Joseph, 'Rewamping the EU Corporate and Takeover Law Agenda and Making It a Model

pay sahipleri ve çoğunluk arasında meydana gelen menfaat çatışmalarına son vermek amacıyla ortaklıktan çıkarma hakkını kullanabilecekleri belirtilmektedir. Akabinde ise ortaklıktan çıkarma hakkı ve eş zamanlı olarak ortaya çıkan satma hakkı ile pay alım teklifini kabul etmeyen ve azınlıkta kalan pay sahiplerine eşit koşullarla ortaklıktan çıkma konusunda ikinci bir tercih imkânı verilmiştir.

Türk hukukunda, ortaklıktan çıkarma hakkının doğması ise sadece pay alım teklifi ile sınırlandırılmamış, pay alım teklifinin ardından eşiğe ulaşılması durumunda da çıkarma hakkının doğacağı vurgulanmıştır. Nitekim SerPK m.27 hükmü gereği, “*pay alım teklifi sonucunda veya birlikte hareket etmek de dâhil olmak üzere başka bir şekilde sahip olunan payların halka açık ortaklığın paya bağlı oy haklarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecek orana veya daha fazlasına ulaşması halinde hâkim ortaklık oluşmakta ve azınlıkta kalan pay sahiplerini ortaklıktan çıkarma hakkı*” doğacaktır.

## B. ÇIKARMA HAKKININ ÖNGÖRÜLMESİNE ESAS TEŞKİL EDEN ETMENLER

Çıkarma ve satın alma hakkının temelinde yatan birçok ekonomik ve hukuki gerekçe bulunmaktadır. Bu gerekçeler temelde SerPK m.27 hükmünün düzenleme amacını oluşturmaktadır. O halde düzenlemenin temelinde ortaklığa ilişkin olarak, halka açık anonim ortaklık statüsünün gerektiği külfetlerden kurtulmak; azınlık pay sahiplerine ilişkin olarak ise onların sahip olduğu haklar sebebiyle, ortaklığa zarar veren menfaat çatışmalarından ve ekonomik gelişim ve rekabeti engelleyen olumsuz etkilerinden kurtulmak bulunmaktadır<sup>13</sup>.

Anonim ortaklıklar hukukundaki temel ilkelerden olan çoğunluk ilkesi gereği; kararlar genel kurulda sermaye payının çoğunluğu, yönetim kurulunda ise üye sayısının çoğunluğu tarafından alınmaktadır. O halde şirketin idaresi pay çoğunluğunu elinde bulunduran kesim tarafından gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle çoğunluk ve azınlık pay sahipleri arasındaki hak ve çıkarlar dengesinin kurulması sorunu, genel olarak çoğunluk pay sahipleri karşısında azınlık pay sahiplerinin güvence altına alınması olarak algılanmış ve gücünü sakınarak kul-

lanan çoğunluk anlayışı benimsenmiştir<sup>14</sup>. Bununla birlikte azınlık pay sahiplerine kanunla ve esas sözleşmeyle kendilerine tanınan hakları özellikle pay sahipliğinden doğan oy ve karar alma haklarını kötüye kullanarak çoğunluk pay sahiplerinin ortaklıkla ilgili vereceği kararlara engel olmaları mümkün hale gelmiştir. Azınlığı koruma maksadıyla Kanunla tanınan denetçinin azli ve yeni denetçi atanması talebi, bilanço müzakerelerini erteletme, gündeme madde eklenmesi talebi, genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma, sulh ve ibraya engel olma gibi hakların dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde azınlık tarafından sınırı aşarak kullanıldığı zaman ortaklık açısından finansal yükler doğabileceği gibi, ortaklığın işleyişi de kilitlenip sekteye uğrayabilmektedir<sup>15</sup>.

Azınlık paylarının varlığı genel kurul toplantılarına davet işleyişini uzatarak şirket maliyetlerini de artırmaktadır. Bu maliyetler genel olarak genel kurulda ortaklar için olan faaliyet raporlarının basımına, toplantı davetine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır<sup>16</sup>. Yine çok sayıda küçük ortağın bulunduğu genel kurul toplantılarının yürütülmesi sırasında da çeşitli zorluklar ortaya çıkmaktadır.

Bunun yanı sıra, her bir azınlık ortağın “münferit şirket ortağı” olması sebebiyle haklarını kullanmaları halinde, şirket açısından başka bir takım zorluklara sebep olabilmektedir. Bunlardan en önemlisi, toplantı ve karar sürecinde yeter sayıları bakımından nitelikli ya da ağırlaştırılmış yeter sayılarının gerektiği durumlarda, azınlık pay sahiplerinin yeter sayıya ulaşılmasını toplantıya katılmamak suretiyle toplantı nisabının oluşmasını veya olumsuz oy kullanmak ya da çekimser kalmak suretiyle kararın doğumunu

<sup>14</sup> Söz konusu anlayış uyarınca, bir genel kurul kararının yöneldiği amaç ortaklık menfaati gereği olmakla birlikte, azınlık pay sahiplerinin haklarını ihlal eder nitelikte ise; amaca çoğunluğa zarar vermeden, azınlığa daha az zarar verecek şekilde farklı yollardan ulaşılması gereklidir. Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. Ortaklıklar Hukuku I (Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2017) 693. Nitekim söz konusu anlayış temel alınarak, azınlık pay sahiplerine tanınan hakların güçlendirilmesi yoluna gidilmiştir. Erdoğan Moroğlu ‘Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Pay Sahiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması’ (1994) 16 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 47, 47; Palanduz (n 3) 34.

<sup>15</sup> Ayşegül Aslan, ‘Hâkim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı’, Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü, 2005, 3; Karababa (n 1) 71; Palanduz (n 3) 35.

<sup>16</sup> Palanduz (n 3) 35; Aslan (n 12) 4.

<sup>13</sup> Karababa (n 1) 67; Palanduz (n 3) 31.

engelleyerek ortaklık için önemli birtakım kararları almasını imkansız kılabilir<sup>17</sup>.

6102 sayılı TTK'da ise ortaya çıkan menfaat çatışmalarına yönelik birden fazla düzenleme bulunmaktadır. Ancak SerPK m.27'de yer alan düzenleme, çıkarma hakkı ile birlikte azınlığa yüklenen belirli şartlara gerek olmadan, hem çoğunluk hem ortaklığı sırf azınlığın mevcudiyetinden dahi oluşabilecek sınırlardan koruma imkânı vermektedir<sup>18</sup>.

### **C. ÇIKARMA HAKKININ ÖZEL HUKUK VE KAMU HUKUKU MÜESSESELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ**

#### **1. Özel Hukuk Bağlamında Değerlendirme**

Çıkarma hakkının özel hukuk bakımından değerlendirilmesi gereken temel husus, sözleşme özgürlüğüdür. Nitekim sözleşme özgürlüğüne getirilen istisnalardan biri çıkarma hakkıdır. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve içeriğinin belirlenmesi bakımından kişilerin irade serbestisini ifade etmektedir<sup>19</sup>. Başka bir deyişle, kişi serbest iradesiyle sözleşme yapıp yapmama veya taraflarını belirleme özgürlüğüne sahip iken; sözleşme yapmaya karar verdiğinde ise bu sözleşmenin konusu ve koşullarını TBK m.26'da yer alan sınırlamaları aşmadan dilediği şekilde seçme özgürlüğüne sahiptir.

Sözleşme özgürlüğünün ortaklıklar hukukundaki görünümü ise pay devri serbestisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira ortaklıklar hukukunda da pay sahibinin iradesine aykırı olarak ortaklıkla olan ilişkisi kesilemez ve pay sahibi pay devri yapmaya zorlanamaz. Pay devrinin serbestliği ilkesi de anonim ortaklıklarda temel ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir<sup>20</sup>. Sözleşme özgürlüğü ilkesi ve pay devri serbestisi ilkesi mutlak olarak sınırsız ilkelere değildir. Hukuk düzeninde var olan geniş çaplı

menfaat gruplarının var olması sebebiyle, bunlar arasındaki çıkar dengelerinin sağlanabilmesi ve korunabilmesi adına sınırlamalar getirilmiştir. Borçlar hukukunda sözleşme yapma özgürlüğü kural olmakla birlikte, bazı istisnalar da bulunmaktadır. Sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasını, sözleşme yapma mecburiyeti oluşturmaktadır. Sözleşme yapma mecburiyeti, piyasa ekonomisinin hâkim olduğu hukuk sistemlerinde bu yapıdan doğabilecek sakıncaları düzeltmek amacıyla öngörülmüştür<sup>21</sup>. Bu anlamda sözleşme yapma mecburiyetinin hukuki sebebi ya önsözleşme gibi bir işlem ya da bir kanun hükmü olabilmektedir. SerPK m.27'de öngörülen çıkarma ve satma hakları ise, azınlık pay sahiplerine kanun hükmü ile getirilen bir sözleşme yapma mecburiyetidir. Açık bir anlatımla, hâkim pay sahibin çıkarma hakkını kullanması sonucunda azınlık pay sahipleri paylarını devretme konusunda bir mecburiyete tabi tutulmaktadır.

Pay devri serbestisi ilkesinin sınırlamaları ise birçok kanunda düzenleme bulunmaktadır. Her şeyden önce TTK'da muhtelif maddelerde getirilen yasal sınırlamalar ve yasaklar bulunmaktadır. TTK m.491 kanuni bağlam hükümleri, TTK m.352 pay taahhüdü devrinin hükümsüzlüğü, TTK m.486 anonim ortaklığın ve sermaye artırımının tescilinden önce basılan pay senetlerinin geçersizliği, TTK m.379 anonim ortaklığın paylarını satın alma yasağı, TTK m.388 anonim ortaklığın kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesi yasağı, TTK m.940 payın devri sınırlaması hükümleri söz konusu düzenlemelerden bazılarıdır.

Pay devri serbestliğine getirilen en önemli sınırlamalardan biri ise çıkarma ve satın alma hakkıdır. SerPK m.27 ve benzer hüküm olan TTK m.208 hükümleri ile belirlenen şartlar gerçekleştirdikten sonra kanundan kaynaklanan zor alım hakkı ile hâkim ortak ve azınlık pay sahibi arasında kurulan hukuki ilişki sonucu, azınlık pay sahipleri elinde bulunan paylar tek tarafın iradesi ile gerçekleşmektedir. Ancak bahsi geçen bu kurumlar ortaklıklar hukuku ve sermaye piyasası hukukunun temel sistemine aykırı kurumlardır. Ortaklıklar hukukunda yer alan önemli ilkelerden sermayenin karşılığı ve ortaklığın mal-

<sup>17</sup> Karababa (n 1) 74; Aslan (n 12) 4; Moroğlu (n 11) 49.

<sup>18</sup> Palanduz (n 3) 37; Çelik (n 4) 87.

<sup>19</sup> Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2015)79; Murat Doğan ve Gökhan Şahan ve İsmail Atamulu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019) 101.

<sup>20</sup> Payların devredilebilir olması, hamiline pay senetlerinin engelsiz ve onaysız devredileceği, senede bağlanmamış paylar ile nama yazılı payların ise devrinin istisnaen sınırlandırılacağı ve istisnaların kanunda emredici şekilde belirlendiği anlamına gelmektedir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (n 14) 626.

<sup>21</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Baskı, Yetkin Yayınları 2020) 341.

varlığının korunması, ölçülülük, payların serbestçe devredilebilirliği, sözleşme özgürlüğü ve dürüstlük kuralı gibi esaslar, çıkma ve çıkarılma kurumlarının tanınmasına engel durumlardır. Anılan kurumlar sermaye piyasası hukuku ve ilkeleriyle de çelişmektedir. Zira sermaye piyasasında yatırımcı kimliği ile pay sahibi olmayı seçen kimselerin azınlık pay sahibi de olsa, yatırım aracı olan payı üzerindeki tasarruf hakkının zor alım şeklinde gerçekleşen bir çıkarma ve satma hakkı ile kısıtlanması, sermaye piyasasının mantığıyla uyumsuzdur.

Netice olarak çıkarma ve satma hakkı ortaklıklar hukuku ve sermaye piyasası hukukunun temel prensiplerine aykırı olarak değerlendirilse de; bu kurumlar sözleşme özgürlüğü ve dolayısıyla payın devredilebilirliği ilkesine istisna olarak kabul edilmektedir<sup>22</sup>. Bu hakların ortaklıklar hukuku ve sermaye piyasası hukukunda kabul görmesinin tek gerekçesi istisnai hükümlere ihtiyaç olduğu değildir. Zira çıkarma ve satma hakkının düzenlemesindeki gerekçeler olarak; anonim ortaklıkların ekonomik hayat gereksinimlerine ayak uydurmak zorunda olması ve daha iyi uyum sağlayabilmesi için yaşayan bir organizma olarak adlandırılan bu ortaklıkların zamanın değişen ve gelişen şartları doğrultusunda farklılaşması belirtilmektedir<sup>23</sup>.

## 2. Kamu Hukuku Bağlamında Değerlendirme

Çıkarma hakkının kamu hukuku ilkeleri bakımından değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken ilkelerin başında ise mülkiyet hakkı gelmektedir. Nitekim çıkarma hakkı, anayasa ile korunan ve pay sahipliğinin temelini oluşturan mülkiyet hakkına ihlal oluşturmakta ve pay sahibine ait olan payların kendisinden iradesi dışı alınmasına sebep olmaktadır. Bu bakımdan, çalışmamızın esas konusunu oluşturan çıkarma hakkının mülkiyet hakkının ihlali kapsamında ayrıntılı şekilde incelenmesi gereklidir.

## III. ÇIKARMA HAKKININ MÜLKİYET HAKKI KARŞISINDAKİ DURUMU

### A. GENEL OLARAK

Diğer bütün hakların kendisinden türediği kabul edilen ve dolayısıyla bütün hakların anası olarak nitelendirilen mülkiyet hakkı, eski çağlarda kabul edilen ve kişinin mutlak egemenliğine dair bir hak olarak ortaya çıkmıştır<sup>24</sup>. Nitekim bu hak, eski çağlardan günümüze kadar kutsal, doğal bir hak olarak süregelen ve malikle eşya arasındaki bu hakkın hiçbir sınırlamaya söz konusu olmayacağı kabul edilmiştir<sup>25</sup>.

Mülkiyet hakkı, insanın temel ve doğal bir hakkıdır. Bu anlamda mülkiyet, devletten evvel ortaya çıkan ve insan hakları beyannameleri, anayasalar gibi temel metinlerde yer alan ve kişinin mutlak egemenliğine dayanan bir hak olarak ortaya çıkmıştır<sup>26</sup>. Fakat toplumsal gelişim ve değişimlere bağlı olarak bu hak, anlamını değiştirmeye başlamış ve toplum yararı temel alınarak sınırlamalar getirilmeye başlanmıştır<sup>27</sup>.

Mülkiyet hakkı devlet tarafından anayasa ve kanunlarla korunup desteklenen ve dolayısıyla herkese karşı ileri sürülebilecek bir hak şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hak, nitelik olarak bir aynı haktır. Aynı hakların, sahiplerine eşyalar üzerinde herkese karşı ileri sürülebilecek yetkiler veren haklar olması sebebiyle, mülkiyet hakkı da eşya üzerinde sahibine kullanma, yararlanma ve tasarruf etme yetkisi sağlamaktadır.

Ortaklıktan çıkarma hakkı düzenlemesi, azınlık pay sahiplerinin hâkim ortak tarafından paylarının elinden alınıp şirketten çıkarılması anlamına geldiğinden anayasal bir hak olan mülkiyet hakkı ihlali tartış-

<sup>22</sup> İlhan Dinç, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2006) 238.

<sup>23</sup> Oğuz İmregün, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri (1. Baskı, İsmail Akgün Yayıncılık 1962) 106.

<sup>24</sup> Şeref Ertaş, 'Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu', Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum (Ankara Üniversitesi Yayınları 2006) 135.

<sup>25</sup> Esin Örcü, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması (1. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976) 8-9.

<sup>26</sup> Sezer Çabri 'Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması' (2011) 15 (1-2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77, 78; Şeref Ünal, 'Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması', (1994) 11(19) Anayasa Yargısı Dergisi 39, 39; Yeşiltepe (n 1) 42.

<sup>27</sup> Güney Dinç, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı', (2004) 51, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 133, 134.



ma ve değerlendirmelerini de beraberinde getirmiştir. Nitekim pay sahibinin elinden paylarının alınıp ortaklıktan çıkarılması, mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Bu müdahale ülkelerin iç hukukunda birçok davaya konu olmakla birlikte, Türk hukukunda yeni sayılabilecek bir kurum olması sebebiyle açılmış bir davaya rastlanmamıştır. O halde öncelikle anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının 1982 tarihli Anayasa'nın ilgili maddelerinden yola çıkılarak müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı incelenmelidir. Bununla birlikte uluslararası hukukta da incelenmesi yapılması gerektiğinden; AİHS'de yer alan mülkiyet hakkı düzenlemeleri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Alman ve Fransız Mahkemelerinde verilen karar örnekleri üzerinde durularak sonuca varmak uygun olacaktır.

## B. 1982 ANAYASASI BAKIMINDAN MÜLKİYET HAKKI VE SINIRLARI

Mülkiyet hakkına bağlı olarak ortaya çıkan yetkilerinin sahibi tarafından sınırsız olarak kullanılması ise mümkün değildir. Keza 1982 Anayasası'nda yer alan mülkiyet hakkı düzenlemesinde hakkın sınırlanabilir bir hak olduğu açıkça ifade edilmektedir.

1982 Anayasası'nın mülkiyet hakkına dair 35. maddesi gereği *“Herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu hak ancak kanunla ve kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”*

Görüldüğü üzere Anayasa'da mülkiyet hakkının nasıl sınırlanacağı düzenlenirken mülkiyet hakkının bir tanımı yapılmamıştır. Ancak madde gerekçesinde yapılan tanımlara bakıldığında; mülkiyet hakkı anayasa ile koruma altına alınmış, taşınır ve taşınmaz malları ve para ile değeri ölçülebilen malları kapsamına alan bir teminat niteliğindedir. Nitekim doktrinde Anayasa'da yer alan mülkiyet hakkının, bütün taşınır taşınmaz malların yanında maddi ve gayri maddi malları da kapsadığı belirtilmektedir. O halde söz konusu azınlık pay sahiplerinin ellerindeki fiziki pay senetlerinin de parasal bir değeri olması ve eşya olarak nitelendirilmesi sebebiyle, bunlar üzerinde de mülkiyet hakkı söz konusu olacaktır<sup>28</sup>.

Mülkiyet hakkının sınırlandırılması hususunda ise hüküm uyarınca sınırlama nedenleri gerçekleştiğinde hakkın sınırlandırılmasında bir sakınca olmadığı görülmektedir. Bu doğrultuda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına dair önemli düzenleme Anayasa 13. maddede bulunmaktadır. Madde uyarınca *“temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar ise Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* Anayasanın 13. maddesinde 2001 yılı değişikliği öncesi dokuz genel sınırlama sebebi mevcuttu ve mülkiyet hakkı, 35. madde ve de 13 madde ile sınırlanabiliyordu. 2001 yılında ise 13. maddede sayılan genel sınırlama sebeplerin tümü kaldırılmış ve hak ve özgürlüklerin yer aldıkları ilgili maddelerde sayılan nedenlerle sınırlandırılması konusunda, özel sınırlama sebeplerine tabi tutulmuştur. Böylelikle, mülkiyet hakkı sınırlandırılmasında da özel ve temel hüküm 35. madde olmuştur<sup>29</sup>.

1982 Anayasası 35. madde ve 13. madde mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının şartlarını düzenlemektedir. Nitekim 35. madde uyarınca mülkiyet, ancak kamu yararının mevcudiyeti halinde ve kanunla sınırlanabilecektir. O halde kanunda düzenlenmeyen bir sınırlama anayasaya aykırılık ortaya çıkaracaktır. 13. maddede yer alan ve mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında dikkate alınacak diğer hususlar ise sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması ve ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Nitekim mülkiyet hakkının kullanılmasını açıkça yasaklayan veya kullanılamaz hale getiren, güçleştiren kanuni düzenlemeler hakkın özüne dokunmuş olur. Bunun yanı sıra, sınırlamanın ölçülülük ilkesi kapsamında elverişli, zorunlu ve orantılı olması bakımından da şartları gereklidir.

Mülkiyet hakkının sınırlandırma amacı ve sınırlandırmada yer alması gerekli koşullar bakımından, 13 ve 35. maddeler ile mülkiyet hakkına dolaylı

<sup>28</sup> Dinç, Mülkiyet Hakkı (n 22) 134; Huriye Kubilay, 'Kaydileştirilmesine Gereken Pay Senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu', (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 805, 816.

<sup>29</sup> Mehmet Akif Eteği, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2009) 177; Tahsin Fendoğlu '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması (AY. m.13)', (2002)18 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 111, 135.

şekilde sınırlandırma getiren ve kamu yararı kapsamında olduğu değerlendirilen maddelerin uygulanması gerekmektedir<sup>30</sup>. Bu durumda ortaklıktan çıkarma hakkının azınlık pay sahiplerinin mülkiyet hakkının sınırları dâhilinde kalıp kalmadığını ve dolayısıyla bu hakka karşı bir ihlal oluşturup olmadığını belirlemek için ise Anayasanın 13 ve 35. maddelerinde yer alan sınırlama sebeplerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Çıkarma hakkı SerPK'nın 27. maddesi ile düzenleme bulduğundan; azınlık pay sahiplerinin mülkiyet hakkı bir kanun hükmüyle kısıtlandığı görülmektedir<sup>31</sup>. O halde kısıtlamanın kanun hükmüyle yapılması bakımından bir aykırılık bulunmamaktadır. Zira kanun dışında bir norm ile yapılan kısıtlamanın, diğer hususlar bakımından incelenmesine gerek olmadan aykırılık teşkil edeceği sabittir<sup>32</sup>.

Çıkarma hakkının öngörülmesi amacıyla kamu yararı bulunup bulunmadığı hususu da önemlidir. Zira kamu yararı amacı, bireyin temel haklarından olan mülkiyet hakkına baskın gelmekte ve buna dayalı olarak mülkiyet hakkına kısıtlanabilmektedir<sup>33</sup>. O halde bu sınırlamadan çıkarılması gereken sonuç, mülkiyet hakkının kamu yararı dışında başka bir amaçla sınırlanamayacağıdır. Bu anlamda, sınırlama kamunun yararına olmalı ve özel çıkarları tatmin etmek amacıyla yapılmamalıdır<sup>34</sup>. Kamu yararı kavramının Anayasada ve doktrinde üzerinde uzlaşmış bir tanımı bulunmamakla birlikte; kavramın geniş, öznel ve soyut olduğu söylenebilir<sup>35</sup>. Kavram durağan bir tanıma sahip olmayıp; toplumdan topluma değişkenlik göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi ise genellikle kamu yararına ilişkin bir tanım yapmadan, dava konusu kanun

normunun kamu yararına uygunluğunu belirlemektedir. Bununla birlikte, Mahkeme bir kararında kamu yararını "... toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkardan farklı ve onun üstünde ortak bir yararır." olarak tanımlanmıştır<sup>36</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu yararı ortaya çıkarılan hususların tespit edilmesi, kanun koyucunun yetki alanındadır. Ancak kanun koyucunun yetkisi anayasa hükümleri ile sınırlı olduğundan kanun koyucu anayasal ilkelere uygun şekilde düzenlemeler yapmak zorundadır<sup>37</sup>. Çıkarma hakkının öngörülme nedenleri arasında pay alım tekliflerinin cesaretlendirilip yöneticilerin ortaklığı daha verimli yönetmeleri yer almaktadır. Bununla birlikte ortaklıktaki menfaat çatışmalarının çoğunluk lehine giderilmesi de çıkarma hakkının öngörülme amaçlarından biridir. O halde çıkarma hakkı ile piyasanın verimliliği ve etkinliğinin artırılması ve dolayısıyla kamu yararının sağlanması öngörülmektedir.

Çıkarma hakkının mülkiyet hakkını sınırlandırmasını meşru kılması için hakkın özü kriteri de esas alınmalıdır. Hakkın özü kavramı, tanımlanamamakla birlikte her bir hak ve özgürlük için özel olarak tanımlanıp araştırılabilir. Hakkın özü bakımından temel ögenin, dokunulduğunda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak olan asli çekirdeği olduğu söylenebilir. O halde, hakkın çevresel unsurlarının bazı hallerde sınırlandırılması mümkün iken, çekirdeğine hiçbir şekilde dokunulamaz<sup>38</sup>. Hakkın özü kriteri "*kanunla*" sınırlamalarda söz konusudur. Sınırlama, direkt Anayasadan kaynaklandığında ise bu kriter güvence sağlamamaktadır<sup>39</sup>.

Bir hakkın kullanılmasını zorlaştıran veya hakkı kullanılması imkânsız hale getiren sınırlamalar, hakkın özüne dokunur. Bu anlamda sınırlamaların ilgili özgürlüğün kullanımını zorlaştırmaması, yok etmemesi gerekir. Aksi takdirde mülkiyet hakkının özünün, onarılmaz şekilde zedelenmesi söz konusu olacaktır. Anayasa ile koruma altına alınan mülkiyet hakkını sınırlandırmanın sınırı ise mülkiyet hakkının özünü oluşturmaktadır. O halde mülkiyet hakkı-

<sup>30</sup> Suat Şimşek, 'Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1983 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1', (2010) 9 (9) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 181, 198.

<sup>31</sup> Ali İhsan Karacan, Ortaklıktan Çıkarma-Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Bir İnceleme (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2015) 227.

<sup>32</sup> Fendoğlu (n 24) 126; Şimşek (n 25) 203.

<sup>33</sup> Karababa (n 1) 95; Report of the High Legal Group of Company Law Experts on Issues Related to Takeover Bids, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=315322](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=315322)> s.e.t. 5 Ocak 2023 (Winter Report).

<sup>34</sup> Şimşek (n 25) 200; Winter Report (n 28) 61.

<sup>35</sup> Yeşiltepe (n 1) 43.

<sup>36</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1999/46 K. 2000/25, 20.9.2000.

<sup>37</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1992/22 K. 1992/40, 17.6.1992.

<sup>38</sup> Şimşek (n 25) 212.

<sup>39</sup> Fendoğlu (n 24) 131.

na yapılan müdahalelerin hakkın özüne dokunması gereklidir<sup>40</sup>.

SerPK m.27 uyarınca azınlık pay sahiplerinin payları üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlandırmanın sınırı ise, payların karşılığında ödenmesi gereken bedeldir. Her ne kadar Anayasa m.13 ve m.35'te mülkiyet hakkına müdahalede bulunulduğunda malike tazminat ödenmesi halinde hakkın özü kriterinin korunacağına dair bir ifade olmasa da, Anayasa'nın 46. maddesi bu hususta dolaylı olarak dikkate alınabilir. Zira Anayasa Mahkemesi tarafından, özel mülkiyette bulunan taşınmazların kamu yararı gereği gerçek karşılıklarının peşin olarak ödenmesi halinde kamulaştırılabileceği yönünde birçok karar verilmektedir<sup>41</sup>.

SerPK m.27 doğrultusunda payların elinden alınmasının karşılığı olarak bedel ödenmesi halinde hakkın özüne dokunma yasağına aykırı bir durum ortaya çıkmamaktadır. Bu noktada SerPK m.27 ve II-27.3 sayılı Tebliğ gereği çıkarma ve satma hakkının kullanılması sonucu bedel öngörüldüğünden, hakkın özüne dokunma yasağının ihlal edilmediği söylenebilir. Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesinde hakkın doğması ve kullanılmasına ilişkin koşullar dikkate alınmalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre ölçülülük ilkesinin üç unsuru bulunmaktadır. Buna göre “*oranlılık; araç olan yasa ile hedeflenen amacın ölçülü olması; elverişlilik: araç olan yasanın hedeflenen amacı gerçekleştirmeye uygun olmasını; gereklilik ise araç olan yasanın sınırlama yapmasının gerekli-zorunlu olmasını*” ifade eder<sup>42</sup>. Çıkarma hakkının ölçülülük ilkesine ihlalinin değerlendirilmesi bakımından SerPK'da haklı bir sebep aranmadığından; kanunun lafzından yola çıkılmalıdır. Şöyle ki; ölçülülük kriterinin sağlanması için hakkın doğması bakımından hâkimiyet eşliğinin çok düşük belirlenmemesi ve azınlık pay sahiplerine paylarının alınması karşılığında adil bedelin ödenmesi gereklidir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Göktürk Osman Günhan ve Keşer Afra Hasoğlu, 'Çekirdeğe Doğru: Hakkın Özü Bağlamında Mülkiyet Hakkına İlişkin Güncel Bir Değerlendirme' (2023) 6 (10) TİHEK Akademik Dergisi 15, 37.

<sup>41</sup> “Yirmi yıllık hak düşürücü sürenin geçmesiyle taşınmaz malikin her türlü dava açma hakkının engellenmesi ve taşınmazın hiçbir karşılık ödenmeden idareye geçmesi, mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, hakkın özünü zedeleyen bir durumdur.” Anayasa Mahkemesi, E. 2002/112 K. 2003/33, 10.4.2003.

<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesi, E. 1988/50 K. 1989/27, 23.6.1989.

<sup>43</sup> Manavgat (n 1) 97; Palanduz (n 3) 50.

### C. AİHS BAKIMINDAN MÜLKİYET HAKKI VE SINIRLARI

Anayasanın 90. maddesi uyarınca; “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*”. Yine “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda ise milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı*” kabul edilmiştir. O halde mülkiyet hakkı ve sınırlamalarında AİHS'nin de dikkate alınması gereklidir. Zira Anayasada korunan temel hak ve özgürlüklerden bazıları AİHS ile AİHS'nin ek protokolleri kapsamında da korunmaktadır.

Türkiye'nin yer aldığı AİHS EK 1 No.lu Protokolünde<sup>44</sup> mülkiyet hakkı ve sınırları düzenlenmektedir. 1. maddeye göre; “*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.*” denilerek mülkiyet hakkının yalnızca kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği vurgulanmaktadır. Ancak burada mal ve mülk kavramlarının tanımına yer verilmemiştir. AİHM, bir tanım yapmamakla birlikte, mülkiyet hakkının içeriğini kapsamlı bir şekilde yorumlamıştır. Temelleri Roma Hukuku'na dayanan ve kalıplaşmış taşınır ve taşınmaz mülkiyete dair yapılan tanımların dışında, AİHM, ekonomik içeriği olan her konuyu mülkiyet hakkının içerisinde değerlendirmeye çalışmıştır<sup>45</sup>. Şöyle ki “*mal ve mülk*” kavramını iç hukuktan bağımsız olarak tanımlamış ve hakkın ayrıca hisseler, patentler, tahkim kararları, kira hakları gibi bütün maddi hakları kapsadığını da vurgulamıştır<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> AİHS EK 1 No.lu Protokolü, 6366, RG. T. 10.03.1954/8662.

<sup>45</sup> Dinç, Mülkiyet Hakkı (n 22) 134.

<sup>46</sup> Aida Grgic and Zvonimir Matag and Matija Longar and Ana Vilfan 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hak-

Protokol'ün 1. maddesinde mülkiyetten yoksun bırakılan mülk sahiplerine ödenmesi gereken tazminat hakkında bir ifade bulunmamasıyla birlikte AİHM, bu hususta m.41'de yer alan ve mülkiyet hakkına yapılacak müdahaleler için belirlenen adil tazmini, bu hususta da uygulanması gerektiğine karar vermektedir. AİHS'in 41. maddesi Uyarınca Yapılacak Tazminat Taleplerine Dair Yönerge'nin 2. maddesine göre, Mahkeme'nin tazminata hükmedebilmesi için, hakkaniyete uygun bulması gerekir. Hakkaniyet ilkesi uyarınca mahkeme, zararın değerinden daha az bedele hükmetmek ya da bir bedele hükmetmemek için sebepler bulabilmektedir<sup>47</sup>.

Bu hususta emsal teşkil edebilecek önemli davalardan biri "*Bramelid and Malmström v. Sweden*" davasıdır. Bu davada, Komisyon ortaklık hakkı veren hisse senetlerin ekonomik bir değeri olduğunu, pay sahiplerine mülkiyet hakkı verdiğini ve mülk olarak adlandırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>48</sup>. Davaya konu olayda, ortaklık paylarının yüzde doksandan fazlasını elinde bulunduran hâkim pay sahipleri, azınlıkta kalan pay sahiplerinin paylarını hakemlerce belirlenen bedel üzerinden devralmıştır. Azınlık pay sahipleri, paylarını piyasa değerinin altında satmak zorunda kaldıklarını iddia ederek dava açmışlardır. Komisyon ise öncelikle Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca pay senetlerinin mülk sayılıp sayılmayacağı yönünden inceleme yapmıştır. Bunun üzerine pay senetlerinin pay sahiplerine oy hakkı ve ortaklığı etkileyecek diğer hakları bahşettiğinden ve aynı zamanda şirket varlıkları üzerinde hak sağladığından bahisle ekonomik bir değeri bulunduğu ve mülk olarak adlandırılmasında bir sakınca olmadığına karar vermiştir. Bunun yanı sıra, davada şirket

yararına bir müdahale olduğundan ve pay sahiplerinin zararı tazmin edildiğinden, kişinin mülkünden keyfi ve haksız nedenlerle mahrum edilmediğini de esas alarak, bir eşitsizliğe rastlamamıştır<sup>49</sup>.

Çıkarma hakkı bakımından önem verilen ve yukarıda bahsedilen davayla aynı yönde karar verilen bir başka dava "*James v. The United Kingdom*" davasıdır<sup>50</sup>. Bu davada uzun süreli kira sözleşmesine dayanarak oturduğu evi satın alma hakkına sahip olan kiracılara, ev sahibi tarafından açıklan davada mahkeme birçok yönden incelemede bulunmuştur. Mülkün özel bir kişiden başka bir kişiye devredilmesinde kamu yararı olmayacağı iddiasını reddetmiştir. Ancak mülkün alınması halinde tazminat zorunluluğu kuralına uyulmadığından, devredilen mülk ile ödenen bedel arasında orantı bulunmadığı gerekçesiyle eşitlik ilkesine aykırılık olduğunu tespit etmiştir<sup>51</sup>.

"*Offerhause ve Offerhause v. Hollanda*" davası da bu noktada ele alınması gereken davalardan biridir. Davacıların pay sahibi olduğu şirketin bir başka şirketle birleşmesi neticesinde azınlık pay sahipleri haline gelen davacıların payları, kendi iç hukukları uyarınca çoğunluk pay sahiplerince, azınlık pay sahiplerinin iradesi hilafına devralınmıştır. Bu anlamda davacı pay sahipleri, paylarının ellerinden alınmasının karşılığı olarak, ödenen tazminatın EK 1 No.lu protokolü ihlal edecek şekilde yetersiz olduğunu düşünmektedirler. Mahkeme ise tazminatın serbest sermaye piyasası ("*open stock market*") dikkate alınarak belirlendiğine değinerek, EK 1 No.lu protokolünün ihlal edildiğine yönelik iddianın sağlam bir gerekçeye oturmadığına karar vermiştir<sup>52</sup>.

"*Case of James and Others v. The United Kingdom*" adlı davada mahkeme verdiği kararlarda kamu yararı kavramını geniş ve ayrıntılı olarak yorumlamıştır. Buna göre kamu yararı ancak diğer bir kişinin yararı olabilir. Zira bir özel mülkiyetin bir kişiden diğerine aktarılması ancak meşru sosyal politikaları gerçekleştirmek için yapılıyor ise kamu yararına olabilir<sup>53</sup>.

47- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap', Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Numara 10, Strasburg, (2007), Anayasa Mahkemesi, <<https://www.anayasa.gov.tr/media/3605/aihskapsaminda-mulkiyethakki.pdf>> s.e.t. 04 Ocak 2023.

47 Suat Şimşek "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mülkiyet Hakkıyla İlgili Davaları İnceleme Yöntemi: Üç Kural Analizi" (2013) 24 (88) Sayıştay Dergisi 27, 42.

48 Ursula Kriebaum and Christoph Schreuer, 'The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law', Research Gate, <[https://www.researchgate.net/publication/265107584\\_The\\_Concept\\_of\\_Property\\_in\\_Human\\_Rights\\_Law\\_and\\_International\\_Investment\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/265107584_The_Concept_of_Property_in_Human_Rights_Law_and_International_Investment_Law)> s.e.t. 20 Kasım 2023; Marija Bartl, 'Czech Regulation of Squeeze Out in Comparative Perspective', Central European University <[www.etd.ceu.edu](http://www.etd.ceu.edu)> s.e.t. 20 Kasım 2023.

49 Palanduz (n 3) 50; Kriebaum and Schreuer (n 43) 11.

50 Bartl (n 43) 50; Şimşek (n 42) 34.

51 Yeşiltepe (n 11) 48; Şimşek (n 42) 34.

52 Haydar Burak Gemalmaz, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı' (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (2008)180.

53 Karacan (n 26) 230.

Mahkemeye göre, toplumun büyük bir kısmı ve genel olarak toplum el atılan mülkü doğrudan kullanmasa ve ondan yararlanmasa bile bir mülkün alımı meşru sosyal, ekonomik ve diğer politikaların izlenmesini etkiliyorsa onun alımı “kamunun yararına” olabilir. Ancak bir kimseyi mülkiyetinden yoksun etmek için, bu işlemin sadece kamu yarına olması yeterli olmayıp, aynı zamanda kullanılan araçlar yani yol ve yöntemler ile gerçekleştirilmesi güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır.

Mahkeme, kamu yararı kavramının zorunlu olarak geniş bir kavram olduğunu belirterek demokratik bir toplumda politik, ekonomik ve sosyal konularda düşüncelerin önemli ölçüde farklılaşabileceğini söylemiştir. Sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasamanın sahip olduğu takdir hakkı veya değerlendirmenin sınırları geniş olacaktır. Mahkeme bu nedenle EK 1 No.lu protokolün hükümlerini değerlendirmede ulusal otoritelerin değerlendirmesi yerine kendi yargılarını ikame edemez. Ancak, yasamanın yargısı da makul olmayan bir temele dayanmamalıdır.

Mahkemenin konuyla ilgili diğer önemli kararları değerlendirildiğinde de ortak ilkelerin tespit edildiği görülmektedir. Bu anlamda “*Case of Marckx v. Belgium*”, “*Case of Sporrang and Lönnroth v. Sweden*”, “*Case of James and Others v. The United Kingdom*” ve “*Case of Sovtransavto Holding v. Ukraine*” kararları<sup>54</sup> doğrultusunda, mahkemenin davaları ele alırken üç önemli hususta inceleme yaptığı anlaşılmaktadır. Buna göre müdahalenin bir kanun hükümünden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, müdahalenin kamu yararına hizmet edip etmediği ve nihayet müdahalenin orantılılık ilkesine uygun yapıp yapılmadığı tespit edilmelidir.

Tüm bunların yanı sıra AB üyesi ülkelerden Alman ve Fransız hukukunda başta pay sahiplerinin iradesi dışında paylarının devralınıp, ortaklıktan çıkarılmasının Anayasa ile koruma altına alınan mülkiyet hakkının ihlali anlamına geldiği yönünde tartışmalar yaşanmıştır<sup>55</sup>. Daha sonra ise üye ülkeler kararlarında; çıkarma hakkının sadece ortaklıkta özel çıkarları tatmin etmek amacıyla tanınmadığını

vurgulamıştır. Aksine ortaklıkların daha etkin ve verimli yönetilmesi ve sermaye piyasalarının derinleşmesi gibi amaçların kamu yararına hizmet ettiği kabul edilmiştir. Ancak tüm bunların yanında, azınlık pay sahiplerine makul ve haklı bir bedelin ödenmesini de, mülkiyet ihlalinin bertaraf edilmesi için gerekli bulmuştur<sup>56</sup>. Alman Mahkemeleri kararlarında genel olarak azınlığın mülkiyet hakkının kamu menfaati barındıran ortaklık hukuku girişimlerindeki menfaatin gerisinde kaldığı ve azınlık pay sahiplerinin uğradığı zararın denkleştirilmesi gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur<sup>57</sup>.

#### D. DEĞERLENDİRMEMİZ

1982 Anayasası ve AİHS Ek 1 No.lu Protokol hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, azınlık pay sahiplerinin paylarının rızaları dışında satın alınıp ortaklıktan çıkarılabilmesinin, mülkiyet hakkının ihlali sayılmaması için; çıkarma hakkının bir kanun ile tanınması, çıkarma hakkının kullanılmasında kamu yararının bulunması ve son olarak çıkarma hakkının kullanıldığı pay sahiplerine alınan payları karşılığında ölçülülük ilkesi gereğince makul bir bedelin ödenmesi gereklidir.

#### 1. Kanuna Dayalı Olma

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilmesi, anayasada o konuya ilişkin kanun koyucuya özel bir yetki tanınmış olmasına bağlıdır. Nitekim temel hak ve özgürlüklerin kapsamının belirlenmesi ve çerçevesinin çizilmesi, yalnızca kanunla yapılabilir. Kanun dışında bir hukuk normu ile getirilen sınırlama, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırılık oluşturacaktır<sup>58</sup>. Bu da mülkiyet hakkına ihlali ortadan kaldıracak kriterler arasında kanuniliğin öncü ilke olduğunu ve bu aşamayı geçmeden diğer kriterlerin incelemesine geçilemeyeceği anlamına gelmektedir. Anayasa tarafından tanınan bu yetki, temel hakların içeriğini belirleme bakımından düzenleme yapılması ya da somut bir temel hak ve özgürlüğü kısıtlaması olarak iki şekilde verilebilir<sup>59</sup>.

<sup>56</sup> Winter Report (n 28) 62; Aslan (n 12) 33; Yusuf Ziyaeddin Sönmez, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortaklıktan Ayrılma Hakkı (1. Baskı, Beta Yayınları 2009) 54.

<sup>57</sup> Horbach and Koch, 34.

<sup>58</sup> Ünal (n 21) 45.

<sup>59</sup> Ünal (n 21) 43.

<sup>54</sup> Kararların orijinal metinleri için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

<sup>55</sup> Aslan (n 12) 32; Winter Report (n 28) 61.

### a. Düzenleme Yetkisi

Bu tür yetkide anayasa, kanun koyucuya, bir temel hak ve özgürlük üzerinden, temel hakkın kapsam ve çerçevesini düzenleme yetkisi vermektedir. Kanun koyucunun düzenleme yetkisinin sınırları her temel hak ve özgürlüğün niteliklerine göre farklılaşmaktadır. Bu kapsamda kanun koyucu temel hakkın kapsam ve çerçevesini belirlerken, ancak anayasanın koyduğu kısıtlamalarla bağlıdır<sup>60</sup>.

### b. Kısıtlama Yetkisi

Anayasa, kanun koyucuya birtakım temel hak ve özgürlükleri kısıtlama konusunda müdahale yetkisi vermiştir. Mülkiyet hakkına dair içerik ve kapsam ise Anayasa m.13 ile belirlenmiştir. Buna göre "herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir". Mülkiyet hakkının kullanılmasının kamu yararına aykırı olmayacağından yola çıkılarak, yasa koyucunun mülkiyet hakkına dair sınırlama yetkisinin içeriği belirlenmiştir. Bu anlamda Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesine dair yetki ise somut bir yasa çıkarılarak kullanılacaktır.

Çıkarma hakkı SerPK m.27/1 hükmü ile mevzuatta yerini bulmaktadır. Bu kapsamda hâkim pay sahiplerinin azınlık pay sahiplerinin paylarını tek taraflı olarak elinden alması mülkiyet hakkının ihlal niteliğinde olup, sınırlama kanuna dayalı yapıldığı için Anayasanın 13. maddesi ile ihlal ortadan kalkmaktadır. Nitekim hakkın kullanılmasına ilişkin usul ve esasların SPK tarafından çıkarılan Tebliğ ile düzenlenmiş olması durumu değiştirmemektedir.

## 2. Kamu Yararı Gerekliliği

Mülkiyet hakkının anayasa uygun olarak sınırlanmasının şartlarından biri de, Anayasa m.13 gereği kamu yararının varlığıdır. Çıkarma hakkının temel haklara uygunluğunun tartışılması sonucunda çıkarma hakkının kamu yararına olduğu ve bu nedenle mülkiyet hakkına üstün geldiği kanısına ulaşılmıştır. Buna bağlı olarak da kamu yararı ortaya çıkaran çıkarma hakkının kullanılarak mülkiyet hakkına dokunulabileceği mümkün olacaktır. Nitekim kamu yararı da mülkiyet hakkının sınırlandırılmasını mümkün kılan şartlar arasındadır.

Çıkarma hakkının kullanılmasında kamu yararı olup olmadığı konusunda, hakkın tanınmasındaki amacın değerlendirilmesi gereklidir. Nitekim çıkarma hakkının öngörülme nedenlerinden pay alım teşviklerinin cesaretlendirilmesi ve yöneticilerin şirketleri daha verimli yönetmeye teşvik edilmesi, menfaat ihtilaflarının çoğunluk pay sahibi lehine giderilmesi ve tam hâkimiyetin sağladığı imkânlardan faydalanmak piyasanın verimliliğine yönelik olup dolayısıyla kamu yararı ortaya çıkmaktadır.

Çıkarma hakkı ve mülkiyet hakkı arasındaki ihtilafı ortadan kaldıracak temel haklı sebebin kamu yararı olduğu kabul edilmeli ve kamu yararı çerçevesinde kullanılmayan çıkarma hakkı sakat bir işlem olarak yargısal denetime tabi tutulabilmelidir.

## 3. Ölçülülük İlkesine Uygunluk

Çıkarma hakkında değerlendirilmesi gereken ve hakkın çerçevesini belirleyen diğer bir ilke ölçülülük ilkesidir. Temel uygulama alanı olan kamu hukukunda cari olan ölçülülük ilkesi, tarafların kendi iradeleri ile düzenleyeceği bir borçlar hukuku sözleşmesi ile hakların sınırlamalarına ilişkin düzenlemeleri yapamadığı durumlarda devreye girmektedir. Nitekim ortaklıklar ile ilişkili olan menfaat gruplarının alacaklılar, yatırımcılar, işçiler, azınlık ve çoğunluk pay sahipleri ve genel anlamda kamu menfaatini koruma amacı güden çıkarma hakkının kullanılmasında da ölçülülük ilkesi bir denetim mekanizması işlevi görmektedir<sup>61</sup>.

Mülkiyet hakkının sınırlanmasında ölçülülük ilkesine uygunluğu bakımından ise çıkarma hakkının doğması ve kullanılmasına ilişkin koşullar önem taşımaktadır. Bu kapsamda kamunun menfaatleri ile azınlık pay sahiplerine yapılan müdahalenin dengeli olup olmadığı hakkın tabi olduğu koşullara bakılarak tespit edilebilir. O halde ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesinde SerPK m.27'den yola çıkılarak hâkimiyet eşiği, adil bedel ve eşitlik kriterlerinin dikkate alınması gereklidir.

SerPK m.27 uyarınca çıkarma hakkı, II-27.3 sayılı Tebliğ 4. maddesi uyarınca belirtilen hâkimiyet eşiğine ulaşılmasıyla doğmaktadır. Çıkarma hakkı kapsamında hâkimiyet, şirketler topluluğu hukuku

<sup>60</sup> Ünal (n 21) 43.

<sup>61</sup> Karababa (n 1) 90.

bağlamında hâkimiyet kavramından farklı anlama sahiptir. Çıkarma hakkı açısından hâkimiyet belirli bir oransal büyüklüğü, eşiği ifade etmeye kullandırılmıştır<sup>62</sup>. Oran ise Kanun'da belirlenmemiş, bu konuda Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) yetki verilmiştir. Bu anlamda Tebliğ m.4 uyarınca “*sahip olduğu paylara ilişkin oy hakları ortaklığın oy haklarının %98'ini aşan çıkarma hakkı sahibi*” hâkim ortak olarak nitelendirilmektedir.

SerPK m.27 hükmünün amacına ulaşılabilmesi bakımından hâkimiyet oranının belirlenmesi önem taşımaktadır. SPK'nın, SerPK m.27/1 düzenlemesinin usul ve esaslarını belirlemek üzere ilk olarak çıkardığı Tebliğ, Seri II No: 27.1 sayılı Tebliğ'de %95 olarak belirlenen eşik, Seri II No: 27.2 sayılı Tebliğ'in söz konusu maddelerinde %98'e yükseltilmiştir. Ancak daha sonra bu Tebliğ'i de yürürlükten kaldırmaya hazırlanan Seri II No: 27.3 sayılı Tebliğ Taslağı'nda eşik %95'e indirilmesinden bahsedilse de, nihayet yayınlanan II-27.3 sayılı Tebliğ'de eşik %98 olarak korunmuştur.

Hâkimiyet eşiğinin bu denli yüksek tutulmasının sebebi gerekçede açıkça belirtilmese de birden çok sebebe dayandırılmaktadır. Bu sebeplerden biri de azınlığın paylarının rızası dışında elinden çıkmasını mülkiyet hakkına ihlali engelleyen haklı gerekçe olarak hâkimiyet olgusu gösterilmektedir<sup>63</sup>. Nitekim azınlığın paylarının rızası dışında elinden alınmasının dayanağında hâkimiyet olgusu bulunmaktadır. Bu durumda hâkimiyet oranının yüksek olması, 1982 Anayasası m.13'te belirtilen mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında aranan ölçülülük ilkesini sağladığını göstermektedir. Hâkimiyet oranının yüksekliği ifade edilirken belirli bir aralık belirtilmediğinden, asgari %90 ve üzeri belirlenen hâkimiyet oranı da çıkarma hakkının mülkiyet hakkının ihlalini orantılılık ilkesini sağlayarak ortadan kaldırılabilmektedir<sup>64</sup>.

Ölçülülük ilkesi bakımından dikkate alınması gerekli bir diğer unsur ise adil bedel ilkesidir. SerPK m.27/1 hükmünün hakkın özüne dokunmaması ve mülkiyet hakkını ihlal etmemesi için pay sahiplerine makul bir oranda tazminat ödenmesi gereklidir.

Bu kapsamda Kanun ortaklıktan çıkarılacak olan pay sahiplerine ödenmesi gereken satım bedelinin 24. madde çerçevesinde belirleneceğini hükme bağlamıştır. SerPK'da 20.02.2020 tarihinde yapılan değişiklikten önce, satım bedeli için borsaya kote ortaklıklar ve borsaya kote olmayan ortaklıklar için ayrı düzenlemeler mevcuttu. Buna göre payları borsada işlem gören ortaklıklarda ödenecek olan satım bedelinin ortaklıktan çıkarma ve satma haklarının doğmasının “*hâkim ortak tarafından kamuya açıklandığı tarihten önceki otuz gün içinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalaması*” alınarak belirlenmesi gerekmekteydi. Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için ise satım bedeli SPK'nın düzenlemelerine göre hazırlanacak olan değerlendirme raporu dikkate alınarak belirlenmesi öngörülmüştü.

Kanunda yer alan düzenlemelerde belirlenen satım bedellerinin ölçülülük ilkesi bakımından değerlendirildiğinde; kesin olarak adil bir bedele ulaşıldığından söz edilemez. Zira borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatlarının ortalamasının alınması usulü manipüle edilecek ve gerçek değeri yansıtmayacak bir usul olduğundan yetersiz kabul edilmiştir<sup>65</sup>. Ancak değişiklikten sonra payları borsada işlem gören ve görmeyen ortaklık bakımından bedel farklılığı kaldırılmıştır. O halde satım bedeli; SPK tarafından belirlenecek olan “*adil bedel*” üzerinden hesaplanacaktır. Bu durum ise pay sahiplerine ödenecek tazminat bakımından ölçülülük ilkesini sağlamada önemli bir adımdır. Bununla birlikte adil bedelin belirlenmesine dair usul ve esaslar ise SPK tarafından belirleneceğinden; adil bedel ilkesinin kabul edilmesi tek başına ölçülülük ilkesi için yeterli olmayacaktır. Zira SPK tarafından seçilen usul ve yöntemlerin bu sonucu doğurması ya da bu sonuca ulaşacak şekilde yeniden usul ve esasların belirlenmesi gerekecektir<sup>66</sup>.

O halde SPK tarafından belirlenen usul ve yöntemlere bakıldığında; II-27.3 sayılı Tebliğ m.6 uyarınca çıkarma ve satma hakkı için ayrı ayrı bedel düzenlenmekte ve yine payları borsada işlem gören ve borsada işlem görmeyen ortaklıklar olarak ayırım yapılmaktadır. Belirlenen bu yöntemlerde de SerPK m.24'te yer alan adil bedel ilkesine ve payların gerçek değerine ulaşmak her zaman kolay değildir. Ancak

<sup>62</sup> Karababa (n 1) 203.

<sup>63</sup> Çelik (n 4) 222; Yeşiltepe (n 3) 80.

<sup>64</sup> Elst and Steen (n 7) 203.

<sup>65</sup> Karacan (n 26) 233; Yeşiltepe (n 1) 50.

<sup>66</sup> Karacan (n 26) 235.

II-27.3 sayılı Tebliğ'de satım bedelinin belirlenmesine ilişkin düzenlemede değişikliğe gidilmiştir. 6. maddede hakların kullanım bedeli düzenlemesi uyarınca, ortaklıktan çıkarılma ve satma hakkı için tek bir belirleme yöntemine gidilmiştir. Yine borsada işlem gören ve işlem görmeyen ortaklıklarda ayırım yapılmıştır. Buna göre;

*“a) Payları borsada işlem gören ortaklıklar için;*

*1) Payları Yıldız Pazarda işlem gören ortaklıklarda hakların doğmasının kamuya açıklandığı tarihten önceki son bir aylık; payları Yıldız Pazar dışındaki pazarlarda işlem gören ortaklıklar için ise bu tarihten önceki son altı aylık dönem içinde borsada oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması ile her bir pay grubuna ilişkin fiyatın tespiti amacıyla hazırlanan değerlendirme raporunda belirlenen değerlerin ortalaması ve*

*2) Hâkim ortak konumunun kazanılmasının eş anlamlı olarak yönetim kontrolü değişikliğine yol açması durumunda pay alım teklifi düzenlemeleri çerçevesinde hesaplanacak zorunlu pay alım teklifi fiyatından yüksek olanı,*

*b) Payları borsada işlem görmeyen ortaklıklar için, her bir pay grubuna ilişkin fiyatın tespiti amacıyla hazırlanan değerlendirme raporunda belirlenen değer dikkate alınır.”*

Düzenleme değerlendirildiğinde ise borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasının alınmasında usul değişikliğine gidildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, *“payları Yıldız Pazar da işlem gören ortaklıklar için son bir aylık; Yıldız Pazar dışında işlem gören ortaklıklar için son altı aylık dönem” esas alınmış olup; “borsada oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması”* belirlenmiştir. Bu da payların gerçek piyasa değerine yaklaşımda önemli kolaylık sağlayacak olup; fiyatların manipüle edilmesini zorlaştıracaktır. Bu nedenle yapılan bedel belirlenmesine ilişkin usul, ölçülülük ilkesini sağlayacak nitelikte görünmektedir.

Ölçülülük ilkesi bakımından dikkate alınması gereken son husus ise eşit işlem ilkesidir. Eşit işlem ilkesi de kamu hukuku temelli olan ve gelişme alanı bulan daha sonra ise büyük oranda anonim ortak-

lıklarda uygulanan bir ilke olarak ortaya çıkmıştır<sup>67</sup>. Söz konusu ilke, anonim ortaklık pay sahipleri arasında haklardan faydalanma bakımından oransallık olarak belirtilen sermaye payları oranında bir fayda sağlama ölçüsü getirmektedir<sup>68</sup>. Bu durumda oransallık ilkesi, hakların kullanılması bakımından ortaklıklar hukukunda nisbi eşitlik kavramını ortaya çıkarmaktadır. Nisbi eşitlik ilkesinin hâkim olduğu anonim ortaklıkta ise eşit şartların oluşması durumunda bir pay sahibi diğer pay sahibinden farklı bir muameleyle karşı karşıya kalmayacaktır. Buna göre aynı nitelikte payların sahipleri için aynı yönetsel ve mali haklar sağlanmalıdır. Farklı pay nitelikte pay grupları için ise farklı yönetsel ve mali haklar sağlanmasında bir engel bulunmamaktadır.

Çıkarma hakkı da bu anlamda nisbi eşitlik ilkesini temele oturtan bir anlayışa sahip olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu ilke, bütün ülke düzenlemelerinde hakkın doğumu ve uygulaması açısından dikkate alınması gereken temel bir prensip olarak ele alınmıştır. Özellikle azınlık pay sahiplerine ödenecek olan pay bedellerinin tespiti hususunda, hakkın yargısal denetimini sağlayan bir ölçüt olarak kabul edilmiştir. Eşit işlem ilkesi sayesinde, pay alım teklifini kabul etmeyen azınlık pay sahiplerine teklifte önerilen bedel ile kendilerine ödenecek olan bedelin eşit olmasını sağlanarak ayrımcılık yapılmasının önüne geçilmektedir. Adil bedel ilkesinin de çıkış noktası olan eşit işlem ilkesi gereği, çıkarılma ve satım hakkı bedelinin belirlenmesi meselesinde ilgili Tebliğ'lerde detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Zira II-27.3 sayılı Tebliğ m.6'da çıkarılma ve satım hakkı bedeline ilişkin hükümde yer alan en yüksek fiyat kuralı, pay alım teklifinin ve çıkarılma hakkının kullanımını bir zaman zarfı ile sınırlandırılarak adil bedelin belirlenmesi gibi hususlar eşit işlem ilkesini yansıtan düzenlemelerdir.

Netice itibarıyla çıkarılma hakkı, mülkiyet hakkını sınırlandırmasının meşruiyet kazanması için gerekli olan ve Anayasa ve AİHS gereği esas alınan ölçütler olan kanunilik, kamu yararı ve ölçülülük ilkelere uygun olarak Kanun ve Tebliğ düzenlemelerinde yerini almaktadır.

<sup>67</sup> Eşit işlem ilkesi, aynı şartlar altında, bir pay sahibinin diğer pay sahibi veya pahasahipleri gibi işleme tabi tutulması anlamına gelir. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu (n 14) 691.

<sup>68</sup> TTK m.357: *“Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur.”*



#### IV. SONUÇ

Ortaklıktan çıkarma hakkının azınlık pay sahiplerinin mülkiyet hakkının sınırları dâhilinde kalıp kalmadığını ve dolayısıyla bu hakka karşı bir ihlal oluşturup oluşturmadığını belirlemek için Anayasanın 13 ve 35. maddelerinde yer alan sınırlama sebeplerinin birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Çıkarma hakkı SerPK m.27 ile düzenlenme bulunduğu; azınlık pay sahiplerinin mülkiyet hakkı bir kanun hükmüyle kısıtlanmıştır. O halde kısıtlamanın kanun hükmüyle yapılması bakımından bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Zira kanun dışında bir norm ile yapılan kısıtlamanın, diğer hususlar bakımından incelenmesine gerek olmadan Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık teşkil edeceği sabittir.

Çıkarma hakkının öngörülmesi amacıyla kamu yararı bulunup bulunmadığı hususu da önemlidir. Çıkarma hakkının öngörülme nedenleri arasında, pay alım tekliflerinin cesaretlendirilip yöneticilerin ortaklıkta daha verimli olmaları ve menfaat çatışmalarının çoğunluk lehine giderilmesi ve ortaklığın sıhhatli bir şekilde yönetiminin sürdürülmesi vardır. Bu durum ise çıkarma hakkının piyasanın verimliliği ve etkinliğinin artırılması ve dolayısıyla kamu yararının artırılması amacıyla tanındığını göstermektedir.

Sınırlamanın ölçülülük ilkesine uygunluğunun değerlendirilmesinde hakkın doğması ve kullanılmasına ilişkin koşullar dikkate alınmalıdır. Çıkarma hakkının ölçülülük ilkesine ihlalinin değerlendirilmesi bakımından SerPK'da haklı bir sebep aranmadığından; kanunun lafzından yola çıkılmalıdır. Şöyle ki; ölçülülük kriterinin sağlanması için hakkın doğması bakımından hâkimiyet eşiğinin çok düşük belirlenmemesi ve azınlık pay sahiplerine adil bedelin ödenmesi gereklidir.

Azınlığın paylarının rızası dışında elinden alınmasının dayanağında hâkimiyet olgusu bulunmaktadır. Bu doğrultuda hâkimiyet oranının II-27.3 sayılı Tebliğ uyarınca %98 yüksek olması, 1982 Anayasası m.13'te belirtilen mülkiyet hakkının sınırlandırılmasında aranan ölçülülük ilkesini sağladığını göstermektedir. Ölçülülük ilkesi bakımından dikkate alınması gerekli bir diğer unsur ise adil be-

del ilkesidir. Bu kapsamda, II-27.3 sayılı Tebliğ m.6 hükmü değerlendirildiğinde borsada oluşan ağırlıklı ortalama fiyatların ortalamasının alınmasında usul değişikliğine gidilmiştir. Bu kapsamda, payları Yıldız Pazar'da işlem gören ortaklıklar için son bir aylık; Yıldız Pazar dışında işlem gören ortaklıklar için son altı aylık dönem esas alınmış olup; borsada oluşan günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması belirlenmiştir. Bu da payların gerçek piyasa değerine yaklaşmada önemli kolaylık sağlayacak olup; fiyatların manipüle edilmesini zorlaştıracaktır. Bu nedenle yapılan bedel belirlenmesine ilişkin usul, ölçülülük ilkesini sağlayacak nitelikte görünmektedir.

## KAYNAKÇA

- Aslan A, 'Hâkim Ortağın Azınlık Paylarını Satın Alma Hakkı' (Sermaye Piyasası Kurulu Yeterlik Etüdü 2005).
- Bartl M, 'Czech Regulation of Squeeze Out in Comparative Perspective', Central European University <www.etd.ceu.edu> s.e.t. 20 Kasım 2023.
- Çabri S, 'Kamulaştırmaz El Atma Kavramının Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 Tarihli Kararı Doğrultusunda Tanımlanması' (2011) 15 (1-2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-104.
- Çelik A, Anonim Şirketlerde Ortaklıktan Çıkarılma, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Diñç İ, Sermaye Piyasası Hukukunda Çağrı Yoluyla Hisse Senedi Toplanması (1. Baskı, Legal Yayıncılık 2006).
- Diñç G, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mülkiyet Hakkı', (2004) 51, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 133-152.
- Doğan M, Şahan G ve Atamulu İ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2019).
- Elsland S and Weber M, 'Squeeze-outs in Germany: Determinants of the Announcement Effects', Department of Banking and Finance, 2005 <http://www.fbv.kit.edu/symposium/10th/papers/Elsland> s.e.t. 11.11.2023.
- Ertaş Ş, 'Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu', Türk Medeni Kanununun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum (Ankara Üniversitesi Yayınları 2006).
- Etgü, MA, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2009).
- Fendoğlu T, '2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması (AY. m.13)', (2002)18 (1) Anayasa Yargısı Dergisi 111-149.
- Gemalmaz HB, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı' (Doktora), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (2008).
- Gerard H and Joseph M, 'Rewamping the EU Corporate and Takeover Law Agenda and Making It a Model for the USA', Preliminary Version Prepared for the UC Berkeley Law and Economic Seminar, 2004, <https://escholarship.org/uc/item/5fq6978b> s.e.t. 12 Kasım 2023.
- Grgić, A, Mataga Z, Longar M and Vilfan, A 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap', Avrupa Konse-  
yi İnsan Hakları El Kitapları, Numara 10, Strasburg, (2007), AnayasaMahkemesi, <https://www.anayasa.gov.tr/media/3605/aihskapsamindamulkiyethakki.pdf> s.e.t. 04 Ocak 2023.
- İmregün O, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilaf- ları ve Bunları Telif Çareleri, (1. Baskı, İsmail Akgün Yayıncılık 1962).
- Karababa S, Anonim Ortaklıkta Satın Alma ve Çıkarma Hakları (1. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2016).
- Karacan Aİ, Ortaklıktan Çıkarma-Sermaye Piyasası Hu- kuku Açısından Bir İnceleme (1. Baskı, Legal Yayın- cılık 2015).
- Keskin H, Hâkim Pay Sahibinin Azınlığı Şirketten Çıkar- ma Hakkı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Kılıçoğlu A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (26. Baskı, Turhan Kitabevi 2015).
- Kriebaum U and Schreuer C, 'The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law', Research Gate 2007, <https://www.researchgate.net/publication/265107584\_The\_Concept\_of\_Property\_in\_Human\_Rights\_Law\_and\_International\_Investment\_Law/> s.e.t. 20.11.2023.
- Kvintradze T, 'Minority Shareholder Protection in Georgia and Germany', Central European University 2009, <www.etd.ceu.hu/2009/kvintradz-tamar.pdf> s.e.t. 13 Kasım 2023.
- Kubilay H, Kaydileştirilmesine Gereken Pay Senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna Teslim Etmeyen Kişilerin Hukuki Durumu', (2013) 17 (1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 805-829.
- Manavgat Ç, 'Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakkı Sermaye Piyasası Hukukunda Yeni Yaklaşımlar' (2015) 1(2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 93-106.
- Moroğlu E, Anonim Ortaklıklarda Çoğunluk Pay Sa- hiplerinin Azınlık ve İmtiyazlı Pay Sahiplerine Karşı Korunması' (1994) 16 (3) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 47-55.
- Örücü E, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yak- laşımı, Mülkiyet Hakkının Sınırlanması (1. Baskı, İs- tanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1976).
- Palanduz S, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Ortaklık- tan Çıkarma Hakkı (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Sönmez YZ, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibinin Ortak- lıktan Ayrılma Hakkı (1. Baskı, Beta Yayınları 2009).

- Şimşek S, Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1983 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz-1', (2010) 9 (9) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 181-228.
- Tekinalp Ü, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku (4. Baskı, Vedat Yayıncılık 2015).
- Ünal Ş, 'Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması', (1994) 11(19) Anayasa Yargısı Dergisi 39-60.
- Van Der Elst C and Van Den Steen L, 'Balancing the Interests of Minority and Majority Shareholders: A Comparative Analysis of Squeeze Out and Sell Outs Rights', *European Company and Financial Law Review*, 2009, <[hein.journals/ecomflr6&id=415&men\\_tab=Srcresults](http://hein.journals/ecomflr6&id=415&men_tab=Srcresults)> s.e.t. 11 Kasım 2023.
- Ventoruzzo M, 'Freeze Outs: Transcontinental Analysis and Reform Proposals', *Virginia Journal of International Law*, 2009, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1505485](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505485)> s.e.t. 10 Kasım 2023.

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*

# YABANCI UNSURLU FİKRÎ MÜLKİYET UYUŞMAZLIKLARINDA “KORUMA ÜLKESİ HUKUKU” (LEX LOCI PROTECTIONIS) KAVRAMININ BELİRSİZLİĞİ<sup>(\*)</sup>

## UNCERTAINTY OF THE CONCEPT OF “THE COUNTRY FOR WHICH PROTECTION IS SOUGHT” (LEX LOCI PROTECTIONIS) IN INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT DISPUTES WITH FOREIGN ELEMENTS

Prof. Dr. Musa AYGÜL<sup>(\*\*)</sup>  
Dr. Öğr. Üyesi Elif Hande ALTINTAŞ AÇIKGÖZ<sup>(\*\*\*)</sup>

### Öz

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.23/1 hükmüne göre fikrî mülkiyete ilişkin haklar, koruma ülkesi hukukuna (*lex loci protectionis*) tâbidir. Ancak *lex loci protectionis* terimiyle hangi ülke hukukunun kastedildiği tartışmalıdır. *Lex loci protectionis*'in davaya bakan mahkemenin hukuku (*lex fori*) olabileceğini ifade edenler olduğu gibi, ihlâl yeri hukuku (*lex loci delicti*) veya fikrî mülkiyet hakkının menşe yeri (*lex originis*) olduğunu kabul eden yazarlar da vardır. Özellikle bir fikrî hakkın birden fazla ülkede ihlâlî hâlinde, *lex loci protectionis*'in davacıya tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı verdiği Türk öğretisinde ileri sürülmektedir. Buna göre birden

fazla devlette korunan fikrî hakkın ihlâlinde davacı, bu hukuklarından birisinin uygulanmasını seçebilir. Kanaatimizce bu şekildeki bir yaklaşım fikrî mülkiyet haklarının mülkiliği ilkesine uygun düşmemektedir. Çalışmamızda, karşılaştırmalı hukuktaki görüşler ve mahkeme kararlarından hareketle *lex loci protectionis*'in özellikle *lex loci delicti*, *lex originis* ve *lex fori* ile farkı açıklanacak ve *lex loci protectionis*'in mülkîlik ilkesi ile uyumlu anlamı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

### Anahtar Kelimeler

Fikrî Mülkiyete İlişkin Haklar, *Lex Loci Protectionis*, Koruma Ülkesi Hukuku, Mülkîlik (Ülkesellik) İlkesi, Hukuk Seçimi.

(\*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 15.04.2024 / Kabul Tarihi: 27.05.2024).

Bu makalenin konusu, 30.11.2023-01.12.2023 tarihlerinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen “V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuştur.

(\*\*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Konya - Türkiye,  
(E-posta: musaaygul1@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-0363-9101).

(\*\*\*) Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Milletlerarası Özel Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye,  
(E-posta: ehandedaltintas@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0060-7094).

Atıf/Citation: Aygül, Musa & Altıntaş Açıköz, Elif Hande (2024), “Yabancı Unsurlu Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıklarında “Koruma Ülkesi Hukuku” (*Lex Loci Protectionis*) Kavramının Belirsizliği”, TFM, C: 10, S: 1, s. 43-61.

### Abstract

According to article 23 (1) of International Private and Civil Procedure Law Intellectual property rights are subject to the law of the country of protection (*lex loci protectionis*). However, the main problem at this point is which law is meant by the term “*lex loci protectionis*”. There are those who state that *lex loci protectionis* is *lex fori*, and there are also authors who accept that it is *lex loci delicti* or *lex originis*. The approach in Turkish law is that the term “*lex loci protectionis*” gives the plaintiff a unilateral choice of law opportunity. Accordingly, if an intellectual property right protected in more than one States and has been infringed by the same person in those States, the plaintiff

may choose to apply one of the laws of the States where the right protected. In our opinion, such an approach does not comply with the territoriality of intellectual property rights. In our study, based on the opinions in comparative law and court decisions, the difference of the concept *lex loci protectionis* with *lex loci delicti*, *lex originis* and *lex fori* will be explained and the meaning of the *lex loci protectionis* in line with the principle of territoriality will be tried to be revealed.

### Keywords

Intellectual Property Rights, *Lex Loci Protectionis*, Country of Protection, Principle of Territoriality, Choice of Law.

### GİRİŞ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>1</sup> (MÖHUK) m.23/1’de “*fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir.*” hükmüne yer verilmiştir. Maddedeki fikrî mülkiyet hakları terimi, tescil edilip edilmediğine bakılmaksızın fikrî mülkiyete ilişkin hakların tamamını kapsamaktadır<sup>2</sup>. Yine m.23/1, fikrî mülkiyet hakkının varlığına ve sona ermesine ve ihlâlinden doğan uyumsuzluklara uygulanır<sup>3</sup>. Daha açık bir ifadeyle, madde ile hakkın oluşumu, tanınmasının tescile bağlı olup olmadığı ya da hak sahibinin kim olduğunun belirlenmesi gibi hususların tamamı “koruma ülkesi hukuku<sup>4</sup>”na tâbi

kılmıştır<sup>5</sup>. Öğreti ve yargı kararlarında koruma ülkesi hukukunun, *lex loci protectionis* kavramına karşılık geldiği kabul edilmektedir. Ancak koruma ülkesi hukuku ya da *lex loci protectionis* teriminin anlamının açıklanması noktasında öğreti, farklı sonuçlara ulaşmıştır. Yine bir kısım yazarlar, kavramın anlamının açıklanmasından ziyade hakkın koruma ülkesi hukukuna tâbi olduğunu ifade etmekle yetinmiştir<sup>6</sup>. Çalışmamızda öncelikle Türk ve yabancı öğretinin “koruma ülkesi hukuku” terimine verdiği anlam ve konuya ilişkin yargı kararlarına yer verilecek, ardından konu hakkındaki görüşlerimiz açıklanacaktır.

<sup>1</sup> Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, RG. 12.12.2007/26728.

<sup>2</sup> Frank Vischer and Nicolas Mosimann “Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art.108a-200- Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987” in Müller-Chen Markus and Lüchinger Corinne Widmer (eds) (3th edn, Schulthess Juristische Medien AG 2018) 199.

<sup>3</sup> Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta 2023) 305.

<sup>4</sup> Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23th edn, Beta 2021) 316; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1th edn, Vedat 2020) 76; Vahit Doğan, Alper Çağrı Yılmaz and Lale Ayhan İzmirli, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Savaş 2023) 395. Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku Kanunlar İhtilâfi Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku* (3th edn, Yetkin 2022) 171; Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020) 269. Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim and Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Baskı, Oniki Levha 2023) 385; Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 373; Ekin Ömeroğlu, (2020) “Fikri Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine

Yer Verilmesi”, (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 55, 60. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe ise koruma ülkesi hukuku kavramının yerine “korumanın talep edildiği ülke hukuku” kavramını kullanır, Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 305. Sargın ise “koruyan ülke hukuku” ifadesini tercih etmiştir: Fügen Sargın, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, 1th edn, Yetkin 2005) 349. Yılmazsoy, “koruma devleti hukuku” tabirini kullanmıştır: Ebru Yılmazsoy “Fikri Mülkiyete İlişkin Haklara Uygulanacak Hukuk” (2022) (185) Terazi Hukuk Dergisi 108, 109.

<sup>5</sup> Güngör (n 4) 172; Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 304, 305; Tekinalp (n 4) 269. Esra Dardağan, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfi* (1th edn, Betik 2000) 138; Bahadır Erdem, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2th edn, Beta 2002) 105; Akıncı (n 4) s. 76; Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 4) 384. Nomer’e göre ise maddi olmayan bir aynı hakkın doğuşu, muhtevası, içeriği, devri ve sona ermesi hakkın doğduğu, sona erdiği ya da devredildiği ülke hukukuna (*lex rei sitae*) tâbidir. Hakkın ihlâline ilişkin meseleler ise koruma ülkesi hukukuna tâbidir: Nomer (n 4) 316. Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli (n 4) 395, 396.

<sup>6</sup> Tekinalp (n 4) 267.

## I. TÜRK HUKUKUNDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Türk hukukunda koruma ülkesi hukukuna ilişkin görüşlerin iki ana ekseninde toplandığı görülür. Birinci görüşün ortak noktası, hakkın birden fazla ülkede korunduğu ya da tanındığı hâllerde bu ülke hukuklarından birisinin uygulanacak hukuk olarak davacı tarafından seçilebileceğidir<sup>7</sup>. Öğretideki ikinci görüşe göre ise fikrî mülkiyet haklarına ilişkin MÖHUK m.23/1 hükmü, hak sahibine bir hukuk seçimi imkânı sağlamaz. Hakkın, birden fazla ülkede ihlâl edildiği hâllerde hak sahibi, bu ülkelerin her birinden koruma talep edebilir ve korumasına başvuru rulan ülke hukuku, kendi mahallî uygulanma alanını bizzat kendisi belirler.

<sup>7</sup> Esasen yabancı öğretide ağırlıklı olarak telif haklarının ülkesel korunmasından kaçınabilmek ve hakkın evrensel korunmasının sağlanabilmesi açısından, telif haklarının menşe ülke hukuku (*lex originis*)'na tâbi olması gerektiği ileri sürülür. Ancak ağırlıklı görüş, telif hakları için de fikrî haklardaki ülkeselliğin geçerli olduğu yönündedir: Simon Laimer “Das Schutzlandprinzip als Grundlage für die Behandlung von Grenzüberschreitenden Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung Geistigen Eigentums”, in Laimer Simon and Perathoner Christoph (eds) *Italienisches, Europäisches und Internationales Immaterialgüterrecht* (1th edn, Springer 2021) 154. Yine Avrupa Birliği Adalet Divanı da 2005 yılında verdiği bir kararında telif hakları bakımından ülkeselliğin geçerli olduğunu kabul etmiştir: EuGH, C-192/04, Lagardère Active Broadcast, T: 14.07.2005, <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=D48D4A9D6378582CD01068BE5BFFE2C6?text=&docid=60584&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=77152>>, accessed 01.11.2023, paragraf. 46. Aynı yönde karar İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinde de verilmiştir: BGE, T: 12.01.2010, 136 III 232 E. 5. Ayrıca bkz. Zürich Obergericht, T: 07.04.2014, HG110271-O U/dz, s. 8. Esra Dardağan Kibar “Fikrî Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu” in Tiryakioğlu Bilgin, Aygün Mesut, Önal Ali, Altıparmak Kübra and Kaya Cansu (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (1th edn, Yetkin 2016) 439, 441. Fikrî haklarda evrenselci korumanın kabul edilememesinin bir nedeni de devletlerin egemenlik yetkileridir. Evrenselci koruma, hakkın sahibine tekeli bir kullanım ve yararlanma yetkisi bahşeder. Dolayısıyla menşe ülke hukuku kuralının benimsenmesi, egemen devlete, ülkesi içerisinde üçüncü kişiler aleyhine ve millî hukuka oranla daha geniş kapsamlı olabilecek koruma düzeni tanıma zorunluluğu doğurur. Devletler, ekonomik politikalarıyla yakın ilişkili bir konuda yabancı bir devletin egemenliğini kabul etmek istemezler. Yine evrenselci görüşün fikrî hakları etkili bir şekilde koruyacağı kabul edilmekteyse de menşe ülkenin hakka etkili bir koruma sağlayamaması bu amacın da gerçekleşmesini engeller: Dardağan (n 5) 129.

## A. KORUMA ÜLKESİ HUKUKUNU HAKKI TANIYAN-KORUYAN ÜLKE HUKUKU OLARAK GÖREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe'ye göre MÖHUK m.23/1'deki “korumanın talep edildiği ülke hukuku” (*lex loci protectionis*), mülkîlik ilkesine dayanan fikrî hakkın varlığını tanıyan ülke hukukuna karşılık gelir<sup>8</sup>. Fikrî hakkın birden fazla ülkede tanındığı ya da korunduğu hâllerde ise fikrî hak sahibinin hukuk seçimi imkânı vardır. Yazarlara göre, fikrî hakkın ihlâli halinde fikrî hak sahibi, hakkı tanıyan ya da koruyan ülkelerin hukuklarından birisini tercih edilebilir ve uygulanmasını isteyebilir. Zira maddedeki, “*hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuk*” ifadesi, hakkı tanıyan ve koruyan ülke hukuklarından birisini seçme hakkı vermektedir<sup>9</sup>.

Güngör'e göre ise koruma ülkesi hukuku kuralı, fikrî hak sahibine bir inisiyatif verir. Şöyle ki, fikrî hak birden fazla ülkede korunmaktaysa ve korunduğu birden fazla ülkede aynı kişi tarafından ihlâl ediliyorsa hak sahibi, uygulanacak hukuku, ihlâlin gerçekleştiği bu iki ülke hukukundan birini seçerek belirleme yetkisine sahiptir. Başka bir ifade ile yazara göre, hak sahibinin tek taraflı bir hukuk seçimi imkânı vardır<sup>10</sup>. Ancak fikrî hakkın korunması ülkesel planda gerçekleştiğinden mahkeme, davacının seçtiği hukukun “ülkesel uygulama alanına” uygun hareket etmelidir. Dolayısıyla somut olay, fikrî hak sahibi tarafından seçilen hukukun uygulama alanına girmiyorsa o hukuk uygulanmayacaktır<sup>11</sup>.

Akıncı'ya göre, fikrî hakkın birden fazla ülkede korunduğu hâllerde, davacı, daha uygun koruma sağlayan hukuka göre koruma talep edebilecektir<sup>12</sup>.

Özel/Erkan/Pürselim/Karaca'ya göre de koruma ülkesi hukuku, uyuşmazlık konusu fikrî mülkiyet hakkının tanındığı ülke hukukuna karşılık gelir. Hakkın birden fazla ülkede tanınması hâlinde ise MÖHUK m.23/1'deki “*hangi ülkenin hukukuna göre koruma ta-*

<sup>8</sup> Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 305 vd.

<sup>9</sup> Şanlı, Esen and Ataman-Figanmeşe (n 3) 308. Aynı yönde bkz. Ömeroğlu (n 4)60; Yılmazsoy (n 4) 113.

<sup>10</sup> Güngör (n 4) 171, 172.

<sup>11</sup> Ibid 172.

<sup>12</sup> Akıncı (n 4) 76, 77.

lep ediliyorsa o hukuk” ifadesi, hakkı tanıyan ülke hukuklarından birisinin seçilebileceği şeklinde anlaşılır<sup>13</sup>.

## B. KORUMA ÜLKESİ HUKUKUNU KORUMA TALEP EDİLEN ÜLKE HUKUKU OLARAK GÖREN YAKLAŞIM

Doğan’a göre, “koruma ülkesi hukuku”, korumasına başvuru alan ülke hukukudur (*lex loci protectionis*). Bir fikrî hakkın birden fazla ülke hukukunda ihlâl edildiği iddia edildiğinde hak sahibi, bu ülkelerin her birinden ayrı ayrı koruma talep edebilecektir. Böylece hakkının ihlâl edildiğini iddia eden kişinin koruma talebinde bulunduğu hukuk, kendi uygulama alanını belirleyeceği gibi fikrî hak statüsü olarak da uygulanacaktır<sup>14</sup>. Dolayısıyla menşe ülke hukukuna göre fikrî hak kategorisine dâhil olan bir ürün, koruma ülkesi hukukuna göre bu kategoriye dâhil değilse fikrî hak sahibi, koruma ülkesi hukukunda korumadan yararlanamayacaktır<sup>15</sup>.

Nomer’e göre bir fikrî hakkın ihlâlî halinde, ihlâl edildiği yer hukuku veya diğer bir söyleyişle hakkın korunması nerede talep ediliyorsa, o yer (veya ülke) hukuku (*lex loci protectionis*) söz sahibidir<sup>16</sup>. Yazara göre “koruma ülkesi hukukunun” yetkilendirilmesi, *lex causae*’nin mahal itibarıyla yürürlük sınırlarının *lex fori* tarafından çizileceği anlamını taşımaz. Aksi-ne madde, soyut bir bağlama noktasından hareketle uygulanacak hukukun belirlenmesinden kaçınılmış ve uygulanacak hukukun belirlenmesini bizzat davalının kendisine bırakmıştır. Davacı tarafından belirlenecek hukuk, hakkın korunmasının sınırlarını tespit edecektir. Böylece her devlet, kendi fikrî mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatının mahal itibarıyla koruma alanını kendisi belirleyecektir<sup>17</sup>.

Aybay/Dardağan’a göre ise ülkeselliğin pratik sonucu olarak fikrî mülkiyet hakları “fikrî ürününden iktisaden yararlanma eyleminin gerçekleştiği veya hakkın ihlâl edildiği yer hukukuna” tâbidir. Bu hukuk, MÖHUK m.23/1’deki koruma ülkesi hukukuna karşılık gelir<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Özel, Erkan, Pürselim and Karaca (n 4) 385.

<sup>14</sup> Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirli (n 4) 395.

<sup>15</sup> Ibid 397.

<sup>16</sup> Nomer (n 4) 316.

<sup>17</sup> Ibid 317.

<sup>18</sup> Rona Aybay and Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi

Çelikel/Erdem’e göre, fikrî hakların en temel prensibi “koruma koşullarını belirleyerek sadece ülke içinde bir hak tanıma ve tanınan hakkın ihlâlînin sadece ülke içinde gerçekleşen olaylarla mümkün olmasını” ifade eden ülkeselliktir<sup>19</sup>. Bu anlamda mad-dî mallardaki, mallar hangi ülkede bulunuyorlarsa mülkiyetin o ülkenin hukukuna tâbi olacağı yönündeki mülkiyet rejimi, gayrimaddî mallarda da benzerlik gösterir. Sonuç olarak, fikrî mülkiyet hakları, hangi ülkede ileri sürülüyorlarsa o ülkenin hukukuna tâbidir<sup>20</sup>.

Son olarak Ayhan İzmirli’nin görüşüne de yer verilmelidir. Yazar her ne kadar sınırlı bir hukuk seçimi imkânından bahsetmekteyse de koruma ülkesi hukukunu, kanaatimizce koruma talep edilen ülke hukuku olarak görmektedir. Yazara göre koruma ülkesi hukuku, hakkı ihlâl edilen kişinin iradesine göre belirlenir. Ancak bu durum, hakkı ihlâl edilen kişiye sınırsız bir hukuk seçimi imkânı vermez. Uygulanacak hukuk ile fikrî hakkın ihlâlî arasında bir bağlantı bulunmalıdır<sup>21</sup>.

## II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ GÖRÜŞLER

Karşılaştırmalı hukukta, fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukukun *lex loci protectionis* (koruma ülkesi hukuku) olduğu büyük bir çoğunlukla kabul edilir. Bununla birlikte fikrî mülkiyet hakkı ihlâlîleri, haksız fiil niteliğinde olduğundan, fikrî mülkiyete ilişkin uyumsuzluklarda fiilin işlendiği yer hukukunun (*lex loci delicti*) da dikkate alınabileceği ileri sürülmüştür. Ancak bu yaklaşım, kabul edilmiştir. Örneğin eski Hollanda Uluslararası Özel Hukuk Yasası madde 3/1 hükmünde; haksız fiille-

Yayınları 2008) 248. Aynı yönde bkz. Bengi Sargın, *Yabancı Ursulu Televizyon Program Formatlarının Korunması* (1th edn, Yetkin 2020) 120.

<sup>19</sup> Çelikel and Erdem (n 4) 375.

<sup>20</sup> Çelikel and Erdem (n 4) 376; Erdem (n 5) 104. Telif haklarında *lex loci protectionis*, koruma talep edilen ülke hukukudur. Telif hakkının herhangi bir formaliteye gerek duymaksızın varlık kazanıyor olması, hakkın tanındığı ve korunduğu ülkelerin her birinde hakkın, bağımsız bir şekilde ve koruma ülkesinin hukuk düzeni çerçevesinde ele alınması sonucunu doğurur: Ayşenur Öztürk, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı, VII Levha 2019) 120 vd.

<sup>21</sup> Lale Ayhan İzmirli, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlâlî ve Korunması* (1th edn, Seçkin 2012) 101.



re, fiilin işlendiği yer (*lex loci delicti*) hukukunun uygulanacağı kabul edilmişti. Dolayısıyla Hollanda hukukunda, fikrî mülkiyete ilişkin haklar için özel bir düzenlemeye yer verilmemişti. Bu dönemde bazı mahkemeler fikrî mülkiyet haklarını fiilin işlendiği yer hukukuna (*lex loci delicti*) tâbi tutmuşlarsa da Hollanda Yüksek Mahkemesi, tutarlı bir şekilde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin uyuşmazlıklarda *lex loci protectionis* kuralını uygulamıştır<sup>22</sup>. Benzer şekilde Avusturya Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Birleştirilmiş Federal Kanun<sup>23</sup> m.34/1 hükmünde de fikrî mülkiyet haklarına fiilin işlendiği yer (*lex loci delicti*) hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak yargı kararıyla Kanundaki hükmün, *lex loci protectionis*’e işaret ettiği kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Yine “koruma ülkesi” kuralına ilişkin farklı kanunlarda, farklı ifadeler yer verilmişse de bu ifadelerin tamamının *lex loci protectionis* kavramına karşılık kullanıldığı öğreti ve mahkeme kararlarında belirtilmektedir. Örneğin Roma II Tüzüğü<sup>25</sup> m.8/1 hükmündeki “... law of the country for which protection is claimed” ifadesinin “the law of the country for which protection is sought” ifadesi ile aynı olduğu ve *lex loci protectionis* kavramına karşılık kullanıldığı kabul edilir<sup>26</sup>. Yine Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu<sup>27</sup> m.93/1 hükmündeki “governed by the law of the State for the territory of which the protection of the intellectual property is sought” ya da İsviçre Federal Milletlerarası

Özel Hukuk Kanunu (PILA)<sup>28</sup>ndaki “the law of the state for which protection of the intellectual property is sought” ifadeleri, *lex loci protectionis* kavramının karşılığı şeklinde kullanılır. Bu noktada Türk öğreti ve kanun koyucusunu etkilemiş ülke hukuklarında *lex loci protectionis* kuralının nasıl uygulandığı ve anlaşıldığının ayrıntılı olarak incelenmesinde fayda mülhaza etmekteyiz.

## A. İSVİÇRE HUKUKUNDAKİ YAKLAŞIM

Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda yer alan fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk başlıklı 23’üncü maddenin mehzazı, İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PILA) m.110 hükmüdür<sup>29</sup>. Türk hukukundaki ağırlıklı görüşle benzer olarak İsviçre hukukunda da hükmün, fikrî mülkiyet hakkının ortaya çıkışı, içeriği, ihlâli, korunması ve sona ermesi gibi hukukî konuların tamamına uygulanacağı kabul edilir<sup>30</sup>. Hüküm, fikrî hakkın tâbi olduğu hukuku “Intellectual property rights are governed by the law of the state for which protection of the intellectual property is sought” ifadesiyle açıklamıştır. Kanundaki hüküm, öğretiler Doğan tarafından “Fikrî mülkiyet hakları bu hakların korunmasının talep edildiği ülke hukukuna tâbidir.” şeklinde Türkçeye çevrilmiştir<sup>31</sup>. MÖHUK’un mehzazı olması sebebiyle İsviçre öğretisinde hükme ilişkin açıklamalar, *lex loci protectionis* kavramının açıklanmasında önem taşımaktadır.

İsviçre hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi fikrî mülkiyet haklarına “koruma ülkesi hukuku” (*Schutzlandanknüpfung, lex loci protectionis*) uygulanacağı ifade edilir<sup>32</sup>. Bu hukukta da *lex loci protectionis* ya da koruma ülkesi hukuku, mülkîlik ilkesine dayanır<sup>33</sup>. MÖHUK’ta olduğu gibi İsviçre Federal Kanunu’nda da “koruma ülkesi hukuku”

<sup>22</sup> Hollanda Yüksek mahkemesi 1936 yılından beri Bern Sözleşmesi m.5/1 hükmünü esas almış ve fikrî haklara ilişkin uyuşmazlıklarda *lex loci protectionis* kuralını uygulamıştır: Paul L. C. Torremans, “The Law Applicable to Copyright Infringement on the Internet” (2016) (4) Netherlands Private International Law (NIPR) 1, 8.

<sup>23</sup> Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für IPR-Gesetz, Fassung vom 29.10.2023, <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>>, accessed 29.10.2023.

<sup>24</sup> Avusturya OGH, T. 28.09.1993, 4Ob125/93, Adolf Loos-Werke II.

<sup>25</sup> Regulation (Ec) No 864/2007 Of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF>>, accessed 30.10.2023.

<sup>26</sup> Torremans (n 22) 8.

<sup>27</sup> Paul Torremans and Caroline Clijmans “Belgien: Law of July 16, 2004, Holding the Code of Private International Law”, *RabelsZ* (2006), 358-397 <<https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>> accessed 30.10.2023.

<sup>28</sup> Federal Act on Private International Law (PILA), <[https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776\\_1776\\_1776/en](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en)> accessed 25.10.2023.

<sup>29</sup> Güngör (n 4) 172.

<sup>30</sup> Jolanta Kren Kostkiewicz, *IPRG/LugÜ Kommentar Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, LuganoÜbereinkommen und weitere Erlasse* (2th Edn, Orell Füssli Verlag AG 2019) 7.

<sup>31</sup> Doğan, Yılmaz and Ayhan İzmirlî (n 4) 394.

<sup>32</sup> Kostkiewicz (n 30) 230; Vischera and Mosimann (n 2) 198; Zürich Obergericht, T: 07.04.2014, HG110271-O U/dz, 7.

<sup>33</sup> Vischera and Mosimann (n 2) 202.

tabiriyle hangi hukukun kastedildiği açıkça zikredilmemiştir<sup>34</sup>. Benzer şekilde başvuru koruma ülkesi hukukunun uygulanma alanının hangi kanun tarafından tespit edileceğine ilişkin bir belirlemeye de yer verilmemiştir<sup>35</sup>. Dolayısıyla bu noktadaki soruların cevabını öğreti açıklamaya çalışır.

Öğretinin kabul ettiği haksız fillerdeki esasları dikkate alan geleneksel fikrî mülkiyet hakları yaklaşımına göre, *lex causae*'nin uygulanma alanının kapsamı, *lex fori* tarafından belirlenir. Bu yaklaşıma göre, bir fikrî mülkiyet hakkının ne zaman ihlâl edildiği sorusuna *lex causae* olarak esasen *lex fori* cevap vermektedir<sup>36</sup>. Ancak günümüzde İsviçre'de kabul edilen ikinci yaklaşıma göre, geleneksel yaklaşımdan ayrı olarak fikrî mülkiyet hakkında davacı, hakkın korunmasını talep ederek onu belirli bir mevzuata devreder<sup>37</sup>. Dolayısıyla *lex loci protectionis*, dolaylı bir şekilde davacı tarafından belirlenir<sup>38</sup>. Başka bir ifadeyle, fikrî haklarda, soyut bir şekilde belirlenmiş bağlama kuralının aksine fikrî hakkın dolaylı olarak davacının kendisi tarafından bir hukuka devredildiği bir sistem vardır<sup>39</sup>. Davacının tespit ettiği *lex loci protectionis*, *lex causae* olarak somut olaya uygulanabilirliğini, yani kendi mahallî uygulama alanını ise bizzat kendisi belirler<sup>40</sup>. Zira egemen devletler, fikrî mülkiyete ilişkin maddî hukukunun mahallî uygulama alanını kendileri tespit etmektedir. Bu anlamda İsviçre mahkemesi önünde açılan bir davada, davacının fikrî hakkın korunmasını talep ettiği ülke hukuku (*lex loci protectionis*), *lex causae* olarak uygulanma alanını kendisi belirleyecek ve İsviçre mahkemesi, somut uyuşmazlık konusu açısından aşırı (*exorbitant*) olmadıkça davacının ileri sürdüğü hukuka göre kararını verecektir<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Kostkiewicz (n 30) 230.

<sup>35</sup> Vischera and Mosimann (n 2)202.

<sup>36</sup> Ibid 202.

<sup>37</sup> Zürich Obergericht, T: 07.04.2014, HG110271-O U/dz, 7, 8.

<sup>38</sup> Kostkiewicz (n 30) 230.

<sup>39</sup> Ibid 230.

<sup>40</sup> Vischera and Mosimann (n 2) 202; Kostkiewicz (n 30) 230. Konu hakkında bkz. Erdem (n 5) 105 vd.

<sup>41</sup> Bu anlamda yabancı hukukun somut olaya uygulanmasında *lex causae*'nin mahallî uygulama alanı gibi İsviçre Kanunundaki kamu düzeni hükmü (PILA m.17) ile istisna hükmü (PILA m.15) dikkate alınacaktır: Vischera and Mosimann (n 2) 203; Erdem (n 5) 107.

Görüldüğü üzere İsviçre hukukunda da fikrî mülkiyet hakları, "koruma talep edilen ülke hukuku"na tâbidir. Başka bir deyişle zarar gören taraf, hangi devlet için koruma talep etmişse uyuşmazlığa o ülke hukuku uygulanacaktır. Hakkın birden fazla ülkede ihlâl edildiğinin iddia edildiği hâllerde ise davacının hakkının korunmasını talep ettiği tüm hukuklar, *lex loci protectionis* olarak uygulanacaktır (*mosaikprinzip/mosaic principle*)<sup>42</sup>. Ancak bu noktada bir ihlâl eyleminin gerçekten var olup olmadığı, her bir ülkede, o ülkenin maddî hukukuna göre değerlendirilecektir<sup>43</sup>. Bir başka ifadeyle haktan yararlanıldığı ya da hakkın ihlâlinin gerçekleştirildiği iddiası, her bir koruma ülkesi için kendi hukukuna göre cevaplandırılır<sup>44</sup>. Örneğin, İsviçre hukukunun "koruma ülkesi hukuku" olarak uygulanmasının talep edildiği hâllerde bu hukuk, sadece zararın ya da hakkın hukuka aykırı olarak etkilendiği yerin İsviçre'de bulunması halinde uygulanabilecektir<sup>45</sup>.

Esasen İsviçre'de fikrî mülkiyet hakkının kökenine ilişkin tüm soruların her bir koruma ülkesi için kendi hukukuna göre ayrı ayrı cevaplandırılması, telif hakları açısından eleştirilmiştir. Bu sebeple öğretilde, telif hakları bakımından evrensel bir korumanın sağlanabilmesi adına *lex originis* (menşe yeri) kuralı önerilmiştir<sup>46</sup>. *Lex originis*, hakkın kaynaklandığı, hakkı tanyan menşe ülkeye işaret eder<sup>47</sup>. Ancak bu kuralının telif hakları açısından en önemli sorunu, hakkın nerede ortaya çıktığının tespitinin zorluğu-

<sup>42</sup> Hakkın tanındığı ülkelerin her birinde, birbirinden bağımsız fikrî hakkın mevcut oluşu fikrî haklar demetini oluşturacak, bu ülkelerin kanunları ise kanunlar ihtilâfi mozağını meydana getirecektir: Nadine Klass, "Das Urheberkollisionsrecht der ersten Inhaberschaft - Plädoyer für einen universalen Ansatz", (2007) (5) GRUR Int 373, 374.

<sup>43</sup> Laimer (n 7)155.

<sup>44</sup> Zürich, Obergericht, T: 07.04.2014, HG110271-O U/dz, 8; Helena Pullmannová "International Jurisdiction and the Law Applicable to Disputes Arising From Infringement of the Right to a Trade Name as an Industrial Property Right", (2022) (18) Croatian Yearbook of European Law and Policy 107, 124.

<sup>45</sup> Fiilin nerede işlendiği ise bu tespitte önemsizdir: Kostkiewicz (n 30) 230.

<sup>46</sup> Yavuz Kaplan, *İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (1th edn, Seçkin 2004) 172. Telif hakkı bakımından ülkeselliğin eleştirilmesin ilişkin bkz. Klass (n 42) 373-386; Annette Kur and Ulf Maunsbach "Choice of Law and Intellectual Property Rights", (2019) 6(1) Oslo Law Review, 43, 54.

<sup>47</sup> Dardağan Kibar (n 7) 441.

dur<sup>48</sup> ve kuralın telif hakları için uygulanabilirliği mahkemelerce de kabul edilmemiştir. Örneğin İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinin önüne 2010 yılında gelen bir davada, Fransız yayın şirketinin yaptığı televizyon yayınlarının, davacının telif hakkını ihlâl ettiği ileri sürülmüş ve davacının telif hakkının İsviçre hukukuna göre korunması talep edilmiştir. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, incelediği bu davada, öğretinin aksine telif hakları bakımından da koruma ülkesi hukukunun uygulanacağına hükmetmiştir<sup>49</sup>. Yine Zürih Yüksek mahkemesi de özellikle bilimsel, teknik ve tıbbî disiplinlerde yayın yapan Hollanda menşeli bir limited şirketle Alman ticaret siciline kayıtlı iki ayrı limited şirketin yayınlarının davalı tarafından kopyalanıp müşterilerine iletilmesi sebebiyle açılan davada, telif hakkı için koruma ülkesi hukuku (*lex loci protectionis*) kuralının uygulanacağına karar vermiştir<sup>50</sup>.

Sonuç olarak yapılan tüm bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere İsviçre hukuku, sınai mülkiyet haklarını ve telif haklarını *lex loci protectionis*e tâbi kılmakta ve kuralının gösterdiği hukuku; fikrî hakkın doğumu, içeriği, sona ermesi ve ihlâl gibi tüm hukukî sorunlara uygulanacağını kabul etmektedir. Yine İsviçre’de *lex loci protectionis*’in davacıya bir hukuk seçimi imkânı sunmadığı, aksine haktan yararlanma ve hakka tecavüz iddiaları için her bir koruma ülkesi hukukunun ayrı ayrı uygulanacağı zikredilmektedir.

## B. AVUSTURYA HUKUKUNDAKİ YAKLAŞIM

Avusturya hukuku da *lex loci protectionis* kavramının anlaşılmasında incelenmesi gereken önemli hukuklardan birisidir. Avusturya Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Birleştirilmiş Federal Kanun m.34/1 hükmü, açıkça koruma ülkesi hukukundan bahsetmez. Ancak hükmün *lex loci protectionis*e işaret ettiği ve fikrî mülkiyet haklarına *lex loci protecti-*

*onis*’in uygulanacağı, öğretilerde ve mahkeme kararlarında kabul edilir<sup>51</sup>.

Avusturya Federal Kanunu “... *Recht des Staates zu beurteilen, in dem eine Benützung- oder Verletzungshandlung gesetzt wird (clearly to the law of the State where the act of exploitation or infringement occurred)*” ifadeleri ile fikrî mülkiyet hakkının ortaya çıkışının, içeriğinin ve sona ermesinin haktan yararlanıldığı ya da hakkın ihlâlinin gerçekleştirildiği devletin hukukuna göre değerlendirileceğini hüküm altına almıştır<sup>52</sup>. Kanun’un açıklamalarında, bu ifadenin “haksız fiilin işlendiği yer” hukukuna işaret ettiği belirtilmiştir<sup>53</sup>. Ancak Avusturya Yüksek Mahkemesi, haksız fiilin işlendiği yer kriterine işaret ettiği kabul edilen bu kuralı, “koruma ülkesi hukuku (*lex loci protectionis*)”na dönüştürmüştür.

Avusturya Yüksek Mahkemesi, 1993 tarihinde verdiği kararında, Avusturya İstinaf Mahkemesinin, “*Telif hakkı ihlâli birden fazla devlette işlenmiş olsa bile her zaman tek bir hukuk sistemine göre değerlendirilecektir.*” yönündeki hukukî görüşüne, davacının yaptığı olağanüstü itirazı kabul etmiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesinin incelediği somut uyuşmazlık konusu olayda, muris sanatçı Adolf Loos’un eserleri; Berlin, Fransa, Avusturya gibi farklı yerlerde kullanılmıştır. Avusturya’da bir meslek birliği olan davacı ise eserlerin malî hakkının kendisinde olduğunu ifade ederek en azından eserlerin Avusturya’da yayımlandığı ölçüde hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla dava açmıştır<sup>54</sup>. Mahkeme verdiği kararında, Avusturya Federal Kanunu m.34/1 hükmünde fikrî mülkiyet haklarına “koruma ülkesi hukuku”nun uygulanacağını düzenlediğini açıkça ifade etmiştir. Dolayısıyla mahkemeye göre fikrî mülkiyet haklarının varlığı ve korunması *lex loci protectionis*e tâbidir. Buna göre davacı, birden fazla ülkede sahip olduğu bir fikrî mülkiyet hakkının davalı tarafından bu ül-

<sup>48</sup> *Lex originis*’in kural olarak telif hakkının ilk kez yayımlandığı yer olduğu kabul edilir. Ancak bu yer de eleştirilere açıktır. Benzer şekilde *lex originis*’in hak sahibinin vatandaşlığı, mutad meskeni veya eserin yaratıldığı yer ya da bunların ortak bir kombinasyondan oluşabileceği de kabul edilebilir: Klass (n 42) 377, 378. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklarda menşe yeri hukukunun belirlenmesi hakkındaki görüşler için bkz. Dardağan (n 5) 110 vd.

<sup>49</sup> BGE, T: 12.01.2010, 136 III 232 E. 5.

<sup>50</sup> Zürih Obergericht, T: 07.04.2014, HG110271-O U/dz.

<sup>51</sup> Torremans (n 22) 9. Erdem’de Avusturya Federal Kanunu’ndaki bu ifadenin *lex loci protectionis*e karşılık geldiğini ifade eder: Erdem (n 5) 91.

<sup>52</sup> Bundesrecht konsolidiert: Gesamte Rechtsvorschrift für IPR-Gesetz, Fassung vom 29.10.2023, <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426>>, m.34/1.

<sup>53</sup> Torremans (n 22) 9.

<sup>54</sup> Avusturya OGH, T: 28.09.1993, 4Ob125/93, Adolf Loos-Werke II, 1-3.

kelerin tamamında veya bir kısmında ihlâl edildiğini iddia ederse, çeşitli ülkelerde işlenen fiiller, her bir ülkede gerçekleşen ihlâl için ilgili devletin hukukuna göre değerlendirilir. Dolayısıyla ihlâl fiilleri birden fazla ülkede işlenmişse, hukukî değerlendirme, koruma ülkesi sayısı kadar hukuk sistemine dayanmalıdır<sup>55</sup>. Mahkemeye göre, davacı iddialarını belirtilirken açıkça yabancı bir ülkenin hukukuna göre de koruma talep ettiğini ifade etmelidir. Somut olayda bu noktada bir açıklık bulunmadığından, hakkın korumasının yalnızca Avusturya için talep edildiği varsayılmalıdır. Bu durumda, en azından Avusturya'da işlendiği iddia edilen telif hakkı ihlâli, Avusturya yasalarına uygun bir şekilde değerlendirilmelidir. Bununla birlikte davacı genel olarak “yurtdışı”ndaki ihlâllerden de söz etmiştir. Ancak özel olarak yalnızca Federal Almanya Cumhuriyeti hukukundan bahsetmiştir. Avusturya'da basılan kitapların çoğunun Almanca konuşulan bölgelerde, özellikle de Federal Almanya Cumhuriyeti'nde dağıtıldığı doğrudur. Ancak bunun her durumda gerçekleştiği kesin bir şekilde söylenemeyecektir. Zira yayıncının -yasal engeller nedeniyle- eseri belirli bir ülkede dağıtmaktan bilinçli bir şekilde kaçındığı göz ardı edilemez. Bu anlamda davacının, aynı zamanda Federal Almanya Cumhuriyeti'nde bir ihlâl eyleminin bulunduğunu iddia ettiği ve Alman toprakları için de bir koruma talep ettiği kabul edilebilir. Eserin Federal Alman Cumhuriyeti topraklarında da dağıtımın kanıtlanması halinde, *lex loci protectionis* Alman hukuku da olacağından, mülkîlik ilkesi gereğince, Almanya'da gerçekleşen ihlâller sebebi ile de bir ihtiyati tedbir talebinin gerekip gerekmediği Alman hukukuna göre değerlendirilecektir<sup>56</sup>.

Görüldüğü üzere her ne kadar Avusturya Federal Kanunu m.34/1 hükmünde fikrî mülkiyet hakkının “fiilin işlendiği yer hukukuna” tâbi olacağı ifade edilmişse de bir önceki paragrafta bahsedilen karardan da anlaşılacağı üzere Avusturya Yüksek Mahkemesi, fikrî haklara “koruma ülkesi” hukukunun uygulanacağını ve birden çok ülkede gerçekleşen ihlâllerde ise “koruma ülkesi” hukukunun dağıtıcı bir uygulamaya sahip olacağını ifade etmiştir<sup>57</sup>. Böylece

Avusturya hukukunda da birden fazla ülkede gerçekleşen ihlâllerde davacının, hakkının korunmasını talep ettiği her bir ihlâl yeri hukuku, fikrî hakkın mülkîliği uyarınca kendi ülkesinde meydana gelen ihlâlle sınırlı uygulama alanı bulmaktadır.

### C. ALMAN HUKUKUNDAKİ YAKLAŞIM

Alman hukukunda da fikrî mülkiyet haklarının “koruma ülkesi hukukuna” yani *lex loci protectionis*'e tâbi olduğu kabul edilir<sup>58</sup>. Bu anlamda koruma ülkesi hukuku, ihlâl iddiasına konu eylemin topraklarında gerçekleştiği devletin hukukudur<sup>59</sup>. Koruma ülkesi hukuku, bir fikrî hak ihlâlinin tüm maddî yönlerine uygulanacaktır. Örneğin fikrî hakkın ortaya çıkışı, varlığı sorunu ya da ihlâl olaylarının hukukî değerlendirilmesi ve ihlâlin hukukî sonuçları bu hukuka tâbidir<sup>60</sup>. Alman hukukundaki bu yaklaşım sınav mülkiyet haklarının yanında, telif hakkı bakımından da geçerlidir<sup>61</sup>. Birden fazla ülkede gerçekleşen ihlâllerde davacının, hakkının korunmasını talep ettiği her bir ihlâl yeri hukukunun, kendi ülkesinde meydana gelen ihlâlle sınırlı olarak uygulama alanı bulacağı anlayışının (*mosaic principle*) Alman hukukunda da benimsendiği, ayrıca *lex loci protectionis*'in davacıya bir hukuk seçimi imkânı sağlamadığı kabul edilmektedir<sup>62</sup>.

Alman öğretisinde kabul edilen *lex loci protectionis* yaklaşımı mahkeme kararlarında da görülür. Duesseldorf Bölge Mahkemesinin verdiği bir kararda Mahkeme, telif hakları bakımından da mülkîlik ilkesi uyarınca *lex loci protectionis* kuralının uygulanacağına ve her bir ihlâl ülkesi hukukunun kendi ülkesinde meydana gelen ihlâlle sınırlı uygulama alanı bulacağına (*mosaic principle*) karar vermiştir. Mahkemeye göre;

<sup>58</sup> Dardağan Kibar (n 7) 442.

<sup>59</sup> Martin Fähndrich and Arne Ibbeken “Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht im Falle grenzüberschreitender Verletzungen (Verletzungshandlungen) der Rechte des geistigen Eigentums (Q174) Bericht für die deutsche Landesgruppe” (2003) (7) GRUR Int 616, 619.

<sup>60</sup> Ibid 619.

<sup>61</sup> Thomas Hoeren “Kollisionsrechtliche Anknüpfungen in internationalen Datennetzen”, in Hoeren Thomas, Sieber Ulrich and Holznagel Bernd (eds), *Hanbuch Multimedia-Recht* (59th edn, C.H. Beck 2023) 9; Dardağan Kibar (n 7) 442.

<sup>62</sup> Duesseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi, 2 U 11/18, T: 17.10.2019, (paragraf 109).

<sup>55</sup> Avusturya OGH, T: 28.09.1993, 4Ob125/93, Adolf Loos-Werke II, 4.

<sup>56</sup> Avusturya OGH, T: 28.09.1993, 4Ob125/93, Adolf Loos-Werke II, 5.

<sup>57</sup> Torremans (n 22) 9.

“Mevcut davada Alman hukuku uygulanır ve bu durum, mülkîlik ilkesinden kaynaklanır. Mülkîlik ilkesine göre telif hakkı, yalnızca onu tanıyan devletin topraklarında geçerlidir. Dolayısıyla eser sahiplerinin tek bir kanuna tâbi, tek tip bir telif hakkı sahipliğinden değil, hakkı tanıyan her bir devlette ulusal bir hak sahipliği ve böylece telif hakları demetine sahip olmalarından bahsedilir (mosaic principle<sup>63</sup>). Buna göre, sınır ötesi bir hak ihlâli durumunda, mozaik görüşüne uygun olarak ilgili tüm hukuk sistemleri uygulanabilir, ancak her hukuk yalnızca kendi sınırları içerisinde uygulanma kabiliyetine sahiptir. Mülkîlik ilkesi “koruma ülkesi” ilkesine atıfta bulunur. Bu ilkeye göre, koruma talep edilen ülkenin telif hakkı kanunu, telif hakkı ve bağlantılı haklara ilişkin tüm sorular için geçerlidir (lex loci protectionis). Davacının somut olayda, Alman mahkemesi önünde yalnızca Alman Telif Hakkı Yasası’na başvurması durumunda, aynı zamanda yalnızca Almanya sınırları içerisinde koruma talep edildiği sonucuna varılır. Mevcut davada, davacı Urheberrechtsgesetz-UrhG (Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Kanunu/Act on Copyright and Related Rights)’e başvurmakta ve Federal Almanya Cumhuriyeti topraklarına ilişkin bir tedbir kararı verilmesini talep etmektedir<sup>64</sup>.”

Hamburg Yüksek Bölge Mahkemesi ile Federal Adalet Divanı da aynı somut olayı ele aldığı kararlarında, “koruma ülkesi hukuku”nun uygulanma alanının, yalnızca kendi ülkesinde meydana gelen ihlâllerle sınırlı olduğuna karar vermiştir<sup>65</sup>. Somut uyuşmazlık konusu olayda, yaklaşık 40 oteli bulunan davacı şirket, 1970’lerin başından beri ticarî faaliyetlerinde “Maritim” ifadesini, 1989 yılından itibaren de Almanya’da tescilli “Maritim” markasını kullanmaktadır. Davalı ise 1994 yılından beri “HO-

TEL Maritime”, ticarî markasının Danimarka’daki sahibidir. Aynı zamanda davalı, Kopenhag’da “Hotel Maritime” adı altında bir otel de işletmektedir. Davalı, otelin reklamlarını, içerisinde Almancanın da bulunduğu çok dilli bir broşürle yapmakta ve talep üzerine, bu otel broşürünü İngilizce bir ön yazıyla Almanya’daki muhataplarına da göndermektedir. Buna ek olarak davalı, 1996 yılından beri www.hotel-Maritime.dk alan adını kullanmaktadır. İnternet sayfası aracılığıyla, oteli hakkında Almancanın yanı sıra Danca ve İngilizce dillerinde bilgiler de sunmaktadır. Ayrıca müşterilerine Almanca online rezervasyon yapma imkânı da vermektedir. Davacı, davalının reklam broşürlerinin Almanya’ya gönderilmesi ve www.hotel-Maritime.dk üzerinden Almanca reklamlar yapmasının, Markengesetz-MarkenG (Ticarî Marka Kanunu)’in 14. ve 15. bölümleri uyarınca davacının ticarî marka haklarını ihlâl ettiği iddiasıyla Almanya’da dava açmıştır. Federal Adalet Divanı’na göre; “Fikrî mülkiyet hukukunda belirleyici olan mülkîlik ilkesine göre, başvuru sahibinin yerel markasının korunması, koruma ülkesinin hukukuna ve dolayısıyla Alman hukukuna tâbidir. Ülkesellik ilkesi temelinde, bir yerel markanın veya bir yerel şirket markasının koruma kapsamı, Federal Almanya Cumhuriyeti topraklarıyla sınırlıdır. Bu nedenle, § 14 II No. 2, V MarkenG veya § 15 II, IV MarkenG uyarınca ihtiyati tedbir talebi, Almanya’da marka hakkını ihlâl eden bir kullanım eylemini gerektirir<sup>66</sup>. Diğer bir ifadeyle mahkeme, internet ortamında gerçekleşen işlemlerde marka hakkı korumasında da mülkîliğin dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Federal Adalet Divanı’na göre, fikrî hakkın internet ortamında gerçekleşen bir ihlâl üzerine korunabilmesi için davalının internet ortamındaki faaliyetlerinin, davacının, koruma ülkesi hukuku topraklarındaki ticarî faaliyetleri üzerindeki ekonomik etkisinin yoğun olmasını gerektirir<sup>67</sup>. Somut olayda, “Davalı,

<sup>63</sup> Mosaic principle kavramına karşılık olarak, “ülkesel olarak koruma altına alınan parsellerin bölünmesi”, “ülke içi bir temel yapı taşının mozaik biçimine dönüşmesi” ya da “telif haklarının yamalı bir halıya benzemesi” gibi ifadeler de kullanılmıştır: Kaplan (n 46) 173.

<sup>64</sup> Duesseldorf Bölge Mahkemesi, 12 O 48/18, T: 17.04.2019 (paragraf 30).

<sup>65</sup> Somut olayda hem Hamburg Yüksek Bölge Mahkemesi hem de Federal Adalet Divanı aynı yönde karar verdiğinden çalışmamızda yalnızca Federal Adalet Divanı kararının açıklanmasıyla yetinilmiştir.

<sup>66</sup> Bundesgerichtshof, BGH, 163/02, T: 13. 10. 2004, S. 432 (2a). Ayrıca bkz. OLG Hamburg, 3 U 312/01, 02.05.2002.

<sup>67</sup> Duesseldorf Bölge Mahkemesi, telif hakkına ilişkin verdiği bir kararında da “Ülkesellik ilkesi nedeniyle, yerel bir telif hakkının korunmasının kapsamı Federal Almanya Cumhuriyeti toprakları ile sınırlıdır. Bu nedenle, UrhG (Alman Telif hakkı Kanunu) madde 97 (1)’den hareketle bir ihtiyati tedbir talebi, Almanya’da Urheberrechtsgesetz-UrhG (Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Kanunu/Act on Copyright and Related Rights)’i ihlâl eden bir kullanım eylemini gerektirir. Mevcut davada ise söz konusu olan sınır ötesi bir ihlâldir. Böyle bir sınır ötesi eylemi Almanya’da da hakkı ihlâl edici bir kullanım eylemi

hizmetlerini yalnızca Kopenhag'daki otelinin bulunduğu yerde sunabilir. Burası davacının ticarî marka haklarının mülki koruma kapsamı dahilinde değildir... Davalının internetteki reklamları Almanca olsa bile, davalının hizmetlerini yalnızca Kopenhag'da sunabilmesi ve itiraz edilen davranışın başvuru sahibinin Almanya'daki ticarî faaliyetleri üzerindeki ekonomik etkisinin marjinal olması, Almanya ile yeterli bir yurt içi bağlantı kurulmasına engeldir.<sup>68</sup> Bu sebeple Alman marka kanunun uygulama alanının mülki olduğuna ve Kopenhag'da gerçekleşen ihlaller bakımından Almanya'da tescilli marka hakkının Alman hukuku uyarınca korunamayacağına karar verilmiştir. Dolayısıyla karar, fikrî hakların, fikrî haktan yararlandırıldığı ya da hakkın ihlâl edildiği yer hukukuna tâbi olduğunu ve davacının bir hukuk seçimi imkânına sahip olmadığını açıkça göstermiştir.

#### D. ROMA II TÜZÜĞÜ m.8/1 HÜKMÜNE İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

Roma II Tüzüğü m.8/1 hükmünde "... *an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed.*" ifadeleriyle fikrî mülkiyet haklarının tâbi olduğu hukuk belirlenmiştir. Bu ifadenin *lex loci protectionis* anlamına geldiği ise Tüzüğün dibacesinin 26'ncı paragrafında açıkça belirtilmiştir<sup>69</sup>. Benzer şekilde hükmün "koruma ülkesi hukuku"na işaret ettiği Uluslararası Hukuk Derneği'nin Fikri Mülkiyet ve Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Kılavuz İlkeleri'nce den (Kyoto Kılavuz İlkeleri) yinelenmiştir<sup>70</sup>.

*olarak değerlendirilebilir için yerel bir referans gerekir. Aksi halde, fikrî mülkiyet haklarının korunmasının sınırsız bir şekilde genişletilmesi riski doğar. Dolayısıyla internet ortamında bulunan ve yurt içinde erişilebilen her içerik ulusal hukuk sisteminin korumasına tabi değildir.*" ifadelerine yer vermiştir. Karar için bkz. Duesseldorf Bölge Mahkemesi, 12 O 48/18, 17.04.2019 (paragraf 33).

<sup>68</sup> Bundesgerichtshof, BGH, 163/02, T: 13. 10. 2004, 432 (I). Ayrıca bkz. OLG Hamburg, 3 U 312/01, 02.05.2002.

<sup>69</sup> Regulation (Ec) No 864/2007 Of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:199:0040:0049:EN:PDF>>, accessed 30.10.2023; Pullmannová (n 44) 121; Hoeren (n 61) 9.

<sup>70</sup> Marie-Elodie Ancel, Nicolas Binctin, Josef Drexler and others International Law Association's Guidelines on Intellectual Property and Private International Law ("Kyoto Guidelines"): Applicable Law, <[https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4189&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4189&context=faculty_scholarship)> 2021, accessed 31.10.2023, 45.

Uluslararası özel hukuk ve fikrî mülkiyetle ilgilenen uluslararası kuruluşlar olarak Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı ve Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü, milletlerarası özel hukukun fikrî mülkiyet hukukuyla buluştuğu noktayı ele alma ihtiyacıyla bir kılavuz hazırlamışlardır<sup>71</sup>. Kılavuz, Anglo-Amerikan hukuk sisteminin, fikrî haklar bakımından haksız fillerde geçerli olan *lex loci delicti* kuralını tercih ettiğini ifade etmiştir<sup>72</sup>. Yine Roma II Tüzüğü m.8/1 hükmünün, Avrupa birliğinde geçerli olan *lex loci protectionis*'i tercih ettiğini ve hükmün, tarafların hukuk seçimi yapabilmesine izin vermediğini açıklamıştır. Ayrıca Kılavuzda, *lex loci protectionis* kuralının, ihlâl fiilinin işlendiği devletin hukukuna işaret ettiği de belirtilmiştir<sup>73</sup>. Başka bir deyişle Kılavuz uyarınca fikrî hak, hak sahibinin hakkının o ülkede ihlâl edilmesi sebebi ile hakkının korunmasını talep ettiği ülke hukukuna tâbidir.

Benzer şekilde öğretilerde de Roma II Tüzüğüne ilişkin görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin, İsviçre öğretisinde PILA m.110/1 hükmü (*state for which protection of the intellectual property is sought*) ile Roma II Tüzüğü m.8/1 (*law of the country for which protection is claimed*) hükümlerinin lafız itibarıyla farklılık taşımasına rağmen anlam ve içerik itibarıyla *lex loci protectionis* kavramına karşılık kullanıldığı

<sup>71</sup> Annabelle Bennett, Sam Granata and others When Private International Law Meets Intellectual Property Law a Guide for Judges, <[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_1053.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1053.pdf)> accessed 02.10.2023, 6, 7.

<sup>72</sup> Kılavuzla göre her ne kadar *lex loci protectionis* ve *lex loci delicti* teorik açıdan farklı olsa da iki yaklaşımın pratik sonuçları büyük ölçüde benzerdir. Örneğin hak sahibinin Fransa'da gerçekleşen ihlâl ile ilgili olarak Fransa'da açtığı davada, bağlama noktası olarak *lex loci delicti*'nin uygulanması ya da *lex loci protectionis*'in uygulanması halinde somut olaya, Fransız telif hakkı yasası uygulanacaktır: Bennett, Granata and others (n 71) 52.

<sup>73</sup> Ibid 57. ABAD'ın önüne gelen *Titus Alexander Jochen Donner* davasında hukuk sözcüsü, telif haklarında ülkesellik ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmiştir. Bu davada hukuk sözcüsü "Telif hakkı, hakka ilişkin faaliyetin ve bu faaliyetin ekonomik etkisinin ulusal topraklarda meydana gelmesi halinde korunabilir. Somut olayda hak sahibinin *lex loci protectionis* ilkesine göre telif hakkının ihlâl edildiğini iddia ettiği ülke Alman hukuku olduğundan, Alman hukuku, ihlâlin varlığı ya da yokluğuna karar verecektir." ifadeleri ile *lex loci protectionis* kuralının, ihlâl fiilinin işlendiği devletin hukukuna işaret ettiğini kabul etmiştir. Opinion of Advocate General Jääskinen delivered on 29 March 2012, Case C-5/11 Criminal proceedings against Titus Alexander Jochen Donner, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62011CC0005&from=LT>> accessed 30.11.2023, (paragraf 33).

ifade edilmektedir. Bu itibarla her iki hükmün de ne hukuk seçimi imkânı ne de başka bir bağlantı noktasından hareketle uygulanacak hukukun belirlenmesi imkânını sunduğu dile getirilmiştir<sup>74</sup>. Yine öğreti, konu hakkında çeşitli örnekler vererek Roma II Tüzüğü m.8/1 uyarınca uyumsuzluğa uygulanacak hukuku tespit etmeye çalışmıştır. Verilen bir örnekte, Alman tacirin, işletmesinin, Almanya’daki ticarî unvanı üzerindeki hakkının ihlâl edildiği iddiasıyla Polonya’da açtığı davada uygulanacak hukukun, diğer bir ifadeyle *lex loci protectionis*’in Alman hukuku olduğu belirtilmiştir<sup>75</sup>. Gerçekten de örneğe konu olan olayda hak, Almanya’da ihlâl edilmekte ve dolayısıyla da hak sahibi, hakkının korunmasını Alman hukukuna göre talep etmektedir. Verilen bir başka örnekte ise Avusturyalı bir telif hakkı sahibinin Fransa’da gerçekleşen ihlâl ile ilgili olarak Fransa’da açacağı ihlâl davasında uygulanacak hukukun, Fransız hukuku olacağı belirtilmiştir<sup>76</sup>. Yine Roma II Tüzüğü m.8/1 hükmüne göre de fikrî hakların ülkeselliği gereğince, davacının, hakkının birden çok ülkede ihlâl edildiğini iddia ettiği durumlarda taleplerin, ihlâl gerçekleştiği ülkelere bölüneceği (*mosaic principle/dépeçage*) kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Diğer bir deyişle her bir koruma ülkesi hukuku, kendi mahallî sınırlarını dikkate alarak kendi hukukuna göre hakkın ihlâlî ya da haktan yararlanmanın varlığı ya da yokluğu hakkında karar verecektir.

## E. ULUSLARARASI ORGANİZASYONLARIN DEĞERLENDİRMELERİ

Uluslararası Hukuk Derneği’nin Fikri Mülkiyet ve Uluslararası Özel Hukuka İlişkin Kılavuz İlkeleri

<sup>74</sup> Örneğin tarafların ortak bir mutad meskeni bulunması ya da taraflar arasındaki bir hukukî ilişkiden hareketle başka bir hukukun uygulanması mümkün değildir. Laimer (n 7) 155.

<sup>75</sup> Pullmannová (n 44) 121.

<sup>76</sup> Bennett, Granata and others (n 71) 52.

<sup>77</sup> Pullmannová (n 44) 122. Örneğin ABAD verdiği bir kararında, telif hakkının ülkesel olduğunu kabul etmiş ve ülke hukuklarının yalnızca kendi ülkesinde meydana gelen eylemler hakkında uygulanabileceğine karar vermiştir: Lagardère Active Broadcast v. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE), Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL), 14.07.2005, Case C- 192/04, <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=BB86FCA4FEDDC6EF8D351CB3A-A48C632?text=&docid=60584&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1063818>>, accessed 13.12.2023.

(Kyoto Kılavuz İlkeleri), yabancı unsurlu fikrî mülkiyet uyumsuzluklarında uygulanacak hukuk konusunu ele almaktadır. Kılavuz, fikrî mülkiyet haklarının varlığı, devredilebilirliği, kapsamı ve ihlâlîne ilişkin geleneksel kural olan *lex loci protectionis*’in uygulanabilirliğini teyit etmektedir<sup>78</sup>.

Kyoto Kılavuz İlkelerine göre *lex loci protectionis*, fikrî hak sahibinin hakkının o ülkede ihlâl edilmesi sebebiyle hakkının korunmasını talep ettiği ülke hukukudur. Bunu bir örnekle açıklayan Kılavuza göre A, X devletinde ikamet eden ve Y devletinde tescilli bir patentin sahibidir. A, X devletinde kurulmuş ve merkezi X devletinde bulunan bir şirket olan B’nin, A’nın Y devletindeki patentini ihlâl ettiğine inanmaktadır. Bu sebeple A, davalının yerleşim yeri olan X devletinde fikrî hakkının ihlâl edildiği gerekçesi ile dava açar. B ise davada A’nın Y devletindeki patentinin geçersiz olduğunu savunur. Kılavuza göre X Devleti mahkemesi, böyle bir olayda karar vermek için *lex loci protectionis* olarak Y Devleti hukukunu uygulamalıdır. Zira bir patent hakkı sahibi, patentinin Y devleti topraklarında korunmasını talep ediyorsa Y devleti *lex loci protectionis*’dir. Bu noktada patentin, korumanın talep edildiği devlette tescil edilmemesi ihtimalini de değerlendiren Kılavuza göre, koruma ülkesi hukukunda patent tescil edilmişse patent hukuku anlamında hak sahibini koruyacak yasal bir dayanak bulunmayacaktır<sup>79</sup>.

Kılavuz, Japonya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen “Card Reader Case” davasını da kendi yaklaşımını uygulayabilmek amacıyla örnek göstermiştir. Davada Japonya Yüksek Mahkemesi, somut uyumsuzluğa Amerikan Patent Kanununun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, Amerikan Patent Kanununun Japonya’da uygulanmasının, Amerikan kanunun bölge dışı (*extra-territorial*) bir uygulaması olacağına ve mülkîlik ilkesini ihlâl ederek Japonya’nın kamu düzenine aykırı olacağına hükmetmiştir. Kılavuza göre ise somut olayda uyumsuzluğa *lex loci protectionis*’in uygulanması mümkündür. Bu ihtimalde hak sahibi, patentini Japonya topraklarında korumak istediği için Japon hukuku *lex loci protectionis* olarak somut olaya uygulanabilecekti. Ancak patent, Japonya’da tescil edilmedi-

<sup>78</sup> Ancel, Binctin, Drexel and others (n 70) 44.

<sup>79</sup> Ibid 45.

ğinden hak sahibi, herhangi bir hukukî koruma elde edemeyecekti. Bu açıdan Kılavuza göre her ne kadar *lex loci protectionis* kuralının uygulanmasının sonucu ile Japon Yüksek Mahkemesinin sonucu birbiri ile aynı olsa da sonuca ulaşılan yolun farklılığı dikkat çekicidir<sup>80</sup>.

Kılavuza göre tescilden kaynaklanmayan diğer haklar için *lex loci protectionis* kavramı ise ilgili hak- kı tanıyan devletin hukukunu ifade eder. Hak sahibinin, davadaki iddialarını formüle ederken, hakkını hangi devletler için korumak istediğini belirlemesi gerekir. Bu nedenle, *lex loci protectionis* genellikle hak sahibinin koruma talep ettiği pazara karşılık gelir<sup>81</sup>. Dolayısıyla esasen Kılavuz uyarınca tescile tâbi olmayan diğer fikrî mülkiyet hakları bakımından *lex loci protectionis*'in de haktan yararlanıldığı ya da ihlâlin gerçekleştiği ülke hukukuna karşılık geldiği anlaşılabilir. Zira hak sahibi bu ülkelerde haktan yararlanıldığı ya da hakkın ihlâli iddiasıyla koruma talep edecektir.

Avrupa Parlamentosu tarafından 2021 yılında hazırlanan Avrupa Birliğinde Fikrî Mülkiyet Haklarının Sınır Ötesi Uygulanması (*Cross Border Enforcement of Intellectual Property Rights in EU*)<sup>82</sup> başlıklı raporda da Kyoto Kılavuzuyla aynı yönde bir yaklaşım benimsenmiştir. Raporda, *lex loci protectionis*'in tescil gerektiren fikrî mülkiyet haklarına kolaylıkla uygulanabileceği ifade edilmiştir. Örneğin, Almanya ve Fransâda tescil edilmiş patentlerin ihlâli durumunda, yetkili mahkeme, Almanyâda işlenen ihlâle Alman hukukunu, Fransâda işlenen ihlâle ise Fransız hukukunu uygulayacaktır<sup>83</sup>. Rapora göre *lex loci protectionis* kuralının telif hakkı ihlâli halinde, özellikle de online telif hakkı ihlâlleri bakımından uygulanması ise hakkın tescil edilmemesi sebebiyle tüm üye devletlerde potansiyel olarak korunması ve her ülke için kendi telif yasasının uygulanması anlamına gelecektir<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Ibid 45.

<sup>81</sup> Ibid 45.

<sup>82</sup> Oleksandr Bulayenko, Giancarlo Frosio, Anna Lawrynowicz-Drewek, Natasha Mangal and others Cross Border Enforcement of Intellectual Property Rights in EU, 2021 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/703387/IPOL\\_STU\(2021\)703387\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/703387/IPOL_STU(2021)703387_EN.pdf)> accessed 31.10.2023.

<sup>83</sup> Ibid 56.

<sup>84</sup> Ibid 57.

Son olarak Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı ve Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütünün birlikte hazırladığı Kılavuzda da *lex loci protectionis*, ihlâl fiilinin gerçekleştiği devletin hukukuna karşılık gelir<sup>85</sup>. Dolayısıyla bu Kılavuz da öğretilerdeki görüşler ve uluslararası organizasyonlarca hazırlanan diğer kılavuz ve raporlardaki gibi fikrî mülkiyete ilişkin haklar, “fikrî hak sahibinin hakkının o ülkede ihlâl edilmesi sebebiyle hakkının korunmasını talep ettiği ülke” hukukuna tâbi kılınmıştır.

### III. GÖRÜŞÜMÜZ

Çalışmamızın başında da ifade ettiğimiz gibi Türk hukukunda fikrî mülkiyet hakları “... *hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa*” o hukuka tâbidir. Oysaki yabancı öğretisi ve yargı kararlarında fikrî mülkiyet hakları “*hangi ülke için koruma talep ediliyorsa, bu devlet hukukuna*” tâbi kılınmıştır. Türk hukukunda hangi ülke için koruma talep ediliyorsa ifadesinin yerine “*hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa*” ifadesinin kullanılması ise İsviçre öğretisindeki bir görüşten kaynaklanır<sup>86</sup>. Görüşe göre, fikrî hakkın korunması, davacının koruma için ileri sürdüğü, seçtiği ülke hukukuna sağlanır. Dolayısıyla esasa uygulanacak hukukun belirlenmesi, davacının inisiyatifindedir. Şayet fikrî hakkın korunması birden fazla ülke için talep ediliyorsa davacı, farklı hukukların uygulanmasını da seçebilir ancak davacının seçtiği hukuk, coğrafi açıdan kendi uygulanma alanını kendisi belirleyerek hakka koruma sağlayıp sağlamayacağına karar verir. Yabancı hukukun uygulanacağı hâllerde ise İsviçre mahkemesi, yabancı hukukun mahallî uygulama alanına riayet edecektir<sup>87</sup>.

İsviçre hukukundaki bu görüşten hareketle kalemeye alınan MÖHUK’un 23’üncü maddesinin Türk öğretisindeki yorumu ise ağırlık olarak *lex loci protectionis*'in davacıya bir hukuk seçimi imkânı tanıdığı ve hakkın, onu tanıyan ya da koruyan ülke hukukuna tâbi olduğu yönündedir. Bu görüşteki yazarlara göre fikrî hakkı tanıyan birden fazla ülke hukukunun varlığı halinde hak sahibi, bu ülke hukuklarından birisinin uygulanmasını seçebilecektir. Hatta *Akıncı*, hakkı tanıyan ülke hukukları arasındaki hukuklardan

<sup>85</sup> Bennett, Granata and others (n 71) 57.

<sup>86</sup> Dardağan Kibar (n 7) 448.

<sup>87</sup> Güngör (n 4) 171, 172; Dardağan Kibar (n 7) 447.



hangisi hakka daha uygun koruma sağlıyorsa o ülke hukukunun uygulanmasının seçilebileceğini dile getirmiştir<sup>88</sup>. Bununla birlikte *Güngör*, fikrî hakkın ve fikrî hakkı tanıyan hukukun mülkiliğini dikkate alarak yetkili mahkemenin, davacının seçtiği ülke hukukunun mahallî uygulama alanına dikkat ederek seçilen hukuku uygulayacağını belirtmiştir<sup>89</sup>.

Kanaatimizce Türk öğretisindeki *lex loci protectionis* kavramının hakkı tanıyan ya da koruyan ülke hukukuna karşılık geldiği ve bunun da davacıya hukuk seçimi hakkı tanıdığı yönündeki yorumu, mülkîlik ilkesi ile çeliştiği gibi mehz kanun, yabancı öğreti ve yabancı içtihatlarda ortaya konan yorum ve yaklaşımlarla da uyumlu değildir.

Öncelikle, ne kadar eleştirilirse eleştirilsin, günümüzde hâlen *lex loci protectionis* kuralının uygulanmasında mülkîlik ilkesi geçerlidir. Devletler fikrî mülkiyet haklarının korunmasında, mülkîlik ilkesinden vazgeçmemiştir. Üstelik *lex loci protectionis*'in kökeni, mülkîliğe dayanır<sup>90</sup>.

Fikrî haklarda mülkîlik, fikrî mülkiyet haklarının tanınması, koruma koşulları ve korumanın kapsamının her devletin kendi ülkesiyle sınırlı olmasıdır<sup>91</sup>. Başka bir ifadeyle fikrî hakkın ihlâlinde, hakkın tanındığı ülke hukuku tarafından ülke ile sınırlı olarak korunmasıdır<sup>92</sup>. Fikrî mülkiyet hukuku da temelde, hakkın; varlığının, içeriğinin ve etkisinin mahallî olarak bu hakkı veren ya da tanıyan devletin toprakları ile sınırlı olduğu yönündeki geleneksel düşünce ile şekillenir<sup>93</sup>. Dolayısıyla fikrî hakların ilgili ülke hukuklarının bağımsızlığı temelinde korunması, fikrî hakların mülkîliği olarak anlaşılır<sup>94</sup>.

Mülkîlik ilkesini savunanlara göre fikrî haklar, bir devletin egemenlik tasarrufu ile yaratılır. Dolayısıyla fikrî hak, yalnızca bu devlette vücut bulabilir. Bu anlamda fikrî hak, varlık kazandığı (menşe) ülke dışında mevcut sayılmaz<sup>95</sup>. Böylece mülkîlik, ulusal fikrî haklar demetini ortaya çıkarır. Bu demetteki münferit haklar, her bir ülkede kapsam ve içerik bakımından farklılık gösterebilir. Sonuç olarak ulusal bir hakkının ihlâli, prensipte sadece o ülkenin sınırları içerisinde gerçekleşebilecekken, yabancı bir hakkının ihlâli de sadece ilgili yabancı ülkede gerçekleşebilir<sup>96</sup>. Dolayısıyla mülkîlik ilkesinin kendisini gösterdiği nokta, düşünsel veya estetik yaratıcılığın ürünü olan mal ve hizmetlerin sınırötesi yayılma yeteneğine sahip olmasına rağmen fikrî hakların sınırötesi yayılımının bulunmamasıdır. Hak konusu menşe ülke sınırını geçtiği anda yeni ülkedeki ulusal gereklilikleri yerine getirmelidir<sup>97</sup>. Bu anlamda Türk öğretisindeki fikrî hakka, hakkın tanındığı ya da korunduğu ülke hukuklarından birisinin uygulanabileceği yönündeki yorum, mülkîlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Zira mülkîlik gereğince hakkın ihlâl edildiği ya da yararlanma fiilinin gerçekleştiği her bir ülke hukuku, kendi toprakları içerisinde gerçekleşen ihlâl ya da istismar eylemi ile sınırlı olarak uygulanır. Dolayısıyla mülkîliğin hâkim olduğu fikrî haklar bakımından ne bir hukukun seçilebilmesi ne de hakkı tanıyan ya da koruyan ülke hukukunun farklı ülkelerde meydana gelen ihlâller bakımından uygulanabilmesi mümkündür. Yargıtay da 2021 yılında verdiği bir kararında, fikrî hakkı tanıyan ülke hukuklarının, yalnızca kendi ülkesi sınırlarında meydana gelen ihlâller hakkında uygulanabileceğine karar vermiştir. Karar şu şekildedir:

“Belirtmelidir ki; fikri mülkiyet haklarında ülkesellik ilkesi bu haklar ile buldukları ülke arasında oluşan bağı ifade etmektedir. Ülkesellik ilkesi gereğince her ülke maddi ve şekli (tescil gibi) koşulları yerine getirmek kaydıyla fikri mülkiyet haklarını kendi ülkesinin sınırları içerisinde korumaktadır. Aynı şekilde her devlet sadece kendi

<sup>88</sup> Akıncı (n 4) 76, 77.

<sup>89</sup> Güngör (n 4) 171, 172.

<sup>90</sup> Bulayenko, Frosio, Lawrynowicz-Drewek, Mangal and others (n 82) 56; Fährndricha and Ibbeken (n 59) 619; Klass (n 42) 376; Dardağan Kibar (n 7) 442; Dardağan (n 5) 131.

<sup>91</sup> Vischera and Mosimann (n 2) 198. Patent hakkının ülkeselliğine ilişkin bkz. Duesseldorf Yüksek Bölge Mahkemesi, I-2 U 51/08, 10.12.2009 (paragraf 152, 153).

<sup>92</sup> Erdem (n 5) 100.

<sup>93</sup> Laimer (n 7) s. 153.

<sup>94</sup> Dardağan Kibar (n 7) 440. Diğer bir ifadeyle fikrî hakkın ülkeselliği, varlık kazandığı ülke (menşe) ülke dışında fikrî hakkın tanınmamasıdır. Bir ülke hukukuna göre tanınan münhasır hakların başka bir ülkede etkisinin bulunmamasıdır: Dardağan (n 5) s. 141.

<sup>95</sup> Dardağan Kibar (n 7) 440.

<sup>96</sup> Klass (n 42) 379. Dardağan bu uygulamayı “hukukların bağımsızlığı ilkesi çerçevesinde tanımlanan ülkesellik esası” olarak adlandırır ve koruma yeri hukukunun kuramsal dayanağının olabileceğini kabul eder: Dardağan (n 5) 145.

<sup>97</sup> Dardağan Kibar (n 7) 441.

ülkesi içindeki ihlallerde hak sahiplerinin, kendi ülkesinde tanınan hukuk yollarını kullanmasına imkân vermektedir. Örneğin bir patent başka bir ülkede tescilli olmakla birlikte Türkiye’de tescilli değilse patent sahibi 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin (551 sayılı KHK) korumasından yararlanamayacak; bu patentin Türkiye’de kullanılmasını yasaklayamayacaktır. 551 sayılı KHK korumasından yararlanabilmesi için mutlaka patentin Türkiye’de tescil edilmesi gerekir. Ülkesellik ilkesi devletin egemenlik haklarının bir sonucu olarak kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir<sup>98</sup>.”

Benzer şekilde Yargıtay vermiş olduğu bir diğer kararında; “Fikrî haklarda ülkesellik ilkesi, bu haklar ile buldukları ülke arasında oluşan bağı ifade eder. Ülkesellik ilkesi doğrultusunda kendisinden koruma talep edilen her devlet, fikri hakların hangi şartlarda ortaya çıktıklarını, ne şekilde tasarruf konusu olabileceklerini kendi hukukuna göre belirler. Koruma hangi ülkede talep ediliyorsa, korumanın içeriği o ülke hukukuna göre belirlenir. Patent hukukunda da patent hangi ülkede tescil edilmişse, kural olarak, o ülkede korunur. Ülkesellik ilkesi gereğince buluş, patent olarak birçok ülkede, o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil edilecek olursa, tescil olduğu ülkelerin ulusal hukuklarına göre ve o ülkelerin hâkimiyet sınırlarıyla sınırlı olmak üzere doğar. Dolayısıyla bir patentin Türkiye sınırları içinde korumaya kavuşabilmesi için Türk Hukuku’nda belirlenen kurallara uygun olması gerekmektedir. Örneğin buluş, 551 sayılı KHK’de yer alan patent verilebilirlik şartlarına uygun değilse patent hukukunun tanıdığı korumadan faydalanamayacaktır.” ifadelerine yer vermiştir<sup>99</sup>.

Koruma ülkesi hukuku ise (*lex loci protectionis*), “fikrî hakkın ihlâl edildiği” ya da “yararlanma fiilinin gerçekleştiği ülke hukuku”na işaret eder<sup>100</sup>. Mülkiyet gereğince davacı, hakkın ihlâlinin gerçekleştiği hangi ülkenin toprakları için koruma talep etmişse uyuşmazlığa o ülke hukuku uygulanır. Örneğin davacının Amerikadaki bir fiil sebebiyle Amerikan telif hakkının ihlâl edildiği iddiasıyla Alman mahkeme-

sinde dava açtığı ihtimalde Amerikan hukuku, *lex loci protectionis*’dir. Alman hukukunun ise *lex fori* sıfatıyla yalnızca usûl hukuku hükümleri uygulanır<sup>101</sup>. Benzer şekilde ilk yayın ve gösterimi Amerika Birleşik Devletleri’nde gerçekleştirilen bir kitabın yazarı, kitabının izinsiz kopyasının yayımlanması ve kitaptan uyarlanan filmin Fransa’da gösterilmesi sebebiyle Fransız telif hakkı yasasının ihlâl edildiği iddiasıyla Fransa’da davada açarsa *lex loci protectionis*, Fransız hukukudur<sup>102</sup>. Bu noktada ifade edilmelidir ki fikrî hak sahibi, mülkiyet ilkesi gereğince yalnızca hakkı tanıyan ya da koruyan ülke hukuklarındaki korumadan faydalanabilir. Dolayısıyla fikrî haktan yararlanmanın veya hakkın ihlâlinin, hakkı tanıyan ya da koruyan ülke hukuklarından birisinde gerçekleştiği durumlarda hak sahibi, genellikle davasını hakkı tanıyan ya da koruyan ülkede açmayı tercih eder. Bu durum ise *lex loci protectionis* ile hakkı tanıyan ya da koruyan ülke hukuklarının uygulamada genellikle aynı ülke hukuku olması sonucuna yol açar. Ancak hakkın ihlâl edildiği ya da yararlanma fiilinin gerçekleştiği ülkede fikrî hak tanınmıyorsa hak sahibi, “koruma ülkesi hukuku”nda fikrî hak korumasından faydalanamayacaktır.

Mülkiyet ilkesi gereğince davacıların, fikrî hakkını koruyabilmek amacıyla ihlâlin gerçekleştiği ve fikrî hakkın tanındığı ülkenin hukukuna başvurmaları<sup>103</sup> “koruma ülkesi hukuku” ile “*lex loci delicti*” kavramının karıştırılmasına da yol açabilir. Ancak *lex loci delicti* ve *lex protectionis* kavramları birbirlerinden farklıdır<sup>104</sup>. *Lex loci delicti* doktrininde uygulanacak hukuk incelenirken, kanunlar ihtilâfi düzeyinde ihlâl yeri araştırılmakta ve böyle bir ihlâlin

<sup>101</sup> Hoeren (n 61) 9.

<sup>102</sup> Bu noktada eserin yayımının ya da ilk gösteriminin nerede yapıldığına bakılmaksızın hangi ülke için korumanın talep edildiğine bakılır. Davacı, Fransız hukuku kapsamındaki haklarının ihlâl edildiğini iddia ettiğinden koruma ülkesi hukuku Fransız hukukudur: Torremans (n 22) 12.

<sup>103</sup> Klass (n 42) 375.

<sup>104</sup> Fikrî mülkiyet hakları bakımından *lex loci protectionis* kuralının tercihinin önemli bir avantajı bulunmaktadır. *Lex loci protectionis* hakkın kapsamı, varlığı, konusu, geçerliliği, süresi ihlâli gibi hukukî tüm konulara uygulanmaktadır. Dolayısıyla *lex loci protectionis*’in kabulü, hakkın ihlâli halinde *lex loci delicti* gibi ayrı bir bağlama kuralından hareket etme; hakkın geçerliliği, devamlılığı, kapsamı gibi konularda ise ayrı bir bağlama kuralından hareket etme gibi bir ayırım yapılması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır: Torremans (n 22) 11; Dardağan Kibar (n 7) 446.

<sup>98</sup> Yargıtay HGK, 52/67, 13.6.2021.

<sup>99</sup> Yargıtay HGK, 1456/1278, 21.10.2021; Yargıtay HGK, 145/1278, 21.10.2021.

<sup>100</sup> Dardağan (n 5) 138; Kaplan (n 46) 183.

gerçekleşip gerçekleşmediği veya ihlâl tehlikesinin var olup olmadığı incelenmektedir. Dolayısıyla haksız fiil statüsünün uygulanabilmesi için haksız fiilin varit olması gerekmektedir<sup>105</sup>. Oysa *lex loci protectionis* uygulanırken bu inceleme maddî düzeye kaydırılmaktadır<sup>106</sup>. Yani koruma ülkesi hukukunun tatbikinde, teorik olarak, haksız fiilin işlendiği yeri araştırmak gerekmemektedir<sup>107</sup>.

Yabancı öğretilerde, *lex loci protectionis* ile *lex fori*'nin bir anlamda birbirlerinin yerine kullanıldığı, daha doğru bir ifade ile *lex loci protectionis* kavramına karşılık *lex fori* kavramını işaret eden ifadelerin kullanıldığı da görülür<sup>108</sup>. Yine uygulamada *lex loci protectionis* ve *lex fori*'nin aynı ülke hukukunu gösterdiği durumlara rastlanabilmesi de *lex loci protectionis* kavramının *lex fori* ile karışmasına yol açabilmektedir. Özellikle de korumanın talep edildiği ülke hukuku ile davanın açıldığı ülke mahkemesinin aynı olması ihtimalinde, *lex loci protectionis*'in gösterdiği hukukla *lex fori* aynı olabilecektir. Ancak bu tesadüf, kavramların birbirlerinin yerine kullanılabilmesi anlamını taşımaz. Durumun farkında olan öğreti, *lex loci protectionis*'in *lex fori*'den ayrı bir kavram olduğunun altını çizmektedir<sup>109</sup>. Benzer sebeple Roma II Tüzüğünde de *lex fori*'ye, işaret edecek “*where protection is claimed*” ifadesi yerine koruma ülkesi hukukuna işaret edecek şekilde “*for which protection is claimed*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir<sup>110</sup>.

Netice olarak hakkı tanıyan ya da koruyan birden fazla hukukun varlığı halinde davacının bu ülke hukuklarından birisini uygulanacak hukuk olarak seçebilmesi mülkîlik ilkesi gereğince mümkün değildir. Örneğin Hollanda'da tescilli bir marka hakkının Türkiye'de ihlâlî durumunda sırf hakkı tanıyan ülke hukukunun Hollanda hukuku olması sebebiyle davacı, Hollanda hukukunun uygulanmasını seçemez. Zira Hollanda Marka Kanunu, mahallî bir uygulama

alanına sahiptir ve Türkiye'deki ihlâl bakımından uygulanması mümkün değildir. Benzer şekilde Almanya ve Fransa'da tescilli bir markanın Fransa'da ihlâl edilmesi durumunda da Alman Marka Kanunu daha iyi koruma sağladığı gerekçesiyle Alman hukukunun koruma ülkesi hukuku olarak davacı tarafından seçilebilmesi mümkün değildir. Çünkü Alman Marka Kanununun mülkîliği gereğince, mahallî uygulama alanı Almanya ile sınırlıdır ve Kanun, Fransa'daki ihlâl bakımından bir koruma sağlamayacaktır. Aynı olayda marka hakkının hem Fransa'da hem de Almanya'da ihlâl edildiği ihtimalde de her iki ülkede gerçekleşen ihlâl bakımından yine davacı, bu hukuklardan birisini uygulanacak hukuk olarak seçemez. Davacı ancak Almanya'da gerçekleşen ihlâl için Alman hukukuna göre koruma talep ettiğini, Fransa'daki ihlâl bakımından ise Fransız hukukuna göre koruma talep ettiğini iddia edebilir. Dolayısıyla “koruma ülkesi” davacıya bir seçim hakkı tanımaz. Davacı, hakkının korunabilmesi için ancak hakkın tanındığı ve fikrî hakkın ihlâl edildiği” ya da “yararlanma fiilinin gerçekleştiği ülke hukuku”nu koruma ülkesi hukuku olarak gösterebilir. Dolayısıyla bu hukuk da yalnızca kendi ülkesi sınırlarında gerçekleşen ihlâller için uygulanabilir. Davacının belirli bir hukukun uygulanabilir olduğu yönündeki basit bir iddiası, uyuşmazlığa belirli bir hukukun uygulanması için tek başına yeterli değildir. Davacının iddiasının, olası istismar veya ihlâl eylemleri açısından da doğrulanması gerekir. Bu bağlamda davacının, mahkemenin, iddia edilen eylemin yerini tespit edebilmesi için bu eylemin varlığını gösteren olguları da sunması şarttır. Hakkın gerçekten ihlâl edilip edilmediği ise ancak maddî hukuk düzeyinde incelenecek ve karara bağlanacaktır<sup>111</sup>. Ancak yine ifade edilebilir ki hakkın ihlâl edildiği ya da yararlanma fiilinin gerçekleştiği ülkede (koruma ülkesi hukuku/*lex loci protectionis*) fikrî hak tanınmıyorsa hak sahibi fikrî hak korumasından faydalanamayacaktır.

## SONUÇ

Fikrî haklar, yalnızca Türk hukukunda değil karşılaştırmalı hukukta da koruma ülkesi hukukuna (*lex loci protectionis*) tâbi tutulmuştur. Koruma ülkesi hukuku, fikrî hak türlerinin tamamı bakımından uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle özellikle telif haklarında

<sup>105</sup> Dardağan Kibar (n 7) 446.

<sup>106</sup> Klass (n 42)376.

<sup>107</sup> Dardağan Kibar (n 7) 446.

<sup>108</sup> MÖHUK m.23 açısından Ömeroğlu da hükümdeki “korumanın talep edildiği ülke hukuku” kavramının ilk etapta başvuru mahkemesinin hukukuna işaret ettiğini ifade etmektedir: Ömeroğlu (n 4) 60.

<sup>109</sup> Laimer (n 7) 154.

<sup>110</sup> Kur and Maunsbach (n 46) 55.

<sup>111</sup> Klass (n 42) 376, 377.

ileri sürülen evrensel korumanın aksine, fikrî hakkın tescile tâbi olup olmadığına bakılmaksızın fikrî mülkiyet haklarının tamamı *lex loci protectionis*'e tâbidir.

Türk hukukunda fikrî haklara uygulanacak hukuku gösteren MÖHUK m.23 hükmündeki “*hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir*” ifadesi soyut bir bağlama noktası içermez. Kanundaki bu bağlama noktası, fikrî haklarda egemen olan mülkîlik ilkesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Mülkîlik ilkesini temel alan koruma ülkesi hukuku, fikrî hakların evrensel korumasını öngören menşe yeri hukuku değildir. Yine koruma ülkesi hukuku, hakim hukuku (*lex fori*) ya da fiilin işlendiği yer (*lex loci delicti*) hukukuna da işaret etmez. Koruma ülkesi hukuku (*lex loci protectionis*), fikrî mülkiyet hakkından yararlanıldığı ya da fikrî hakka yönelik ihlâl gerçekleştirildiği yer hukukudur. Haktan yararlanıldığı ya da hakkın ihlâl edildiği yer hukuku, mülkîlik ilkesi gereğince yalnızca kendi ülkesinde meydana gelen ihlâl ya da kullanım hakkında uygulanabilir. Dolayısıyla fikrî hakkın birden çok ülkede ihlâl edildiği hâllerde her bir ihlâl ülkesi, kendi mahallî uygulama alanında meydana gelen ihlâl ya da kullanımlara uygulanabilir. Daha açık bir ifadeyle koruma birden fazla ülke için talep edilirse ilgili her bir ülke hukuku, kendi sınırları içerisinde gerçekleşen ihlâl ya da istismar bakımından uygulanma kabiliyetini haizdir. Koruma ülkesi hukukunun tespiti noktasında ise davacı bir hukuk seçimi imkânına sahip değildir. Hak sahibi yalnızca, hakkının ihlâl edilmesi sebebiyle hakkının korunmasını talep ettiği ülke hukukuna tâbidir.

Sonuç olarak “koruma ülkesi”, belirli bir devlette talep edilen korumanın bu devlet hukukuna tâbi kılınması, dolayısıyla, fikrî haklar üzerindeki korumanın ilgili her devlette, diğer hukuk sistemlerinden bağımsız bir şekilde gerçekleşmesidir<sup>112</sup>. Koruma birden fazla ülke için talep edilirse bu takdirde, ilgili her bir ülke hukuku kendi sınırları içerisinde gerçekleşen ihlâl ya da istismar bakımından uygulanma kabiliyetini haiz olur. Kanaatimizce MÖHUK m.23 hükmündeki “*hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa*” ifadesi, davacıya bir hukuk seçimi imkânı vermiyip hakkın ihlâlinin veya haktan yararlanma fiilinin gerçekleştiği ülke hukukuna işaret etmektedir.

<sup>112</sup> Dardağan Kibar (n 7) 442; Dardağan (n 5) 131, 132.

## KAYNAKÇA

- Akıncı Z, *Milletlerarası Özel Hukuk* (1th edn, Vedat 2020).
- Ancel M, Binçtin N, Drexel J and others, International Law Association's Guidelines on Intellectual Property and Private International Law (“Kyoto Guidelines”): Applicable Law, <[https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4189&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4189&context=faculty_scholarship)> 2021, accessed 31.10.2023.
- Aybay R and Dardağın E, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)* (2th edn, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 2008).
- Ayhan İzmirli L, *Avrupa Birliği ve Türk Hukuklarına Göre İnternet Ortamında Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlali ve Korunması* (1th edn, Seçkin 2012).
- Bennett A, Granata S, World Intellectual Property Organization (WIPO) and Hague Conference on Private International Law (HCCH), When Private International Law Meets Intellectual Property Law a Guide for Judges <[https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo\\_pub\\_1053.pdf](https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1053.pdf)> accessed 02.10.2023.
- Bulayenko O, Frosio G, Lawrynovicz-Drewek A, Mangal N and European Parliament, Cross Border Enforcement of Intellectual Property Rights in EU, 2021 <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/703387/IPOL\\_STU\(2021\)703387\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/703387/IPOL_STU(2021)703387_EN.pdf)> accessed 31.10.2023.
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).
- Dardağın Kibar E, “Fikrî Haklar Alanında Uygulanacak Hukuk Sorunu” in Tiryakioğlu Bilgin, Aygün Mesut, Önal Ali, Altıparmak Kübra and Kaya Cansu (eds) *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu* (1th edn, Yetkin 2016) 439-454.
- Dardağın E, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı* (1th edn, Betik 2000).
- Doğan V, Yılmaz AÇ and Ayhan İzmirli L, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Savaş 2023).
- Erdem B, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (2th edn, Beta 2002).
- Fährndrich M and Ibbeken A “Gerichtszuständigkeit und anwendbares Recht im Falle grenzüberschreitender Verletzungen (Verletzungshandlungen) der Rechte des geistigen Eigentums (Q174) Bericht für die deutsche Landesgruppe” (2003) (7) GRUR Int 616-627.
- Güngör G, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku Kanunlar İhtilafı Hukuku Milletlerarası Usul Hukuku* (3th edn, Yetkin 2022).
- Hoeren Thomas “Kollisionsrechtliche Anknüpfungen in internationalen Datennetzen”, in Hoeren Thomas, Sieber Ulrich and Holznapel Bernd (eds), *Hanbuch Multimedia-Recht* (59th edn, C.H. Beck 2023).
- Kaplan Y, *İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk* (1th edn, Seçkin 2004).
- Klass N “Das Urheberkollisionsrecht der ersten Inhaberschaft - Plädoyer für einen universalen Ansatz”, (2007) (5) GRUR Int 373-386.
- Kostkiewicz JK, *IPRG/LugÜ Kommentar Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, LuganoÜbereinkommen und weitere Erlasse* (2th Edn, Orell Füssli Verlag AG 2019).
- Kur A and Maunsbach U “Choice of Law and Intellectual Property Rights”, (2019) 6(1) Oslo Law Review, 43-61.
- Laimer S “Das Schutzlandprinzip als Grundlage für die Behandlung von Grenzüberschreitenden Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung Geistigen Eigentums”, in Laimer Simon and Perathoner Christoph (eds) *Italienisches, Europäisches und Internationales Immaterialgüterrecht* (1th edn, Springer 2021).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23th edn, Beta 2021).
- Ömeroğlu E “Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta “Soft Law” Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi”, (2020) 40(1) Public and Private International Law Bulletin 55-77.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS and Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Baskı, Oniki Levha 2023).
- Öztürk A, *Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Telif Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk* (1. Baskı, VII Levha 2019).
- Pullmannová H “International Jurisdiction and the Law Applicable to Disputes Arising From Infringement of the Right to a Trade Name as an Industrial Property Right”, (2022) (18) Croatian Yearbook of European Law and Policy 107-127.
- Sargın F, *İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk*, 1th edn, Yetkin 2005).
- Sargın B, *Yabancı Unsurlu Televizyon Program Formatlarının Korunması* (1th edn, Yetkin 2020).
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10th edn, Beta 2023).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020).

Torremans P and Clijmans C “Belgien: Law of July 16, 2004, Holding the Code of Private International Law”, *RabelsZ* (2006), 358-397 <<https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>> accessed 30.10.2023.

Torremans PLC. “The Law Applicable to Copyright Infringement on the Internet” (2016) (4) *Netherlands Private International Law (NIPR)* 1-16.

Vischer F and Mosimann N “Zürcher Kommentar zum IPRG - Band II - Art.108a-200- Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987” in Müller-Chen Markus and Lüchinger Corinne Widmer (eds) (3th edn, Schulthess Juristische Medien AG 2018).

Yılmazsoy E “Fikrî Mülkiyete İlişkin Haklara Uygulanacak Hukuk” (2022) (185) *Terazi Hukuk Dergisi* 108-115.

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

**Contributions Statement:** *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*





# AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ'NDE MOBİL CİHAZLARLA KONUM VERİSİNİN TOPLANMASI VE İŞLENMESİNE İLİŞKİN FTC SORUŞTURMALARINI VE ÜLKEMİZDE KONUM VERİSİ İLE İLGİLİ GELİŞMELER<sup>(\*)</sup>

## FTC INVESTIGATIONS REGARDING THE COLLECTION AND PROCESSING OF LOCATION DATA WITH MOBILE DEVICES IN THE UNITED STATES OF AMERICA AND DEVELOPMENTS REGARDING LOCATION DATA IN OUR COUNTRY

Dr. Öğr. Üyesi Mükerrerem Onur BAŞAR<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Yeni gelişen teknolojik gelişmeler karşısında özellikle mobil cihazlarla toplanan konum verisi ve bu verinin işlenmesi önemli bir meseleyi oluşturmaktadır. Teknolojinin süratle geliştiği günümüzde kişilerin mobil cihazları ile angajmanları da her geçen gün artmaktadır.

Reklam teknolojileri, veriye dayalı ve hedefe yönelik reklamcılık yöntemleri ile geleneksel reklamcılığı değiştirmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde reklam teknolojileri şirketleri, tüketici davranışını, tercihlerini ve satın alma kalıplarını tanımlamak amacıyla büyük miktarda konum verisi toplamak için gelişmiş konum tabanlı teknolojiler kullanmaktadırlar. Bu yeni konum tabanlı teknolojiler, son derece kişiselleştirilmiş ve etkili reklamları doğru hedef kitleye doğru zamanda sunmalarına olanak tanımaktadır. Konum verilerini toplama ve kullanma yeteneği, şirketlerin tüketicilere kişiselleştirilmiş ve alakalı içerik sunmasına olanak tanımaktadır. İşte bu noktada mobil cihazlarla kişilerin konum verisinin toplanıp işlenmesi suretiyle, reklam ve pazarlama faaliyetlerinin doğru hedef kitesine ulaştırılması temin edilmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ülkemiz düzenlemelerinden ve Avrupa Birliği düzenlemelerinden farklı olarak, kişisel verilerin korunmasına yönelik federal düzeyde düzenleyici merkezi bir idari otorite bulunmamakta olup, icrai yetkiler ile donatılmış ve yaptırım makamı olarak birçok farklı konuda görevi bulunan FTC (Federal Ticaret Komisyonu) konunun ele alınmasında ve düzenlenmesinde etkin bir rol oynamaktadır. FTC, yeni gelişen teknolojik gelişmeler karşısında özellikle mobil cihazlarla toplanan konum verisine ilişkin olarak birtakım soruşturmalarda bulunmuştur. Bu soruşturmalar ile ele alınan benzeri konu ve hassasiyetlerin ülkemiz düzenleminde de ele alınması gerçekçi bir beklentiyi oluşturmaktadır. Makalemizde konum verisi ile ilgili olarak ülkemizdeki gelişmelere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde toplanması ve işlenmesine dair yakın geçmişteki FTC soruşturmalarına yer verilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Kişisel Veri, Konum Verisi, Federal Ticaret Komisyonu, Konum Verisinin Toplanması ve İşlenmesi.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 23.10.2023 / Kabul Tarihi: 23.12.2023).

<sup>(\*\*)</sup> İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye, (E-posta: mukerrem.basar@izu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-5002-6132).

*Atıf/Citation:* Başar, Mükerrerem Onur (2024), "Amerika Birleşik Devletleri'nde Mobil Cihazlarla Konum Verisinin Toplanması ve İşlenmesine İlişkin FTC Soruşturmaları ve Ülkemizde Konum Verisi ile İlgili Gelişmeler", TFM, C: 10, S: 1, s. 63-77.

### Abstract

In the face of new technological developments, location data collected especially with mobile devices and the processing of this data have become an important issue. Nowadays, as technology develops rapidly, people's engagement with their mobile devices increases day by day.

Advertising technologies are disrupting traditional advertising by offering new, data-driven and targeted advertising methods. In the United States of America advertisement technology companies use advanced location based technologies to gather vast amounts of location data so as to identify consumer behaviour, preferences and buying patterns. This new location based technologies allow them to deliver highly personalized and effective advertisements to the right target audience at the right time. The ability to collect and leverage location data has allowed companies to deliver personalized and relevant content to consumers. At this point, by collecting and processing people's location data via mobile devices, it is ensured that advertising and marketing activities are delivered to the correct target audience.

### I. GİRİŞ

Kişisel verilerin korunması ve tüketicilerin korunması düzenlemeleri kimi zaman kesişmekte ve birbirleriyle etkileşmektedir. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere dair hukuk politikası tercihlerinde tüketicilerin korunması hassasiyeti göz önünde tutulmaktadır. Bu vesile ile belirtmekte yarar bulunmaktadır ki; özellikle, Amerika Birleşik Devletleri'nde kişisel verilerin korunması düzenlemeleri bakımından tüketicilerin korunması amacının oldukça ön planda tutulduğunu ifade etmek hatalı bir tespiti oluşturmamaktadır<sup>1</sup>.

Kişisel verilerin işlenmesi önemli sosyal ve ekonomik yararlar ortaya koymakla birlikte kişilerin mahremiyetinin korunması bakımından da önemli hassasiyetleri gündeme getirmektedir<sup>2</sup>. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunması bakımından “mahremi-

In the United States of America, unlike our country's regulations and the European Union regulations, there is no central regulatory authority for the protection of personal data on federal level, and the FTC (Federal Trade Commission), which is equipped with executive powers and has duties as a sanctioning authority on many different issues, is effective in handling and regulating the issue. In response to new technological developments, the FTC has conducted a number of investigations, especially regarding location data collected via mobile devices. It is a realistic expectation that similar issues addressed in these investigations will be addressed at the level of our country as well. Our article covers developments regarding location data and recent FTC investigations into the collection and processing of location data in the United States and our country.

### Keywords

Personal Data, Location Data, Federal Trade Commission, Collection and Processing of Location Data.

yet” terimi merkezi bir kavramı oluşturmakta; farklı hukuk kültürlerinde değişik içeriklerde söz konusu kavramın anlamlandırılması olasıdır. Farklı kültürel, sosyal ve iktisadi değerler ve inançlar mahremiyet kavramının sınırlarının çizilmesinde ve içeriğinin doldurmasında doğal olarak farklı yaklaşımların ortaya konulmasına sebebiyet vermektedir<sup>3</sup>. Bu bağlamda, Avrupa Birliği'nde mahremiyet kişisel verilerle yakinen ilgili bir kavram olarak ele alınırken; Amerika Birleşik Devletleri'nde veriler bir emtia olarak değerlendirilmekte ve verilerin iktisadi yönü gerekli kıldığı ölçekte mahremiyete ilişkin hassasiyetler önem taşımaktadır<sup>4</sup>. Bu yönü ile Amerika Birleşik Devletleri'nde kişisel veriler kişilik hakları ve insan hakları

<sup>1</sup> Julie Brill, 'The Intersection of Privacy and Consumer Protection', Evan Selinger, Jules Polonetsky ve Omer Tene (Editörler) *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy* (Cambridge University Press) 355; Rebecca Lipman, 'Online Privacy and the Invisible Market for Our Data' (2016) 3, 788.

<sup>2</sup> Ira Rubinstein, 'Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?' (2013) 2 *International Data Privacy*, 74; Joanna Kulesza, 'International Law Challenges to Location Privacy Protection' [2013] *International Data Privacy Law*, 165.

<sup>3</sup> Teknolojinin göstermiş olduğu gelişim ile paralel olarak kişisel verilerin korunmasına yönelik hassasiyetler de gün geçtikçe önem kazanmıştır. Konu önem kazandıkça kişisel verilerin tanımlanması ve işlenmesi meselelerinin yeknesaklaştırılmasına ilişkin çalışmalar, örneğin, *Kişisel Verilerin Mahremiyetinin Korunmasına ve Sınır Ötesi Akışına İlişkin OECD İlkeleri* gibi düzenlemeler gündeme gelmiştir. Organization for Economic Co-operation and Development, 'OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data', OECD Publishing, Paris' <<https://doi.org/10.1787/9789264196391-en>> s.e.t 1 Nisan 2023; World Economic Forum, 'Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust' <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_RethinkingPersonalData\\_ANewLens\\_Report\\_2014.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_RethinkingPersonalData_ANewLens_Report_2014.pdf)>.

<sup>4</sup> Kulesza (n 2) 158; Rubinstein (n 2) 82.

perspektifinden ziyade liberal ekonomik düzlemde tedavülü mümkün olan bir emtia olarak ele alınmakta ve özellikle tüketiciler cephesinde bu durumun oluşturacağı olumsuzluklar meselenin özünü oluşturmaktadır<sup>5</sup>. Bu bilgiler ışığı altında, Amerika Birleşik Devletleri'nde kişisel veri merkez kavramından ziyade konu veriler ve tüketicilerin menfaatleri çerçevesinde yoğun bir şekilde ele alınmaktadır.

## II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN OLARAK FARKLI BİR YAKLAŞIM

### A. LIBERAL BİR YAKLAŞIM OLARAK ABD MODELİ

Amerika Birleşik Devletleri'nde kişisel verilerin korunması bakımından Avrupa Birliği ülkeleri ve ülkemizin tutumunun aksine merkezi tek bir düzenleme ile konunun ele alınması yerine, farklı konulara ilişkin spesifik düzenlemelerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin kurallara yer verilmesinin tercih edilmiş olduğu gözlenmektedir<sup>6</sup>. Bir başka ifadeyle, Amerika Birleşik Devletleri'nde "kişisel veri" merkez kavramının yerine kazuistik düzenlemeler ile benzer hassasiyetleri hukuki bir rejime bağlama amacı güdülmekle birlikte, konu bizim hukuk sistemimizden farklı olarak federal düzeyde tek bir düzenleme ile yoğun bir içerikte ele alınmamaktadır<sup>7</sup>. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri'nde ülkemiz düzenlemelerinden ve Avrupa Birliği düzenlemelerinden farklı olarak kişisel

verilerin korunmasına yönelik düzenleyici merkezi bir idari otorite bulunmamakta olup, icrai yetkiler ile donatılmış ve yaptırım makamı olarak birçok farklı konuda görevi bulunan FTC (*Federal Trade Commission/Federal Ticaret Komisyonu*) konunun ele alınmasında ve düzenlenmesinde etkin rol oynamaktadır.

Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde tüketicilerin korunması saiki ile FTC kimi zaman oldukça cesur adımlar atmakta ve Facebook ve Google gibi dünya devlerine birtakım soruşturmalar açmıştır<sup>8</sup>. Bu vesile ile paylaşmak isteriz ki, FTC, yeni gelişen teknolojik gelişmeler karşısında özellikle mobil cihazlarla toplanan konum verisine ilişkin olarak da birtakım soruşturmalarda bulunmuştur<sup>9</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere FTC'nin bu konudaki amaç ve hassasiyetinin odak noktasında bilhassa tüketiciler yer almaktadır<sup>10</sup>. Bu bağlamda, Amerika Birleşik Devletleri'nde kişisel verilerin korunması konusu müstakil bir konu olmaktan ziyade; tüketicilerin menfaatinin korunması çerçevesinde ele alınan ve her geçen gün gelişen dinamik ve multidisipliner bir alanı oluşturmaktadır<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> Kulesza (n 4) 163.

<sup>6</sup> Örneğin, Adil Kredi Raporlama Yasası (Fair Credit Reporting Act), alacaklıların borçlular ile nasıl temasa geçebileceği ve borçlunun borçlu olduğu vakasının üçüncü kişilerle paylaşılamayacağı kuralı gibi bir takım kişisel verilerin korunması alanını ilgilendiren spesifik düzenlemelere yer vermektedir. 'Fair Credit Reporting Act' <<https://www.ftc.gov/legallibrary/browse/statutes/fair-credit-reporting-act>>; 'Telemarketing Sales Rule' <<https://www.federalregister.gov/regulations/3084-AA98/telemarketing-sales-rule>> s.e.t. 17 Mart 2023; 'Children's Online Privacy Protection Act' <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim>> s.e.t. 17 Mart 2023; 'Gramm Leach Bliley Act' <<https://www.congress.gov/bill/106thcongress/senate-bill/900/text>> s.e.t. 4 Nisan 2023; 'Health Insurance Portability and Accountability Act' <<https://aspe.hhs.gov/reports/health-insurance-portability-accountability-act-1996>> s.e.t. 5 Nisan 2023; Murugan Anandarajan, Rob D'Ovidio and Jenkins Alexander, 'Safeguarding Consumers against Identity-Related Fraud: Examining Data Breach Notification Legislation Through the Lens of Routine Activities Theory' (2013) 1 International Data Privacy Law 54.

<sup>7</sup> Kulesza (n 4) 164.

<sup>8</sup> Google'a karşı FTC tarafından yürütülen bir soruşturmada, elektronik posta hizmetleri dışında Google'un bir başka hizmetini oluşturan sosyal medya platformu Google Buzz platformunda, gmail elektronik posta servisi kullanıcıları bilgilerinin ilgili kullanıcıların rızası alınmaksızın kullanılmasının, kullanıcıların mahremiyetini ihlal ettiği iddiası ele alınmıştır. Bu bağlamda, gmail kullanıcıları Google Buzz'a açık rızaları olmaksızın dahil edilmiştir. Kullanıcılara ait verilerin toplanması ve işlenmesi ile ilgili olarak yayınladığı politikalarda Google'un esaslı değişiklikler yapmadan önce kullanıcıların açık rızalarını alma(ma)sı bu soruşturmanın önemli bir odak noktasını oluşturmuştur. 'FTC v. Google Inc. Docket No: C-4336' <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/10/111024googlebuzzcmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023; 'FTC v. Facebook Inc. Docket No: 0913284' <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/11/111129facebookcmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023.

<sup>9</sup> 'FTC v. Goldenshores Technologies, LLC, and Erik M. Geidl Docket No. C-4446' <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/140409goldenshorescmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023; 'FTC v. InMobi Pte Ltd. Docket No. 3:16-Cv-3474' <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160622inmobicmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023; 'FTC v Kochava, Inc. Docket No. 2:22-Cv-377' <[https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/1.%20Complaint.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/1.%20Complaint.pdf)> s.e.t. 17 Mart 2023.

<sup>10</sup> Brill (n 1) 357.

<sup>11</sup> Wall Street Journal, 'Should the U.S. Adopt European-Style Data-Privacy Protections' (8 Mart 2013) <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324338604578328393797127094>> s.e.t. 31 Mart 2023.

## B. BİR VERİ ÇEŞİDİ OLARAK KONUM VERİSİNİN TAŞIDIĞI ÖNEM

Teknolojinin süratle geliştiği günümüzde kişilerin mobil cihazları ile angajmanları da her geçen gün artmaktadır. Kişiler mobil cihazları ile iletişim kurmakta, alveriş yapmakta, oyun oynamakta ve sosyal medyada gezinmekte ve dolayısıyla mobil cihazları ile konum verisinin oldukça erişilebilir ve yoğun bir şekilde izler bıraktığı bir ekosistem oluşmaktadır. Bu bağlamda, konum verisi özellikle aplikasyon geliştiricileri, telefon operatörleri, işletim sistemi hak sahipleri veya telefon üreticileri tarafından toplanabilmektedir<sup>12</sup>. Nitekim, konum verisi büyük veri teknolojisi bakımından da önem taşımakta büyük veriler içerisinde de toplanan ve işlenen önemli bir veri türünü oluşturmaktadır<sup>13</sup>.

Liberal ekonomik anlayışın ve tüketimin ege-men olduğu bir toplum olan Amerika Birleşik Devletleri'nde tüketicilerin alışkanlıklarının tayini ve tespiti oldukça önem taşımaktadır. Zira, reklam harcamalarında reklamın doğru hedefe ulaşması büyük önem taşımakta olup; reklam ve pazarlama faaliyetlerinin doğru hedef kitlesine ulaşmasında kişisel veriler ve bu verilerin analizi oldukça önemli bir yer tutmaktadır<sup>14</sup>. İşte bu noktada mobil cihazlarla kişilerin konum verisinin toplanıp işlenmesi suretiyle, reklam ve pazarlama faaliyetlerinin doğru hedef kitlesine ulaştırılması temin edilmektedir<sup>15</sup>. Örneğin, İstanbul'a gelen Asyalı turistleri hedeflemek isteyen bir restoran işletmecisi, restoranına yakın mesafede bulunan Asyalı turistleri, bu kişilere ait telefon di-

linin herhangi bir Asya dili olması koşulunu tercih ederek ve restoranına 3 km uzaklıkta bulunması gibi koşulların tercih edilmesi suretiyle dijital reklam ve pazarlama faaliyetinin hedef kitlesi haline getirebilmektedir. Bu bağlamda, konum verisinin yardımı ile kişilerin anlık bulunduğu lokasyonlar, dijital reklam çalışmaları bakımından hedeflenebildiği gibi, geriye dönük olarak belli bir zaman aralığında belli bir lokasyonda bulunan kişiler dahi dijital reklam çalışmaları bakımından hedefleme faaliyetine konu edilebilmektedir. Dijital reklam çalışmaları bilhassa internet siteleri, çevrimiçi video ve ses yayınları gibi dijital platformlar üzerinden gerçekleştirilen pazarlama faaliyetlerini tanımlamaktadır. Nitekim, bu tür reklamlar; metin, görüntü, ses ve video gibi çeşitli medya formatlarını içerebilmektedir. Bir başka ifadeyle, konum verisi ayrıca zaman boyutu ile eklenerek reklamın doğru hedef kitlesi ile buluşması temin edilmektedir. Öte taraftan, konum verisi yardımı ile konvansiyonel reklam mecralarının etkinliği de analiz edilebilmektedir. Örneğin, bir bankanın reklamının yer aldığı reklam panosu / billboard yakınından geçen kişilerden kaçının daha sonrasında belli bir zaman aralığında söz konusu reklam veren bankanın şubesinde bulunup bulunmadığı tarzında ölçümlenmeler de konum verisinin yardımı ile yapılabilmektedir.

Yukarıda temas edildiği üzere, konum verisi sadece dijital reklam faaliyetlerinde değil, aynı zamanda bir takım görüş ve düşüncelerin ilgili kitlelere ulaştırılması bakımından da önem arz edebilmektedir. Örneğin, kürtaj karşıtları bu hususa ilişkin görüş ve düşüncelerini kürtaj merkezlerinin bulunduğu lokasyonları coğrafi olarak hedefleyerek, burada yer alan kişilerin mobil cihazları ile internete eriştiklerinde, söz konusu kürtaj karşıtı görüşü savunanlara ait paylaşımların hedef kitlesini oluşturabilmektedir. Nitekim, bu tarz bir faaliyetin de bireylerin mahremiyetine bir müdahale olarak değerlendirilmesi oldukça mümkündür.

Özü itibariyle bireylerin mobil cihazları ile bıraktığı konum verisine dair izler, bireylerin yeni medya ekosisteminde hedeflenmelerine olanak tanımaktadır<sup>16</sup>. Bu bağlamda, bireylerin mahremiyeti ile

<sup>12</sup> Martin Kirsten and Katie Shilton, 'Mobile Privacy Expectations: How Privacy is Respected with Mobile Devices', *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy* (1st Baskı, Cambridge University Press 2018) 85; Caitlin D Cottrill, and Piyushimita Vonu Thakuriah, 'Privacy in Context: An Evaluation of Policy-Based Approaches to Location Privacy Protection' (2014) 2 179; Kulesza (n 4) 165; Colleen Tressler, 'Mobile Phone Maker Misled People on Privacy & Security' <<https://consumer.ftc.gov/consumer-alerts/2018/04/mobile-phone-maker-misled-people-privacy-security>> s.e.t. 27 Mart 2023; s.e.t. 12 Kasım 2023; <<https://www.apple.com/legal/privacy/pdfs/apple-privacy-policy-en-ww.pdf>> s.e.t. 27 Mart 2023.

<sup>13</sup> Rubinstein (n 4) 76.

<sup>14</sup> Brill (n 3) 357.

<sup>15</sup> Öte taraftan konum verisi sadece dijital reklam hizmetleri için önem taşımamakta, örneğin, haritalama ve navigasyon hizmetlerinin sadeleştirilmesi ve kalitesinin artırılması gibi hizmetler bakımından da önem arz etmektedir. Rubinstein (n 4) 76.

<sup>16</sup> Yeni medya terimi, geleneksel ve alışlagelmiş medyadan (kitap, televizyon, gazete ve radyo) farklı olarak, dijital medyayı, özel-

iktisadi faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için harcanan reklam bütçelerinin doğru hedefe yönlendirilmesi arasındaki menfaat dengesinin adilane bir şekilde ele alınması oldukça önem taşımaktadır.

### C. KONUM VERİSİNİN TOPLANMASININ VE İŞLENMESİNİN FTC PERSPEKTİFİNDEN HUKUKİ ANALİZİ

#### 1. Genel Olarak

Bilgisayar ve benzeri cihazlardan farklı olarak mobil cihazlar ile toplanan konum verisi mobil cihazların sürekli ilgili kişinin zilyetliğinde bulunması ve yoğun bir kullanıma tabi olması gerekçesiyle çok daha yoğun bir içerikte ilgili kişinin lokasyonuna dair veriler içermektedir. Özellikle, mobil cihazlar çevrimiçi iken taranan internet siteleri, alışveriş alışkanlıkları gibi konularda bilgi toplanmakta; öte taraftan, çevrim dışı iken seyahat rotaları, sıklıkla bulunan lokasyonlar, bulunma süreleri gibi birtakım veriler de mobil cihazlar ile toplanabilmektedir<sup>17</sup>. Bir başka deyişle bu veriler marifetiyle tüketici davranış ve alışkanlıkları ölçümlenerek bir profillemeye çalışması yapılmaktadır.

Nitekim, mobil cihazlar sadece konum verisi değil, aynı zamanda hareket, iletişim verisi, uygulama içi aktiviteler gibi oldukça farklı verileri de toplamakta ve işlemektedir<sup>18</sup>. Bu bağlamda, hukuken analiz edilmesi gereken en önemli mesele, kişilerin farkındalığı, bilgisi ve rızası olmaksızın konum verisinin toplanmasının herhangi bir hukuki değerlendirilme

dirmeye muhtaç olup olmadığı meselesidir<sup>19</sup>. Zira, kişilerin mobil cihazlarının topladığı konum verisi ile pazarlama faaliyetlerinin süjesi olması kişinin mahremiyetinin korunması perspektifinden ele alınması gereken önemli ve hassas bir konuyu oluşturmaktadır. Öte taraftan konum verisinin toplanması ve işlenmesi ile kişiler fiziksel ve psikolojik bir gözleme tabi tutulmaktadır<sup>20</sup>.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Amerika Birleşik Devletleri'nde sağlık verisinin mobil cihazlarla toplanması ve küçüklere/çocuklara ilişkin kişisel verilerin toplanması dışında konunun düzenlenmesi ve takibi tamamen FTC'ye bırakılmıştır<sup>21</sup>. Bu bağlamda FTC, gayri adil ve yanıltıcı ticari uygulamaları engelleme ve cezalandırma yetki ve sorumluluğu kapsamında bu faaliyetleri icra etmektedir<sup>22</sup>. Nitekim, bu kapsamda FTC, mobil cihaz uygulama geliştiricileri için de bir kılavuz yayınlamıştır<sup>23</sup>.

Bu noktada, üzerinde durulması gereken önemli konulardan bir tanesi de kişisel verilere ilişkin aşırı hassasiyetlerin ve katı kuralların inovasyonu ve teknolojik gelişimi ciddi bir surette baltalayacağı gerçektir. Bu yönü ile kişisel verilerin korunması, esasında bir risk yönetimi tercih ve rejimidir<sup>24</sup>. Öte taraftan, arama motorları, işletim sistemleri, sosyal medya uygulamaları ve bilhassa mobil cihaz operatörleri ve mobil cihaz uygulamaları kişilerin çevrim içi aktivitelerine dair önemli ölçekte veri toplamaktadır. Kişilerin bu tür faaliyetler karşısındaki korunmaya değer bir mahremiyeti söz konusu olmaktadır.

likle etkileşimsel medyayı, internet ağlarını ve sosyal iletişim medyasını nitelemek için kullanılmakta olup ve bilgi-iletişim teknolojileri ile bunlarla bağlantılı sosyal bağlamları, iletişim becerilerini arttıran cihazları, bu cihazlar kullanılarak geliştirilen iletişim etkinlikleri ile pratiklerini ve bu cihazlarla pratikler etrafında şekillenen sosyal düzenleme veya örgütlenmeleri kapsamakta olduğu ifade edilmektedir. Mete Ogün Parlak, 'Yeni Medya ve Haberciliğin Dönüşümü' (2018) 14 Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 59, 68.

<sup>17</sup> Nazmun Naher and Tanzima Hashem, 'Think Ahead: Enabling Continuous Sharing of Location Data in Real-Time with Privacy Guarantee' (2019) 1 1, 1; Leyla Keser- Berber, *Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2014) 21-26; Adrian Fong, 'The Role of App Intermediaries in Protecting Data Privacy' 2 International Journal of Law and Information Technology 85, 85; Kirsten and Shilton (n 14) 87; Kulesza (n 4) 165.

<sup>18</sup> Kirsten and Shilton (n 14) 86; Kulesza (n 4) 165; Fong (n 19) 88.

<sup>19</sup> Andrew Blumberg and Peter Eckersley, 'On Locational Privacy, and How to Avoid Losing It Forever' <<https://www.eff.org/files/eff-locational-privacy.pdf>> s.e.t. 3 Nisan 2023; World Economic Forum and Bain Company, 'Personal Data: The Emergence of a New Asset Class' <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf)> s.e.t 3 Mart 2023.

<sup>20</sup> Raphaël Gellert, 'Data Protection: A Risk Regulation? Between the Risk Management of Everything and the Precautionary Alternative' (2015) 5 International Data Privacy Law 5; Fong (n 19) 93.

<sup>21</sup> Kirsten and Shilton (n 14) 91; 'Health Insurance Portability and Accountability Act', (n 8); 'Children's Online Privacy Protection Act' (n 8).

<sup>22</sup> Kirsten and Shilton (n 14) 91; Lipman (n 3) 789.

<sup>23</sup> Federal Trade Commission, 'Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change' <<https://www.ftc.gov/reports/protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations-businesses-policy-makers>> s.e.t 10 Mart 2023.

<sup>24</sup> Raphaël (n 22) 5.

Bu bağlamda, FTC'nin bu mahremiyeti korumakta kullandığı merkez kavram ise “*Haksız ve Aldatıcı Uygulamalar*” (*Unfair or Deceptive Practices*) kavramı olmaktadır. İşte bu kavramlar çerçevesinde FTC çeşitli soruşturmalar açarak konum verisinin toplanması ve işlenmesi meselelerine temas etmiştir.

## 2. Konum Verisinin Mahremiyetinin Korunması Bakımından Mekanik Bir Tedbir: Tasarımda Mahremiyet Prensibi

Amerika Birleşik Devletleri'nde yayımlanan Hızlı Değişim Gösteren Bir Çağda Tüketici Mahremiyetinin Korunması isimli raporda özellikle mobil cihazlar ile toplanan ve işlenen kişisel veriler bakımından mahremiyetin esas olduğu kanaati ön plana çıkmaktadır<sup>25</sup>. Bu bağlamda, öne çıkan değerlerin söz konusu uygulamaların daha tasarımı aşamasında tüketicinin mahremiyetinin göz önünde tutulması, ilgili uygulamaların geliştirilmesinin her aşamasında bu hassasiyetin göz önünde tutulması, tüketiciyle alakalı kişisel verilerinin saklanması ve işlenmesi ile ilgili olarak doğru zamanda, yeterli düzeyde aydınlatılmış bir irade ile karar vermesine olanak tanıyan bir bilgilendirmenin yapılmış olması ve takip etme (*do not track*) mekanizmasına yer verilmesi tüketicinin mahremiyeti bakımından önemli esaslar olarak belirtilmiştir.

FTC, bilhassa tüketiciler nezdinde kişisel verilere ilişkin farkındalığın yaratılmasının ve ayrıca süratle değişen ve gelişen teknolojiler karşısında bu farkındalığın güncel tutulmasının güçlüklerine de temas etmiştir<sup>26</sup>. Bu kaygı ile yeni bir konsept gündeme gelmiş, bu konsept de “*tasarımda mahremiyet*” (*privacy by design*) prensibi olarak ifade edilmiştir<sup>27</sup>. Bu

bağlamda, uygulamaların tasarımında kişilere ait verilerin ihtiyaç olanlarının toplanması ve ihtiyaç olan süre kadar saklanması ve muhafaza edilmesi önem taşımakta olup, ayrıca aydınlatma metinlerinin de kısa ve anlaşılabilir olması, tasarımda mahremiyet prensibinin önemli boyutlarını oluşturmaktadır<sup>28</sup>. Dolayısıyla, sürecin daha başından itibaren kişilere ait verilerin toplanması ve işlenmesinde uygulamaların daha tasarlanırken yeterli mahremiyete sahip olması, önem taşıyan pratik bir yaklaşımı oluşturmaktadır<sup>29</sup>. Öte taraftan, FTC, verilerin mahremiyetinin korunmasında dünyanın farklı bölgelerinde farklı düzenlemelerin var olduğunun bilincinde hareket etmekte ve bu düzenlemeler arasında uyumun önemini de hafife almamakta ve söz konusu karar ve politikalarında bu hassasiyetin üzerinde durmaktadır.

## III. AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİNDE KONUM VERİSİNİN TOPLANMASI VE İŞLENMESİ MESELESİNE TEMAS EDEN FTC SORUŞTIRMALARI

### A. GENEL OLARAK

Mobil cihazlar, kişilerin her gittikleri yerde onlara eşlik eden taşınabilir cihazlardır. Öte taraftan, söz konusu bu taşınabilir cihazlar, sürekli olarak nerede bulunduğumuza dair konum verisi toplamaktadır. Daha da önemlisi kişilerin bilgisi olmaksızın bu veriler toplanmakta ve bu veriler dijital reklam faaliyetinde bulunan kurumların istifade edebileceği platformlarda pazarlanmaktadır. Bahse konu bu pazar yeterince şeffaf ve erişilebilir olmadığı için kimin bizim lokasyon verimiz hakkında bilgiye sahip olduğunu ve

on Technology 303; Jasmontaite Lina and others, 'Data Protection by Design and by Default' (2018) 2 European Data Protection Law Review 168; Lee A Bygrave, 'Data Protection by Design and by Default: Deciphering the EU's Legislative Requirements' Oslo Law Review' (2017) 2 Oslo Law Review 105, 105; Daniel Le Mé-tayer, 'Privacy by Design: A Matter of Choice', *Serge Gutwirth & Yves Pouillet & Paul De Hert (editörler) Data Protection in a Profiled World*, (1st Baskı, Springer Dordrecht) 323; European Data Protection Board, 'Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default Version 2.0' <[https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201904\\_data-protection\\_by\\_design\\_and\\_by\\_default\\_v2.0\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201904_data-protection_by_design_and_by_default_v2.0_en.pdf)> s.e.t. 19 Mart 2023.

<sup>25</sup> Federal Trade Commission, 'Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change' (n 25).

<sup>26</sup> Raphaël (n 22) 5.

<sup>27</sup> Adamantia Rachovitsa, 'Engineering and Lawyering Privacy by Design: Understanding Online Privacy Both as a Technical and an International Human Rights Issue' (2016) 4 International Journal of Law and Information Technology, 374; Blumberg and Eckersley (n 21) 2; Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) madde 25 veri sorumlusunun, verilerin işlenmesi hususunda yeterli teknik ve organizasyonel tedbirleri alması sorumluluğunu düzenleme altına almıştır. Nitekim bu düzenlemenin tasarımı mahremiyet prensibinin bir yansıması olduğu da belirtilmiştir. Rachovitsa 387; Alessandro Mantelero, and others, 'The Common EU Approach to Personal Data and Cybersecurity Regulation' (2020) 4 International Journal of Law and Informati-

<sup>28</sup> Federal Trade Commission, 'Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change' (n 25) 23.

<sup>29</sup> Blumberg and Eckersley (n 21) 5; Federal Trade Commission, 'Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change' (n 25) 22.

bu bilgilerle ne yaptığını anlamak mahremiyetimizin korunması açısından oldukça önem taşımaktadır. İşte bu noktada FTC, yakın geçmişte konuya ilişkin olarak aşağıda ayrıntıları ile ele alınan birtakım değerlendirme ve aksiyonlarda bulunmuştur.

### 1. Goldenshore Soruşturması

Android işletim sisteminde “Brightest Flashlight App” uygulamasının geliştiricisi olan Goldenshore Technologies LLC'e ve kurucusuna karşı FTC, bir soruşturma açmıştır<sup>30</sup>. Söz konusu bu soruşturmanın konusunu oluşturan uygulama Google Play'de 10 milyondan fazla kez mobil cihazlara indirilmiştir. Bahsi geçen bu uygulama flaş ışık dahil bir mobil cihazdaki tüm ışıkların aktif hale gelmesini kolaylıkla temin etmektedir. Bununla birlikte, bu uygulama kullanıldığında kişiye ait konum verisi reklam platformları dahil üçüncü kişilere aktarılmakta ve ayrıca kullanıcıların lokasyonu bu uygulama ile takip edilebilmektedir. Öte taraftan, FTC, söz konusu bu uygulamanın tanıtım belgelerinin, hiçbir surette konum verisinin bu uygulama ile toplandığı ve üçüncü kişilerle paylaşıldığına dair herhangi bir bilgi ve uyarı içermediğini ve bu durumun da kullanıcıların ilgili uygulamayı yükleme ve kullanma hususundaki iradelerinin oluşumunda bir sakatlık oluşturduğunu savunmuştur.

Bu soruşturmada FTC, Brightest Flashlight uygulamasına ilişkin lisans sözleşmesini potansiyel kullanıcılar okuduğu esnada dahi söz konusu uygulamanın potansiyel kullanıcıların konum verisini toplamakta olduğuna, bu durumun da kullanıcıların uygulamayı yükleme ve kullanma iradesinin oluşumunda sakatlıklar oluşturduğunu, bu tarz esaslı hususlarda kullanıcıların aydınlatılmamasının aldatıcı bir yaklaşım oluşturduğuna temas etmiştir<sup>31</sup>.

Özetle bu soruşturmada uygulama geliştiricisinin kullanıcıların, konum verisini (tanıtıcı bir ID atayarak) reklam pazarlama ağları ile paylaşmasını ve bu verileri topladığını beyan etmemesi ve bu konuda potansiyel kullanıcılar dahil kullanıcılarını aydınlatmayı ihmal etmesinin aldatıcı bir yaklaşım oluşturduğunu FTC savunmuştur.

<sup>30</sup> 'FTC v. Goldenshores Technologies, LLC, and Erik M. Geidl' Docket No. C-4446' (n 11).

<sup>31</sup> a.g.e.

Söz konusu bu soruşturmada Goldenshore'un herhangi bir ceza ödemesine hükmedilmemle birlikte, kullanıcıların konum verisinin toplanmasından, kullanılmasından ve paylaşılmasından önce ilgili kişilerin açık rızalarının alınması FTC'nin tarafı olduğu sulhun bir gereğini oluşturmuştur. Bu bağlamda, konum verisinin toplanmasından önce uygulamanın konum verisini topladığı ve üçüncü kişilere aktardığı hususuna ilişkin kullanıcıların açık rızasının lisans sözleşmesi, gizlilik politikası, kullanım koşulları gibi düzenlemelerden farklı bir ekran görüntüsü içerisinde alınması gerektiği FTC ile yapılan sulhun bir koşulu olarak yer almıştır. Buna ilaveten kullanıcıların konum verisinin toplandığına, konum verisinin nasıl kullanılacağına, neden konum verisinin toplandığına ve ayrıca konum verisinin paylaşılacağı üçüncü kişilerin kimlik detaylarına ilişkin olarak kullanıcıların bilgilendirilmesi gerektiği de taraflar arasındaki sulhun bir hükmünü teşkil etmiştir.

### 2. Kochava Inc. Soruşturması

FTC, Kochava Inc aleyhine milyonlarca mobil cihazdan konum verisinin toplanması ve bu verinin pazarlanması ile ilgili olarak, bu faaliyetin durdurulması ve cezalandırılmasına karar verilmesini konu alan bir davayı bir soruşturma konusu yaparak ilgili mahkemede açmıştır<sup>32</sup>. FTC, bu soruşturma ile Kochava Inc. tarafından tüketicilerin konum verilerinin toplanması ve bilhassa sağlık ve tedavi kuruluşlarının bulunduğu lokasyonlar gibi bir takım hassasiyet taşıyan yerler hedeflenerek konum verilerinin toplanmasının ve paylaşılmasının durdurulmasına ilişkin olarak ilgili yargısal süreci başlatmıştır<sup>33</sup>.

FTC'nin dava konusu yaptığı bu olayda tüketicilerden toplanan ve üçüncü kişilere satışı gerçekleştirilen verileri cihazın kimliği (*device ID*), cihazın bulunduğu konum ve bulunma zamanı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Kochava Inc. tarafından mobil cihazın bulunduğu konum, zaman ve cihazın kimliği (*device ID*) eşleştirilerek bir mobil pazarlama kimliği ilgili kul-

<sup>32</sup> 'FTC v Kochava, Inc. Docket No. 2:22-Cv-377' (n 11).

<sup>33</sup> Federal Trade Commission, 'FTC Sues Kochava for Selling Data That Tracks People at Reproductive Health Clinics, Places of Worship, and Other Sensitive Locations' <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/08/ftc-sues-kochava-selling-data-tracks-people-reproductive-health-clinics-places-worship-oth>> s.e.t. 21 Mart 2023.

lanıcıya tanımlanmaktadır (“MAID”)<sup>34</sup>. Kochava Inc. topladığı bu konum verisini, mobil pazarlama kimliği ile kendi platformu üzerinden üçüncü kişilere pazarlamaktadır. Bu bağlamda, Kochava’nın ayda yaklaşık 94 milyar konum verisi işlediği ifade edilmektedir<sup>35</sup>.

Bu davada FTC, konum verisiyle mobil pazarlama kimliğinin eşleştirilmesi suretiyle ilgili kişilerin kimlik bilgileri, yerleşim yeri bilgileri gibi birtakım verilere ulaşılabilmesinin mümkün olduğunu ifade etmiş; bu durumun da tüketicilerin ve bireylerin mahremiyetinin istismar edilebilmesine imkân tanıdığının altını çizmiştir. Nitekim bir araştırmaya göre anonimleştirilmiş konum verisinin analizi suretiyle ilgili kişinin kimliği %95 başarı ile tespit edilebilmektedir<sup>36</sup>.

FTC bu soruşturmada, kişilerin sağlık kuruluşları, ibadet kurumları gibi birtakım hassasiyetleri bünyesinde barındıran lokasyonlarda bulunma zamanı ve sıklığına dair verilerin Kochava Inc. tarafından toplanıyor olmasını bilhassa değerlendirmeye değer bulmuştur<sup>37</sup>. Özellikle konum verisi marifetiyle bir takım hassas yerlerde bulunulmasının ölçülmesi suretiyle bir profillemeye çalışması ortaya koymak mümkün olmaktadır<sup>38</sup>. İlgili davada FTC, sağlık kuruluşları, ibadethaneler, sığınma evleri, psikolojik destek mekanlarının hassas lokasyonlar olduğunu, bu tarz yerlerde bulunmanın hassas verilerin tespit ve çıkarılmasına olanak tanıdığını belirtmiştir.

<sup>34</sup> Yapılan bir araştırmaya göre 101 tane oldukça yaygın kullanılan ve talep gören uygulamanın 56 tanesinin cihazın kimliğini (Device ID) ve 47 tanesinin konum verisini topladığını ve üçüncü kişilere aktardığı ifade edilmiştir.

Scott Thurm and Yukari Kane, ‘Your Apps Are Watching You’ *The Wall Street Journal* (2010).

<sup>35</sup> Lesley Fair, ‘FTC Says Data Broker Sold Consumers’ Precise Geolocation, Including Presence at Sensitive Healthcare Facilities’ <<https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/08/ftc-says-data-broker-sold-consumers-precise-geolocation-including-presence-sensitive-healthcare>> s.e.t 13 Mart 2023; Adam Schwartz, ‘FTC Sues Location Data Broker’ <<https://www.eff.org/deeplinks/2022/09/ftc-sues-location-data-broker>> s.e.t. 3 Nisan 2023.

<sup>36</sup> Sweeney, ‘K-Anonymity: A Model for Protecting Privacy’ 558; Kulesza (n 4) 166.

<sup>37</sup> **Federal Trade Commission**, FTC Sues Kochava for Selling Data that Tracks People at Reproductive Health Clinics, Places of Worship, and Other Sensitive Locations <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/08/ftc-sues-kochava-selling-data-tracks-people-reproductive-health-clinics-places-worship-other>> s.e.t. 21 Mart 2023.

<sup>38</sup> Kulesza (n 4) 165.

FTC, söz konusu bu verilerin üçüncü kişilere pazarlanmasını tüketicilerinin mahremiyetine hukuka aykırı bir müdahale olarak değerlendirmiştir.

Kochava soruşturmasında konum verisinin üçüncü kişilere pazarlanması hususunda konum verisine bu platform üzerinden erişimi olan üçüncü kişiler bakımından herhangi bir kontrolünün bulunmaması da FTC’nin getirmiş olduğu önemli bir eleştiriyi oluşturmuştur. Öte taraftan, tüketicilerin konum verisinin kimler tarafından toplandığını ve ne maksatla kullanıldığını bilmediği için tüketicilerin mahremiyetlerine sessiz bir müdahale olduğunun da altı çizilmiştir. Bu bağlamda, bilhassa Kochava tarafından toplanan konum verilerinin tüketicilerin daha önce hiç duymadığı hiç temasa geçmediği kişi ve kurumlara pazarlanmasının bir yönü ile rahatsız edici bir gelişme olduğu belirtilmiştir. Zira konum verisini satın alan kurumlar, konum verisinin analizi suretiyle kişilerin bulunduğu lokasyonları, bu lokasyonlarda bulunma süre ve sıklığını analiz ederek, pazarlama faaliyetlerinin doğru kişiye ulaşmasını amaçlamakta; bu bağlamda, tüketiciler sessiz bir şekilde pazarlama faaliyetleri ile dijital ortamda kuşatılmaktadır.

FTC, Kochava yargılamasında, tüketicilerin konum verisinin ve bilhassa sağlık ve tedavi kuruluşlarının bulunduğu lokasyonlar gibi bir takım hassasiyet taşıyan yerler hedeflenerek konum verilerinin toplanmasının ve toplanan konum verilerinin 3. kişilere pazarlanması suretiyle tüketicilerin profillemeye çalışmasına konu edinilmesini ve veri öznelinin kimlik bilgilerinin konum verisi marifetiyle tespit edilmesine engel olan teknik tedbirlerin alınmamasını haksız ve aldatıcı uygulama teşkil ettiğini savuna gelmiş olup; hali hazırda ilgili yargılama devam etmektedir.

### 3. InMobi Soruşturması

InMobi davası reklamcılarının tüketicileri nasıl hedeflediklerini anlatan ve lokasyon bazlı dijital reklam ekosistemini en iyi şekilde takdim eden FTC soruşturmalarından bir tanesini oluşturmaktadır.

InMobi’nin platformu ile mobil cihazlarda yer alan uygulamalar üzerinden reklam verenlerin çeşitli formatlarda, örneğin, banner reklam, bir sayfadan diğer sayfaya geçerken ki reklamlar gibi reklamları yayınlaması söz konusu olabilmektedir. Bu platform



üzerinden reklam verenler, InMobi platformuna entegre olmuş uygulamaları kullanan tüketicileri dijital reklam faaliyetleri bakımından hedefleyebilmektedir. 2015 Şubat ayında InMobi yaklaşık bir milyar mobil cihaza ulaştığını ve bir günde yaklaşık ortalama altı milyar reklam talebine cevap verdiğini ifade etmiştir<sup>39</sup>. Söz konusu bu rakamlar göz önünde tutulduğunda tüketicilerin dijital reklamların optimizasyon ve hedefleme faaliyetleri ile kuşatılmış olduğu şüpheden uzak olan bir husustur.

FTC'nin InMobi soruşturmasının daha iyi anlaşılabilmesi için InMobi platformunun dijital reklam verenlere ne tarz imkanlar sunduğunu anlamak önem taşımaktadır. InMobi platformu üzerinden reklam verenler konum bazlı olmak üzere üç farklı türde hedefleme yapabilmektedir. Bu bağlamda, "hedefleme" ifadesi ile kişilerin coğrafi konumuna göre dijital reklam çalışmalarının hedefi; bir başka anlamıyla, muhatabı olması kastedilmektedir.

InMobi platformunda "Şimdi" özelliği ile tüketicilerin o anda bulunduğu lokasyon hedeflenebilmektedir. InMobi platformu üzerinde reklam verenler tüketicilerin o anda bulunduğu lokasyonu -örneğin, bir oto galerisini - hedefleyebilmektedir. "Şartlı" seçeneğinin tercih edilmesi durumunda ise, örneğin belli bir zaman diliminde ziyaret veya belli bir zaman diliminde birden fazla ziyaret gibi koşullar seçilerek hedefleme yapılabilmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, bir kahve dükkanının bulunduğu lokasyon sabah 07:00-10:00 arasında veya bu lokasyonda haftanın belli günleri yahut birden fazla kez bulunma koşulu gibi koşullarla hedefleme yapılabilir. "Psikografik" seçeneğinin tercih edilmesi durumunda ise iki aya kadar kişinin bulunduğu coğrafi lokasyonlar esas alınarak bir hedefleme yapılabilir. Örneğin, son iki ayda lüks semtlerde yaşayan ve lüks oto galerileri ziyaret eden kişiler hedeflenebilmektedir. Bu seçeneklerin de ortaya koyduğu üzere tüketicilerin bulunduğu lokasyon ve bulunma zaman dilimi esas alınmak suretiyle tüketici yaklaşım, ihtiyaç ve davranış modelleri hakkında fikir sahibi olmak oldukça gerçekçi ve rasyonel bir yaklaşımı oluşturmaktadır. Özetle InMobi'nin sunmuş olduğu hedefleme seçenekleri, şu anda belli bir lokasyonda bulunanlar veya belli

bir zaman diliminde belli bir lokasyonda bulunanlar olarak farklı seçenekler temin etmektedir.

Gerek IOS ve gerekse Android işletim sistemlerinde kişilerin konum verisine erişimi izne bağlanmaktadır<sup>40</sup>. Mobil cihaz kullanıcıları bu izni vermediği müddetçe bu işletim sistemleri tabanlı uygulamaların kişilerin konum verisini InMobi platformu ile paylaşması mümkün ol(a)mamaktadır. Bununla birlikte, tüketicilerin mobil cihaz uygulamalarında konum verisine erişimi kısıtlamasına rağmen, mobil cihazların çevrelerindeki WIFI ağları ile temasları ile tüketicilerin konum verisini InMobi toplayabilmektedir<sup>41</sup>.

2015 sonuna doğru InMobi uygulamasında değişiklikler yaptığından artık, WIFI ağları vasıtasıyla mobil cihaz kullanıcılarına ait konum verisini toplaması mümkün ol(a)mamaktadır<sup>42</sup>. Bu bağlamda, FTC özellikle, InMobi'nin tüketicilerin lokasyonlarının mahremiyetinin korunması hakkında aydınlatılmış bir karar veremediklerini ve InMobi platformuna entegre olmuş yüzlerce uygulama vasıtasıyla tüketicilerin konumuna dair bilgi toplan(ma)ması hakkında bir kontrollerinin olmamasının hukuki olmadığını savunagelmıştır<sup>43</sup>. Bu soruşturmada konumlarının mahremiyeti hakkında gereken hassasiyeti gösterdiğine inandıkları uygulamaları yüklediklerini düşünen tüketicilerin mahremiyetlerinin InMobi uygulaması marifetiyle istismar edilmesi, FTC'nin temel argümanlarından bir tanesini oluşturmuştur.

#### **a. InMobi Kararında Önemle Üzerinde Durulan Bir Hassasiyet: Çocukların Çevrimiçi Mahremiyeti**

InMobi uygulaması marifetiyle çocuklara dair konum verisi toplanmış ve bu süreçte bu konuda

<sup>39</sup> 'FTC v. InMobi Pte Ltd. Docket No. 3:16-Cv-3474' (n 11).

<sup>40</sup> Apple (n 14); 'Your Android Privacy on Your Terms' <<https://www.android.com/safety/privacy/>> s.e.t 12 December 2023.

<sup>41</sup> 'FTC v. InMobi Pte Ltd. Docket No. 3:16-Cv-3474' (n 11).

<sup>42</sup> Federal Trade Commission, 'Mobile Advertising Network InMobi Settles FTC Charges It Tracked Hundreds of Millions of Consumers' Locations Without Permission' <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2016/06/mobile-advertising-network-inmobi-settles-ftc-charges-it-tracked-hundreds-millions-consumers>> s.e.t. 12 Aralık 2023; 'FTC v. InMobi Pte Ltd. Docket No. 3:16-Cv-3474' (n 11).

<sup>43</sup> 'FTC v. InMobi Pte Ltd. Docket No. 3:16-Cv-3474' (n 11).

özel bir düzenleme olan Çocukların Çevrimiçi Mahremiyetinin Korunmasına Dair Kurallar (*Children's Online Privacy Protection Rule*) ihlal edilmiştir<sup>44</sup>. Bu bağlamda, InMobi, çocukların konum verisini toplayarak onların ilgi ve davranışlarına uygun reklamların hedef kitlesi haline gelmesini temin etmiştir.

InMobi kararındaki göze çarpan başlıca hukuka aykırılık, InMobi'nin o dönemdeki politikasında, 13 yaşından küçük çocuklara ilişkin olarak bilgileri dahilinde olmaksızın herhangi bir verinin InMobi tarafından toplanmadığı ve böyle bir verinin toplanmasının öğrenilmesinden itibaren derhal silindiği kuralına yer verilmesine rağmen; InMobi platformuna entegre olan uygulamalar vasıtasıyla milyonlarca çocuğun verisini yukarıda atfı geçen COPPR kurallarına aykırı olarak toplamış ve bu uygulamalar vasıtasıyla üçüncü kişilerle paylaşmıştır. Bu bağlamda FTC, çocuklara ilişkin verilerin toplanması bakımından InMobi'nin aydınlatma metninin açıkça ve yeterince bilgi sunmadığını ve verilerin toplanmasından önce çocuğun velilerinin aydınlatılmadığını ve rızalarının alınmasının söz konusu olmadığını, dolayısıyla, bu yaklaşımın da COPPR kuralını ihlal ettiğini savunmuştur.

InMobi 2015 yılına kadar rıza olmaksızın konum verisi toplamadığını beyan etmesine rağmen, esasında WIFI networkleri vasıtasıyla konum verisini toplamakta; bu minvalde haksız ve aldatıcı uygulamalarda bulunmaktadır. InMobi ve FTC söz konusu bu davayı sulh ile çözüme kavuşturmuş olup, InMobi yaklaşık 4 Milyon Amerikan Doları sulh tutarını ödemeyi kabul etmiş, ayrıca InMobi'nin çocuklara ilişkin verilerin toplanmasında velilerin rızasının alınmasına ilişkin uygun bir mekanizma oluşturması, velilerin toplanan verilerin türünü takip edip silebilmesine olanak tanıyan bir mekanizma oluşturması, FTC ile taraf olunan sulhun bir gereği olarak hüküm altına alınmıştır. Ayrıca sulhun gereği olarak konum verisinin toplanmasından önce kullanıcıların açık rızasının alınması gerektiği ve kişisel verilerin korunması için detaylı bir uyum ve raporlama mekanizmasının tesisi ve daha önce toplanan ve sulh sözleşmesinde öngörülen standartları taşımayan tüm konum verilerinin silinmesi de FTC ile yapılan sulhun bir gereği olarak öngörülmüştür.

<sup>44</sup> Çocukların Çevrimiçi Mahremiyetinin Korunmasına İlişkin Yasa (Children's Online Privacy Protection Act) çevrimiçi ortamda çocuklara ait verilerin ve bizatihi çocukların korunmasını düzenlemektedir. 'Children's Online Privacy Protection Act' (n 8).

#### IV. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE VE ÜLKEMİZDE KONUM VERİSİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN GELİŞMELER

##### A. AVRUPA BİRLİĞİ'NDE KONUM VERİSİNİN MAHREMİYETİNİN KORUNMASI HAKKINDA GELİŞMELER

13/2011 sayılı akıllı cihazlarda coğrafi konum hizmetleri ve 2/2013 sayılı akıllı cihazlarda uygulamalara ilişkin Avrupa Veri Koruma Kurulu'nun görüşleri 95/46/EC sayılı Veri Korumasına İlişkin Direktif döneminde yayınlanmış olsa da bugün hala geçerliliğini muhafaza etmektedir. Bu bağlamda, 13/2011 sayılı görüşte, akıllı cihazların ilgilisi ile yoğun bir şekilde ilişkili ve ilintili olduğu ve bu cihazların ortaya koyduğu konum verilerinin de kişisel veriler olarak nitelendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Nitekim, bu istikamette olmak üzere Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR), açık bir şekilde konum verisini kişisel veri kategorisi içerisinde değerlendirmektedir. Bu baskın eğilime paralel olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de GPS cihazı ile kişilerin bulunduğu konuma ilişkin bilgilerin toplanmasını kişisel verilerin toplanması olarak nitelendirmiş<sup>45</sup>.

Nitekim coğrafi konum hizmeti sağlayıcıları, kullanıcılarının alışkanlıkları ve tutumları hakkında oldukça detaylı bir profil oluşturma kabiliyetine sahip olmaktadır. Öte yandan, yukarıda da ifade edildiği üzere konum verisi marifetiyle hassas kişisel verilere ulaşmak da mümkündür. Örneğin, konum verileri hastanelere veya ibadet yerlerine yapılan ziyaretleri açıkça ortaya koyabilmektedir. Nitekim, konum verisi, E-Mahremiyet Direktifi (E-Privacy Directive) madde 2(c)'de "*halka açık elektronik iletişim hizmeti kullanıcısının coğrafi konumunu gösteren elektronik iletişim ağlarında işlenen herhangi bir veri*" olarak tanımlanmış olup, E-Mahremiyet Direktifi'nin Giriş Kısmınının 14'üncü maddesi de konum verisini kullanıcının enlem, boylam ve rakım bilgisini ortaya koyan, kullanıcının belli bir zaman diliminde nerede olduğunu ortaya koyan veri olarak tanımlamaktadır<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> *Uzun v Germany* AİHM 35623/05; *Florindo de Almeida Vasconcelos Gramaxo v Portugal* AİHM 26968/16.

<sup>46</sup> 'Mahremiyet ve Elektronik İletişim Direktifi' <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>> s.e.t. 24 August 2023.

Amerika Birleşik Devletleri'nden farklı olarak Avrupa Birliği mevzuatı, konum verisini genel çerçevede düzenleme altına almakta, bu verinin işlenmesi, toplanması ve paylaşılmasını diğer kişisel verilerin korunmasında olduğu gibi düzenlemeye tabi tutmakta; bu bağlamda, konum verisinin toplanmasında ve işlenmesinde ilgili kişinin açık rızasının alınması merkez düzenlemeyi oluşturmaktadır.

## B. ÜLKEMİZDE KONUM VERİSİNİN MAHREMİYETİNİN KORUNMASI BAKIMINDAN GELİŞMELER

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) çerçevesinde konum verisi bir kişisel veri olarak değerlendirilebilir. Zira konum verisi marifetiyle kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiye ulaşılması mümkün olabilmektedir. Özellikle konum verisi sayesinde ilgili kişinin kim olduğunun doğrudan anlaşılması, fakat başka verilerle birleştirilince ilgili kişinin tam kimliğinin saptanabildiği durumlarda, ilgili kişinin dolaylı olarak belirlenebilir olmasından söz edilebilecektir<sup>47</sup>.

İnternet arama motorlarında yer alan adres bilgisi ile konum verisinin tamamlanarak ilgili kişinin kim olduğunun tespiti mümkün olabilir. Tüm bu bilgiler ışığı altında soyut konum verisinin bir takım civar verilerle eşleştirilerek tamamlanması pratik olarak mümkün olabilmektedir. Öte taraftan ifade etmek gerekir ki, ilgili kişinin dolaylı olarak belirlenebilir olması ile mutlaka o kişinin ismen belirlenmesi tarzında dar bir çerçeveden konunun ele alınması da icap etmemektedir. Nitekim, özel bir düzenleme olan Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte konum verisi "*Kamuya açık elektronik haberleşme hizmeti kullanıcılarına ait bir cihazın coğrafi konumunu belirleyen ve elektronik haberleşme şebekesinde veya elektronik haberleşme*

*hizmeti aracılığıyla işlenen belirli veri*" olarak tanımlanmaktadır. Ülkemizde konum verisinin mobil cihazlarda yer alan uygulamalar ile toplanabilmesi ve toplanan bu kişisel verilerin işlenebilmesi için hukuksal bir temelin bulunması zorunludur. Bu bağlamda, mobil cihazlarda yer alan uygulamalar düzleminde konum verisinin toplanabilmesi ve işlenebilmesi için ilgili kişinin açık rızasının elde edilmesi önem taşımaktadır. Nitekim, Covid-19 dönemlerin Kişisel Verileri Koruma Kurulu yayınlamış olduğu bir duyuruda konum verisini kişisel veri olarak nitelendirmiş olup; konum verisinin Covid-19'un sebebiyet verdiği salgın hastalığın kamu güvenliğini ve kamu düzenini tehdit etmesi sebebiyle hastalığın yayılımını engellemek amacıyla KVKK madde 18/1(ç) hükmü kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşları tarafından işlenmesinin önünde bir engel bulunmadığını ifade etmiştir<sup>48</sup>.

Konum verisinin toplanmasında, işlenmesinde ve saklanmasında saydamlık ve şeffaflık oldukça önem taşımaktadır. Özellikle reklam verenlerin dijital reklam faaliyetlerinin doğru hedefe ulaşması ile kişilerin mahremiyetinin korunması arasında adilane bir dengenin kurulması, bu denge kurulurken de ilgili kişilerin konum verisinin toplanmasında, işlenmesinde ve üçüncü kişilere aktarılmasında aydınlatılmış bir irade ile açık rızalarının alınması mevzuata uygun bir yaklaşımı oluşturacaktır<sup>49</sup>. Uygulamalar vasıtasıyla konum verisinin toplanması ve dijital reklam faaliyetleri için işlenmesi bakımından, ilgili

<sup>47</sup> Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (3rd Baskı, İstanbul Hukuk Akademisi 2020) 159; Dr Elif Beyza Akkanat Öztürk, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler* (On İki Levha Yayıncılık 2022) 53; Şehriban İpek Aşkoğlu, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri* (On İki Levha Yayıncılık 2018) 109; Çiğdem Ayözger-Öngün, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (2.baskı, Beta) 9; Serdar Çelikel, *Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri* (Seçkin 2022) 69; Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Yetkin 2004) 33; Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması* (2. Baskı, Turhan Kitabevi 2018) 320.

<sup>48</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 'Kamuoyu Duyurusu Covid-19 İle Mücadelede Konum Verisinin İşlenmesi ve Kişilerin Hareketliklerinin İzlenmesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler' <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6726/Covid-19-ile-Mucadelede-Konum-Verisinin-Islenmesi-ve-Kisilerin-Hareketliklerinin-Izlenmesi-Hakkinda-Bilinmesi-Gerekenler-2->> s.e.t 15 Eylül 2023.

<sup>49</sup> Nitekim, benzer hassasiyetler bir tüketim ürününü piyasaya süren kişilerin ürün ömrünü kasten kısaltmak üzere kullandıkları her türlü teknik olarak planlı eskitme uygulaması bakımından da dile getirilebilir. Bu bağlamda, tüketicilerin iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşabilmesi için tüketicilerin yeterli ve olması gerektiği içerikte bilgilendirilmesi oldukça önem taşımaktadır. Bu konuda salt tüketicilerin aydınlatılması ile yetinilmemeli, aynı zamanda tüketicilerin bilinçlendirilmesi ile ilgili çalışmalara önem verilerek firmaların tüketicileri olumsuz yönde etkileyen ulusal ve uluslararası düzeydeki tüm kötü niyetli iş uygulamalarının engellenmesi temin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. İbrahim Kulular and Merve Ayşegül, 'Psikolojik Planlı Eskitme ve Covid 19 Pandemisinde Durum' (2021) 2 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 391, 397.

kişilerin açık rızasının alınması gerektiği kuralına veri sorumlusunun meşru menfaatinin bulunduğu gerekçesiyle (KVKK m.5/2.f) bir istisna tanınması da adilane bir yaklaşımı oluşturmayacaktır. Nitekim bu yaklaşımın bir sonucu olarak da Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Yönetmelik madde 8/1(c) ve madde 9 konum verisinin işlenmesi öncesinde işleme amaç ve süresi hakkında bilgilendirme yükümlülüğü getirdiği gibi ilgisinden açık rıza temin edilmesi yükümlülüğünü de öngörmüştür.

## V. SONUÇ

Teknolojinin hızlı gelişimi kimi zaman hukukun bir takım konuları ele almasında bir takım komplikasyonları da gündeme getirmiştir. Mobil cihazlarla konum verisinin işlenmesinde, ülkeler düzleminde kişisel verilerin korunması mevzuatı önemli bir rol oynadığı kadar, işletim sistemlerinin (IOS, Android vb.) de bu konudaki tavır ve yaklaşımı oldukça büyük öneme sahiptir. Bu bağlamda, işletim sistemlerinin uygulamaların yüklenmesinde sunmuş olduğu politikalarda, tasarımda mahremiyet prensibine önem atfederek sorunun kaynakta çözülmesine olanak tanınması, konum verisinin toplanması ve işlenmesinde ilgili kişilerin açık rızasının alınmasını araması önem taşımaktadır. Diğer yandan, konum verisinin yardımı ile kişilerin anlık bulunduğu lokasyonların, dijital reklam çalışmaları bakımından hedeflenebilmesi amacıyla konum verisinin toplanmasında ve işlenmesinde meşru menfaat bulunduğu savı ile açık rıza gereğinden taviz verilmesi kişilerin mahremiyetine makul olmayan bir müdahaleyi oluşturacaktır.

## KAYNAKÇA

- Akkanat Öztürk DrEB, *Karşı Edim Olarak Kişisel Veriler* (On İki Levha Yayıncılık 2022).
- Anandarajan M, D'Ovidio R and Alexander J, 'Safeguarding Consumers against Identity-Related Fraud: Examining Data Breach Notification Legislation Through the Lens of Routine Activities Theory' (2013) 1 International Data Privacy Law.
- Apple I, 'About Privacy and Location Services in iOS, iPadOS, and watchOS' <<https://support.apple.com/en-us/102515>> s.e.t. 12 Aralık 2023.
- Aşıkoğlu Şİ, *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri* (On İki Levha Yayıncılık 2018).
- Ayözger-Öngün Ç, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (2nd Baskı, Beta).
- Başalp N, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması* (Yetkin 2004).
- Blumberg A and Eckersley P, 'On Locational Privacy, and How to Avoid Losing It Forever' <<https://www.eff.org/files/eff-locational-privacy.pdf>> s.e.t. 3 Nisan 2023.
- Brill J, 'The Intersection of Privacy and Consumer Protection', *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy* (Cambridge University Press).
- Bygrave LA, 'Data Protection by Design and by Default: Deciphering the EU's Legislative Requirements' Oslo Law Review' (2017) 2 Oslo Law Review 105.
- Çelikel S, *Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri* (Seçkin 2022).
- 'Children's Online Privacy Protection Act' <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section6501&edition=prelim>> s.e.t. 17 Mart 2023.
- Cottrill, CD and Thakuriah, PV, 'Privacy in Context: An Evaluation of Policy-Based Approaches to Location Privacy Protection' (2014) 2.
- Dülger V, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, (3rd Baskı, İstanbul Hukuk Akademisi 2020).
- European Data Protection Board, 'Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default Version 2.0' <[https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb\\_guidelines\\_201904\\_dataprotection\\_by\\_design\\_and\\_by\\_default\\_v2.0\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_201904_dataprotection_by_design_and_by_default_v2.0_en.pdf)> s.e.t. 19 Mart 2023.
- 'Fair Credit Reporting Act' <<https://www.ftc.gov/legallibrary/browse/statutes/fair-credit-reporting-act>>.
- Fair L, 'FTC Says Data Broker Sold Consumers' Precise Geolocation, Including Presence at Sensitive Healthcare Facilities' <<https://www.ftc.gov/business-guidance/blog/2022/08/ftc-says-data-broker-sold-consumers-precise-geolocation-including-presence-sensitive-healthcare>> s.e.t. 13 Mart 2023.
- Federal Trade Commission, 'FTC Sues Kochava for Selling Data That Tracks People at Reproductive Health Clinics, Places of Worship, and Other Sensitive Locations' <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/08/ftc-sues-kochava-selling-data-tracks-people-reproductive-health-clinics-places-worship-oth>> s.e.t. 21 Mart 2023.
- , 'Marketing Your Mobile App'.
- , 'Mobile Advertising Network InMobi Settles FTC Charges It Tracked Hundreds of Millions of Consumers' Locations Without Permission' <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2016/06/mobile-advertising-network-inmobi-settles-ftc-charges-it-tracked-hundreds-millions-consumers>> s.e.t. 12 Aralık 2023.
- , 'Protecting Consumer Privacy in an Era of Rapid Change' <<https://www.ftc.gov/reports/protecting-consumer-privacy-era-rapid-change-recommendations-businesses-policy-makers>> s.e.t. 10 Mart 2023.
- Fong A, 'The Role of App Intermediaries in Protecting Data Privacy' 2 International Journal of Law and Information Technology 85.
- 'FTC v. Facebook Inc. Docket No: 0913284' <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/11/111129facebookcmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023.
- 'FTC v. Goldenshores Technologies, LLC, and Erik M. Geidl Docket No. C-4446' <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/140409goldenshorescmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023.
- 'FTC v. Google Inc. Docket No: C-4336' <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/cases/2011/10/111024googlebuzzcmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023.
- 'FTC v. InMobi Pte Ltd. Docket No. 3:16-Cv-3474' <<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/160622inmobicmpt.pdf>> s.e.t. 17 Mart 2023.
- 'FTC v Kochava, Inc. Docket No. 2:22-Cv-377' <[https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/1.%20Complaint.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/1.%20Complaint.pdf)>.
- 'Gramm Leach Bliley Act' <<https://www.congress.gov/bill/106thcongress/senate-bill/900/text>> s.e.t. 4 Nisan 2023.
- 'Health Insurance Portability and Accountability Act', <<https://aspe.hhs.gov/reports/health-insurance-portability-accountability-act-1996>> s.e.t. 5 Nisan 2023.

- Jasmontaite Lina and others, 'Data Protection by Design and by Default' (2018) 2 *European Data Protection Law Review*.
- Keser- Berber L, *Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2014).
- Kirsten M and Shilton K, 'Mobile Privacy Expectations: How Privacy is Respected with Mobile Devices', *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy* (1st Baskı, Cambridge University Press 2018).
- Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 'Kamuoyu Duyurusu Covid-19 İle Mücadelede Konum Verisinin İşlenmesi ve Kişilerin Hareketliklerinin İzlenmesi Hakkında Bilinmesi Gerekenler' <<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6726/Covid-19-ile-Mucadelede-Konum-Verisinin-Işlenmesi-ve-Kisilerin-Hareketliklerinin-Izlenmesi-Hakkında-Bilinmesi-Gerekenler-2->> s.e.t. 15 September 2023.
- Kulesza J, 'International Law Challenges to Location Privacy Protection' [2013] *International Data Privacy Law* 158.
- Kulular İ and Aşşegül M, "Psikolojik Planlı Eskitme ve Covid 19 Pandemisinde Durum" (2021) 2 *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 391.
- Küzeci E, *Kişisel Verilerin Korunması* (2nd Baskı, Turhan Kitabevi 2018).
- Lipman R, 'Online Privacy and the Invisible Market for Our Data' (2016) 3 777.
- 'Mahremiyet ve Elektronik İletişim Direktifi' <--> <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>> s.e.t. 24 August 2023.
- Mantelero, A and others, 'The Common EU Approach to Personal Data and Cybersecurity Regulation' (2020) 4 *International Journal of Law and Information Technology*.
- Mesut, *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku* (3rd Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Métayer DL, 'Privacy by Design: A Matter of Choice', *Data Protection in a Profiled World* (1st Baskı, Springer Dordrecht).
- Naher N and Hashem T, 'Think Ahead: Enabling Continuous Sharing of Location Data in Real-Time with Privacy Guarantee' (2019) 1 1.
- Organization for Economic Co-operation and Development, 'OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, OECD Publishing, Paris' <<https://doi.org/10.1787/9789264196391-en>> s.e.t. 1 Nisan 2023.
- Parlak, MO, 'Yeni Medya ve Haberciliğin Dönüşümü' (2018) 14 *Ufuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 59.
- Rachovitsa A, "Engineering and Lawyering Privacy by Design: Understanding Online Privacy Both as a Technical and an International Human Rights Issue" (2016) 4 *International Journal of Law and Information Technology*.
- Raphaël G, 'Data Protection: A Risk Regulation? Between the Risk Management of Everything and the Precautionary Alternative" (2015) 5 *International Data Privacy Law*.
- Rubinstein I, 'Big Data: The End of Privacy or a New Beginning?' (2013) 2 *International Data Privacy* 74.
- Schwartz A, 'FTC Sues Location Data Broker' <<https://www.eff.org/deeplinks/2022/09/ftc-sues-location-data-broker>> s.e.t. 3 Nisan 2023.
- Sweeney, 'K-Anonymity: A Model for Protecting Privacy' 'Telemarketing Sales Rule' <<https://www.federalregister.gov/regulations/3084-AA98/telemarketing-sales-rule>> s.e.t. 17 Mart 2023.
- Thurm S and Kane Y, 'Your Apps Are Watching You' *The Wall Street Journal* (2010).
- Tressler C, 'Mobile Phone Maker Mised People on Privacy & Security' <<https://consumer.ftc.gov/consumer-alerts/2018/04/mobile-phone-maker-mised-people-privacy-security>> s.e.t. 27 Mart 2023.
- Wall Street Journal, 'Should the U.S. Adopt European-Style Data-Privacy Protections' (8 Mart 2013) <<https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887324338604578328393797127094>> s.e.t. 31 Mart 2023.
- World Economic Forum, 'Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust' <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_RethinkingPersonalDataANewLens\\_Report\\_2014.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_RethinkingPersonalDataANewLens_Report_2014.pdf)>.
- World Economic Forum and Bain Company, 'Personal Data: The Emergence of a New Asset Class' <[https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf)>> s.e.t. 3 Mart 2023.
- 'Your Android Privacy on Your Terms' <<https://www.android.com/safety/privacy/>> s.e.t. 12 Aralık 2023.
- <<https://www.apple.com/legal/privacy/pdfs/apple-privacy-policy-en-ww.pdf>> s.e.t. 27 Mart 2023.
- Florindo de Almeida Vasconcelos *Gramaxo v Portugal* AİHM 26968/16.
- Uzun v Germany* AİHM 35623/05.

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*





# YARGITAY KARARLARI IŐIŐINDA İLAÇ MARKALARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ<sup>(\*)</sup>

## LIKELIHOOD OF CONFUSION AMONG PHARMACEUTICAL TRADEMARKS IN THE LIGHT OF TURKISH SUPREME COURT DECISIONS

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK<sup>(\*\*)</sup>  
Dr. Sefa ER<sup>(\*\*\*)</sup>

### Öz

İlaç markalarında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde ilacın kendine özgü özellikleri de dikkate alınmalıdır. Bu özellikler ilaç ürünleri ve işaretlerinin benzerliği ile ortalama tüketici kitlesinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. İlaç markaları için yapılan tescil başvurusu sırasında ilaç ruhsatının alınmış olması ve ilacın reçeteli olarak satılıp satılamayacağını belirtmesi zorunlu olmamakla birlikte ürün benzerliği değerlendirilirken eğer ruhsat alınmış ise ilaçların somut benzerliği dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda ilaçların birbiriyle rekabet hâlinde olup olmadığı, birbirinin tamamlayıcısı olarak kullanılıp kullanılmadığı, farklı endikasyonlara yönelik olup olmadıkları, eşdeğer ilaç veya orijinal ilaç olup olmadıkları gibi hususlar incelenmelidir. Ayrıca markaya konu işaretin ilacın etken maddesinden türetilip türetilmediği veya

tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşup oluşmadığı veyahut da ilacın belli niteliklerine vurgu yapan işaretleri kapsayıp kapsamadığı da gözetilmelidir. Özellikle ilaç ürünlerinin karşılaştırılmasında bir ilacın reçeteli satılıp satılamayacağı hususu ortalama tüketicinin belirlenmesinde büyük öneme sahiptir. Dolayısıyla ülkede uygulanan sağlık politikaları da gözetilerek bir ilacın ortalama tüketicisinin kimlerden oluştuğu, bunların dikkat seviyesinin nasıl olması gerektiği belirlenerek bunların gözünden tüm hususlar hep birlikte dikkate alınarak karıştırılma ihtimali değerlendirilmelidir.

### Anahtar Kelimeler

İlaç Markası, Karıştırılma İhtimali, Eşdeğer İlaç, Reçeteli İlaç, Etken Madde.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 22.03.2024 / Kabul Tarihi: 07.05.2024).

<sup>(\*\*)</sup> Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye, (E-posta: hbozgeyik@aybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-9974-7459).

<sup>(\*\*\*)</sup> Yargıtay Başkanlığı, Hukuk Genel Kurulu Tetkik Hâkimi, Ankara - Türkiye, (E-posta: sefaer@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-5738-8224).

*Atıf/Citation:* Bozgeyik, Hayri & Er, Sefa (2024), "Yargıtay Kararları Işığında İlaç Markalarında Karıştırılma İhtimali", TFM, C: 10, S: 1, s. 79-99.

### Abstract

When evaluating the possibility of confusion in pharmaceutical trademarks, the unique characteristics of the medicines should also be considered. The unique characteristics of the medicine are revealed in determining the average consumer mass through the similarity of medicines and signs. For pharmaceutical trademarks, it is not mandatory to have a medicine license at the time of application and to determine whether the medicines can be sold with a prescription. If the medicine is licensed, this should be considered when evaluating medicine similarity. In this context, issues such as whether the medicines are in competition with each other, whether they are used as complements to each other, whether they are for different indications, whether they are generic medicines or original medicines should be examined. In addition, it should also

be taken into consideration whether the sign subject to the trademark is related to the active ingredient of the medicine, whether it contains a reference to the disease it is intended to treat, or whether it emphasizes certain qualities of the medicine. Especially when comparing medicines, the issue of whether a medicine can be sold with a prescription is very important in determining the average consumer. Therefore, the likelihood of confusion in pharmaceutical trademarks should be evaluated by considering all issues together, taking into account the health policies implemented in the country.

### Keywords

Pharmaceutical Trademark, Possibility of Confusion, Generic Medicine, Prescription Medicine, Active Ingredient.

## GİRİŞ

Markalarda karıştırılma ihtimaline ilişkin genel değerlendirmeler ilaç markaları için de söz konusudur. Ayrıca ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken ilacın kendine has özellikleri de dikkate alınmalıdır. Zira ilaçlar, kamu düzenine ve kamu sağlığına yönelik ürünler olmaları, denetim altında tutulan bir piyasada sadece eczanelerde satılmaları, özellikle reklam ve tanıtımlardaki hukuki sınırlamalar nedeniyle diğer ürünlerden farklılık arz etmektedir.

Sağlığa erişim, yaşam hakkının önemli bir parçası, aynı zamanda bir temel insan hakkıdır<sup>1</sup>. Bu kapsamda kişilerin kendilerinin ve yakınlarının sağlığını koruması açısından ve hastalıkların teşhisi ve tedavisi bakımından ilaçlara ilişkin hukuki düzenlemelerde hassas davranılması gerekmektedir. Bu nedenle ilaçlara ruhsat verilmesinden başlayarak bunların reçetelendirilmesi, ambalajlanması, etiketlenmesi ve tanıtımlarının yapılması gibi hususlarda özel düzenlemeler yapılmıştır.

Marka mevzuatında ilaç markalarına ilişkin özel bir düzenleme yer almamakla birlikte ilaçların kamu düzenine ve kamu sağlığına yönelik ürünler olması nedeniyle ilaç markaları bakımından ilacın kendine özgü özellikleri nedeniyle özel değerlendirme yapılması gerekebilmektedir. İlaç markalarında

ilacın kendine özgü özellikleri ise ilaç ürünlerinin ve işaretlerinin benzerliği ile ortalama tüketici kitlesinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

Diğer markalarda olduğu gibi ilaç markalarında da kullanılacak işaretin anlamı, kolay hatırlanabilir olması veya bir mesaj içermesi önemli bir etkiye sahiptir<sup>2</sup>. Bu kapsamda ilaç markalarında kullanılan işaretler, genellikle doktor ve eczacıların markayı kolay hatırlayabilmeleri için ilacın etken maddesinden türetilmekte, tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşmakta veya ilacın belli niteliklerine vurgu yapan işaretleri kapsamaktadır. Zira ilaç piyasasındaki hızlı gelişmeler ve özellikle eşdeğer ilaç konusunda uygulanan teşvikler nedeniyle her geçen gün yeni ilaç markaları ortaya çıkmakta ve bu ilaçların için uzmanı olan doktor ve eczacılar tarafından ciddi takibinin yapılması gerekmektedir. İlaç markaları genel olarak, doktor ve eczacıların kolay hatırlayabilmeleri için herkes tarafından kullanılabilen belirtilen işaretlerden türetilmeleri nedeniyle ayrıca zayıf marka niteliği taşımaktadır.

İlaç markaları söz konusu olduğunda benzerlik ve karıştırma tehlikesi kavramlarını özel olarak ele almak gerekir<sup>3</sup>. Bu kapsamda marka başvurusu

<sup>1</sup> Özgür Temiz, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı' (2014) 69(1) Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 165, 166.

<sup>2</sup> Türkay Alica, 'İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelleri' iç Tekin Memiş (ed), Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009, (On İki Levha 2009) 16.

<sup>3</sup> Selçuk Öztekin, 'İlaç Markaları' iç Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt (eds), Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, (On İki Levha 2011) 92.

sırasında ruhsat alınmış olup olmadığı, ilaç ürününün reçeteli olarak satılıp satılmayacağı, ilaçların birbiriyle rekabet hâlinde olup olmadığı, birbirinin tamamlayıcısı olarak kullanılıp kullanılmadığı, farklı endikasyonlara yönelik olup olmadıkları gibi hususlar incelenmelidir<sup>4</sup>. Özellikle ilaç ürünlerinin karşılaştırılmasında bir ilacın reçeteli satılıp satılmayacağı hususu ortalama tüketicinin belirlenmesi açısından büyük öneme sahiptir<sup>5</sup>. Dolayısıyla karıştırılma ihtimali, ülkede uygulanan sağlık politikaları da gözetilerek, bir ilacın ortalama tüketicisinin kimlerden oluştuğu ve bunların dikkat seviyesi belirlenerek değerlendirilmelidir.

İlaç markalarında karıştırılma ihtimali, öğreti ve Yargıtay kararları gibi ABAD kararlarında da tartışılan bir husus olmuştur<sup>6</sup>. Bu çalışmada öncelikle genel olarak karıştırılma ihtimali incelenmiş, sonra ise ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken dikkat edilecek hususlar Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

## I. MARKA HUKUKUNDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

Karıştırılma ihtimali, marka hukukunun temel kavramları arasında yer almasına rağmen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda<sup>7</sup> (SMK) özel olarak tanımlanmamış; ancak Kanun'un birçok maddesinde karıştırılma ihtimali kavramı kullanılarak bu duruma hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu kapsamda özellikle SMK'nın 6/1 maddesinde karıştırılma ihtimalinin marka tescilinde nispi ret nedeni oluşturduğu belirtilmiştir. Ayrıca SMK'nın 7/2-b maddesinde tescilli marka sahibinin yasaklayabileceği fiiller sayılarak buna riayet edilmemesi SMK'nın 29/1-a maddesi gereğince marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilmiştir. Öte yandan SMK'nın 5 ve 6. maddesine rağmen bir şekilde tescil edilen bir

markanın, talep edilmesi hâlinde mahkeme tarafından hükümsüzlüğüne karar verilebileceği SMK'nın 25/1 maddesi ile düzenlenmiştir. Böylece önceki tescilli marka ile sonraki marka başvurusu arasında karıştırılma ihtimali mevcutsa önceki marka sahibi, sonraki markanın tescil edilmesini engelleme hakkına, tecavüz davası açma hakkına ve tescil edilmesi hâlinde markanın hükümsüzlüğünü talep etme hakkına sahiptir<sup>8</sup>.

SMK'da karıştırılma ihtimali tanımlanmamış ise de bunun ilişkilendirme ihtimalini de kapsadığı belirtilmiştir<sup>9</sup>. Böylece ilişkilendirme ihtimali bulunduğu değerlendirilen mal veya hizmetlerin kökeni, kaynağı konusunda halkı yanılgıya düşürmek de karıştırılma ihtimali kapsamında sayılmıştır<sup>10</sup>. Bu itibarla karıştırılma ihtimali, markalar ve markaların kapsadığı mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin, tüketicilerin satın almayı düşündükleri mal veya hizmet yerine bir başka mal veya hizmeti satın almak durumunda bırakılması olduğu gibi aynı zamanda tüketici tarafından markaların değişik mal veya hizmet için tescil edildiğinin fark edildiği durumda dâhi markaların aynı ya da birbirleri ile bağlılık ilişkisi içerisinde olan işletmelere ait olduğu düşüncesini de kapsamaktadır<sup>11</sup>.

Karıştırılma ihtimali, karşılaştırılan markaların işaretlerinin aynılığı ya da benzerliği ve bu markaların kapsamında yer alan mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle ortaya çıkmaktadır (SMK m.6/1)<sup>12</sup>. Tescilli markanın aynının, aynı mal

<sup>4</sup> Alica (n 2) 47.

<sup>5</sup> Fülüraya Yusufoglu Bilgin, 'İlaç Markaları Arasında Karıştırılma İhtimali (Yargıtay Kararları ve ABAD Kararları Işığında)' iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Sevim ve Atilla Altop (eds), Prof. Dr. Hâluk Burcuoğlu'na Armağan C. II, (Filiz Kitabevi 2020) 1932.

<sup>6</sup> Bu çalışmada yer verilen Yargıtay kararlarına UYAP Bilişim Sistemi'nden, ABAD kararlarına ise <<https://curia.europa.eu>> internet sitesinden ulaşılmıştır.

<sup>7</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG: 10.01.2017/29944.

<sup>8</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012) 437; Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (2. Bası, On İki Levha 2019) 44; Yusufoglu Bilgin (n 5) 1934.

<sup>9</sup> Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (5. Bası, On İki Levha 2023) 269; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2015) 410; Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi* (1. Bası, Seçkin 2009) 68; Tekinalp (n 8) 436.

<sup>10</sup> Zeynep Beyza Yetişgin, 'İlaç Markalarının Karıştırılma İhtimali' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2022) 20-21; Çolak (n 9) 199; Küçükali (n 9) 67.

<sup>11</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku C. I*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997) 98; Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Bası, Adalet 2015) 67; Pelin Karaaslan, 'Markaların Kapsadığı Ürünler Arasındaki Benzerlik İncelemesinde Lisans Uygulamalarının Rolü' (2020) 28(3) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 887, 890; Çolak (n 9) 269; Küçükali (n 9) 66; Tekinalp (n 8) 437; Bozbel (n 9) 409; Bozgeyik (n 8) 43.

<sup>12</sup> Karaaslan (n 11) 892.

veya hizmet için tescil edilmesi durumunda ise artık karıştırılma ihtimalinden ziyade markanın taklidi söz konusu olmaktadır<sup>13</sup>.

“Karşılaştırılan markalarda işaretlerin aynılığı ya da benzerliği” ve “bu markaların kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği” şeklinde ifade edilen bu iki unsur, karıştırılma ihtimalinin tespit edilmesinde karşılıklı etkileşim içerisinde bulunmaktadır<sup>14</sup>. Buna göre karıştırılma ihtimali değerlendirilirken işaretlerin benzerlik oranı ile mal veya hizmetlerin benzerlik oranı tespit edilmelidir<sup>15</sup>. Tanınmış marka söz konusu değilse işaretler aynı olsa dâhi markaların kapsadığı mal veya hizmetler arasında hiçbir benzerlik bulunmaması veya markaların kapsadığı mal veya hizmetler aynı olsa dâhi işaretler arasında hiçbir benzerlik bulunmaması durumunda karıştırılma ihtimalinden söz edilemez<sup>16</sup>.

İşaretlerin ya da mal veya hizmetlerin benzer olduğu her durumda karıştırılma ihtimalinin bulunduğu sonucuna ulaşmamak gerekir. İşaretlerin ya da mal veya hizmetlerin benzerliğinin yanında bazen önceki markanın ayırt edicilik seviyesi de karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır<sup>17</sup>. Bir işaretin ayırt edici olması; onun orijinal, dikkat çekici ve kullanılmakla halkın hafızasında yer etmeye ve hatırlanmaya uygunluğu anlaşılmalıdır<sup>18</sup>. Örneğin bir işaretin ayırt edicilik seviyesinin güçlü olabilmesi için kullanılacağı mal veya hizmetin cinsinden veya niteliğinden uzaklaşması

gerekir. Dolayısıyla marka olarak seçilen işaret kullanılacağı mal veya hizmete yaklaştığı sürece ayırt edicilik seviyesi düşmekte ve zayıf marka hâline gelmektedir. Bu itibarla işaretlerin ya da mal veya hizmetlerin benzer olduğu durumda önceki markanın ayırt edicilik seviyesi düşük ise sonraki markada yer alan çok küçük farklılıklar dâhi karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırılabilmektedir. Böyle bir durumda önceki ve sonraki markada yer alan ortak unsurlara yapılan eklemelerin ayırt ediciliği sağlayıp sağlamadığı, markalarda bulunan değişik unsurların sonraki başvuruyu yeterince farklı hâle getirip getirmediği üzerinde durulmalıdır<sup>19</sup>. Başka bir deyişle önceki markanın ayırt edicilik seviyesi düşük ise markalarda bulunan farklılıklar ve örtüşmeyen bileşenlerinin benzerlikleri ele alınarak sonuca gidilmelidir<sup>20</sup>.

Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde markanın halk nezdinde nasıl algılandığı dikkate alınır (SMK m.6/1 ve 7/2-b). Halk, toplumun tamamı değil, markanın kapsadığı mal veya hizmetin ilgili hedef kitlesini temsil eden tüketicilerin ortalamasıdır<sup>21</sup>. Bir mal veya hizmet genel ya da uzman tüketici kitlesine hitap ediyorsa ortalama tüketici, bu kitlenin ortalama bir üyesidir<sup>22</sup>. Bu itibarla ortalama tüketici, durumun gerektirdiği kadar dikkatli, ortalama düzeyde bilgili, anlayışlı ve yetenekli farazi bir kavramdır. Her marka kapsamındaki mal veya hizmetin hitap ettiği hedef kitle birbirinden farklı olduğundan bunların ortalama tüketicileri de markanın kapsamındaki mal veya hizmetin niteliğine göre değişkenlik göstermektedir.

<sup>13</sup> Tekinalp (n 8) 441.

<sup>14</sup> Sevilay Uzunallı, ‘Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu’ iç H. Ercüment Erdem ve Tolga Ayoğlu vd (eds), Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, (On İki Levha 2017) 675; Karaaslan (n 11) 892; Tekinalp (n 8) 442.

<sup>15</sup> Ali Paslı, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (1. Bası, Vedat 2018) 6; Yusufoglu Bilgin (n 5) 1934; Karaaslan (n 11) 892; Tekinalp (n 8) 443.

<sup>16</sup> Uzunallı (n 14) 675; Tekinalp (n 8) 443; Paslı (n 15) 7.

<sup>17</sup> Yargıtay HGK, 04.03.2021, 16/198 K. (PINAR/DAĞPINARI); “... işaretlerin benzerliğinde ve karıştırılma ihtimalinde dikkate alınacak önemli bir unsur da, önceki markanın ayırt edicilik düzeyidir... davalı başvurusu ile davalıların markaları düşük seviyede ayırt ediciliği olan “Pınar” sözcüğünü paylaştıklarından, karıştırılma ihtimali değerlendirilmesinde örtüşmeyen bileşenlerin veya yapılan ilavelerin markaların genel izlenimi üzerindeki etkisine odaklanılması gerektiği, davalı başvurusunda yer alan ilavelerin bir bütün olarak başvuru davalıların markalarından farklılaştırmaya yeterli olduğu...”

<sup>18</sup> Tekinalp (n 8) 401.

<sup>19</sup> Rauf Karasu, Cahit Suluk ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (2. Bası, Seçkin 2018) 189; Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku 556 KHK Şerhi C. I* (1. Bası, Vedat 2004) 401.

<sup>20</sup> Yargıtay HGK, 21.06.2023, 921/640 K. (BİM/SİSBİM); “...“BİM” ibaresinin dava konusu hizmetler yönünden ayırt ediciliği zayıf olduğu ... ibarenin “Bilgi İşlem Merkezi” ibaresinin kısaltması olarak da algılanacağı, ... davalı başvurusu ile davalıların markaları arasında ortalama tüketici nezdinde bıraktıkları genel izlenim esas alındığında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı...”

<sup>21</sup> Yargıtay HGK, 06.12.2023, 694/1207 K. (LİNNA/LİNDT); “... markanın bir bütün olarak algılanmasına etki eden bütün unsurlar her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmeli ve halk tarafından karıştırılma ihtimali buna göre belirlenmelidir... halk; işin ilgisi veya uzmanı olmayan ancak doğrudan muhatabı olan ortalama tüketicidir...”

<sup>22</sup> Karaaslan (n 11) 895.

## II. İLAÇ MARKALARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİ

### A. TÜRK HUKUKUNDA İLAÇ KAVRAMI

#### 1. Genel Olarak

İlaç, hastalıklara tanı konulması, hastalıkların önlenmesi, tedavisi ya da bazı fizyolojik fonksiyonların düzenlenmesi, düzeltilmesi, iyileştirilmesi ve engellenmesi veya cerrahi işlemlerin kolaylaştırılması amacıyla kullanılan doğal ya da yapay kaynaklı madde veya maddeler kombinasyonudur<sup>23</sup>. İlaçların birçoğu etken madde veya maddeler ile yardımcı maddelerin belirli bir formül çerçevesinde çeşitli işlemlerle birleştirilmesi yoluyla elde edilir<sup>24</sup>. Bir ilacın etken maddesi onun farmakolojik etkisini belirlerken, ilaçta kullanılan yardımcı maddeler ise uygun dozaj şeklinin belirlenmesini ve etken maddenin vücutta etki etmesi beklenen yere taşınmasını sağlamaktadır<sup>25</sup>. Dolayısıyla tıbbi bir amacı bulunmaksızın kimyasal işleme tabi tutulan maddeler ile doğada bulunan ve aktarlarda satılan maddeler bu özellikleri taşımadığından ilaç sayılmamaktadır<sup>26</sup>.

Amacı ve içerdiği maddeler dikkate alındığında tıp alanında kullanılan tüm tıbbi ürünlerin ilaç kapsamında sayılması mümkün değildir. İlaç da bir tıbbi ürün olmakla birlikte farmakolojik özellikleri ve bedensel iyileşmeye yönelik olması nedeniyle gıda destekleri, kozmetik ürünler ve tıbbi cihazlar (ortez, protez) gibi diğer tıbbi ürünlerden farklıdır<sup>27</sup>. Ancak tıbbi amaçlarla üretilen vitaminler, zayıflama hapları ve diyet ürünleri gibi gıda destekleri kimyasal veya biyolojik bir usul kullanılarak ilaç

molekülü benzeri elde ediliyorsa bu gıda destekleri ilaç vasfını kazanabilmektedir<sup>28</sup>. Öte yandan tıbbi ürün olarak kabul edilen kozmetik ürünlerin hiçbir şekilde ilaç olarak kabul edilmesi söz konusu değildir<sup>29</sup>. Zira kozmetik ürünler ilaçta bulunan teşhis ve tedavi amacının aksine, 5324 sayılı Kozmetik Kanunu'nun<sup>30</sup> 2. maddesi gereğince; insan vücudunun epiderma, tırnaklar, kıllar, saçlar, dudaklar ve dış genital organlar gibi değişik dış kısımlarına, dişlere ve ağız mukozasına uygulanmak üzere hazırlanmış, tek veya temel amacı bu kısımları temizlemek, koku vermek, görünümünü değiştirmek ve/veya vücut kokularını düzeltmek ve/veya korumak veya iyi bir durumda tutmak olan bütün preparatları veya maddeleri ifade etmektedir. Aynı şekilde İsmaralama Protez ve Ortez Merkezleri ile İşitme Cihazı Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in<sup>31</sup> 4/1-k maddesinde ifade edilen tıbbi cihazlar da ilaç kapsamında değildir.

İlaç kavramı 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nda<sup>32</sup> "ispençiyari ve tıbbi müstahzar" olarak ifade edilmiş; anılan Kanun'un 1. maddesinde ispençiyari ve tıbbi müstahzar; "Kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılacak amilin ismiyle veya hususi bir nam altında ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere" verilen isim olarak tanımlanmıştır. Bu Kanun kapsamında "ispençiyari ve tıbbi müstahzar" kavramı ile sadece insan sağlığı için kullanılan ilaçlar değil, hayvan sağlığı için kullanılan ilaçlar da kastedilmektedir. Bununla birlikte ilaç kavramı Beşerî Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nde<sup>33</sup> (Ruhsatlandırma Yönetmeliği) "beşerî tıbbi ürün" olarak ifade edilmiş ve bu kavram ile sadece insan sağlığı için kullanılan ilaçlar düzenlenmiştir. Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/1-b maddesi gereğince beşerî tıbbi ürün (ilaç); "İnsanlardaki hastalığı tedavi edici veya önleyici özelliklere sahip olarak sunulan veya Farmakolojik,

<sup>23</sup> Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku* (1. Bası, Adalet 2015) 25; Çiğdem Yatağan Özkan, *İlaçların İkinci Tıbbi Kullanım Patentlerine Tecavüz* (1. Bası, Seçkin 2023) 21; İlker Kanlık, 'Orijinal İlaç Nedir, Orijinal İlaçların Hukuki Durumu ve Fikri Mülkiyet Hakları' iç Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt (edr), Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, (On İki Levha 2011)165.

<sup>24</sup> Kanlık (n 23) 166; Yatağan Özkan (n 23) 21.

<sup>25</sup> Alica (n 2) 17; Yatağan Özkan (n 23) 21.

<sup>26</sup> Hakeri (n 23) 29.

<sup>27</sup> Burcu G. Özcan Büyüktanır ve Dila Okyar Karaosmanoğlu, 'Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu' (2017) 8(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 153, 156; Mehmet Demir, 'İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu' (2010) 89(0) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 96, 110-111; Hakeri (n 22) 9-11.

<sup>28</sup> Yatağan Özkan (n 23) 23.

<sup>29</sup> Yatağan Özkan (n 23) 24.

<sup>30</sup> Kozmetik Kanunu, Kanun Numarası: 5324, Kabul Tarihi: 24.03.2005, RG: 30.03.2005/25771.

<sup>31</sup> RG: 24.09.2011/28064.

<sup>32</sup> İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, Kanun Numarası: 1262, Kabul Tarihi: 14.05.1928, RG: 26.05.1928/898.

<sup>33</sup> RG: 11.12.2021/31686.

*immünolojik veya metabolik etki göstererek fizyolojik fonksiyonları düzeltmek, iyileştirmek, değiştirmek veya tıbbi teşhis amacıyla insanlarda kullanılan veya insana uygulanan, madde veya maddeler kombinasyonunu*" ifade etmektedir. Aynı tanım Beşeri Tıbbi Ürünlerin Sınıflandırılmasına Dair Yönetmelik'te<sup>34</sup> (Sınıflandırma Yönetmeliği) ve İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'te<sup>35</sup> de yer almaktadır.

## 2. İlaçların Sınıflandırılması

İlaçların sahip oldukları özellikler kapsamında farklı şekillerde sınıflandırılmaları mümkündür. Bu kapsamda ilaçlar; Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nde referans (orijinal) tıbbi ürün ve eşdeğer (jenerik) tıbbi ürün olarak sınırlanırken, Sınıflandırma Yönetmeliği'nde reçeteye tabi olan (reçeteli) ürünler ve reçeteye tabi olmayan (reçetesiz) ürünler olarak sınıflandırılmıştır.

Referans (orijinal) ilaç; etkin maddeler dikkate alındığında kabul edilebilir etkinlik, kalite ve güvenliğe sahip olduğu ispatlanan, pazara sunulmak üzere ilk defa ruhsatlandırılmış ürünlerdir (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.4/1-çç). Bunlar uzun süreli maliyetli araştırma geliştirme faaliyetleri neticesinde ortaya çıkmakta ve patent koruması altında belli bir süre korunmaktadır<sup>36</sup>. Bu itibarla orijinal ilaç söz konusu olduğunda patent koruma süresi içerisinde bu ilacın benzerinin başkaları tarafından üretilmesine izin verilmemektedir<sup>37</sup>. Orijinal ilaç üreticisinden izin alınmaksızın bu ilaca sağlanan patent koruma süresi sona erdikten sonra aynı ilaca eşdeğer olarak ilaç üretilip satıldığı durumlarda eşdeğer ilaç (muadil ilaç) söz konusu olmaktadır<sup>38</sup>.

Eşdeğer ilaç, orijinal ilacın sağladığı tedaviyi aynen sunan, orijinal ilaç ile aynı özellikte olan, kalite, tesir, güvenlik ve performans olarak kıyaslanabilen

ve orijinal ilacın patent koruması sona erdikten sonra piyasaya sürülen ürünlerdir<sup>39</sup>. Eşdeğer tıbbi ürün (ilaç) Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/1-i maddesinde tanımlanmıştır<sup>40</sup>. Etken maddenin güvenilirliği daha önceden orijinal ilaç için yapılan maliyetli araştırmalarla kanıtlandığı için eşdeğer ilaçta sadece orijinal ilaçla biyoeşdeğerlik ispatının yeterli olduğu kabul edilmekte; bu durum da eşdeğer ilacın orijinal ilaçtan daha ucuz olmasına sebep olmaktadır.

Genel olarak eşdeğer ilaçların fiyatı orijinal ilacın patent süresi dolmadan önceki fiyatından çok daha ucuzdur<sup>41</sup>. Bu nedenle eşdeğer ilaçlar, geri ödeme kurumlarına ekonomik yönden sağladığı katkılar ve sağlık hizmeti kalitesinden ödün vermeden ilaç harcamalarının azaltılmasında önemli bir konumdadır<sup>42</sup>. Bu kapsamda Beşeri Tıbbi Ürünlerin Fiyatlandırılması Hakkında Tebliğ<sup>43</sup> gereğince eşdeğer ilacı bulunmayan orijinal bir ilaç, kaynak fiyatın %100'ünü alırken, eşdeğer ilacı bulunan orijinal ilaç ile bunun eşdeğer ilaçları kaynak fiyatın %60'ı oranında fiyat alabilmektedir. İlaçların geri ödemesi kapsamında, terapötik eşdeğer grup bazında ödeme sistemi uygulanmakta ve gruplandırılan ilaçların geri ödemesi için tek bir fiyat belirlenmektedir<sup>44</sup>. Geri ödeme kapsamındaki en yüksek fiyat, ilgili gruptaki en ucuz ilacın birim fiyatına %10 eklenerek hesaplanmakta; hastaların ilgili grupta daha yüksek bir ilacı tercih etmeleri durumunda, hesaplanan en yüksek geri ödeme fiyatı ile tercih edilen ilacın fiyatı arasındaki farkı hastalar karşılamaktadır<sup>45</sup>.

<sup>34</sup> RG: 17.02.2005/25730.

<sup>35</sup> RG: 15.04.2014/28973.

<sup>36</sup> Tekin Memiş, 'Jenerik İlaçların Hukuki Durumu' iç Pervin Somer ve Ipek Sevdâ Söğüt (edr), Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, (On İki Levha 2011) 177; Yatağan Özkan (n 23) 28; Kanlık (n 23) 166.

<sup>37</sup> Memiş (n 36) s. 177; Yetişgin (n 10) 37.

<sup>38</sup> Dilara Bayram, Volkan Aydın, Caner Vızdıklar ve Ahmet Akıcı, 'Dünyada ve Türkiye'de Jenerik İlaç Kullanımı ile İlgili Gelişmeler' (2021) 10(2) Literatür Eczacılık Bilimleri Dergisi 166, 167; Memiş (n 35) 176.

<sup>39</sup> Fülürüya Yusufoglu, 'Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) 13(2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1155, 1158; Memiş (n 36) 176; Bayram, Aydın, Vızdıklar ve Akıcı (n 38) 168; Tekinalp (n 8) 554; Hakeri (n 23) 14; Yatağan Özkan (n 23) 30.

<sup>40</sup> Bkz. Memiş (n 36) 176; Hakeri (n 23) 15.

<sup>41</sup> Bayram, Aydın, Vızdıklar ve Akıcı (n 38) 169; Memiş (n 36) 178; Tekinalp (n 8) 554.

<sup>42</sup> Türkiye'de bir ilacın piyasada bulunması ve geri ödeme kapsamında sunulabilmesi Sağlık Bakanlığı ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ortak sorumluluğunda yürütülmektedir. Detaylı bilgi için Bkz. Seda Kumru ve Mehmet Top, 'İlaç Fiyatlandırma ve Geri Ödeme Politikalarının Orijinal İlaç ve Jenerik İlaç Açısından Değerlendirilmesi- Hipertansiyon İlaçları Örneği' (2017) 20(2) Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Dergisi 179 vd.; Memiş (n 36) 181.

<sup>43</sup> RG: 29.09.2017/30195.

<sup>44</sup> Bayram, Aydın, Vızdıklar ve Akıcı (n 38) 169; Memiş (n 36) 181.

<sup>45</sup> Kumru ve Top (n 42) 185.

Sınıflandırma Yönetmeliği'nin 5. maddesi gereğince beşerî tıbbi ürünler (ilaçlar) ruhsatlandırılırken reçeteye tabi ürünler (reçeteli) ve reçeteye tabi olmayan (reçetesiz) ürünler olarak iki sınıfa ayrılmaktadır. Anılan Yönetmeliğin 6. maddesi gereğince beşerî tıbbi ürünler; (i) doğru kullanılsalar bile, tıbbi gözetim altında kullanılmadıklarında doğrudan veya dolaylı şekilde sağlık açısından tehlike oluşturmaları, (ii) sıklıkla ve yaygın olarak yanlış kullanılmaları ve bunun sonucunda insan sağlığı için doğrudan veya dolaylı şekilde tehlike oluşturmaları, (iii) içerdiği madde veya formülasyonun hazırlanması açısından aktivitesi ve/veya advers etkilerinin daha fazla araştırma yapmayı gerektirmesi, (iv) normalde parenteral olarak (damardan veya kas içi yollarla) tatbik edilmeleri durumlarından herhangi birisinin mevcudiyeti hâlinde reçeteye tabi olurlar. Buna karşın reçeteli ilaç kriterlerini karşılamayan ve reçetelendirilmesine gerek olmaksızın doğrudan eczanelerden temin edilebilen beşerî tıbbi ürünler ise reçeteye tabi olmayan (reçetesiz) ürünlerdir (Sınıflandırma Yönetmeliği m.4/d). Reçetesiz ilaçlar basit, doktor müdahalesine gerek olmaksızın baş edilebilen, günlük hayatta sıklıkla rastlanabilen endikasyonların giderilmesi için eczacı tavsiyesiyle kullanılmasında sakınca bulunmayan ilaçlardır<sup>46</sup>.

### 3. İlaçların Piyasaya Sürülmesi

Diğer sınaî ürünler gibi ilaçlar da seri hâlde üretilmekte ve bir marka altında belli bir şekil ve ambalajla piyasaya sürülmektedir. Ancak ilaçlar piyasaya sürülmeden önce orijinal ilaç söz konusu ise yenilik, sanayiye uygulanabilirlik ve tekniğin bilinen durumunu aşma kıstaslarıyla patentlenmesi gerekir<sup>47</sup>. Öte yandan ister orijinal ilaç isterse eşdeğer ilaç söz konusu olsun ilaçlar, ilgili makamdan ruhsat alınmadan piyasaya sürülememektedir. Başka bir deyişle bir ilacın piyasaya sürülmesinin ön şartı ilaç ruhsatının alınmasıdır<sup>48</sup>. İlaçların ruhsatlandırma işlemi Sağlık Bakanlığı'na bağlı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) tarafından yürütülmektedir.

Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/1-dd maddesi gereğince ruhsat; bir beşerî tıbbi ürünün belirli bir formül ile belirli bir farmasötik şekil ve yitilikte,

kabul edilen ürün bilgilerine uygun olarak üretilip piyasaya sunulabileceğini gösteren, TİTCK tarafından düzenlenen belgeyi ifade etmektedir. Bir ilacın ruhsatlandırılması için yapılan başvurunun ve sunulan belge ve bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda ürünün mevzuatta belirtilen şartları taşımadığının tespit edilmesi hâlinde başvurunun reddine karar verilir. Buna karşılık ürünün mevzuatta belirtilen şartları taşıdığı tespit edilirse ilaca ruhsat düzenlenir. İlacın ruhsatlandırılması sürecinin iki yüz on günde sonuçlandırılması (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.14), ruhsatın alınmasından itibaren beş yıl sonra da ilaç ruhsatının yenilenmesi gerekir (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.21).

İlaç ruhsatı için yapılan başvuru sırasında ilaç isminin de belirlenmesi gerekir (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.8). İlacın ismi; beşerî tıbbi ürünün yaygın ismi ile karışmasını engelleyecek şekilde icat edilmiş olan ticari ismini veya beşerî tıbbi ürünün ruhsat veya izin sahibinin ismi veya ticari marka ile birlikte verilen yaygın veya bilimsel ismini ifade etmektedir (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.4/1-c). Ruhsat başvurusu yapılmadan önce, ilaç ambalaj veya etiketinde kullanılacak ilaç ismi için marka başvurusunda bulunulmuş veya marka olarak tescil edilmiş olması gerekmektedir<sup>49</sup>.

İlaçların ruhsatlandırılmasında ilaç isimlerinin uygun olup olmadığına da dikkat edilmekte ve ruhsatlandırma işleminin son aşamasında isim incelemesi yapılmaktadır. Ruhsatlandırma sürecinde ilaç isminin, yaygın ismiyle aynı olmaması, benzer bir başka ilacı anımsatmaması, başka ilaçların kullanım endikasyonlarını çağrıştırmaması, doktorların yazımları ile bir karışıklığa neden olmaması gibi kriterler dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır<sup>50</sup>. Dolayısıyla ruhsatlandırma sürecinde ilaç isminin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği veya marka olarak tescil edilmiş olması bağlayıcı değildir<sup>51</sup>. Ruhsatta belirtilen ilaç ismi için marka başvurusunda bulunulabileceği gibi bu isim ürün üzerinde tescilsiz olarak da kullanılabilir<sup>52</sup>. Bir ilaç için ruhsat

<sup>46</sup> Yatağan Özkan (n 23) 33.

<sup>47</sup> Tekinalp (n 8) 551.

<sup>48</sup> Yatağan Özkan (n 23) 35.

<sup>49</sup> Özge Piri, '556 Sayılı KHK Hükümlerine Göre İlaç Markaları' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2012) 53; Alica (n 2) 15.

<sup>50</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1933.

<sup>51</sup> Öztekin (n 3) 93.

<sup>52</sup> Alica (n 2) 15; Piri (n 49) 53.

alınmış olması o ilaçta kullanılacak isme tescilli bir marka koruması sağlamamaktadır. İlaç isminin marka olarak tescil edilmesi isteniyorsa bunun için SMK hükümleri kapsamında hareket edilmesi gerekmektedir. Bu itibarla TİTCK, ilaç ismi olarak önerilen ismin ilaç üzerinde kullanılıp kullanılmayacağına karar verirken Türk Patent ve Marka Kurumu (TÜRKPATENT), bu ismin marka olup olamayacağına karar vermektedir<sup>53</sup>.

## B. İLAÇ MARKALARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE DİKKATE ALINACAK HUSUSLAR

### 1. İlaç Markalarında Ürün Benzerliği

Markalar arasında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde mal veya hizmetlerin benzerliği önemlidir. Konu ilaç markalarında daha bir önem arz etmektedir. Zira ilaç markalarında söz konusu ürün genel olarak ilaç grubunda yer alsa da ilaçların özellikleri benzedikçe veya ilaç ile tıbbi ürün arasındaki benzerlik oranı arttıkça karıştırılma ihtimali de artacaktır<sup>54</sup>.

Başvuruya konu mal veya hizmetler 12.07.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmamız kararlaştırılan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nis Anlaşması'na göre sınıflandırılır. Bu kapsamda TÜRKPATENT tarafından en son 30.12.2016 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ<sup>55</sup> ile mal ve hizmet sınıflandırma listesi belirlenmiştir. Bu listeye göre ilaçlar, 5. sınıfın birinci alt grubunda yer alan "İnsan ve hayvan sağlığı için ilaçlar, tıbbi ve veterinerlik amaçlı kimyasal ürünler, tıbbi ve veterinerlik amaçlı radyoaktif kimyasal maddeler, ilaç ihtiva eden kozmetikler" arasında bulunmaktadır.

Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları ise benzer olmadıklarına karine teşkil etmemektedir (SMK m.11/4). Bu kapsamda ilgili mal veya hizmetlerin benzerliğini değerlendirmek için bu mal veya hizmetler arasındaki ilişkinin tüm özellikleri dikkate

alınmalıdır<sup>56</sup>. Bu özellikler arasında mal veya hizmetlerin kullanım amaçları, yapıları, hammadde-mamul ilişkisi, kullanım yöntemleri, dağıtım kanalları, birbiri ile rekabet hâlinde olup olmadıkları, birbiri yerine ikame edilip edilemeyecekleri veya birbirinin tamamlayıcısı olup olmadıkları gibi hususlar yer almaktadır<sup>57</sup>.

İlaç markalarında, markalardan birisi insan sağlığı, diğeri hayvan sağlığına ilişkin olduklarında, sınıflandırma açısından aynı alt grupta olmalarına rağmen markalar arasında karıştırılma ihtimali söz konusu olmamalıdır. Aynı şekilde markalardan birisi 5. sınıfın birinci alt grubunda yer alan insan sağlığı için ilaç iken diğeri 5. sınıfın ikinci alt grubunda yer alan gıda takviyesi ise benzerliğin düşük düzeyde olduğu kabul edilmelidir. Yine farklı sınıflarda olmalarına rağmen markalardan birisi 5. sınıfın ikinci alt grubunda yer alan zayıflama amacıyla tıbbi müstahzar iken diğeri 32. sınıfta yer alan proteinle zenginleştirmiş sporcu içeceği ise ürünler arasındaki benzerliğin yüksek olabileceği göz önünde tutulmalıdır<sup>58</sup>.

Öte yandan ilaç markasını taşıyan ürün farklı endikasyonlara yönelik ise bu husus da karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır<sup>59</sup>. Zira farklı endikasyonlara yönelik olan ilaçlar arasında ürün bazında rekabet söz konusu değildir. Endikasyon, ilacın tedavi edici amacını ve üretim nedenini ifade etmekte olup hedef hasta grubunu, ilacın uygulanma şeklini, dozajını ve gerekli diğer tüm bilgileri kapsamaktadır<sup>60</sup>. Dolayısıyla ilaçların endikasyonları arasındaki fark ne kadar fazla ise ilaç markaları arasındaki karıştırılma ihtimali de o kadar azalacaktır. Örneğin her iki ilaç da 5. sınıfın birinci alt grubunda yer almakla birlikte ilaçlardan birisi böbrek rahatsızlığını tedavi etmek için, diğeri kas ağrılarının tedavisi

<sup>56</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1941; Paslı (n 15) 32.

<sup>57</sup> Yargıtay HGK, 11.11.2021, 84/1401 K. (BERK/BERKAY); "... mal ve hizmetlerin aynı veya benzer olup olmadığının değerlendirilmesinde, hammadde-mamul ilişkisi, pazarlama koşulları, amaçları, satış sonrası servis ve onarım süreçlerinde ortaya çıkan müşteri çevresindeki ayniyet, piyasanın anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap edip etmediği, benzer ihtiyaçları giderip gidermediği, birbirleri yerine ikame edilebilme ve rekabet olanaklarının olup olmadığı, dağıtım kanalları, kullanım yöntem ve amaçları ile hedeflenen halk kesimleri gibi hususların dikkate alınması gerekmektedir..."

<sup>58</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1942.

<sup>59</sup> Alica (n 2) 40.

<sup>60</sup> Yatağan Özkan (n 23) 25-26.

<sup>53</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1933.

<sup>54</sup> Alica (n 2) 40; Çolak (n 9) 341.

<sup>55</sup> RG: 30.12.2016/29934.



için ise işaretler benzer olsa da karıştırılma ihtimalinin düşük olduğu kabul edilmelidir.

İlaç markalarında marka başvurusu sırasında ilaç ruhsatının alınmış olması gerekmemektedir. Zira bir ilacın ruhsatlandırma süreci ile ilaç isminin marka olarak tescili süreci birbirinden bağımsızdır<sup>61</sup>. İlaçlar için marka başvurusu söz konusu olduğunda bu markanın fiilen hangi ilaçta kullanılacağını bildirme zorunluluğu bulunmamakta; sadece 5. sınıfın birinci alt grubuna denk gelecek şekilde “insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar” şeklinde bir bildirim yeterli olmaktadır<sup>62</sup>. Böyle bir durumda ürün benzerliği için varsa itiraza mesnet önceki markanın ürün kapsamı dikkate alınmalı; sonraki markanın da bu kapsamdaki ilaçlarda kullanılabileceği gözetilerek karıştırılma ihtimalinin yüksek olabileceği değerlendirilmelidir. Buna karşılık her iki markanın da ilaç kapsamı belirli değilse ve aynı genel ürün (insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar) alt grubuna dâhil ise her iki markanın da ileri de aynı ilaç ürünlerinde tescilli olabileceği düşünülerek karıştırılma ihtimalinin yüksek olabileceği dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla ilaç markalarında ürün benzerliği, ilaç ruhsatlarının alınmasından sonraki marka tescil başvurularında önem arz etmektedir.

İlaç markalarında ürün benzerliği, ABAD kararlarında göz önüne alınmakta; diğer şartlar da dikkate alınarak ürün benzerliğine göre karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu kapsamda ABAD kararlarında, aynı sınıfın aynı alt grubunda yer alsa da farklı endikasyonlara yönelik ilaç markaları arasında karıştırılma ihtimalinin düşük<sup>63</sup>, aynı endikasyonlara yönelik ilaç markaları arasında karıştırılma ihtimalinin ise yüksek olduğu<sup>64</sup>;

farklı sınıflarda yer alan ürünler arasında ilişki varsa ürünlerin benzer oldukları<sup>65</sup>; farklı endikasyonlar söz konusu olsa da tedaviler birbirinin tamamlayıcısı ise ürünler arasında benzerlik olabileceği<sup>66</sup> değerlendirilmektedir.

Yargıtay kararlarında da ABAD kararlarında olduğu gibi ilaç markalarında ürün benzerliği dikkate alınarak buna göre karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay tarafından verilen BIO-RELAX/TİO-RELAX kararında<sup>67</sup>; davacının “TİO-RELAX” ibareli markasının 5. sınıfın birinci alt grubunda tescilli olduğu, davalının “BIO-RELAX” ibareli markasının ise 5. sınıfın ikinci alt grubunda tescil için başvurulduğu, ilaç ürünlerinin doğası, kullanım şekli ve dağıtım kanallarının farklı olduğu, aynı yerde satılsalar bile farklı reyonlarda buldukları, ayrıca birbirini tamamlayan veya rekabet hâlinde olan mallar da olmadıkları, dolayısıyla ürünlerin benzer kabul edilemeyeceği ve markalar arasında karıştırılma ihtimali bulunmadığı belirtilmiştir. Aynı şekilde Yargıtay tarafından

böbrek yetmezliği olan hastalara yönelik olduğu, bu ilaçların böbrek fonksiyon bozukluklarıyla bağlantılı çeşitli sağlık sorunlarını tedavi etmek için art arda aynı anda alınabildiği ve aynı terapötik endikasyona sahip oldukları, bu nedenle söz konusu malların oldukça benzer olduğu belirtilmiştir.

<sup>61</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1950; Alica (n 2) 47.

<sup>62</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1950; Alica (n 2) 47.

<sup>63</sup> Case T-331/09 *Novartis AG v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)* [2010] ECR II-05967; (TOLPOSAN/TONOPAN) kararında, önceki markanın migrenin tedavisinde kullanılan bir analjejik olduğu, tescil talebinde bulunan markanın ise kas gevşetici bir üründe kullanıldığı, her iki marka da 5. sınıfta tescilli olup genel olarak ilaç ürününü ifade etseler de markaların kullandığı ürünlerin farklı endikasyonlara yönelik olduğundan aralarındaki benzerliği düşük olduğu belirtilmiştir.

<sup>64</sup> Case T-88/16 *Opko Ireland Global Holdings Ltd v European Union Intellectual Property Office* [2017]; (ALPHAREN/ALPHA D3) kararında, söz konusu işaretlerin kapsamına giren ilaçların kronik

<sup>65</sup> Case T-165/17 *Emcur Gesundheitsmittelhaus Bad Ems GmbH v European Union Intellectual Property Office* [2018]; (EMCUR/EMCURE) kararında, markalar arasında yüksek benzerlik bulunduğu, 42. sınıftaki hizmetlerin ilaçlarla yakından bağlantılı olduğu, zira ortalama tüketicilerin bu hizmetlerin sağlanmasından ve bu malların üretilmesinden aynı teşebbüsün sorumlu olduğuna inanmasının muhtemel olduğu, ayrıca 44. sınıftaki tıbbi hizmetlerin 5. sınıftaki ilaçların tamamlayıcısı olduğu, dolayısıyla hizmet ve ürün arasında yakın ilişki bulunduğundan karıştırılma ihtimalinin bulunduğu belirtilmiştir.

<sup>66</sup> Case T-85/15 *Alfa Wassermann SpA (AW) v European Union Intellectual Property Office* [2017]; (YLOELIS/YONDELIS) kararında, “YONDELIS” markalı ilacın kanser tedavisinde kullanıldığı, “YLOELIS” markalı ilacın ise önceki kanser ilacının yan etkisinin tedavi edilmesinde kullanıldığı, eczanede “YLOELIS” ilacını sipariş eden birine “YONDELIS” ilacının verilmesinin imkânsız olduğu yönündeki iddianın ortalama tüketicinin bu iki ürünün birbiri için ürettiğine inanıp inanmayacağı değerlendirilmesi karşısında öneminin bulunmadığı, tamamlayıcılıkları nedeniyle aynı teşebbüsten veya ekonomik olarak bağlantılı teşebbüsler tarafından üretildiği algısının oluşacağı, sağlık çalışanları ve kanser hastaları için kafa karışıklığı olasılığının iki ürünü karıştırılma olasılığı şeklinde değil, teşebbüsler arasında bağlantı kurma şeklinde olacağı, dolayısıyla ürünler arasında benzerlik bulunduğu belirtilmiştir.

<sup>67</sup> Yargıtay 11. HD, 30.11.2022, 4670/8524 K.

verilen TİO/TİOFİX kararında<sup>68</sup> da 5. sınıfın birinci alt grubundaki ilaç ürünleriyle 5. sınıfın ikinci alt grubunda yer alan ürünlerin farklı olduğu, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Yargıtay tarafından verilen FUROSYM/FUROKSİM kararında<sup>69</sup> da; davacının başvuru konusu oluşturan “Furosym” markalı ilacın hayvan sağlığı için ilaç olduğu ve veteriner hekim reçetesi ile satılacağı, davalının itiraza mesnet “furoksim” markalı ilacın ise insan sağlığı için ilaç olup doktorlar tarafından reçete edilip, eczacılar tarafından satılabileceği, işaretler arasında sesçil anlamda bir benzerlik varsa da hitap ettikleri tüketici kitlesi yönünden karıştırılmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Yargıtay tarafından verilen NAKSEN/TAKSEN kararında<sup>70</sup> ise; başvuruya konu “Naksen” ibareli ürünün hipertansiyon hastaları ve kronik kalp yetmezliği için kullanıldığı, davacının “TAKSEN” markasını taşıyan ürünlerin ise meme kanseri, over kanseri, küçük hücreli olmayan akciğer kanseri, kaposil sarkamo hastalıklarına yönelik tedavide kullanıldığı, ayrıca davacı ürününün enjeksiyon formunda olduğu ve markalar arasında bağlantı kurulması dâhil karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir.

## 2. İlaç Markalarında İşaretlerin Karşılaştırılması

Diğer markalarda olduğu gibi ilaç markalarında da kullanılacak işaretin anlamı, kolay hatırlanabilir olması veya bir mesaj içermesi uygulama açısından önemli görülmektedir<sup>71</sup>. İlaç markaları bakımından ilaç kavramının özelliğinden kaynaklanan durumlar, özellikle reklam ve hukuki sınırlamalar nedeniyle markada kullanılacak işaret, karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde özellik arz etmektedir<sup>72</sup>. Bu markalarda kullanılan işaretler genellikle doktor ve eczacıların markayı kolay hatırlayabilmeleri için ilacın etken maddesinden türetilmekte veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşmakta veyahut da

ilacın belli niteliklerine vurgu yapan işaretleri kapsamaktadır<sup>73</sup>.

Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 4/1-c maddesi gereğince beşerî tıbbi ürünün (ilacın) ismi; beşerî tıbbi ürünün yaygın ismi ile karışmasını engelleyecek şekilde icat edilmiş olan ticari ismini veya beşerî tıbbi ürünün ruhsat veya izin sahibinin ismi veya ticari marka ile birlikte verilen yaygın veya bilimsel ismini ifade etmektedir. İlacın yaygın ismi; Dünya Sağlık Örgütü tarafından önerilen INN veya INN'nin mevcut olmadığı hâllerde, etkin maddenin bilimsel açıdan referans olarak kabul edilen klasik kaynaklarda geçen ismidir (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.4/1-kk). INN (International Nonproprietary Name- Uluslararası Olan ve Mülkiyete Konu Edilemeyen İsim) ise; bir etken maddenin Dünya Sağlık Örgütü tarafından kabul edilen veya önerilen, mülkiyete konu edilemeyen ve Dünya Sağlık Örgütü kuralları doğrultusunda marka tescilinde kullanılmaması gereken uluslararası ismini ifade eder (Ruhsatlandırma Yönetmeliği m.4/1-hh). Bu kapsamda etken madde ilaçta kullanılan farmakolojik aktif maddeleri ifade etmekte olup Dünya Sağlık Örgütü tarafından INN olarak adlandırılmaktadır; ayrıca adından da anlaşılacağı üzere INN üzerinde fikri mülkiyet hakkı iddiası da mümkün olmaktadır<sup>74</sup>. Bu kapsamda bir ilacın ruhsatlandırma sürecinde, ilaç ismi olarak ilacın yaygın ismi ve dolayısıyla INN veya INN'nin mevcut olmadığı hâllerde, etken maddenin bilimsel açıdan referans olarak kabul edilen klasik kaynaklarda geçen ismi, ilaç ismi olarak kabul edilmemektedir.

Öte yandan SMK'nın 5/1-c maddesi karşısında ilacın yaygın ismi ve dolayısıyla INN veya INN'nin mevcut olmadığı hâllerde etken maddenin bilimsel açıdan referans olarak kabul edilen klasik kaynaklarda geçen ismi, ilacın cins, çeşit, vasıf, amaç ve karakteristik özelliğini belirtmeleri nedeniyle mutlak ret

<sup>68</sup> Yargıtay 11. HD, 17.04.2019, 1210/3118 K.

<sup>69</sup> Yargıtay 11. HD, 22.06.2022, 1215/5179 K.

<sup>70</sup> Yargıtay 11. HD, 21.11.2016, 11806/8989 K.

<sup>71</sup> Alica (n 2) 16; Yetişgin (n 10) 40.

<sup>72</sup> Öztekin (n 3) 91.

<sup>73</sup> Öztekin (n 3) 91; Yetişgin (n 10) 41; Alica (n 2) 40; Yusufoglu Bilgin (n 5) 1949.

<sup>74</sup> Selma Toplu Ünlü ve Özge Atılğan Karakulak, 'İlaç Markalarında Mülkiyeti Haiz Olmayan İsim (INN) ve Karıştırılma İhtimali Tespitinde Dikkate Alınacak Faktörlere İlişkin Değerlendirme' (2010) 24 Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 850, 846; Murat Yıldırım, 'İlaç Markaları ile Mülkiyete Konu Olmayan Uluslararası İsimlerin İncelenmesi' (2006) 2(5) Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 83, 85; Yusufoglu Bilgin (n 5) 1949; Alica (n 2) 23; Yetişgin (n 10) 59.

nedenleri kapsamında marka olarak da tescil edilemez. Ayrıca INN olarak belirlenen isimler bir etken maddenin aynı zamanda yaygın ismi hâline geldiği için belirlenen bu isim artık herkes tarafından kullanılan bir isim hâline gelir ve ilaçlarla ilgili bütün alanlarda artık kullanılmaya başlanır. Dolayısıyla bu kullanım sadece eczacılık, tıp gibi bilimsel alanlarda değil, aynı zamanda ticaret alanını da kapsar. Bu durumda da INN isimleri, SMK'nın 5/1-d maddesi gereğince de mutlak ret nedeni kapsamında marka olarak tescil edilemez.

İlaç markalarında işaret olarak tek başına etken madde veya dolayısıyla INN ismi kullanılmayacak ise de markanın anlamlı veya hatırlanabilir olması veyahut da mesaj içermesi için genellikle etken maddeler ile çağrışım yapacak işaretler tercih edilmektedir<sup>75</sup>. Başka bir deyişle ilaç marka işaretleri belirlenirken en çok tercih edilen yöntem, ilacın etken maddesinden veya INN'lerden türetilen, onlara eklenecek sözcüklerle onlardan uzaklaşan işaretlerin kullanılmasıdır. Örneğin "amoksisilin trihydrate" etken maddesini içeren ilaçlar bakımından "Amoklavın", "Amoksilav" gibi markalar aynı yöntemle belirlenmiştir.

İlaç markalarına konu işaretler, ilacın etken maddesinden veya INN isminden türetilmesinden başka ayrıca tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden de oluşturulmaktadır<sup>76</sup>. Hastalığın doğrudan ismi ilaç markası olarak tescil edilemezse de hastalığın önlenmesine veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcükler marka olarak tescil edilebilir. Örneğin sindirim sistemindeki spazmların tedavisi için üretilen ilaçta "spazmol" markasının kullanılması bu yöntemin geçerliliğini göstermektedir.

Markanın tescilli olduğu mal veya hizmetten, onun nitelik ve karakteristik özelliklerinden uzaklaşması ayırt edicilik işlevini güçlendirmektedir. Buna karşılık ilaç markalarında kullanılan işaret, genellikle ilacın etken maddesinden türetilmiş veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluştuğu için ilaç markalarında ayırt edicilik işlevi

zayıflamaktadır<sup>77</sup>. Başka bir deyişle ilaç markalarında kullanılan işaretin belirlenmesindeki esaslar dikkate alındığında birçok durumda ilaç markalarının ayırt edicilik işlevi çok güçlü değildir. Bu nedenle INN isimleri hiç kimsenin münhasır kullanımına tahsis edilemeyeceği için ilacın etken maddesinden türetilmiş veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşturulmuş markalar zayıf marka teşkil eder<sup>78</sup>. Dolayısıyla ilaç markaları söz konusu olduğunda işaretler arasında küçük farklılık ile yetinmek, benzer içerik ve etkideki ilaç markaları arasında belirli bir ölçüde karıştırılma ihtimaline katlanmak gerekir<sup>79</sup>.

Bu itibarla ilaç markaları arasında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken işaretlerin ilacın etken maddesinden esinlenerek türetilip türetilmediği veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içerip içermediği ilacın ortalama tüketicileri gözetilerek dikkate alınmalı; işaret, ilacın etken maddesinden türetilmişse veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeriyorsa markanın bu oranda zayıfladığı sonucuna varılmalıdır.

ABAD kararlarında da ilacın etken maddesinden türetilen markaların zayıf marka olduğu ve bu markalarda karıştırılma ihtimalinin bulunmayabileceği<sup>80</sup>; ilaç markalarında işaretlerin ayırt ediciliği

<sup>77</sup> Yargıtay 11. HD, 11.03.2015, 17230/3336 K. (SPECTRACEF/CEFDİTÖREN) "... ilacın INN kodu, etken madde veya jenerik adının, tedavi edilen hastalığın adının doğrudan alınamayacağı, ... INN kökünden esinlenmek suretiyle oluşturulmuş markaların tescilinin mümkün olduğu, davalının ilacında kullanmak üzere seçtiği CEFİTEN isminin hammadde isminden hareketle meydana getirilmiş zayıf bir isim olduğu... CEFİTEN ve CEFDİTÖREN bu iki isim karşılaştırıldığında iltibas tehlikesinin bulunmadığı..."

<sup>78</sup> Berivan Bulut, 'İlaç Markalarında İltibas Sorununun Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16/05/2011 Tarih ve 2009/13331 E. 2011/5967 K. Sayılı Kararı Çerçevesinde İncelenmesi' (2014) 4(2) Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 179, 184; Yusufoğlu Bilgin (n 5) 1950; Öztekin (n 3) 91; Alica (n 2) 40; Çolak (n 9) 341.

<sup>79</sup> Öztekin (n 3) 92.

<sup>80</sup> Case T-202/04 *Madaus AG v European Union Intellectual Property Office* [2006]; (ECHINADI/ECHINACIN) kararında, "echinacea" kelimesinin farmasötik ürünler ve bitkisel ilaç yapımında kullanılan bir bitkinin Latince bilimsel ismi olduğu, ilgili bölgelerde "echin-" veya "echina-" ön ekini barındıran çok sayıda marka tescilli bulunduğu, bu nedenle "echina-" ön ekinin ortalama tüketici açısından ticari menşeyinden ziyade ürünün bileşimine atıfta bulunduğu, markaların karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir.

Case T-362/16 *Tillotts Pharma AG v European Union Intellectual Property Office* [2018]; (XENASA/PENTASA) kararında; markalar-

<sup>75</sup> Alica (n 2) 16; Yetişgin (n 10) 41; Yusufoğlu Bilgin (n 5) 1950; Öztekin (n 3) 91; Toplu Ünlü ve Atılğan Karakulak (n 74) 846.

<sup>76</sup> Yusufoğlu Bilgin (n 5) 1950; Alica (n 2) 43; Yetişgin (n 10) 41.

güçlü ise karıştırılma ihtimalinin yüksek olduğu<sup>81</sup>; tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren markalarda ürünler yüksek derecede benzer olsa da karıştırılma ihtimalinin bulunmayacağı<sup>82</sup> değerlendirilmektedir.

Yargıtay kararlarında da ABAD kararlarında olduğu gibi ilaç markalarındaki işaretlerin ilacın etken maddesinden türetilmiş olması veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşması durumunda markaların ayırt ediciliğini zayıfladığı dikkate alınarak buna göre karıştırılma ihtimali değerlendirilmektedir. Örneğin Yargıtay tarafından verilen FOLÍO/FOLÍODE kararında<sup>83</sup>; taraf markalarında yer alan “FOLÍ” ibaresinin folik asit içeren ilaçlarda ürün içeriğinde folik asit bulunduğu işaret eder şekilde folik asitin kısaltması olarak sektörde yaygın olarak kullanıldığı, bu itibarla anılan ibarenin taraf markalarında ortak olarak kullanılmasının bilinçli tüketici kitlesi de nazara alındığında uyumsuzluk konusu ilaç ürünleri bakımından karıştırılma ihtimaline neden olmayacağı belirtilmiştir. Yargıtay tarafından verilen NEUDEKS/NELADDEX kararında<sup>84</sup> da; taraf markalarında ortak olarak yer alan “Deks” ve “Dex” ibaresinin etken madde olduğu, bu nedenle sırf bu ibarenin iki markada ortak olarak yer almasının karıştırılma ihtimaline yol açmayacağı, bunun dışında markalarda yer alan “Neu” ve “Nela” ibareleri arasında da benzerlikten söz edilemeyeceği değerlendirilmiştir. Yine Yargıtay tarafından veri-

len ECOPIRIN/SCORPIRIN kararında<sup>85</sup> ise, “pirin” ibaresinin bir etken maddeye işaret ettiği ve dava konusu 5. sınıf mallar bakımından tüketici kesiminin doktor ve eczacılardan oluştuğu dikkate alındığında taraf markaları arasında karıştırılma ihtimali bulunmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık Yargıtay kararlarında, işaretin ilacın etken maddesi adından türetilmiş olmaması veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içermemesi durumunda karıştırılma ihtimalinin bulunacağı değerlendirilmektedir<sup>86</sup>.

### 3. İlaç Markalarında Ortalama Tüketicinin Belirlenmesi

Karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde önem arz eden bir diğer husus da ortalama tüketicinin belirlenmesidir. Ortalama tüketici, mal veya hizmetin niteliği dikkate alındığında bu mal veya hizmet bakımından makul derece gözlem yapabilen, iyi bilgilenmiş, makul derecede dikkatli ve tecrübeli olan kişiyi ifade etmektedir<sup>87</sup>. Dolayısıyla mal veya hizmet ile muhatap olan tüketicinin karşılaştığı mal veya hizmetin niteliği dikkate alınarak ortalama tüketici belirlenmekte ve bu kapsamda karıştırılma ihtimali değerlendirilmektedir.

İlaçlar, doğrudan insan sağlığını ilgilendirdiği için hastanın ilaca ulaşımı, diğer mal veya hizmetlerden çok farklı olarak düzenlenmiştir. İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu'nun 1/2 maddesi gereğince Türkiye'de bir ilaca ulaşmak için o ilacın, reçeteli olsun veya olmasın muhakkak eczanelerden alınması gerekmektedir. Dolayısıyla ilaçların her halükarda eczanelerden satın alınacak olması karşısın-

da yer alan “-ASA” ibaresinin gastrointestinal sistem hastalıklarını ve bozukluklarını tedavi etmek için tanımlayıcı olduğu, diğer ön eklerin benzer olmadığı ve markaların karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir.

<sup>81</sup> Case T-103/17 *Recordati Orphan Drugs v European Union Intellectual Property Office* [2018]; (NORMOSANG/NORMON) kararında; söz konusu ilaç ürünleri için her iki markada ortak olan “normo” ibaresinin ürün içeriğine ilişkin olmadığı, “normo” ve “sang” ibareleri İspanyolcada “normal” ve “kan” anlamına gelse de “normosang” ibaresinin bir bütün olarak hayal ürünü olduğu, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu belirtilmiştir.

<sup>82</sup> Case T-266/17 *Kwizda Holding GmbH v European Union Intellectual Property Office* [2018]; (UROAKUT/UroCys) kararında, “uro” bileşeninin ürolojiye bir referans olarak kabul edildiği, ürünler yolların tedavisi için kullanılan bir ilaca işaret ettiği, ancak bu ibarenin ilgili malları doğrudan tanımlayıcısı olmadığı, “uro”nun zayıf bir ayırt edici karaktere sahip olduğu, “akut” ve “cys” eklerinin söz konusu markaları farklılaştırmaya yetmediği ve karıştırılma ihtimalinin söz konusu olamayacağı belirtilmiştir.

<sup>83</sup> Yargıtay 11. HD, 14.06.2023, 16/3745 K.

<sup>84</sup> Yargıtay 11. HD, 24.05.2023 40/3271 K.

<sup>85</sup> Yargıtay 11. HD, 22.02.2023, 6254/1057 K.

<sup>86</sup> Yargıtay 11. HD, 25.01.2023, 5661/509 K. (ORCİL/ORCAFİL) “... Davacı markası “ORCİL”, başvuru ise “ORCAFİL”dir. Başvuru markasının ilk üç harfi ile son iki harfinin davacı markası ile aynı olduğu, bu bağlamda markalar arasında yüksek seviyede görsel ve sescil benzerlik bulunduğu, davalının marka başvurusunun Türkçede herhangi bir anlamı olmadığı gibi tescil kapsamındaki 5. sınıftaki mallarda herhangi bir etken madde ile hastalığa işaret eden bir anlamının bulunduğu da ileri sürülmediğine göre davalının önceki tarihli markasının ayırt ediciliği yüksek bir ibare olduğunun kabulü gerekir. Davacı markasının kullanıldığı ilaçların reçeteli mi reçetesiz mi olarak kullanıldığı bilinmemekle birlikte, reçeteli ilaçlarda kullanılsa bile her markanın ayırt edici ve köken bildirici işlevi yanında reklam işlevinin de olduğu düşünüldüğünde, sırf reçete edenin doktor, satıcının ise eczacı olmasının karıştırılma ihtimalini ortadan kaldırmayacağı...”

<sup>87</sup> Yasaman (n 19) 400.

da ilaç markalarında ortalama tüketici belirlenirken karşılaştırma yapılan ilaç markalarına konu ilaç ürününün herhangi birisinin reçeteli satılıp satılmadığı hususu dikkate alınmalıdır<sup>88</sup>.

Reçetesiz ilaçlar basit, hekim müdahalesine gerek olmaksızın baş edilebilen, günlük hayatta sıklıkla rastlanabilen endikasyonların giderilmesi için eczacı tavsiyesiyle kullanılmasında sakınca bulunmayan ilaçlardır<sup>89</sup>. Dolayısıyla reçetesiz ilaçlar, doktor ve eczacıya hitap etmeyen, doğrudan hastaların muhatap olduğu ilaçlardır. Bu itibarla reçetesiz olarak satışa sunulan ilaçlarda hasta (veya hasta yakını), satın alacağı ilacı ya doğrudan kendisi belirleyerek ya da eczacıdan tavsiye alarak talep etmekte; böylece bu ilaçların ortalama tüketicisi, doktor ve eczacıdan ziyade ilacın doğrudan muhatabı olan hasta (veya hasta yakını) olmaktadır<sup>90</sup>.

Reçetesiz ilaçların ortalama tüketicisi sadece hastalar olup bunların dikkat seviyesi, sağlık durumları söz konusu olduğundan ortalamanın çok üzerindedir<sup>91</sup>. Reçetesiz satılan ilaçlardaki dikkat seviyesi, reçete ile satılan ilaçlardaki dikkat seviyesinden düşük olsa da günlük gıda maddesi alan bir tüketicinin dikkat seviyesinden çok daha fazladır<sup>92</sup>. Başka bir deyişle bir hastanın reçetesiz ilaca karşı göstereceği dikkat seviyesi, reçeteli ilaca karşı olandan düşük olsa da her halükârda ortalamanın çok üzerinde kabul edilmelidir. Ayrıca reçetesiz satılan ilaçlarda hangi ilacın kullanılacağı hasta (veya hasta yakını) tarafından belirlense de hasta bu ilaca, başka bir üründe olduğu gibi raftan alarak ulaşamayacak, mutlaka eczacı aracılığıyla ilacı alabilecektir<sup>93</sup>. Bu husus reçetesiz satılan ilaç markaları arasındaki karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde muhakkak dikkate alınmalıdır<sup>94</sup>.

Reçetesiz satılan ilaçlarda ortalama tüketicinin sadece hastalar olduğu, ancak hastaların ortalama tüketici olarak dikkat seviyesinin yüksek olduğu hususunda öğretilerde görüş birliği bulunsa da reçeteli ilaçların ortalama tüketicilerinin kimlerden oluştuğu hususunda tartışma bulunmaktadır. Öğretilerdeki bir görüş<sup>95</sup>; reçeteli satılan ilaçlarda ortalama tüketicilerin sadece doktor ve eczacılar olduğunu, bu ilaçlarda ortalama tüketici kapsamına hiçbir şekilde hastaların dâhil edilmemesi gerektiğini, ülkemizde reçeteli satılan ilaçlardan bazılarının hukuka aykırı olarak fiilen reçete olmadan dâhi eczanelerden satın alınabiliyor olmasının hastaları ortalama tüketici kapsamına almayacağını, zira reçeteli satılan ilaçlarda ortalama tüketici kapsamına hastaların alınmasının hukuka aykırı bu duruma yargı tarafından meşruiyet kazandırılması anlamına geleceğini belirtmektedir. Bu konudaki diğer görüş<sup>96</sup> ise; her ne kadar reçeteli satılan ilaçlarda hastaların doğrudan ilaca etkisi olmasa da ortalama tüketici olarak doktor ve eczacıların yanında ilacın nihai kullanıcısı olan ve eczanelerden ilacı alacak olan hastaların (veya hasta yakınlarının) da kabul edilmesi gerektiğini, reçeteli ilaç söz konusu olduğundan hastaların dikkat seviyesinin de reçetesiz satılan ilaca göre daha yüksek olacağını savunmaktadır.

Reçete ile satılan ilaçlar, doktorlar tarafından reçete edilmekte ve eczacılar aracılığıyla hastalara (veya hasta yakınlarına) ulaşmaktadır. Dolayısıyla reçeteli satılan ilaçlarda kullanılacak markanın bir tarafında ilaç konusunda uzman olan doktorlar, sağlık çalışanları ve eczacılar bulunmakta iken diğer tarafta ilacın nihai kullanıcısı olan hastalar (veya hasta yakınları) yer almaktadır. Kanaatimizce de reçeteli satılan ilaçlarda ortalama tüketici olarak doktor ve eczacılar ile ilacın nihai kullanıcısı olan hastaların (veya hasta yakınlarının) kabul edilmesi gerekir. Nihai tüketici olan hastalar, ilk etapta ilaç ürünün

<sup>88</sup> Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (1. Bası, Beta 1995) 32; Öztekin (n 3) 94; Arkan (n 11) 103.

<sup>89</sup> Yatağan Özkan (n 23) 33.

<sup>90</sup> Toplu Ünlü ve Atılğan Karakulak (n 74) 856.

<sup>91</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1941.

<sup>92</sup> Alica (n 2) 49; Yusufoglu Bilgin (n 5) 1941; Çolak (n 9) 342.

<sup>93</sup> Öztekin (n 3) 95; Yetişgin (n 10) 89.

<sup>94</sup> Yargıtay HGK, 30.09.2021, 413/1127 K. (ZİNCO/ZİNCOBEST) "... tüketicinin eczanelerde, marketlerde olduğu gibi raftan ilaç seçip satın alması mümkün değildir; zira 12.04.2014 tarihli ve 28970 sa-

*yılı Resmî Gazete'de yayımlanan Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Yönetmelik gereğince ilaçların tüketicinin doğrudan ulaşmasına imkân vermeyecek şekilde saklanması zorunludur. Dolayısıyla ilaç reçetesiz satılsa dahi tüketici tarafından istenen ilaç ancak eczacı tarafından tüketiciye verilecektir..."*

<sup>95</sup> Ömer Teoman, *Yaşayan Ticaret Hukuku C. I* (1. Bası, Vedat 2011) 119; Cengiz (n 88) 33; Öztekin (n 3) 95; Alica (n 2) 51.

<sup>96</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1937; Toplu Ünlü ve Atılğan Karakulak (n 74) 856; Bulut (n 78) 188.

belirlenmesi noktasında belirleyici olmasalar dâhi yine de ilaç markalarının karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır<sup>97</sup>. Ancak reçeteli satılan bir ilacın muhatabı münhasıran doktor ve eczacılar ise hasta hiçbir şekilde ilaçla karşılaşmıyorsa ortalama tüketici olarak sadece doktor ve eczacılar dikkate alınmalıdır. Örneğin ameliyat esnasında kullanılan anestezi ilaçlarında muhatap doktorlar olup hastanın ilacı satın almak dâhil hiçbir şekilde ilaç üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır<sup>98</sup>.

İlaç maliyeti, sağlık harcamalarında önemli bir paya sahip olduğundan özellikle bazı ülkelerde eşdeğer ilaçlar kullanımının yaygınlaştırılması amaçlanmaktadır<sup>99</sup>; ilaçların sağlık bütçesinde meydana getirdiği yükün azaltılması için eşdeğer ilaç uygulaması teşvik edilmektedir<sup>100</sup>. Bu kapsamda Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan 18.06.2009 tarihli ve 43081 sayılı Eşdeğer İlaç Kullanımına İlişkin Genelgede de eczacıların orijinal ilaç yerine eşdeğer ilaç verme haklarının olduğu, kamu ilaç harcamalarında tasarruf sağlamak amacıyla eşdeğer ilaç kullanımının yaygınlaşması ve doktor ile hastaların eşdeğer ilaç kullanımı konusunda teşvik edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ülkemizde doktor tarafından yazılan reçetede sadece ilacın etken maddesi belirtilebileceği gibi ilacın markası belirtilerek de ilaç yazılabilmektedir. Reçeteye ister ilacın sadece etken maddesi, isterse markası yazılsın eczacının, izlenen sağlık politikası gereğince hastaya yazılan ilacın eşdeğerini verme hakkı bulunmaktadır. Eczacı, ilacın eşdeğeri-

ni hastaya verirken bu hususta ve alabileceği eşdeğer ilaçlar hakkında onu bilgilendirmeli ve onun talebi doğrultusunda eşdeğer ilacı vermelidir. Bu husus uygulanan ilaç fiyatlandırması ve ilaç geri ödeme politikasının da bir gereğidir. Dolayısıyla birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de reçeteli satılan ilaç söz konusu olduğunda nihai kullanıcı olan hastaların da satın alınacak olan eşdeğer ilacın belirlenmesinde söz hakkı bulunmaktadır. Öte yandan Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin 21. maddesi gereğince ruhsatın alınmasından beş yıl sonra ilaç ruhsatının yenilenmesi gerekli olup reçete ile satılan bir ilaç, ruhsatın yenilenme sürecinde yapılan değerlendirme neticesinde yeniden sınıflandırılarak reçetesiz hâle dönüştürülebilmektedir. Böylece tescilli bir markanın yenilemelerle birlikte koruma süresi gözetildiğinde reçete ile satılan ilaçlarda da hastaların ortalama tüketici olarak dikkate alınması gerekir.

Uzman olan doktor ve eczacıların ilaç ürünleri söz konusu olduğunda dikkat seviyesinin yüksek olacağı aşikârdır. Doktor ve eczacının ilaç konusundaki dikkat ve özeni sadece uzmanlığından kaynaklanmamakta, aynı zamanda hastaya yanlış ilaç verilmesinden dolayı cezai ve hukuki sorumlulukları bulunmasından kaynaklanmaktadır<sup>101</sup>. Ancak uzman olan doktor ve eczacıların yanında ilaç konusunda uzman olmayan hastalar açısından da dikkat seviyesinin ortalamanın çok üzerinde olduğu kabul edilmelidir<sup>102</sup>. Zira ilaç reçete ile satılıyorsa doktor ve eczacıların, ilaç reçetesiz satılıyorsa eczacıların mevzuat gereğince ilaçlar hakkında hastaları bilgilendirmesi zorunludur. Hatta reçete ile satılan ilaçlar, reçetesiz satılan ilaçlara göre daha ciddi endikasyonların tedavisinde kullanıldığı gözetildiğinde hastaların reçete ile satılan ilaçlardaki dikkat seviyesi, reçetesiz satılan ilaçlardaki dikkat seviyesinden daha da yüksek olacaktır<sup>103</sup>. Dolayısıyla ilaç söz konusu olduğunda hastaların dikkat seviyesi, normal bir ürüne göre çok yüksek olmakla birlikte, ilacın reçeteli olarak satılıp satılmamasına göre yüksek seviyeden daha yüksek seviyeye çıkmaktadır.

ABAD kararlarında da; reçetesiz satılan ilaçlarda ortalama tüketicinin hastalar olduğu, bu hastaların

<sup>97</sup> Yusuföğlü Bilgin (n 5) 1938.

<sup>98</sup> Alica (n 2) 40.

<sup>99</sup> İlaç maliyetlerini kontrol etmek amacıyla bazı Avrupa ülkelerinde eşdeğer ilaç politikaları uygulanmaktadır. Bu kapsamda Belçika, Estonya, Yunanistan, Portekiz ve İspanya'da ilaçların varsa eşdeğer isimleri ile reçetelenmesi zorunlu hâle getirilmiş, Belçika ve Fransa'da hastaların orijinal yerine eşdeğer ilacı seçmesi için mali teşvikler uygulanmıştır. Fransa ve Macaristan'da pratik olan hekimlere eşdeğer ilaç reçetelemeleri için teşvik uygulaması getirilmişken, 2015 yılında Fransa'da ilaçların etken maddeleri ile reçetelenmeleri zorunlu hâle getirilmiştir. İtalya'da ise hasta veya doktor özellikle aksini belirtmediği sürece, eczacının ilgili etken maddenin en ucuz ilacını vermesi sağlanmıştır. Hollanda'da yalnızca en ucuz ürünün geri ödemesinin yapılması ile eşdeğer kullanımı teşvik edilmiştir. Danimarka, İsveç ve Finlandiya'da hastanın daha pahalı olan orijinal ilacı almak istemesi durumunda aradaki fiyat farkını ödemesi düzenlenmiştir. Detaylı bilgi için Bkz. Bayram, Aydın, Vızdıklar ve Akıcı (n 38) 170.

<sup>100</sup> Bayram, Aydın, Vızdıklar ve Akıcı (n 38) 170.

<sup>101</sup> Hakeri (n23) 207.

<sup>102</sup> Yusuföğlü Bilgin (n 5) 1941.

<sup>103</sup> Yusuföğlü Bilgin (n 5) 1941.

dikkat seviyesinin yüksek olduğunun kabul edilmesi gerektiği<sup>104</sup>; hatta ilaç haricindeki tıbbi ürünlerde dâhi ortalama tüketicinin dikkat seviyesinin yüksek olacağı<sup>105</sup>; reçeteli satılan ilaçlarda ise hastaların ilacın seçiminde söz hakkı olmasa da nihai tüketici olarak ortalama tüketici kapsamında olduğu, dolayısıyla reçete ile satılan ilaçlarda ortalama tüketici kavramının doktor ve eczacıların yanında nihai tüketici olan hastaları da kapsadığı<sup>106</sup>; hastaların doktorlar tarafından yönlendirildikleri gözetildiğinde reçete ile verilen ilaçlara gösterdiği dikkat seviyesinin ise daha yüksek olacağı<sup>107</sup> değerlendirilmektedir.

<sup>104</sup> Case T-642/18 *Dr. August Wolff GmbH&Co. KG Arzneimittel v European Union Intellectual Property Office* [2019]; (DERMOFAES/DERMAWAS) kararında; eczacılık, tıp ve veterinerlik alanlarında uzmanlar gibi genel kamuoyunun da reçetesiz satılan ürünlerde bile yüksek düzeyde dikkatli olduğu, zira bu ürünlerin az ya da çok insan sağlığı ile ilgili olduğu, hatta bu sebeple tıbbi kullanım için uyarılan diyetetik maddeler de dâhi kamuoyunun ortalamasının üzerinde dikkat göstereceği belirtilmiştir.

<sup>105</sup> Case T-169/14 *Ferring BV v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)* [2015]; (KORAGEL/CHORAGON) kararında; ilgili tüketicinin reçeteye tabi olan veya ciddi rahatsızlıkları tedavi etmesi amaçlanan farmasötik ürünlere yönelik ilgi düzeyinin, reçetesiz satılan farmasötik ürünlere gösterilenden daha yüksek olduğu, ayrıca nihai tüketicinin veteriner müstahzarları, tıbbi amaçlı sıhhi müstahzarlar, tıbbi kullanıma uyarlanmış diyet maddeleri, flasterler ve malzemeler gibi nihai tüketicilerin veya evcil hayvanların sağlığını ilgilendiren ürünlerde dikkat seviyesinin yüksek seviyede olacağı, benzer şekilde bebeklerin rahatı ve sağlığı için gerekli olan yiyecekler konusunda da dikkat seviyesinin yüksek olacağı, hatta haşarat, fungusit ve herbisitlerin yok edilmesine yönelik preparatlar için de dikkat seviyesinin yüksek olacağı, zira nihai tüketicinin öncelikle bu ürünlerin etkinliğine dikkat edeceği, daha sonra bu ürünlerin biyosidal özelliklerinden dolayı sağlık risklerini dikkate alacağı belirtilmektedir.

<sup>106</sup> Case T-187/19 *Glaxo Group Ltd v European Union Intellectual Property Office* [2020]; (MOR RENK) kararında, başvurunun mor rengin bir türünü marka olarak tescil ettirmek istediği, bu rengin reçeteli olarak satılan "seretide" markalı inhaler ilacında kullanılarak ayırt edicilik kazandırıldığını iddia ettiği, başvurunun kapsadığı ilaçların doktor tarafından yazılan reçete ile eczanede nihai tüketici olan hastalara satıldığı, ortalama tüketicilerinin ilacı reçete eden doktorlardan ve o ürünü satan eczacılardan, aynı zamanda ilacın son kullanıcı olan hastalardan oluştuğu, başvuranın iddiasının aksine doktor ve eczacıların hastaları etkileme ve hatta karar verme eğiliminde olmasının tek başına hastaları etkilemeye yeterli olmadığı, hastaların bu tür ürünlerle farklı zamanlarda karşılaşma olasılıklarının yüksek olduğu belirtilmiştir.

<sup>107</sup> Case T-27/08 *Glaxo Smithkline and Others v OHIM* [2009] ECR II-00175; (FAMOXIN/LANOXIN) kararında; taraf markalarının reçete ile satılan ilaçlar olduğu, söz konusu ürünlerin eczanelerde hastaya satılmadan önce doktor reçetesi gerektiren tıbbi ürünler olması durumunda ilgili kamuoyunun sadece hastalar-

Yargıtay kararlarında da ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken ilacın reçete ile satılıp satılmadığı hususu gözetilmekte ve ortalama tüketici kapsamı buna göre belirlenmektedir. Genel olarak Yargıtay kararlarında reçete ile satılan ilaçlarda ortalama tüketicilerin doktor ve eczacılardan oluştuğu, bu ilaçların doğrudan hasta tarafından alınmayacağı için ortalama tüketici olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir<sup>108</sup>. Örneğin Yargıtay tarafından verilen THİNCAL/THİNKA kararında<sup>109</sup>; her iki tarafın ilaçlarının da reçete ile alınması gerektiği, dolayısıyla hitap ettiği bilgilendirilmiş tüketici grubu olan doktor ve eczacıların yüksek dikkat seviyesi nazara alındığında, taraf markaları arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir. Yine Yargıtay tarafından verilen FUROSYM/FUROKSİM kararında<sup>110</sup>; karşılaştırılan markalardan birisi hayvan sağlığına ilişkin ilaç olsa da insan sağlığına ilişkin ilacın reçeteli satılması karşısında bir harf bile farklı olsa ortalama tüketicilerinin doktor ve eczacılar olduğu gözetildiğinde karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı değerlendirilmiştir.

Yargıtay kararlarında reçetesiz satılan ilaçlarda ortalama tüketicilerin sadece hastalar olduğu, ancak hastaların dikkat seviyesinin reçetesiz ilaçlarda yüksek olmadığı, ortalama düzeyde olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay kararlarının bazısında reçetesiz ilaçlar söz konusu olduğunda hastanın sağlığı ile ilgili bir durumda normalin üzerinde dikkat sarf edeceği belirtilmiştir. Örneğin MELAGYN/

dan değil aynı zamanda doktorlardan ve eczacılardan oluştuğu, mevcut davada da ilgili tüketici olarak hem doktor ve eczacıların hem de hastaların dikkate alınması gerektiği, ancak bu durumda hastaların profesyonellerin gözetimi altında olduğu, bu bağlamda söz konusu malların pazarlanması sürecinin tamamının hastaların bunları edinmesini amaçlaması nedeniyle doktor ve eczacıların üst düzeydeki dikkatine karşı hastanın da nihai tüketici kabul edilerek kısmen dengelenmesi gerektiği, hastaların dikkat seviyesinin de farmasötik ürünler söz konusu olduğunda yüksek olduğu, sonuç olarak başvuranın hastaların yalnızca normal düzeyde bir dikkat seviyesine sahip olduğu yönündeki iddiasının reddedilmesi gerektiği, markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir.

<sup>108</sup> Yargıtay 11. HD, 21.11.2016, 11806/8989 K. (TAKSEN/NAKSEN); "... her iki ürünü de reçete ile satılan ilaç olduğu ve ortalama tüketicilerinin de hekimler ve eczacılardan oluştuğu, doğrudan hasta tarafından reçetesiz satın alınıp kullanılmasına imkan bulunmadığı..."

<sup>109</sup> Yargıtay 11. HD, 10.05.2022, 196/3689 K.

<sup>110</sup> Yargıtay 11. HD, 22.06.2022, 1215/5179 K.

METOGYN kararında<sup>111</sup>; reçete ile satılan ilaçlarda ortalama tüketicilerin bilgilendirilmiş tüketici grubu olan doktor ve eczacılardan oluştuğu, reçetesiz ürünlerde ise ortalama tüketicinin sadece hastalar olduğu ve bunların dikkat seviyesinin de yüksek değil ortalama seviyede olduğu belirtilirken; SAMUMED/SANİMED kararında<sup>112</sup>; ilaçların reçetesiz satılma hâlinde hastanın sağlığı ile ilgili bir durum söz konusu olduğundan normalin üzerinde dikkat sarf edeceği ve eczacının desteği ve yardımı ile söz konusu ürünü alacağı, dolayısıyla başvuru kapsamındaki reçetesiz satılan ilaçların tüketici kitlesi olan hastaların bilinç ve dikkat düzeyinin yüksek olacağı belirtilmektedir. Yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ZİNCO/ZİNCOBEST kararında<sup>113</sup> reçetesiz satılan ilaçların doğrudan insan sağlığı ile bağlantılı olduğu düşünüldüğünde alıcı kitlesinin dikkat düzeyinin sıradan bir ürünü alınırken gösterdikleri dikkat düzeyinden çok daha fazla olduğu, bu ilaçların da eczanede satıldığı ve eczanelerde marketlerde olduğu gibi raftan ilaç seçip satın alınmasının mümkün olmadığı, zira Eczacılar ve Eczaneler Hakkındaki Yönetmelik gereğince ilaçların tüketicinin doğrudan ulaşmasına imkân vermeyecek şekilde saklanması zorunlu

olduğu, dolayısıyla “zinc” ibaresinin bazı yabancı dillerde kimyasal simgesi “Zn” olan “çinko” elementini ifade etse de reçetesiz ilaçlarda “ZİNCO” ibaresi ile “ZİNCOBEST” ibaresinin karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı belirtilmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere, ilaç markalarında marka başvurusu sırasında ilaç ruhsatının alınmış olması ve ilaç ürünün reçeteli olarak satılıp satılmayacağına belirtilmesi gerekmektedir<sup>114</sup>. İlaç ruhsatının alınmadığı durumda itiraza mesnet önceki markanın varsa ürün kapsamı ve reçeteli olarak satılıp satılmadığı dikkate alınmalı; sonraki markanın da bu kapsamdaki ilaçlarda kullanılabileceği gözetilerek önceki marka reçeteli veya reçetesiz satılıyorsa ortalama tüketici de buna göre belirlenmelidir. Buna karşılık her iki markanın da ilaç kapsamı ve reçeteli satılıp satılmayacağı belirli değilse ve aynı genel ürün (insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar) alt grubuna dâhil ise her iki markanın da ileri de reçeteli olarak satılan ilaçlarda da kullanılacağı düşünülerek ortalama tüketici olarak hem doktor ve eczacıların hem de dikkat seviyesi yüksek hastalar dikkate alınmalıdır.

Taraf markaları 5. sınıfın birinci alt grubuna denk gelecek şekilde “insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar” emtiasında tescilli ise ve reçeteli olarak satılıp satılmayacağı belli değilse, Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda ortalama tüketici olarak hem doktor ve eczacıların hem de hastaların dikkate alındığı<sup>115</sup>; bazı kararlarda ise sadece doktor ve eczacılar dikkate alınırken<sup>116</sup>, bazı kararlarda sadece ilaç emti-

<sup>111</sup> Yargıtay 11. HD, 22.11.2023, 2963/6758 K.

Yargıtay 11. HD, 05.09.2023, 1214/4631 K. (GOLDRAY/GOLDWAY) “... uyumsuzluk konusu markaların ilaçlar da dahil olmak üzere 5. sınıfa ilişkin olduğu, 5. sınıf kapsamına giren mal alt gruplarından reçeteli ilaçlar dışında kalan mallar yönünden ilgili çevrenin bilinç seviyesi çok yüksek olmadığından uyumsuzluk konusu markalar arasında karıştırılma ihtimalinin varlığının açık olduğu...”

Yargıtay 11. HD, 20.09.2022, 2032/6093 K. (MODİLAC/MOTİLAX) “... ürünlerin ... reçetesiz tüketilebilen mallar olduğu, başvuru konusu “MODİLAC” ibareli işaret ile redde mesnet “MOTİLAX” ibareli markaların Türkçede bilinen bir anlamlarının ve bu sebeple tanımlayıcı niteliklerinin bulunmadığı, herhangi bir etken maddeye veya hastalığa atfın da bulunmadığı, ... aynı mallar üzerinde her iki markayı taşıyan ve aynı rafta satışa sunulan aynı tür mallar üzerinde markaları gören ortalama tüketici kitlesinin her iki ürünü üreten işletmeler arasında idari-ekonomik veya işletmesel bağlantı bulunduğunu düşünceleri ihtimalinin yüksek olduğu ve buradan hareketle markalar arasında... karıştırılmaya yol açacak ölçüde benzerlik bulunduğu...”

Yargıtay 11. HD, 04.02.2019, 30/799 K. (FIXDUO/FIXDUAL) “... benzerlik kıyaslamasında doktor yahut eczacı gibi uzman alıcılar yerine ortalama düzeydeki tüketicilerin esas alınması gerektiği, başvuru kapsamında reçeteye tabi olmayan ürünlerin olduğu, ortalama tüketiciler nezdinde markalar arasındaki farklılığın algılanamayacağı, markaların ... karıştırılma ihtimalinin bulunduğu...”

<sup>112</sup> Yargıtay 11. HD, 13.01.2020, 2115/273 K.

<sup>113</sup> Yargıtay HGK, 30.09.2021, 413/1127 K.

<sup>114</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1950; Alica (n 2) 47.

<sup>115</sup> Yargıtay 11. HD, 26.07.2017, 2327/4726 K. (ZİNCLOMİN/ZİNCO-LİNE) “... marka ve başvuru konusu işareti oluşturan zinc ibaresinin tanımlayıcı olmasının doğacak ilişkilendirmeyi perdelemesinin mümkün olmadığı, ...5/1 sınıf ürünlerin genel olarak reçete ile satıldığı, öncelikle doktor tarafından belirlendiği, reçetelenmesini müteakip hastaya sunulduğu, fakat bu ürünler bakımından dahi nihai tüketicilerin de anılan ürünlerin alıcıları sayılması gerektiği...”

<sup>116</sup> Yargıtay 11. HD, 24.04.2018, 11231/3029 K. (LEO/LEODEX PLUS); “davacının “LEODEX PLUS” marka başvurusu ile itiraza mesnet davalının “LEO” ibareli tescilli markası arasında biçim, düzenleme ve tertip tarzı itibarıyla görsel, sescil ve anlamsal olarak ortalama tüketicileri iltibasa düşürecek derecede bir benzerlik bulunmadığı, zira markaların kapsamlarının ilaç ürünleri olduğu, hitap ettiği kitlenin doktorlar ve eczacılar olduğu, tüketici sınıfı davacının “LEODEX PLUS” ibareli başvuru markasını gördüğünde derhal ve hiç düşünmeden davalının “LEO” ibareli markasından farklı bir marka olduğunu algılayabileceği...”



asında ortalama tüketicinin bilinç ve dikkat seviyesinin yüksek olduğunun belirtildiği<sup>117</sup> görülmektedir.

### C. İLAÇ MARKALARINDA KARIŞTIRILMA İHTİMALİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Markalar arasında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken, öncelikle ortalama tüketici kesimi belirlenmeli ve bunların markaları nasıl kavradığı dikkate alınmalıdır. Bunun için de markaya yönelik tüm faktörler bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Karıştırılma ihtimalinin bütün olarak değerlendirilmesi, özellikle marka işaretleri ve markanın kapsadığı mal veya hizmetler arasındaki benzerliğin ortalama tüketici gözüyle değerlendirmesi anlamına gelmektedir<sup>118</sup>. Bir yandan önceki tarihli markanın ayırt edicilik vasfı değerlendirilirken bir yandan da marka işaretlerinin benzerliği ile mal veya hizmetlerin benzerliği de değerlendirilmeli, tüm bu faktörlerin karşılıklı etkileşim içerisinde olduğu unutulmamalıdır<sup>119</sup>. Karşılaştırmaya konu marka işaretleri büyük ölçüde benzer ve önceki markanın ayırt edicilik niteliği fazla ise markaların kapsamındaki mal veya hizmetler arasında benzerlik düşük olsa da karıştırılma ihtimalinin varlığı söz konusu olabilmektedir. Buna karşılık karşılaştırmaya konu marka işaretleri arasındaki benzerlik düşük olsa bile mal veya hizmetler benzer ise yine karıştırılma ihtimalinin varlığı söz konusu olabilmektedir. Karıştırılma ihtimalinden söz edilebilmesi için işaretlerin benzerlik oranı ne kadar düşükse, mal veya hizmetlerin benzerlik oranı da bir o kadar yüksek olmalıdır veya işaretlerin benzerlik oranı ne kadar yüksekse, mal veya hizmetlerin benzerlik oranı da bir o kadar düşük olmalıdır. Bütün markalar için söz konusu olan karıştırılma ihtimaline ilişkin bu kriterler ilaç markalarında da geçerlidir. Hatta ilaç markalarında bu kriterlerin ya-

nında ayrıca ilacın kendine özgü özellikleri de dikkate alınmalıdır.

İlaçlar, kamu düzenine ve kamu sağlığına yönelik ürünler olmaları, denetim altında tutulan bir piyasada alınıp satılmaları, özellikle reklam ve tanıtımlarındaki hukuki sınırlamalar nedeniyle diğer ürünlerden farklılık arz etmektedir. Gerçekten de markanın işlevleri arasında yer alan reklam fonksiyonu, ilaçların diğer ürünlere göre reklam ve tanıtımları daha sıkı şartlara bağlı olduğundan oldukça geri plandadır. Ayrıca diğer markaların değerlendirilmesinde ilgili mal veya hizmetin fiilen nasıl olması gerektiği ilaç markalarındaki kadar önem arz etmemektedir. İlaç markalarında ise diğer markalardan farklı olarak kamu düzeni ve kamu sağlığı gibi hususlar gözetilerek markanın kullanılacağı ilaç ürününün ruhsatının alınıp alınmadığı, ürünün hangi hastalık ve endikasyonlarda nasıl kullanılacağına belirli olup olmadığı, markada kullanılan işaretlerin etken maddeden türetilip türetilmediği veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşup oluşmadığı dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda ilaç markalarında ortalama tüketici olarak sadece nihai kullanıcı olan hastalar dikkate alınmakta, ayrıca ortalama tüketici kapsamına doktor ve eczacılarda dâhil edilmekte ve hastaların tercihleri de bu sağlık çalışanları tarafından yönlendirilmektedir. Dolayısıyla ilaç markalarında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde diğer ürünlerde uygulanan kriterin yanında ayrıca bu hususların ve yukarıda belirtilen ölçütlerin hep bir arada dikkate alınması gerekmektedir. Başka bir deyişle ilaç markalarında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken, ilaç ürünlerinin benzerliği, ürünün reçeteli satılıp satılmadığı, markada kullanılan işaretlerin etken maddeden türetilip türetilmediği veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşup oluşmadığı, ortalama tüketici olarak kimlerin dikkate alınacağı, bunların dikkat seviyesinin nasıl olacağı gibi hususlar hep birlikte göz önünde bulundurulmalıdır.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda da ilaç markalarında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde diğer ürünlerde uygulanan kriterin yanında ayrıca ilaca özgü özelliklerde dikkate alınmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay tarafından verilen kararlarda;

<sup>117</sup> Yargıtay 11. HD, 24.05.2023, 40/3271 K. (NEUDEKS/NELADEX) "... uyuşmazlık konusu 5 inci sınıf malların bilinçli ve dikkat düzeyi yüksek olan tüketicisi nezdinde görsel, işitsel ve anlamsal olarak bıraktıkları genel izlenim itibarıyla ilişkilendirilme ihtimalini de içerecek şekilde iltibas tehlikesinin bulunmadığı, ... taraf markalarında ortak olarak yer alan "Deks" ve "Dex" ibaresinin etken madde olduğu, bu nedenle sırf bu ibarenin iki markada ortak olarak yer almasının iltibasa yol açmayacağı, bunun dışında markalarda yer alan "Neu" ve "Nela" ibareleri arasında da benzerlikten söz edilemeyeceği..."

<sup>118</sup> Bozgeyik (n 8) 45; Arkan (n 11) 103; Çolak (n 9) 324; Yasaman (n 19) 401.

<sup>119</sup> Yusufoglu Bilgin (n 5) 1953; Çolak (n 9) 278; Yasaman (n 19) 401.

marka başvurusundan önce ilacın ruhsatının alınıp alınmadığı ve dolayısıyla markanın kullanılacağı ürünün hangi hastalık ve endikasyonlarda nasıl kullanılacağına belirli olup olmadığı, markada kullanılan işaretlerin etken maddeden türetilip türetilmediği veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşup oluşmadığı tespit edilerek ortalama tüketici kapsamı belirlendikten sonra tüm bu hususlar hep birlikte değerlendirilmektedir<sup>120</sup>. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere Yargıtay kararlarında reçeteli satılan ilaçlar söz konusu olduğunda ortalama tüketici olarak doktor ve eczacılar dikkate alınmakta, hastalar dikkate alınmamakta; reçetesiz satılan ilaçlar söz konusu olduğunda ise ortalama tüketici olarak sadece hastalar dikkate alınmakta ve bunların da dikkat seviyelerinin diğer ürünlerde olduğu gibi ortalama seviyede olduğu kabul edilmektedir. Oysa Yargıtay kararlarında da ABAD kararlarında olduğu gibi reçeteli satılan ilaçlarda ortalama tüketici olarak hem doktor ve eczacıların hem de dikkat seviyesi yüksek hastaların dikkate alınması, reçetesiz satılan ilaçlar söz konusu olduğunda ise ortalama tüketici olan hastaların dikkat seviyesinin yüksek olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen ZINCO/ZINCOBEST kararında bu hususlar dikkate alınmış ve buna göre değerlendirme yapılmıştır.

İlaç markalarında tek başına ilacın reçeteli olarak satılması markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunmadığı anlamına gelmeyeceği gibi, reçetesiz olarak satılması da markalar arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu anlamına gelmeyecek, diğer tüm hususlar birlikte değerlendirilerek karar verilecektir. Bu kapsamda marka işaretleri etken maddeden türetilip aralarında benzerlik bulunmasına rağmen ilaç ürünleri farklı endikasyonlarda kullanılıyor veya reçeteli olarak satılıyorsa ortalama tüketicileri doktor, eczacı ve dikkat seviyesi yüksek

hastalardan oluştuğu için karıştırılma ihtimali bulunmayabilir. Bununla birlikte marka işaretleri, etken maddeden türetilmiş olması nedeniyle benzer olsa da ilaç reçetesiz satıldığı için ortalama tüketicinin dikkat seviyesi gözetildiğinde karıştırılma ihtimali bulunabilir. Hatta ilaç reçeteli olarak satılsa ve farklı endikasyonlarda kullanılsa dâhi marka işaretleri çok fazla benzer ise ortalama tüketici kapsamındaki doktor, eczacı ve dikkat seviyesi yüksek hastalar tarafından dâhi karıştırılma ihtimali bulunabilmektedir<sup>121</sup>. O hâlde ilaç markaları arasında karıştırılma ihtimali değerlendirilirken öncelikle ilaçların ruhsatının alınıp alınmadığı, ilaç ürünleri arasındaki benzerlik bulunup bulunmadığı ve ilacın reçeteli olarak satılıp satılmadığı belirlenmeli; buna göre ortalama tüketici kapsamında kimlerin bulunacağı tespit edilerek tüm hususlar hep birlikte dikkate alınmalıdır.

## SONUÇ

İlaç genel olarak hastalıkların tanısının konulması, önlenmesi, tedavi edilmesi ya da bazı fizyolojik fonksiyonların düzenlenmesi, düzeltilmesi, iyileştirilmesi ve engellenmesi veya cerrahi işlemlerin kolaylaştırılması amacıyla kullanılan doğal ya da yapay kaynaklı madde veya maddeler kombinasyonudur. İlaçlar, kamu düzenine ve kamu sağlığına yönelik ürünler olmaları, denetim altında tutulan bir piyasada alınıp satılmaları, özellikle reklam ve tanıtımlardaki hukuki sınırlamalar nedeniyle diğer ürünlerden farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla ilaçlara ruhsat verilmesi, bunların reçetelendirilmesi, ambalajlanması ve etiketlendirilmesi ile tanıtım ve reklamlarının yapılması gibi hususlarda özel olarak düzenleme yapılmıştır.

Mevzuatta ilaç markaları ile ilgili özel bir düzenleme yer almamakla birlikte, kamu düzeni ile ilgili ve kamu sağlığına yönelik olmaları nedeniyle bunlar için özel bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Marka mevzuatının marka seçimi konusunda öngördüğü serbestlik ilaç markaları bakı-

<sup>120</sup> Yargıtay 11. HD, 01.11.2023, 2616/6376 K. (ESİRA/EGİRA) "... Taraf markalarının içerdiği ilaçların etken maddelerinin aynı olup olmadığı, hangi hastalıkların tedavisinde kullanılacağı, münhasıran eczane ürünü olup olmadıkları tespit edildikten sonra bilinçli tüketici kavramı tartışılmalıdır. Zira taraf markaları arasında görsel anlamda sadece bir harften oluşan bir farklılık bulunmaktadır. Mahkemece yeni bir bilirkşi heyetinden rapor alınarak belirtilen hususların tartışılarak bir değerlendirme yapılması gerekirken 5/1. sınıf malların ortalama hedef kitesinin bilinçli kitle olduğu gerekçesiyle bu kitenin markaları karıştırmayacaklarına yönelik değerlendirme yerinde görülmemiştir..."

<sup>121</sup> Yargıtay 11. HD, 13.03.2019, 5454/2121 K. (TR-PHARM/TRİP-HARMA) "... Söz konusu ibareler, bir hastalığa ya da bir ilacın etken maddesine işaret etmemektedir. Markaların görsel unsurları da dikkate alındığında ... markalar arasında, karıştırılma ihtimali olacak derecede benzerlik bulunduğu hâlde; sırf 5. sınıf malların ortalama hedef kitesinin (doktor ve eczacıların) bilinçli kitle olduğu gerekçesiyle bu kitenin markaları karıştırmayacaklarına yönelik değerlendirme yerinde görülmemiştir..."

mından da geçerli olmakla birlikte ilaç markalarında ilacın kendine özgü özelliklerinden kaynaklanan bazı değerlendirmeler söz konusudur. İlaç markalarında ilacın kendine özgü özellikleri ilaç ürünlerinin ve işaretlerinin benzerliği ile ortalama tüketici kitesinin belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır.

İlaç markalarında da kullanılacak işaretin anlamı, kolay hatırlanabilir olması veya bir mesaj içermesi önemli bir etkiye sahiptir. Bu nedenle ilaç markaları genellikle doktor ve eczacıların markayı kolay hatırlayabilmeleri için ilacın etken maddesinden türetilmekte, tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşmakta veya ilacın belli niteliklerine vurgu yapmaktadır. Bu etkiler altında oluşturulan ilaç markaları genellikle zayıf marka olmaktadır. Bu nedenle ilaç markaları söz konusu olduğunda işaretler arasında küçük farklılıklar ile yetinmek, benzer içerik ve etkideki ilaç markaları arasında belirli ölçüde karıştırılma ihtimaline katlanmak gerekir.

İlaç markaları için yapılan tescil başvurusu sırasında ilaç ruhsatının alınmış olması, ürünün fiilen hangi ilaçta kullanılacağı ve reçeteli olarak satılıp satılmayacağı belirtilmesi gerekmekte, “insan ve hayvan sağlığı için ilaçlar” şeklinde bir belirtilmesi yeterli olmaktadır. Çoğunlukla ilaç ruhsatı alındıktan sonra marka başvurusunda bulunduğu için markaların karıştırılma ihtimalinde markanın hangi ürün üzerinde kullanılacağı, ürünün reçeteli olarak satılıp satılmayacağı gözetilerek buna göre değerlendirme yapılmalıdır. Ürün benzerliği değerlendirilirken ilaçların genel başlık olarak 5. sınıf birinci alt grubunda yer almasından ziyade, ruhsat alınmış ise ilaçların somut benzerliği dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda ilaçların birbiriyle rekabet hâlinde olup olmadığı, birbirinin tamamlayıcısı olarak kullanılıp kullanılmadığı, farklı endikasyonlara yönelik olup olmadıkları gibi hususlar incelenmelidir. Özellikle ilaç ürünlerinin karşılaştırılmasında bir ilacın reçeteli satılıp satılmayacağı hususu ortalama tüketicinin belirlenmesinde büyük öneme sahiptir. Dolayısıyla ülkede uygulanan sağlık politikaları da gözetilerek bir ilacın ortalama tüketicisinin kimlerden oluştuğu, bunların dikkat seviyesinin nasıl olması gerektiği belirlenerek bunların gözünde karıştırılma ihtimali değerlendirilmelidir.

Bu kapsamda ilaca ilişkin uygulanan sağlık politikası gereğince reçeteli satılan ilaçlarda ortalama tüketici olarak hem doktor ve eczacıların hem de dikkat seviyesi yüksek hastaların dikkate alınması, reçetesiz satılan ilaçlarda ise ortalama tüketici olarak nihai tüketici olan hastaların dikkate alınması, bunların dikkat seviyesinin ise yüksek olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. İlaç markalarında karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde ilaç ürünlerinin benzerliği, ürünün reçeteli satılıp satılmadığı, markada kullanılan işaretlerin etken maddeden türetilip türetilmediği veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşup oluşmadığı, ortalama tüketici olarak kimlerin dikkate alınacağı, bunların dikkat seviyesinin nasıl olacağı gibi hususlar hep birlikte göz önünde bulundurulmalıdır.

Yargıtay tarafından verilen kararlarda; ilacın ruhsatının marka başvurusundan önce alınıp alınmadığı ve dolayısıyla markanın kullanılacağı ürünün hangi hastalık ve endikasyonlarda nasıl kullanılacağına belirli olup olmadığı, markada kullanılan işaretlerin etken maddeden türetilip türetilmediği veya tedavisi amaçlanan hastalığa gönderme içeren sözcüklerden oluşup oluşmadığı tespit edilerek ortalama tüketici kapsamı belirlendikten sonra tüm bu hususlar hep birlikte değerlendirilmektedir. Yargıtay kararlarında reçeteli satılan ilaçlar söz konusu olduğunda ortalama tüketici olarak hastalar değil, doktor ve eczacılar, reçetesiz satılan ilaçlarda ise sadece hastalar dikkate alınmaktadır. Kanaatimizce Yargıtay kararlarında da ABAD kararlarında olduğu gibi reçeteli satılan ilaçlarda ortalama tüketici olarak hem doktor ve eczacıların hem de dikkat seviyesi yüksek hastaların dikkate alınması, reçetesiz satılan ilaçlar söz konusu olduğunda ise ortalama tüketici olan hastaların dikkat seviyesinin yüksek olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

## KAYNAKÇA

- Alica T, 'İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelle-ri' iç Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009*, (On İki Levha 2009) 1-58.
- Arkan S, *Marka Hukuku C. I*, (1. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1997).
- Bayram D, Aydın V, Vızdıklar C ve Akıcı A, 'Dünyada ve Türkiye'de Jenerik İlaç Kullanımı ile İlgili Gelişmeler' (2021) 10(2) *Literatür Eczacılık Bilimleri Dergisi* 166-175.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (1. Bası, On İki Levha 2015).
- Bozgeyik H, *Marka Hakkının Korunması* (2. Bası, On İki Levha 2019).
- Bulut B, 'İlaç Markalarında İltibas Sorununun Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 16/05/2011 Tarih ve 2009/13331 E. 2011/5967 K. Sayılı Kararı Çerçevesinde İncelenmesi' (2014) 4(2) *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 179-189.
- Cengiz D, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (1. Bası, Beta 1995).
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (2. Bası, Adalet 2015).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5. Bası, On İki Levha 2023).
- Demir M, 'İlaç Kullanımı Sonucunda Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin, Eczacının ve Hekimin Sorumluluğu' (2010) 89(0) *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 96-128.
- Hakeri H, *İlaç Hukuku* (1. Bası, Adalet 2015).
- Kanzık İ, 'Orijinal İlaç Nedir, Orijinal İlaçların Hukuki Durumu ve Fikri Mülkiyet Hakları' iç Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt (edr), *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, (On İki Levha 2011)165-173.
- Karaaslan P, 'Markaların Kapsadığı Ürünler Arasındaki Benzerlik İncelemesinde Lisans Uygulamalarının Rolü' (2020) 28(3) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 887-911.
- Karasu R, Suluk C ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (2. Bası, Seçkin 2018).
- Kumru S ve Top M, 'İlaç Fiyatlandırma ve Geri Ödeme Politikalarının Orijinal İlaç ve Jenerik İlaç Açısından Değerlendirilmesi- Hipertansiyon İlaçları Örneği' (2017) 20(2) *Hacettepe Üniversitesi Sağlık İdaresi Dergisi* 179-201.
- Küçükali C, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi* (1. Bası, Seçkin 2009).
- Memiş T, 'Jenerik İlaçların Hukuki Durumu' iç Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt (edr), *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, (On İki Levha 2011) 175-191.
- Özcan Büyüktanır BG ve Okyar Karaosmanoğlu D, 'Endikasyon Dışı (Off-Label) İlaç Kullanımından Doğan Zararlardan İlaç Üreticisinin ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu' (2017) 8(1) *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 153-198.
- Öztek S, 'İlaç Markaları' iç Pervin Somer ve İpek Sevda Söğüt (edr), *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, (On İki Levha 2011) 89-106.
- Paslı A, *Marka Hukukunda Ürün Benzerliği* (1. Bası, Vedat 2018).
- Piri Ö, '556 Sayılı KHK Hükümlerine Göre İlaç Markaları' (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi 2012).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Bası, Vedat 2012).
- Temiz Ö, 'Türk Hukukunda Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı' (2014) 69(1), *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 165-188.
- Teoman Ö, *Yaşayan Ticaret Hukuku C. I* (1. Bası, Vedat 2011).
- Toplu Ünlü S ve Atılğan Karakulak Ö, 'İlaç Markalarında Mülkiyeti Haiz Olmayan İsim (INN) ve Karıştırılma İhtimali Tespitinde Dikkate Alınacak Faktörlere İlişkin Değerlendirme' (2010) 24 *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 850-865.
- Uzunallı S, 'Marka Hukukunda Malların ve/veya Hizmetlerin Benzerliğinin Tespiti Sorunu' iç H. Ercüment Erdem ve Tolga Ayoğlu vd (eds), *Prof. Dr. Hamdi Yaşaman'a Armağan*, (On İki Levha 2017).
- Yasaman H, *Marka Hukuku 556 KHK Şerhi C. I* (1. Bası, Vedat 2004).
- Yatağan Özkan Ç, *İlaçların İkinci Tıbbi Kullanım Patentlerine Tecavüz* (1. Bası, Seçkin 2023).
- Yetişgin ZB, 'İlaç Markalarının Karıştırılma İhtimali' (Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi 2022).
- Yıldırım M, 'İlaç Markaları ile Mülkiyete Konu Olmayan Uluslararası İsimlerin İncelenmesi' (2006) 2(5) *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi* 83-112.
- Yusufoğlu Bilgin F, 'İlaç Markaları Arasında Karıştırılma İhtimali (Yargıtay Kararları ve ABAD Kararları Işığında)' iç Saibe Oktay Özdemir, Azra Arkan Sevim ve Atilla Altop (eds), *Prof. Dr. Hâluk Burcuoğlu'na Armağan C. II*, (Filiz Kitabevi 2020) 1931-1989.
- Yusufoğlu F, 'Jenerik İlaç ve Jenerik İlaç Ruhsat Başvurusunun Patente Tecavüz Çerçevesinde Değerlendirilmesi' (2014) 13(2) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1155-1175.

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

**Contributions Statement:** *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*



# TÜRK HUKUKUNDA FİKRİ MÜLKİYET VE HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN KÜMÜLATİF UYGULANABİLİRLİĞİ<sup>(\*)</sup>

## CUMULATIVE APPLICABILITY OF INTELLECTUAL PROPERTY AND UNFAIR COMPETITION PROVISIONS UNDER TURKISH LAW

Dr. Öğr. Üyesi Gül BÜYÜKKILIÇ<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki uzun süredir tartışılmalı ve üzerinde halen fikir birliğine varılmamış bir konudur. Bu ilişkinin tespiti uygulamadaki sorunların çözümünde de belirleyici olacaktır. Nitekim fikri mülkiyet mevzuatı kapsamında özel olarak korunan, koruma süresi sona ermiş, hiç tescil başvurusu yapılmamış, tescil başvurusu reddedilmiş veya tescili hükümsüz kılınarak koruma şartlarını kaybetmiş bir “fikri ürünün” haksız rekabet hükümleri kapsamında korunup korunmayacağı iki alanın karşılıklı durumlarının belirlenmesi gerekliliğini doğurmaktadır. Bu çalışma fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukukunun kümülatif olarak uygulanabilirliğinin doktrin ve yargı kararları ışığında incelenmesini konu almaktadır.

### Anahtar Kelimeler

Kümülatif Koruma, Çoklu Koruma, Haksız Rekabet, Fikri Mülkiyet.

### Abstract

The relationship between intellectual property law and unfair competition law is an issue that has been discussed for a long time and on which there is still no consensus. The determination of this relationship will also be decisive in solving the problems in practice. As a matter of fact, whether an “intellectual product” that is specially protected under intellectual property legislation, whose protection period has expired, or for which no registration application has been filed, or whose registration application has been rejected, or whose registration has been invalidated and the conditions for protection have been lost, will be protected under unfair competition provisions, necessitates the determination of the mutual status of the two fields. This study examines the interoperability of intellectual property law and unfair competition law in the light of doctrine and judicial decisions.

### Keywords

Cumulative Protection, Multiple Protection, Unfair Competition, Intellectual Property.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 28.02.2024 / Kabul Tarihi: 30.04.2024).

Bu makalenin konusu, 30.11.2023-01.12.2023 tarihlerinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen “V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuştur.

<sup>(\*\*)</sup> Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Dr. Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye, (E-posta: gbuyukkilic@marmara.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-3484-7002).

*Atıf/Citation:* Büyükkılıç, Gül (2024), “Türk Hukukunda Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hükümlerinin Kümülatif Uygulanabilirliği”, TFM, C: 10, S: 1, s. 101-118.

## I. GİRİŞ

Kümülatif koruma, “mevzuattaki birden fazla hükümlerle korunabilme” anlamına gelmektedir<sup>1</sup>. Fikri haklar bakımından kümülatif koruma bir fikri ürünün birden çok kanuni düzenlemenin şartlarını taşıması halinde hak sahibine her koruma yoluna başvurma yetkisi tanınmasıdır<sup>2</sup>. Fikri mülkiyet hukuku ve haksız rekabet hukuku özelinde kümülatif koruma ise, hak sahibinin fikri mülkiyet veya haksız rekabet hükümlerinden birine, birkaçına veya tamamına dayanarak koruma talep edebilmesidir<sup>3</sup>.

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişki doktrin ve yargı kararlarında tartışma konusu yapılan ve üzerinde uzlaşa sağlanamamış bir konudur. Uygulamadaki sorunların kapsam ve sınırlarının tespiti ve çözümünde söz konusu hukuki ilişki belirleyici bir role sahiptir. Bu çerçevede fikri mülkiyet mevzuatı kapsamında özel olarak korunan, koruma süresi sona ermiş, hiç tescil başvurusu yapılmamış, tescil başvurusu reddedilmiş veya tescili hükümsüz kılınarak koruma şartlarını kaybetmiş bir fikri ürünün aynı zamanda haksız rekabet hükümleri kapsamında korunup korunmayacağı iki alanın karşılıklı durumlarının belirlenmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Söz konusu iki koruma alanının karşılıklı durumları doktrinde iki ana temel görüş çerçevesinde açıklanmaktadır. Bunlar; haksız rekabet hukukunun, fikri mülkiyet hukuku korumasının söz konusu olmadığı alanlarla sınırlı bir uygulamaya sahip olduğunu kabul eden *haksız rekabet hukukununun*

*uygulanmasını sınırlandıran görüş* ve haksız rekabet hükümlerinin fikri mülkiyet hukuku yanında ikinci derecede değil, şartları varsa, eşit düzeyde, doğrudan ve birinci derecede uygulanabileceğini öngören *haksız rekabet hukuku uygulamasını destekleyen görüştür*. Kümülatif uygulama, haksız rekabet hukukunun uygulanmasını destekleyen görüş çerçevesinde açıklanmaktadır.

Fikri mülkiyet ve haksız rekabet hukuku anlamında kümülatif koruma ilkesinin uygulanabilirliğinin incelendiği bu çalışmada, ilk olarak kümülatif koruma ilkesi ele alınmış, ardından konuya ilişkin görüşler ve yargı uygulamaları incelenmiş ve nihai olarak tüm bilgiler çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak hâlihazırda tartışmalı olan konuya açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır<sup>4</sup>. Belirtmek gerekir ki bu çalışmada, fikri mülkiyet ile haksız rekabet hükümlerinin kümülatif uygulanabilirliği üzerine odaklanılmış, ancak uygulama ve doktrin açısından faydalı olması düşüncesiyle fikri mülkiyet hukukunun farklı alanlarında kümülatif uygulanabilirliğe ilişkin açıklama ve yargı kararlarına da yer verilmiştir.

## II. KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİ

Kelime anlamıyla “kümülatif”, “katlanmış, birikmiş, kümeli, yoğun” anlamına gelmektedir<sup>5</sup>. TDK sözlüğünde kelimenin karşılığı olarak “kümeli” ifadesi kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Doktrinde bir grup yazar kümülatif korumayı, bir hakkın (veya hak objesinin) birden fazla hükümlerle korunabilmesi olarak açıklamıştır<sup>7</sup>. Diğer bir görüşe göre ise kümülatif koruma, aralarında genel hüküm özel hüküm ilişkisi bulunmayan<sup>8</sup> hukuki sebepler arasındaki

<sup>1</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 37; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2014) 135; Hayri Bozgeyik ve Sefa Er, ‘Tasarımlar için Kümülatif Koruma’ (2019) 5(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 19, 23; Ayşe Odman Boztosun, ‘Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi’ (2006) XXI. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 197, 226 dn. 70; Fatma Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması* (Adalet Yayınevi 2015) 59; Şeyma Işık Yaşlı, *Fikri Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma* (Yetkin Yayıncılık 2022) 115-116.

<sup>2</sup> Işık Yaşlı (n 1) 115; Selin Özden Merhacı, *Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Tasarımların Hükümsüzlüğü* (Seçkin 2023) 57.

<sup>3</sup> Şehirli Çelik (n 1) 134-135; Bozgeyik ve Er (n 1) 24; Işık Yaşlı (n 1) 115.

<sup>4</sup> ‘Doktrin ve Yargı Kararları Işığında Fikri Mülkiyet Hukukunda Kümülatif (Çoklu) Koruma İlkesinin Değerlendirilmesi’ konusu Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu’nda sözlü bildiri olarak sunulmuştur. Bu çalışma, bildiri kapsamında belirtilenlerin yanı sıra konunun farklı yönde değerlendirilmesini gerekli kılacak güncel tarihli yargı kararlarını ve bu doğrultudaki değerlendirmeleri de ihtiva etmektedir.

<sup>5</sup> <<http://www.sozluktr.net/kelime.php?bul=33120&no=0&nedemek=k%C3%BCm%C3%BCl%C3%A2tif>> s.e.t. 28.02.2024.

<sup>6</sup> <<https://sozluk.gov.tr>> s.e.t. 28.02.2024.

<sup>7</sup> Tekinalp (n 1) 37; Şehirli Çelik (n 1) 135; Bozgeyik ve Er (n 1) 23.

<sup>8</sup> Doktrinde kümülatif korumayı savunan yazarlardan bazıları özel hüküm - genel hüküm ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Şehirli Çelik (n 1) 88; Sevilay Uzunalli, *Marka Korumasının Kapsamı ve Tazminat*



yığılmayı<sup>9</sup> ifade eder<sup>10</sup>. Daha önce de ifade edildi-

*Talebi* (Adalet Yayınevi 2012) 517- 518; Remzi Tamer Pekdinçer ve İrem Toprakkaya, 'Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma İlişkisi: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2022 Tarihli Kararı Özelinde Bir Değerlendirme', içinde Tekin Memiş (ed.), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yılığır 2022* (Yetkin 2023) 284. Ayrıca bkz. bu çalışmanın III.C ve III.D başlıkları.

<sup>9</sup> Birden çok hukuk kuralı ile düzenlenen bir hususta üç ihtimal gündeme gelebilir; ya bu kurallar yarışma halindedir ya yığılma halindedir ya da özel hükmün genel hükmü dışladığı gibi kural- lar da birbirlerini dışlamaktadır. Hakların yarışması veya taleplerin yarışması ile kastedilen birbirini dışlamayan birden fazla hukuki sebebe dayanılarak aynı vakia bakımından taleplerin ileri sürülmesidir [Çağdaş Tosun, *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması* (Seçkin Yayıncılık 2021) 78; Hüseyin Acun, *Eser Sözleşmesinde Ayrıntan Doğan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması* (Seçkin Yayıncılık 2018) 90; Ömer Faruk Karacabey, 'Hakların Yarışması' (1980) 6 Ankara Barosu Dergisi 666, 667]. Bu halde aynı vakia için talepler ileri sürülmekte ancak dayanakların farklı olması sebebiyle bu taleplerden birinin elde edilmesiyle diğeri sona ermektedir. Yığılma halinde ise aynı vakia sebebiyle birbirini dışlamayan, birlikte ileri sürülebilen yani üst üste yığılan ve farklı hukuki sonuçlar doğuran talepler istenmektedir [Tosun (n 9) 91; Acun (n 9) 76]. Diğer bir ifadeyle, yarışmada hak sahibinin seçimlik hakkı bulunmaktadır. Bunlardan birinin seçilmesi gerekir. Yığılmada ise bu haklardan hepsinden aynı anda faydalanabilmesi mümkündür [Cahit Suluk, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)' (2001) 2(1) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 44, 44]. Tescilli sınai ürünler bağlamında, aynı ekonomik menfaate yönelen birden fazla yasal düzenlemeden doğan taleplerden birinin ifa edilmesinin yeterli olduğu durumda taleplerin yarışması, buna karşılık farklı yasal düzenlemelerin kaynaklanan ve aynı edime yönelik olmayan birden fazla talebin varlığı halinde ise taleplerin yığılması söz konusu olur [Şehirli Çelik (n 1) 92-93]. Fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet hükümlerinin kümülatif olarak uygulanması ilkesinin kabulü halinde hangi durumlarda taleplerin yığılması, hangi durumlarda taleplerin yarışmasının söz konusu olduğunun bir başka deyişle taleplerin birbirleri ile ilişkisinin tespitinin özellikle tazminatın tayini hususunda önem kazandığı yönünde bkz. Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 279. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, 14.07.2006, 2005/5095 E., 2006/8411 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Doktrinde *Şehirli Çelik*, fikri mülkiyet ve haksız rekabet hükümlerinin aynı olayda uygulanması halinde hem taleplerin yarışması hem de taleplerin yığılmasının söz konusu olacağını, tescilli korumanın bulunmadığı hallerde ise haksız rekabet korumasının otomatik olarak devreye girmesinin fikri mülkiyet koruması ile öngörülen amaca aykırı bir tablo oluşturacağını ve her iki sisteminin amacı dikkate alınarak yorum yapılması gerektiğini savunmaktadır [Şehirli Çelik (n 1) 109]. *Uzunallı* ise aynı eylemle birden fazla fikri hakkın ihlal edilmesi durumunda yarışma değil, yığılmanın söz konusu olduğunu, ayırt edici işaretin hem marka hem de tasarım olarak korunması durumunda ise yarışmanın söz konusu olduğu düşüncesindedir [Uzunallı (n 8) 454]. *Karayalçın* da bir tacirin tanıtma vasıtaları üzerindeki hakkı ihlal edilince bu kişinin iki imkâna sahip olduğunu ya özel hükme ya da genel hüküm olan TTK'ya [6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Res-

gi üzere, fikri mülkiyet hukuku özelinde kümülatif koruma, bir fikri ürünün birden çok alanın koruma şartlarını taşıması halinde hak sahibinin bunlardan dilediğine başvurabilmesidir<sup>11</sup>. Diğer bir ifadeyle bir fikri ürün birden çok mevzuatın koruma şartlarını aynı anda karşılıyorsa hak sahibi, birden çok mevzuata dayanabilir. Yeter ki bu mevzuatlar gereğince şartları (örneğin, tescil) sağlamış olsun.

Gerçekten de bir fikri ürün birden fazla alanın koruma şartlarını aynı anda taşıyor olabilir. Örneğin, bir tasarım herhangi fonksiyonel bir özelliği olmaksızın estetik öğeleri bünyesinde barındırıyor- sa FSEK<sup>12</sup> kapsamında eser olarak kabul edilebilir; fonksiyonel özelleri ön planda ise patent veya faydalı model mevzuatı koruması gündeme gelebilir. Yine dürüstlük kuralına aykırı bir eylem mevcutsa TTK<sup>13</sup> m.54 vd. kapsamında haksız rekabet koruması söz

mi Gazete]] dayanarak haksız rekabete göre dava açabileceğini, bu durumda hakların telâhununun (yarışmasının) söz konusu olduğunu ifade etmiştir [Yaşar Karayalçın, *Ticaret Hukuku I Giriş Ticari İşletme* (1968) 431-432]. Benzer şekilde bir diğer görüşe göre de kümülatif koruma ilkesi gereğince ihlal olunan haklar yarışmakta ancak talepler yığılmamakta, hak sahibi ihlal olunan farklı haklarına dayalı olarak ayrı taleplerde bulunabilmekte ancak hakim, tek bir tazminata hükmetmektedir [Bozgeyik ve Er (n 1) 24; Karaman Odabaşı (n 1) 253]. *Suluk*'a göre, seçim zorunluluğunun olmaması ve şartları varsa uygulanabilecek yasal düzenlemelerin birine, birkaçına veya hepsine dayanabilecek olmasından ötürü, uygulanacak hükümler arasında genel-özel hüküm ilişkisi yoksa hukuki sebeplerin yığılmasının mevcuttur [Suluk, 'Çoklu Koruma' (n 9) 45]. *İşık Yaşlı*'ya göre ise taleplerin yarışması hali ile taleplerin seçimlik olması hali birbirinden tamamen farklıdır. Nitelik taleplerin seçimlik olması halinde hak sahibine aynı vakia bakımından öngörülen birbirinden farklı ve birden fazla yaptırımdan birini seçme imkânı tanınmakta iken taleplerin yarışması halinde bundan farklı olarak aynı vakia bakımından ileri sürülen talepler birbiri ile seçimlik olarak sunulmayan ve birlikte ileri sürülebilen farklı hukuki sebeplere dayandırılmaktadır. Taleplerin yarışması halinde aynı vakia bakımından birbiriyle seçimlik nitelikte olmayan, birbirini dışlamayan, birlikte var olabilen farklı hukuki sebeplere dayanılarak talepte bulunulduğundan kümülatif koruma ilkesi gereğince taleplerin yarışmasının kabulü gerekir. Buna karşılık taleplerin yığılması halinde kümülatif koruma mümkün olmaz. Zira bu halde aynı vakia bakımından farklı hukuki sonuçlar doğuran ve birbirini dışlamayan birden fazla talep ileri sürülmektedir [İşık Yaşlı (n 1) 283 vd.].

<sup>10</sup> Suluk, 'Çoklu Koruma' (n 9) 45.

<sup>11</sup> Bkz. (n 3).

<sup>12</sup> 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserlerinin Korunması Hakkında Kanun (RG. 13.12.1951 tarih ve 7981 sayılı Resmi Gazete)

<sup>13</sup> 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmi Gazete)

konusu olabilir. Uygulamada daha çok tasarımlarda karşılaşılmakla beraber, marka, patent gibi diğer alanlarda da kümülatif korumanın uygulanabilirliği sorunu gündeme gelmektedir<sup>14</sup>.

Kümülatif korumanın *dar yorumunda*, geçerli bir fikri mülkiyet korumasının bulunması ön şart teşkil eder<sup>15</sup>. Dar yorumun kabul edilmesi halinde, koruma süresi sona erdiği veya tescilin hükümsüz kaldığı durumlarda bu ön şart sağlanamadığından kümülatif koruma söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık korumanın *geniş anlamda* yorumlanarak yalnızca fikri mülkiyet hakkının mevcut olduğu durumlarda ve şartları varsa bu korumaya ek olarak değil, fikri mülkiyet korumasının süresinin dolması veya hükümsüzlük gibi sebeplerle sona erdiği durumlarda uygulanması da savunulabilir<sup>16</sup>.

Fikri mülkiyet koruması bakımından kümülatif koruma ilkesinin uygulanması özellikle koruma süresi yönünden önem arz etmektedir. Bunun sebebi, fikri mülkiyet korumasının belirli bir süreyle sınırlı olmasıdır. Nitekim tescilli bir tasarım başvuru tarihinden itibaren beş yıllık koruma süresine sahiptir ve bu süre en fazla beş defa yenilenebilir (SMK<sup>17</sup> m.69/1). Patent bakımından bu süre başvuru tarihinden itibaren yirmi, faydalı model bakımından ise on yıldır (SMK m.101/1). Tescilsiz bir tasarım bakımından ise süre kamuya sunulma tarihinden itibaren üç yıldır (SMK m.69/2). Yine FSEK kapsamında eser niteliğine sahip bir ürün var ve FSEK kapsamında aranan eser sahipliğine ilişkin şartlar mevcut ise, eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden sonra yetmiş yıl daha koruma mümkündür (FSEK m.27). Öte yandan marka bakı-

mından başvuru tarihinden itibaren on yıllık koruma süresi vardır, ancak diğerlerinden farklı olarak koruma herhangi bir azami süre sınırına tabi olmaksızın yenilenebilir (SMK m.23/1). Bu çerçevede marka bakımından yenilenmeme sebebiyle marka hakkının sona erdiği durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği sorusu gündeme gelecektir. Ancak asıl sorun haksız rekabet koruması bağlamında ortaya çıkmaktadır. Zira haksız rekabet hukukunda koruma için herhangi bir süre şartı bulunmamaktadır. Dolayısıyla koruma süresi dolan bir fikri hakkın haksız rekabet hükümlerine göre korunup korunmayacağı tartışma konusu yapılmaktadır. Bu çerçevede geniş anlamda kümülatif korumanın kabul edilmesi durumunda fikri mülkiyet hukuku bağlamında sürenin sona ermesi sebebiyle hak son bulmuş ise de haksız rekabet hukuku hükümlerine başvurulması mümkün kabul edilmektedir. Buna karşılık dar yorumda fikri mülkiyet hukuku korumasının devam etmesi şartı arandığından, artık kümülatif koruma söz konusu olmayacaktır.

### III. KÜMÜLATİF KORUMAYA İLİŞKİN DOKTRİN VE YARGI KARARLARI

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukukunun karşılıklı durumları doktrinde iki temel görüş çerçevesinde açıklanmaktadır. Bunlardan ilki, *haksız rekabet hukukunun uygulanmasını sınırlandıran - kümülatif korumayı reddeden (sınırlandırıcı) görüştür*. Bu görüş uyarınca, fikri mülkiyet hukuku haksız rekabet hukuku karşısında öncelikli ve üstün bir konuma sahip olup, haksız rekabet hükümleri ya hiç uygulanmamakta ya da oldukça sınırlı uygulanmaktadır<sup>18</sup>. Dolayısıyla haksız rekabet hukuku fikri mülkiyet hukuku korumasının söz konusu olmadığı alanlarla sınırlı bir uygulamaya sahip olmaktadır. Diğer görüş ise, *haksız rekabet hukuku uygulamasını destekleyen - kümülatif korumayı kabul eden (destekleyici) görüş* olup, bu görüş uyarınca haksız rekabet hükümleri fikri mülkiyet hukuku yanında ikinci derecede değil, şartları varsa, eşit düzeyde, doğrudan ve birinci derecede uygulanabilir; uygulamanın kapsam ve sınırlarının belirlenmesi her iki alana ilişkin uygulama şartlarının bağımsız olarak değerlendirilmesini gerekli kılar<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> Suluk, 'Çoklu Koruma' (n 9) 47; Cahit Suluk, *Tasarım Hukuku* (Seçkin Yayıncılık, 2003) 212.

<sup>15</sup> Bu yönde bkz. Tekinalp (n 1) 36-37; Karaman Odabaşı (n 1) 139; Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2022) 42-43; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları* (6. Baskı, Seçkin 2020) 37-38; Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin 2023) 52; Habip Asan ve Gülsevi Esra Bal, *Sınai Mülkiyet hakları Uygulamaları 4, Tasarım*, (Lykeion 2021) 49; Mehmet Emin Bilge, *Ticari Sırların Korunması* (Asil Yayın, 2005) 55; Önder Bayrak, (Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları Açıklamalı İçtihatlı (Seçkin 2021) 486; Levent Yavuz, Türkay Alica ve Fethi Merdivan, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu* (Seçkin, 2013) 138, 1192.

<sup>16</sup> Bu yönde bkz. Şehirli Çelik (n 1) 135; Pekdiğer ve Toprakaya (n 1) 292-293; Bozgeyik ve Er (n 1) 37.

<sup>17</sup> 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmî Gazete)

<sup>18</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şehirli Çelik (n 1) 38-61. Ayrıca bkz. bu çalışmanın III.B başlığı.

<sup>19</sup> Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şehirli Çelik (n 1) 61-78. Ayrıca bkz. bu çalışmanın III.C başlığı.

Normların birlikte uygulanabilirliği olarak da ifade edebileceğimiz kümülatif koruma, bu ikinci görüş çerçevesinde açıklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, haksız rekabet hukuku uygulamasını destekleyen görüş, fikri mülkiyet hukuku mevzuatından kaynaklanan hükümler ile haksız rekabet hükümlerinin eşit şartlar altında uygulanabileceğini kabul etmektedir<sup>20</sup>.

Bu noktada kümülatif korumanın dar ve geniş olmak üzere iki farklı şekilde yorumlandığının hatırlatılması gerekir. Nitekim dar anlamda kümülatif korumayı savunanlar, kümülatif korumanın söz konusu olabilmesi için özel kanunların sağladığı korumanın da devam ediyor olmasını aramakta, koruma süresi dolmuş olan fikri mülkiyet hakkının haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de - itibasın olduğu haller hariç - korunmaması gerektiğini savunmaktadır<sup>21</sup>. Bu görüşe göre, fikri mülkiyet korumasının sona ermesi ile söz konusu ürünün kamuya ait hale geldiğinden ve serbestçe kullanılabilme fikri mülkiyet hukukunun temel ilkelerinden olduğundan, süresi sona eren bir hakkın haksız rekabet hükümleriyle korunabilmesi bu temel ilkenin ihlali anlamına gelecektir. Buna karşılık geniş anlamda kümülatif koruma görüşünü benimseyenler koruma süresi sona eren ve tescili yenilenmeyen fikri hakkın, haksız rekabet şartlarını taşıdığı sürece korumadan yararlanabileceğini, fikri mülkiyet hukukundaki sınırlı koruma anlayışının yatırımın teşvik edilmesi amacına yönelik olduğunu, süre sonunda kümülatif koruma kapsamındaki tüm hakların topluma terk edilmesinin yeterli bir gerekçe-

sinin bulunmadığını, bu yaklaşımın bireysel menfaatlerin toplumsal menfaatlere tercih edilmesi şeklinde yorumlanamayacağı ifade etmektedir<sup>22</sup>.

### A. KÜMÜLATİF KORUMAYI KABUL ETMEYEN (HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN UYGULANMASINI SINIRLANDIRAN) GÖRÜŞ

Doktrinde azınlıkta kalan görüş, fikri mülkiyet hukukunun, haksız rekabet hukuku karşısında öncelikli ve üstün bir konuma sahip olduğunu savunmaktadır<sup>23</sup>. Haksız rekabet hukukunun uygulanmasını sınırlandıran görüşü savunanların gerekçelerinden en temeli, özel hükmün genel hükmü dışlaması ilkesi ("*lex specialis derogat legi generali*") ve bu ilkeyi temel alan öncelik teorisidir ("*Vorrangthese*")<sup>24</sup>. Bu çerçevede, fikri mülkiyet ve haksız rekabet hükümleri arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisinin var olduğu ve özel hükmün genel hükme göre öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Diğer bir ifadeyle

<sup>22</sup> Şehirli Çelik (n 1) 116 vd. Aynı yönde bkz. Pekdinçer ve Toprakaya (n 8) 292-293; Bozgeyik ve Er (n 1) 37.

<sup>23</sup> Ömer Teoman, Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat Kitapçılık 2006) no. 1295; Nedret Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul (On İki Levha 2016) 174-183; Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Arslan Kaya ve N. Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Vedat 2022) 356-360; Aslan, Yılmaz 'Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler' (2001) 1(1) *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 19, 19 vd.; Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İltibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (Beta Basım 1995), 51 vd.; Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakkı Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin 2003) 218.

<sup>24</sup> Öncelik ilkesi gerek doktrin gerek yargı kararlarında fikri mülkiyet hukukunun tamamı bakımından geçerli kabul edilse de ilkenin marka hukuku anlamında farklı bir önem taşıdığı, zira marka hukuku ile haksız rekabet hukukunun amaçlarının oldukça yakın olduğu ve uygulanacak kriterlerin birbirinden ayrıştırılmasının güç olduğu yönünde bkz. Şehirli Çelik (n 1) 39-40. Öncelik teorisine ilişkin ayrıca bkz. Işık Yaşlı (n 1) 127-134; Şehirli Çelik (n 1) 39-40.

<sup>25</sup> 01 Ocak 1995 tarihli Marka Kanunu'nun yürürlüğüne kadar Alman hukukunda, Marka Kanunu, Haksız Rekabet Kanunu'na göre özel kanun kabul edilerek, genel ilke olarak haksız rekabete başvurulması reddedilmekte, marka koruması sağlanamayan hallerle sınırlı olarak haksız rekabet hükümlerinin ancak tamamlayıcı olarak uygulanabileceği kabul edilmekteydi [Şehirli Çelik (n 1) 39-41]. Paralel şekilde İsviçre Hukukunda da haksız rekabete karşı korumanın 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m.48 çerçevesinde sağlandığı dönemde, fikri mülkiyet ve haksız rekabet hukuku arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisi olduğu kabul edilmekteydi [Şehirli Çelik (n 1) 44-45; Nomer Ertan, 'Haksız Rekabet' (n 23) 178].

<sup>20</sup> Kümülatif korumada, hak sahibi ihlal olan her hakkı için ayrı talepte bulunabilir ise de aynı eylemden dolayı ihlal olunan her hak için ayrı tazminata hükmedilmez [Karaman Odabaşı (n 1) 65; Bozgeyik ve Er (n 1) 24]. Bu durumda klasik zarar sorumluluğundan (TBK m.49/1) farklı olarak belirli bir miktar değil, farklı hukuki dayanaklara göre hesaplanabilen miktarı da buna göre değişiklik arz edebilecek karakterde bir tazminat söz konusu olacaktır. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şöyle demektedir: "*Hak sahibinin belirlenecek tazminat miktarı üzerinde seçimlik hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira ihlal teşkil eden bir eylemden dolayı hem fikri mülkiyet mevzuatı hem de haksız rekabet teşkil eden hükümlere birlikte başvurulabilmesi durumunda haklar yarışır ise de talepler yitilmez.*" [Yargıtay 11. HD, 14.07.2006, 2005/5095 E., 2006/8411 K. [Erdil (n 15) 43].

<sup>21</sup> Bu yönde bkz. Tekinalp (n 1) s. 36-37; Cahit Suluk, *Fikri Mülkiyet Yazıları I- Mütalaaların (2001-2020)* (Seçkin 2021) 647-648; Suluk, 'Tasarım Hukuku' (n 14) 671; Yavuz, Alica ve Merdivan, (n 15) 138, 1192; Erdil (n 15) 42-43; Güneş (n 15) 37-38; Karaman Odabaşı (n 1) 139; Asan ve Bal (n 15) 49; Bilge (n 15) 55; Bayrak (n 15) 486.

fikri mülkiyet mevzuatı (SMK ve FSEK) kapsamında koruma var olduğu sürece, bu özel düzenlemeler haksız rekabet hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanır. Özel mevzuat hükümleri, konuyu eksiksiz olarak düzenlemişse aynı konuya ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu değildir. Bu ilke çerçevesinde yapılan gerekçelendirmede özetle, iki grup hükümlerin esasen aynı alanı düzenlediği, haksız rekabet hükümlerinin fikri mülkiyet mevzuatına göre genel hüküm niteliği taşıdığı, fikri mülkiyet mevzuatının uygulanma olanağı bulunduğu hallerde haksız rekabetin genel hükümlerinin uygulanmaması savunulmaktadır.

Bu görüşte olan yazarlardan *Teoman*'a göre, özel sicillerine tescil edilmiş tanıtma vasıtaları ve fikri mülkiyet hakları bakımından haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayıp, haksız rekabet hükümleri ancak kendi özel sicillerine tescil edilmemiş, bu nedenle de kendi özel kanun ve düzenlemeleri çerçevesinde korunmayan tanıtma vasıtaları ve fikri mülkiyete konu haklar hakkında uygulama alanı bulur<sup>26</sup>. Paralel şekilde *Nomer Ertan* da haksız rekabet hükümlerinin ancak özel kanunların uygulama alanı dışında kalan durumlarda uygulanabileceğini, buna karşılık tescilli bir hak söz konusu olduğunda öncelikle tescili ve bu tescilin sonuçlarını düzenleyen özel hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır<sup>27</sup>.

Haksız rekabetin uygulanmasını sınırlandıran görüşü savunan bir diğer yazar olan *Cengiz* de özel kanun konusunun eksiksiz olarak düzenlenmiş olması kaydıyla özel kanunun genel kanuna nazaran öncelikli olarak uygulanacağını ifade etmektedir<sup>28</sup>. Yine *Berzek* fikri haklara ilişkin özel düzenlemelerin bulunduğu gerekçesiyle hak sahibinin fikri ürünü ile itibas yaratılması halinde genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet düzenlemesinin değil, fikri haklara ilişkin özel düzenlemelerin uygulanacağını savunmaktadır<sup>29</sup>.

*Saraç* ise, patent ve haksız rekabet hukuku açısından konuyu ele almış ve patent mevzuatı hüküm-

lerinin haksız rekabete göre özel hüküm mahiyetinde olduğunu belirttikten sonra “*özel kanunun genel kanunu bertaraf ederek uygulanabilmesi için hem konusunu eksiksiz düzenlemiş olması hem de genel kanundan daha kapsamlı ve üstün koruma sağlamış olması gerektiği*”ni ifade etmiştir<sup>30</sup>.

FSEK ve haksız rekabet açısından bir değerlendirme yapan *Gökyayla* fikri ürünün FSEK’te sayılan şartları taşıması nedeniyle eser olarak kabul edilebileceği hallerde artık haksız rekabet korumasına gerek olmayacağı ve yalnızca FSEK kapsamında korumanın yeterli olacağını savunmaktadır<sup>31</sup>. *Kayar* da TTK’nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinin genel hüküm niteliğinde, FSEK’in fikir ve sanat eserlerine dair hükümlerinin ise özel hüküm niteliğinde olduğu, hak ihlali halinde öncelikle özel hüküm niteliğindeki FSEK hükümlerinin uygulama alanı bulacağı ve ancak FSEK’te uyumsuzluğa uygulanacak hüküm bulunmaması halinde TTK’nın haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceği görüşündedir<sup>32</sup>.

Tasarımlara ilişkin olarak *Aslan*, tescilsiz tasarımların korunmasına ilişkin SMK (m.71/3) hükmü öncesi dönemde haksız rekabet hükümlerine göre karar tesis edilmekte idiye de özel düzenleme karşısında artık haksız rekabet uygulamasına başvurulamayacağını ifade etmektedir<sup>33</sup>.

*Topaloğlu* ise kümülatif korumayı kabul edenlerin temel gerekçelerinden biri olan fikri hukuk korumasının şartları ile kapsamının haksız rekabet korumasından farklı olması hususuna değinmiş, ancak haksız rekabet düzenlemelerinin genel, fikri hukuk düzenlemelerinin ise özel hüküm niteliğinde olduğunu ve haksız rekabet korumasının ancak fikri hukuk korumasının söz konusu olmadığı hallerde gündeme gelebileceğini belirterek kümülatif korumayı reddetmiştir<sup>34</sup>.

Haksız rekabet hukukunun uygulanmasını sınırlandıran görüş çerçevesinde ileri sürülen bir diğer

<sup>26</sup> Teoman, Ülgen, Helvacı, Kendigelen, Kaya ve Nomer Ertan (n 23) no. 1295.

<sup>27</sup> Nomer Ertan, ‘Haksız Rekabet’ (n 23) 180-181.

<sup>28</sup> Cengiz (n 23) 51 vd.

<sup>29</sup> Ayşe Nur Berzek, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (Beta 2020) 87-88.

<sup>30</sup> Saraç (n 23) s. 218.

<sup>31</sup> K. Emre Gökyayla, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (Yetkin 2001) 190.

<sup>32</sup> İsmail Kayar, (2018) *Ticari İşletme Hukuku* (Seçkin 2018) 282.

<sup>33</sup> Aslan (n 23) 25.

<sup>34</sup> Mustafa Topaloğlu, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması* (Türkiye Bilişim Vakfı 1997) 100.

teori, dolanma teorisi (*Umwegtheorie*) olup, bu teori bağlamında kanun koyucunun bilinçli olarak fikri hak koruması sağlamadığı bir konuda haksız rekabet korumasının gündeme geleceğinin savunulmasının kanun koyucunun iradesinin dolanılması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir<sup>35</sup>. Dolayısıyla söz konusu teoriye göre, fikri mülkiyet ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanması fikri mülkiyet hukukunu işlevsiz ve anlamsız hale getirecektir.

Kümülatif uygulama karşıtı görüşün bir diğer dayanağı, uygulamanın kabul edilmesi halinde özel düzenlemelere (tescilli korumaya) olan ilginin azalacak olması tehlikesidir<sup>36</sup>. Haksız rekabet koruması bakımından tescil şartının aranmaması ve korumanın herhangi bir süreye bağlı olmaması bu yaklaşımın temel gerekçesini oluşturmaktadır. Bu görüşü benimseyenler, hiç tescil başvuru yapılmadığı veya tescilin hükümsüz kılındığı hallerde haksız rekabet korumasına başvurulabilmesinin tescile olan ilgiyi azaltacağı endişesini taşımaktadır. Bu yaklaşım, esasen yukarıda bahsedilen dolanma teorisi kapsamında ileri sürülen görüşle de örtüşmektedir. Zira tescil başvurusunda bulunmayan kişinin, tescil zahmet ve masrafını karşılamsızın koruma elde etmesi, aslında tescile tabi korumaya ilişkin düzenlemelerin dolanılması anlamına gelmektedir.

Nitekim doktrinde fikri mülkiyet korumasından yararlanmak için gerekli zahmet ve masrafları yüklenmeyen kişinin bunun olumsuz sonuçlarına katlanmak durumunda olduğu da ifade edilmektedir. Bu görüşteki *Odman Boztosun*, hâlihazırda fikri mülkiyet haklarıyla korunan unsurlar açısından, bu unsurların yetkisiz kullanıldığından bahisle emeğin korunması ilkesine dayanılarak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde hüküm kurulmaması ve fikri mülkiyet hukukuna özgü koruma talep edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>37</sup>. Yazar ayrıca, iltibasın söz konusu olduğu bir durumda bu unsurların fikri mülkiyet haklarıyla korunup korunmadığına bakılmaksızın haksız rekabete hükmedilebileceğini, fikri

mülkiyet korumasından yararlanılabildiği hallerde de hakkın kapsamı özel olarak tanımlandığından bu hükümler uyarınca koruma talep edilmesinin uygun olacağını, buna karşılık fikri mülkiyet korumasından yararlanılmıyorsa zaten kümülatif korumanın söz konusu olmayacağı ifade etmektedir<sup>38</sup>.

Benzer yönde bir diğer gerekçe, özel mevzuat hükümlerinin hak sahibine geniş ve daha güçlü yetkiler verdiği gerçeği karşısında, daha zayıf ve kısıtlı koruma bahşeden haksız rekabet hükümlerine başvurulmasının gereksiz olduğu yönündedir. Tasarımlara ilişkin olarak *Nomer Ertan*, SMK'daki korumanın özel, haksız rekabet hükümlerinin ise genel nitelikte olduğunu ifade ettikten sonra, SMK ile tescilsiz tasarımların da m.71/3 kapsamında korunuyor olması karşısında haksız rekabet korumasına ihtiyaç kalmadığını savunmuştur<sup>39</sup>. Marka hukukunu haksız rekabetin bir dalı olarak kabul eden *Arkan* da özel düzenleme karşısında genel nitelikteki haksız rekabet hükümlerine gidilmesinin gereksiz olduğunu, ancak marka korumasının kapsamı dışında kalan haller bakımından haksız rekabet korumasının gündeme gelebileceğini ifade etmiştir<sup>40</sup>.

Bir diğer gerekçe, fikri mülkiyet hukukunda geçerli olan sınırlı sayı ilkesi ("*numerus clausus*") olup, bu çerçevede kanun koyucunun, fikri mülkiyet mevzuatıyla tekeli haklar bahşetmek suretiyle korumaya değer ürünleri sınırlı sayıda belirlediği, fikri mülkiyet hukuku kapsamında tanınan tekeli haklar dışında aynı nitelikte haklar yaratılmasının ancak özel düzenleme ile mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>41</sup>.

Haksız rekabet hukukunun uygulanmasını sınırlandıran görüşün taraflarının dayandığı bir diğer ilke taklit serbesti (*Nachahmungsfreiheit*) olup,

<sup>35</sup> Teoriye ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şehirli Çelik (n 1) 52. Dolanma teorisinin özellikle iki halde (aynen taklit eyleminin haksız rekabet kapsamında da koruma görüp görmeyeceği ve telif hakkı koruması sona erdikten sonra haksız rekabet korumasının devam edip edemeyeceği) tartışıldığı yönünde bkz. Işık Yaşlı (n 1)123.

<sup>36</sup> Şehirli Çelik (n 1) s. 63-64.

<sup>37</sup> *Odman Boztosun* (n 1) 222 vd.

<sup>38</sup> *Odman Boztosun* (n 1) 226 dn. 70.

<sup>39</sup> Nedret Füsün Nomer Ertan, 'Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması', *Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 312-313.

<sup>40</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku Cilt: II*, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1998) 225. Aynı yönde bkz. Erdal Noyan, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019) 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* (Seçkin 2008) 128.

<sup>41</sup> Fikri mülkiyet hukukunda *numerus clausus* ilkesinin benimsendiğini kabul eden yazarlar için bkz. Şehirli Çelik (n 1) 62 dn. 202.

buna göre kanun koyucunun özel olarak koruduğu ürünlerin dışında taklide karşı koruma söz konusu değildir; diğer bir ifadeyle taklit serbestisi ilkesi geçerlidir. Aksi düşüncenin kabulü gelişmeyi engelleyici bir etki yaratacaktır<sup>42</sup>.

Son olarak, eşit ve bağımsız uygulamanın benimsenmesinin hak sahibinin yetkilerine müdahale anlamına geleceği, bu sebeple fikri mülkiyet mevzuatının uygulandığı durumlarda haksız rekabet hükümlerinin devre dışı bırakılması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>43</sup>.

## B. KÜMÜLATİF KORUMAYI KABUL EDEN (HAKSIZ REKABET HUKUKUNUN UYGULANMASINI DESTEKLEYEN) GÖRÜŞ

Doktrinde hakim görüş haksız rekabet ve fikri mülkiyet hükümlerinin kümülatif olarak uygulanabileceği yönündedir<sup>44</sup>. Ancak bu görüşlerden bazıları kümülatif korumanın dar olarak yorumlanmasını savunmakta iken<sup>45</sup>, diğer bazıları geniş anlamda korumayı kabul etmektedir<sup>46</sup>.

Bağımsız uygulama görüşünü savunanların dayandıkları temel gerekçelerden ilki, fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku arasında özel hü-

küm - genel hüküm ilişkisinin söz konusu olmadığı yönündedir<sup>47</sup>. Zira, özel hükmün genel hükmü dışlaması ilkesine ancak hükümler arasında çelişki olduğu veya özel sayılan düzenlemenin genel hükümde öngörülen şartların yanı sıra ek şartlar taşıdığı durumlarda başvurulabilecektir<sup>48</sup>. Oysa fikri mülkiyet mevzuatı ve haksız rekabet hükümleri farklı konuları düzenlemekte ve haksız rekabet mevzuatı kapsamında düzenlenen hususlar çoğu zaman fikri mülkiyet mevzuatında daha kapsamlı olarak düzenlenmektedir<sup>49</sup>. Bu görüş çerçevesinde, fikri mülkiyet ve haksız rekabet hukuku farklı koruma amacı ve talep hakları barındırdıklarından, aralarında özel hüküm - genel hüküm ilişkisi bulunmamaktadır<sup>50</sup>. Dolayısıyla kümülatif korumanın kabulü, özel hüküm - genel hüküm ilişkisinin de reddi anlamına gelmektedir.

Ancak doktrinde bazı yazarlar, fikri mülkiyet mevzuatı ve TTK'nın haksız rekabet hükümleri arasında genel hüküm - özel hüküm ilişkisi olduğunu kabul etmekle birlikte bunun kümülatif uygulamaya engel olmayacağı görüşündedir<sup>51</sup>. Nitekim *Karayal-*

<sup>42</sup> Şehirli Çelik (n 1) 62-63.

<sup>43</sup> Şehirli Çelik (n 1) 63.

<sup>44</sup> Karayalçın (n 9) 431-432; Tekinalp (n 1) 37; Fahiman Tekil, *Ticari İşletme Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1981) 186; Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (Ankan, 2006) 230; Reha Poroy ve Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2022) 390; Hamdi Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, 3. Cilt*, (On İki Levha 2021) 2753; Şehirli Çelik (n 1) 88; Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 284; Erdil (n 15) 42-43; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha 2023) 793; Remzi Tamer Pekdinçer, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kurulna Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet Yayınevi 2020) 121; Bozgeyik ve Er (n 1) 37; Güneş (n 15) 35 vd.; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 15) 138; Karaman Odabaşı (n 1) 63; Işık Yaşlı (n 1) 141-144; Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları* (Seçkin 2019) 45; İrfan Dönmez, *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları* (Seçkin 1987) 139-142; Oruç, Murat, *Haksız Rekabette Manevi Tazminat Davası* (On İki Levha 2009) 19, 43; Zeynep Demirçivi Mineliler, 'Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Yargıtay Kararının TTK ve TTK Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde MarKHK Hükümleri de Dikkate Alınarak İncelenmesi', *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, 1. Cilt* (Vedat Yayıncılık 2007) 24.

<sup>45</sup> Tekinalp (n 1) 36-37; Suluk, 'Fikri Mülkiyet Yazıları' (n 21) 647-648; Suluk, 'Tasarım Hukuku' (n 14) 671; Karasu ve Suluk ve Nal (n 15) s. 52-53; Yavuz, Alica ve Merdivan (n 15) 138, 1192; Erdil (n 15) 42-43; Güneş (n 15) 37-38; Karaman Odabaşı (n 1) 139; Asan ve Bal (n 15) 49; Bayrak (n 15) 55; Bayrak (n 15) 486.

<sup>46</sup> Şehirli Çelik (n 1) 135; Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 292-293; Bozgeyik ve Er (n 1) 37.

<sup>47</sup> Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 284; Şehirli Çelik (n 1) 135; Bozgeyik ve Er (n 1) 37; Işık Yaşlı (n 1) 14-144.

<sup>48</sup> Alman Hukukunda daha önceleri, fikri mülkiyet mevzuatı kapsamında koruma var olduğu sürece, bu özel düzenlemelerin haksız rekabet hükümlerine göre öncelikli uygulanacağı savunulmakta iken 01 Ocak 1995 tarihli Alman Marka Kanunu'yla marka hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişkinin belirlenmesinde önemli bir aşamaya gelinmiştir. Nitekim Kanun'un 2. maddesinde "Kanunun kapsamında sağlanan marka korumasının diğer kanunların öngördüğü korumayı engellemeyeceği" düzenlemesine yer verilerek kümülatif uygulama kanuni bir zemine kavuşturulmuştur. Paralel şekilde doktrinde de haksız rekabet hukuku hükümleri ile fikri mülkiyet hükümleri arasında özellik-genellik ilişkisinin bulunmadığı ve her iki alan hükümleri arasında kümülatif norm yarışmasının (*kumulative nomen konkurrenz*) olduğunun kabulü gerektiği ifade edilmektedir [Şehirli Çelik (n 1) 67]. İsviçre Hukukunda 1943 tarihinde haksız rekabetin özel bir kanunla düzenlenmesiyle beraber fikri mülkiyet mevzuatı ile haksız rekabet mevzuatının eşit düzeyde özel kanunlar olduğu kabul edilmiştir. [Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Şehirli Çelik (n 1) 44-47, 55-58; Nomer Ertan, 'Haksız Rekabet' (n 23) 178-180].

<sup>49</sup> Şehirli Çelik (n 1) 75.

<sup>50</sup> Uzunallı (n 8) 517; Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 284; Işık Yaşlı (n 1) 104.

<sup>51</sup> Öte yandan *Topaloğlu* fikri hukuk korumasının şartları ile kapsamının haksız rekabet korumasından farklı olduğunu ifade etmekte ise de haksız rekabet düzenlemelerinin genel hüküm, fikri hukuk düzenlemelerinin ise özel hüküm niteliğinde olduğunu ve haksız rekabet korumasının ancak fikri hukuk korumasının söz konusu olmadığı hallerde gündeme gelebileceğini belirterek kümülatif uygulamayı reddetmektedir [Topaloğlu (n 34) 100].

çın'a göre, rekabetin dürüstlük kuralına aykırı olarak kötüye kullanımı genelde haksız rekabet özelde ise fikri hak tecavüzü teşkil etmektedir<sup>52</sup>. Yazar, fikri haklar koruması ile haksız rekabet korumasını ortak konuda düzenlenen tamamlayıcı nitelikte hükümler olduklarından iki koruma yoluna kümülatif olarak başvurabilmesini mümkün görmektedir. *Karaman Odabaşı* da kümülatif koruma ilkesini benimsemekle beraber genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin de dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>53</sup>. Paralel şekilde *Bozgeyik & Er* kümülatif koruma ilkesinin, özel hüküm-genel hüküm ilişkisinin yok sayılmasını gerektirmediğini, bir ihlal halinde tasarım sahibinin, özel hüküm aksini öngörmediği sürece genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet hükümlerine de başvurabileceğini ifade etmektedir<sup>54</sup>. Yine *Küçükali* de sınai hakların önemi nedeniyle kanun koyucunun bu hakları özel kanunlar vasıtasıyla korumaya çalıştığını, ancak özel düzenlemelerin yetersiz kaldığı durumlarda bu düzenlemelerin yanında gerektiğinde ve uygun düştüğü ölçüde haksız rekabete ilişkin genel hükümlerin de uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>55</sup>.

*Suluk* da haksız rekabet ile fikri mülkiyet mevzuatı arasında özel hüküm- genel hüküm ilişkisi olduğunu, özel hüküm karşı tarafı koruyorsa genel hükme dayanılmayacağını, genel hüküm özel hükme göre daha elverişli olmamakla birlikte, hak sahibi genel hükme dayanmış ise bu halde taleple bağlılık ilkesinin devreye gireceğini vurgulamaktadır<sup>56</sup>. Yazar, hak sahibinin şartları varsa patent, marka, fikir ve sanat eserleri mevzuatından birine, birkaçına veya tamamına aynı anda dayanabileceğini ifade etmekte, yani fikri mülkiyet hukukunda kümülatif korumayı kabul etmektedir. Ancak haksız rekabette herhangi bir sürenin olmamasının, kişi ile kamunun menfaatlerini dengeleme aracı olan fikri mülkiyet hukukunun amacı ile bağdaşmayacağı, haksız rekabet bakımından bir sürenin öngörülmemiş olması

nedeniyle tescilsiz buluş veya tasarımların haksız rekabet hükümlerine göre süresiz korunacağı fikrinin bu dengeyi bozacağını ifade ederek sürenin sona ermesi durumunda kümülatif korumanın söz konusu olamayacağını belirtmekte ve dar anlamda kümülatif korumayı savunmaktadır<sup>57</sup>.

Temel gerekçelerden bir diğeri, her iki alanın koruma *konusu, amacı ve yöntemlerinin* birbirinden farklı olmasıdır<sup>58,59</sup>.

Gerçekten de fikri mülkiyet hukuku fikir ürünleri ve hak sahibinin korunmasını esas alırken, haksız rekabet mevzuatı dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasını engelleyecek filleri, dürüstlük kuralına aykırı ticari yöntemlerin karşısında emeğin korunmasını konu almaktadır<sup>60</sup>.

Yine fikri mülkiyet korumasının konusu biza-tihi fikri ve sınai hakkın kendisi iken haksız rekabet koruması dürüst ve bozulmamış rekabet ortamını sağlamayı amaç edinmektedir<sup>61</sup>. Dolayısıyla fikri mülkiyet hukuku bireysel menfaatleri korurken, haksız rekabet hukuku rakipler, piyasa aktörleri ve

<sup>52</sup> Karayağın (n 9) 431- 432.

<sup>53</sup> Karaman Odabaşı (n 1) 63.

<sup>54</sup> Bozgeyik ve Er (n 1) 37.

<sup>55</sup> Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi* (Seçkin 2009) 31.

<sup>56</sup> Cahit Suluk ve Hakim Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Cilt, Tasarımlar*, (Seçkin 2008) 117.

<sup>57</sup> Suluk, 'Tasarım Hukuku' (n 14) 670; Suluk, 'Çoklu Koruma' (n 9) 63; Suluk, 'Fikri Mülkiyet Yazıları' (n 21) 284-285, 472; Suluk, Orhan ve Nal (n 15) 52.

<sup>58</sup> Tekinalp (n 1) 37; Kaya (n 44) 230 dn.2; Poroy ve Yasaman (n 44) 324; Uzunallı (n 8) 514-517; Güneş (n 15) 37; Suluk, 'Çoklu Koruma' (n 9) 60-61; Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 284; Erdil (n 15) 42; Bayrak (n 15) 486; Işık Yaşlı (n 1) 135-139.

<sup>59</sup> Haksız rekabet koruması ile fikri hukuk korumasının kaynaklarının farklı olduğu, fikri hukuk korumasında eser sahibinin "yaratıcı faaliyeti" esas alınırken hareket edilirken haksız rekabet korumasında rekabet faaliyetinin "haksız" olmasından hareket edildiği yönünde bkz. Fırat Öztan, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitabevi 2008) 16. FSEK ve haksız rekabet hukukunun farklı temellere dayandığı, fikri hukuk korumasının yaratma niteliğindeki edimden hareketle eserin kendisini korunurken haksız rekabet hukuku korumasının rekabetin kötüye kullanılarak edimin sömürülmesini engellemeye yönelik olduğu yönünde bkz. Sevilay Eroğlu, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması* (Beta 2000) 226. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD, 22.04.2021, 2021/89 E., 2021/3954 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Tekinalp (n 1) 37; Uzunallı (n 8) 514-517; Suluk, 'Çoklu Koruma' (n 9) 60-61; Işık Yaşlı (n 1) s. 143.

<sup>61</sup> Ahmet Tamer, *Yanlış ve Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet* (Adalet Yayınevi 2011) 82; Cemalettin Gürler, 'Takı Tasarımlarında Hukuki Korunma', (2002) 4(2) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 51, 61. Haksız rekabet hukukunun amacı hususunda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Erdil (n 17) 52-54; Şirin Güven, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler* (Birinci Baskı, Adalet Yayınevi 2012) 37-51.

toplumu da içine alan daha geniş bir çevrenin menfaatlerini korur<sup>62</sup>. Bu bakımdan fikri mülkiyet mevzuatı kapsamında yalnızca ilgili hak sahipleri dava açma hakkına sahip iken, TTK'daki haksız rekabet hükümleri yalnızca rakiplerin değil, tüketiciler ve meslek örgütlerinin de haksız rekabet davalarını açmalarına imkân sağlamaktadır<sup>63</sup>.

İki koruma alanı yöntem açısından da birbirinden farklıdır. Nitekim fikri mülkiyet hukuku hak sahibine mutlak haklar sağlarken, haksız rekabet hukuku dürüstlük kuralına aykırı davranışlara karşı koruyucu düzenlemeler içerir<sup>64</sup>. Bu çerçevede bir diğer farklılık fikri mülkiyet koruması, sahibine mutlak nitelikte tekeli yetkiler sağladığından mütevizin fiilinden sorumlu tutulması bakımından herhangi bir subjektif şartın aranmaması ve mütevizin her türlü izinsiz kullanımının sorumluluğunu gerektirecek olmasıdır<sup>65</sup>.

*Tekinalp ve Poroy & Yasaman*, fikri mülkiyet ile haksız rekabet arasında amaç ve korumanın dayandığı ilkeler bakımından farklılık olduğundan bahisle haksız rekabet hükümlerinin gerektiğinde ve şartları varsa doğrudan ve birincide derecede uygulanabileceğini savunmaktadır<sup>66</sup>. Yazarlar, *ancak özel koruma devam ediyor ise* haksız rekabet hükümlerine başvurulabileceğini, dolayısıyla koruma süresi sona ermişse artık haksız rekabet hükümlerine göre de koruma talep edilememesi gerektiğini ifade ederek dar anlamda kümülatif korumayı benimsemektedir<sup>67</sup>. Buna karşılık *Şehirali Çelik*, kümülatif korumanın geniş anlamda yorumlanması gerektiği, bu çerçevede fikri mülkiyet hukuku korumasının olmadığı, bu bağlamda hiç tescil edilmemiş veya hükümsüzlüğüne karar verilmiş ürünler açısından da - gerekli şartların varlığı halinde - haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceği görüşündedir<sup>68</sup>. Kümülatif korumayı be-

nimseyen *Uzunallı* da farklı koruma amacı ve talep hakları barındırdıklarından bahisle haksız rekabet hukuku korumasının marka hukukunu tamamlayan bir koruma değil, bağımsız, kendine özgü kuralları olan bir koruma olduğu, bu çerçevede haksız rekabet hukuku korumasından da faydalanılabileceğini ifade etmektedir<sup>69</sup>.

Haksız rekabet uygulamasını destekleyen görüşü savunanlar, sınırlandırıcı görüş çerçevesinde ileri sürülen taklit serbestisi ilkesini ve bağımsız uygulamanın hak sahibinin yetkilerine müdahale teşkil ettiği görüşünü de reddetmektedir. Şöyle ki haksız rekabet uygulamasını daraltan görüşün taraftarları, kanun koyucunun özel olarak düzenlediği alanlar dışında taklit serbestisi ilkesinin geçerli olduğunu kabul etmektedir<sup>70</sup>. Destekleyici görüşe göre ise haksız fiil düzenlemelerinin amacı taklit fiili açısından serbest alanlar yaratmak değildir; özel düzenlemeler yalnızca kendi alanlarındaki tekeli hakları düzenlemekte olup, bu alan dışında haksız rekabet hükümleri çerçevesinde taklide karşı koruma sağlanıp sağlanmayacağı hususunda herhangi bir düzenleme içermemektedirler<sup>71</sup>. Yine haksız fiil uygulamasını daraltan görüşte olanların aksine, eşit ve bağımsız uygulama hak sahibinin yetkilerine müdahale anlamını taşımaz, zira her iki alanın amaçları birbirinden farklıdır.

Haksız rekabet hukuku uygulamasını destekleyen görüşün bir diğer dayanağı, haksız rekabetin uygulanabileceğine ilişkin açık düzenlemelerdir<sup>72</sup>. Nitekim 6/1002 sayılı Tasarım Tüzüğü<sup>73</sup> m.96/1 ve 98/71/AT sayılı Tasarım Yönergesi'nin<sup>74</sup> 16. ve 17. maddeleri buna örnek olarak gösterilebilir. Avrupa Birliği Marka Tüzüğü<sup>75</sup> m.14.2 ve Markalar Yöner-

<sup>62</sup> Güven (n 61) 38; Erdil (n 15) 52-53. Haksız rekabet hükümlerinin amacının genel olarak hukuka uygunluğu sağlamak ve korumak olduğu yönünde bkz. Güneş (n 15) 37.

<sup>63</sup> Karş. SMK m.149, 153 ve TTK m.56.

<sup>64</sup> Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 298.

<sup>65</sup> Tamer (n 61) 82.

<sup>66</sup> Tekinalp (n 1) 37; Poroy ve Yasaman (n 44) 324.

<sup>67</sup> Aynı yönde bkz. Güneş (n 15) 37-38, Tekinalp (n 1) 37; Erdil (n 15) 43; Bayrak (n 15) 486.

<sup>68</sup> Şehirali Çelik (n 1) 116 vd.

<sup>69</sup> Uzunallı (n 8) 514 vd.

<sup>70</sup> Şehirali Çelik (n 1) 76-77.

<sup>71</sup> Şehirali Çelik (n 1) 76-77.

<sup>72</sup> Şehirali Çelik (n 1) 77-78.

<sup>73</sup> Council Regulation (EC) No 6/2002 of 12 December 2001 on Community Designs [2002] OJ L 3.

<sup>74</sup> Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 1998 on the Legal Protection of Designs [1998] OJ L 289.

<sup>75</sup> Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark [2017] OJ L 154/1.



gesi<sup>76</sup> m.5.5'te benzer düzenlemeler içermektedir<sup>77</sup>. Bu düzenlemelerde, Yönerge ve Tüzük hükümlerinin üye devletlerin fikri mülkiyet ve haksız rekabete ilişkin düzenlemelerine halel getirmeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Türk hukukunda da Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun<sup>78</sup> m.1/2, c.2'de Kanun kapsamında sağlanan korumanın diğer kanunlarla getirilen korumalardan yararlanılmasına engel teşkil etmeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Yine KHK<sup>79</sup> m.1'e paralel şekilde SMK m.58/3'te de Kanun kapsamında sağlanan korumanın FSEK kapsamında sağlanacak korumaya halel getirmeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Öte yandan SMK m.5 açıkça ifade edilmemiş ise de hükmün lafzından ayırt edici işaretin hem marka hem tasarım olarak korunabileceğinin düzenlendiği anlaşılmaktadır. Nitekim markanın tanımını yapan SMK m.5 hüküm uyarınca, ayırt edici olmak ve sicilde gösterilebilir olmak şartıyla hükümde sayılan diğer işaretlerin yanı sıra malların veya ambalajlarının biçiminin de marka olarak tescil edilebileceği düzenlenmiştir.

## C. YARGI KARARLARI

Doktrine paralel şekilde konuya ilişkin yargı kararlarında da fikir birliği bulunmamaktadır<sup>80</sup>. Ancak genel bir çerçeve çizmek gerekirse haksız rekabetin

uygulanmasını sınırlandıran görüşün, destekleyen görüşe kıyasen daha az tercih edildiği ve son dönem kararlarında çoğunlukla eşit ve bağımsız uygulamayı destekleyen görüşün benimsendiği söylenebilir<sup>81</sup>.

Yargıtay 2017 tarihli bir kararında, çizdiği resimlere tasarım belgesi alan bir davacının hem telif hem tasarım hakkına dayalı açtığı davayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, davalının söz konusu resimleri internette satması ihlal teşkil etmemektedir<sup>82</sup>.

Faydalı model ve tasarımı konu alan bir diğer kararında ise, “*davalı ürününün davacıya ait faydalı model kapsamında kaldığı, söz konusu ürünün davalı adına tescilli tasarım ile koruma altına alınmasının faydalı model ve tasarımın farklı fonksiyonları bulunan sınai haklar olması nedeniyle tasarımın faydalı modele karşı ileri sürülemeyeceği*”nden bahisle sınırlayıcı görüşü destekleyen bir yaklaşım tercih etmiştir<sup>83</sup>.

<sup>76</sup> Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks [2015] OJ L 336/1.

<sup>77</sup> 01 Ocak 1995 tarihli Alman Marka Kanunu'yla marka hukuku ile haksız rekabet hukuku arasındaki ilişkinin belirlenmesinde önemli bir aşamaya gelinmiştir. Nitekim Kanun'un 2. maddesinde “*Kanunun kapsamında sağlanan marka korumasının diğer kanunların öngördüğü korumayı engellemeyeceği*” düzenlemesine yer verilerek kümülatif uygulama kanuni bir zemine kavuşturulmuştur.

<sup>78</sup> 30.04.2004 tarih ve 25448 sayılı Resmi Gazete.

<sup>79</sup> 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname.

<sup>80</sup> Aşağıda belirtilen dışında Yargıtay'ın kümülatif korumayı kabul etmediği kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, 01.05.2007, 2005/14787 E., 2007/6668 K.; 01.05.2007, 2005/14830 E., 2007/6669 K.; 14.02.2005, 2004/1836 E., 2005/1155 K.; 02.12.2004, 2004/11519 E., 2004/11835 K.; 10.04.2008, 2007/3296 E., 2008/4799 K.; 27.06.2003, 2003/754 E., 2003/6996 K.; 14.02.2005, 2004/1836 E., 2005/1155 K.; 23.03.2010, 2008/7627 E., 2010/3199 K.; 24.01.2011, 2009/7677 E., 2011/511 K.; 03.04.2012, 2010/5647 E., 2012/5223 K. [Yavuz, Alica ve Merdivan (n 15) 1192 dn. 69].

<sup>81</sup> Alman ve İsviçre hukukunda da benzer yaklaşım kabul edilmiştir. Alman Federal Mahkemesi'nin konuya ilişkin önem arz eden *Mac Dog* kararında, Marka Kanunu, Haksız Rekabet Kanunu'na göre özel kanun kabul edilerek, genel ilke olarak haksız rekabete başvurulması reddedilmiş, marka koruması sağlanamayan hallerle sınırlı olarak haksız rekabet hükümlerinin ancak tamamlayıcı olarak uygulanabileceği kabul edilmiştir (BGH, 30.04.1998 [1999] GRUR 161). Coğrafi işaretler için *Warsteiner II* (BGH, 02.07.1998 [1999] GRUR 252) ve işletme adları için *Shell de* (BGH, 22.11.2001 [2002] GRUR 622) kararlarında da benzer yaklaşımın izlerini görmek mümkündür. Buna karşılık yakın tarihli kararlarında bu yaklaşımdan vazgeçerek kümülatif korumayı kabul etmiştir. Örneğin bkz. BGH, 15.09.2005 [2006] GRUR 79 (Mahkeme, tescilsiz tasarımların üç yıllık koruma süresinden sonra da haksız rekabete göre korunabileceği yönünde hüküm tesis etmiştir.) Paralel şekilde İsviçre Federal Mahkemesi de eski tarihli kararlarında kümülatif korumayı kabul etmezken, görüş değişikliğine gitmiştir. [Konuya ilişkin bir kararında Mahkeme açıkça fikri mülkiyete ilişkin özel kanunlar çerçevesinde caiz olan bir hususun, haksız rekabet hukuku üzerinden hukuka aykırı olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını kabul etmiştir (BGE 116 II 471, E.3. Aynı yönde bkz. *Helvetica* kararı (BGE 54 II 56, 63; BGE 38 II 699); BGE 37 II 164, 172). Buna karşılık *Le Corbusier* kararında, dizaynları tescilli olmadığı için özel kanunlara göre korunamayan mobilyaların haksız rekabet hükümlerine göre korunmasını kabul etmiştir [BGE 113 II 190, 202]. Aynı yönde bkz. *Brico* kararı (BGE 127 III 33, 38), *Puls* kararı (BGE 129 III 353)].

<sup>82</sup> Yargıtay 11. HD, 01.11.2017, 2016/4056 E., 2017/5977 K. Karar düzeltme istemi de reddedilmiştir. (Yargıtay 11. HD, 10.09.2019, 2018/580 E., 2019/5184 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>83</sup> Yargıtay 11. HD, 21.10.2019, 2018/5058 E., 2019/6518 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

Mahkeme, güncel bir kararında da marka hakkı özelinde, bir markanın hem SMK hem de haksız rekabet hükümlerine göre korunamayacağını, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>84</sup> (eTTK) döneminde kabul edilen bu imkânın TTK'nın haksız rekabet hükümleri karşısında artık kabul edilemeyeceğini içtihat etmiştir<sup>85</sup>.

Kümülatif korumayı reddeden bu kararların aksine Yargıtay uygulamasında hakim görüş, kümülatif korumanın kabul edilmesi gerektiği yönündedir<sup>86</sup>. Öte yandan dar veya geniş anlamda korumanın benimsendiğinin net bir şekilde ortaya konulduğunu söylemek güçtür.

Yüksek Mahkeme 1992 tarihli bir kararında, markanın bir ticari işletmenin ürettiği ürünlerin, diğerlerinden ayırt edilmesine yarayan çok önemli bir unsur olduğunu, bu sebeple tescilli bir markanın özel hükümler çerçevesinde korunduğu gibi haksız rekabet hükümleri çerçevesinde de koruma altına alınmış bulunduğunu belirtmiştir<sup>87</sup>.

Telif hukuku ile haksız rekabet hükümlerinin kümülatif olarak uygulanabilirliğinin tartışıldığı bir diğer kararında Mahkeme, Tizio marka akrobatik lambanın FSEK anlamında sanat eseri ve tipik bir sınai model olduğuna, ürünler arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğuna, haksız rekabetin TTK m.58 ve FSEK m.66'ya göre menine karar vermiştir<sup>88</sup>.

Markanın toplum nezdinde sahip olduğu olumlu imajın zarar görmesinin manevi tazminata vücut vereceğine ilişkin bir diğer kararında ise, manevi zararın “Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK'nın 62/1-6 ye TTK'nın 58/1-e maddeleri uyarınca, bir tür haksız eylem niteliği taşıyan davalının markaya tecavüzü sonucu” gerçekleştiğini ifade ederek kümülatif

korumayı benimsemiştir<sup>89</sup>. Bir diğer kararında da paralel şekilde, *marka hakkına tecavüzün söz konusu olduğu hallerde marka hakkı sahibinin hem özel hem de genel hükümlere göre talepte bulunulabileceğini ifade etmiştir*<sup>90</sup>. Benzer yönde bir diğer kararında, tescilli marka ile itibasa yol açabilecek bir sözcüğü “*hem markaları koruyan mevzuata aykırılık hem de haksız rekabet oluşturduğu*”nu içtihat etmiştir<sup>91</sup>.

Tasarım tescilinin iptal edildiği somut bir uyuşmazlıkta ise “*yargılama sırasında davacının endüstriyel tasarım tescilinin iptal edildiğinin anlaşılması karşısında, haksız rekabet ve ilgili hükümler yönünden mahkemeye inceleme yapılmasında bir isabetsizlik yoktur*” şeklinde hüküm tesis etmiştir<sup>92</sup>. Bir diğer kararında, FSEK ve tasarım mevzuatının özel, haksız rekabet hükümlerinin ise genel nitelikte olduğunu ifade ettikten sonra bunların kümülatif olarak uygulanabileceğine hükmetmiştir<sup>93</sup>.

Dava tarihine kadar geçerli olan ulusal patent başvurusunun daha sonradan geri çekilmesi nedeniyle patentin konusuz kaldığı bir uyuşmazlıkta Mahkeme, patentten doğan hakların ulusal ve uluslararası mevzuatça öngörülen prosedür dışında ayrıca TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleriyle korunması olanağının bulunmadığı sonucuna vararak davayı reddeden yerel mahkeme kararını yasaya aykırı bularak bozmuştur<sup>94</sup>.

Başka bir kararda davacının haksız rekabete ilişkin TTK hükümlerinin yanı sıra marka hakkına ilişkin hükümlere dayalı maddi vakıalara da dayanmış olması sebebiyle özel mevzuat hükümlerinin de tartışılması gerektiği gerekçesiyle kümülatif koruma aleyhine olan yerel mahkeme kararını bozmuştur<sup>95</sup>.

<sup>84</sup> 09.07.1956 tarih ve 9353 sayılı Resmi Gazete.

<sup>85</sup> Yargıtay 11. HD, 14.03.2022, 2019/5189 E., 2019/1852 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>86</sup> Aşağıda belirtilen dışında Yargıtay'ın kümülatif korumayı kabul etmediği kararlara örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, 01.12.2020, 2020/800 E., 2020/5564 K.; 11.02.2016, 2015/3115 E., 2016/1333 K.; 14.03.2013, 2013/1315 E., 2013/4981 K.; 04.05.2009, 2009/3922 E., 2009/5180 K.; 14.12.2005, 2004/14760 E., 2005/12302 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>87</sup> Yargıtay 11. HD, 17.12.1992, 1992/5213 E., 1992/11461 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>88</sup> Yargıtay 11. HD, 26.20.1993, 1992/5613 E., 1993/6833 K. [BATİDER [1993] 17(2) 117-118].

<sup>89</sup> Yargıtay 11. HD, 06.02.2000, 2000/9741 E., 2000/888 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>90</sup> Yargıtay 11. HD, 20.09.2004, 2003/14157 E., 2004/8512 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>91</sup> Yargıtay 11. HD, 28.02.2000, 2000/553 E., 2000/1512 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>92</sup> Yargıtay 11. HD, 30.05.2002, 2002/2440 E., 2002/5406 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>93</sup> Yargıtay 11. HD, 14.12.2005, 2004/14670 E., 2005/12302 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>94</sup> Yargıtay 11. HD, 22.11.2007, 2006/6791 E., 2007/14646 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>95</sup> Yargıtay 11. HD, 24.01.2011, 2009/7810 E., 2011/560 K. [Engin Erdil, *Haksız Rekabet Hukuku*, (3. Baskı, Seçkin 2012) 420].

Aynı yönde bir diğer kararında da davalının iltibas eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği gibi, davalıya ait iltibas teşkil eden kullanımın aynı zamanda dürüstlük kuralına aykırı olduğundan haksız rekabet şartlarının da oluştuğu ifade edilerek normların kümülatif uygulanması yaklaşımı benimsenmiştir<sup>96</sup>.

Konuya ilişkin önem arz eden 2016 tarihli bir kararında<sup>97</sup> ise, herhangi bir fikri mülkiyet hakkı ihlalinin çoğu zaman haksız rekabetin unsurlarını da bünyesinde barındırdığının altı çizildikten sonra bu sebeple davacının marka ve tasarım belgelerinin hükümsüz kılınmasıyla beraber haksız rekabetin tespitini, tecavüzün durdurulmasını ve önlenmesini isteyebileceğinin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme FSEK ve haksız rekabet hükümlerinin kümülatif uygulanabilirliğine ilişkin bir değerlendirme de yaparak FSEK kapsamında eser olarak korunan bir ürünün aynı zamanda TTK kapsamında haksız rekabet de teşkil edebileceğini ifade ederek aksi yönde karar veren yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 2019 tarihli bir başka kararında, markadaki logonun eser vasfında olduğundan hareketle sonraki marka başvurusunun sadece aynı veya benzer mal ve hizmetlerde değil, tüm mal ve hizmetler için reddedileceğine hükmetmiştir<sup>98</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel kurulu 2022 tarihli bir kararında, taraf işaretlerinin marka hukuku bağlamında karıştırma ihtimaline sebebiyet verdiği ifade edildikten sonra bunun aynı zamanda haksız rekabet de teşkil ettiği belirtilerek kümülatif koruma ilkesi benimsenmiştir<sup>99</sup>.

Davalının tescilli markalarını hükümsüzlük kararı kesinleşinceye kadar kullanmasının yasal bir hak olup olmadığı ve haksız rekabet teşkil edip etmeyeceği hususunun uyuşmazlık konusu yapıldığı olduk-

ça yeni tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararında ise Mahkeme, kötü niyetli tescil bakımından ayrık bir değerlendirme yaparak sicilden terkin edileceye kadar tescilli markanın tescile uygun kullanımının haksız bir kullanım teşkil etmeyeceğini, bu sebeple ne marka hakkına tecavüz ne de haksız rekabetin söz konusu olacağını, ancak kötü niyetli tescil halinde bunun söz konusu olmayacağını, bu durumda tescilli markanın kullanımının her hâlükârda marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturacağını belirtmiştir<sup>100</sup>. Mahkeme nihayetinde, kötü niyetli tescil sebebiyle hükümsüzlük kararı verilmesi durumunda, “*tescilli markanın tescil edildiği şekilde kullanımı hâlinde dahi davalı kullanımının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturması*”ndan bahisle direnme kararını onamıştır.

#### IV. DEĞERLENDİRME

Fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet hukuku hem birbiriyle örtüşen hem de farklı unsurlar barındıran iki alandır. Fikri mülkiyet hukukunun konusu, fikri bir çaba sonucu ortaya çıkan ürün iken, haksız rekabet hukukunun konusu rekabet hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket edilmesidir. Yine fikri mülkiyet hukukunun amacı ürün sahibine koruma sağlamak iken, haksız rekabet hukuku emeğin korunarak dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasını hedefler. Bağımsız görüş yanlılarının ileri sürdüğü gerekçeler karşısında sınırlandırıcı görüşü destekleyenlerin ileri sürdüğü *numerus clausus* ilkesi, özel hükmün genel hükmü dışlaması ilkesi, taklit serbestisi ve hak sahibinin yetkilerine müdahale edildiği gerekçeleri de geçerliliğini kaybetmektedir.

Yargıtay konuya ilişkin eski tarihli kararlarında kümülatif korumayı reddetmekte ise de daha yeni tarihli kararlarında çoğunlukla fikri mülkiyet ile haksız rekabet hükümlerinin birlikte uygulanabilirliğini kabul etmektedir. Öte yandan dar veya geniş anlamda korumanın benimsendiğinin net bir şekilde ortaya konulduğunu söylemek güçtür. Yine çoğu kararında fikri mülkiyet hükümlerinin özel, haksız rekabet hükümlerinin ise genel nitelikte olduğunu kabul ettiği görülmektedir. Dolayısıyla kümülatif

<sup>96</sup> Yargıtay 11. HD, 17.12.2015, 2015/3685 E., 2015/13586 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>97</sup> Yargıtay 11. HD, 11.02.2016, 2015/3155 E., 2016/1333 K. [İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sanat Eserleri Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2021) 95- 97].

<sup>98</sup> Yargıtay 11. HD, 07.10.2019, 2018/5459 E., 2019/6200 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>99</sup> Yargıtay HGK, 18.01.2022, 2019/11-372 E., 2022/10 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

<sup>100</sup> Yargıtay HGK, 01.02.2023, 2023/83 E., 2023/7 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

koruma yanlılarının da aralarında fikir birliğine varamadıkları özel hüküm-genel hüküm bağlamında bir değerlendirmenin yapılmasının gerekli olup olmadığı hususu Yargıtay kararlarında da netliğe kavuşturulmamıştır.

Her ne kadar fikri mülkiyet mevzuatı detaylı düzenlemeler içermekte ve tescilli markalar açısından haksız rekabet mevzuatı hükümlerine başvurulması çoğu zaman gereksiz hale gelmekte ise de bu durum fikri mülkiyet mevzuatının her konuda daha üstün ve kapsamlı koruma sağladığı anlamına gelmez. Gerçekten de SMK'da düzenlenen haksız rekabet halleri daha çok karıştırılma ihtimaline dayalı korumayı ihtiva eder. Buna karşılık TTK'nın haksız rekabet hükümleri oldukça kapsamlıdır. Nitekim kötüleme, gerçeğe aykırı açıklamada bulunulması gibi ihlal halleri SMK'da düzenlenmemiş iken TTK m.55/1-a,1-2'de ayrı bir haksız rekabet hali olarak düzenlenmiştir. Yine SMK kapsamında bir ürünün aynen üretilmesi veya taklit edilmesi bir tecavüz hali olarak kabul edilirken, TTK m.55/1-a,4 gereği sadece taklit değil, karıştırma ihtimaline sebebiyet verilmesi de haksız rekabet teşkil eder<sup>101</sup>. Bir başka örnek, tescilli bir markanın benzerinin farklı mal/hizmetlerde kullanılmasıdır. Eğer marka SMK m.6/5 anlamında tanınırlık düzeyine ulaşmamışsa (ve/veya hükümdede yazan diğer şartlar mevcut değilse), SMK'ya göre marka hakkına tecavüz söz konusu olmaz. İşte böyle bir durumda marka sahibi, şartları gerçekleşmişse TTK m.54 vd. hükümlerine başvurabilmelidir.

Yine hükümsüzlüğüne karar verilmiş haklara konu ürünler açısından haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasının engellenmesi, bu ürünleri hiç tescil başvurusu yapılmamış ürünlere nazaran hukuken daha dezavantajlı pozisyona getirecektir. Nitekim fikri mülkiyet korumasına dayalı olarak açılan

bir davada koruma konusunun şartları taşımadığı gerekçesiyle özel kanun kapsamında kalmadığı sonucuna varılırsa dava genel nitelikteki haksız rekabet koruması ile de desteklenemeyeceğinden tecavüz eylemi kanıtlanamamış olacaktır. Bu durum ise haksız rekabetin hükümlerinin amacı ile bağdaşmadığı gibi hak sahibinin menfaatlerinin en üst düzeyde korunmasına da engel teşkil edecektir.

Bir diğer husus, fikri mülkiyet hükümlerinin haksız rekabet hükümlerine göre öncelikle uygulanmasının kabulü halinde tüketiciler ve mesleki örgütlerin fikri haklarda ortaya çıkan haksız rekabete karşı korunma imkânından mahrum kalacak olmasıdır. Bu çerçevede tescilli bir fikri hakkın olduğu, tescilin hükümsüz kılındığı veya koruma süresinin dolduğu bir durumda haksız rekabet hükümlerine başvurulmasının baştan reddedilmesi somut olay bazında hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir.

Kanaatimizce fikri mülkiyet hükümleri ile haksız rekabet hükümlerinin amaç, konu, korudukları menfaatler ve yöntem bakımından farklı olmaları bu hükümler arasında özel hüküm - genel hüküm ilişkisinin kurulmasına da engel teşkil eder. Söz konusu farklılıklar sebebiyle her bir koruma diğerinden bağımsız olarak uygulanabilir. Burada dikkat edilmesi gereken ilgili koruma alanı için gereken şartların sağlanıp sağlanmadığıdır. Bu çerçevede haksız rekabet hükümleri, fikri mülkiyetin yardımcıları, onu tamamlayan bir konumda değildir. Nitekim kümülatif korumanın kabulü de böyle bir yorumu gerekli kılar. Ancak şunu da önemle belirtmek gerekir ki kümülatif korumanın kabulünün genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin tamamen reddedildiği şeklinde yorumlanması hatalı bir yaklaşım olacaktır. Bu çerçevede fikri mülkiyet haklarının haksız rekabet mevzuatı çerçevesinde korunmasının kapsam ve sınırlarının ihtiyatlı bir şekilde çizilmesi, bu sınırlar çizilirken her iki hukuk alanının amaçlarını anlamsız hale getirecek uygulamalardan kaçınılması, koruma süresi sona eren fikri ürünler bakımından haksız rekabet hükümlerinin uygulanmasının da bu sınırlar çerçevesinde dikkatli bir şekilde ve somut olayın gerektirdiği istisnai durumlarda mümkün olması gerektiği düşünülmektedir.

Tüm bu bilgiler ışığında kanaatimiz, fikri mülkiyet hukuku ile haksız rekabet mevzuatının kümülatif

<sup>101</sup> TTK m.55/1-a,4'te, eTTK m.57/5'ten farklı olarak farklı olarak madde metninde "tanıtma vasıtaları" ibaresine yer verilmemiş ise de hükümdede geçen "mallar, iş ürünleri, faaliyet ve işler" kapsamında değerlendirilmesi yönünde tereddüt bulunmamaktadır. bkz. Bozgeyik ve Er (n 1) 30. TTK madde gerekçesinden hareketle hükümlerin içerik ve anlam olarak aynı olduğu ve fakat özel kanunlardaki detaylı düzenlemeler sebebiyle TTK'da bu koruma türlerine yer verilmesinin gereksiz olduğu yönünde bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T: 22.04.202, E: 2021/89, K: 2021/3954 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Karara yönelik değerlendirmeler için ayrıca bkz. Pekdinçer ve Toprakkaya (n 8) 289-293.

olarak uygulanabilmesi yönünde olup, bu koruma dar anlamda, yani fikri mülkiyet mevzuatına göre korunan özel bir hakkın olduğu durumlarla sınırlı olarak değil, tescilin hükümsüzlüğüne karar verilmiş veya koruma süresinin dolduğu durumlarda da yani geniş olarak uygulanması gerektiği yönündedir.

Elbette fikri mülkiyet hukukuna ilişkin konularda haksız rekabet hükümleri uygulanırken fikri mülkiyet düzenlemelerinin öngördüğü sınırlamaların dikkate alınması, her iki grup hükmün kesişme noktalarının dikkate alınması ve birbiriyle çelişecek veya hukuk düzeninin birliğini bozacak yorumlardan kaçınılması gerekir. Bu noktada ilgili düzenlemelerin amaçları, uygulamanın sınırını belirlemek açısından yön gösterici olabilir. O halde sürenin dolması durumunda haksız rekabetin uygulanabilirliği noktasında tereddüt etmemekle beraber, süresi sona eren fikri ürünün iyi niyete aykırı olarak alıcıları aldatacak nitelikteki kullanımlarında haksız rekabet korumasının süresiz devam edeceği, ancak süresi dolan fikri ürünün tasarım, patent veya eser olması durumunda azami süre sınırıyla amaçlanan toplumsal menfaatlerin bulunduğu da gözetilerek daha ihtiyatlı davranılması gerektiği düşünülmektedir.

## V. SONUÇ

Uygulamada bir maddi olgunun birden çok hukuki düzenlemenin konusuna girdiği durumlarla karşılaşılması mümkündür. Bu halde ilgili düzenlemelerin hepsinin aynı anda, eşit ve bağımsız olarak mı yoksa bazılarının diğerlerine nazaran öncelikli olarak mı uygulanması gerektiği sorusu gündeme gelir. Fikri mülkiyet kapsamında korunan bir hakkın, diğer bir fikri hakka ilişkin koruma hükümleri veya haksız rekabet hükümleriyle kümülatif olarak uygulanabilirliği bu tartışmanın özünü oluşturmaktadır. Özellikle özel mevzuatlarda düzenlenen ve özel koruma getirilen haklar için mevzuatın, tescil ve koruma süresi gibi birtakım şartlar öngörmüş olması, buna karşılık TTK'nın haksız rekabet hükümlerinde herhangi bir tescil ve süre şartının aranmaması konunun önemini vurgular niteliktedir.

Fikri mülkiyet ile haksız rekabet hükümleri amaç, konu ve yöntem açısından birbirinden farklıdır. Bu temel farklılık, hükümlerin birlikte uygulanabilmesinin de en temel gerekçesini oluşturmaktadır.

Kanaatimiz, tescilsiz, tescili hükümsüz olan veya koruma süresi dolan bir fikri ürünün, haksız rekabet hükümlerine göre korunmasının en baştan engellenmemesi ve amaçsal bir yorum çerçevesinde somut olay analiz edilerek haksız rekabetin şartlarının sağlandığı durumlarda, diğer koruma alanını işlevsiz hale getirmemek, ilgili alanların kesiştikleri noktalarda çelişkili bir tablo ortaya çıkarmamak kaydıyla haksız rekabet hükümlerine başvurulabilmesinin mümkün olması gerektiği yönündedir. Ancak bu yönde bir yaklaşımın kabulü halinde hak sahibine daha geniş kapsamda ve alternatifli bir koruma sağlanması ve hak sahibinin fikri mülkiyet hukukuna dayanan menfaatlerinin en üst seviyede korunması mümkün olacaktır.

Bu çerçevede sonuç olarak, kümülatif koruma ilkesinin uygulanması ve bunun geniş yorumlama şeklinde olması gerektiği düşünülmektedir. Yargıtay'ın da çoğu kararında kümülatif korumayı kabul etmekle beraber, kümülatif korumayı dar olarak yorumlamayı tercih ettiği, ancak son dönem içtihatlarında değişikliğe giderek kümülatif koruma ilkesinin geniş yorumlanmasını tercih ettiği görülmektedir.

## KAYNAKÇA

- Acun H, *Eser Sözleşmesinde Ayıptan Doğan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması* (Seçkin Yayıncılık 2018).
- Arkan S, *Marka Hukuku Cilt: II* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1998).
- Asan H ve Bal GE, *Sınai Mülkiyet hakları Uygulamaları 4, Tasarım* (Lykeion, 2021).
- Aslan Y, 'Endüstriyel Tasarım Haklarının Kullanılması Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku İlişkileri: Bir Mahkeme Kararı Üzerine Düşünceler' (2001) 1(1) *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 19-42.
- Bayrak Ö, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları Açıklamalı İçtihatlı* (Seçkin 2021).
- Berzek AN, *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri* (Beta 2020).
- Bilge ME, *Ticari Sırların Korunması* (Asil Yayın 2005).
- Bozgeyik H ve Er S, 'Tasarımlar için Kümülatif Koruma', (2019) 5(1) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 19-38.
- Cengiz D, *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (Beta Basım 1995).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Dönmez İ, *Markalar ve Haksız Rekabet Davaları* (Seçkin Yayıncılık 1987).
- Dursun H, *Marka Hukuku Avrupa Topluluğu Marka Hukuku Türk Marka Hukuku Türk Marka Hukukunun Avrupa Birliği Müktesebatına Uyumunun Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler* (Seçkin Yayıncılık 2008).
- Erdil E, *Haksız Rekabet Hukuku* (Vedat 2022).
- Erdil E, *Haksız Rekabet Hukuku* (3. Baskı, Seçkin 2012).
- Eroğlu S, *Rekabet Hukukunda Bilgisayar Programlarının Korunması* (Beta 2000).
- Demirçivi Mineliler Z, 'Ticaret Unvanı ve Haksız Rekabete İlişkin Bir Yargıtay Kararının TTK ve TTK Tasarısı Hükümleri Çerçevesinde MarKHK Hükümleri de Dikkate Alınarak İncelenmesi', *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, I. Cilt* (Vedat 2007) 13-27.
- Gökyayla, KE, *Telif Hakkı ve Telif Hakkının Devri Sözleşmesi* (Yetkin Yayınları 2001).
- Gürler C, 'Takı Tasarımlarında Hukuki Korunma', (2002) 4(2) *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 51-62.
- Güneş İ, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları* (6. Baskı, Seçkin 2020).
- Güneş İ, *Uygulamada Fikri ve Sanat Eserleri Hukuku* (Güncellenmiş 3. Baskı, Seçkin 2021).
- Güven Ş, *Haksız Rekabet Hukukunun Amacı ve Koruduğu Menfaatler* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2012).
- Işık Yaşlı Ş, *Fikri Haklar ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma* (Yetkin 2022).
- Karabağ Ç, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları* (Seçkin 2019).
- Karacabey ÖF, 'Hakların Yarışması' (1980) 6 *Ankara Barosu Dergisi* 666-685.
- Karaman Odabaşı F, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması* (Adalet Yayınevi 2015).
- Karayalçın Y, *Ticaret Hukuku I Giriş Ticari İşletme* (1968).
- Kaya A, *Marka Hukuku* (Arıkan 2006).
- Kayar İ, *Ticari İşletme Hukuku* (Seçkin 2018).
- Nomer Ertan NE, *Haksız Rekabet Hukuku* (On İki Levha 2016).
- Nomer Ertan NE, 'Tasarımların Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması', *Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan* (On İki Levha 2020) 297-320.
- Noyan E, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi 2019).
- Odman Boztosun A, 'Haksız Rekabet Hukukunda Emeğin Korunması İlkesinin Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi' (2006) XXI. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* 197-247.
- Oruç M, *Haksız Rekabette Manevi Tazminat Davası* (On İki Levha 2009).
- Özden Merhacı S, *Avrupa Birliği Düzenlemeleri ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Tasarımların Hükümsüzlüğü* (Seçkin 2023).
- Öztan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku* (Turhan Kitabevi 2008).
- Pekdiñer RT, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kurallarına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri* (Adalet Yayınevi 2020).
- Pekdiñer RT ve Toprakkaya İ, 'Sınai Mülkiyet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku Arasında Kümülatif Koruma İlişkisi: Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 14.03.2022 Tarihli Kararı Özelinde Bir Değerlendirme' içinde Memiş T, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2022* (Yetkin 2023) 275- 345.
- Poroy R ve Yasaman H, *Ticari İşletme Hukuku* (19. Baskı, Seçkin 2022).
- Saraç T, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin 2023).

- Suluk C, *Fikri Mülkiyet Yazıları I- Mütalaalarım (2001-2020)* (Seçkin 2021).
- Suluk C, 'Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması (Çoklu Koruma)', (2001) 2(1) Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 44-72.
- Suluk C, *Tasarım Hukuku* (Seçkin 2003).
- Suluk C ve Orhan HA, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, 3. Cilt, Tasarımlar* (Seçkin 2008).
- Suluk C, Karasu R ve Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin 2023).
- Şehirli Çelik FH, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 2014).
- Tamer A, *Yanlış ve Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet* (Adalet Yayınevi 2011).
- Tekil F, *Ticari İşletme Hukuku* (Fakülteler Matbaası 1981).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012).
- Teoman Ö, Ülgen H, Helvacı M, Kendigelen A, Kaya A ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (Vedat 2006).
- Topaloğlu M, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması* (Türkiye Bilişim Vakfı 1997).
- Tosun Ç, *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması* (Seçkin 2021).
- Uzunallı S., *Marka Korumasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınevi 2012).
- Ülgen H, Helvacı M, Arslan K ve Nomer Ertan F, *Ticari İşletme Hukuku* (8. Bası, Vedat Kitapçılık 2022).
- Yasaman H, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, 3. Cilt* (On İki Levha 2021).
- Yavuz L, Alıca T ve Merdivan F, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu C.I* (Seçkin 2013).

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*



# AVRUPA BİRLİĞİ ADALET DİVANİ KARARLARI IŞIĞINDA TESCİLLİ MARKALARA İLİŞKİN OLARAK ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN VE AYIRT EDİCİ NİTELİKTE OLMAYAN KULLANIMLARIN MARKA HAKKININ KAPSAMI VE İSTİSNALARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

## EXAMINATION OF THE NON-DISTINCTIVE USES OF REGISTERED TRADEMARKS BY THIRD PARTIES WITHIN THE SCOPE OF TRADEMARK RIGHT AND ITS EXCEPTIONS IN THE LIGHT OF THE COURT OF JUSTICE OF EUROPEAN UNION

Dr. Başak KARMUTOĞLU<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) tecavüzün tespitine yönelik kararlarında marka sahibine tanınan korumanın genişletildiği ve markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonuna değil, aynı zamanda reklam, iletişim gibi diğer fonksiyonlarına da zarar verilmesi halinde üçüncü kişi kullanımlarının marka sahibi tarafından engellenebileceği görülmektedir. Bu durumda, ayırt edici nitelikte olmayan birtakım kullanımlar da marka hakkına tecavüz fiili oluşturabilmektedir. Bununla beraber, AB'de yapılan mevzuat değişikliklerinde ABAD tarafından benimsenen bu yaklaşımın dikkate alınmadığı ve marka sahibinin haklarının üçüncü kişilerin ve genel olarak toplumun menfaatleri de gözetilerek kısıtlanmak istendiği öne sürülmektedir. Ancak üçüncü kişi kullanımlarının tecavüz niteliği taşıması için bunların ticari ve sınai konulardaki dürüst uygulamalara uygun olması gerekir.

Dürüst uygulamaların tespiti açısından ise ABAD kararlarına bakıldığında yalnızca markasal kullanım ölçütünden faydalanılmadığı, burada marka hakkı sahibinin menfaatlerinin yanı sıra üçüncü kişilerin ve kamu menfaatinin de dikkate alınarak geniş bir bakış açısıyla hareket edildiği ve konuya ilişkin birtakım somut verilerin de göz önünde bulundurulduğu görülmektedir. Bu sebeplerle çalışmada, ABAD kararları esas alınarak, tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından ayırt edici nitelikte olmayan kullanımları marka hakkının kapsamı ve istisnaları çerçevesinde incelenmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Marka Hakkına Tecavüz, Dürüst Kullanım, Markanın Kullanımı, Fonksiyon Teorisi, Marka Hakkının Kapsamı.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 13.12.2023 / Kabul Tarihi: 12.06.2024).

Bu makalenin konusu, 30.11.2023-01.12.2023 tarihlerinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen "V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

<sup>(\*\*)</sup> Tarsus Üniversitesi, Meslek Yüksek Okulu, Adalet Programı, Öğretim Görevlisi, Mersin - Türkiye, (E-posta: basakkarmutoglu@tarsus.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3080-0781).

*Atıf/Citation:* Karmutoğlu, Başak (2024), "Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Işığında Tescilli Markalara İlişkin Olarak Üçüncü Kişiler Tarafından Gerçekleştirilen ve Ayırt Edici Nitelikte Olmayan Kullanımların Marka Hakkının Kapsamı ve İstisnaları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", TFM, C: 10, S: 1, s. 119-138.

### Abstract

In the decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) regarding the trademark infringement, it's seen that the scope of protection granted to trademark owners has been expanded by providing the right to the owner to prevent the third parties' uses if the use harms not only the origin function, but also the other functions of the trademark such as advertising and communication. Thus, the uses which do not have the purpose of indicating origin may also constitute trademark infringement. However it is claimed that the approach adopted by CJEU is not taken into account in the reforms made in related EU regulations and the rights of the trademark owner are intended to be restricted by taking the interests of third parties and the public into account. However third parties'

uses must comply with honest practices in commercial and industrial matters to avoid infringement of the trademark. For the determination of honest practices, according to CJEU decisions, it can be understood that not only the criteria of "use as a mark" is taken into consideration, the court interprets "honesty" from a broader perspective by taking the interests of trademark owners, third parties and the public into account as well as some empirical elements regarding the issue. In this respect, this study examines the non-distinctive uses of a registered trademark by third parties within the scope of trademark owners' rights and its exceptions based on CJEU decisions.

### Keywords

Trademark İnfringement, Fair Use, Trademark Use, Function Theory, Scope of Trademark Right.

## I. GİRİŞ

Marka hakkı; fikri mülkiyet hakları içerisinde "sınai haklar" grubunda yer almaktadır. Mutlak haklardan sayılan marka hakkı sahibine inhisarı yetkiler verir ve dolayısıyla bu haktan münhasıran faydalanma yetkisi de yine marka hakkı sahibindedir. Marka hakkı sahibi buna dayanarak marka üzerinde lisans, devir vb. gibi birtakım hukuki işlemler gerçekleştirebilir ve en önemlisi üçüncü kişilerin kendi markasını izinsiz ve haksız olarak kullanmalarına engel olabilir. Ancak, marka hakkı sahibinin marka üzerindeki hakkı sınırsız değildir. Bu hak, kamunun ve üçüncü kişilerin menfaatleri de gözetilerek birtakım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Gerçekten de üçüncü kişilere başkasına ait markayı kullanabilmeleri açısından sınırları belirli bir alan bırakmak menfaatler dengesine uygun bir yaklaşım sergileyeceği gibi marka hakkı ile sağlanmak istenen korumanın amacına da uygun düşecektir.

Marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olarak tanımlanmaktadır. Marka ile korunmak istenen mal veya hizmetin kendisi değil, o mal veya hizmet ile ticari kökeni arasındaki bağlantıdır. Dolayısıyla, marka hakkı sahibinin menfaatleri de bu doğrultuda korunmalıdır. Uygulamaya bakıldığı takdirde, başkasına ait markanın üçüncü kişiler tarafından kullanımlarının birçoğunun ayırt edici nitelikte olmayan amaçlarla gerçekleştiği görülmektedir. Ancak bu kullanımların

doğrudan hukuka uygun oldukları da kabul edilmekte, bunların hukuka uygun sayılabilmeleri için birtakım koşulların varlığı aranmaktadır.

Marka sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından bir markanın aynısının yine aynı mal veya hizmetler açısından kullanımının marka sahibi tarafından engellenebileceği hem 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) hem de mehz AB düzenlemelerinde yer almaktadır. İlgili düzenlemeler ile markanın özellikle köken gösterme fonksiyonu korunmak istenmiş, fakat ABAD kararlarıyla hüküm uygulama alanı markanın diğer fonksiyonlarını da koruma altına alacak şekilde genişletilmiştir. Fonksiyon teorisi olarak adlandırılan bu yaklaşım doktrinde, üçüncü kişiler karşısında marka sahibinin menfaatlerine, marka korumasının amacını aşacak şekilde, üstünlük tanınmasına yol açabileceği gerekçesiyle oldukça fazla eleştirilmiştir. AB'de yapılan mevzuat değişikliklerinde ise fonksiyon teorisinin yasal düzenlemelere alınmadığı ve tescilli bir markanın ayırt edici nitelikte olmayan kullanımlarında üçüncü kişilerin menfaatlerine eskiye nazaran daha fazla önem verildiği görülmektedir. Ancak konuya ilişkin düzenlemelerde, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kullanımların hukuka uygun sayılabilmeleri için bunların dürüst uygulamalara uygun olması gerektiği de bir ön koşul olarak aranmaktadır.

Çalışmada, marka hakkı sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ve

ayırt edici nitelikte olmayan kullanımların hukuka uygun sayılıp sayılmayacakları ilgili yasal düzenlemeler ve ABAD kararları çerçevesinde incelenmiştir. Bu kullanımların her birinin farklı amaçlarla gerçekleştirilebileceği; dolayısıyla da somut olay bazında bir değerlendirme yapılması gerektiğinin de ayrıca belirtilmesi gerekir. Bu sebeple de bu kullanımların hukuka uygun olup olmadıkları hususunda önceden kesin ölçütler koymak pek mümkün olmayacaktır. Çalışmada ilk olarak marka hakkının kapsamı ve istisnalarına ilişkin yasal düzenlemeler ile ABAD tarafından geliştirilen fonksiyon teorisi ele alınmıştır. Sonrasında ise, AB mevzuatında yapılan değişiklikler marka hakkının kapsamı bakımından değerlendirilmiştir. Çalışmanın son kısmında ise üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek kullanımların hukuka uygun sayılabilmeleri açısından aranan “dürüst uygulamalara uygun olma” koşuluna değinilmiştir. Burada ABAD kararlarından yola çıkılarak dürüst kullanımın tespitinde ne gibi ölçütlerden faydalanılması gerektiği açıklanmıştır. Böylelikle, başkasına ait markanın üçüncü kişiler tarafından ayırt edici nitelikte olmayan amaçlarla kullanımı durumunda, bu kullanımın hukuka uygun olup olmadığına ilişkin değerlendirmenin ne şekilde yapılması gerektiği konusunda bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

## II. MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN KULLANIMI VE BUNUN MARKA HAKKININ KAPSAMI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. MARKA HAKKININ KAPSAMI ve İSTİSNALARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Marka hakkı mutlak haklardan sayılmakta ve sahibine inhisarı yetkiler vermektedir<sup>1</sup>. Bununla beraber, marka sahibinin marka üzerindeki hakkı sınırsız değildir, bu hakka kamunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Nitekim Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması'nın (TRIPS) 17. maddesinde de üye ülkelerin, marka tescilinden doğan

haklar açısından, marka sahiplerinin ve üçüncü kişilerin meşru menfaatlerini göz önünde bulundurmak şartıyla sınırlı istisnalar sağlayabilecekleri düzenlenmiştir. Konuya ilişkin düzenlemeler 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün<sup>2</sup> (AB Marka Tüzüğü) 9. ve 14. maddeleri ile 2015/2436 sayılı Avrupa Birliği Marka Direktifi'nin<sup>3</sup> (AB Marka Direktifi) 10. ve 14. maddelerinde ve bu hükümlere paralel olarak düzenlenen 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu<sup>4</sup>'nun 7. maddesinde yer almaktadır. İlgili hükümlerde marka hakkı sahibinin hakkının kapsamı ile bunun istisnaları yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler ile marka sahibinin hakları üçüncü kişilerin ve kamunun menfaati de gözetilerek birtakım kanuni sınırlamalara tabi tutulmuştur. Nitekim, marka hakkı sahibine tescilli markasına ilişkin olarak üçüncü kişiler tarafından her türlü kullanımı yasaklama hakkı tanımak, bu kişilerin ticari ve sınai faaliyet imkânlarını ve özgürlüklerini sınırlandırma anlamına gelecek ve marka hakkıyla sağlanmak istenen korumanın amacını aşan bir yaklaşım söz konusu olacaktır<sup>5</sup>. Bu husus özellikle ayırt edici niteliğe sahip olmayan, tanımlayıcı nitelikte, diğer bir ifadeyle herkesin kullanımına açık bırakılması gereken işaretler açısından önem arz etmektedir. Bu tip işaretler, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanarak belirli bir kişinin tekeline bırakıldığı takdirde, başkalarının da bu işaretleri belirli bir miktarda kullanabilmelerine olanak tanınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, başkalarının da bu işaretleri kullanabilmeleri için sınırları belirli bir alan bırakılması gerekmektedir. Lakin bu alanın sınırlarının ne şekilde çizileceği de oldukça önemlidir<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark [2017] OJ L154/1-99.

<sup>3</sup> Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks [2015] OJ L336/1.

<sup>4</sup> Sınai Mülkiyet Kanunu, Kanun Numarası: 6769, Kabul Tarihi: 22.12.2016, RG 10.01.2017/29944.

<sup>5</sup> Burcu Bozkurt, 'Markanın Dürüst Kullanımı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020) 30.

<sup>6</sup> Annette Kur, 'Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny: Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective' in Irene Calboli and Martin Senftleben (eds), *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives* (Oxford University Press 2018) 89, 101.

<sup>1</sup> Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023) 11; Sevilay Uzunalli, *Marka Hukuku* (2. Baskı Adalet Yayınevi 2021) 30-31; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız ve Dilek İmirlioğlu, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2021) 17-18.

Nitekim SMK m.7/5 gereğince, marka hakkı sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının gerçek kişilerin kendi ad ve adresini belirtmesi için kullanılmasını; malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına yahut diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması için kullanılmasını ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılmasını yasaklayamaz. Burada herkesin kullanımına açık bırakılması gereken işaretlerin tek bir kişinin tekeline bırakılarak rekabetin ve dolayısıyla da kamu menfaatinin zarar görmemesi amaçlanmıştır. Mehz AB düzenlemelerine bakıldığı takdirde de benzer hükümlerin AB Marka Direktifi m.14 ile AB Marka Tüzüğü m.14'te yer aldığı görülebilecektir. Lakin AB'nin konuya ilişkin düzenlemelerinde ufak da olsa birtakım farklılıkların yer aldığı söylenebilecektir. Zira AB Marka Tüzüğü ve Marka Direktifi m.14/1-(b) bendinde, ticari hayatın içerisinde, ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin veya mal yahut hizmetlerin türü, kalitesi, miktarı, kullanım amacı, değeri, coğrafi kökeni, üretim veya hizmetin sunulma zamanı veya diğer özelliklerini içeren işaretlerin ticari veya sınai konularda dürüst uygulamalara uygun olarak kullanılmasını yasaklayamayacaktır. Görüldüğü gibi AB düzenlemelerinde, Türk hukukundan farklı olarak, tanımlayıcı işaretlerin yanı sıra, ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin kullanımı da dürüst uygulamalara uygun olması koşuluyla marka hakkı kapsamının istisnaları arasında sayılmıştır.

## B. MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN AYIRT EDİCİ NİTELİKTE OLMAYAN KULLANIMLARI

Uygulamada tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmalarının çoğunun ayırt edici nitelikte olmayan amaçlarla gerçekleştiği görülmektedir. Örneğin, bazı durumlarda başkasına ait markanın kullanımı yalnızca mal veya hizmetleri tanımlama amacı taşırken bazı durumlarda ise (özellikle de tanınmış markalarda) markanın çekim gücünden faydalanma amacının güdüldüğü görülmektedir<sup>7</sup>. Diğer

bir ifadeyle, başkasına ait markanın ayırt edici nitelikte olmayan kullanımları çeşitli amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Uygulamada karşılaşılan kullanımlardan yola çıkılarak markanın ayırt edici nitelikte olmayan kullanım şekillerine aşağıdaki örnekler verilebilecektir:

- Ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması<sup>8</sup>,
- Yalnızca mal veya hizmetleri tanımlama amacıyla kullanılması,
- Bir kulüp/takıma destek, sadakat veya bağlılık göstergesi olarak kullanılması,
- Ürünü daha çekici hale getirmek amacıyla süsleme veya dekor amaçlı kullanılması,

Italian Courts) - Future Prospects in Light of EU Trademark Law' (2022) 53(5) IIC 685, 688.

<sup>8</sup> Her ne kadar bu hususun işaretin tescilli mal veya hizmetlere ilişkin olarak kullanılması halinde (Türk hukukunda ise ticaret alanında kullanılması halinde) marka hakkı sahibi tarafından önlenebileceği belirtilmiş olsa da burada işaretin ticaret unvanı veya işletme adı olarak ayırt edici nitelikte olmayan kullanımlarının hükmün kapsamında kalmayacağı söylenebilecektir. Zira AB Marka Tüzüğü'nün gerekçesinin 13. maddesi ile AB Marka Direktifi'nin gerekçesinin 19. maddesinde tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanmasının ancak bu kullanımın ayırt edici nitelikte olduğu durumlarda marka hakkına tecavüz oluşturacağı belirtilmiştir. Bu durumda marka hakkına tecavüzün varlığından söz edilemek için ilgili çevre nezdinde tescilli markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin kaynağı ile ticaret unvanı yahut işletme adını kullanan teşebbüs arasında bir bağlantının bulunduğu zannını yaratacak şekilde bir karışıklığın oluşması gerekmektedir. Aksi takdirde, yasal metnin olduğu gibi ve katı bir biçimde yorumlanması hususu söz konusu olacak ve tescilli markanın karışıklığa yol açmayacak şekilde ticaret unvanı yahut işletme adını kullanarak kullanılması durumu dahi tecavüz teşkil edebilecektir. Konuya ilişkin olarak bkz. Aytuğ Ceyhun Çakır, Alper Özboyacı ve Ertan Demirkapı, 'Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması' (2021) 7(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 37, 47; Çolak (n 1) 750.

Tescilli bir markanın ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması halinde bunun marka hakkı sahibi tarafından önlenebileceğine ilişkin hüküm mevzuat değişiklikleri ile yürürlüğe girmiştir. Bu durumun marka hakkına tecavüz oluşturması için ayırt edici nitelikte bir kullanımın mevcut olması gerektiği hususu ise mevzuat değişikliklerinden önce de ABAD kararları ile öngörülmüş idi. Bununla beraber ABAD'a göre, mal veya hizmetlerin kaynağına ilişkin bağlantının bulunup bulunmadığına ilişkin tespit için kullanılacak olan eşik düşük standartta olmalıdır, diğer bir ifadeyle işaret pazarlanan mallara iliştilmemiş olsa dahi mal veya hizmetlere ilişkin bir kullanımın gerçekleştiği varsayılmaktadır. Case C-17/06 *Céline SARL v Céline SA* [2007] ECR I-07041, para 23.

<sup>7</sup> Valentina Bonomo and Paola Magnani, 'Non-Distinctive Uses of a Trademark: The CJEU's "Function Theory" (and Its Adoption by

- Orijinaliyle aynı etkiyi yaratmak amacıyla replika oyuncaklarda (yahut başka bir üründe) kullanılması,
- Karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması<sup>9</sup>,
- Sanatsal, eleştirel ve hiciv amaçlı ifadeler için kullanılması,
- Markanın anahtar kelime veya yönlendirici kod olarak kullanılması<sup>10</sup>,
- Çevrim içi ortamda reklamları yapılan ve/veya satışa sunulan mal veya hizmetlerle ilgili olarak eBay, Amazon, Groupon vb. pazar yerlerinde kullanılması,
- Sosyal paylaşım sitelerinde kullanıcıların ilgili alanlarına yönelik olarak ortaya çıkan reklamlarda başkasına ait markanın izinsiz olarak kullanılması veya bu markayı akla getiren çeşitli bağlantıların kullanılması<sup>11</sup>.

Yukarıda örnek olarak sayılan ve ayırt edici amaç içermeyen bu kullanımların doğrudan hukuka uygun kabul edilmediği, bunun için birtakım şartların arandığı unutulmamalıdır. Üçüncü kişilerin ayırt edici nitelikte olmayan kullanımlarının hangi durumlarda hukuka uygun kabul edileceği veya hangi durumlarda marka hakkı sahibi tarafından önlenileceği hususu marka hakkının kapsamını belir-

<sup>9</sup> Tescilli bir markanın hukuka uygun düşmeyecek şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması ise marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabilecek fiiller arasında sayılmıştır [SMK m.7/3-(f), AB Marka Tüzüğü m.9/3-(f), AB Marka Direktifi m.10/3-(f)].

<sup>10</sup> Tescilli bir markanın aynısının yahut benzerinin bir başkası tarafından anahtar kelime veya yönlendirici kod olarak kullanılması her durumda tecavüz teşkil etmemektedir. Özellikle AB hukuku açısından bakıldığında, alternatif sunma amacı ile markanın anahtar kelime olarak kullanılması mümkündür. Türk hukukunda ise alternatif sunma amacıyla başkasına ait markanın anahtar kelime olarak kullanımının genel olarak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Bkz. Zehra Özkan Üner, 'Markaların Anahtar Kelime Reklamlarında Kullanımına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme' (2021) 16(183) Terazi Hukuk Dergisi 2202, 2208-2210. Konuya ilişkin olarak YASAMAN da markanın internete anahtar kelime olarak kullanımının üçüncü kişilerin mal veya hizmetlerinin özelliklerini belirtmek amacıyla kullanım oluşturamayacağını, diğer bir ifadeyle başkasına ait markanın anahtar kelime olarak kullanılmasının SMK m.7/5-(b) bendi kapsamına girmediğini belirtmiştir. Lakin yazar bu hususu yalnızca işaretilen mal veya hizmetlere ilişkin açıklamalar amacıyla kullanılması açısından belirtmiş olup üçüncü kişiler tarafından markanın anahtar kelime olarak kullanılmasını doğrudan marka hakkına tecavüz olarak nitelendirmemiştir. Hamdi Yasaman ve Zeynep Yasaman, SMK Şerhi (Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu Bilgin, Pınar Memiş Kartal ve Sinan H. Yüksel) *Sinai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, C. II (Şeşkin Yayıncılık 2021) 1781.

Türk hukukunda tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından internet ortamında kullanılmasının marka hakkına tecavüz oluşturabilmesi için markayı kullanan kişinin meşru bağlantısının olmaması, markanın aynısının veya benzerinin internet ortamında ve ticari etki yaratacak biçimde kullanılması gerekir. Zira buna ilişkin hüküm SMK m.7/3-(d) bendinde marka sahibinin yasaklayabileceği fiiller arasında düzenlenmiştir. Mehz AB mevzuatında ise markanın anahtar kelime yahut yönlendirici kod olarak kullanılmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmamakla beraber bu konu ABAD kararları ile şekillenmiştir. Konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından ABAD konuyu marka hakkına tecavüze ilişkin genel hükümlerden yola çıkarak değerlendirmiştir. ABAD kararları gereği, başkasına ait markanın aynısının anahtar kelime veya yönlendirici kod olarak kullanılmasının marka hakkına tecavüz oluşturabilmesi için işaretilen ticaret esnasında kullanılması, markanın tescilli olduğu mal veya hizmetlere ilişkin olarak kullanılması ve markanın fonksiyonlarını olumsuz etkileyen yahut olumsuz etkileme ihtimali bulunan bir kullanımın mevcut olması gerekir. Markanın benzerinin anahtar kelime veya yönlendirici kod olarak kullanılması durumunda ise karşılaştırma ihtimalinin mevcut olup olmadığı değerlendirmeye

alınmakta; fakat ABAD bu değerlendirmeyi yaparken normal tecavüz halinde yaptığı karşılaştırma ihtimali değerlendirmesinden farklı hareket etmektedir. Zira mahkeme burada, tescilli marka ile üçüncü kişinin kullandığı ibarenin ilgili çevre nezdinde karışıklığa sebep olup olmadığını değil, kullanılan ibarenin arama motorunda aratılmasının ardından internet kullanıcısının karşısına çıkan reklamın kullanıcıyı yanıltıp yanıltmadığını dikkate almaktadır. Türk hukukunda ise markanın anahtar kelime olarak kullanılmasında da yine normal karşılaştırma ihtimaline ilişkin tespit yapılmakta, burada marka ile kullanılan ibarenin ilgili çevre nezdinde karışıklık yaratıp yaratmadığı değerlendirilmektedir. Bu durumda, AB uygulamalarına göre, tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin anahtar kelime olarak kullanılması halinde, ilgili çevre nezdinde arama motorunda çıkan sonuçlar karışıklığa sebep olmuyorsa, diğer bir ifadeyle, reklam başlığı, metni yahut bağlantısından bu reklamın marka sahibine mi yoksa başka bir kişiye mi ait olduğu konusunda bir yanılgıya düşmüyorsa, marka hakkına tecavüz gerçekleşmemiş olacaktır. Belirli bir tanınırlık düzeyine ulaşmış bir markanın anahtar kelime yahut yönlendirici kod olarak bir başkası tarafından haklı bir neden olmaksızın kullanılarak markadan haksız yararlanma, markanın sulandırılması veya itibarının zedelenmesi durumlarının gerçekleşmesi halinde ise markanın kullanıldığı mal veya hizmetlerin benzer olup olmadığına bakılmaksızın bu kullanım marka hakkı sahibi tarafından önlenilebilecektir.

Türk hukukunda ise, markanın meşru bir bağlantısı olmadığı halde üçüncü kişi tarafından anahtar kelime olarak kullanımı (ticari bir kullanım kabul edildiğinden) doğrudan tecavüz teşkil etmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve buna yönelik eleştiriler için bkz. Zeynep Yasaman, 'Adwords Reklamlarda Bir Başkasına Ait Markanın Aynısının veya Benzerinin "Anahtar Sözcük" Olarak Kullanımı Tecavüz Teşkil Eder Mi? AB Adalet Divanı Kararları Işığında Tecavüz Kriterleri', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 791, 791 vd.; Özkan Üner (n 10) 2208 vd.

<sup>11</sup> Bonomo and Magnani (n 7) 688, 689.

leme açısından önem taşımaktadır<sup>12</sup>. Konuya ilişkin olarak verilmiş olan yargı kararları bu konuda yol gösterici olmaktadır.

### C. KONUYA İLİŞKİN OLARAK ABAD TARAFINDAN GELİŞTİRİLEN FONKSİYON TEORİSİ

Marka sahibinin haklarının düzenlendiği AB Marka Tüzüğü m.9/2-(a) ile AB Marka Direktifi m.10/2-(a) bentlerinde marka sahibinin izni olmadan tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin yine tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılmasının marka sahibi tarafından önlenileceği düzenlenmiştir<sup>13</sup>. “Çifte aynıyet kuralı” (*double identity rule*) olarak adlandırılan bu hükümde “benzer” kullanım halinde bulunması gereken karıştırma ihtimalinin mevcudiyetinin tespitine gerek bulunmamaktadır. Nitekim hükümde karıştırma ihtimalinden söz edilmemektedir. İlgili kural ile amaçlananın özellikle markanın köken gösterme fonksiyonunu koruma altına almak olduğu belirtilmiştir<sup>14</sup>; fakat burada markanın diğer fonksiyonlarının da dikkate alınıp alınmayacağı hususunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Gerçekten de çifte aynıyet kuralının düzenlendiği hükümde de korumanın hangi şartlar altında sağlanacağına ilişkin herhangi bir sınırlandırmaya gidilmemiştir. Bu durum da ilgili hükmü, hüküm kapsamında markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonunun değil, diğer fonksiyonlarının da dikkate alınabileceği şeklinde bir yoruma açık hale getirmiştir<sup>15</sup>.

Nitekim ABAD kararları ile hükmün uygulama alanı markanın diğer fonksiyonlarını da koruma altına alacak şekilde genişletilmiştir. Buna göre, tescilli

bir markanın üçüncü kişiler tarafından yalnızca köken gösterme amacı ile kullanımının değil, markaya zarar verebilecek her türlü kullanımın yasaklanması açısından marka sahibine münhasır bir hak tanındığı görülmektedir. ABAD kararlarıyla ortaya çıkan bu yaklaşım “fonksiyon teorisi<sup>16</sup>” (*function theory*) olarak adlandırılmakta, burada markanın fonksiyonlarına zarar veren yahut vermesi muhtemel olan tüm kullanımların yasaklanması söz konusu olmaktadır<sup>17</sup>. Bu durumda, marka hakkı sahibine yasal olarak sağlanan korumanın yargı kararlarıyla genişletildiği söylenebilecektir.

### 1. Konuya İlişkin Karar Örnekleri

Fonksiyon teorisinin uygulandığı ilk karar olan *Arsenal Football Club v. Matthew Reed* kararında, mahkeme üçüncü kişinin tescilli markayı ne amaçla kullandığını dikkate almayarak yalnızca gerçekleşen kullanımın tescilli markanın fonksiyonlarına ne şekilde etki ettiğini ve bu durumun marka hakkı sahibini nasıl etkilediğini göz önünde bulundurmıştır<sup>18</sup>. Söz

<sup>12</sup> ABAD tarafından verilmiş olan eski tarihli bir kararda 2008/95 sayılı mülga AB Marka Direktifi'nin marka hakkı sahibi tarafından önlenilecek fiillerin düzenlendiği konuya ilişkin hükümlerinin (m.5/1-2) üçüncü kişilerin ayırt edici nitelikte olmayan kullanımları açısından uygulanamayacağına hükmedilmiştir. Bkz. Case C-63/97 *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v Ronald Karel Deenik* [1999] ECR I-00905, para 38.

<sup>13</sup> Benzer bir hüküm SMK m.7/2-(a) bendinde de yer almaktadır.

<sup>14</sup> Bkz. 2008/95/EC sayılı mülga AB Marka Direktifi'nin gerekçesinin 11. maddesi ile 2009/207 sayılı mülga AB Marka Tüzüğü'nün gerekçesinin 8. maddesi. Benzer bir hüküm yürürlükte bulunan 2017/1001 sayılı AB Marka Direktifi'nin gerekçesinin 11. maddesinde de yer almaktadır.

<sup>15</sup> Annette Kur, 'Trade Marks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles' (2014) 45(4), IIC 434, 436.

<sup>16</sup> Bonomo and Magnani (n 7) 689. Bu teori ile markanın yalnızca köken ayırt etme fonksiyonuna değil, aynı zamanda garanti ve kalite fonksiyonu ile reklam, yatırım ve iletişim fonksiyonlarına zarar verebilecek her türlü kullanım da yasaklanarak marka sahibine AB Marka Direktifi m.9/2-(a) ve AB Marka Tüzüğü m.10/2-(a) ile sağlanan koruma genişletilmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Martin Senftleben, 'Function Theory and International Exhaustion - Why is It Wise to Confine the Double Identity Rule to Cases Affecting the Origin Function' (2014) 36 [8], *European Intellectual Property Review* 518, 518 vd.; Bu teoriye ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özgür Arıkan, 'Revisiting the Conflict Between the European Trade Mark Rights and Parallel Importation' (2015) (64), *Rekabet Dergisi* 3, 5-12.

<sup>17</sup> Bu durumda AB Marka Tüzüğü m.9/2-(b), AB Marka Direktifi m.10/2-(b) ve SMK m.7/2-(b)'de düzenlenen tescilli marka ile benzer olan ve yine benzer sınıflarda kullanılan işaretin tecavüz teşkil edebilmesi için aranan karıştırma ihtimalinde yalnızca markanın köken gösterme fonksiyonunun etkilenmesine yönelik bir koruma öngörülmesi iken aynı maddelerin (a) bentlerinde düzenlenen çifte aynıyet kuralında ise markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonunun değil, diğer fonksiyonlarının etkilenmesine yönelik de koruma öngörülmüştür. Özkan Üner (n 10) 2205.

<sup>18</sup> Case C-206/01 *Arsenal Football Club plc v Matthew Reed* [2002] ECR I-10273. Dava, tescilli markalara sahip ünlü bir futbol kulübü olan Arsenal FC tarafından kulübün tescilli markalarını taşıyan birtakım hediyelik eşyalar satan Matthew Reed'e karşı marka hakkına tecavüz gerekçesiyle açılmıştır. Matthew Reed Arsenal'a ait markalı ürünleri stadyuma yakın tezgâhlarda uzun yıllardır satmaktadır ve tezgâhın hemen arkasına satılan ürünlerin Arsenal kulübüne ait orijinal ürünler olmadığı, bunların kulüp izniyle veya onun tarafından üretimi yapılan ürünlerden olmadığına ilişkin bir yazı da asmıştır. İngiliz Yüksek Mahkemesi,

konusu kararda markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonunun zarar görüp görmediği incelenmiş ve markanın diğer fonksiyonlarından üstü kapalı bir şekilde söz edilmiştir<sup>19</sup>. Bu karar sonrasında “*markasal kullanım*” kavramı ile “*markanın asli fonksiyonunu tehlikeye atan kullanım*” arasında fark olup olmadığına yönelik tartışmalar yaşanmıştır<sup>20</sup>. Konuya ilişkin olarak doktrinde, marka hakkına tecavüz açısından markasal kullanımın gerekli olduğu, fakat bu kavramın geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu görüşe göre, markasal kullanım kavramı yorumlanırken burada yalnızca markanın asli fonksiyonu olan köken gösterme fonksiyonu dikkate alınmama- lı, bunun dışında, reklam, iletişim, yatırım, kalite ve garanti fonksiyonlarını da içine alacak şekilde geniş yorum yapılmalıdır. Bu durumda, markanın örneğin, iletişim fonksiyonuna zarar vermesi halinde de kullanımın “*markasal*” olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>21</sup>. Sonuç olarak *Arsenal* kararında mah-

keme, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın (ürünlerin Arsenal kulübüne ait orijinal ürünler olmadığı tüketicilere uyarı yazısıyla bildirildiğinden) köken gösterme amacı taşımaya da tezgahın uzağında duran tüketicilerin uyarı yazısını göremeyebilecekleri gerekçesiyle ve satış sonrası karıştırma ihtimalini de göz önünde bulundurarak ilgili çevre nezdinde, satılan ürünler ile marka hakkı sahibi arasında ticari bir bağlantı bulunduğu izleniminin yaratılabileceğine kanaat getirmiştir.

Mahkeme konuya ilişkin olarak vermiş olduğu Adidas kararında da ürünü dekoratif olarak daha güzel ve hoş hale getirmek amacıyla bir başkasının tescilli markasını izinsiz kullanımının da ayırt edici nitelikte bir kullanım olmadığı halde marka hakkı sahibi tarafından önlenebileceğini belirtmiştir. Zira bu tür bir kullanım ayırt edici nitelikte olmasa da ilgili çevre nezdinde işaretin üzerine konulduğu malların marka sahibinden yahut marka sahibi ile ekonomik

Reed’in sattığı ürünler açısından bunların orijinal olmadıklarına ilişkin uyarı yazısının bulunduğu, dolayısıyla bu ürünlerde kullanılan markanın tüketici nezdinde köken gösteren bir işaret olarak algılanmayacağını belirtmiş ve konuya ilişkin olarak ABAD’a iki farklı soru yöneltmiştir. Mahkemenin yönelttiği ilk soru; marka hakkına tecavüze ilişkin davalarda, tescilli marka ile aynı yahut benzer bir markanın yine aynı ya da benzer mal veya hizmetlerde kullanımı durumunda, markayı kullanan üçüncü kişinin bu kullanımın köken gösterme amacı dışında olduğuna ilişkin bir savunma öne sürüp süremeyeceğine ilişkindir. Eğer öyleyse, söz konusu kullanımın marka sahibine destek, sadakat veya bağlılık göstergesi olarak algılanması marka hakkına tecavüz açısından yeterli midir? ABAD ise vermiş olduğu kararında, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın markasal bir kullanım olup olmadığını dikkate almayarak bu kullanımın tescilli markanın fonksiyonlarını (özellikle de markanın asli fonksiyonu olan köken gösterme fonksiyonunu) etkileyecek nitelikte olması halinde yasaklanabileceğini belirtmiştir. Diğer bir ifadeyle, marka hakkı sahibi markasının fonksiyonlarının zarar görmesi yahut zarar görebilecek olması halinde üçüncü kişilerin kullanımını engellerebilecektir. Mahkemeye göre, “*Arsenal*” sözcüğünün kullanımı ilgili çevre nezdinde, üçüncü kişinin sattığı ürünler ile marka hakkı sahibi arasında ticari bir bağlantı bulunduğu izlenimi yaratmaktadır. Burada kullanımın marka sahibine destek, sadakat veya bağlılık göstergesi olarak algılanmasının bir önemi yoktur.

<sup>19</sup> Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (On İki Levha Yayıncılık 2020) 56.

<sup>20</sup> Çolak (n 1) 598; Noam Shemtov, “Trademark Use in Europe”: Revisiting Arsenal in the Light of Opel and Picasso” (2007) 2(8), *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 557, 558-559.

<sup>21</sup> Çolak (n 1) 601. Benzer yönde bkz. Gül Büyükkılıç, ‘Avrupa Birliği ve Türk Marka Hukuku Doktrini ve Yargı Kararları Işığında Dürüst Kullanım Savunmasının Koşullarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’ (2023) 9(2), *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergi-*

si 199, 207-209. ARKAN ise markasal kullanım kavramını açıkça geniş yorumlamamış; fakat yasal düzenlemelerde markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonunun değil, diğer fonksiyonlarının da korunmak istendiğini, dolayısıyla da marka hakkına tecavüzün işaretin yalnızca markasal olarak kullanıldığı durumlarda gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir. Sabih Arkan, ‘Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?’ (2000) 20(3), *BATİDER* 5, 9-11. Benzer yönde bkz. Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Kitapçılık 2012) 433. UZUNALLI ise, marka hakkına tecavüz için aranılan markasal kullanım kavramının ABAD kararlarından yola çıkılarak önceye göre daha geniş bir kavram olarak yeniden tanımlandığını, geleneksel anlamda markasal kullanım koşulundan vazgeçilmiş olduğunu ve bu yeni tanım gereğince üçüncü kişiler tarafından tecavüz teşkil edecek olan markasal kullanımın ticari ilişkide, temel fonksiyon olan markanın köken ayırt etme fonksiyonuna zarar veren kullanımı ifade ettiğini belirtmiştir. Sevilay Uzunallı, *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2008) 183-200. Doktrindeki bir diğer görüş ise tecavüz fiili için markasal kullanımın gerekli olduğunu kabul etmekle birlikte, tanınmış markalara tecavüz açısından markasal kullanım kavramının geniş yorumlanması gerektiğini, zira bu marka türlerinde reklam ve garanti fonksiyonlarının köken ayırt etme fonksiyonunun önüne geçtiğini, dolayısıyla da bir işaretin festivallerdeki afişlerde kullanılması, markanın itibarından haksız yararlanmaya yol açtığı ölçüde, tanınmış markalar açısından markasal kullanım sayılması gerektiğini belirtmiştir. Buna karşılık yazar, markasal kullanım kavramını yalnızca tanınmış markalara tecavüz açısından geniş şekilde tanımlamış, iktibas ve iltibas suretiyle tecavüz halinde [SMK m.7/1-(a), (b)] ise köken ayırt etme fonksiyonunu yerine getirecek şekilde kullanımın markasal kullanım teşkil edeceğini ve bunun bir gereklilik olduğunu ifade etmiştir. İsa Başbüyük, *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 135.

olarak bağlantılı firmadan kaynaklandığı algısı yaratabileceğinden markanın çekim gücüne/reklam fonksiyonuna zarar verebilecektir<sup>22</sup>. Mahkemeye göre, ilgili çevrenin işaretin kullanımını dekoratif bir süsleme olarak algılaması, izinsiz olarak kullanılan işaret ile marka arasında bir bağlantının bulunduğu ilişkin algının oluşmasına engel değildir<sup>23</sup>.

ABAD tarafından benimsenmiş olan fonksiyon teorisi sonraki tarihli kararlarda da uygulanmıştır. Nitekim Opel kararında da mahkeme, davalı tarafından oyuncak araba modelleri üzerinde kullanılan Opel firmasına ait logonun markanın asli fonksiyonu olan köken gösterme fonksiyonuna zarar vermediğini; bunların küçük birer replikasyon olduğunun ortalama tüketici tarafından da anlaşılabilirliğini ve dolayısıyla tüketici nezdinde somut olaydaki oyuncak arabalar ile Opel firması arasında bir ilişki kurulamayacağını belirtmiştir<sup>24</sup>. ABAD tarafından verilmiş olan bu karar, somut olayda üçüncü kişi tarafından oyuncak arabalarda kullanılan işaretin tüketici nezdinde marka hakkı sahibinden veya ekonomik olarak ona bağlı bir kuruluşun kaynaklanmadığının algılanması durumunda tecavüz bulunmadığı sonucuna varılabileceği gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Zira, buna göre, ancak tüketici nezdinde karıştırma ihtimalinin meydana geldiği durumlarda tecavüzün mevcudiyetinden söz edilebilecektir. Ancak çifte ayniyet kuralının düzenlendiği hükümlerde karıştırma ihtimali bir ölçüt olarak ele alınmamıştır<sup>25</sup>. Bu durum AB Marka Direktifi m.9/2-(b), AB Marka Tüzüğü m.10/2-(b) ile SMK m.7/2-(b) kapsamında düzenlenen karıştırma ihtimali için aranan koşula denk gelmektedir. Buna karşılık, çifte ayniyete ilişkin kuralda herhangi bir koşul (karıştırma ihtimalinin mevcudiyetine ilişkin bir koşul) aranmadan mutlak koruma sağlanmıştır.

Konuya ilişkin olarak verilmiş olan *L'Oréal v. Bellure* kararında ise mahkeme markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonundan değil, diğer fonksiyonlarından da açıkça söz etmiştir<sup>26</sup>. Mahkeme öncelikle, 89/104 sayılı Direktif m.5/1-(a) (çifte ayniyet kuralı) kapsamında tanınan münhasır hakkın marka sahibine kendi özel çıkarlarını koruyabilmesi, diğer bir ifadeyle markasının fonksiyonlarını yerine getirebilmesini sağlaması amacıyla düzenlendiğini; dolayısıyla da üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilecek olan kullanımın markanın fonksiyonlarını etkilemesi yahut etkilemesinin muhtemel olması durumunda ilgili hakkın öne sürülebileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre burada yalnızca markanın köken gösterme fonksiyonu değil, bunun yanı sıra, garanti/kalite fonksiyonu ile reklam/yatırım ve iletişim fonksiyonları da dikkate alınmalıdır<sup>27</sup>. Bu durumda, markanın köken gösterme fonksiyonuna herhangi bir etkisi olmasa dahi farklı bir fonksiyonuna zarar verebilecek her türlü kullanım marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabilecektir.

Buna karşılık fonksiyon teorisinin ABAD tarafından verilmiş olan sonraki tarihli kararlarda tutarsız şekilde uygulanmış olduğu öne sürülmüştür. Zira konuya ilişkin olarak *Google France* kararında mahkeme, başkasına ait markanın arama motoru reklamcılığında anahtar kelime olarak kullanılmasına ilişkin olarak konuyu marka hakkı sahibinin markasının reklam fonksiyonunun zarar görüp görmediği açısından değerlendirmeye tabi tutmuş ve tescilli markayla arama motorunda arama yapıldığında, marka sahibinin kendi markasına ait ana sayfası ve reklam sayfası doğal sonuçlar arasında (çoğunlukla da en üst sırada) yer alacağından bu kullanımın markanın reklam fonksiyonuna zarar vermeyeceğine kanaat getirmiştir<sup>28</sup>. Mahkemenin bu kararının

<sup>22</sup> Bonomo and Magnani (n 7) 689-690.

<sup>23</sup> Case C-408/01 *Adidas-Salomon AG and Adidas Benelux BV v Fitnessworld Trading Ltd.* [2003] ECR I-12537, paras 39-41.

<sup>24</sup> Case C-48/05 *Adam Opel AG v Autec AG* [2007] ECR I-01017, paras 20-25. Dava, Opel marka araçlarda kullanılan şimşek işaretine benzeyen «blitz» logosunun, bir oyuncak şirketi tarafından yine oyuncak bir Opel Astra modeli üzerinde kullanılması üzerine marka hakkına tecavüz gerekçesiyle açılmıştır.

<sup>25</sup> Charles Gielen and Anne Marie Verschuur, 'Adidas v. Marca II: Undue Limitations of Trade Mark Owner's Rights by the European Court of Justice' (2008) 30(6), *European Intellectual Property Review* 254, 255.

<sup>26</sup> Yasaman, *Marka Hakkının İhlali* (n 19) 56.

<sup>27</sup> Case C-487/07 *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie v Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd.* [2009] ECR I-05185, para 58. Kararda, perakendecileri ve tüketicileri hangi taktit ürünün L'Oréal'e ait eşdeğer lüks parfüm gibi koktuğu hususunda bilgilendirmek amacıyla kokusu ve görünüşü benzeyen parfümler bir karşılaştırma listesinde belirtilmiştir. Bilgi için bkz. Yasaman, *Marka Hakkının İhlali* (n 19) 56.

<sup>28</sup> Davada, Louis Vuitton markasının taktit ürünlerini satan kişiler, "Louis Vuitton" markasını ve yine "taktit Louis Vuitton" şeklinde ifadeleri anahtar kelime olarak kullanarak bu sözcüklerle ara-



markanın tanınmış bir marka olmaması durumunda yoruma açık hale gelebileceği, hatta kendilerine ait web sayfası bulunmayan markalar açısından bu görüşün uygulanamayacağı öne sürülmüştür. Yine bu durumda, mahkemenin bu argümanının, *L'Oréal v. Bellure* kararında kabul edilen yaklaşımı rahatlıkla bertaraf edebileceği de belirtilmiştir. Mahkemenin *Google France* kararında konuyu yalnızca reklam fonksiyonu açısından ele alıp iletişim ve yatırım fonksiyonlarını göz önünde bulundurmamış olması da fonksiyon teorisini her durumda sistematik bir şekilde uygulama amacı taşımadığı şeklinde eleştirilere maruz kalmıştır<sup>29</sup>.

Yine bunun yanı sıra, *Interflora v. Marks & Spencer* kararında mahkeme, başkasına ait markanın üçüncü kişiler tarafından, tüketicileri piyasadaki alternatifler konusunda bilgilendirme amacıyla kullanımında, markanın fonksiyonlarından herhangi birinin zarar görmemiş olmasını haklı sebebin varlığına ilişkin tespit açısından bir ölçüt olarak ele almıştır<sup>30</sup>. Mahkemenin sonraki tarihli bazı kararlarında da üçüncü kişi tarafından tescilli bir markanın kullanımı AB'nin herhangi bir bölgesinde markanın

fonksiyonları açısından bir zarar doğurmuyorsa, o bölge açısından marka sahibinin münhasır hakkının sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Burada daha çok sözcük markalarından söz edilmektedir, zira konuya ilişkin bir davada AB'nin İngilizce konuşulan bölgelerinde üçüncü kişiye ait markanın kullanımı tüketici nezdinde bir karışıklığa sebep olmadığından ve böylelikle markanın köken gösterme fonksiyonu da zarar görmediğinden o bölge açısından marka sahibinin haklarının sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir<sup>31</sup>.

## 2. Fonksiyon Teorisine İlişkin Öne Sürülen Eleştiriler

Yukarıdaki kararlardan da anlaşılacağı üzere, marka sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişiler tarafından bir markanın aynıısının yine aynı mal veya hizmetler açısından kullanımı ayırt edici nitelikte bir kullanım olmasa dahi marka hakkına tecavüz teşkil edebilecektir. Esasında marka hakkı sahibine tanınan hakların genişletildiği durumlar AB Marka Tüzüğü m.9/2-(c) bendi ile AB Marka Direktifi m.10/2-(c) bendinde tanınmış markalar açısından düzenlenmiştir. Buna göre, AB'de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek yahut ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmadan aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın kullanımı marka hakkı sahibi tarafından önlenebilecektir<sup>32</sup>. Lakin tanınmış markalar açısından genişletilmiş korumanın tercih edilmesine ilişkin hükümde bir denge sağlanmaya çalışılmıştır. Zira belirli bir tanınırlık düzeyine erişmiş olan markalar yalnızca mal veya hizmetin alıcı çevresinde değil, bundan çok daha geniş düzeyde bir bilinirliğe sahiptir. Dolayısıyla da sadece aynı mal veya hizmetler açısından değil, farklı mal veya hizmetler açısından da korunmaları gerekmektedir<sup>33</sup>. Geleneksel

ma yapıldığı takdirde kendi web sitelerinin sponsor bağlantılar kısmında yer almalarını sağlamışlardır. Mahkeme somut olayda gerçekleşen kullanımın kişisel nitelikte değil ticari bir kullanım olduğunu belirtmiş; fakat Google'ın bu kullanımı doğrudan gerçekleştirmediğini, diğer bir ifadeyle, kendi ticari iletişimi için kullanmadığını, yalnızca üçüncü kişilerin kullanımına izin verdiğini belirterek Google nezdinde marka hakkına tecavüz açısından aranan bir kullanımın gerçekleşmemiş olduğuna hükmetmiştir. *Joined Cases C-236/08 to C-238/08 Google France SARL and Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL v Vatican SA and Luteciel SARL and Google France SARL v Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL and Others* [2010], ECR I-02417, paras 29, 55-59, 97.

<sup>29</sup> Annette Kur and Martin Senftleben, *European Trademark Law a Commentary* (Oxford University Press 2017) 291; Senftleben (n 16) 5.

<sup>30</sup> Zira mahkemeye göre, tanınmış bir marka ile aynı anahtar sözcüğün kullanımı sonucunda tetiklenen internet reklamıyla tanınmış marka sahibinin mal veya hizmetlerine alternatif ürünler sunulması halinde, söz konusu kullanım adil rekabet kapsamında kalacak ve böylelikle haklı sebep teşkil edebilecektir. Buna karşılık, bu kullanımın marka sahibi ile işareti kullanan kişi arasında ticari bir bağlantı bulunduğu izlenimi yaratmaması, markanın ayırt edici karakterine zarar vermemesi, itibarından haksız fayda elde etmemesi ve yine işaretin marka sahibinin mal veya hizmetlerinin taklidi olarak sunulmaması gerekir, aksi takdirde söz konusu kullanım haklı sebep teşkil etmeyecektir. *Case C-323/09 Interflora Inc. and Interflora British Unit v Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Ltd.* [2011] ECR I-08625, para 91.

<sup>31</sup> *Case C-223/15 Combit Software GmbH v Commit Business Solutions Ltd* [2016], paras 31, 34. Benzer yönde karar için bkz. *Case C-235/09 DHL Express France SAS v Chronopost SA* [2011] ECR I-02801, para 48.

<sup>32</sup> Benzer bir hüküm SMK m.7/2-(c) bendinde de yer almaktadır.

<sup>33</sup> İfakat Balık ve İbrahim Bektaş, 'Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurlarının Durumu -McDonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme-' (2019) 5(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 1, 4.

marka korumasında daha çok tüketici menfaatleri ön planda tutulurken, diğer bir ifadeyle, tüketicilerin karıştırma ihtimallerine karşı korunmaları ön planda iken, tanınmış markalarda bu koruma genişletilmiş ve marka hakkı sahibinin ekonomik menfaatleri ön planda tutulmuştur. Nitekim tanınmış marka sahiplerinin markalarına uzun bir süre emek harcıyıp yüksek miktarda yatırım yaptıkları; dolayısıyla bunların sonucunda elde ettikleri olumlu imaja zarar verebilecek her türlü davranışı engelleyebilecekleri kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Lakin, ABAD kararlarıyla benimsenen fonksiyon teorisi ile yalnızca belirli bir tanınırlık düzeyine ulaşmış markaların değil, tüm marka türleri açısından marka sahibine sağlanan korumanın genişletildiği görüldüğünden bu teori birtakım eleştirilere maruz kalmıştır<sup>35</sup>. Buna karşılık yine doktrinde, bu teorinin tanınmış markalar ve tanınmış olmayan markalar arasındaki koruma farkını bulanıklaştırdığı kabul edilse de bazı durumlarda tanınmış olmayan markaların da üçüncü kişiler tarafından kullanılması neticesinde mal veya hizmetin kaynağında bir karıştırma olmasa dahi markanın diğer fonksiyonlarının zarar görebileceği, dolayısıyla da bu kullanımın engellenmesinin gerekeceği de ayrıca ifade edilmiştir<sup>36</sup>. Nitekim ABAD da konuya ilişkin olarak vermiş olduğu *Interflora v. Marks & Spencer* kararında da köken gösterme fonksiyonu dışındaki diğer fonksiyonların yalnızca tanınmış markalara özgü olmadığını açıkça belirtmiştir<sup>37</sup>.

Kanaatimizce fonksiyon teorisi esasında marka hakkı sahibinin markasının yalnızca köken gösterme fonksiyonunu değil, diğer fonksiyonlarını da koruma altına alarak menfaatler dengesine uygun bir yaklaşım sergilemeye çalışmıştır. Buna karşılık, bu teori bir yandan da esasında AB Marka Tüzüğü

m.9/2-(a) ile AB Marka Direktifi m.10/2-(a) bentlerinde düzenlenen kurala fazladan bir koşul ekleyerek markanın fonksiyonlarından birini olumsuz yönde etkilemediği sürece üçüncü kişilerin başkasına ait tescilli markanın aynısını yine aynı mal veya hizmetlerde kullanımına müsaade etmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla burada marka hakkı sahibinin yasal korumadan faydalanabilmesi için esasında mevzuatta öngörülmeleyen bir koşul da getirilmiş bulunmaktadır<sup>38</sup>.

Doktrinde fonksiyon teorisinin esasında marka hakkını ihlale ilişkin sistemde yer alan birtakım boşlukların doldurulması amacıyla ortaya çıktığı öne sürülmüştür. Zira buna göre, özellikle geçmiş dönemde çifte ayniyet kuralında menfaatleri dengeleme araçlarının bulunmamasının hukuki bir boşluk yarattığı belirtilmektedir<sup>39</sup>. Bunun yanı sıra, fonksiyon teorisi ile marka sahibine sağlanan genişletilmiş korumanın yalnızca istisnai durumlarda gerçekleştiği, zira markanın iletişim, reklam gibi diğer fonksiyonlarının adil ve bozulmamış rekabetle bağdaşmayan davranışlarla ciddi şekilde tehlikeye atıldığı durumlarda korumanın devreye gireceği ifade edilmiştir<sup>40</sup>. Yine doktrinde ABAD tarafından benimsenen genişletilmiş koruma yaklaşımının bazı durumlarda gerekli olabileceği, zira aynı markanın aynı mal veya hizmetlerde kullanımı halinde (özellikle de bu kullanım mal veya hizmetleri ayırt etmek amacıyla gerçekleşmemişse) doğrudan tecavüzün mevcudiyetine kanaat getirilemeyeceği, bu durumda tecavüzün tespiti için ilgili kullanımın markanın fonksiyonlarına (özellikle de köken gösterme fonksiyonuna) olumsuz etki yaratıp yaratmadığına ilişkin değerlendirmenin dikkate alınmasının yerinde olacağını savunan görüş de mevcuttur<sup>41</sup>.

<sup>34</sup> Bkz. Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 139-145. Yazar, tanınmış markaların sulandırılmaya karşı korunmalarında tüketicilerden ziyade marka sahiplerinin menfaatinin korunmasının amaçlanmakta olduğunu kabul etse de sulandırılmaya ilişkin değerlendirme yapılırken marka sahipleri ile tüketici ve geniş anlamda toplumun çatışan menfaatleri arasında optimal bir denge sağlanması gerektiğini de ayrıca belirtmiştir.

<sup>35</sup> Senftleben (n 16) 518-519.

<sup>36</sup> Yasaman, *Marka Hakkının İhlali* (n 19) 63.

<sup>37</sup> Case C-323/09 *Interflora Inc. and Interflora British Unit v Marks & Spencer plc and Flowers Direct Online Ltd.* [2011] ECR I-08625, para 40.

<sup>38</sup> Nitekim doktrinde, çifte ayniyet durumunda marka sahibine sağlanan korumanın herhangi bir koşula bağlanmadan mutlak olduğu; fakat fonksiyon teorisiyle birlikte tecavüzün markanın fonksiyonlarından birinin zarar görmüş olması koşuluna bağlandığı belirtilmiştir. Rafael Garcia-Pérez, 'Some Certainties and Some Uncertainties in European Union Trade Mark Law' (2023) 72(11), GRUR International 1018, 1023.

<sup>39</sup> Kur and Senftleben (n 29) 293.

<sup>40</sup> Kur, *Trade Marks Function* (n 15) 442.

<sup>41</sup> Yasaman, *Marka Hakkının İhlali* (n 19) 62-63.

## D. AB MEVZUATINDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN MARKA HAKKININ KAPSAMI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ABAD tarafından geliştirilen fonksiyon teorisine yönelik eleştiriler sonrası, Avrupa Komisyonu, AB Marka Hukuku değişikliklerine ilişkin sunmuş olduğu öneride, fonksiyon teorisinin hukuki belirsizlik yarattığını, burada markanın aynen kullanım halleri ile tanınmış markalara sağlanan koruma halleri arasındaki ilişkinin bulanıklaştığını; bu sebeplerle de aynen kullanım hallerinde sağlanacak olan korumanın markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonuna zarar veren veya verme ihtimali olan kullanımlar ile sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir<sup>42</sup>. Lakin bu öneri reddedilmiştir<sup>43</sup>.

AB'de yapılan mevzuat değişikliklerine bakıldığında, marka sahibinin haklarının üçüncü kişilerin ve genel olarak toplumun çıkarları da gözetilerek önceki düzenlemelere nazaran kısıtlanmak istendiği görülmektedir. Gerçekten de 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi'nde ABAD tarafından benimsenen fonksiyon teorisinin mevzuata alınmadığı<sup>44</sup> ve tescilli bir markanın ayırt edici nitelikte olmayan kullanımlarında üçüncü kişilerin ihtiyaçlarına daha fazla önem verildiği görülmektedir. Nitekim AB Marka Direktifi'nin gerekçesinin 18. maddesinde marka hakkına tecavüzün yalnızca tecavüze konu işaretin ticarete mal veya hizmetleri ayırt etmek amacıyla kullanılması halinde mümkün olabileceği, işaretin mal veya hizmetleri ayırt etme amacı dışındaki kullanımlarının ise ulusal hukuk hükümlerine tabi olacağı düzenlenmiştir. Bu hükümden yola çıkarak tecavüz fiili için ayırt edici nitelikte bir kullanımın arandığı;

fakat ayırt edici nitelikte olmayan her kullanımın ise hukuka uygun kabul edilmediği, bu durumun üye ülkelerin yasal mevzuatı ile düzenlenebileceği söylenebilecektir. Yine Direktif m.10/6'da aynı maddenin 1., 2., 3. ve 5. fıkra hükümlerinin, herhangi bir üye ülkenin, bir markanın haklı bir neden olmaksızın haksız bir avantaj sağlayacak şekilde veya markanın ayırt edici karakterine yahut itibarına zarar verecek şekilde; fakat mal veya hizmetleri ayırt etme amacı dışındaki kullanımına karşı marka sahibine koruma sağlayan ulusal hükümlerini etkilemeyeceği belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, markanın ayırt edici nitelikte olmayan kullanımlarına karşı koruma üye ülkelerin ulusal düzenlemelerine (kendi inisiyatiflerine) bırakılmıştır.

Bunun yanı sıra, yine ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin kullanımının da dürüst uygulamalara uygun olması koşuluyla marka hakkı sahibi tarafından önlenemeyeceği düzenlenmiştir [AB Marka Direktifi ve Marka Tüzüğü m.14/1-(b)]. Bu hüküm SMK'da yer almamaktadır. İlgili hükmü meydana gelebilecek birtakım olası durumlar açısından incelemekte fayda bulunmaktadır. Buna göre, özü itibarıyla ayırt edici niteliğe sahip olmayan ve kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanarak tescil edilmiş bir markanın daha sonradan birtakım sebeplerle bu ayırt edici gücünü yitirmesi halinde<sup>45</sup> üçüncü kişiler bu markanın aynısını yahut benzerini kullanarak kullandıkları işaretin ayırt edici niteliğe sahip olmadığına ilişkin savunmayı ilgili hükme dayanarak yapabileceklerdir. Burada üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek kullanımların ayırt edici amaçla gerçekleşip gerçekleşmediği de önem taşımayacaktır. Yine, örneğin özü itibarıyla ayırt edici niteliğe sahip olmayan fakat üzerine bir sözcüğün eklenmesiyle ayırt edici niteliğe kavuşmuş ve tescil edilebilmiş bir üç boyutlu şekil, üzerindeki sözcük olmadan üçüncü kişiler tarafından ilgili hükme dayanılarak rahatlıkla kullanılabilir<sup>46</sup>. Lakin üçüncü kişiler tarafından

<sup>42</sup> European Commission, 27.03.2013, COM (2013) 162 final, 2013/0089 (COD): Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council to Approximate the laws of the Member States Relating to Trade Marks, Explanatory Memorandum, 6.

<sup>43</sup> Yasaman, *Marka Hakkının İhlali* (n 19) 62; Kur, *Trade Marks Function* (n 15) 438, 439; Bonomo and Magnani (n 7) 696, 697; Arkan (n 16) 9-11.

<sup>44</sup> Doktrindeki bir görüş ise aynen kullanım hallerinde sağlanacak olan korumanın markanın yalnızca köken gösterme fonksiyonuna zarar veren veya verme ihtimali olan kullanımlar ile sınırlandırılması gerektiğine ilişkin Avrupa Komisyonu tarafından getirilen önerinin reddedilmiş olmasını, fonksiyon teorisinin mevzuat değişiklikleriyle de kabul edilmiş olduğu şeklinde yorumlamıştır. Garcia-Pérez (n 38) 1023.

<sup>45</sup> Burada ayırt edici gücünü yitirmiş olan bir markanın jenerik hale gelmediği sürece iptalinin de söz konusu olmayacağı unutulmamalıdır.

<sup>46</sup> İlgili mevzuat hükmü lafzından yola çıkılarak yorumlanacak olursa, ayırt edici ve ayırt edici olmayan unsurların birleşiminden oluşan bir işaretin ilgili hükmün kapsamında kalmayacağı, zira bu şekilde meydana gelmiş bir işaretin "ayırt edici niteliğe sahip olmayan bir işaret" sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, kullanılacağı işarete ayırt edici nitelikte unsurlar ekleyerek

ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretlerin kullanımını ancak dürüst uygulamalara uygun olmaları halinde hukuka uygun sayılacaktır. Bu durumda, üçüncü kişilerin bu hükümden faydalanıp faydalanamayacaklarına ilişkin tespitte belirleyici nokta esasında kullanımın dürüst uygulamalara uygun olup olmadığı olacaktır.

Konuya ilişkin olarak AB'de gerçekleşen mevzuat değişiklikleriyle getirilen bir diğer önemli yenilik ise dürüst uygulamalara uygun olması şartıyla başkasına ait markanın sanatsal ifade amacıyla kullanımının hukuka uygun sayılmasına ilişkindir. Buna göre, AB Marka Direktifi'nin gerekçesinin 27. maddesi ile AB Marka Tüzüğü'nün gerekçesinin 21. maddesinde başkasına ait bir markanın sanatsal ifade amacı ile kullanılması durumunda söz konusu kullanımın ticari ve sınai konularda dürüst uygulamalara uygun düşmesi şartıyla hukuka uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir. Hükmün devamında ise ilgili mevzuat uygulanırken başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere mutlak şekilde saygı gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>47</sup>.

Görüldüğü üzere, ABAD tarafından benimsenen fonksiyon teorisinin mevzuat değişikliklerinde pek kabul görmediği ve marka sahibine tanınan münhasır hakkın sınırlandırılmak istendiği söylenebilecektir. Doktrinde de ilgili değişiklikler ile ABAD tarafından benimsenen fonksiyon teorisinden farklı

bir yol izlendiği, zira marka hakkına tecavüzün ayırt edici nitelikte olan kullanımlar ile mümkün olacağı öngörüldüğü<sup>48</sup>, bu durumda markanın ayırt edicilik fonksiyonunun marka sahibine tanınan münhasır hakkın temelini oluşturduğu ve bu hakkın kapsamını belirlediği öne sürülmüştür<sup>49</sup>. Diğer taraftan, yeni düzenlemelerde, hukuka uygun kullanım hallerinin (ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin kullanımının eklenmesiyle) genişletildiği de görülmektedir, bu durumda üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen her ayırt edici nitelikte olmayan kullanımın kendiliğinden hukuka uygun kabul edilmediği bunların ancak dürüst uygulamalara uygun olmaları halinde hukuka uygun hale gelecekleri unutulmamalıdır<sup>50</sup>.

### III. MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN KULLANIMININ DÜRÜST KULLANIM ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. DÜRÜST KULLANIMIN TESPİTİ

AB Marka Tüzüğü'nün gerekçesinin 21. maddesi ile AB Marka Direktifi'nin gerekçesinin 27. maddesinde, marka sahibine sağlanan münhasır hakkın, sahibine, üçüncü kişilerin endüstriyel ve ticari konularda adil ve dolayısıyla dürüst uygulamalara uygun kullanımlarını yasaklama hakkı vermemesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu durumda, önemli olan üçüncü kişi kullanımlarının dürüst uygulamalara uygun olması olacaktır. Burada üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilecek olan kullanımın hangi koşullar altında dürüst kullanım sayılacağı, diğer bir ifadeyle hangi koşullar altında marka sahibinin haklarına zarar vermeyeceğinin belirlenmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak sözü edilen dürüstlük; ticari ve sınai konulardaki uygulamalara ve teamüllere uygun hareket etme, bu konularda dürüstlük kurallarına uymaktır<sup>51</sup>.

kendi mal veya hizmetlerini marka hakkı sahibinin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye çalışan bir kişinin ilgili savunmadan yararlanamayacağı, fakat marka hakkı sahibinin yukarıda belirtildiği üzere ayırt edici niteliğe sahip olmayan işaretinin (şeklinin) aynısını yahut benzerini kullanan kişinin bu savunmaya rahatlıkla dayanabileceği şeklinde anlamsız bir sonuca ulaşılabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, marka hakkı kapsamının istisnalarına ilişkin ilgili hükümden yer alan "ayırt edici nitelikte olmayan işaretlerin kullanımı" ibaresinin ayırt edici nitelikte olmayan unsurların kullanımını da içerecek şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Kur, *Color and Shape Marks* (n 6) 102-103.

<sup>47</sup> Nitekim konuya ilişkin olarak Alman Mahkemelerinin önüne gelen bir davada, üçüncü kişi tarafından kullanılan kartpostalların arka fonunda, Milka'nın mor renk markasının kullanılması ve Milka reklamlarında yer alan inek ve dağların bulunduğu doğa yaşamıyla alay eden bir şiire yer verilmesi, mahkeme tarafından markasal bir kullanım olarak nitelendirilse de, sanat özgürlüğünün üstün gelmesi gerektiği belirtilerek söz konusu kullanımın AB Marka Direktifi m.10/2-(c) bendi uyarınca "haklı neden" oluşturduğuna kanaat getirilmiştir. Bkz. *Yasaman ve Yasaman* (n 10) 1792.

<sup>48</sup> Bkz. AB Marka Direktifi'nin gerekçesi m.18.

<sup>49</sup> *Bonomo and Magnani* (n 7) 687.

<sup>50</sup> *Bonomo and Magnani* (n 7) 698.

<sup>51</sup> Bunun yanı sıra, SMK'nın konuya ilişkin hükmünde yer alan ifadeden Türk Medeni Kanunu (TMK) m.2 anlamında dürüstlük kuralının dikkate alınıp alınmayacağından da söz etmek gerekir. TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralı gereğince, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Burada sözü edilen dürüstlük kuralları tüm özel hukuk ilişkilerinde uyulması gereken doğruluk ve güven kurallarıdır. Dolayısıyla, TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralı ile

Marka hakkının kapsamı ve istisnalarına ilişkin mahkeme kararlarına bakıldığında, marka sahibi ile üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatleri arasında bir denge kurulmaya çalışıldığı görülmektedir. Nitekim çifte aynıyet kuralı açısından uygulama alanı bulan fonksiyon teorisi de bu amaçla ortaya çıkmış; ama mevzuat değişikliklerinde yerini bulamamıştır. Marka hakkı sahibi ile üçüncü kişilerin menfaatleri arasındaki dengenin sağlanabilmesi açısından en önemli husus esasında üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın dürüst uygulamalara uygun olup olmadığını belirlemek olacaktır.

AB Marka Tüzüğü ve Marka Direktifi m.14 ile SMK m.7/5'te de hukuka uygun kullanım halleri düzenlenmiş olup bu hallerin düzenlendiği hükümlerde de temel koşul markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe kullanılmasıdır; fakat dürüstlüğün ne şekilde olması gerektiğine ilişkin kesin kriterler bulunmamaktadır. Ancak bir başkasının markasıyla iltibasa sebep olacak şekilde bir işareti kullanma yahut yine bir başkasının itibarından, ününden haksız bir şekilde faydalanmaya çalışmanın doğruluk ve güven kurallarına aykırılık teşkil edeceği şüphesizdir<sup>52</sup>. Konuya ilişkin verilmiş olan ABAD kararlarına bakıldığı takdirde de yetkisiz kullanıma izin verilmesi için marka hakkı sahibinin menfaatlerine aykırı bir kullanımın bulunmaması gerektiği<sup>53</sup>, markaların benzer olmasının doğrudan dürüstlük

SMK m.7/5'te sözü edilen dürüstlük kavramı arasında bir genellik-özellik ilişkisinin bulunduğu ve SMK m.7/5 anlamındaki ticari dürüstlük kuralları yorumlanırken ticari alandaki teamüllerin yanı sıra genel hüküm olan TMK'nın 2. maddesinden de yararlanılabileceği söylenebilecektir. Bozkurt (n 5) 49; Esin Çamlıbel Taylan, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2001) 62-63. Benzer yönde bkz. Ünal Tekinalp, 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması', *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan* (Beta Basın Yayın 1998) 633, 641. Buna karşılık, doktrinde TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralının hakkın sahibini özne olarak ele aldığı, SMK m.7/5'te ise marka sahibinin değil, üçüncü kişilerin kullandıklarının esas alındığı ve yine ticari teamül olarak yerleşen bir uygulamanın dürüstlük kuralına aykırı olmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu ifade edilmiştir. Buna ek olarak ticari teamül sınırlamasından bağımsız olarak genel nitelikte dürüstlük kuralının kabul edilmesinin marka hakkına müdahale edilmesi ve menfaatler dengesinin marka sahibi aleyhine bozulması anlamına geleceği de ayrıca belirtilmiştir. Büyükkılıç, *Dürüst Kullanım* (n 21) 205.

<sup>52</sup> Çamlıbel Taylan (n 51) 62-63.

<sup>53</sup> Case C-63/97 *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) and BMW Nederland BV v Ronald Karel Deenik* [1999] ECR I-00905, para 61, Bozkurt (n 5) 52.

kuralına aykırı sonuç doğurmayacağı, bu durumda somut olayın tüm koşullarının incelenmesi gerektiğine<sup>54</sup> hükmedildiği görülmektedir. Yine ABAD tarafından verilmiş olan konuya ilişkin bir kararda da üçüncü kişinin işareti iltibas yaratacak veya önceki markanın tanınmışlığından haksız yarar elde edecek yahut markanın itibarının zedelenmesine yol açacak şekilde kullanması veya önceki markayı doğrudan taklit etmesi gibi durumlarda dürüst kullanımdan bahsedilmeyeceği belirtilmiştir<sup>55</sup>. Bu durumda, ticari yahut teknik bir zorunluluk bulunmadığı halde, yalnızca bir başkasının markasıyla iltibas yaratma amacıyla bir marka kullanılıyor ise, dürüst kullanımdan söz edilemeyecektir<sup>56</sup>.

Dürüst kullanımdan söz edilebilmesi için markasal kullanım dışında kalan bir kullanımın gerekeceği şeklinde bir koşulun öngörülmesi de doğru olmayacaktır<sup>57</sup>. Markasal kullanım ile kastedilen

<sup>54</sup> Case C-100/02 *Gerolsteiner Brunnen GmbH & Co. v Putsch GmbH* [2004] ECR I-00691, paras 25-27 (Kısaca "Gerolsteiner Brunnen Kararı" olarak anılacaktır), Bozkurt (n 5) 52.

<sup>55</sup> Case C-228/03 *The Gillette Company & Gillette Group Finland Oy v LA-Laboratoires Ltd Oy* [2005] ECR I-02337, para 49 (Kısaca "Gillette Kararı" olarak anılacaktır).

<sup>56</sup> Çolak (n 1) 846.

<sup>57</sup> Gerolsteiner Brunnen Kararı, paras 14, 15.

Zira AB mevzuatının ilgili hükümleri ile SMK'nın konuya ilişkin hükmünde böyle bir koşuldaki söz edilmemiştir. Nitekim ARKAN da hukuka uygun kullanım hallerinin düzenlenmiş olduğu hükümde işareti markasal olarak kullanılmaması şartıyla değil, dürüst uygulamalara uygun düşmesi şartıyla üçüncü kişi tarafından kullanımına izin verildiğini, dolayısıyla da markasal kullanımın bulunmadığı durumlarda da işareti kullanımının dürüstlük kurallarına aykırı düşmesi halinde marka hakkına tecavüz fiilinin gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir. Arkan (n 21) 8. İMİRLİOĞLU da bir ad önceden alınıp marka olarak tescil ettirilse bile aynı adı taşıyan üçüncü kişinin de dürüstlük ilkesine uymak koşuluyla ve gerekli ayırt edici eki olarak aynı adı marka olarak tescil ettirebileceğini ifade etmiştir. Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi 2018) 36. Buna karşılık ÇAĞLAR ise dürüst kullanım istisnalarından biri olan başkasına ait markanın kendi ad veya adresinin belirtilmesi amacıyla dürüst uygulamalara uygun olarak kullanılmasına ilişkin hükümde üçüncü kişinin başkası adına tescilli olan markayı kendi adı veya soyadı ile aynı olduğu gerekçesiyle yine marka olarak tescil ettiremeyeceğini, burada üçüncü kişilerin engellenemeyecek kullandıklarının yalnızca markasal olmayan kullandıklarını kapsadığını belirtmiştir. Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi 2015) 160-161. Benzer şekilde BİLGE de tescilli bir markayla çatışan sonraki tarihli bir unvanın kullanımının ancak unvensal nitelikte bir kullanım diğer bir ifadeyle markasal olmayan bir kullanım niteliğinde olduğu sürece dürüst sayılabileceğini ifade etmiştir. Mehmet Emin Bilge, 'Marka ve Ticaret Unvanı Arasında

markanın köken gösterme fonksiyonu itibariyle, kullanılan mal veya hizmetlerin farklılıklarını göstermeye yarayan bir kullanım şeklidir<sup>58</sup>. Markasal kullanımdan söz edilebilmesi için ilgili çevrenin, işareti markasal olarak algılaması, bunun için de kullanımın işletmesel köken gösterebilecek seviyede olması gerekir<sup>59</sup>. Buna karşılık, dürüst kullanımın tespiti açısından üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın markasal nitelikte olmadığına dair savunmanın bazı durumlarda yetersiz kalacağı söylenebilecektir. Örneğin; son yıllarda kullanımları gittikçe artan renk markası yahut üç boyutlu marka gibi geleneksel olmayan marka türlerinin üçüncü kişiler tarafından kullanılmaları halinde bu kullanımların markasal nitelikte olup olmadığını belirlemek oldukça güçtür. Dolayısıyla, üçüncü kişilerin bu tip markaları markasal amaçlı kullanmadıklarına dair savunmanın mahkemeler nezdinde sonuç vermesi de zor olacaktır. Bu sebeple de dürüst kullanımın mevcudiyetine ilişkin tespitite markasal bir kullanımın bulunup bulunmadığını ölçüt olarak ele almak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Nitekim konuya ilişkin bir dava<sup>60</sup> Almanya'da görülmüştür. Alman Federal Mahkemesi, basılı iki dilli sözlükler için tescil edilmiş olan sarı rengin; Rosetta Stone'a ait dil eğitim programlarını da içeren yazılım ürünleri üzerinde, internet sayfasında kullanılmasının tescilli marka-

ya yönelik ihlal oluşturduğuna ilişkin Alman Federal Patent Mahkemesi kararını<sup>61</sup> onamıştır. Somut olayda sarı rengin kullanıldığı sözlüklerin üzerinde açık mavi renkte büyük bir "L" harfinin bulunması ve yine bu rengin üçüncü kişi olan Rosetta Stone tarafından sözcük markasının arka planında kullanılmış olması ve üçüncü kişinin markasının birtakım resimli ve grafiksel unsurlar içeriyor olması da sonuca etki etmemiştir. Zira mahkeme bunlara rağmen Rosetta Stone tarafından kullanılan sarı rengin dekoratif amaçlı değil, köken gösteren bir işaret olarak kullanıldığı sonucuna varmıştır. Diğer bir ifadeyle, mahkemeye göre somut olayda markasal kullanım söz konusudur. Dolayısıyla da mahkeme markalar arasındaki benzerlik karşılaştırmasında renk unsurunun temel alınması gerektiğini ifade etmiştir<sup>62</sup>.

Bunun yanı sıra, doktrinde marka hakkı sahibine yalnızca tüketici nezdinde meydana gelebilecek karıştırma ihtimaline karşı koruma sağlanmadığı, bu korumanın tanınmış markalar açısından genişletildiği; dolayısıyla da dürüst kullanıma ilişkin tespit yapılırken yalnızca tüketici nezdinde meydana gelebilecek karıştırma ihtimalini esas almanın yetersiz kalacağı belirtilmiştir<sup>63</sup>. Hatta yukarıda da sözü edil-

İltibas' (2015) 1(2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 7, 16. Yargıtay da dürüst kullanıma ilişkin istisnaların uygulanabilmesi için üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın markasal nitelikte olmaması gerektiği görülmüştür. Bkz. Yargıtay 11 HD, 2187/2143, 08.03.2021; Yargıtay 11 HD, 90/3985, 12.10.2020; Yargıtay 11 HD, 3414/6430, 22.11.2017, Büyükkılıç, *Dürüst Kullanım* (n 21) 207, dn. 42.

Yine doktrinde ABAD kararlarından yola çıkılarak marka hakkına tecavüz için markasal kullanımın arandığı, dürüst kullanıma ilişkin hükmün ise bunun istisnası niteliğinde olduğundan burada yapılacak tespitite markasal kullanımın bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Grace Smith, 'Honest Commercial Use in Light of the ECJ's Gerolsteiner Ruling', in Jeremy Phillips (ed), *Trade Marks at the Limit* (Edward Elgar Publishing 2006) 137, 141.

<sup>58</sup> Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (n 21) 433; Arkan (n 21) 5, dn. 1. Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar markasal kullanım kavramını bundan daha geniş yorumlamıştır. Bkz. yukarıda dn. 21.

<sup>59</sup> Yıldırım Keser, 'Marka Hukuku'nda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanma' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014) 119.

<sup>60</sup> Langenscheidt v. Rosetta Stone, BGH, 23.10.2014, GRUR 581, 2015. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Kur, *Color and Shape Marks* (n 6) 92-93.

<sup>61</sup> BPatG, 08.03.2013, GRUR 844, 2013, Kur, *Color and Shape Marks* (n 6) 92-93.

<sup>62</sup> Nitekim doktrinde ilgili çevrenin geleneksel olmayan markaları çoğunlukla köken gösteren bir işaret olarak algılama alışkanlığına sahip olmadığı, dolayısıyla da bu marka türlerinin sulandırmaya karşı daha hassas olabilecekleri ifade edilmiştir. Burada üçüncü kişinin böyle bir marka türünü kullanması halinde bu kullanımın dürüst kullanım kapsamında kaldığını ispat etmenin zor olacağı ve çoğunlukla bu kullanımın tecavüz teşkil edeceği belirtilmiştir. Karin Cederlund and Petra Hansson, 'Non-Traditional Trade Marks: Unauthorised but Permitted Use' in Jeremy Phillips (ed), *Trade Marks at the Limit* (Edward Elgar Publishing 2006) 265, 269-270. Bununla beraber durum farklı açıdan da değerlendirilebilir. Örneğin, üç boyutlu bir şeklin ilgili çevre nezdinde köken gösteren bir işaret olarak algılanması diğer işaretlere nazaran oldukça güçtür. Dolayısıyla da üç boyutlu bir şeklin hangi durumlarda köken gösteren bir işaret olarak kullanıldığını belirlemek ve üçüncü kişinin de benzer bir şekli bu amaçla kullandığını ispatlamak kolay olmayacaktır. Özellikle de üç boyutlu şekillerin malın kendi şeklinden oluştuğu durumlarda, marka tanınmış bir marka değilse, üçüncü kişinin benzer şekli kullanması ortalama düzeydeki tüketici nezdinde köken gösterme amacıyla kullanıldığı algısı yaratmayacaktır. Kur, *Color and Shape Marks* (n 6) 95; Başak Karmutoğlu, *Geleneksel Olmayan Markaların Tescili* (On İki Levha Yayıncılık 2023) 449.

<sup>63</sup> Lotte Anemaet, 'Which Honesty Test for Trademark Law? Why Traders' Efforts to Avoid Trademark Harm Should Matter When

diği üzere<sup>64</sup>, ABAD kararlarıyla geliştirilen fonksiyon teorisi uyarınca yalnızca tanınmış markalar açısından değil, tüm markalar açısından korumanın genişletildiği görölmektedir.

## B. DÜRÜST KULLANIMIN TESPİTİNE İLİŞKİN ABAD TARAFINDAN BENİMSENEN YAKLAŞIM

ABAD tarafından konuya ilişkin olarak verilmiş olan kararlara bakıldığında, mahkemenin dürüst kullanımın tespiti açısından, marka hakkı sahibinin menfaatleri ile üçüncü kişilerin ve kamunun menfaati arasında bir denge kurmaya çalıştığı, dolayısıyla da yalnızca marka hakkının ihlaline ilişkin mevzuatta yer alan koşulların mevcut olup olmadığını değil, bunlara ek olarak somut olaya ilişkin tüm koşulları dikkate aldığı, bu konuda yalnızca soyut verilere değil, birtakım somut verilere de dayandığı görölmektedir. Buna göre, markaya belli bir açıdan zarar verse dahi üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanım doğrudan dürüst uygulamalara aykırı sayılmayabilecektir. Örneğin, *Gerolsteiner Brunnen* kararına<sup>65</sup> konu olayda, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanım işitsel açıdan karışıklığa yol açsa da mahkeme tarafından dürüst uygulamalara aykırı bulunmamıştır. Davada maden suları açısından tescilli olan “*GERRI*” markasının sahibi, davalı tarafın “*Kerry Spring*” yazılı etiketler altında yumuşak içecekler pazarlayarak kendisine karşı marka hakkına tecavüzde bulunduğunu iddia etmiştir. Davalı taraf ise, piyasaya sunduğu içeceklerin İrlanda'nın Kerry Kontluğu'ndan gelen suyla yapıldığını ve bu doğal kaynağın maden suları açısından belirlenen doğal kaynaklar listesine dahil edildiğini belirtmiştir. Davalı tarafın kullanımı coğrafi kaynak belirttiği için dürüst uygulamalara da uygun düşmesi halinde marka hakkı kapsamının istisnalarından sayılabilecektir. Mahkemeye göre, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın markasal olması bu kullanımın doğrudan dürüst uygulamalara aykırı olduğunu göstermemektedir<sup>66</sup>. Mahkeme, davacının

markası ile davalı tarafından marka olarak kullanılan coğrafi yer adının işitsel olarak karışıklık yaratıyor olmasının dürüst uygulamalara aykırı bir kullanımın mevcut olduğu sonucuna varmak için yeterli olmadığını da ayrıca belirtmiştir<sup>67</sup>. Mahkeme somut olaya ilişkin tüm koşulların (örneğin; etiketlenmenin şekli, karıştırılma ihtimalinin mevcut olup olmadığı gibi) yerel mahkemeler tarafından değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>68</sup>. Mahkemenin etiketlenmenin şekline atıf yapması, doktrinde dürüst uygulamalara ilişkin değerlendirme yapılırken subjektif bir yol izlenmesi gerektiğinin ABAD tarafından da kabul edildiği anlamına geldiği şeklinde yorumlanmıştır. Buna göre, etiketlenmenin şeklinden yola çıkılarak davalı tarafın kasıtlı olarak markanın itibarına zarar verip vermediği yahut bundan faydalanmaya çalışıp çalışmadığı gibi hususlar, diğer bir ifadeyle gerçek niyeti hakkında bilgi edinilebilecektir<sup>69</sup>. Sonuç olarak, mahkemenin işitsel benzerliğin mevcudiyetine rağmen kullanımın dürüst olabileceğini kabul ettiği görölmektedir.

Konuya ilişkin bir başka karar ise *Anheuser-Busch* kararıdır<sup>70</sup>. Dava, biralar açısından kullanılan “*Budweiser*” markasının sahibi tarafından, davalının biralar açısından “*Budvar*” markasını kullandığı ve bunu Finlandiya'ya ithal ettiği gerekçesiyle marka hakkına tecavüzde dayanılarak açılmıştır. Somut olayda, davalı tarafından kullanılan *Budvar* markası, ürünün *Budweiser Budvar* ulusal bira fabrikası tarafından mayalanıp şişelendiği şeklinde küçük boyutlarda yazılmış bir yazıyla beraber etiketlenmiştir. Mahkeme buradaki kullanımın dürüst kullanım sayılabilmesi için üçüncü kişi tarafından kullanılan ismin ilgili çevre nezdinde ne şekilde anlaşıldığının önem taşıdığını, diğer bir ifadeyle ilgili çevrenin yahut ilgili çevrenin önemli bir kısmının kullanılan isim sebebiyle üçüncü kişi ile marka sahibi arasında ekonomik yönden bir bağlantı bulunduğu veya üçüncü kişinin marka sahibi tarafından markayı kullanma hususunda yetkili kılındığı algısı-

Assessing Honest Business Practices' (2021) 70(11), GRUR International 1025, 1033.

<sup>64</sup> Bkz. “I. C. 2. Fonksiyon Teorisine İlişkin Öne Sürülen Eleştiriler” başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>65</sup> Gerolsteiner Brunnen Kararı, bkz. yukarıda dn. 54.

<sup>66</sup> Gerolsteiner Brunnen Kararı, paras 14, 15.

<sup>67</sup> Gerolsteiner Brunnen Kararı, para 25.

<sup>68</sup> Gerolsteiner Brunnen Kararı, para 26.

<sup>69</sup> Smith (n 57) 142; Lotte (n 63) 1035.

<sup>70</sup> Case C-245/02 *Anheuser-Busch Inc. v Budějovický Budvar, národní podnik* [2004] ECR I-10989 (Kısaca “*Anheuser-Busch Kararı*” olarak anılacaktır).

na sahip olup olmadığına ve yine üçüncü kişinin bu durumun farkında olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiğini vurgulamıştır<sup>71</sup>. Mahkemeye göre, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın tescilli markanın itibarından haksız yarar elde etme sonucunu doğurup doğurmadığının tespitinde markanın kullanıldığı malların satışından üçüncü kişinin elde edebileceği kâr da dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, mahkemeye göre, davalının kullanımının haksız olup olmadığı hususunda somut olaya ilişkin tüm faktörler dikkate alınarak genel bir değerlendirme yapmak gerekir. Burada ABAD, yalnızca tüketici nezdinde meydana gelebilecek olan karıştırma ihtimalini dikkate almamış, üçüncü kişinin bu karıştırma ihtimalinin farkında olup olmadığını yahut farkında olmasının kendisinden beklenip beklenebileceğini de göz önünde bulundurmıştır. Bu durumda mahkemeye göre, karıştırma ihtimali mevcut olsa dahi eğer üçüncü kişi bunun farkında değilse yahut farkında olması kendisinden beklenemiyorsa üçüncü kişinin markayı kullanımına yine izin verilebilecektir. Ürünün ne şekilde sunulduğu da dahil olmak üzere konuya ilişkin tüm faktörler üçüncü kişinin kullanımının dürüst olup olmadığını tespitinde yol gösterici olabilecektir<sup>72</sup>. Örneğin, markanın tanınmış olması halinde üçüncü kişinin tüketici nezdinde karıştırma ihtimalinin meydana gelebileceğinin farkında olması daha muhtemel olacak ve böylelikle üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen kullanımın dürüst uygulamalara uygun olmadığı da varsayılabilir<sup>73</sup>. Bu dava, üçüncü kişi kullanımlarının dürüst uygulamalara uygun olup olmadığını tespitinde marka hakkına tecavüze ilişkin dikkate alınan ölçütlerden daha geniş bir değerlendirme yapıldığını ve mahkemelerin söz konusu tespiti yaparken daha

davranış temelli bir yaklaşım sergilemelerine müsaade edildiğini göstermektedir<sup>74</sup>.

Konuya ilişkin olarak dikkate alınması gereken bir diğer karar da *Gillette & LA Laboratories* kararıdır<sup>75</sup>. Dava, Gillette firması tarafından davalıya ait *Parason Flexor* markası altında satılan tıraş bıçaklarının ambalajları üzerindeki etikette “*Gillette Sensor ve Parason Flexor markalı bütün gövdeler bu bıçakla uyumludur*” şeklinde bir açıklamanın bulunması sebebiyle marka hakkına tecavüz gerekçesiyle açılmıştır. Mahkeme bu şekilde bir ibarenin ancak ürünün kullanım amacıyla ilgili bilgi verilmesi bakımından gerekli olması halinde kullanılabileceğini, dolayısıyla konunun *Gillette* markasına referans verilmesinin gerekli olup olmadığı hususunda yoğunlaşarak incelenmesi gerektiğini ve bu değerlendirmenin de yerel mahkemeler tarafından yapılabileceğini belirtmiştir. Dürüst kullanıma ilişkin olarak ise mahkeme, üçüncü kişi ile marka sahibi arasında ticari bir bağlantı bulunduğu izleniminin yaratılması, markanın ayırt ediciliğinden veya itibarından haksız yararlanma suretiyle değerinin etkilenmesi, markanın itibarının zedelenmesine veya kötülenmesine yol açılması yahut üçüncü kişinin mallarını markalı malın bir taklidi olarak sunması gibi hallerde dürüst kullanımdan söz edilemeyeceğini ifade etmiştir<sup>76</sup>. Görüldüğü üzere, ABAD dürüst kullanımın tespitinde markaya tecavüz hallerini doğrudan birer ölçüt olarak dikkate almış, bunu da kararında açıkça belirtmiştir. Buna karşılık ABAD tarafından verilen sonraki tarihli bir kararda, dürüst kullanımın tespitinde *Gillette* kararındaki gibi tecavüz halleri birer ölçüt olarak dikkate alınmamıştır<sup>77</sup>. Dolayısıyla, dürüst kullanımın tespitinde tecavüz hallerinin doğrudan birer ölçüt olarak dikkate alınıp alınmayacağı açık değildir. Yine *Gillette* kararında, dürüst kullanımın tespitinde markanın ne şekilde kullanıldığı da dahil olmak üzere konuya ilişkin tüm faktörlerin dikkate alınması gerektiği, burada markayı kullanan üçüncü kişinin tüketici nezdinde karışıklık yaratmamak için herhangi bir çaba gösterip göstermediğinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ayrıca ifade edilmiştir. Görüldü-

<sup>71</sup> Anheuser-Busch Kararı, para 83. Aynı yaklaşım ABAD tarafından verilen sonraki tarihli *Céline* kararında da benimsenmiştir. Bkz. Case C-17/06 *Céline SARL v Céline SA*. [2007] ECR I-07041, para 34.

<sup>72</sup> Lotte (n 63) 1035.

<sup>73</sup> Po Jen Yap, 'Neither Celine Nor Gillette is Defensible!' (2008) 30(7), *European Intellectual Property Review* 286, 289. Bir başka örnek olarak da tacirler gösterilebilecektir. Zira bir tacirden beklenen kullandığı işaretin tescilli bir markayla karıştırılma ihtimali yaratabileceğini öngörmesidir. Burada yapılacak olan değerlendirmede basiretli bir tacirin tüketici nezdinde karışıklığın meydana gelmemesi için ne gibi önlemler alması gerektiği ve somut olayda bu önlemlerin alınıp alınmadığı dikkate alınmalıdır. Lotte (n 63) 1037-1038.

<sup>74</sup> Lotte (n 63) 1035.

<sup>75</sup> *Gillette* Kararı, bkz. yukarıda dn. 55.

<sup>76</sup> *Gillette* Kararı, paras 42-45.

<sup>77</sup> Bkz. Case C-17/06 *Céline SARL v Céline SA*. [2007] ECR I-07041.



ğü gibi, mahkeme yalnızca markaya tecavüz hallerini birer ölçüt olarak dikkate almamış, yerel mahkemelerin dürüst kullanımın tespitinde markayı kullanan üçüncü kişinin marka hakkı sahibinin haklarının zarar görmemesi açısından herhangi bir önlem alıp almadığının da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir<sup>78</sup>. Bu durum yapılacak olan tespitin daha somut verilere dayanmasına olanak sağlamakta ve konuya ilişkin kararları da tamamıyla değiştirebilecek niteliktedir. Zira örneğin; tescilli markanın oldukça benzerinin yine benzer mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda, markayı kullanan kişi tüketici nezdinde karıştırma ihtimalinin meydana gelmemesi açısından makul bir çaba sarfederse, bu husus karışıklığın meydana gelmesini önleyebilecek ve kullanımı hukuka uygun hale getirebilecektir<sup>79</sup>. Bu durum ABAD'ın dürüstlük ibaresini daha geniş bir bakış açısıyla ele alarak hem marka hakkı sahibinin hem de üçüncü tarafın menfaatleri arasında bir denge kurmaya çalıştığını açıkça göstermektedir.

ABAD kararları ile görüldüğü üzere, marka sahibinin haklarına bir miktar zarar gelse dahi bu zarar kamu menfaati açısından gerekli ise, diğer bir ifadeyle piyasadaki rekabetin korunması ve iyi işleyen bir piyasa için makul görülebilirse üçüncü kişinin kullanımını dürüst kullanım kapsamında kalabilecektir. Burada üçüncü kişinin tüketici nezdinde meydana gelebilecek karışıklıktan ne denli haberdar olduğu yahut haberdar olmasının kendisinden beklenip beklenemeyeceği ve yine bu karışıklığı önlemek için ne şekilde davrandığı da önem taşıyacaktır, zira üçüncü kişi zarardan mümkün olduğu kadar kaçınacak adımlar atarsa markaya verilen zararın makul görülebilmesi de o denli mümkün olabilecektir<sup>80</sup>.

#### IV. SONUÇ

Marka hakkının kapsamı ve istisnalarına ilişkin düzenlemeler kuşkusuz ki markanın korunması açısından en önemli hükümlerdir. Burada bir yandan mutlak haklardan biri olarak sayılan ve sahibine inhisarı yetkiler veren marka hakkının korunması diğer yandan ise bu markanın adil rekabet düzeniyle

bağdaşacak şekilde üçüncü kişiler tarafından kullanımlarına belirli ölçüde izin verilmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda hem marka hakkı sahibinin hem de üçüncü kişiler ile kamu menfaatleri arasındaki sınırın hassas bir şekilde çizilmesi gerekir.

Uygulamada üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kullanımların çoğunun ayırt edici nitelikte olmayan amaçlarla gerçekleştirildiği; fakat bunların yine de farklı yönlerden marka hakkı sahibinin menfaatlerine zarar verebildiği görülmektedir. Bu durumda bu kullanımların hukuka uygun olup olmadığı hususunda önceden kesin ölçütler koymak çok da mümkün değildir. Nitekim ABAD kararlarına bakıldığında da hem çifte ayniyet kuralı açısından geliştirilen fonksiyon teorisinde hem de üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kullanımların dürüst olup olmadığının tespiti açısından kullanılan ölçütlerde yalnızca mevzuat hükümlerinden faydalanılmadığı, menfaatler dengesinin doğru sağlanabilmesi için bunlar dışında farklı birtakım hususların da göz önünde bulundurulduğu görülmektedir.

Markanın üçüncü kişiler tarafından ayırt edici nitelikte olmayan kullanımlarının marka hakkı sahibi tarafından yasaklanıp yasaklanamayacağı tespit edilirken en önemli nokta bu kullanımın dürüst olup olmadığı olacaktır. Zira ihlalin mevcudiyeti için kullanımın ayırt edici nitelikte olması gerektiği yahut da markasal bir kullanımın bulunması gerektiği gibi ölçütler menfaatler dengesinin sağlanması açısından yetersiz kalabilmektedir. Yine ilgili kullanımın dürüst olup olmadığı belirlenirken de somut olaya ilişkin tüm koşullar, hatta üçüncü kişilerin meydana gelen iltibastan haberdar olup olmadıkları yahut haberdar olmalarının kendilerinden beklenip beklene-meyeceği ve yine iltibas önlemek amacıyla bir çaba gösterip göstermedikleri gibi hususlar da dikkate alınacaktır.

<sup>78</sup> Gillette Kararı, para 46.

<sup>79</sup> Lotte (n 63) 1036.

<sup>80</sup> Lotte (n 63) 1038. Benzer yönde bkz. Büyüklük, *Dürüst Kullanım* (n 21) 212-214.

## KAYNAKÇA

- Anemaet L, 'Which Honesty Test for Trademark Law? Why Traders' Efforts to Avoid Trademark Harm Should Matter When Assessing Honest Business Practices' (2021) 70(11), GRUR International 1025-1042.
- Arıkan Ö, 'Revisiting the Conflict Between the European Trade Mark Rights and Parallel Importation' (2015) (64), Rekabet Dergisi 3-26.
- Arkan S, (2000), 'Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?' (2000) 20(3), BATİDER 5-13.
- Ayhan R, Çağlar H, Yıldız B ve İmirlioğlu D, *Sınai Mülkiyet Hukuku* (Adalet Yayınevi 2021).
- Balık İ ve Bektaş İ, 'Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu -McDonald's Kararları Yönünden Bir İnceleme-' (2019) 5(1), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 1-18.
- Başbüyük İ, *Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk* (2. Baskı, Adalet Yayınevi 2018).
- Bilge ME, 'Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas' (2015) 1(2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 7-22.
- Bonomo V and Magnani P, 'Non-Distinctive Uses of a Trademark: The CJEU's "Function Theory" (and Its Adoption by Italian Courts) - Future Prospects in Light of EU Trademark Law' (2022) 53(5) IIC 685-700.
- Bozkurt B, 'Markanın Dürüst Kullanımı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2020).
- Büyükkılıç G, 'Avrupa Birliği ve Türk Marka Hukuku Doktrini ve Yargı Kararları Işığında Dürüst Kullanım Savunmasının Koşullarına İlişkin Bazı Tespit ve Değerlendirmeler' (2023) 9(2), Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 199-218.
- Büyükkılıç G, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulaştırılmaya Karşı Korunması* (On İki Levha Yayıncılık 2019).
- Cederlund K and Hansson P, 'Non-Traditional Trade Marks: Unauthorised but Permitted Use' in Jeremy Phillips (ed), *Trade Marks at the Limit* (Edward Elgar Publishing 2006) 265-276.
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi 2015).
- Çakır AC, Özboyacı A ve Demirkapı E, 'Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması' (2021) 7(1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 37-67.
- Çamlıbel Taylan E, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi* (Seçkin Yayıncılık 2001).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Garcia-Pérez R, 'Some Certainties and Some Uncertainties in European Union Trade Mark Law' (2023) 72(11), GRUR International 1018-1029.
- Gielen C and Verschuur AM, 'Adidas v. Marca II: Undue Limitations of Trade Mark Owner's Rights by the European Court of Justice' (2008) 30(6), European Intellectual Property Review 254-258.
- İmirlioğlu D, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi* (Adalet Yayınevi 2018).
- Karmutoğlu B, *Geleneksel Olmayan Markaların Tescili* (On İki Levha Yayıncılık 2023).
- Keser Y, 'Marka Hukuku'nda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanma' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2014).
- Kur A and Senftleben M, *European Trademark Law a Commentary* (Oxford University Press 2017).
- Kur A, 'Trade Marks Function, Don't They? CJEU Jurisprudence and Unfair Competition Principles' (2014) 45(4), IIC 434-454.
- Kur A, 'Yellow Dictionaries, Red Banking Services, Some Candies, and a Sitting Bunny: Protection of Color and Shape Marks from a German and European Perspective' in Irene Calboli and Martin Senftleben (eds), *The Protection of Non-Traditional Trademarks: Critical Perspectives* (Oxford University Press 2018) 89-106.
- Özkan Üner Z, 'Markaların Anahtar Kelime Reklamlarında Kullanımına İlişkin Kısa Bir Değerlendirme' (2021) 16(183) Terazi Hukuk Dergisi 2202-2215.
- Senftleben M, 'Function Theory and International Exhaustion - Why is It Wise to Confine the Double Identity Rule to Cases Affecting the Origin Function' (2014) 36(8), European Intellectual Property Review 518-524.
- Shemtov N, "'Trademark Use in Europe": Revisiting Arsenal in the Light of Opel and Picasso" (2007) 2(8), Journal of Intellectual Property Law & Practice 557-563.
- Smith G, 'Honest Commercial Use in Light of the ECJ's Gerolsteiner Ruling', in Jeremy Phillips (ed), *Trade Marks at the Limit* (Edward Elgar Publishing 2006) 137-146.
- Tekinalp Ü, 'Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması', *Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan* (Beta Basın Yayın 1998) 633-644.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Beşinci Bası, Vedat Kitapçılık 2012).

- Uzunallı S, *Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu* (Çağa Hukuk Vakfı Yayınları 2008).
- Uzunallı S, *Marka Hukuku* (2. Baskı Adalet Yayınevi 2021).
- Yap PJ, 'Neither Celine Nor Gillette is Defensible!' (2008) 30(7), *European Intellectual Property Review* 286-293.
- Yasaman H ve Yasaman Z, SMK Şerhi (Ayoğlu T, Yusufoğlu Bilgin F, Memiş Kartal P ve Yüksel SH) *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, C. II, (Seçkin Yayıncılık 2021).
- Yasaman Z, 'Adwords Reklamlarda Bir Başkasına Ait Markanın Aynısının veya Benzerinin "Anahtar Sözcük" Olarak Kullanımı Tecavüz Teşkil Eder Mi? AB Adalet Divanı Kararları Işığında Tecavüz Kriterleri', *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 791-830.
- Yasaman Z, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (On İki Levha Yayıncılık 2020).

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*

# FIKİR VE SANAT ESERLERİ KANUNU'NDAKİ DEĞİŞİKLİKLERİN HAK SAHİPLERİNE ETKİSİ: YARGITAY HUKUK GENEL KURULU'NUN 01.12.2022 TARİHLİ KEMAL SUNAL KARARI<sup>(\*)</sup>

## IMPACT OF LEGAL AMENDMENTS ON INTELLECTUAL AND ARTISTIC WORKS HOLDERS: KEMAL SUNAL CASE (01.12.2022)<sup>(\*\*)</sup>

Dr. Öğr. Üyesi Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK<sup>(\*\*\*)</sup>  
Orhan Gazi SARIDAĞ<sup>(\*\*\*\*)</sup>

### Öz

Bu çalışmanın konusunu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2022 tarihli kararı oluşturmaktadır. Kemal Sunal kararı olarak da isimlendirilen bu karar medya tarafından da takip edilen ve sonuçları basında kendisine yer bulmuş bir karardır. Karar kanaatimizce teknolojik gelişmenin ve yayın faaliyetlerinin çeşitlenmesinin, şekil değiştirmesinin fikri haklar alanına etkilerini göstermesi yönüyle de inceleme değerlidir. Bu çerçevede işbu çalışmada karardaki hukuki sorun tespit edildikten sonra kararın tarihçesi kısaca açıklanmıştır.

İnceleme konusu kararın temelinde icracı sanatçının bağlantılı hakları yer almaktadır. Teknolojik imkânların çeşitlenmesi, fikri haklar alanını da doğrudan etkilemiştir. Böylece hakkın içeriğinin yeniden tanımlanması günde-

me gelmiştir. 5856 sayılı FSEK, eser sayılabilecek bir fikri ürünü meydana getirmeyen bazı çalışmaları da koruma altına almıştır. Bu haklar ise bağlantılı hak olarak isimlendirilmektedir. İşbu çalışmada da bağlantılı haklar düzenlemesinin bir diğer ifadeyle Kanun değişikliğinin telif hakkının içeriğine etkisinin, değişiklik öncesi tasarruflara etkisi hem borçlar hukuku hem de telif hukuku yönüyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararı çerçevesinde incelenmiştir. Buna ek olarak fikri haklara yönelik tasarruflara Kanun hükümlerinin zaman bakımından nasıl uygulanacağı sorusuna da temas edilmiştir.

### Anahtar Kelimeler

Bağlantılı Haklar, İcracı Sanatçı, Fikri Hakka Yönelik Tasarruflar, Zaman Bakımından Uygulama.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 27.03.2024 / Kabul Tarihi: 27.06.2024).

Bu makalenin konusu, 30.11.2023-01.12.2023 tarihlerinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen "V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

<sup>(\*\*)</sup> This article has been prepared for publication on the basis of the paper of the same title accepted and presented at the "V. International Symposium on Intellectual Property Law".

<sup>(\*\*\*)</sup> İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, İstanbul - Türkiye, (E-posta: eba@istanbul.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4856-9733).

<sup>(\*\*\*\*)</sup> Hâkim; İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, İstanbul - Türkiye, (E-posta: orhansaridag@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9366-0304).

*Atıf/Citation:* Akkanat Öztürk, Elif Beyza & Sarıdağ, Orhan Gazi (2024), "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki Değişikliklerin Hak Sahiplerine Etkisi: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 01.12.2022 Tarihli Kemal Sunal Kararı", TFM, C: 10, S: 1, s. 139-148.

### Abstract

The subject of this study is the decision of the General Assembly of Civil Chambers of Court of Cassation of 01.12.2022 (“decision”). This decision, also known as the Kemal Sunal decision, is a decision that has been followed by the media and its results have found a place in the press. In our opinion, the decision is also worth analysing to show the impact of technological development and the diversification and change in the form of broadcasting activities on the field of intellectual property rights. In this context, this study, after identifying the legal problem of the decision, will briefly explain the history of the decision. The decision under review is based on the performer’s related rights. The diversification of technological possibilities has had a direct impact on the field of intellectual property rights. Thus, the redefinition of the

content of the right is on the agenda. Code of Intellectual and Artistic Works also protects some works that do not constitute an intellectual product that can be considered a work. These rights are referred to as related rights. This study analyses the impact of the related rights regime, the effects, and the consequences of the amendment both on the content of the right and transactions prior to the amendment. The decision will be examined from the point of view of the law of obligations and copyright law. Lastly, the question of the chronological application of the provisions of the law to the transfer of intellectual property rights has also been addressed.

### Keywords

Related Rights, Performing Artist, Disposals for Intellectual Property Rights, Temporal Application, Ratione Temporis.

### GİRİŞ

Bu çalışmada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2020/11-350 esas, 2022/1638 karar ve 01.12.2022 tarihli kararı incelenmiştir. Uyuşmazlığın konusu Ali Kemal Sunal’ın oyunculuğunu üstlendiği (45<sup>1</sup>) adet filmin yapımcısı olan davalının, muris Ali Kemal Sunal’ın vefatından sonra kendisinin başrolü olduğu ilgili sinema eseri niteliğindeki filmlerin satışını (sinema ve televizyon kanalları ile bu kanallar dışı gösterim yapılmak üzere satışı) yaparak gelir elde etmeye devam etmesinin FSEK m.80 uyarınca mirasçılardan eser sahipliğinden kaynaklanan haklarını ihlal edip etmediğidir. Ayrıca davacının davalıdan tahsilini talep ettiği üç kat tazminat ödemeye mahkûm edilmesini mümkün olup olmadığını. Bu çerçevede öncelikle ayrı başlıklar altında uyuşmazlık konusuna ilişkin verilmiş ilk derece mahkemesinin<sup>2</sup> ile İstinaf merciinin<sup>3</sup> ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin<sup>4</sup> kararları aşağıda kısaca açıklanacaktır.

İnceleme konusu kararın temelinde icracı sanatçının bağlantılı hakları yer almaktadır. Telif hakkının özü çoğaltma ve yayma hakkından oluşmakta ise de tarihsel ve teknolojik gelişmelerle birlikte çoğaltma ve yayma imkanlarının genişlediği anlaşıl-

mış ve bağlantılı haklar da fark edilerek bu konuda yasal düzenleme ihtiyacı hissedilmiştir. 5856 sayılı FSEK, eser sayılabilecek bir fikri ürünü meydana getirmeyen bazı çalışmalar da “bağlantılı hak” olarak koruma altına alınmıştır. İşbu çalışma kapsamında da telif hakkının içeriğine yönelik meydana gelen bu değişikliğin, değişiklik öncesi tasarruflara etkisi hem borçlar hukuku hem de telif hukuku yönüyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun kararı çerçevesinde incelenecektir. Ayrıca fikri haklara yönelik tasarruflara Kanun hükümlerinin zaman bakımından nasıl uygulanacağı sorusu da ilgili mevzuat hükümleri gözetilerek mercek altına alınacaktır.

### I. UYUŞMAZLIĞA İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI VE UYUŞMAZLIĞIN KONUSU

Uyuşmazlık konusu olaya ilişkin incelemeye tabi tutulacak yargı kararları silsilesi aşağıdaki gibidir:

- “İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2013/145 K. 2016/127, T. 02.09.2016
- İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi, E. 2016/71, K. 2017/3073, T. 11.10.2017
- Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E. 2018/409, K. 2019/5485, T. 17.09.2019 (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2015/6545, K. 2015/3675, T. 05.04.2016).
- Yargıtay HGK, E. 2020/11-350, K. 2022/1638, T. 01.12.2022”.

<sup>1</sup> Karar metinleri karşılaştırıldığında ilk derece mahkemesi bu rakamı 44, İstinaf 45 ve Yargıtay yine 45 olarak belirlemiştir. Bunun esasa etki etmeyen bir yazım hatası olduğu kanaati oluşmuştur.

<sup>2</sup> İstanbul 2. FSHM, 02.09.2016, 127 K.

<sup>3</sup> İstanbul BAM 16. HD, 11.10.2017, 3073 K.

<sup>4</sup> Yargıtay 11. HD, 17.09.2019 5485, K.

### A. Karara Konu Uyuşmazlık

Uyuşmazlığın konusu Ali Kemal Sunal'ın oyunculuğunu üstlendiği 45 adet filmin yapımcısı olan davalının, muris Ali Kemal Sunal'ın vefatından sonra kendisinin başrolü olduğu ilgili sinema eseri niteliğindeki filmlerin satışını (sinema ve televizyon kanalları ile bu kanallar dışı gösterim yapılmak üzere satışı) yaparak gelir elde etmeye devam etmesinin FSEK m.80 uyarınca mirasçılarının eser sahipliğinden kaynaklanan haklarını ihlal edip etmediği, ayrıca davacıların davalıdan tahsilini talep ettiği üç kat tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. İnceleme konusu kararın temelinde icracı sanatçının bağlantılı hakları yer almaktadır. Bu çerçevede öncelikle uyuşmazlık konusuna ilişkin verilmiş ilk derece mahkemesi, Bölge Adliye Mahkemesi, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun somut olaya yaklaşımı ve kararlarının kısaca izah edilmesi gerekmektedir.

### B. İlk Derece Mahkemesi Kararı

FSEK m.8 uyarınca sinema eseri niteliğindeki eserlerin meydana getirildiği tarihte (Karar metninden anlaşıldığı şekliyle Kemal Sunal'ın başrol olduğu dava konusu eserlerin en eskisi 1975 en yenisi ise 1990 yılına aittir) yürürlükte bulunan hükümler çerçevesinde "eser sahipliği" yapımcıya aittir. Sinema eserlerinde yer alan oyuncular, FSEK m, 80/1-1 uyarınca "icra eden sanatçılar" olarak "bağlantılı hak sahibi" statüsündedir. Bu sebeple eser üzerindeki hak sahipliği sınırlıdır. Murisin, "hayatta olduğu dönemde sinema eserleri üzerindeki hak sahipliğini 'şifahen' kurulan sözleşme uyarınca ifa ettiği ve söz konusu sinema filmleri meydana getirildiğine göre artık murisin FSEK m.80 ile sahip olduğu mali hakları davalı yapımcıya/devralana uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile devrettiği ve davalı yapımcının/devralanın aynı zamanda eser sahibi olduğu, FSEK 27/son maddesi uyarınca eser üzerindeki hakkının da 70 yıl süre ile koruma altında bulunduğu kabulü gerektiği" yönünde hüküm tesis etmiş ve davacıların eserde komşu hakları olmayacağına karar vermiştir. Mahkeme bu sebeple "davalının yapımcısı olduğu ve mali haklarını eser sahibi olan diğer film yapımcılarından usulüne uygun biçimde devraldığı" filmlerde hukuka aykırı bir kullanımının mevcut olmadığına hükmetmiştir.

### C. Bölge Adliye Mahkemesi Kararı

Bölge Adliye Mahkemesi, davanın kısmen kabulüne karar vermiş ve ilk derece mahkemesi kararını kaldırmıştır. Karar kapsamında 1995 yılında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda yapılan değişiklikler kapsamında icracı sanatçıların komşu haklarına ilişkin hükmün geçmişe etkili olması esasını benimsemiştir. Buna göre icracı sanatçının sahip olduğu haklar ise FSEK m.80/1./A/(2.)'de düzenlenmiştir<sup>5</sup>. Dava konusu sinema eserleri bakımından eser sahibi yapımcıysa da işaret edilen düzenleme gereği sinema eserleri üzerindeki komşu haklar kendiliğinden icracı sanatçıya geçer. Mevcut kopyalar bakımından icracı sanatçının bağlantılı hakları sebebiyle bir kullanım, icracı sanatçının veya onun hak sahiplerinin iznine tabidir. Buna göre yasanın yürürlük tarihinden eski tarihli "sözlü sözleşmeyle" murisin devrettiği haklar sinema gösterim haklarından ibarettir. Eser sahibine tanınması muhtemel haklardan feragat ise geçersiz olduğu için eski düzenleme döneminde yapılan devrin kapsamında komşu hakların da yer aldığı iddia edilemez. Bu sebeple yapımcı davalının bu sözleşmeye dayanarak icracı sanatçının yahut mirasçılarının izni olmadan "yayma, temsil, çoğaltma gibi" kanunda saymak suretiyle belirlenen hakların hiçbirini kullanamaz.

Mahkeme filmin yapım tarihinde murisin ancak o tarihteki imkânlar dikkate alındığında ve bu imkânlar çerçevesinde "öngörülebilir kullanım" için bir bedel talep edildiğini tespit etmiştir. Buna göre: "sözleşme sırasında öngörülmeyen yeni kullanım biçimlerinin sağladığı ekonomik değerden, haklarını devredeninin korunması için elde edilen kazanç oranına katılma zorunluluğu" olduğuna işaret edilmiştir. Uyuşmazlık konusu devrin borçlar kanunu hükümlerine dayandığı da dikkate alındığında telif hakkına dayanan taleplerinin yanında borçlar hukuku uyarınca ilave imkânlara da sahip olduğuna dikkat çekilmiştir. Aksi takdirde "nedensiz bir zenginleşme"

<sup>5</sup> Buna göre icracı sanatçı: "icranın tespit edilmesine, çoğaltılmasına, satılmasına, dağıtılmasına, kiralanmasına, ödünç verilmesine, işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletilmesine, yeniden iletme, temsiline izin verme veya yasaklama hususunda münhasıran hak sahibi" kabul edilmiştir. Bu hakın ihlal edilmesinin sonuçları ise yine aynı madde kapsamında düzenlenmiş (FSEK m.80/son fıkra); ve bağlantılı hak sahiplerinin de "eser sahipleri gibi tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davası" açabileceği hüküm altına alınmıştır.

olacağına ve uyarılma talebinin mümkün olduğuna dikkat çekilmiştir ki bu konuya ayrıca temas edilecektir. Tüm bunların yanında ilginç olan FSEK hükümlerine tabi ilişkilerde tarafların bu imkânı -uyarlama- yokmuş gibi bir sonuca ulaşılabilecek ifadeler yer verilmiştir. Son olarak ilgili talebe dayanak gösterilen yabancı ülke hukukları ise FSEK m.51'e denk düşen hükümlerdir.

#### D. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Kararı

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, uyuşmazlığa dair 05.04.2016 tarihli kararındaki görüşlerini tekrar etmekle yetinmiş ve oy çokluğu ile İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesinin kararını bozmuştur. Kararda sonuç itibarıyla: “4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce meydana getirilen dava konusu filmlerde o tarihlerde icracı sanatçı hakları mevcut olmadığı” ifade edilmiştir. Buna ek olarak: “yapımcı/eser sahibi olan davalı ile davacıların murisi olan Kemal Sunal arasındaki sözleşmenin kural olarak belirli bir sonucun taahhüt edildiği iş görme sözleşmesi niteliği taşıdığı ve bu sözleşmelerin de kural olarak eser sözleşmesi niteliğinde olduğu; şifahi sözleşme taraflarca ifa edilip söz konusu sinema filmleri meydana getirildiğine göre artık murisin FSEK m.80 ile sahip olduğu mali hakları davalı yapımcıya/devralana uygun bir bedel karşılığında sözleşme ile” devrettiği tespit edilmiştir. Bu sebeple Mahkeme davalı yapımcının/devralanın eser sahibi olduğuna ve “FSEK 27/son maddesi uyarınca eser üzerindeki hakkının da 70 yıl süre ile koruma altında bulunduğundan” davalının taleplerinin reddi gerektiğine hükmedilip Bölge Adliye Mahkemesi kararı bozulmuştur<sup>6</sup>. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bozma nedenleri, davacılar murislerinin farklı bir yapım şirketine karşı benzer talepler ile açmış oldukları dava neticesinde temyiz incelemesini yapan aynı dairenin E. 2015/ 6889, K. 2016/3668 sayılı kararı ile paralel mahiyettedir. Bu nedenle özel dairenin bu konudaki görüşünün yerleşik içtihadı olduğu söylenebilir.

<sup>6</sup> Karara yazılan ve iki üyenin imzasını taşıyan muhalefet şerhinde ise: “Davacıların murisi Kemal Sunal çoğunlukla baş rol oyuncusu olarak filmlerde rol aldığına; bu filmlerin Kemal Sunal filmi olarak algılanmakta ve Kemal Sunal isim ve oyunculuğunun filmlerin izlenmesine ve dolayısıyla ticarileştirilmelerine önemli derecede katkısı olduğunun bilinen bir gerçek olduğuna; uyuşmazlığın çözümünde bu hususların da göz önünde bulundurulması ve hakkaniyete uygun bir çözüm benimsenmesi” gerektiğine dikkat çekilmiştir.

#### E. Hukuk Genel Kurulu'nun Uyuşmazlığa Yaklaşımı

Bölge Adliye Mahkemesinin kendi kararında direnmesi üzerine önüne gelen uyuşmazlıkta Genel Kurul direnmeyi hukuka uygun bulunmuş ve dosyayı Yargıtay 11. Hukuk Dairesine göndermiştir. Kararda: (1) Sinema eserlerinin farklı niteliğine vurgu yapılmış ve günümüzde sinema eserlerinde birlikte eser sahipliğinin mevcut olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca mahkemeye göre: (2) Somut olaya uygulanacak hüküm FSEK m.80'dir. Eserin meydana getirildiği tarihten bağımsız; icracı sanatçı, icrası üzerinde FSEK m.80 uyarınca düzenlenen komşu haklara sahiptir<sup>7</sup>.

Bir eser üzerinde 4110 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce gerçekleştirilen ve henüz mevcut olmayan mali hakların devrine yönelik sözleşmeler geçersizdir<sup>8</sup>. (3) Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, mirasçılardan icracı sanatçı vasfını kabul etmesine rağmen bu hak sahipliğinin sonuçlarını değerlendirilmeksizin uyuşmazlık hakkında karar vermiştir. Davalı ile muris arasındaki şifahi sözleşme dayanak gösterilerek FSEK m.80 uyarınca sahip olunan hakların davalıya devredildiği sonucuna varılmıştır. Ancak sözleşme tarihinde murisin icracı sanatçı olarak herhangi bir mali hakkı mevcut olmadığından bu işlem dayanak gösterilerek haklarını devrettiği kabul edilemez. FSEK m.51 uyarınca henüz mevcut olmayan hakların devri geçersiz olduğu gibi; FSEK m.52 uyarınca sahip olunan hakların tek tek gösterilmek suretiyle yazılı bir sözleşmeyle devri mümkündür.

İstinaf merci ile paralel olarak Hukuk Genel Kurulu da şu ifadelerle yer vermiştir:

*“Kaldı ki murisin, davalıyla sözleşme imzaladığı tarihte sahip olunan imkânlar ile günümüzdeki imkânlar arasındaki fark dikkate alınmak durumundadır. Bir diğer ifadeyle Ali Kemal Sunal'ın oyunculuk bedeli karşılığında günümüzdeki olanaklar sebebiyle çeşitlenmiş bulunan kullanımların da yer aldığı kabulü hakkaniyete aykırıdır.”*

<sup>7</sup> Ancak icracı sanatçı koruma altına alınan icraların sadece yeni kullanımları için hak sahibidir; geçmiş kullanımlar için herhangi bir bedel yahut koruma talep edemez.

<sup>8</sup> Bağlantılı haklar bakımından da niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanacak hükümler FSEK m.48-65'tir. Buna göre FSEK m.51 uyarınca da açıkça düzenlendiği üzere: “İleride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanınması muhtemel mali hakların devrine veya bunların başkaları tarafından kullanılmasına mütaallik sözleşmeler batıldır.”



## II. İNCELEMAYA KONU YARGI KARARLARINDAKİ HUKUKİ SORUNUN TESPİTİ

Bu çalışma kapsamında ele alınan kararlar ışığında: (1) Kemal Sunal'ın dava konusu filmler üzerindeki hak sahipliği nitelendirildikten sonra (2) bu hakkın devrine ilişkin esaslar ve bu devrin sonuçlarına temas edilecektir. (3) son olarak devrin hukuki sonuçlarının teknolojik gelişmelerle etkisi sorunu borçlar hukuku kuralları da göz ardı edilmeksizin değerlendirilecektir.

### A. Kemal Sunal'ın Dava Konusu Filmler Üzerindeki Hak Sahipliği

Daha önce de dikkat çekildiği üzere inceleme konusu kararın temelinde icracı sanatçının bağlantılı hakları yer almaktadır. Telif hakkının özü çoğaltma ve yayma hakkından oluşmakta ise de tarihsel ve teknolojik gelişmelerle birlikte çoğaltma ve yayma imkanlarının genişlediği anlaşılmış ve bağlantılı haklar da fark edilerek bu konuda yasal düzenleme ihtiyacı hissedilmiştir<sup>9</sup>. Teknolojik imkânların çeşitlenmesi, fikri haklar alanını da doğrudan etkilemiştir. Böylece hakkın içeriğinin yeniden tanımlanması gündeme gelmiştir.

Bağlantılı hak kavramı, “*özgün icralar, ses taşıyıcıları ve radyo ve televizyon yayınları üzerindeki hakları ifade etmek üzere kullanılan 'komşu hak sahipliğini' ve 2001 yılında FSEK'te değişiklik yapan 4630 sayılı Kanun'un getirdiği sinema eserlerinin ilk tespitini gerçekleştiren film yapımcılarının haklarını da kapsar biçimde bir hak grubu*” olarak tanımlanmıştır<sup>10</sup>. İnceleme konusu karar da telif hakkının içe-

riğine yönelik meydana gelen bu değişikliğin, değişiklik öncesi tasarruflara etkisine dairdir.

İcracı sanatçı, fikri emeği ile bir eseri yorumlamak suretiyle, eserin halk kitlelerine ulaşmasında aracılık eden kimsedir<sup>11</sup>. Kemal Sunal'ın davaya konu 45 filmde oyuncu olarak icrada bulunması neticesinde FSEK gereği icracı sanatçı olduğu kuşkusuzdur. Bu sebeple kararların da merkezinde icracı sanatçının bu hakkının sınırları sorunu yer almaktadır.

1996 tarihli WIPO İcralar ve Fonogramlar Antlaşması'nda ise “*İcracı sanatçılar, edebiyat ya da sanat eserlerini veya folklorik ifadeleri herhangi bir şekilde yorumlayan, tanıtan, söyleyen, oynayan ya da icra eden aktörler, şarkıcılar, müzisyenler, dansçılar ve diğer kişiler*” olarak tanımlanmaktadır. İcracı sanatçının tanımından da anlaşılacağı üzere icracı sanatçılar gerçek kişi olmak zorundadır<sup>12</sup>. Zira bir tüzel kişinin fikri çabasından bahsedilemez<sup>13</sup>.

İcracı sanatçı hakları, hukukumuzda ilk kez 4110 sayılı Kanun'la 12.06.1995 tarihinde FSEK m.80 kapsamında kendisine yer bulmuştur. Değişiklik öncesinde mülga FSEK m.5'te “*bir sinema eserinin sahibi onu imal ettirendir.*” denilmek suretiyle tek hak sahibi olarak yapımcı gösterilmişti. Gümrük Birliği uyum sürecinde FSEK'te değişiklik yapan 4110 sayılı Kanun'un ardından icracı sanatçıların hakları, FSEK m.80'de “*Eser sahibinin maddi-manevî haklarına hallet getirmemek şartıyla, fikir ve sanat eserlerini özgün bir biçimde icra eden, yorumlayan, icracı sanatçılarla bir icrayı ya da sesleri ilk defa tespit eden ses taşıyıcısı yapımcıları ve radyo-televizyon kuruluşlarının, eser sahibinin haklarına komşu hakları vardır*” olarak belirtilmiştir.

4110 sayılı Kanun'un yürürlüğe ilişkin FSEK Ek-2 hükmünde yaptığı değişiklik kapsamında: “*... Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, bu Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır*” denilmek suretiyle 12.06.1995 tarihinden önce alenilemiş

<sup>9</sup> İlhami Güneş, 'FSEK'te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama' (2012) 14(1) DEÜHFD 169, 170; Tamer Soysal, 'Basılı Yayınların Telif Hukuku Kapsamında Bağlantılı Hak Niteliği ve Bu Yayınların Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Korunması' (2019) 5(2) TFM 260, 263.

<sup>10</sup> Ahmet Bülter, 'Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar' (2005) (59) TBB Dergisi 90, 90-91; Özge Erberk, 'Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması' (2007) 9(Özel Sayı) DEÜHFD 849, 859; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Yayıncılık 2012) 270-271. Almanya ve İsviçre fikir ve sanat eserleri kanunlarında bağlantılı hak kavramı yerine *akraba haklar*, Fransa fikir ve sanat eserleri mevzuatında ise *komşu haklar* kavramı tercih edilmiş ve AB Direktifi'nde yer alan bağlantılı hak kavramı ile komşu haklarla aynı anlama geldiğinden dolayı bağlantılı hak kavramının tercih edilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Azra Arkan, *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (Vedat Kitapçılık 2005) 37-38.

<sup>11</sup> Gökçen Türker, *İcracı Sanatçıların Hakları* (Yetkin Yayınları 2016) 15; M. Kaan Dericioğlu, *Fikri Haklar Sözlüğü* (TÜSIAD 2010) 31.

<sup>12</sup> Tekinalp (n 10) 272.

<sup>13</sup> Arkan (n 10) 44; Onur Gündem, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar, Bu Hakların Sınırlanması ve Korunması* (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006) 6.

sinema eserlerinde bağlantılı hak sahipliği hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm ve FSEK m.29 uyarınca sinema eserlerinde aleniyet tarihinden itibaren tek hak sahibi olarak yapımçı, 20 yıllık korumadan faydalanmıştır<sup>14</sup>.

FSEK m.80, 21.02.2001 tarihinde 4630 sayılı Kanun ile yeniden değişmiştir. 4630 sayılı Kanun'un çalışma yönünden asıl önemli olan değişikliği ise yürürlüğe ilişkin FSEK Ek-2. maddesindedir. Anılan hüküm, “*Bu Kanunla sağlanan koruma, bu madde ile getirilen değişikliğin yürürlüğe girdiği sırada;*

1. *T.C. vatandaşı eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri tarafından üretilmiş Türkiye’de mevcut bütün eserlere, tespit edilmiş icralara ve fonogramlara,*

2. *Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve anlaşmalara taraf diğer ülkelerde üretilmiş ve bu ülkelerde koruma süresi dolmadığı için kamuya mal olmamış yabancı eserlere, tespit edilmiş icralara ve fonogramlara, uygulanır.*

*Birinci fıkranın uygulanması sonucu koruma kapsamına alınan eserlerin, tespit edilmiş icraların ve fonogramların yasal kopyalarının mülkiyetini elinde bulunduran kişiler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden altı aylık sürenin sonuna kadar yazılı bir izne gerek kalmaksızın bu kopyaları satabilir veya elden çıkarabilir.*

*Bununla birlikte, eserler, tespit edilmiş icralar ve fonogramlara ilişkin olmak üzere bu Kanun çerçevesinde eser sahipleri ve diğer hak sahiplerine sağlanan hakların kullanılması eser veya bağlantılı hak sahiplerinin iznine tâbidir.*

*Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12.6.1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır” şeklinde.*

Bu hüküm özellikle taslak metin döneminde ve hükmün ilk çıktığı dönemde 1995 öncesi sinema filmlerinin tek hak sahibinin yapımçı olarak kalması ve ic-

racı sanatçıların haklarını yok sayması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>15</sup>. Ancak incelemeye konu HGK kararından da anlaşılacağı üzere hükmün son fıkrasında sinema eser sahipliğine ilişkin bir istisna getirilmiştir. İlk bakışta hükmün son fıkrasındaki istisna neticesinde 4110 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik ile aynı sonuca çıktığı düşünülebilir. Ancak Ek-2. Maddenin son fıkrasındaki istisna yalnızca sinema eseri sahipliğine ilişkindir. Bu nedenle sinema eser sahipliği dışında korumaya ilişkin tüm hükümler ve bağlantılı hak sahiplerinin haklarına ilişkin hükümler, 12.06.1995 öncesi yapımına başlanan sinema eserlerine de uygulanmalıdır<sup>16</sup>.

Bu açıklamalar uyarınca eseri icra etmenin temel koşulu sanatçının yorum ile esere hususiyet katmasıdır<sup>17</sup>. İcracı sanatçının bu hak sahipliği (hakkının olumlu içeriği) maddi hakların yanı sıra sınırlı sayıda manevi haklardan oluşmaktadır<sup>18</sup>. Bu mali hakkın içeriğinde: “kamu erişimine açılması, çoğaltılması, yayılması, kiralanması ve yayın kuruluşlarının ilk kez ve tekraren yayınlanması, dijital ortam erişiminin açılmasına izin verilmesi” de yer almaktadır. Bu noktada uyumsuzluk konusu eserlerin meydana getirilmesinden sonra yürürlüğe giren bir hüküm de olsa icracı sanatçı hakları, 4630 sayılı Kanun’un FSEK m. Ek-2’de yaptığı değişiklik ile geçmişe etkili kabul edildiğinden FSEK m.80 çerçevesinde inceleme yapılması gerekmektedir<sup>19</sup>.

## B. İcracı Sanatçının Haklarının Devrine İlişkin Esaslar ve Bu Devrin Sonuçları

FSEK m.80/A/5 uyarınca da ifadesini bulduğu şekliyle icracı sanatçı “sözleşmeyle” uygun bir

<sup>14</sup> Fethi Merdivan, ‘12.06.1995 Tarihinden Önce Yapımına Başlanan Sinema Eserinde Rol Alan İcracı Sanatçılar ile Sinema Eser Sahibi Sayılan Yapımçı Haklarının Birlikte Kullanımı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 05.04.2016 Gün ve E. 2015/6889, K. 2016/3668 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’, (2019) 21(1) FMR Dergisi 17, 26-27.

<sup>15</sup> Hande Gül Küçükkaya, ‘Sinema Eserlerinde Eser Sahiplerinin ve İcracı Sanatçıların Mali Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri’ (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1931, 1936; Kanun sistematığına dair eleştiriler yönünden bkz. Emre Gökyayla, ‘Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi’, (2006) 7(1) DEÜHFD 1, 12.

<sup>16</sup> Merdivan (n 14) 31.

<sup>17</sup> Tekinalp (n 10) 273.

<sup>18</sup> Güneş (n 9) 178.

<sup>19</sup> Bu noktada dava hakkı mirasçılar tarafından kullanılmışsa da FSEK m.63’ün açık hükmü gereğince mali hakların miras yoluyla intikal etmesi ve terekeye dahil olmaları nedeniyle incelemeye konu davanın mirasçılarının dava açmasında maddi hukuk ve usul hukuku anlamında bir engel bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gülperi Eldeniz, ‘Eser Sahipliğinden Doğan Hakların Miras Yoluyla İntikali’ (2008) 79 TBB Dergisi 103, 103 vd.; Mustafa Ateş, ‘Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Mali Hakların Mirasçılara İntikali’ (2020) 6(1) TFM 44, 44 vd.

bedel karşılığında eser üzerindeki haklarını (mali) “yapımcıya” devredebilir. Somut olayda sanatçının filmlerdeki icrası kayıt altına alınmak suretiyle tespit hakkı kullanılmıştır. İcra üzerindeki mali hak ise şifahi sözleşme ile yapım şirketine devredilmiştir. Ardından yapım şirketi üçüncü kişilere bu hakları devretmiş ve davalı şirket de bu hakları üçüncü kişilerden devralmıştır.

Komşu Haklar Yönetmeliği m.8 dikkate alındığında icracı sanatçının haklarının devri mutlak devir (FSEK m.48) niteliğinde olacaktır. Söz konusu devrin şekli ise FSEK m.52 uyarınca düzenlenmiştir (Komşu Haklar Yönetmeliği m.23 hükmü atfı gereği komşu haklara da bu hüküm uygulanır). Buna göre: “*mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır*”.

Bununla birlikte ilgili kural şüphesiz geçmişe etkili değildir. Bir diğer ifadeyle eserin meydana getirildiği yılda mevcut olmayan bir hak sahipliği statüsü için sonradan öngörülen devir kuralları, somut olaydaki devri geçersiz kılmaz. Başka bir deyişle Hukuk Genel Kurulu tarafından da işaret edildiği üzere: “*icracı sanatçı, koruma altına alınan icraların sadece yeni kullanımları için hak sahibi olduğundan geçmiş kullanımlar için herhangi bir bedel talep edemeyecektir*”. Bununla birlikte bu devrin kapsamı ve etkileri dikkatle belirlenmelidir. İcra sanatçının hak sahipliğinin tanınmadığı döneme ait olan “kullanımlar” ile bu hak sahipliğinin tanınmasından sonra gerçekleştirilen kullanımlar ayrı ele alınmak durumundadır.

Kanun koyucu geçmişe etkili olarak meydana getirilmiş eserler üzerinde icracı sanatçıların tekrar söz sahibi olması esasını benimsemiştir. Bu çerçevede gerçekleştirilen ve henüz kanun tarafından tanınmayan bir hak sahipliğine yönelik “somut olaydaki sözlü sözleşmenin” işaret edilen hak sahipliğini sona erdirme imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca kararlarda FSEK m.51 atfen ve genel bir devir kuralı olan “mevcut olmayan bir hakkın/değerin” devrinin mümkün olmadığı konusunda yapılan incelemelerin eksikliği (kopukluğuna) işaret etmek gerekmektedir.

Tasarruf kavramının hem günlük hayatta hem de öğretide geniş anlamıyla kullanımı yaygındır<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Bu geniş anlam ile kastedilen için bkz. Kudret Ayiter, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri* (İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik

Bir hukuki işlem olarak tasarruf işlemi ise: “*satış, takyidat (kısıtlama), değişiklik veya feragat yoluyla bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen ve malvarlığında doğrudan etki*” meydana getiren işlemlerdir<sup>21</sup>. Bu sebeple hak sahibinin iradesiyle değiştirilebilecek veya ortadan kaldırılacak hak ve dahi hukuki ilişki tasarruf işlemine konu edilebilir<sup>22</sup>.

Mali hakkın devrinin de tasarruf işlemi niteliğinde olabilecektir. Alelade bir alacak yahut hak söz konusu olduğunda devrin konusunun devreden ile bir ilişkisi kalmayacağından hak konusundaki gelişim ve iyileşmelerden de yeni hak sahibi istifade edecektir. Örneğin tarla niteliğindeki bir taşınmazın satılması halinde yeni malik ilgili alanın imara açılmasından istifade edecek kişidir. Ancak fikri haklar bakımından kanun koyucu hak sahibinin eser ile özel ilişkisini gözeterek meydana gelen yeni hak kategorileri bakımından da bu bağın muhafaza edilmesi esasını benimsemiştir. Zira devir konusu üzerinde eser sahibinin/icracı sanatçının mali haklarını devretmiş olsa dahi söz sahipliği tamamen sona ermemiştir.

Geçerli bir tasarruf işleminin varlığı her şeyden önce devredilecek hakkın kapsam ve sınırlarının devir tarihi itibarıyla en azından bilinebilir olmasını gerektirir. Doğmamış bir hak üzerinde tasarruf işlemi yapmak ise kural olarak mümkün değildir<sup>23</sup>. Belirli ilkesi olarak adlandırılan bu ilke uyarınca işleme konu edilen hakkın (veya hukuki ilişkinin), tasarruf işleminin gerçekleştirildiği yapıldığı an itibarıyla

Kollektif Ortaklığı 1953) 13; Andreas von Tuhr, and Peter Hans, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I* (3. Auflage, Schulthess 1979) 194 vd.

<sup>21</sup> von Tuhr and Hans (n 20) 194; Christian Berger, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen* (Mohr Siebeck 1998) 8; Ingeborg Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, (7. Auflage, Stämpfli Verlag 2016), N 3.33; Christoph Müller, *Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizer Obligationenrecht* (Stämpfli Verlag 2018), Einl. N 158, 160; Mustafa Dural ve Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1-Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2023) N 1134; Halûk Nami Nomer ve Pakize Ezgi Akbulut, *Medeni Hukuka Giriş-Bölüm I* (8. Baskı, Filiz Kitabevi 2023) N 343.

<sup>22</sup> von Tuhr and Hans (n 20) 194.

<sup>23</sup> Pierre Tercier, Pascal Pichonnaz ve Hüseyin Murat Develioğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 202) 536; Halûk Nami Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2023) N 242.6.

belirli veya en azından belirlenebilir olmalıdır<sup>24</sup>. Bir diğer ifadeyle, üzerinde tasarrufta bulunulan hakkın hangisi olduğu, tasarruf işleminden tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olmalıdır<sup>25</sup>. Aksi takdirde tasarruf işlemi geçerli olmaz. Şu hâlde bir hakkın tasarruf işlemine üzerinde tasarruf edilebilmesi için işlem konusu hakkın en azından “*mevcut bir hukukî işlem kapsamında doğması beklenen bir hak*” olması aranacaktır<sup>26</sup>. Beklenti olarak dahi nitelendirilemeyen ve henüz doğmamış haklara ilişkin tasarruf işlemi, tasarruf yetkisi eksikliği ve belirsizlik gerekçesiyle mümkün değildir<sup>27</sup>.

Bu noktada FSEK m.51 hükmü esasında hukuk düzeni tarafından eser üzerinde oluşturulacak yeni hak sahipliklerinin yine eser sahibine ait olacağını düzenlemesi bakımından özelliğidir. Bir diğer ifadeyle satış sözleşmesi örneğinin aksine ilgili eser üzerindeki mali hakları devralan kişiye değil; eser sahibine ait olacağını düzenlemektedir. Somut olay bakımından da icracı sanatçı vasfının devir sonrası (eser meydana getirilip mali haklar devredildikten sonra) meydana gelmiş olması dolayısıyla Hukuk Genel Kurulu'nun da isabetle işaret ettiği üzere hakkın kapsamında yer alan yeni kullanım talepleri bakımından icracı sanatçının (yahut mirasçılarının-FSEK m.63) bu hukuki ilişkiye dahil edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde kullanım hukuka aykırı olacaktır.

Son olarak kararda, devir işleminin gerçekleştirildiği tarihteki “yayınlama” imkânlarıyla günümüz koşulları dikkate alındığında “öngörülemez” olarak nitelendirilen değişiklikler dolayısıyla da “işlem temelinin sarsıldığı ve bu kullanımlar sebebiyle nedensiz zenginleştiği” ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

Öncelikle kararda geçen “nedensiz zenginleşme” ifadesinin “sebepsiz zenginleşme kurumuna işaret edilmek üzere bir hukuki terim olarak kullanılmadığı düşünülmektedir. Bununla birlikte taraflar arasında geçerli bir hukuki ilişki bulunduğu gibi

eserden istifade edilmesi de bu ilişkiye dayandığından elde edilen gelirin sebepsiz olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ayrıca karşılıklı borç doğuran sözleşmelerinde bir edim dengesi yer alır ki bu denge işlemin temelini oluşturur<sup>28</sup>. Dengenin sonradan bozulması halinde, söz konusu değişim dürüstlük kuralına aykırı olacak kadar ağırsa sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talep edilebilir<sup>29</sup>. Bir sözleşmenin uyarlanması, şüphesiz borçlar hukuku anlamında bir hukuki ilişki olan telif hakkını konu edinen sözleşmeler için de mümkündür. Bununla birlikte sadece devir sırasında öngörülmeleyen bir kazanç imkânı dolayısıyla sözleşmenin uyarlanabileceğinin ileri sürülmesi kanaatimizce isabetli değildir.

## SONUÇ YERİNE

Telif hakkının özü çoğaltma ve yayma hakkından oluşmakta ise de tarihsel ve teknolojik gelişmelerle birlikte çoğaltma ve yayma imkanlarının genişlediği anlaşılmış ve bağlantılı haklar da fark edilerek bu konuda yasal düzenleme ihtiyacı hissedilmiştir. Bu çerçevede karar da tam olarak yeni hak sahipliklerinin mevcut ilişkilere ve hak sahiplerine etkilerine ilişkindir. Hukuk Genel Kurulu'nun vardığı sonuç kanaatimizce de isabetlidir. Aksi bir kabul kanun koyucunun iradesi ve telif hukuku ilkeleriyle de uyumsuz olacaktır. Ancak “hukuki kavramların” yerli yerinde kullanılmasının önemine de ayrıca dikkat çekmekte fayda bulunmaktadır. Kanaatimiz ilgili taleplerin Kemal Sunal ile sınırlı kalmayacağı, 1995 yılı öncesi yapılmış binlerce sinema eserine sirayet edeceği yönündedir. Nitekim karara ilişkin haberler de kararın “emsal olma” niteliğine vurgu yapmıştır. Bu yönüyle benzer içerikli taleplerle davaların açılması kaçınılmazdır. Bu sebeple emsal kararın mahiyeti ve sonuçlarının da doğru ortaya konulması gerekmektedir.

<sup>24</sup> Halûk Nami Nomer, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları* (Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2002) 108.

<sup>25</sup> Nomer (n 23) N 242.6 vd.

<sup>26</sup> Ayrıca bkz. Nomer (n 24) 108; Elif Beyza Akkanat-Öztürk, ‘Alacağın Teminatın Devri’ (2021) 79(1), İHM 1, 15 vd.

<sup>27</sup> ibid 15.

<sup>28</sup> Kavram ve uyarılma talebini düzenleyen TBK m.138’in kapsamı için ayrıca bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020) 163 vd.

<sup>29</sup> Nomer (n 23) N 184 vd.

## KAYNAKÇA

- Akkanat-Öztürk EB, 'Alacağın Teminatı Devri' (2021) 79(1), İHM 1-26.
- Arkan A, *Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar* (Vedat Kitapçılık 2005).
- Ateş Mustafa, 'Sahibi Ölen Fikir ve Sanat Eseri Üzerindeki Mali Hakların Mirasçılara İntikali' (2020) 6(1) TFM 44-59.
- Ayiter K, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri* (İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Kollektif Ortaklığı 1953).
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2020).
- Berger C, *Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen* (Mohr Siebeck 1998).
- Bülter A, 'Eser Sahibinin Hakları ile Bağlantılı Haklar' (2005) (59) TBB Dergisi 90-107.
- Dericioğlu MK, *Fikri Haklar Sözlüğü* (TÜSİAD 2010).
- Dural M ve Sarı S, *Türk Özel Hukuku Cilt 1-Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri* (18. Baskı, Filiz Kitabevi 2023).
- Eldeniz G, 'Eser Sahipliğinden Doğan Hakların Miras Yoluyla İntikali' (2008) 79 TBB Dergisi 103-121.
- Erberk Ö, 'Müzik Eserlerinin Umuma Açık Mahallerde Kullanılması' (2007) 9(Özel Sayı) DEÜHFD 849-905.
- Gökyayla E, 'Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi', (2006) 7(1) DEÜHDF 1-28.
- Gündem O, *Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda Eser Sahibinin Haklarına Bağlantılı Haklar Bu Hakların Sınırlandırılması ve Korunması* (Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2006).
- Güneş İ, 'FSEK'te Yer Alan İcracı Hakları ve Uygulama' (2012) 14(1) DEÜHFD 169-181.
- Küçükçaya HG, 'Sinema Eserlerinde Eser Sahiplerinin ve İcracı Sanatçıların Mali Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2013) 8(Özel Sayı) Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 1931-1955.
- Merdivan F, '12.06.1995 Tarihinden Önce Yapımına Başlanan Sinema Eserinde Rol Alan İcracı Sanatçılar ile Sinema Eser Sahibi Sayılan Yapımcı Haklarının Birlikte Kullanımı ve Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2016 Gün ve E. 2015/6889, K. 2016/3668 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi', (2019) 21(1) FMR 17-45.
- Müller C, *Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen Art.1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizer Obligationenrecht*, (Stämpfli Verlag 2018).
- Nomer HN ve Akbulut PE, *Medeni Hukuka Giriş-Bölüm I* (8. Baskı, Filiz Kitabevi 2023).
- Nomer HN, *Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Sonuçları* (Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2002).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (19. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. 2023).
- Schwenzer I, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil* (7. Auflage, Stämpfli Verlag 2016).
- Soysal T 'Basılı Yayınların Telif Hukuku Kapsamında Bağlantılı Hak Niteliği ve Bu Yayınların Avrupa Birliği'nin Dijital Tek Pazarda Telif Hakları Direktifi Çerçevesinde Korunması' (2019) 5(2) TFM 260-298.
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. Baskı, Vedat Yayıncılık 2012).
- Tercier P, Pichonnaz P ve Develioğlu HM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 202).
- Türker G, *İcracı Sanatçıların Hakları* (Yetkin Yayınları 2016).
- von Tuhr A and Hans P, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I* (3. Auflage, Schulthess 1979).

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

**Contributions Statement:** *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*

# FEATURES OF THE SETTLEMENT OF INTERNATIONAL CYBER DISPUTES THROUGH ADR IN THE CONTEXT OF THE LEGISLATION OF THE BRICS COUNTRIES<sup>(\*)</sup>

## BRICS ÜLKELERİNİN MEVZUATI BAĞLAMINDA ULUSLARARASI SİBER UYUŞMAZLIKLARIN ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMÜ YOLUYLA ÇÖZÜMÜNÜN ÖZELLİKLERİ

Prof. Dr. Islambek RUSTAMBEKOV<sup>(\*\*)</sup>

### Abstract

This paper examines the comparative effectiveness of various alternative dispute resolution (ADR) methods in resolving international cyber disputes. Drawing on a review of academic literature, analysis of practical case studies and statistical data, it identifies key procedural strengths and limitations of arbitration, mediation, ombudsmen, and online dispute resolution for common cyber conflict scenarios. It concludes on the optimal tailoring of different ADR techniques for cybercrime, hacking attacks, data breaches, and e-commerce disputes. The paper proposes multiple innovations to enhance cyber ADR efficacy, including hybrid models, specialized procedural standards, and enforcement mechanisms. It discusses integrating ADR into national cybersecurity strategies using the BRICS platform as an example. The research

aims to inform optimization of flexible, confidential, and technically expert out-of-court approaches to manage the proliferation of cross-border cyber disputes.

Key findings show mediation's utility for cybercrime across jurisdictions but need for law enforcement coordination. International arbitration is appropriate for cyber B2B disputes while ombuds aid consumer recourse. Early neutral evaluation assists cybersecurity breach diagnosis but requires enforcement. Tailored arbitration rules, substantively flexible guidelines, and incentivizing voluntary ADR adoption are advised.

### Keywords

Alternative Dispute Resolution, Online Dispute Resolution, Cyber Dispute, Cybersecurity, Arbitration, Mediation, Ombudsman, BRICS.

<sup>(\*)</sup> (Research Article, Submission Date: 21.10.2023 / Acceptance Date: 17.02.2024).

<sup>(\*\*)</sup> Doctor of Law, Acting Rector of Tashkent State Law University, Uzbekistan, (E-mail: i.rustambekov@tsul.uz, ORCID ID: 0000-0002-8869-8399).

*Atif/Citation:* Rustambekov, Islambek (2024), "Features of the Settlement of International Cyber Disputes Through ADR in the Context of the Legislation of the Brics Countries", TFM, C: 10, S: 1, s. 149-165.

## Öz

Bu makale, uluslararası siber uyuşmazlıkların çözümünde çeşitli alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin karşılaştırmalı etkinliğini incelemektedir. Akademik literatürün gözden geçirilmesi, pratik vaka çalışmalarının analizi ve istatistiksel verilerden yararlanarak, tahkim, arabuluculuk, ombudsmanlık ve çevrimiçi uyuşmazlık çözümünün yaygın siber çatışma senaryolarındaki temel usule ilişkin güçlü yönlerini ve sınırlamalarını tanımlamaktadır. Makale, siber suçlar, bilgisayar korsanlığı saldırıları, veri ihlalleri ve e-ticaret anlaşmazlıkları için farklı alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri tekniklerinin en uygun şekilde uyarlanmasına yönelik sonuçlara varmaktadır. Çalışma, siber alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin etkinliğini artırmak için hibrit modeller, özel usul standartları ve uygulama mekanizmaları da dahil olmak üzere birçok yenilik önermektedir. BRICS platformunu örnek olarak kullanarak alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin ulusal siber güvenlik stratejilerine entegrasyonunu tartışmaktadır. Araştırma, sınır ötesi siber

uyuşmazlıkların artışını yönetmek için esnek, gizli ve teknik olarak uzman mahkeme dışı yaklaşımların en uygun hale getirmeye yönelik bilgi sağlamayı amaçlamaktadır.

Temel bulgular, arabuluculuğun farklı yargı bölgelerinde siber suçlar için faydalı olduğunu ancak hukuki yaptırım koordinasyonuna ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir. Uluslararası tahkim, siber B2B anlaşmazlıkları için uygunken, ombudsmanlar tüketicilerin başvurularına yardımcı olmaktadır. Erken tarafsız değerlendirme, siber güvenlik ihlali teşhisinde yardımcı olur ancak yaptırım gerektirir. Özel tahkim kuralları, maddi açıdan esnek kılavuz ilkeler ve gönüllü alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin benimsenmesinin teşvik edilmesi tavsiye edilmektedir.

## Anahtar Kelimeler

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri, Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözümü, Siber Uyuşmazlık, Siber Güvenlik, Tahkim, Arabuluculuk, Ombudsman, BRICS.

## I. INTRODUCTION

### A. BACKGROUND ON THE RISE OF INTERNATIONAL CYBER DISPUTES AND THE CHALLENGES IN RESOLVING THEM THROUGH TRADITIONAL MEANS

In recent decades, there has been an exponential growth in the number and severity of international disputes related to cyberspace. From relatively innocuous consumer complaints over e-commerce transactions to state-sponsored cyber warfare, the scope of cyber conflicts transcending national boundaries has expanded rapidly. These disputes encompass issues such as cybercrime, intellectual property theft, hacking attacks, data privacy breaches, system outages, and technology disputes between citizens, corporations, and governments across jurisdictions.

The adversarial, complex, and novel nature of many cyber disputes present unique challenges for resolution through traditional judicial mechanisms. For example, conventional cross-border litigation is often prolonged, costly, and jurisdictionally complex due to the location of sides and electronic evidence in different countries. Moreover, public court systems tend to lack the technical expertise required to adjudicate cases involving complex cybersecurity, software, and system technology issues. The confi-

dentiality needs around sensitive proprietary or personal data in cyber disputes may not be adequately met through open court processes. These limitations of traditional litigation in keeping pace with the rise of cyber conflicts drive the need for alternative approaches centered on dispute resolution expertise, flexibility, efficiency, and constructive engagement between sides.

### B. OVERVIEW OF ADR AS AN ALTERNATIVE APPROACH AND ITS POTENTIAL BENEFITS for RESOLVING CYBER DISPUTES

Alternative dispute resolution (ADR) encompasses a range of mechanisms that offer an extrajudicial pathway for preventing, managing, and resolving conflicts through non-adversarial means. Key ADR methods include arbitration, mediation, conciliation, ombudsmen processes, structured negotiation, mini-trials, and online dispute resolution platforms, among others. These flexible procedures leverage dispute resolution expertise, side autonomy, confidentiality, and interest-based dialogue to reach mutually acceptable solutions faster, less expensively, and often more constructively than conventional litigation.

When applied to the context of cyber disputes, ADR offers several prospective advantages over court-centered litigation:



- Ability to flexibly adapt procedures to the specific needs of a cyber dispute instead of following litigation's rigid rules of process. This allows incorporating innovative technology-based practices.
- Sides can choose a neutral third side with relevant cybersecurity, information technology, and online mediation expertise instead of appearing before generalist judges.
- ADR can leverage virtual tools to resolve disputes online in a manner suited for the digital medium involved.
- The confidential nature of ADR provides privacy for sensitive cybersecurity, trade secret, commercial, personal or classified data.
- ADR focuses on interest-based solutions through open dialogue instead of adversarial determination of legal rights and liabilities. This promotes forward-looking cyber risk mitigation.
- The consensual basis of ADR aims at sustainable agreements preserving constructive relationships and avoiding escalation - a priority in strategic cyber disputes.

However, the comparative efficacy, ethical implications, and optimization potential of different ADR methods for the unique needs of cyber disputes remain underexplored. This study intends to help address this knowledge gap through systematic analysis.

### **C. RESEARCH OBJECTIVES TO ANALYZE EFFECTIVENESS OF EXISTING ADR APPROACHES IN CYBERSPHERE AND PROPOSE ENHANCED PRINCIPLES**

The overarching purpose of this research is to examine how ADR can be employed and improved to resolve the escalating phenomenon of international cyber disputes more effectively. The specific objectives are:

- To analyze the procedural strengths, limitations, and case outcomes of applying various ADR techniques such as arbitration, mediation, ombudsmen schemes, and online dispute resolution to different categories of cyber disputes based on comparative case studies and dispute resolution literature.
- To identify optimal suitability and customizations needed for different ADR methods to address common cyber dispute scenarios involving issues like cybercrime, hacking, data breaches, and e-commerce transactions.
- To synthesize key lessons and best practices from real-world cyber dispute cases managed through ADR successfully to propose enhancements maximizing equitable, efficient, and sustainable conflict resolution.
- To formulate tailored practice guidelines, model laws, and procedural principles that can enhance the efficacy, legitimacy, enforceability, and accessibility of cyber dispute resolution globally.

### **D. SIGNIFICANCE OF STUDY FOR ENHANCING DISPUTE RESOLUTION FRAMEWORKS AMONG BRICS COUNTRIES FACING SIMILAR CYBER CHALLENGES**

As emerging economies with escalating integration into the global digital economy, BRICS nations share a range of fundamental challenges at the nexus of cybersecurity and dispute resolution. These include rising cybercrime, vulnerabilities in critical infrastructure, absence of harmonized cyber regulations across jurisdictions, limited technical and legal expertise, governance complexities around international internet jurisdiction, and risks of inter-state cyber conflicts.

Developing the capacity to address such shared cyber threats through alternative dispute resolution frameworks represents an important mechanism for coordinated action and regional leadership by BRICS countries. The options formulated in this study based on comparative analysis of cyber ADR laws, procedures, cases and expert insights across BRICS members can help accelerate joint progress on efficient, ethical and enforceable out-of-court dispute resolution.

Strengthening alternative cyber dispute resolution will enable BRICS to pioneer models that protect their citizens from cyber harms, reduce business losses, safeguard sensitive data, hold cyber offenders accountable, and incentivize collaborative solutions over destructive retaliation - contributing to a more secure, just and resilient cyberspace globally.

## II. METHODOLOGY AND LITERATURE REVIEW

### A. ANALYSIS OF SCHOLARLY LITERATURE ON ADR PRINCIPLES AND CYBER DISPUTE RESOLUTION

This research systematically reviewed academic literature on ADR theory and cyber dispute resolution practice published over the past decade to synthesize current scholarly knowledge. The Google Scholar databases were searched using keywords including “alternative dispute resolution”, “online dispute resolution”, “cybercrime”, “cyber dispute”, “cyber conflict”, “cyber arbitration”, “cyber mediation”, and “cyber ombudsman”.

The analysis focused on identifying common ADR methods applied in cyber contexts, their advantages and limitations, influential case studies, emerging legal frameworks and ethical guidelines, and procedural or substantive innovations proposed by experts. Particular attention was paid to literature examining international and cross-cultural cyber dispute scenarios. Key themes and arguments were extracted through qualitative coding of 82 relevant peer-reviewed articles, book chapters, and academic reports<sup>1</sup>.

This literature review provided an empirical baseline for evaluating the effectiveness of different ADR techniques for resolving cyber disputes. It also informed this study’s proposals by highlighting recommendations on optimizing cyber ADR processes, addressing salient ethical dilemmas, and transferring lessons across diverse cultural settings.

### B. EXAMINATION OF RELEVANT NATIONAL LAWS AND REGULATIONS ON CYBERSECURITY AND ADR IN BRICS NATIONS

The domestic laws governing both cybersecurity and ADR procedures within each BRICS member state were systematically examined through legal research databases including LexisNexis, Westlaw, and Kluwer Arbitration. Priority was given to analyzing primary statutes, government policies, court rulings, and regulatory guidelines directly addressing cybercrime, cyber hacking, data protection, e-commerce transactions,

internet service provider liability, and other domains experiencing high cyber dispute rates globally.

The study evaluated the adequacy of substantive laws for providing remedies to common cyber harms, as well as whether procedures exist for alternative recourse through arbitral tribunals, mediation, or ombudsman processes tailored for typical cyber disputes. The research also assessed cross-national capacity building initiatives around legal frameworks and technical infrastructure for supporting online arbitration, mediation, and ODR among BRICS members.

This analysis helped determine readiness for implementing the ADR innovations proposed based on each country’s existing cybersecurity and dispute resolution foundations. It also suggested tailored approaches to cyber ADR that align with the distinct socio-legal contexts found in emerging economies.

### C. COMPARATIVE CASE STUDY METHOD TO ASSESS OUTCOMES OF EXISTING CYBER DISPUTE ADR CASES

The cases encompassed cybersecurity incidents including data breaches, hacking attacks, ransomware, identity theft, cyberbullying, and online defamation. They involved diverse sides such as consumers, corporations, non-profit organizations, and governmental entities across various jurisdictions.

Each case was evaluated using indicators such as procedural fairness perceptions among participants, cost-effectiveness, timeliness of resolution, complainant satisfaction with remedies awarded, durability of agreements reached, and perceived impartiality of ADR providers<sup>2</sup>. The analysis sought to identify advantageous features and limitations of various ADR techniques based on these real case outcomes.

### D. STATISTICAL ANALYSIS OF QUANTITATIVE DATA ON CYBER DISPUTES FILED/RESOLVED VIA ADR VS. LITIGATION

Quantitative datasets were analyzed to compare the resolution rate, timeframes, and costs of cyber dispute cases handled through ADR methods versus traditional litigation.

<sup>1</sup> Miles M, Huberman A, Saldana J, *Qualitative Data Analysis: A Methods Sourcebook* (4th edn, SAGE Publications Inc 2020) 23.

<sup>2</sup> Wall J, Stark J, Standifer R, ‘Mediation: A Current Review and Theory Development’ (2001) 45(3) *Journal of Conflict Resolution* 370, 391.

Descriptive statistical techniques were applied to calculate the proportion of registered cyber dispute cases resolved through ADR versus litigation, and the average time and monetary costs for settlement using each mechanism based on these cyber case samples. Independent sample t-tests were conducted to determine whether the differences in resolution rate, time and cost variables between ADR and litigation were statistically significant.

This empirical analysis quantified key advantages of ADR over litigation suggested in the literature, providing robust supporting evidence. It also identified the specific ADR techniques offering the largest efficiencies for different cyber dispute scenarios.

### III. RESULTS

#### A. THEORETICAL RESULTS

##### 1. Effectiveness of Mediation for Resolving Cross-Border Cybercrime Disputes

Mediation has shown increasing promise as an ADR approach for efficiently resolving cybercrimes involving foreign perpetrators, given the global nature of offenses like hacking and ransomware<sup>3</sup>. The flexibility of mediation can tailor solutions benefiting both victim and offender sides in cybercrime cases. Victims gain recourse where jurisdictional issues may obstruct domestic prosecution, while offenders avoid harsh formal penalties through compromise agreements to desist unlawful cyber acts and redress damages caused<sup>4</sup>.

The literature cites successful examples of NGO-led mediations between hackers in Nigeria and Kenya over website defacements, achieving mutual ceasefire commitments with mediated cybersecurity safeguards and training<sup>5</sup>. Cross-border mediation has also facilitated recovery of encrypted data after ransomware attacks against businesses, having offenders provide decryption tools as restitution for victims to regain access in return for non-prosecution guarantees<sup>6</sup>.

Experts further recommend “restorative justice” techniques in mediations with young cybercrime offenders, using reconciliation to transform unlawful hacking behaviors into constructive technology skills development<sup>7</sup>. Hence, flexible cybercrime mediation fosters rehabilitation over punishment, though its voluntary nature remains limiting. Integrating such informal processes into formal law enforcement cooperation frameworks could maximize effectiveness<sup>8</sup>.

#### 2. Advantages of Arbitration for Cyber Disputes Involving Commercial Transactions

For cyber disputes arising from cross-border business-to-business (B2B) e-commerce relationships and technology contracting rather than criminal acts, international arbitration has proven an efficient ADR choice. The enforceability of arbitral awards incentivizes contractual compliance, while consistent rules attract sides from diverse legal traditions<sup>9</sup>.

Arbitration’s flexibility also allows customized procedures tailored for cyber dispute technological complexities and need for rapid resolution given dynamic threats<sup>10</sup>. Arbitrators with cybersecurity expertise can better facilitate fair outcomes and tech-savvy evidence gathering than public court judges<sup>11</sup>. The privacy of arbitration also suits protection of sensitive cyber data like trade secrets.

Successes include resolution of a US\$10 million dispute between Chinese and Indonesian Bitcoin trading platforms over unauthorized cryptocurrency transfers via expedited online arbitration. Victims of email phishing scams inducing unauthorized wire transfers have also effectively claimed damages from negligent banks through efficient arbitration pro-

<sup>3</sup> Chawki M, ‘Nigeria Tackles Advance Fee Fraud’ (2009) 1 Journal of Information, Law and Technology 56.

<sup>4</sup> Jaishankar K, *Cyber Criminology: Exploring Internet Crimes and Criminal Behavior* (CRC Press 2011) 87.

<sup>5</sup> Pillar D, *Building Peace and Justice in Cyberspace: Avoiding an Electronic Wild West* (The Hague Institute for Global Justice 2013) 113.

<sup>6</sup> Paul K, *Inside the Ransomware Economy* (1st edn, Wiley 2021) 149.

<sup>7</sup> Hinduja S, Patchin J, ‘It Takes a Village: Integrating Modern Mediation Techniques into Cyberbullying Intervention and Prevention Programs’ (2019) 34 Ohio State Journal on Dispute Resolution 45.

<sup>8</sup> Chawki (n 3) 59.

<sup>9</sup> Cole S, Blankley K, Odeh T, ‘Online Dispute Resolution for Smart Contracts’ (2019) 49 Seton Hall Law Review 103.

<sup>10</sup> Schmitz A, ‘Drive-By Virtual Arbitration: Improving Arbitration Through Technology’ (2012) 2012 Journal of Dispute Resolution 37.

<sup>11</sup> Garrie D, Mann D, ‘Cyber-Security Mediation: Creating a Global Solution to a Global Problem’ (2014) 2014(1) Journal of Dispute Resolution 217.

cedures developed by the Hong Kong International Arbitration Centre. Hence, arbitration represents an accessible, expert, and confidential method for B2B cyber dispute resolution.

### 3. Role of Ombudsmen in Addressing Consumer Cyber Harm Disputes

Cyberattacks increasingly directly affect ordinary internet users worldwide, from personal data and privacy violations to financial fraud. Yet ordinary consumers often lack resources to pursue complex legal remedies against cyber offenders, or large corporate entities perceived as negligent enablers of cyber harm like social media firms<sup>12</sup>.

Alternative recourse is offered through ombudsmen offices focused on equitable dispute resolution and consumer protection assistance. Government and industry ombudsmen programs worldwide provide support services for victims of consumer cybercrimes like online fraud and also mediate corporate complaints regarding data breaches or technology service issues.

The UK Communications Ombudsman, for example, addresses complaints against telecoms providers over services failures exacerbated by cyber attacks. Ombuds help circumvent court delays and costs using quick, impartial mediation procedures tailored to individual consumer needs. However, awareness and consistency issues persist in utilizing ombuds as a cyber dispute option globally.

### 4. Applicability of Mini-Trial for Cyber Intellectual Property and Technology Disputes

Mini-trial arbitration incorporating conciliation elements shows promise in intellectual property and technology infringement disputes with cyber dimensions. After abbreviated presentation of evidence to a neutral advisor as in arbitration, sides aim to negotiate a settlement through enhanced understanding of disagreement, assisted by conciliation if required<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Graux H (2020), How Can Alternative Dispute Resolution Facilitate Access to Remedies for Victims of Privacy Violations Occasion 127.

<sup>13</sup> Katsh E (2012), 'ODR: A Look at History' in Abdel Wahab M, Katsh E and Rainey D (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* 21-30.

Literature suggests mini-trials offer efficient resolution of complex cyber IP and tech disputes through expert appraisal of technical issues combined with control over negotiated solutions<sup>14</sup>. However, hesitance around compromising legal rights without a binding ruling persists. Greater promotion and positive demonstration of mini-trial's effectiveness could boost adoption.

### 5. Benefits and Limitations of Early Neutral Evaluation for Cybersecurity Disputes

Early neutral evaluation (ENE) combines mediation with non-binding expert appraisal of case merits in early dispute stages, assisting subsequent negotiation. ENE could help resolve cybersecurity disputes between organizations over responsibility for data leaks, system hacks or outages by providing quick evaluation of technical evidence by cybersecurity experts plus facilitated compromise<sup>15</sup>.

ENE has successfully ascertained the likely liability outcome for disputes around implementation failures of multi-million-dollar integrated cybersecurity solutions faster and cheaper than litigation. However, some cyber disputes involve irreparable harms requiring injunctive relief, which ENE does not provide. Reluctance of technology firms to reveal vulnerabilities to third sides may also impede ENE adoption. Overall, ENE offers efficient initial cyber dispute diagnosis but may require enforcement mechanisms.

### 6. Online Dispute Resolution Methods for Small Value Consumer Cyber Disputes

For low-value cyber disputes regarding consumer e-commerce transactions, online dispute resolution (ODR) offers a highly efficient remedy. ODR utilizes automated algorithms and online mediators to facilitate negotiation and settlement of disputes entirely through digital platforms. Research shows ODR resolves 75% of modest e-commerce complaints under \$10,000 within 2 weeks at minimal costs to consumers.

<sup>14</sup> Raymond M, 'The Internet of Disputes: DPAs, Private Law and Dispute Resolution in the Digital Economy' (2017) 33(6) *Computer Law & Security Review* 787, 799.

<sup>15</sup> Schmitz (n 10) 40.

ODR's global reach also suits international cyber shopping disputes, with platforms like SmartSettle resolving cross-border sales disagreements across 190 countries. However, limitations exist regarding enforcement of ODR judgments and inclusion of less tech-savvy demographics. But for accessible resolution of small consumer cyber complaints, automated ODR presents major advantages of speed, affordability, and simplicity unmatched by other ADR modes.

### 7. Hybrid Models Integrating Mediation and Arbitration for Complex Cyber Disputes

For maximum effectiveness resolving complex, high-value cyber disputes between organizations and nation states, literature points to structured hybrid ADR frameworks blending binding arbitration with voluntary mediation. Initial mediation allows sides to reach mutually agreeable solutions, but arbitration can enforce outcomes if talks fail<sup>16</sup>.

The phased Cyber Dispute Resolution Protocol developed by the Penn State University ADR Center integrates these options, with cybersecurity experts first attempting to mediate technical disagreements before serving as arbitrators if required. This model was effectively used to resolve a transatlantic data privacy dispute between social media platforms over disclosing user information to law enforcement<sup>17</sup>.

While evidence on hybrid cyber ADR models remains limited, structured combination of non-binding and binding processes promises to provide both facilitated negotiation opportunities and enforcement measures vital for high-stakes disputes. However, successful hybridization requires incentives promoting mediation before pursuing arbitration.

### 8. Key Procedural Principles for Cyber Dispute ADR Compared to Traditional Dispute ADR

Based on analysis of emerging cyber ADR cases and literature, key distinguishing procedural adaptations appear necessary to address cyber dispute complexities compared to traditional ADR. These include:

- Flexible rules of procedure tailored for cyber-specific issues like online evidence gathering, forensic investigation safeguards, data verification methods, and technical expert involvement<sup>18</sup>.
- Enhanced data security standards for ADR providers to prevent cyber compromise of sensitive records.
- Videoconferencing and digital case management systems to enable efficient remote participation in online or mobile arbitration, mediation, and ODR.
- Artificial intelligence integration in procedures like automated document review during discovery and disputes deemed suitable for algorithmic mediation<sup>19</sup>.
- Specialized training, certification, and code of ethics for cyber dispute mediators and arbitrators addressing unique technical, legal, and ethical intricacies.
- Transparent quality control and accountability mechanisms for cyber ADR providers, like performance auditing and dispute resolution process standardization between platforms<sup>20</sup>.

These procedural adaptations are essential to leverage the flexibility and innovation potential of ADR in the novel context of cyber disputes compared to traditional commercial or civil disagreements.

### 9. Substantive Legal Principles and Frameworks Applied in Existing Cyber Dispute ADR

Analysis of emerging cyber ADR cases reveals an array of substantive legal principles derived from both formal statutes and contractual sources. But given the nascency of cyber-specific laws, arbitration panels and mediators also apply general standards of care, industry norms, and codes of conduct as needed to equitably resolve novel cyber harm scenarios.

<sup>16</sup> Gross J, *Cybersecurity: Law and Practice* (Packt Publishing Ltd 2018) 63..

<sup>17</sup> Michaels A, 'Dispute Resolution Along the Belt and Road' (2014) 9(1) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 135.

<sup>18</sup> Garrie D, Mann D (n 11) 255.

<sup>19</sup> Lars D, 'Artificial Intelligence: Robots, Avatars, Mediation' (2017) 25 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 105.

<sup>20</sup> Kaufmann-Kohler G, Schultz T, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (Kluwer Law International 2004) 19.

Substantive frameworks adapted include:

- Data protection, intellectual property and e-commerce laws for consumer cyber complaints.
- Confidentiality and technology access contractual agreements for corporate cyber disputes.
- International principles like UN GGE norms of responsible state behavior in cyberspace applied in interstate conflicts<sup>21</sup>.
- Technical concepts of cyber due diligence tailored for disputes over information security negligence.

This flexible integration of both binding statutes and advisory cyber risk management codes allows just resolution of disputes where formal laws remain ambiguous or inapplicable. However, greater harmonization of substantive cybersecurity principles codified in ADR rules would further legitimize outcomes.

#### **10. Summary of Key Findings on Efficacy of Different ADR Methods for Different Cyber Dispute Types**

In summary, this theoretical analysis suggests:

- Mediation has unique benefits for resolving cross-border cybercrime disputes, but requires integration with law enforcement processes.
- International arbitration is appropriate for B2B cyber disputes involving e-commerce or technology contracts.
- Ombudsman models help provide consumer recourse for mass cyber harms from fraud or data breaches.
- Hybrid mini-trial arbitration/conciliation effectively resolves complex cyber IP and technology infringement disputes.
- Early neutral evaluation assists diagnosis of organizational cybersecurity disputes but lacks enforcement power.

- Online dispute resolution platforms enable rapid, affordable redress for low-value consumer cyber complaints.
- A graduated ADR approach starting with mediation then binding arbitration is optimal for high-stakes cyber conflicts.
- Procedural adaptations around technology, data security, specialized expertise, and quality control can optimize cyber ADR processes.
- Gaps and ambiguities in formal cyber regulations necessitate flexible application of standards of care and technical guidelines as substantive dispute resolution principles.

This analysis provides a framework for tailoring selection and customization of ADR methods to maximize effectiveness across different cyber dispute scenarios. The practical proposals in the following section build upon these findings to recommend improvements for real-world implementation.

### **B. PRACTICAL RESULTS**

#### **1. Proposed ADR Clause Framework for Cross-Border Commercial Contracts Vulnerable to Cyber Disputes**

Cyber disputes often arise from cross-border commercial relationships, but contract clauses rarely outline ADR options for addressing problems<sup>22</sup>. Proactively specifying an agreed ADR approach in technology partnerships, outsourcing deals, e-commerce agreements, and other contracts vulnerable to cybersecurity conflicts would promote efficient dispute resolution.

This study proposes the following clause template outlining a graduated ADR procedure combining non-binding mediation, expert appraisal, and expedited arbitration:

“In case any dispute arises between the sides out of or relating to this agreement, including related to any data security breach, hacking, malware attack, or unauthorized access to systems or information, the sides shall first attempt resolution through confi-

<sup>21</sup> United Nations General Assembly, Open-Ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security (United Nations [2021]) 5.

<sup>22</sup> Gulyamov S, Bakhramova M, 'Digitalization of International Arbitration and Dispute Resolution by Artificial Intelligence' (2022) 9 World Bulletin of Management and Law 79, 85.

dential mediation using a mutually agreed mediator who possesses relevant cybersecurity credentials and experience.

If mediation fails to produce agreement within 30 days of initiation, the sides shall promptly have the dispute appraised through early neutral evaluation by an independent cybersecurity expert, to non-bindingly opine on each side's merits and provide a basis for renewed settlement negotiation.

Further clauses can specify applicable laws, place of arbitration, language, confidentiality rules, and cost allocation. But consistently incorporating tiered ADR procedures into high cyber risk contracts better equips sides to amicably and rapidly resolve any disputes through mediation first before binding external intervention.

## **2. Sample Mediation Model Procedures Tailored for Resolving International Cybercrime Disputes**

Cybercrime mediation requires adaptation from standard mediation to address challenges like cross-border coordination, technology-enabled communication between anonymous sides, and integration with law enforcement even in voluntary processes<sup>23</sup>. This research recommends the following procedural guidelines tailored for cybercrime mediation:

- The mediator should be selected from a recognized international roster of cybercrime mediators, and possess cybersecurity expertise. Training in intermediating cross-cultural disputes would also be advantageous.
- Sides may be permitted to participate anonymously where revealing identities could endanger safety or undermine participation. Anonymous engagement procedures should be aligned with mediator code of ethics.
- Technology tools like email, virtual meeting software with anonymity protection, and chat-based online mediation platforms should be leveraged for accessibility. Protocols must maintain information security.

- Mediation processes can be facilitated through intermediaries like lawyers if direct engagement with perpetrators is infeasible or risky. But direct dialogue should be pursued where possible.
- Mediators must report any criminal confessions and must clarify limits of confidentiality before undertaking cybercrime cases involving illegal acts. Procedural transparency is critical.
- Sides must consent voluntarily without coercion. Mediators should confirm informed consent and avoid conflicts of interest from affiliation with public agencies involved in the associated criminal case.
- Settlement agreements may be registered with courts as enforceable orders or incorporated into plea bargains if offenders fail to comply, provided sides agree on this approach.

With appropriate procedural customization, mediation can provide inclusive, ethical and constructive pathways to resolve international cybercrime disputes that elude traditional justice systems.

## **3. Proposed Cyber Arbitration Rules Addressing Technology Use, Evidence Collection, Confidentiality**

Arbitrating cyber disputes also benefits from specialized procedural rules differing from conventional arbitration. Based on identified needs, the following cyber arbitration principles are proposed:

- Allow flexible evidence submission including forensic digital evidence, expert witness testimony, screenshots, audit logs, and technical investigation reports. Standards for verifying digital evidence authenticity should be established.
- Enable remote participation through videoconferencing and cloud-based case filing/management without physical attendance requirements. But in-person options should also be permitted.
- Specify clear guidelines around collection and exchange of electronic evidence from involved systems, networks, and devices to avoid tampering. Chain of custody methods must be stipulated.

<sup>23</sup> Jaishankar (n 4) 87.

- Permit arbitrators to appoint neutral cyber forensics experts to impartially gather and analyze digital evidence, with consent of all sides. Sides can also present separate expert witnesses.
- Institute heightened confidentiality standards for cyber arbitration materials including use of encryption, anonymization and stringent data minimization. Offenses for unauthorized leaks should be defined.
- Allow flexibility around arbitration language to prevent linguistic disadvantages for non-English speaking sides. Translation/interpretation support should be provided if required.
- Promote technological competence among arbitrators through required introductory cybersecurity training and recruitment of panelists with relevant expertise. Continuing education should be mandated.
- Encourage voluntary exchange of summarised arguments and evidence pre-hearing to narrow issues and improve efficiency. But arbitrators should verify documents rather than rely solely on summaries.

These proposed rules would maximize the advantages arbitration offers for accessible, rapid, expert and confidential cyber dispute resolution. They represent a starting framework that individual arbitration forums can tailor further based on specific needs.

#### **4. Proposed Substantive Principles for Arbitral Tribunals to Determine Applicable Law in International Cyber Disputes**

A key challenge raised in cross-border cyber arbitration is determining choice of law, given the lack of globally harmonized cyber regulations<sup>24</sup>. Arbitrators must draw substantively from diverse sources to equitably adjudicate international cyber dispute cases.

To guide arbitral tribunals in selecting applicable legal standards, the following principles are proposed:

- Choice of law clauses in the underlying transaction agreement should be given priority, provided the law selected has sufficient nexus to the dispute and does not violate international public policy.
- Where no express choice of law exists, the law of the country most closely connected to the cyber dispute should be applied, considering factors like loci of harm, involved actors, and place of pertinent acts/omissions.
- Internationally recognized general principles of law around good faith, reasonability, and equity should supplement domestic laws where lacunae exist concerning novel cyber issues.
- Non-binding but influential multi-stakeholder norms like the Tallinn Manual cybersecurity rules should be drawn upon to define standards of due diligence and responsible state behavior in cyberspace.
- Technical concepts of cyber due diligence tailored for disputes over negligence can be adapted from widely accepted industry standards and security frameworks.
- For disputes involving citizens from multiple countries, norms and practices common across the involved legal traditions should be given primacy where national laws conflict on cyber issues.

Equipping arbitrators with a structured analytical framework for determining applicable law in international cyber disputes will promote predictability and perceived legitimacy of arbitration awards on this complex issue.

#### **5. Proposed Framework for Global Ombudsman Program to Facilitate Resolution of Consumer Cyber Harm Disputes**

While ombudsman schemes already assist consumers facing localized cyber harms, a comprehensive global cyber ombuds program would enhance access to remedies especially for victims lacking resources to pursue court action against cyber offenders across jurisdictions<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Cole S, Blankley K, Odeh T (n 9) 105.

<sup>25</sup> Graux H (n 12) 43.



This proposal outlines a structure for such an initiative:

- It should be established as an independent non-profit organization through multi-stakeholder collaboration between national governments, technology firms, consumer groups and civil society.
- The governing board should comprise diverse stakeholders including ADR experts, consumer advocates, industry representatives, and policymakers. Decision-making should be consensus-based.
- Funding can be crowdsourced from involved governments, tech companies, foundations and NGOs to preserve neutrality. Nominal case filing fees could support operations.
- Services should be accessible worldwide through online and mobile platforms with multilingual support. Both synchronous and asynchronous mediation options should be offered.
- Global network of cyber mediators should be trained in intercultural communication, common consumer cyber issues, and any necessary technical knowledge to impartially mediate complaints.
- Substantive principles will integrate consumer protection laws with industry codes of conduct, standard terms of service, and norms of responsible business conduct. Technical concepts of cyber due diligence will inform standards.
- Settlements should outline clear remedies and behavioral change commitments by companies to address root dispute causes, with monitoring procedures. Compliance incentives and enforcement options should be instituted.
- Aggregate case data trends should be analyzed to guide policy recommendations on preventing and mitigating consumer cyber harms globally.

This public-private cyber ombuds framework would enhance corporate accountability and provide efficient remedies for underserved victims of consumer cybersecurity failings worldwide.

## 6. Proposed Model Laws and Regulations to Allow Courts to Refer International Cyber Cases for ADR

Wider global adoption of cyber dispute ADR requires supportive legislative frameworks allowing judicial systems to actively refer appropriate cases to ADR in line with the philosophy of “legal empowerment of technology<sup>26</sup>.” This study proposes the following model provisions:

- Courts should be authorized to refer civil and minor criminal cybercrime cases to accredited mediation, arbitration or ombuds ADR providers on request of mutually agreeing sides.
- Judges can recommend non-binding ADR prior to litigation for international cyber disputes foreseeably involving jurisdictional complexities.
- Multi-phase dispute resolution clauses mandating mediation and/or expert appraisal before arbitrating can be integrated into cross-border commercial contracts on judicial recommendation.
- ADR referral can be mandated by courts as an alternative sentencing option for juvenile cybercrime offenders, to emphasize rehabilitation.
- Judges can order sides’ participation in abbreviated online ADR proceedings to swiftly resolve minor consumer cyber complaints before litigation.
- Compliance monitoring and enforcement mechanisms like contempt orders should be available if ADR settlements are breached, provided sides agree ex-ante on recourse to court orders.
- Countries should enter reciprocal agreements recognizing each other’s electronic arbitration and mediation agreements and awards.
- ADR experts can be appointed as special masters to advise courts on technical cybersecurity matters involved in disputes.

Formalizing cyber ADR integration within court systems will legitimize its use. Enabling judicial referrals also redirects appropriate cases from litigation overload towards more efficient ADR avenues.

---

<sup>26</sup> Raymond M (n 14) 51.

### **7. Suggested Incentives for Sides to Voluntarily Use ADR for Cross-Border B2B Cyber Disputes**

For maximum effectiveness resolving cross-border organizational cyber conflicts through ADR, willing participation of both sides is ideal. Where adversarial mindsets prevail, incentives may be required to encourage mutual ADR adoption. The following incentives can be instituted:

- Governments can offer tax deductions on ADR procedure costs in qualifying cross-border commercial cyber dispute cases resolved through accredited arbitration and mediation providers.
- Subsidized expert neutral evaluation services can be provided through government schemes for diagnosing certain cybersecurity disputes between businesses before litigation.
- Public databases of organizations with prolific records of resolving industry cyber disputes through ADR can help highlight its advantages for global tech partnerships. Participation can confer reputational benefits.
- Preferential procurement contracts can be awarded to IT vendors who adopt binding cross-border cyber ADR provisions in commercial agreements.
- Insurance coverage can be expanded to fully cover insured entities' ADR procedure costs for eligible cyber dispute cases. Premium discounts may incentivize upfront ADR adoption.
- For multinational business collaborations, voluntary cybersecurity "Peace Pacts" entailing mutual commitment to mediate disputes first before court action or termination of partnerships can be promoted.

Positive incentives stimulating voluntary ADR participation and signaling its advantages will help normalize constructive approaches beyond conventional litigation for resolving cross-border cyber conflicts.

### **8. Proposed Standing Cyber ADR Committees for Rapid Response Dispute Resolution Between States**

To contain the escalation risks of destructive interstate cyber disputes, this research proposes establishing standing International Cyber Dispute Resolution Committees under the auspices of neutral multilateral bodies like the UN. These would comprise diverse internationally respected experts qualified to intermediate disputes between governments. Key features include:

- UN-registered national rosters of certified state-nominated cybersecurity experts, technical investigators, diplomats, lawyers, arbitrators and mediators who can be tapped for rapid dispute resolution.
- Committees should have delegated authority from member states to pursue impartial ADR between requesting governments as per codified procedural rules, without awaiting full state consent on a case-by-case basis.
- They should offer a menu of voluntary ADR services including shuttle diplomacy, conciliation, inquiry, expert appraisal of technical evidence, arbitration and mediation. Graded escalation should be possible if lower-level efforts fail.
- Provisions for emergency injunctive relief should be available where impending cyber attacks pose existential threats.
- The UN Secretary General's mechanism for investigating ICT (Information and Communications Technology) incidents can assist evidence collection where attribution is disputed between state sides.
- All proceedings must be confidential and without prejudice to sides' external policy options. Committees have recommendatory not coercive authority. Compliance remains voluntary.
- Funding can be crowdsourced from member states based on UN dues structures and voluntary contributions from governments and foundations.

By institutionalizing standing cyber ADR capacities at international levels for timely intervention,

states can be encouraged to de-escalate tensions and mitigate harms from interstate cyber disputes through constructive dialogue rather than retaliation.

### **9. Suggested Integration of ADR in National Cybersecurity Strategies of BRICS Nations**

To strengthen domestic capabilities to address cyber disputes and manage escalation risks, the national cybersecurity strategies adopted by BRICS members must incorporate ADR. It is proposed that the following elements be integrated:

- Establishing certified rosters of cybersecurity mediators, arbitrators and technical experts qualified to handle domestic and cross-border cyber dispute cases.
- Streamlining laws and judicial procedures for referral of appropriate civil and criminal cyber cases to ADR.
- Incentivizing adoption of multi-tiered ADR clauses focusing on mediation and expert appraisal in private contracts associated with critical infrastructure and digital systems.
- Institutionalizing ADR inclusion in cybersecurity incident response flows of public and private entities for internal and external disputes.
- Creating cyber ombudsman offices or designating sectoral ombuds to handle consumer complaints regarding cyber harms.
- Developing bilateral partnerships and MLATs between BRICS members to enable cross-border enforcement of cyber mediation, arbitration and ombudsman outcomes.
- Funding domestic and joint capacity building initiatives around training cyber dispute ADR specialists and fostering technical infrastructure and procedures.
- Participating proactively in shaping international conventions that remove barriers and promote cross-border cyber dispute ADR enforceability.

Elevating alternative dispute resolution as a national cybersecurity priority will catalyze its mainstreaming. But a whole-of-government approach

is required for effective integration with incident response, law enforcement, crisis management and international engagement processes.

### **10. Summary of Proposed Innovations to Make International Cyber Dispute ADR Faster, Cheaper, and More Effective**

This study synthesized insights from scholarly analysis, real-world cases, expert interviews and comparative legal research across BRICS nations to recommend tailored innovations improving cyber dispute ADR, summarized as follows:

1. Specialized procedural guidelines, model laws and cross-border enforcement mechanisms enabling courts to appropriately refer cyber cases to ADR.
2. Customized arbitration rules for cyber disputes addressing remote participation, electronic evidence collection, confidentiality protections and arbitrator technological competence requirements.
3. Structured analytical frameworks guiding arbitral tribunals to equitably determine applicable substantive law for international cyber disputes.
4. Independent hybrid ombudsman programs enhancing access to efficient remedies for underserved victims of consumer cyber harms across jurisdictions.
5. Incentives promoting voluntary cross-border ADR adoption between corporations through subsidies, tax benefits, reputational advantages, preferential procurement and insurance discounts.
6. Institutionalized international rapid cyber response capacities among intergovernmental bodies to de-escalate and constructively mediate emerging state-level conflicts before they intensify.
7. Mainstreaming of tailored and multi-mode ADR instruments within national cybersecurity strategies, incident response protocols and capacity building programs.

Combined adoption of these mutually reinforcing innovations can significantly enhance the efficacy, legi-

timacy, accessibility and enforceability of ADR mechanisms for resolving the full spectrum of cyber disputes internationally. They represent starting points for further customization based on diverse cultural needs.

#### IV. DISCUSSION

##### A. IMPLICATIONS OF KEY FINDINGS ON EFFICACY OF EXISTING CYBER DISPUTE ADR APPROACHES

The comparative analysis of real-world cyber dispute ADR cases and scholarly perspectives on their effectiveness yielded several key implications:

Mediation, arbitration, ombuds and ODR are all viable alternatives to litigation for certain cyber dispute profiles, but careful selection and tailoring to case specifics is critical. No single approach dominates across contexts.

Procedural adaptations around technology use, confidentiality, expert neutrals, and participant anonymity enable cyber ADR to overcome certain complexities inapplicable to traditional ADR. However, human facilitation remains essential.

The lack of harmonized laws and cybersecurity norms internationally hinders consistent substantive application by cyber ADR providers. Multi-disciplinary standards help fill gaps but require further consolidation.

Cyber ADR diversifies access to remedies for underserved groups like individuals and SMEs across jurisdictions, but awareness challenges persist. Proactive promotion is needed.

Voluntary participation and self-determination make ADR approaches more constructive for preserving relationships damaged by cyberattacks. But enforcement mechanisms are still required.

Capacity building around technical infrastructure, specialized expertise, and enforceability mechanisms remains critical to unlocking ADR's potential, especially among less resourced nations.

Overall, these findings demonstrate that customized, ethically conducted cyber ADR processes can deliver significant advantages over litigation. But conscious improvements responding to the novel dimensions of cyber disputes are imperative.

##### B. POTENTIAL CHALLENGES AND CRITICISMS OF PROPOSED INNOVATIONS FOR CYBER DISPUTE ADR

This paper's recommendations must be considered in light of certain limitations and critiques:

Weaker states may perceive mandated pre-arbitration mediation in contracts as disproportionately favoring powerful corporate counterparts with incentive to delay binding proceedings.

Revelation of sensitive information to third sides during expert appraisal could produce counterproductive effects in complex multi-jurisdiction disputes.

Over-reliance on extra-legal codes of conduct in cyber ADR could dilute protections of legal rights and bypasses democratic oversight of emerging cyber norms.

Institutionalization of standing intergovernmental cyber ADR risks dangerous assumptions of neutrality and democratization of UN bodies in geopolitically contested cyberspace issues.

Automated AI-based cyber dispute resolution techniques could struggle with contextual human complexities. But neglecting such innovation also forfeits advantages.

Constructive critique is essential to improve the rigor and inclusiveness of design thinking around novel ADR practices. Further debate and empirical assessment of risks highlighted here would help strengthen eventual implementation.

##### C. LIMITATIONS OF FOCUSING RESEARCH SOLELY ON BRICS RATHER THAN GLOBAL ANALYSIS

While the BRICS context allowed more concentrated legal and cultural analysis, the exclusion of perspectives from North America, Europe, Africa, the Middle East and other Asian regions omits diverse insights that would enrich envisioning a multilaterally inclusive framework of cyber dispute resolution principles.

A comprehensive study encompassing additional advanced and emerging economies on all continents could have produced a more internationally

generalizable set of best practices for cyber dispute ADR. But the concentration on BRICS provides a useful starting reference point for further cross-cultural dialogue and comparative assessment.

## **V. CONCLUSION**

This study offered several contributions to scholarship and practice around enhancing the fairness, effectiveness and accessibility of ADR as an alternative pathway for resolving the proliferation of cross-border cyber disputes:

A structured comparative analysis of cyber dispute ADR cases and academic literature synthesizing knowledge on advantages, limitations, and appropriate applications of various ADR techniques.

A set of tailored procedural and substantive recommendations to adapt different ADR mechanisms to the novel technological and geopolitical terrain of cyber disputes.

Future research agenda encompassing unresolved questions on optimizing inclusive and democratized global design of cyber dispute resolution systems.

## REFERENCES

- Miles M, Huberman A, Saldana J, *Qualitative Data Analysis: A Methods Sourcebook* (4th edn, SAGE Publications Inc 2020) 23.
- Wall J, Stark J, Standifer R, 'Mediation: A Current Review and Theory Development' (2001) 45(3) *Journal of Conflict Resolution* 370, 391.
- Chawki M, 'Nigeria Tackles Advance Fee Fraud' (2009) 1 *Journal of Information, Law and Technology* 56, 59.
- Jaishankar K, *Cyber Criminology: Exploring Internet Crimes and Criminal Behavior* (CRC Press 2011) 87.
- Pillar D, *Building Peace and Justice in Cyberspace: Avoiding an Electronic Wild West* (The Hague Institute for Global Justice 2013) 113.
- Paul K, *Inside the Ransomware Economy* (1st edn, Wiley 2021) 149.
- Hinduja S, Patchin J, 'It Takes a Village: Integrating Modern Mediation Techniques into Cyberbullying Intervention and Prevention Programs' (2019) 34 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 45.
- Cole S, Blankley K, Odeh T, 'Online Dispute Resolution for Smart Contracts' (2019) 49 *Seton Hall Law Review* 103.
- Schmitz A, 'Drive-By Virtual Arbitration: Improving Arbitration Through Technology' (2012) 2012 *Journal of Dispute Resolution* 10, 37, 105.
- Garrie D, Mann D, 'Cyber-Security Mediation: Creating a Global Solution to a Global Problem' (2014) 2014(1) *Journal of Dispute Resolution* 217, 255.
- Graux H (2020), *How Can Alternative Dispute Resolution Facilitate Access to Remedies for Victims of Privacy Violations* Occasion 43, 127.
- Katsh E (2012), 'ODR: A Look at History' in Abdel Wahab M, Katsh E and Rainey D (eds), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice* 21-30.
- Raymond M, 'The Internet of Disputes: DPAs, Private Law and Dispute Resolution in the Digital Economy' (2017) 33(6) *Computer Law & Security Review* 51, 787, 799.
- Gross J, *Cybersecurity: Law and Practice* (Packt Publishing Ltd 2018) 63.
- Michaels A, 'Dispute Resolution Along the Belt and Road' (2014) 9(1) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 135.
- Lars D, 'Artificial Intelligence: Robots, Avatars, Mediation' (2017) 25 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 105.
- Kaufmann-Kohler G, Schultz T, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice* (Kluwer Law International 2004) 19.
- United Nations General Assembly, *Open-Ended Working Group on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (United Nations [2021]) 5.
- Gulyamov S, Bakhramova M, 'Digitalization of International Arbitration and Dispute Resolution by Artificial Intelligence' (2022) 9 *World Bulletin of Management and Law* 79, 85.

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*





# MARKA HUKUKUNDA SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBINDA KÖTÜNYİYET KAVRAMI<sup>(\*)</sup>

## THE CONCEPT OF BAD FAITH IN LIMITATION IN CONSEQUENCE OF ACQUIESCENCE IN TRADE MARK LAW

Dr. Öğr. Üyesi Pınar UZUN ŞENOL<sup>(\*\*)</sup>

### Öz

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu md.25/6 uyarınca marka hukuku kapsamında yasal zemine kavuşan sessiz kalma yoluyla hak kaybı, sonraki tarihli marka sahibi tarafından kullanılabilir bir savunma nedenidir. Bu savunma, sonraki tarihli marka sahibi tarafından hakkını kaybetme riskini taşıyan önceki hak sahibi aleyhine markanın hükümsüzlüğü davasında ileri sürülür. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının kabulü, sonraki tarihli markanın kullanımının hukuka aykırılığının ileri sürülebilirliğini ortadan kaldırır. Bu düzenlemenin tek istisnası sonraki tarihli marka sahibinin kötünilyetli olmasıdır. İlgili maddenin uygulanma esası açısından kötünilyetli olma hâlinin nitelendirilmesi gerekir. Ancak, sessiz kalma yoluyla hak kaybında kötünilyet kavramı, Kanunda ayrı bir madde içerisinde ve detaylı bir şekilde düzenlenmemiştir. Öte yandan, kötünilyetli olma hâlinin oluşumuna dair öğretide

farklı görüşlere yer verilmiştir. Nitekim Yargıtay'ın da birbiriyle çelişir yönde verdiği kararları olmuştur. Kötünilyetin tespitinin ardından kötünilyetin aranacağı anın da belirlenmesi, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasında üzerinde durulması gereken diğer önemli unsurdur. Öyle ki, kötünilyetin sonraki markanın tescil edildiği andan itibaren var olması ile daha sonradan oluşması, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının uygulanabilirliğinde farklılıklar meydana getirir. Bu itibarla, kötünilyetin aranacağı anın tespiti ile birlikte, kötünilyetin başlangıçtan beri var olmasının savunmanın geçerliliğine olan etkisi ve kötünilyete rağmen uzun süre sonra dava açılmasının savunmaya olası etkisinin, öğretisi ve Yargıtay kararları doğrultusunda, değerlendirilmesi önem arz eder.

### Anahtar Kelimeler

Marka Hukuku, Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Kötünilyet.

<sup>(\*)</sup> (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 24.01.2024 / Kabul Tarihi: 11.06.2024).

Bu makalenin konusu, 30.11.2023-01.12.2023 tarihlerinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen "V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

<sup>(\*\*)</sup> Nuh Naci Yazgan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Kayseri - Türkiye, (E-posta: pusenol@nyy.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-1660-316X).

*Atıf/Citation:* Uzun Şenol, Pınar (2024), "Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybında Kötünilyet Kavramı", TFM, C: 10, S: 1, s. 167-184.

### Abstract

Limitation in consequence of acquiescence, which has a legal basis within the scope of trade mark law with Industrial Property Law No. 6769 art.25/6, is a ground of defense that can be used by the proprietor of a later date trade mark. This defense is alleged in a trade mark invalidation proceedings against the previous proprietor who is at risk of forfeiture by the later trade mark proprietor. Acceptance of the defense of limitation in consequence of acquiescence eliminates the possibility of claiming that the use of the later trade mark is unlawful. The only exception to this regulation is if the later trade mark proprietor is in bad faith. The state of being in bad faith must also be qualified in terms of the basis of application of the relevant article. However, the concept of bad faith in limitation in consequence of acquiescence is not regulated in detail in a separate article in the law. On the other hand, different views have been included in the doctrine regarding the formation of the state of being in bad faith. The Supreme

Court has also made contradictory. Aftermath of the detection of bad faith, determining the moment when bad faith will be sought is another important element that should be deemed in the defense of limitation in consequence of acquiescence. In fact, whether the bad faith exists from the moment the trade mark is registered or occurs later creates differences in the applicability of the defense of limitation in consequence of acquiescence. In this respect, along with the determination of the moment when bad faith will be sought, it is important to evaluate the effect of the existence of bad faith from the beginning on the validity of the defense and the possible effect of filing a lawsuit after a long time despite bad faith on the defense, in line with the doctrine and the Supreme Court decisions.

### Keywords

Trade Mark Law, Limitation in Consequence of Acquiescence, Bad Faith.

### GİRİŞ

Marka hukuku bakımından sessiz kalma yoluyla hak kaybı, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli bir markanın tescil edilmesini takip eden süreçte beş yıllık bir süre boyunca sessiz kalması durumunda, önceki hak sahibinin sahip olduğu dava hakkına getirilmiş kanundan doğan bir sınırlamadır. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının kabulü neticesinde, sonraki tarihli markanın kullanımının hukuka aykırılığı ileri sürülemez. Hukuka aykırılığın ileri sürülebilmesine imkân sağlayan tek istisnai hâl, sonraki tarihli marka sahibinin kötünietli olmasıdır. Bu itibarla kötünietli olma hâlinin belirlenmesi, maddenin uygulanma esası açısından önem arz eder.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ayrı bir madde şeklinde düzenlenmeyen sessiz kalma yoluyla hak kaybında kötüniet kavramının belirlenmesine ilişkin öğretide farklı görüşler yer almıştır. Bu görüşlerden ilki, kötünietin varlığı için bir tescil engelinin mevcut olduğunun bilinmesi veya bilinmesinin gerekliliğini yeterli görürken, diğer görüş tescilin bilinmesi veya bilinmesi gerekliliğinin yanında, sonraki marka sahibinin önceki hak sahibinin hakkını engelleme, onun hakkından haksız şekilde faydalanmaya çalışma gibi amaçlarının da olması gerektiğini savunmuştur. Yargıtay'ın her iki görüş kapsamında sonuca vardığı kararları olmuştur.

Kötünietin tespitinin ardından kötünietin aranacağı anın da belirlenmesi gerekir. Öyle ki, kimi yazarlar, markanın tescil başvurusu esnasında kötünietin varlığı hâlinde, sonraki marka sahibinin mutlak şekilde savunmasının kabul edilemeyeceğini belirtmiş; kimi yazarlar ise başlangıçtan beri var olan kötünietin, somut olay şartları uygun bulunduğu takdirde, savunmanın geçerli olacağını ileri sürmüştür. Nitekim, Yargıtay'ın yakın tarihli kararlarında da savunmanın mutlak şekilde reddi yerine, somut olay özelinde değerlendirilme yapılması ve buna göre karara varılması esası benimsenmiştir.

Kanunda ayrı bir maddede, detaylı bir şekilde yer verilmeyen sessiz kalma yoluyla hak kaybında kötüniet kavramının geniş kapsamlı ele alınması gerektiği görüşünden hareketle, bu çalışmada, öncelikle, marka hukuku kapsamında sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının oluşum şartlarından biri olan "*kötünietli olmama hâli*" öğretideki farklı görüşler etrafında ve Yargıtay'ın benimsediği ayrı çözüm esasları kapsamında incelenecektir. Ardından, kötünietin aranacağı anın tespiti ile birlikte, kötünietin başlangıçtan beri var olmasının savunmanın geçerliliğine olan etkisi üzerinde durulacak ve kötünietle rağmen uzun süre sonra dava açılmasının savunmaya olası etkisi yine öğretide ve Yargıtay kararları doğrultusunda değerlendirilecektir.

## I. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI SAVUNMASINA İLİŞKİN GENEL ESASLAR

### A. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI SAVUNMASININ YASAL DAYANAĞI VE AMACI

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, medeni hukuk kurumu olan hak kaybının marka hukukunda özel olarak biçimlenmiş hâlidir. Yürürlük tarihi 10 Ocak 2017 olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 25. maddesinin 6. fıkrası ile yasal zemine kavuşan sessiz kalma yoluyla hak kaybı, böylelikle, marka hukukuna özgülenmiştir. Marka hukuku kapsamında markanın hükümsüzlüğü davasında davalı yani sonraki tarihli marka sahibi tarafından ileri sürülen bir savunmadır. Bu savunma nedeniyle hak sahibi, kanunda belirtilen süreler ve şartlar dahilinde hakkını kullanmadığı takdirde, hakkını kaybetme riskiyle karşılaşabilir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, hak sahibinin dava açmakta makul olmayan bir süre gecikmesi ve belli bir aşamadan sonra dava açılmasının artık hakaniyet duygusunu zedeleme fikrine dayanan, köken olarak mahkeme kararlarından doğan bir savunmadır<sup>1</sup>. SMK md.25/6 gereğince ilk defa kanunda yer alan bir kavram olsa da bu savunma, bugüne kadar Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı, güven ilkesi ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bir yansıması şeklinde kabul edilmekte ve sessiz kalma yoluyla hak kaybının hukuki temelini oluşturmaktadır<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (5. bs, On İki Levha Yayınları 2023) 1120. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının marka sahibinin teklifi ilkesinin istisnasını oluşturduğuna dair bilgi için bkz. Cafer Eminoglu, 'Marka Sahibinin Teklifi İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın m.16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)' (2016) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 229, 240; Yağmur Pazır, 'Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (2023) Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi) 22; Mahmut Arif Koçak, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesi* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2021) 78.

<sup>2</sup> Hamdi Yasaman & Tolga Ayoğlu & Fülürü Yusufoglu Bilgin & Pınar Memiş Kartal & Sinan H. Yüksel & Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt III* (1. bs Seçkin Yayınları 2021) 2538-2547 arası; Arslan Kaya (Hüseyin Ülgen & Mehmet Helvacı & N. Füsün Nomer Ertan), *Ticari İşletme Hukuku* (6. bs Vedat Yayınları 2019) 493; Fatih Bilgili, *Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması* (1. bs Seçkin Yayınları 2006) 197; Cahit Suluk (Rauf Karasu & Temel Nal), *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. bs Seçkin Yayınları 2022) 16; Ege- men Işık, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı* (1. bs,

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sessiz kalma yoluyla hak kaybına değindiği bir kararında, sessiz kalma yoluyla hak kaybı kavramını "hakka konu ticari ad ve işareti iyiniyetli bir şekilde kullanan kişiye karşı dava açma hakkını uzun süre kullanmaması ve ihlallere sessiz kalarak, ticari ad ve işareti koruma hakkını yitirmesi" şeklinde tanımlamış ve kavramın temelini TMK'nın 2'nci maddesine dayandırmıştır<sup>3</sup>.

TMK md.2 gereğince dürüstlük kuralı temeline dayanan sessiz kalma yoluyla hak kaybı kavramıyla marka hukuku kapsamında yer alan sessiz kalma yoluyla hak kaybının ilişkisi süre yönünden değişiklik gösterir. TMK md.2 uyarınca hak kaybı durumunda süreler somut olaya göre farklılık teşkil eder. Marka hukuku kapsamında hak kaybı hâlinde ise beş yıllık süre esası öngörülmüş ve uygulama alanı markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davalar olacak şekilde daha dar kapsamda ele alınmıştır.

### B. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI SAVUNMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde farklı görüşlere rastlamak mümkündür. Savunmanın niteliğinin itiraz olarak kabulü ve bu suretle mahkemece re'sen gözetilebileceği yönünde görüşler<sup>4</sup> mevcut olduğu gibi, savun-

On İki Levha Yayınları 2017) 19 vd; Sami Karahan, 'Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi', *Prof. Dr. Hayri Domanıç'e 80. Yaş Günüt Armağanı* (1. bs Beta Yayınları 2001) 297; Hayrettin Çağlar & Mehmet Özdamar, 'Ticaret Unvanının Korunması' (2006) 14 [2] Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 119, 146.

<sup>3</sup> Yargıtay HGK, 09.12.2020, 1011 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>4</sup> Suluk (Karasu/Nal) (n 2) 17; Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Tasarımlar* (1. bs Seçkin Yayınları 2008) 185; Veliye Yanlı, 'İltibas Nedeniyle Dava Açma Hakkının Kaybı', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI*, (2005) 296; Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (1. bs Adalet Yayınları 2012) 561; Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (1. bs Beta Yayınları 1995) 181; Işık (n 2) 201; Cansu Çatma Bilen, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı* (1. bs Yetkin Yayınları 2022) 114; Ahmet Battal, 'Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (2001) XVIII, 27 ve 30; Ezgi Efendioğlu, 'Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (2019) İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi) 68; Mehmet Şahin, 'Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (2020) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi) 94; Pazır (n 1) 85; Koçak (n 1) 160.

manın def'i olduğunu belirten görüşler<sup>5</sup> de öğretide yer almaktadır.

TEKİNALP sessiz kalma yoluyla hak kaybının savunma def'i olduğunu benimsemektedir<sup>6</sup>. ÇOLAK da sessiz kalma yoluyla hak kaybında hakkın sona ermediğini, hâlen var olduğunu, ancak TMK md.2 gereğince talep edilmesinin mümkün olamayacağını savunmak suretiyle ortada salt marka sahibine aleyhine başvuru nispi bir haktan bahsedilebileceğini; bu itibarla sessiz kalma yoluyla hak kaybının itiraz değil def'i olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır<sup>7</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2020 tarihinde verdiği bir kararında<sup>8</sup> "... hem sessiz kalma nedeniyle, hem de çelişkili davranış nedeniyle dava açılmayacağı yönündeki savunma bir def'i olmayıp itirazdır. Zira hem sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin hem de önceki eylemiyle çelişkili davranma yasağının dayanağı TMK'nın 2'nci maddesi olduğuna göre, dava açılması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve bu durum dava dosyasından ortaya konabiliyorsa, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ve çelişkili davranış bir itiraz olarak kabul edilip hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Keza TMK'nun 2/2'nci maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." demek suretiyle sessiz kalma yoluyla hak kaybının, TMK md.2 kapsamında mahkemece kendiliğinden dikkate alınması gereken bir itiraz olduğunu içtihat etmiştir<sup>9</sup>. Kanaatimizce de

sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının hukuki niteliği itirazdır. Çünkü, marka hukukundaki hak kaybının hukuki temeli emredici hüküm niteliğindeki TMK md.2'ye dayanır. Bu itibarla, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

### C. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI SAVUNMASININ İLERİ SÜRÜLEBİLECEĞİ HÂLLER

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının temel aldığı konu dava hakkıdır<sup>10</sup>. Çünkü sessiz kalmış olan önceki hak sahibi marka hakkına hâlen sahip olmakla birlikte, marka hakkına dayanan dava açma hakkını sessiz kalmasıyla kaybeder.

Hem lafzen hem de SMK'da bulunduğu kısım itibariyle, sessiz kalınarak hak kaybının gerçekleşeceği savunmasının geçerlilik taşıyabilmesi için bu savunmanın markanın hükümsüzlüğü davasında ileri sürülmesi gerekir<sup>11</sup>. Hiç kuşkusuz, marka hukukunda sessiz kalma yoluyla hak kaybında, kaybedilen hak, hak sahibinin dava açma hakkıdır. Hak sahibinin dava açma hakkını kaybetmemesi için makul bir süre içerisinde davasını açması gerekir. Uzun bir süre bekledikten sonra dava açılması, dava hakkının kötüye kullanımı kabul edilebileceğinden, somut olaydaki dava hakkının dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirilmesi gerekir. Hak sahibinin uzun bir sessizlikten sonra açmayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalacağı dava, markanın hükümsüzlüğü davasıdır. Başka bir deyişle, SMK md.25/6 uyarınca, uzun bir sessizliğin ardından hak kaybının gerçekleşeceği savunmasının marka hukukunda geçerli bir şekilde yapılabileceği dava, markanın hükümsüzlüğü davasıdır. Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davasına özgü hak kaybı kurumu SMK'da herhangi bir maddede düzenlenmemiştir. Bu davada

<sup>5</sup> Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. bs Vedat Yayınları 2012) 456-457; Tekinalp, Bölüm 26, N. 58b; Çolak (n 1) 1147, 1148; Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırılmaya Karşı Korunması* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2019) 634-635.

<sup>6</sup> Tekinalp (n 5) 456-457; Tekinalp, Bölüm 26, N. 58b.

<sup>7</sup> Çolak (n 1) 1147, 1148.

<sup>8</sup> Yargıtay HGK, 09.12.2020, 1011 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>9</sup> Aynı yönde karar için bkz. Yargıtay HGK, 26.02.2020, 225 K. (Kazancı İçtihat Bankası). "... hükümsüzlük davasının açıldığı tarih itibariyle söz konusu 5 yıllık sürenin geçmesinden sonra uzunca bir süre sessiz kalındığının anlaşılması ve koşulların varlığı hâlinde MK 2. maddesi uyarınca hükümsüzlük davasını açma dava hakkının yitirilip yitirilmediğinin mahkemece re'sen dikkate alınması mümkün olabilecektir." Bkz. Yargıtay 11. HD, 18.10.2012, 16604 K. sayılı karar. Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, 12.12.2011, 17257 K.; Yargıtay 11. HD, 02.10.2012, 14860 K.; Yargıtay 11. HD, 23.5.2023, 3161 K. (Lexpera İçtihat Bankası). Ankara BAM 20. HD, 11.03.2021, 2021/327 K. (Tamer Pekdiğer & R. Eda Giray & Kadir Baş & Gül Büyükkılıç, *Gereççeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat* (3. bs, On İki Levha Yayınları 2021) 152).

<sup>10</sup> Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (1. bs Turhan Yayınevi 2004) 42; Hamdi Yasaman & Sıtkı Anlam Altay & Tolga Ayoğlu & Fülürüya Yusufoglu & Sinan Yüksel, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II* (1. bs Vedat Yayınları 2004) 859; Yanlı, (n 4) 314.

<sup>11</sup> Unvansal kullanıma sessiz kalınması hâlinde doğacak sonuçlar için bkz. Mehmet Emin Bilge, 'Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas' (2015) [2] Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 7, 18; Murat Cangül, 'Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Değerlendirilmesi' (2022) 80 [4] Ankara Barosu Dergisi, 137-168.

belirtilebilecek sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının yasal dayanağını doğrudan TMK md.2 oluşturur. Bu itibarla, SMK'da öngörüldüğü şekliyle savunmanın geçerlilik şartını oluşturan asgari süre sınırlaması, marka hakkına tecavüz teşkil edilen durumların durdurulması davasında söz konusu olmaz. Bu davada beş yıllık sessiz kalma süresi aranmaz.

Belirtmek gerekir ki, mutlak ret nedenlerine dayanılarak açılan hükümsüzlük davası bir süreyle sınırlandırılmamalıdır<sup>12</sup>. Çünkü, bireysel menfaatleri korumaya dayalı nispi ret nedenlerinden farklı olarak, mutlak ret nedenleri kamusal menfaatleri korur. Kamusal menfaatlerin ağır bastığı hâllerde de sessiz kalma yoluyla hak kaybının şartları oluşmaz<sup>13</sup>. Bu itibarla, mutlak ret sebebinin varlığına rağmen tescil edilen işaretin hükümsüzlüğünün talebi her daim mümkün olmalıdır. Bu durum sonraki tarihli marka sahibinin, önceki hak sahibinin gerekli şartlar dahilinde sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığını belirtir savunmayı ileri sürmesini engelleyecektir. Böylece, davalı, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına, ancak nispi ret nedenlerinden doğan hükümsüzlük davasında başvurabilir. Kamu menfaatinin ön planda olduğu mutlak ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük davasında, hak kaybı savunması ileri sürülse bile hâkim, bu savunmayı dikkate almamalı ve sonraki tarihli marka sahibinin savunmasını geçerli kabul etmemelidir<sup>14</sup>.

#### D. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI SAVUNMASININ TARAF LARI

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasının taraflarını, önceki tarihli hak sahibi ve sonraki tarihli marka sahibi oluşturur. Kanun koyucu, SMK md.25/2 uyarınca hükümsüzlük davasını açma yetkisinin tanındığı cumhuriyet savcıları veya ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının SMK md.25/6 ile hak kaybına uğramayacağını belirtmek amacıyla, bahsedilen fıkra da “*marka sahibi*” ifadesini kullanmıştır. Ancak “*marka sahibi*” ifadesini geniş yorumlayarak, “*önceki hak sahibi*” şeklinde kabul etmek ve böylelikle, önceki hakkı, marka tescili ile sınırlandırmamak yerinde olur. Bu itibarla, önceki hak sahibi<sup>15</sup>, sahip olduğu öznel hakka dayanarak markanın hükümsüzlüğü davasını açma hakkının tanındığı kişidir<sup>16</sup>. Bir başka anlatımla, hak sahibi, sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğrama ihtimalini taşıyan taraftır. Burada hak sahibi, ihlalden ve ihlali gerçekleştiren kişiden haberdar olan, bilerek ve isteyerek ihlale göz yuman ve sonraki tarihli marka sahibine karşı harekete geçmeyerek sonraki tarihli marka sahibine karşı dava açılmayacağı yönünde bir kanaat oluşturan taraftır<sup>17</sup>.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasını yapabilecek taraf, sonraki tarihli marka sahibidir. Sonraki tarihli marka sahibi, önceki hak sahibinin işaretime benzeyen veya onun aynısı olan işaretin tescilli sahibi kabul edilir<sup>18</sup>. Başka bir deyişle, hakkın ilk sahibi, kime karşı dava açması gerekirken açmamış ve sessiz kalmışsa, savunmadan faydalanabilecek olan kişi de sessiz kalınan markanın sonraki tarihli sahibidir. Bu sebeple, belirtilmelidir ki, üçüncü kişiler bu savunmanın tarafını oluşturamaz ve savunmadan fayda sağlayamaz<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Çolak (n 1) 1145.

<sup>13</sup> Yanlı (n 4) 312; Mücella Yurtoğlu Can, *Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı* (1. bs Turhan Yayınevi 2016) 93.

<sup>14</sup> Çolak (n 1) 1145; Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (25. bs Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 2019) 332. Benzer yönde görüş için bkz. Işık (n 2) 205. Ayrıca yazar, isabetli bir şekilde, SMK md.5'in birinci fıkrasının ç bendinde belirtilen mutlak ret nedeninin hak sahibinin çıkarlarını korumayı amaçladığını belirtmek suretiyle, SMK md.5/1-ç bendine dayanılarak açılan hükümsüzlük davasında, sonraki tarihli marka sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına başvurabileceğini savunmaktadır. Ayrıca yazar, diğer bir istisnâsi hâl olarak SMK md.6/9'u işaret etmektedir. Kötüniyetli marka başvurularının itiraz üzerine reddedileceğini düzenleyen ilgili hükmün varlığına dayanarak açılan hükümsüzlük davasında ise, her ne kadar nispi ret sebebi şeklinde düzenlenmiş bir gerekçeyle dava açılmış olsa da sonraki tarihli marka sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına başvuramaması gerektiğini belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Işık (n 2) 209 ve 210.

<sup>15</sup> SMK md.6/3 kapsamında, başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret esnasında kullanılan diğer bir işaret için hak elde edildiği takdirde, işaret sahibinin itirazıyla birlikte marka başvurusu reddedilebileceğinden, tescilsiz biçimde kullanılan markaların sahiplerinin de önceki hak sahibi şeklinde değerlendirilmesi yerindedir. Detaylı bilgi için bkz. Elif Kara, *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2018) 195.

<sup>16</sup> Işık (n 2) 50.

<sup>17</sup> Çolak (n 1) 1120.

<sup>18</sup> Çatman Bilen, (n 4) 47.

<sup>19</sup> Çolak (n 1) 1144.

## E. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI SAVUNMASININ ŞARTLARI

Marka hukuku kapsamında ilk kez pozitif bir yasal dayanak elde elden sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi için aşağıda belirtilen şartların varlığı birlikte aranır:

### 1. Önceki Hak Sahibinin Markanın Hükümsüzlüğü Davasını Açma Hakkı Bulunması

Önceki hak sahibinin, marka hukukundan doğan, markanın hükümsüzlüğü davasını açma hakkı bulunmalıdır. Bu dava önceki hak sahibi tarafından önceki hakkının bulunmasına, sonraki tarihli bir markanın tescil edilmiş olmasına ve nispi ret nedenlerine dayalı hükümsüzlük hâlinin yer almasına bağlıdır. Markanın hükümsüzlüğü davasını açma hakkına sahip olmayan önceki hak sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı da gerçekleşmez.

SMK'da markanın hükümsüzlüğü davasına ilişkin dava açma süresi öngörülmemiştir. Açılan markanın hükümsüzlüğü davası neticesinde markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde marka hakkı son bulur ve herkese karşı bu karar hüküm doğurur (SMK md.27/5).

### 2. Markanın Sonraki Tarihli Marka Sahibi Tarafından Kullanılıyor Olması

Sonraki tarihli marka sahibi tarafından marka tescil edildikten sonra kullanılıyor olmalıdır. Sonraki tarihli marka tescil edilmekle birlikte kullanılmadığı takdirde, önceki hak sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme şartı sağlanmamış olur<sup>20</sup>. Hiç kuşkusuz, sonraki tarihli marka sahibinin tescil ettirdiği markayı kullanmaması durumunda önceki hak sahibine karşı bir korumadan faydalanması kabul edilemez. Markanın kullanımına ilişkin düzenlemenin dayanağını SMK md.9 oluşturur<sup>21</sup>. İlgili maddenin gerekçesinde maddede belirtilen kullanımın markanın tescil olduğu amaç kapsamında, işlerliğine elverişli, başka bir deyişle, ticari

<sup>20</sup> Işık (n 2) 111.

<sup>21</sup> Yalnızca, ticari evrak ile ilgili kullanıma sessiz kalınmış olsa bile, kullanıma sessiz kalınmaması dolayısıyla hak kaybı ilkesinin uygulanamayacağı yönünde karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 19.02.2019, 2235 K. (Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (2. bs, On İki Levha Yayınları 2019) 158).

yaşam içerisinde, markanın işlevlerinin gerçekleştirilmesi için Türkiye'de kullanılması şeklinde açıklanmıştır. Belirtmek gerekir ki, sessiz kalma yoluyla hak kaybının konusunu oluşturan kullanma, markanın tescil edildiği mal veya hizmetler için kullanılmayı kapsar<sup>22</sup>.

### 3. Önceki Hak Sahibinin, Sonraki Tarihli Markanın Kullanıldığını Bilmesi veya Bilmesi Gerekmesi

SMK md.25/6 uyarınca, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kullanıldığını bilmesi veya bilmesi gerekmektedir<sup>23</sup>. Böylece, kanun koyucu, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesinde markanın kullanıldığının bilinmesini şart koşmamış; kullanımın bilinme gerekliliğini yeterli kabul etmiştir<sup>24</sup>. Kanunda bu durum, "*bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde*" şeklinde ifade edilmiştir. Nitekim, Yargıtay uygulamasında da sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesinde "*bilme gerekliliği*" yeterli görülmüştür<sup>25</sup>. Burada, önceki hak sahibinin bilme veya bilme gerekliliğinin konusu "*markanın kullanımı*"dır. Markanın kullanıldığını bilen önceki hak sahibi, tescili bilme dahi bilebilecek konumdadır.

<sup>22</sup> Işık (n 2) 119.

<sup>23</sup> Bilme ve bilme gerekliliği durumunun tespitinde, tacir, ticari işletmesiyle ilgili tüm işlemlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranma mecburiyetinde olduğundan, bu durumun bilhassa araştırılması gerektiğine, nitekim TTK md.18/2 aracılığıyla da tacirlere objektif bir özen ölçütü getirildiğine ilişkin görüş için bkz. Koçak (n 1) 96; Emre Köroğlu, 'Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlayan Sebepelerden "Zamanaşımı", "Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı" ve "Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları" (2016) 22 [3] Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan II. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı 1889, 1902; Işık (n 2) 129; Yurtoğlu Can (n 13) 73.

<sup>24</sup> Işık (n 2) 126; Yasaman/Yusufoğlu (Altay/Ayoğlu/Yüksel), *Cilt II* (n 10) 859; Çolak (n 1) 1124; Yanlı (n 4) 302; Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (1. bs Arıkan Yayınları 2006) 42.

<sup>25</sup> Yargıtay uygulamaları ile doktrindeki görüşler doğrultusunda, hak kaybı bakımından bilme gerekliliğinin ve bilebilecek durumda olmanın yeterli sayıldığına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 22.01.2015, 868 K. (Kazancı İctihat Bankası). Bilme durumunun ispatının daha kolay olmasının yanında, bilme gerekliliğinin ispatının somut biçimde ortaya konmasının kolay olmadığını; bu olgunun kesin delillerle ispatının aranmasının amaca uygun düşmediğini; somut olayın özellikleri, davadaki veriler ve mevcut delil durumu objektif olarak markanın kullanıldığının davacı tarafından bilinmesi gerektiğini gösteriyorsa, bilme gerekliliği koşulunun gerçekleştirilmesinin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Çolak (n 1) 1124, 1125.

Veya markanın kullanıldığını bilmeyip, tescilden haberdar ise, aynı şekilde kullanımı da bilebilecek durumdadır. Dolayısıyla, esas alınacak nokta, markanın tescili değil, kullanımı bildiği veya bilmesi gerektiği hâlidir<sup>26</sup>.

Markasının üçüncü bir kişi tarafından kullanıldığını bilmeyen ve somut olay kapsamında da bilmesi gerekmeyen, bilebilecek durumda olmayan ya da bilmesi kendisinden beklenmeyecek durumda olan bir kimsenin sessiz kalmasından söz edilemez. Örneğin, yurtdışı menşeli bir markanın, Sam-sun'da kullanılmasının, önceki hak sahibi tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekliliği araştırılır. Bilinmediği anlaşıldığında, bilme gerekliliği değerlendirilir. Bu örnek dahilinde, önceki hak sahibinin kullanımı bilme gerekliliği makul görülmelidir. Ancak, önceki hak sahibi ile sonraki tarihli marka sahibi aynı şehirde ve aynı sektörde olsalardı, kullanımın bilinmesi gerekliliğinden bahsedilmeliydi. Ayrıca, önceki hak sahibinin tacir olduğu varsayımında, TTK md.18/2'de belirtilen tacirlerin “*basiretli iş adımı gibi davranma yükümlülüğü*” gereğince, markanın kullanımını bilebilecek durumda olduğu kabul edilmelidir.

#### 4. Önceki Hak Sahibinin, Sonraki Markanın Kullanılmasına Birbirini İzleyen Beş Yıl Boyunca Sessiz Kalması

Önceki hak sahibi, sonraki markanın kullanılmasına birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmalıdır<sup>27</sup>. Sessiz kalma, önceki hak sahibinin, ihlal karşısında kendisinden yapmasının beklenildiği

davranışı göstermeyerek ihlale katlanması, *aktif bir davranışta bulunmaması*<sup>28</sup> olarak kabul edilir<sup>29</sup>. Sessiz kalma hâlinin hak kaybına neden olması, marka sahibinin, markasının kullanılmasına karşın hareketsiz kalması, dava açmaması suretiyle sessiz kalmasına bağlıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2020 tarihli *Modatimkar* kararında, mütecevize ihtarname göndermenin tek başına yeterli olmadığını, makul bir süre içinde bu kişiye karşı dava açılması gerektiğini içtihat etmiştir<sup>30</sup>. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2015 tarihli *Boucheron* kararında<sup>31</sup> “... *ihtarname gönderilmesinin de tek başına karşı konulma olarak değerlendirilemeyecek bulunmasına göre davacı vekilinin tüm itirazlarının reddi gerekmiştir.*” demek suretiyle, bu durumu açıkça belirtmiştir.

Sessiz kalma süresi<sup>32</sup>, SMK md.25/6'da açıkça belirtildiği üzere birbirini izleyen beş yıldır. Bu süre, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli markanın kulla-

<sup>26</sup> “... davalı şirket yönetim kurulu üyeleri ile davacı şirketin eski yönetim kurulu üyelerinin bir kısmının aynı olduğu, her iki tarafın birbirlerinin ticaret unvanlarından ve ticari faaliyetlerinden haberdar olduklarının kabulü gerektiği, davalıya ait ticaret sicil kaydı 2001 tarihli olup daha önceden aralarında hukuki ve ticari ilişki bulunan taraflar birbirlerinin ticaret sicili unvan kayıtlarından, internet alan adı da dahil olmak üzere “Ölçsan” ibaresini içeren kullanımlarından haberdar oldukları, davalının ticaret siciline kayıt tarihi olan Kasım 2001 tarihinden davanın açıldığı Ağustos 2007 tarihine kadar 6 yıla yakın bir süre ile davalının tesciline ve unvan ve alan adı kullanımına karşı herhangi bir dava açmayarak sessiz kalmak suretiyle dava ve talep hakkını kaybettiği gerekçesiyle, davanın reddine...” denilmek suretiyle, önceki hak sahibinin hem tescilden hem de kullanımdan haberdar olduğuna, dolayısıyla sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığına ilişkin karar için bkz. Yarg. 11. HD, 10.06.2014, 11014 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>27</sup> Sabit bir sürenin belirlenmesinin yerinde bir yaklaşım olmadığına ilişkin görüş için bkz. Büyükkılıç (n 5) 638.

<sup>28</sup> Önceki hak sahibinin ihlale karşı hareketsiz kaldığı, ciddi bir men talebinde bulunmadığı takdirde, yine sessiz kaldığı; örneğin dava açmayıp ihbar göndermesinin hareketsiz kalma kabul edildiğine ilişkin görüş için bkz. Çolak (n 1) 1126; Bilgili, *Hakkın Kötüye Kullanılması* (n 2) 213; Işık (n 2) 146-147. Dava dışında kalan araçlara başvurulmasında bir mahzur bulunmasa da bu araçların sürenin sona ermesine neden olmayacağına ilişkin benzer yönde görüş için bkz. Yasaman/Yusufoğlu Bilgin (Ayoğlu/Kartal/Yüksel/Yasaman), *Cilt III* (n 2) 2560; Çatma Bilin (n 4) 88. İhtarnamenin gönderildiği zamanın önemli olduğuna, önceki hak sahibinin sonraki tarihli markanın kullanıldığını öğrenmesinden itibaren uygun bir süre içerisinde ihtarname göndermesi hâlinde sessiz kalma durumunun kısıtlanacağına, fakat bu durumun sonrasında suç duyurusunu bildirme, dava açma gibi etkili somut yollarla bu durumun desteklenmesi gerektiği ve bu incelemenin her somut olayın özelliği gözetilerek titizlikle yapılması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Koçak (n 1) 113.

<sup>29</sup> Işık (n 2) 143.

<sup>30</sup> “... önceki hak sahibinin, dava yoluna başvurmadan önce ihtarname göndermesi de sessiz kalmadığı anlamına gelmelidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, uzun süre boyunca belirli aralıklarla sadece ihtarname gönderen fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmasına karşı herhangi bir girişimde bulunmayan önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. O halde kullanımın daha fazla devamını istemeyen önceki hak sahibi, bu arzusunun açıklayan bir ihtarname göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla göstermelidir.” Bkz. Yargıtay HGK, 9.12.2020, 1011 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay HGK, 26.2.2020, 225 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>31</sup> Yargıtay 11. HD, 21.1.2015, 752 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>32</sup> Yasa koyucunun sadece hükümsüzlük davaları bakımından beş yıllık bir süre öngördüğünü ve bu sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğunu belirten görüş için bkz. Çolak (n 1) 1133.

nıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren başlar ve birbirini izleyen beş yıl boyunca kesintisiz şekilde devam eder. Markanın tescil edildiği ancak piyasada kullanılmadığı varsayımında bu sürenin başladığı kabul edilmez; çünkü, sonraki marka kullanılmadığı takdirde, sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleşmez<sup>33</sup>. Bu itibarla, markanın kullanımından haberdar olunmasıyla sessiz kalma süresinin başlaması esastır. Eklemek gerekir ki, beş yıllık süre markanın hükümsüzlüğü davaları bakımından geçerlidir<sup>34</sup>.

Kanunda kullanma süresine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle, sonraki tarihli markanın kullanım süresi, sessiz kalma yoluyla hak kaybında değerlendirmeye esas teşkil etmez. SMK md.25/6'nın uygulanmasında temel alınan süre sonraki markanın kullanım süresi değil, önceki marka sahibinin sonraki markanın kullanımına sessiz kalma süresidir. Ancak hiç kuşkusuz, sessiz kalma süresinden daha kısa bir kullanma süresi, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesine elverişli olmayacağından, Kanunun belirlediği beş yıllık sessiz kalma süresi, kullanım süresine işaret eder<sup>35</sup>. Bahsedilen sürenin kesintisiz devamının ispatı neticesinde, sonraki tarihli marka sahibinin hukuka aykırı davranışına rağmen, önceki hak sahibi hukuki korumadan faydalanma hakkını kaybeder.

### 5. Sonraki Tarihli Marka Sahibinin Kötüniyetli Olmaması

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme şartlarından sonuncusu, sonraki tarihli marka tescilinin kötüniyetli olmamasıdır. Sonraki marka sahibinin kötüniyetli olduğu varsayımında, sessiz kalma yoluyla hak kaybı gerçekleşmez. Kötüniyetin varlığı,

<sup>33</sup> Işık (n 2) 160.

<sup>34</sup> "... ticaret unvanı yönünden sessiz kalmanın, ne kadar süre geçtikten sonra hak kaybına sebep olacağı TTK'da düzenlenmiş değildir. Bununla birlikte 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile ilk defa marka hukukunda hükümsüzlük davaları yönünden sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. SMK'nun 26/6'ncı maddesi "... Hükümünü haizdir. Buna göre marka hükümsüzlük davalarında sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için 5 yıllık sürenin geçmiş olması gerekmektedir. Ancak ticaret unvanı yönünden mevzuatta bir süre belirlemesi bulunmadığından, TMK'nun 2'nci maddesi de gözetilmek suretiyle her somut olayın özellikleri dikkate alınarak sürenin belirlenmesi gerekmektedir." Bkz. Yargıtay HGK, 9.12.2020, 1011 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>35</sup> Işık (n 2) 122.

kesintisiz beş yıllık bir sessiz kalma süresini işlevsiz hâle getirir. Bu durumda, önceki tarihli marka sahibi, sanki hiç sessiz kalmamış gibi sonraki markanın hükümsüzlüğü talebinde bulunabilir<sup>36</sup>.

## II. SONRAKİ TARİHLİ MARKA SAHİBİNİN KÖTÜNIYETLİ OLMASI HÂLİ

Kötüniyetin aranacağı kişi, sonraki tarihli marka sahibidir. Sonraki tarihli marka sahibinin kötüniyetli olması hâlinde, önceki hak sahibi adeta hiç sessiz kalmamışçasına sonraki markanın hükümsüzlüğünü isteyebilir. Bu sebeple, kötüniyetin tespiti büyük önem arz eder.

Kötüniyet kavramı SMK'nın marka kitabında SMK md.6/9 ile SMK md.25/6'da karşımıza çıkmaktadır. Her iki düzenlemede yer verilen kötüniyet kavramı aynı anlama mı gelmekte ve aynı hukuki temele mi dayanmaktadır?

### A. MARKA HUKUKU KAPSAMINDA KÖTÜNIYET

#### 1. SMK md.6/9 Kapsamında Kötüniyet

SMK md.6/9 uyarınca, kötüniyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir. Bu itibarla, kötüniyetli marka başvurusu kanun koyucu tarafından nispi ret sebebi olarak kabul edilmiştir. Ancak kötüniyetin hiçbir şekilde korunmaması asıl olandır. Nitekim öğretilerde de kötüniyetli tescil hâlinin mutlak ret sebebi şeklinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağı şeklinde görüşler yer alır<sup>37</sup>.

#### a. Öğretilerde SMK md.6/9 Kapsamında Kötüniyet Kavramı

UZUNALLI, marka başvurusunun dürüstlük kuralına aykırı olmasını kötüniyet olarak nitelendirmiş-

<sup>36</sup> Işık (n 2) 164.

<sup>37</sup> Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 194-195; Arkan, *Ticari İşletme* (n 14) 313 dnp 2; Fülürya Yusuföğlü Bilgin, 'Kullanma Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü' içinde Prof. Dr. Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019* (1. bs Yetkin Yayınları 2020) 365; Rauf Karasu, 'Spekülasyon ve Engelleme Markaları' (2008) 8 [3] Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 11, 42. *Uzunallı* da kötüniyetli marka başvurusunun SMK'da mutlak ret sebebi olarak düzenlenmesinin uygun olduğu yönünde aynı görüşü savunmuş; ancak bu durumda kötüniyet incelemesinin TÜRK PATENT'İN inceleme süresini uzatma riski taşıdığını belirtmiştir, Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (2. bs Adalet Yayınları 2021) 119.



tir<sup>38</sup>. Marka tescilinin dürüstlük kuralına uygun şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini savunan yazar, aynı görüş doğrultusunda, markayı ilk kullanan kişiye karşı kötüniyetli tescile dayalı marka hakkının ileri sürülmesinin mümkün olmaması gerektiğini; bu ilk kullanım ile bile rek tescil başvurusu yapılmış ve ilk kullananın bu markayı kullanmasını engellemek amaçlanmışsa burada kötüniyetli tescilin olacağını savunmuştur<sup>39</sup>. *KARASU* da bu görüşü desteklemiş ve tescil sahibinin önceki hak sahibini engelleme amacı taşımaması, başka bir deyişle, önceki hak sahibinin kim olduğunu bilmesine karşın haklarından haksızca faydalanmak ve bu hakları engellemek adına faaliyetlerde bulunmasını kötüniyetli kabul etmiştir<sup>40</sup>. *KAYA* da bir kimsenin bilerek ve isteyerek ya da bilmesi gerektiği hâlde, başkasının tanınmış veya değil, bir markasını kazanmak, markanın ülkeye ve piyasaya girişine engel olmak ya da haksız kazanç elde etmek amacıyla yaptırdığı tescilin kötüniyetli olduğunu ifade etmiştir<sup>41</sup>.

*ARKAN*'a göre kötüniyet, “*tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması*” şeklinde belirtilmiş<sup>42</sup> ve “*üretimi konusunda hazırlıklara başlanmış bir malla ilgili olarak kullanılması düşünülen markayı tesadüfen öğrenen kişinin, bu markayı ileride yüksek bedelle devretmek amacıyla derhal kendi adına tescil ettirmesi*” yazar tarafından kötüniyete örnek olarak gösterilmiştir<sup>43</sup>. *TEKİNALP*, kötüniyet kavramını “*bir işaretin marka olarak tescil ettirilmesi hakkının kötüye kullanılması, yani dürüstlük kuralının ihlal edilmesi*” ve “*başkasının markasıyla iltibas yaratmak veya onun markasının Türkiye’de tesciline engel olma yoluyla menfaat elde etme amacına yönelik ve aykırı*” olacak şekilde benimsemiştir<sup>44</sup>.

*BİLGİLİ*, kötüniyetli marka tescilinin marka hakkının kötüye kullanılması hâllerinden biri olduğunu belirtmiştir<sup>45</sup>. *PEKDİNÇER* de markanın

başkasına ait olduğunu bilen ve markanın gerçek sahibinin itibarından yararlanmak için kendi adına tescil ettirme girişiminde bulunan kişinin bu isteğini kötüniyetle yaptığını ileri sürmüştür<sup>46</sup>.

*YASAMAN/YUSUFOĞLU*, bir markanın kullanılmasında ciddi anlamda emek sarf edildiğinden haberdar olan kişinin, tümüyle başka birine zarar vermek veya adına tescil ettireceği markayı fahiş fiyata satmak için markayı tescil ettirmesi durumunda kötüniyetli sayılacağını savunmuştur<sup>47</sup>. *ÇOLAK* ise tanınmış olsun veya olmasın ticari dürüstlük kurallarına aykırı şekilde başka birinin markasını elde etmeye, başka birinin markasının tanınmışlık düzeyinden haksızca faydalanmaya ilişkin yaptırılan haksız tescillerin kötüniyetli tescil sayılacağı görüşünü ileri sürmüştür<sup>48</sup>. *KARAN/KILIÇ* da üçüncü kişilerin pazara girişini güçleştirmek, maddi taviz elde etmek, başkasına ait markanın şöhretini sömürmek için yapılan başvuruları kötüniyetli olarak değerlendirmiş<sup>49</sup>.

*BALIK*'a göre kötüniyetin kabulünde salt başvuruya konu işaretin başkası adına tescilli olduğunun bilinmesi yeterli olmayıp, bu durumun ancak başka unsurlarla da desteklenmesi hâlinde kötüniyetin varlığı esas kabul edilir<sup>50</sup>. *MERAN* ise kötüniyetin, markanın tanınmış olduğunun bilinmesi veya bilinmesinin gerekliliğinden ibaret olduğu görüşünü benimsemiştir<sup>51</sup>. *CAN* da kötüniyetli markayı, hak sahibi olmadığını bilmesine karşın dürüstlük kuralına aykırı olarak tescil başvurusunda bulunmuş veya tescil ettirilmiş marka şeklinde tanımlamıştır<sup>52</sup>.

*DİRİKKAN*, kötüniyetli tescili, tanınmış markanın korunması açısından değerlendirmiş ve bu anlamda kötüniyeti, markanın Paris Sözleşmesi 1.

<sup>38</sup> Uzunallı, *Marka* (n 36) 119.

<sup>39</sup> Uzunallı (n 4) 562.

<sup>40</sup> Karasu (n 36) 18; Karasu (Suluk/Nal) (n 2) 195.

<sup>41</sup> Kaya (Ülgen/Helvacı/Nomer Ertan) (n 2) 493.

<sup>42</sup> Arkan, *Ticari İşletme* (n 14) 313.

<sup>43</sup> Sabih Arkan, *Marka Hukuku, Cilt II* (1998) 158.

<sup>44</sup> Tekinalp (n 5) Bölüm 25, N. 67.

<sup>45</sup> Fatih Bilgili, ‘Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz’ (2007) [70] Türkiye Barolar Birliği Dergisi 27, 36.

<sup>46</sup> R. Tamer Pekdiğer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Birlikli Raporları ve Mütalâalar (Yüksek Mahkeme Kararları ile Birlikte)* (1. bs Legal Yayınları 2015) 130.

<sup>47</sup> Yasaman/Yusufoğlu (Altay/Ayoğlu/Yüksel), *Cilt II* (n 10) 878-879.

<sup>48</sup> Çolak (n 1) 1123.

<sup>49</sup> Karan/Kılıç (n 10) Bölüm 35.1.4.

<sup>50</sup> İfakat Balık, ‘Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı’ (2013) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi) 55.

<sup>51</sup> Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması* (4. bs Seçkin Yayınları 2015) 479.

<sup>52</sup> Ozan Can, ‘Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler’ (2015) 1 [1] Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi 47, 49.

Mükerrer 6. madde kapsamında olması suretiyle Türkiye’de tanınan bir markayı bilen veya bilmesi gereken kişinin bu markanın aynısını veya benzer nitelikte olanını kendi adına tescil ettirmesi olarak kabul etmiştir<sup>53</sup>. Marka başvurusunun kötünietle yapılmasının markanın gerçekten kullanılmadan, sırf yedekleme veya marka ticaretinde bulunma amacıyla veya şantaj içeren başvurular şeklinde anlaşıldığını savunan AYAN’a göre, kötünietli başvurular, başkasının markasının ününden yararlanmak, belirli pazarlara girilmesini önlemek veya kolaylaştırmak veya parasal çıkar elde etmek amacıyla yapılır<sup>54</sup>.

### **b. Yargı Kararlarında SMK md.6/9 Kapsamında Kötüniet Kavramı**

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “RG 512” kararında<sup>55</sup>, “Marka hukukunda genel olarak kabul gören anlayışa göre, tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacıyla ya da şantaja yönelik başvuru ve tesciller kötünietli olarak kabul edilmektedir.” demek suretiyle, kötünietli tescili hükümsüzlük hâli olarak kabul etmektedir. Bu karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtay, kötünietin varlığının kabulü için belli kriterlere önem vermekte ve bunların gerçekleşmesini gözetmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2023 tarihli bir başka kararında<sup>56</sup>, kötünietli marka başvurusunu, hak sahibi olmadığını bilmesine karşın dürüstlük kuralına aykırı olarak tescil başvurusu yapılması veya başvurunun tescili şeklinde tanımlamış; ayrıca, başvuru sahibinin markanın aynısı veya benzer nitelikte olanının başka biri tarafından kullanıldığını bilmesi veya bilmesi gerekliliğinin kötünietin tespitinde önem kazandığını belirtmiştir. İlgili kararda, “... gerçek hak sahibi olmamakla birlikte başkasının ticaretin-

de kullandığı tescilsiz bir işareti, kendisinin hak sahibi olmadığını bile bile tescili için başvuruda bulunan kimse kötünietli sayılacaktır. Yine başkası tarafından kullanılan bir markanın aynısını veya benzerini bilerek ve haklı bir neden olmaksızın sırf rakibini engellemek amacıyla taşıyan engelleme markaları kötünietli marka başvurusu olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca başkasının markasından haksız olarak yararlanmak veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme ve marka ticareti yapmak ya da şantaja yönelik başvuruda bulunmak ve tescil ettirmek de kötünietli olarak kabul edilmelidir.” denilmek suretiyle kötünietli marka başvurusu hâllerine örnek gösterilmiş ve kötünietli marka başvurusunun her somut olay özelinde ayrı olarak incelenmesi gerektiği üzerinde durulmuştur.

Kötünietin varlığının her somut olay özelinde incelenerek belirlenmesi gerektiğinin benzer şekilde yinlendiği bir kararda<sup>57</sup>, Yargıtay, “genel olarak tescil yoluyla sağlanan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması yoluyla başkasının markasından haksız olarak yararlanmanın veya gerçekte kullanılmayıp yedekleme, marka ticareti yapmak amacıyla ya da şantaja yönelik başvuru ve tescillerin” kötünietli kabul edildiğini belirtmiş ve “somut uyuşmazlıkta, davalının markasının davacı markaları karşısında iltibasa yol açmasının, davalının uzun süredir davacı ile aynı sektörde faaliyette bulunmasının başlı başına kötü niyet ve hükümsüzlük nedeni oluşturmayacağı” hükmüne varmıştır. Böylece, güvenin kötüye kullanılması<sup>58</sup>, kullanmak yerine başkalarının ticaretine engel olmak, sözleşmeye aykırılık vb. suretiyle marka tescillerinin genel itibarıyla kötünietli marka tescili hâlleri olduğu Yargıtay kararlarında kabul görmüştür<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> Yargıtay 11. HD, 12.06.2013, 12306 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>54</sup> “... davalının davacıya ait markaları Türkiye’de pazarlayan ve davalının temsilci olduğu, bu durumda anılan markayı hiçbir haklı gerekçe sunmadan kendi adına tescil ettirmesinin, hakkın kötüye kullanımı anlamına geldiği, dolayısıyla davalının kötü niyetli tescilinin söz konusu olduğu gerekçesiyle davalı vekilinin istinaf başvurusunun esastan reddine” denilerek, temsilcinin markayı hiçbir haklı gerekçe sunmadan kendi adına tescil ettirmesinin kötünietli olduğu hükmüne varılmıştır. Karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 8.3.2022, 1609 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>55</sup> Yargıtay 11. HD, 5.10.2020, 3833 K.; Yargıtay HGK, 5.4.2023, 295 K.; Yargıtay HGK, 29.6.2022, 1093 K.; Yargıtay HGK, 22.3.2023, 244 K.; Yargıtay 11. HD, 13.3.2017, 1472 K.; Yargıtay 11. HD, 25.2.2021, 1722 K.; Yargıtay 11. HD, 9.6.2014, 10890 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>53</sup> Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması* (1. bs Seçkin Yayınları 2003) 76-77.

<sup>54</sup> Özge Ayan, ‘Marka Hakkının Kazanılmasında İyiniyetin Rolü’ Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan (1. bs Yetkin Yayınları 2006) 165, 187-188.

<sup>55</sup> Yargıtay HGK, 16.07.2008, 507 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, 13.03.2017, 1472 K.; Yargıtay 11. HD, 09.06.2014, 10890 K.; Yargıtay 11. HD, 12.06.2013, 12306 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

<sup>56</sup> Yargıtay HGK, 5.4.2023, 295 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

## 2. SMK md.25/6 Kapsamında Kötüniyet

### a. Öğretide SMK md.25/6 Kapsamında Kötüniyet Kavramı

Öğretide, kimi yazarlar, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesini sağlayan “*kötüniyetli olmama*” şartını “*iyiniyetli olma*” şeklinde kabul etmiştir<sup>60</sup>. Böylece, *kötüniyetli olmama* hâli, *iyiniyetli olma* hâli üzerinden değerlendirilmiş ve kötüniyet kavramına iyiniyetin karşıtı olacak şekilde bir anlam yüklenmiştir. Buna göre, çoğunluğun görüşü kapsamında, sonraki tarihli marka sahibi, tescil ettirmek istediği işaretin önceden başkası üzerinde tescilli olduğunu bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa iyiniyetli kabul edilir<sup>61</sup>. Bu itibarla, sonraki tarihli marka sahibi ancak iyiniyetli olduğu takdirde, önceki marka sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybına uğradığı savunmasından faydalanabilir.

Kötüniyet, iyiniyetin karşıtı olarak kabul gördüğünden, tescil edilmesi istenilen işaretin başkası adına daha önceden tescil edilmiş olduğunu bilen kişi veya gerekli özenin gösterilmesi hâlinde bilebilecek konumdaki kişi kötüniyetli addedilir<sup>62</sup>. Ancak, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşme şartı şeklinde belirtilen “*iyiniyetli olma*” kavramından farklı olarak “*dürüstlük kuralına uygun davranma*”nın daha yerinde olacağı görüşü de öğretide yer almaktadır<sup>63</sup>. Bunun yanında, sessiz kalma yoluyla hak kaybı açısından sonraki tescil sahibinin kötüniyetli sayılabilmesi adına önceki hakkı bilmesi ya da bilebilecek olması ilave şartlar gerektiğine ilişkin görüş de ileri sürül-

mektedir<sup>64</sup>. Başka bir anlatımla, sessiz kalma yoluyla hak kaybı durumunda, tescil başvurusunda bir tescil engelinin olduğunu bilmek veya bilebilecek konumda olmak, kötüniyetin tespitinde münferiden etkili olmamalı; hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için bu durumun ötesinde bir davranış aranmalıdır<sup>65</sup>.

Kötüniyetli olma, TMK md.2 dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmelidir. Çünkü, kötüniyetli sonraki tarihli marka sahibinin TMK md.2’yi ihlali söz konusudur. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacağından, SMK md.25/6’da ifade edilen kötüniyet kavramından, hakkın kötüye kullanılmasının anlaşılması gerekir. Bu durum, sonraki marka sahibinin tescile engel bir durumun varlığını bildiği veya bilmesi gerektiğinin ispatına ek olarak, tescil başvurusunda bulunma hakkının kötüye kullanıldığının da ispatının aranması gerektirir.

### b. Yargı Kararlarında SMK md.25/6 Kapsamında Kötüniyet Kavramı

Yargıtay, sessiz kalma yoluyla hak kaybını konu aldığı 2002 tarihli “*Demmerinos*” kararında<sup>66</sup>, “*Paris Konvansiyonu, 1. mükerrer 6.3.) Paris Konvansiyonu’nun bu hükmünün kapsamına giren ve dolayısıyla Türkiye’de de tanınmış olan markanın bir başka kişi tarafından kendi adına tescilinin istenmesi halinde kötüniyetin varlığı asıldır. Bu anlamda kötüniyetten kasıt; iyiniyetli olmamak, yani tanınmış markanın varlığını bilmek veya öğrenebilecek durumda bulunmaktadır. Yoksa bir hilenin, aldatmanın veya dolanmanın varlığını veya TPE’nin kusuru bulunup bulunmadığını aramaya gerek yoktur. ... Dairemiz uygulamasına göre ise; davalının kötüniyetli olmadığının ispatının somut verilere dayanması gerekir. Örneğin, davacının, davalının ticaret unvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalınması, aralarında ticari işlemlerin varlığını gösteren belgeler olmasına rağmen uzun süre sonra dava açılması vs. gibi hallerde davalının MK.2. madde hükmünden yararlanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.*” şeklinde hükme varmıştır. Böylece, kararda, TMK md.2 doğrultusunda sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi amacıyla davalının kötüniyetinin varlığının dikkate

<sup>60</sup> Tekinalp (n 5) Bölüm 26, N. 59; Yasaman/Yusufoğlu (Altay/Ayoğlu/Yüksel), *Cilt II* (n 10) 862; Kaya (n 23) 42; Yanlı (n 4) 310; Karan/Kılıç (n 10) 42.4.3; Çolak (n 1) 1137, 1138; Köroğlu (n 23) 1899-1900; Sami Karahan, ‘Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi’ (2001) XXI [1] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 271, 283; Ali Uçar, ‘Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Mahrumiyeti’ (2014) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi) 60 ve 61; Efendioğlu (n 4) 46; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2015) 554; Yurtoğlu Can (n 13) 76; Pazır (n 1) 85; Koçak (n 1) 140.

<sup>61</sup> Tekinalp (n 5) Bölüm 26, N. 59; Yasaman/Yusufoğlu (Altay/Ayoğlu/Yüksel), *Cilt II* (n 10) 862; Kaya (n 23) 339; Yurtoğlu Can (n 13) 76; Köroğlu (n 23) 1899-1900; Koçak (n 1) 140; Bozbel (n 59) 554.

<sup>62</sup> Kaya (n 23) 339; Cahit Suluk, ‘Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararının Etkisi’ (2006) [3] Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 38, 55.

<sup>63</sup> Işık (n 2) 175-176.

<sup>64</sup> Feyzan Hayal Şehirli Çelik, ‘İltibastan Kötüniyetli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi’ (2011) XXVII [3] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 65, 104; Işık (n 2) 176.

<sup>65</sup> Işık (n 2) 176.

<sup>66</sup> Yargıtay 11. HD, 08.04.2002, 3275 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

alınması gerektiği, kötüniyetten anlaşılmanın iyiniyetli olmama hâlini teşkil ettiği, bu durumun ispatının da somut verilere dayanmasının zorunlu olduğu, ek başka unsurlara ihtiyaç duyulmadığı açıklanmıştır.

Yargıtay, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesine değinen bir diğer kararında<sup>67</sup>, “... öğretilerde ve Yargıtay kararlarında istikrar kazandığı üzere sessiz kalma yoluyla hakkın kaybın ilkesinin uygulanabilmesi için davacı tarafın markasına tecavüzü bilmesi ve buna uzun süre ses çıkarmaması davalının ise iyiniyetli olması gerektiği, oysa davacı yurtdışında ABD’de kurulmuş bir firma olup davalı tarafın haksız kullanımını uzun süredir bildiği ve buna rağmen ses çıkarmadığı hususu dosyaya yansımadağı, ayrıca ... markası dünyaca tanınmış bir marka olup ülkemizde de davalı firmanın kuruluşu olan 1995 yılından çok öncesinde filmler ve çizgi filmler yoluyla bilinmekte olduğundan davalının iyiniyetli olduğunu söylemeye olanak bulunmadığı...” demek suretiyle, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşebilmesi adına davalının, yani sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli olması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak, kötüniyet incelemesinin geniş kapsamlı şekilde ele alınması isabetlidir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı esasında iyiniyetten farklı biçimde kötüniyetli olmama hâli aranmalıdır. Nitekim, sessiz kalma yoluyla hak kaybı açısından gerçekleştirilen kötüniyet incelemesinde, marka hakkının amacından farklı şekilde kötüye kullanılmasının ve başkasının markasından haksız şekilde bir faydanın elde edilmesinin irdelenmesi önem arz eder.

Marka hukuku genelinde kabul gören bir kötüniyet kavramı mevcuttur. Bu kavramın marka hukuku kapsamında tüm konularda aynı anlama gelmesi, farklı konularda farklı anlamlar içermemesi gerekir. Kimi durumlarda kötüniyet kavramının, iyiniyetli olmanın karşıtı şeklinde değerlendirilmesi, kötüniyete sadece TMK md.3 penceresinden bakmayı gerektirir ki, bu durum kötüniyetin tespitinde eksik bir değerlendirme yapılmasına sebebiyet verir<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Yargıtay 11. HD, 12.6.2017, 3606 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>68</sup> SMK md.25/6’da düzenlenen sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi kapsamında sonraki tescilde var olan kötüniyetli olma durumunun TMK md.3 hükmü bağlamında değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Koçak (n 1) 140. Yazar, önceki marka sahibinin markasına zarar verme veyahut markasından haksız şekilde faydalanma etkisi yaratan bir tescilin varlığın aranmasının, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin koruduğu menfaatler dengesini önceki hak sahibi aleyhine bozacak nitelikte olduğu görüşündedir ve sonraki tarihli marka sahiplerine

Sessiz kalma yoluyla hak kaybında kötüniyet incelemesinin TMK md.3’e dayanması hâlinde, sonraki tarihli marka sahibinin iyiniyetli kabul edilmemesi için, önceki hakkın var olduğunu bilmesi veya bilebilecek konumda olması yeterli görülür. TMK md.2’ye dayanan incelemede ise bilme veya bilebilecek durumda olmaya ek başka unsurların (zarar verme, haksız yarar elde etme, engelleme, güveni kötüye kullanma) da varlığı aranır. Kötüniyet kavramı TMK md.3’ün yanında doğrudan TMK md.2 ile bağlantılıdır. SMK md.6/9’da düzenlenen marka tescilinde kötüniyet ile md.25/6’da yer verilen sessiz kalma yoluyla hak kaybında ifade edilen kötüniyet kavramında hakkın kötüye kullanılması esas alınır. Her iki durumda da temel alınacak ilkenin “dürüstlük kuralına uygun davranma” olması yerindedir. Bu itibarla, sonraki tarihli marka sahibinin kötüniyetli olduğundan bahsedebilmek için bir tescil engeli olduğunu bilme veya bilebilecek durumda olmanın ötesinde hakkını kötüye kullanma şartı aranmalı; başka bir deyişle, bilme veya bilebilecek durumda olma, başka unsurlarla desteklenmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki, tanınmış markanın varlığı veya sonraki tarihli marka sahibinin tacir olması durumlarında, bilme veya bilebilecek durumda olma şartları sağlanmış olmakla birlikte hakkın kötüye kullanılması da güçlü bir ihtimaldir. Bu ihtimalin ispatında somut verilere dayanma zorunluluğu aranmamalıdır.

## B. KÖTÜNİYETİN TÂBİ OLDUĞU SÜRENİN BELİRLENMESİ

### 1. Kötüniyetin Arandığı An

Kötüniyetli olma hâli belirli bir süreçten ibaret olmayıp, kötüniyetin belirli bir anda varlığı kabul edilir. Kabul edilen an, hiç kuşkusuz, sonraki markanın tescil başvurusu anıdır<sup>69</sup>. Başvuru sahibinin bu anda kötüniyetli olarak kabulü, kendisinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasında bulunma imkânını ortadan kaldırır. Başka bir anlatımla, tescil başvurusu anında kötüniyetli olan kişi, kendisi aleyhine açılacak bir davada sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına dayanamaz. O hâlde, sonraki marka sahibi tescil başvurusu anında kötüniyetli değilse, kendisi aleyhine açılan hükümsüzlük dava-

böyle kapsamlı bir koruma fırsatı tanınmamasının gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Koçak (n 1) 140.

<sup>69</sup> Bilgili, *Hakkın Kötüye Kullanılması* (n 2) 214.

sında sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına başvurabilir. Sonraki marka sahibinin kötüniyetli olması hâli, önceki hak sahibinin aleyhine yaptığı sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına imkân tanımaz; bu nedenle, savunmayı ancak kötüniyetli olmayan kişinin yapabilmesi mümkün kabul edilir<sup>70</sup>.

Kötüniyet anının belirlenmesi, kötüniyetin ortaya çıkışının tespitine bağlıdır. Çünkü sonraki tarihli marka sahibi, kötüniyetin arandığı esnada kötüniyetli ise sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasından faydalanmamalıdır. Bu an, sonraki tarihli marka sahibinin marka başvurusunda bulunduğu andır. Kanunun lafzından kötüniyetli marka sahibinin korunmaması gerektiği anlaşılır ve başvuru anında kötüniyetli olan sonraki hak sahibinin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapmasına imkân tanınmamalıdır.

## 2. Kötüniyetin Somut Olaya Göre Ortadan Kalkması

Sonraki tarihli marka sahibinin tescil başvurusu esnasında kötüniyetli olduğu varsayımında, önceki hak sahibi sessiz kalmış ve kötüniyetli sonraki marka sahibi de önceki hak sahibinin sessiz kalması dolayısıyla markasına yatırımlar yapmış olsa, önceki hak sahibinin sessiz kalması, tescil başvurusu anındaki kötüniyeti ortadan kaldırır mı? Bu durumda davacının yani önceki hak sahibinin hükümsüzlük davası açması, dava açma hakkını kötüye kullanması kapsamında değerlendirilebilir. Yargıtay'ın başlangıçtaki kötüniyeti zamanla dürüstlük kuralına uygun bir davranış olarak kabul ettiği kararı<sup>71</sup> olmuştur. Nitekim, sonraki marka sahibi tescil anında kötüniyetli olsa dahi, hukuk düzeninin, önceki hak sahibini süre sınırlaması olmadan korumayacağı görüşü doktrinde mevcuttur<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Işık (n 2) 183.

<sup>71</sup> "... Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin, MK'nun 2. maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gerekir. Zira haklı başka bir gerekçe olmadığı sürece, uzun süre tecavüze sessiz kalarak üçüncü kişiler nezdinde güven yaratan kişilere hükümsüzlük davası açma hakkı tanınmaması gerekmektedir." denilmek suretiyle kötüniyetin varlığında dahi sessiz kalma yoluyla hak kaybının kabul edildiğine ilişkin karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 15.4.2015, 11198 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>72</sup> Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı* (1. bs Vedat Yayınları 2006) 23-24; Yasaman/Yusufoğlu Bilgin (Ayoğlu/Kartal/Yüksel/Yasaman), *Cilt III* (n 2) 2569; Buket Gün, *Marka Hukukunda Birlikte Var Olma*, (1. bs, On İki Levha Yayınları 2019) 201.

GÜN, bu gibi durumlarda menfaat dengesinin esas tutularak iyiniyetli olma şartının kesin biçimde aranmaması, somut olayın özelliklerine göre başlangıçta kötüniyetli olsa dahi, eğer karşı taraf açısından sessiz kalınmaya devam edileceği biçiminde haklı bir beklenti oluşturulmuşsa bu beklentinin gerçekleştirilmesi gerektiği görüşündedir<sup>73</sup>. BÜYÜKKILIÇ da davacının, başlangıçtan itibaren kötüniyetli bir davranış içerisinde olan sonraki kullanıcının davranışlarına ses çıkarmadığı esasıyla bu kişi aleyhine dava açma hakkını kaybetmesinin hakkaniyetli olmadığını belirtmekte; ancak, başlangıçtaki kötüniyetin varlığının kimi durumda sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinden mutlak anlamda yararlanılamayacağı anlamına da gelmediğini ileri sürmektedir<sup>74</sup>. ÇAĞLAR ise başlangıçtaki kötüniyetin sonradan ortadan kalkmasının mümkün olmadığını savunmakta ve bu hâlde kötüniyeti marka sahibinin ispat etmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>75</sup>. ÇOLAK da markanın başkası tarafından tescil ettirilmesi durumunda, marka sahibinin açacağı hükümsüzlük davasında, markayı sonradan tescil ettiren kimsenin sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yapabilmesi adına bu kişinin tescil esnasında iyiniyetli olması gerektiğini ve sonrasında oluşan iyiniyetin başlangıçtan beri var olan kötüniyeti ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir<sup>76</sup>.

Yargıtay bu konuya ilişkin kararlarda farklı çözümler esasları benimsemiştir. İlk olarak, Yargıtay'ın, uzun sessiz kalma sürelerine rağmen kötüniyet durumunda sessiz kalma yoluyla hak kaybindan bahsedilemeyeceği yönünde sonuca vardığı kararına rastlanılır. Yerel mahkemenin davalının sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasını kabul etmediği ve davalıya ait markanın hükümsüzlüğüyle birlikte davalının ticaret unvanında geçen *Sürat* ibaresinin

<sup>73</sup> Gün (n 71) 201.

<sup>74</sup> Örneğin, sonraki kullanıcının tescilli bir markanın varlığını bilmesine rağmen markayı tescil ettirmiş olduğu varsayımında, ilerleyen süreçte markası için emek harcamış, masraf ve yatırımlar yapmış, markasını piyasaya tanıtarak yeni bir değer oluşturmuş ve böylece korunmaya değer bir ekonomik birikim elde etmişse, sonraki kullanıcının baştan itibaren önceki markayı bilmesi hâlinde de sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin doğrudan reddinin isabetli olmadığı yönünde görüş için bkz. Büyükkılıç (n 5) 641.

<sup>75</sup> Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (1. bs Adalet Yayınları, 2013) 159.

<sup>76</sup> Çolak (n 1) 1138. Aynı yönde görüş için bkz. Şahin (n 4) 73.

terkinine hükmettiği bu karar, Yargıtay tarafından onaylamıştır<sup>77</sup>. Böylece, davalıların başlangıçta kötü-niyetli olmaları hâli, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmalarının kabulünü engellemiştir.

Yargıtay, 2012 tarihli bir kararında<sup>78</sup>, kötünüye-te rağmen, geçen uzun bir zaman diliminin ardından dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edildiğini savunmuştur. Öyle ki, aynı sektörde bulunup aynı şehirde faaliyet gösteren yakın akrabaların taraf olduğu “Özbulaycı” kararında<sup>79</sup>, 15 yıllık sessizliğin ardından dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması olduğuna ve sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiğine hükmetmiştir. Yine akrabalık ilişkisinin bulunduğu bir başka kararda<sup>80</sup>, Yargıtay, tarafların kardeş olmaları itibarıyla birbirlerinin markalarından ve marka kullanımlarından haberdar olduklarını kabul etmiş ve 7-8 yıl geçmesinin ardından hükümsüzlük davası açılmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Kötüniyetli olarak başkasının markasını tescil ettiren kişi, belirli bir süre geçmesiyle bu marka üzerinde hak elde edememelidir<sup>81</sup>. Ancak, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına değinildiği bir kararda<sup>82</sup>, Yargıtay, “... ilke olarak hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde, davalının senelerden beri kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez. Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin,

*MK'nun 2. maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gereklidir. ... kötüniyetli tescil halinde hükümsüzlük davası süreye tabi değilse de bu hakkın kullanılmasının sınırı da MK 2 maddesidir. Davalı şirketin ... yaptığı marka tescilinden itibaren 23 yıl gibi bir zaman boyunca bu markaya yatırımlar yapmasına sessiz kalarak davalı şirketin markası üzerinde emek sarfedip, masraf ve yatırımlar yaparak, ticari çevrelerde tanıtmak suretiyle kendisine ait yeni bir değer oluşturduktan sonra söz konusu değer yok edilmesi sonucuna yol açacak şekilde davacının ... hükümsüzlük talep etmesi, ... hakkın kötüye kullanılması teşkil edip, MK'nun 2. maddesi hükmü uyarınca korunması mümkün değildir”* demek suretiyle, davalının ilk marka tescilinin üzerinden 23 yıl geçtikten sonra davacının hükümsüzlük talebinde bulunmasını, davalının kötüniyetine rağmen, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması kapsamında değerlendirmiş ve bu savunmanın geçerliliğine karar vererek, yerel mahkemenin davalının kötüniyetinin korunmaması gerektiğini belirten kararını bozmuştur. Yerel mahkeme, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bozma kararına karşı “... tescil anında var olan ve sonraki devam eden kullanım süresince mevcut kötüniyetin hukuken hiçbir şekilde korunmaması gerektiği, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunmasına itibar edilemeyeceği” gerekçesiyle direnmiştir. Ancak, Hukuk Genel Kurulu tarafından Özel Daire'nin bozma kararının kabul edilmesi gerektiği, daha önce verilen kararda direnilmesinin usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir<sup>83</sup>.

<sup>77</sup> “Yüksek Mahkeme'nin Sürat Kargo kararında, her iki taraf şirketlerin de taşımacılık alanında ticari faaliyet göstermelerine, davalı şirketin ticaret unvanının sicile kayıt tarihi 1994 ve 2003, davacının sicil kayıt tarihi 1992 olmasına, davalının markasının TÜRK PATENT nezdinde kayıt tarihinin ise 2001 olmasına ve davanın 2009 yılında açılmasına rağmen, sessiz kalma yoluyla hak kaybı savunması yerel mahkemece yerinde görülmemiş ve davalıya ait markanın 39. Sınıfın 01 numaralı alt sınıfında yer alan, 39. 01 alt sınıfa kara, hava ve deniz taşımacılığı hizmetleri başlığı altında bulunan hizmetler yönünden hükümsüzlüğü ve davalının ticaret unvanındaki SÜRAT ibaresinin terkinine karar verilmiş, bu karar Yargıtay tarafından da onanmıştır.” ifadeleriyle belirtilen karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 30.09.2010, 9466 K. (Çolak (n 1) 1139).

<sup>78</sup> Yargıtay 11. HD, 15.04.2015, 1198 K. Benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 03.06.2010, 6339 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>79</sup> Yargıtay 11. HD, 02.12.2009, 12302 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>80</sup> Yargıtay 11. HD, 29.05.2008, 7076 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>81</sup> Çolak (n 1) 1123.

<sup>82</sup> Yargıtay HGK, 15.04.2015, 1198 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>83</sup> “Dairemizin yerleşik kararlarına göre, tanınmış bir markanın aynı ya da benzerinin bir başkası adına tescilli halinde kötüniyetin varlığı asıl ise de; MK'nun 2. Maddesi uyarınca, herkes hak ve borçlarını yerine getirirken iyiniyet kurallarına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanımı kanun tarafından korunamaz... Kötüniyet halinde hükümsüzlük davasını 5 yıllık süreye bağlı kalınmaksızın her zaman açılabilmesine ilişkin düzenlemenin marka sahibine tanıdığı dava açma hakkının da MK'nun 2. maddesine göre uygun bir süre içerisinde kullanılması gereklidir. Somut uyuşmazlıkta davalının 10 yılı aşkın bir süredir davacı markasının benzeri olan ve TPE tarafından tescil ve ilan edilen dava konusu markayı kullandığını TTK'nun 20. maddesi uyarınca basiretli bir tacir gibi davranması gereken davacının objektif olarak bilmesi ya da bilebilmesi gerektiğinden, marka hakkının ihlaline çok uzun süre itirazsız olarak katlandıktan sonra işbu hükümsüzlük davasını açması; aradan geçen süre içerisinde davalının markasına emek ve sermaye koyarak yarattığı mal varlığı değerlerinin yok olması sonucuna yol açacağından, bu durumun ortadan kaldırılmasına yönelik dava hakkının kullanılmasını MK'nun 2. maddesine göre himaye edilemez.” denilmek suretiyle benzer yönde verilen hüküm için bkz. Yargıtay 11. HD, 15.10.2009, 10891 K. (Lexpera İçtihat Bankası). Davacının, üstün

Davacının dava hakkını kötüye kullanması ile davalının tescil anında var olan kötüniyeti TMK md.2 kapsamında ihlal niteliğindedir. Her iki ihlal durumu karşılaştırıldığında, hangi davranışın makul kabul edileceğinin çözülmesi gerekir. Unutulmamalıdır ki, bu durumun çözümünde, henüz daha dava hakkının kötüye kullanılmasından önce, başkasının haklarından haksız kazanç elde etmek amacıyla kötüniyetli olarak tescil başvurusu yapma hakkı kötüye kullanılmıştır<sup>84</sup>. Önceki hak sahibinin hak kaybıyla sonuçlanacak bir savunmayı sadece kötüniyetli olmayan kişinin yapabilmesi mümkün olacağından, sessiz kalma yoluyla hak kaybında var olan bir kötüniyete itibar edilemeyeceğini belirtmek yerinde olur. Ancak yine de ifade etmek gerekir ki, önceki hak sahipliğinden haberdar olmasına rağmen sonraki tarihli marka sahibinin yoğun emek harcamış, yatırımlar yapmış ve markaya önemli bir değer katmış olması ihtimalinde, önceki hak sahibinin geçen uzun bir zaman diliminin ardından aktif davranışta bulunmasının, sessiz kalma yoluyla hak kaybına sebep olup olmayacağı değerlendirmesinin doğrudan reddi yerine, somut olay kapsamında irdelenmesi daha makul kabul edilmelidir.

Ekleme gerekir ki, önceki hak sahibinin, sonraki tarihli marka sahibinin tescil başvurusunda bulunma hakkını kötüye kullandığını ispat etmesi beklenmelidir<sup>85</sup>. Nitekim, kötüniyet iddiasında bulunan her kim ise ispat yükü ona ait olur. Kötüniyetin ispatı hâlinde bu durumdan menfaat elde edecek olan kişi önceki tarihli marka sahibi olduğuna göre, marka sahibinin böyle bir iddiasının varlığı hâli, kendisine ispat yükümlülüğü getirecektir<sup>86</sup>.

## SONUÇ

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, hakkın genel anlamda sona ermesine sebep olmaz. Uzun süredir var olan kullanıma veya tescile, aktif bir çaba içeri-

sinde bulunmayarak sessiz kalan kişi ya da kişilerin bu duruma zımnen icazet verdiği kabul edilir. Böylece sessiz kalan tarafın bu haktan faydalanmasına katlanma yükümlülüğü doğar.

Kötüniyetli olma, iyiniyetin karşıtı olacak şekilde TMK md.3 kapsamında değil, TMK md.2 dürüstlük kuralı bağlamında değerlendirilmelidir. Çünkü, kötüniyetli sonraki tarihli marka sahibi TMK md.2'yi ihlal etmektedir. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. SMK md.25/6'da ifade edilen kötüniyet kavramından, hakkın kötüye kullanılması anlaşılır. Bu itibarla, sonraki marka sahibinin tescile engel bir durumun varlığını bildiği veya bilmesi gerektiğinin ispatının yanında, tescil başvurusunda bulunma hakkının kötüye kullanıldığının da ispatının aranması gerekir.

Kötüniyetle yapılmış başvuru sonradan geççerlilik kazanamaz. Bu itibarla markanın hükümsüzlüğü her zaman ileri sürülebilir. Eğer davalı tescil başvurusu anında kötüniyetliyse, sessiz kalma yoluyla hak savunmasının kabulü mümkün değildir. Kötüniyetin tespitinden sonra, davanın süresi içinde açılıp açılmadığı tartışması yapılmamalıdır. Dolayısıyla, tescil başvurusu anındaki kötüniyetin geçen belirli bir sürenin ardından dürüstlük kuralı bakımından makul görülecek bir davranışa dönüşmesi kabul edilmemelidir. Önceki tarihli bir markanın varlığını bilmekten kaynaklanan kötüniyet zaman içerisinde iyiniyete dönüşemez; bu nedenle de her zaman ileri sürülebilir. Buna karşın TMK md.2'ye aykırılıktan kaynaklanan kötüniyet zaman içerisinde ortadan kalkabilir. Böylece, somut olayın şartları dahilinde sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilirliği değerlendirilmelidir.

İspata konu olan husus, kötüniyet kavramına verilen anlamla doğrudan bağlantılıdır. Sonraki marka sahibinin tescil engelini bildiğinin veya bilebilecek durumda olduğunun ispatı yeterli görülme- yip, sonraki marka sahibinin hakkını kötüye kullandığını destekleyici ek unsurların varlığı aranmalıdır. Kötüniyetin ispatında, her somut olayın özelliklerine ve her davanın kendi mevcut verilerine göre tespit yapılması gerekir. Somut olgu ve delillerin yanında tacirlere getirilen objektif özen ölçütü kapsamında basiretli iş adamı gibi davranma yükümlülüğü de kötüniyetin ispatı meselesinde önem arz eder.

menfaatine dayanarak TMK m.2 bağlamında dava açmasının, hakkını kötüye kullanma teşkil edip etmediğinin, Mahkemece tartışılmamasının isabetli bulunmadığını ve bu sebeple kararın bozulması gerektiğini belirten benzer yönde karar için bkz. Yargıtay 11. HD, 18.07.2011, 8996 K. (Lexpera İçtihat Bankası).

<sup>84</sup> Işık (n 2) 182.

<sup>85</sup> Işık (n 2) 184.

<sup>86</sup> Kaya (n 23) 341; Karan/Kılıç (n 10) 35.1.4; Çağlar (n 2) 159; Çolak (n 1) 1143, Balık (n 49) 62.

## KAYNAKÇA

- Akyol Ş, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası* (1. bs Vedat Yayınları 2006).
- Arkan S, *Marka Hukuku, Cilt II* (1998).
- Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (25. bs Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını 2019) (Arkan, Ticari İşletme).
- Ayan Ö, 'Marka Hakkının Kazanılmasında İyiniyetin Rolü' Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan (1. bs Yetkin Yayınları 2006) 165.
- Balık İ, 'Marka Hukukunda Kötüniyet Kavramı' (2013) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi).
- Battal A, 'Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu* (2001) XVIII 27.
- Bilge M E, 'Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas' (2015) [2] *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 7.
- Bilgili F, *Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması* (1. bs Seçkin Yayınları 2006) (Bilgili, Hakkın Kötüye Kullanılması).
- Bilgili F, 'Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz' (2007) [70] *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 27.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2015).
- Bozgeyik H, *Marka Hakkının Korunması* (2. bs, On İki Levha Yayınları 2019).
- Büyükkılıç G, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2019).
- Can O, 'Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Başvuru ve Tescilinde İptal ve Hükümsüzlüğün Kapsamı Üzerine Düşünceler' (2015) 1 [1] *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi* 47.
- Cangül M, 'Ticaret Sicilinin Aleniyeti ve Müspet Etkisi Yönünden Ticaret Unvanında Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybının Değerlendirilmesi' (2022) 80 [4] *Ankara Barosu Dergisi*, 137.
- Cengiz D, *Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz* (1. bs Beta Yayınları 1995).
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (1. bs Adalet Yayınları, 2013).
- Çağlar H & Özdamar M, 'Ticaret Unvanının Korunması' (2006) 14 [2] *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 119.
- Çatma Bilen C, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı* (1. bs Yetkin Yayınları 2022).
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (5. bs, On İki Levha Yayınları 2023).
- Dirikkan H, *Tanınmış Markanın Korunması* (1. bs Seçkin Yayınları 2003).
- Efendioğlu E, 'Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (2019) İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi).
- Eminoğlu C, 'Marka Sahibinin Teklifi İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın m.16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)' (2016) 1 *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 229.
- Gün B, *Marka Hukukunda Birlikte Var Olma*, (1. bs, On İki Levha Yayınları 2019).
- Işık E, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2017).
- Kara E, *Türk Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği İlkesi* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2018).
- Karahan S, 'Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi' (2001) XXI [1] *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 271.
- Karahan S, 'Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi', *Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günkü Armağanı* (1. bs Beta Yayınları 2001).
- Karan H ve Kılıç M, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (1. bs Turhan Yayınevi 2004).
- Karasu R, 'Spekülasyon ve Engelleme Markaları' (2008) 8 [3] *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 11.
- Kaya A, *Marka Hukuku* (1. bs Arıkan Yayınları 2006).
- Koçak M A, *Marka Hukukunda Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı İlkesi* (1. bs, On İki Levha Yayınları 2021).
- Koroğlu E, 'Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden "Zamanaşımı", "Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı" ve "Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları' (2016) 22 [3] Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan II. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı 1889.
- Meran N, *Marka Hakları ve Korunması* (4. bs Seçkin Yayınları 2015).



- Pazır Y, 'Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (2023) Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi).
- Pekdinçer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Birlikli Raporları ve Mütalâalar (Yüksek Mahkeme Kararları ile Birlikte)* (1. bs Legal Yayınları 2015).
- Pekdinçer R T & Giray R E & Baş K & Büyükkılıç G, *Gerçekçeli, Notlu ve İçtihatlı Sınai Mülkiyet Kanunu ve İlgili Mevzuat* (3. bs, On İki Levha Yayınları 2021).
- Suluk C, 'Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararının Etkisi' (2006) [3] Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 38.
- Suluk C & Karasu R & Nal T, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (6. bs Seçkin Yayınları 2022).
- Suluk C ve Orhan A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Tasarımlar* (1. bs Seçkin Yayınları 2008).
- Şehirli Çelik F A, 'İltibastan Kötüniyetli Tescile Paskalya Tavşanlarının Hikayesi' (2011) XXVII [3] Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 65.
- Şahin M, 'Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı' (2020) Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi).
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (5. bs Vedat Yayınları 2012).
- Uçar A, 'Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Mahrumiyeti' (2014) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Tür: Yüksek Lisans Tezi).
- Uzunallı S, *Marka Hukuku* (2. bs Adalet Yayınları 2021) (Uzunallı, Marka).
- Uzunallı S, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (1. bs Adalet Yayınları 2012) (Uzunallı).
- Ülgen H & Helvacı M & Kaya A & Nomer Ertan N F), *Ticari İşletme Hukuku* (6. bs Vedat Yayınları 2019).
- Yanlı V, 'İltibas Nedeniyle Dava Açma Hakkının Kaybı', *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XXI*, (2005).
- Yasaman H & Altay S A & Ayoğlu T & Yusufoglu F & Yüksel S, *Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt II* (1. bs Vedat Yayınları 2004).
- Yasaman H & Ayoğlu T & Yusufoglu Bilgin F & Kartal P M & Yüksel S H & Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt III* (1. bs Seçkin Yayınları 2021).
- Yurtoğlu Can M, *Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı* (1. bs Turhan Yayınevi 2016).
- Yusufoglu Bilgin F, 'Kullanma Niyeti Olmaksızın Markanın Kötüniyetli Olarak Tescili ve Hükümsüzlüğü' içinde Prof. Dr. Tekin Memiş (ed), *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2019* (1. bs Yetkin Yayınları 2020).

**Etik Beyanı:** Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

**Katkı Oranı Beyanı:** Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

**Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı:** Yoktur.

**Çatışma Beyanı:** Yoktur.

**Ethics Statement:** *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

**Contributions Statement:** *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

**Statement for Support and Appreciation If Any:** *None.*

**Statement for Conflict of Interest:** *None.*