



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları

Yüksek Lisans Tezi

Osman Baş

Nisan 2024



İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları

Yüksek Lisans Tezi

Osman Baş

Danışman

Doç. Dr. Cahit Suluk

Nisan 2024

TEZ JÜRİSİ ONAYI

Osman Baş tarafından hazırlanan "Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları" başlıklı bu Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda hazırlanmış ve jürimiz tarafından kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

Tez Danışmanı:

Doç. Dr. Cahit Suluk
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Üyeler:

Dr. Öğr. Üyesi Şerafettin Ekici
İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Sami Özgür Memişoğlu
Doğuş Üniversitesi

Tez Savunma Tarihi: 29/ 04 / 2024

BEYANLAR

Yazım ve Kaynak Gösterme Kılavuzu Beyanı

Danışmanlığımda yazılan bu tezin Chicago yazım ve kaynak gösterme kılavuzunda belirtilen kurallara uygun olarak yapılandırıldığı ve bu kılavuzun dipnot kaynak gösterme standartlarının bu tezde tutarlı olarak uygulandığı tarafımdan incelenerek teyit edilmiştir.

İmza

Doç. Dr. Cahit Suluk

Etik İlkeler Sadakat Beyanı

Hazırladığım bu tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu, akademik ve etik kuralları gözeterek çalıştığımı ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi beyan ederim.

İmza

Osman Baş

ÖZET

Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları

Baş, Osman

Yüksek Lisans Tezi, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Doç. Dr. Cahit Suluk

Nisan 2024

Marka hakkına tecavüz, tazminat taleplerinin kaynağını oluşturan haksız fiil niteliğinde bir eylemdir. Tecavüz eylemi, bünyesinde haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağınyı barındırır. Bu çalışmada, tazminat davalarında aranan şartlara genel hatlarıyla değinildikten sonra marka hakkına tecavüz ile haksız rekabet, tazminat davaları ekseninde benzer ve farklı yönleri ele alınarak karşılaştırılmıştır. Uygulamada marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin genellikle bu iki hukuki sebebe birlikte dayandığına rastlanılmaktadır. Uyuşmazlığa konu eylemin haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz hükümlerini birlikte ihlal etmesi durumunda hangi hükümlerin uygulanacağı tartışmalıdır. Bu itibarla, SMK öncesi ve SMK döneminde öğretilde ortaya atılan görüşlere ve Yargıtayın buna ilişkin son içtihadına değinilmiştir. Çalışmanın devamında kanun tarafından hak sahibi için öngörülen özel taleplere yer verilmiştir. Bu kapsamda şartları ve içeriği özel olarak hüküm altına alınan ihtiyati tedbir ve delil tespiti kurumları HMK ile karşılaştırmalı bir biçimde ele alınmıştır.

Çalışmanın temel kısmını oluşturan bir sonraki bölümde ise markası tecavüze uğrayan hak sahibine SMK kapsamında tanınan tazminat davaları ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Tazminatın hesaplanması her bir tazminat davası için ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Tazminatın belirlenebilmesi için kanun koyucu tarafından öngörülen yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemleri üzerinde konunun önemi sebebiyle ayrıntılı bir şekilde durulmuştur.

Çalışmanın son bölümünde ise tazminat davalarında arabuluculuk, davanın taraflarını teşkil eden davacı ve davalı sıfatları, dava açılmayacak kişiler, görevli ve yetkili mahkeme ile zamanaşımı konuları incelenmiştir. Dört bölümden meydana gelen bu çalışmada marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları, ilişkili olduğu konularla birlikte ele alınmıştır. Bu amaçla mevzuat, doktrin ve yargı kararlarından faydalanılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka, Tazminat, Marka Hakkına Tecavüz, Zarar, Uğranılan Zararın Hesabı.

ABSTRACT

Compensation Cases Arising from Trademark Infringement

Baş, Osman

Master's Thesis, Department of Private Law

Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Cahit Suluk

April 2024

Trademark infringement is a frequently encountered tort in trademark law and is the source of compensation claims. The act of infringement includes unlawful act, fault, damage and appropriate causal link, which are the elements of tort. In this study, after the conditions sought in compensation cases are mentioned in general terms, trademark infringement and unfair competition are compared by considering their similar and different aspects on the axis of compensation cases. In practice, it is seen that the owner whose trademark has been infringed generally relies on these two legal reasons together. It is controversial which provisions will be applied in case the action subject to dispute violates the unfair competition and trademark infringement provisions together. In this respect, the views put forward in the doctrine before and during the Intellectual Property Act (IPA) period and the latest jurisprudence of the Turkish Supreme Court regarding this issue are mentioned. In the continuation of the study, the special demands stipulated by the law for the right holder are included. In this context, provisional injunction and evidence determination institutions, whose conditions and content are specifically regulated, have been discussed in a comparative manner with the Turkish Civil Code.

In the next section, which constitutes the main part of the study, the compensation cases granted to the right holder whose trademark has been infringed within the scope of the Turkish Civil Code are examined under separate headings. The calculation of compensation is evaluated separately for each compensation case. In order to determine the compensation, the methods of calculating the lost earnings prescribed by the legislator have been discussed in detail due to the importance of the subject.

In the last part of the study, mediation in compensation cases, the names of the plaintiff and defendant who constitute the parties to the case, persons who cannot be sued, the competent and authorized court, and the statute of limitations issues are examined. In this study consisting of four parts, compensation cases arising from trademark infringement are discussed together with the related issues. For this purpose, legislation, doctrine and many judicial decisions have been used.

Keywords: Trademark, Compensation, Trademark Infringement, Damage, Calculation of Loss of Profit.

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışmada, marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları, ilişkili olduğu konularla birlikte, mevzuat, öğreti ve yargı kararları ışığında ele alınmıştır. Bu kapsamda tartışmalı noktalara ve uygulamaya yansıyan problemlere değinilmiştir. Yeri geldiğinde tespit ve önerilerde bulunulmuştur.

Tez danışmanım olmayı kabul eden, tez yazım sürecinde bilgi, öneri ve yönlendirmelerinden istifade ettiğim değerli hocam Doç. Dr. Cahit Suluk'a teşekkür ederim. Hukuk bölümünü seçmemde ve hukukçu kimliğimin oluşmasında büyük emeği geçen saygıdeğer hocam Prof. Dr. Melikşah Yasin'e, birçok konuda fikirlerinden istifade ettiğim, çalışkanlık ve mütevazılığını örnek aldığım kıymetli hocam Prof. Dr. Sezer Çabri'ye teşekkürlerimi sunarım.

Tez süreci boyunca yaptığımız müzakereler ve ufuk açıcı fikirleriyle önemli katkılarda bulunan kıymetli dostum Av. Muhammed Said Sarıhan'a teşekkür ederim.

Hakimlik stajım süresince tezle ilgilenmeme olanak sağlayan ve bu konuda teşvik eden stajyeri olduğum değerli meslek büyüklerime teşekkür ederim. Destekleri için İstanbul Anadolu Adliyesi 27. dönem hâkim ve savcı adayı arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Konforlu çalışma ortamı ve sunduğu imkânlarla tez yazım sürecini kolaylaştıran İSAM Kütüphanesi idaresi ve çalışanlarına ayrıca teşekkür ederim.

Bu süreçte desteklerini her zaman yakından hissettiğim çok sevgili annem Nejla Baş'a, babam Prof. Dr. Erdoğan Baş'a, ağabeyim Ebubekir Baş'a ve kardeşim Ömer Ali Baş'a minnettarım.

Osman BAŞ
İstanbul, Nisan 2024

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	v
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	3
TAZMİNAT DAVALARINDA ARANAN ŞARTLAR.....	3
I. Haksız Fiilin Bir Görünümü Olarak Marka Hakkına Tecavüz	3
II. Tecavüzden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Genel Şartları	4
A. Hukuka Aykırı Fiil.....	4
1. SMK m. 29/1- (a).....	5
2. SMK m. 29/1- (b).....	5
3. SMK m. 29/1- (c).....	6
4. SMK m. 29/1- (ç).....	6
B. Kusur.....	6
C. Zarar.....	7
D. Uygun İliyet Bağı	8
III. Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları ile Haksız Rekabetten Kaynaklanan Tazminat Davaları	10
A. Genel Olarak.....	10
B. Davaların Farklılık Arz Eden Yönleri.....	11
1. Amaç Yönünden	11
2. Davacı Sıfatı Yönünden	11
3. Tazminatın Hesaplanması Yönünden	11
4. Zamanaşımı Yönünden	12
5. Görev Yönünden	13
6. İtibar Tazminatı İmkânı Yönünden.....	13
C. Eylemin Haksız Rekabet ve Marka Hakkına Tecavüz Hükümlerini Birlikte İhlal Etmesi Durumunda Uygulanacak Norm Sorunu.....	13
1. Mülga MarKHK Dönemi	14
2. SMK Dönemi	15
İKİNCİ BÖLÜM.....	20
TAZMİNAT DAVALARINA İLİŞKİN ÖZEL TALEPLER.....	20
I. Genel Olarak	20
II. SMK m. 150/3 Kapsamında Hak Sahibine Tanınan Hukuki İmkânlar	21
A. Delillerin Tespiti Talebi.....	21

B. Mahkeme Kanalıyla Tazminat Yükümlüsünden İlgili Belgelerin İstenilmesi Talebi	23
III. İhtiyati Tedbir Talebi	25
A. Genel Olarak	25
B. Tecavüz Fiillerinin Önlenmesi ve Durdurulması.....	29
C. Tecavüze Konu Mallara El Koyma ve Saklama	30
D. Gümrüklerde El Koyma.....	31
E. Zararın Tazmini Bakımından Teminat Verilmesi	32
IV. Ürün ve Araçlar Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi	34
V. Ürün ve Araçların Şekillerinin Değiştirilmesi, Üzerlerindeki Markaların Silinmesi veya İmhası Talebi	37
VI. Hükmün İlgililere Tebliği ve Kamuya İlan Yoluyla Duyurulması Talebi.....	39
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	42
TAZMİNAT DAVALARININ ÇEŞİTLERİ.....	42
I. Genel Olarak	42
II. Maddi Tazminat Davası.....	43
A. Genel Olarak	43
B. Maddi Tazminat Davasında Kusurun Rolü.....	44
C. Tazminatın Hesaplanması	49
1. Genel Olarak	49
2. Fiili Zarar	51
3. Yoksun Kalınan Kazanç	53
a. Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kriterler	57
b. Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanma Yöntemleri.....	58
aa. Mütecavizin Rekabeti Olmasaydı Hak Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelire Göre Hesaplama	58
bb. Mütecavizin Elde Ettiği Net Kazanca Göre Hesaplama.....	63
cc. Mütecavizin Ödemesi Gereken Lisans Bedeline Göre Hesaplama ...	66
c. Yoksun Kalınan Kazancın Hesabında Hakkaniyete Uygun Artırım	70
III. Manevi Tazminat Davası	72
A. Genel Olarak	72
B. Manevi Tazminatın Hesaplanması.....	75
IV. İtibar Tazminatı Davası.....	77
A. Genel Olarak	77
B. İtibar Kavramı	78
C. İtibar Tazminatının Hukuki Niteliği	78
D. İtibar Tazminatının Amacı.....	80
E. SMK m. 150/2 Kapsamında İtibar Tazminatının Talep Edilmesi.....	81
F. İtibar Tazminatının Hesaplanması.....	84
V. Tazminata Hükmedilecek Tarih Aralığı.....	85

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	87
TAZMİNAT DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ	87
I. Genel Olarak	87
II. Tazminat Davalarında Zorunlu Arabuluculuk.....	88
III. Tazminat Davalarında Taraflar	92
A. Davacılar.....	92
1. Marka Sahibi	92
2. Markayı Devralan	93
3. Lisans Alan	94
a. Genel Olarak.....	94
b. İnhisari Lisans Alan	96
c. İnhisari Olmayan (Basit) Lisans Alan	99
4. Rehin Alan ve İntifa Hakkı Sahibi.....	101
B. Davalılar.....	103
1. Marka Hakkına Tecavüz Fiillerini İşleyen Gerçek veya Tüzel Kişiler	103
a. Tüzel Kişi Organlarının Sorumluluğu	104
b. Çalışan ve Çalıştıranların Sorumluluğu	105
c. İnternet Ortamında Gerçekleşen Tecavüzlerde Davalının Belirlenmesi	106
2. Lisans Alan	109
IV. Dava Açılamayacak Kişiler	109
V. Yetkili ve Görevli Mahkeme	111
A. Yetkili Mahkeme	111
B. Görevli Mahkeme	113
VI. Zamanaşımı	115
SONUÇ.....	118
KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR

AAÜT	: Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi
AB	: Avrupa Birliği
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: bakınız
Bülten	: Resmi Marka Bülteni
c.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
Direktif	: 29 Nisan 2004 Tarih ve 2004/48/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi
dp.	: dipnot
ed.	: Editör
ET	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
Gerekçe	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Gerekçesi
GK	: 4458 sayılı Gümrük Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HSK	: Hâkimler ve Savcılar Kurulu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
Kıs.	: kısaltma
Kurum	: Türk Patent ve Marka Kurumu
m.	: madde
MarKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa

S.	: Sayı
S.S.	: Sıra Sayısı
SMK	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TRIPS	: 1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Yönetmelik	: Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik

GİRİŞ

Marka hakkına tecavüz, marka hukukunda sık karşılaşılan ve uygulamada marka uyuşmazlıklarının kaynağını oluşturan haksız fiil niteliğinde bir eylemdir. Bu nedenle dört unsura sahiptir. Bunlar hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağıdır.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK)¹, marka hakkına tecavüz edilen hak sahibine çeşitli taleplerde bulunma imkânı getirmiştir. Özünde haksız fiil unsurlarını taşıyan tecavüz eylemi sonucunda hak sahibinin zarara uğraması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle hak sahibi, SMK m. 149/1- (ç) bendi uyarınca maddi ve manevi zararının giderilmesini isteyebilir.

Tazminatın özel hükümle düzenlendiği SMK m. 150’de öğretide itibar tazminatı olarak adlandırılan bir tazminat türü düzenlenmiştir. Şartlarının bulunması halinde hak sahibi ayrıca bu tazminatı da mütecavizden talep edebilir.

Tazminat sorumluluğu ile bundan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat esasında borçlar hukukunun kapsamına girmekte olup tazminat sorumluluğuna ilişkin kural olarak genel hükümler uygulanır. Ancak kanun koyucu, SMK m. 150 ve m. 151’de tazminata ilişkin özel hükümler öngörmüştür. Tazminatın belirlenmesinde bu hükümlerin de dikkate alınması şarttır.

Özellikle SMK m. 151/2’de üç bent halinde düzenlenen yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemleri, tazminatın etkin bir şekilde hesaplanması için kanun koyucu tarafından öngörülen usullerdir. Zarar gördüğünü iddia eden hak sahibi, bu yöntemlerden birini seçerek yoksun kalınan kazancının hesaplanmasını talep edebilir. Yapılacak hesaplamada, SMK m. 151/3 ve m. 151/4 dikkate alınır.

Hak sahibinin marka tecavüzünden doğan zararının etkin bir biçimde giderilmesi için öngörülen bu hükümler ne var ki uygulamaya gerektiği gibi yansımamakta, tatmin edici sonuçlar vermemektedir. Hükmedilen tazminat miktarları somut olayda ortaya çıkan zarar kalemlerini (fiili zarar ve yoksun kalınan kazancı) gidermekten uzaktır. SMK’nin yürürlüğe girmesiyle SMK m. 151/2- (a) ve (b) bentlerinde yer alan hesaplama yöntemlerinin düzenlendiği metinlerde sırasıyla “markanın kullanılması ile, markayı kullanmak yoluyla” ibarelerine yer verilmeyerek hükmedilecek tazminat miktarlarının

¹ RG. 10.1.2017, S. 29944.

artacağı amaçlanmıştır. Ancak bu değişiklik, hükmedilen tazminat miktarlarında gözle görülür bir artış yaratmamıştır. Tazminat miktarlarına ilişkin bu sorun, SMK döneminde de devam etmektedir. Tazminat sorumluluğunun amacıyla bağdaşmayan ve hak kayıplarına sebep olan bu duruma ilişkin çalışmamızda tespit ve önerilere yer verilmiştir.

Uygulamada markası tecavüze uğrayan hak sahibinin zararının giderilmesi için açtığı davalarda haksız rekabet hükümlerine de dayanıldığına sıklıkla rastlanılmaktadır. Bu durumda, hangi kanun maddelerinin uygulanacağı, markanın kümülatif koruma kapsamında korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Çalışmamızda bu konu ayrı bir başlık altında incelenmeye değer görülerek öğreti ve yargı kararları ışığında karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Dört bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde marka hakkına tecavüzden doğan tazminat sorumluluğunun kaynağını oluşturan haksız fiilin unsurları kısaca açıklanmıştır. Devam eden başlıkta marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları ile haksız rekabetten doğan tazminat davaları SMK ve TTK bağlamında karşılaştırılmıştır.

İkinci bölümde tecavüzden doğan tazminat davalarıyla sıkı bir ilişki içinde olan SMK m. 150/3, 159, 149/1- (e), (f) ve (g) hükümlerine ayrı başlıklar altında değinilmiştir. Bu hükümlerde sırasıyla, delil tespiti talebi, ihtiyati tedbir talebi, el konulan ürünler ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkı tanınması talebi, tecavüzün devamını önlemeye yönelik tedbirler, özellikle ürünlerin şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markanın silinmesi veya imhası talebi ve kararın ilgililere tebliği ile kamuya ilan yoluyla duyurulması talebi incelenmiştir.

Üçüncü bölümde marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin açabileceği tazminat davalarına yer verilmiştir. Sırasıyla maddi, manevi ve itibar tazminatı davalarının incelendiği bu bölümde kusura ve zarar türlerine ayrıca değinilmiştir. Bu bölümde özellikle yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemleri öğreti ve Yargıtay kararları ışığında kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde tazminat davalarında arabuluculuk, davanın taraflarını teşkil eden davacı ve davalı sıfatları, dava açılmayacak kişiler, görevli ve yetkili mahkeme ile zamanaşımı konuları tecavüzden doğan tazminat davaları özelinde incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT DAVALARINDA ARANAN ŞARTLAR

I. Haksız Fiilin Bir Görünümü Olarak Marka Hakkına Tecavüz

Haksız fiil sorumluluğu gereği hukuka aykırı ve kusura dayalı haksız bir eylemde bulunan fail, bu eylemin doğurduğu zararı tazminle sorumlu olur. Tazminat ve haksız fiil sorumluluğunun bu genel ilkesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)² m. 49/1'de karşılığını bulmuştur. Anılan fıkra uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Haksız fiillerin birçok çeşidi bulunsa da temelde haksız fiilden bahsedilebilmesi için gereken unsurlar bellidir. Bunun için hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı unsurlarının var olması gerekir³.

Sınai mülkiyet haklarından olan marka hakkı, sahibine mutlak bir hak bahşeder. Mutlak hak, sahibine herkese karşı öne sürülebilen men etme ve engelleme yetkileri sağlar. Herkes mutlak hakka riayet etmek ve bu hakka tecavüz etmemek yükümlülüğü altındadır⁴. Bu itibarla mutlak hakkın niteliği gereği, marka hakkına tecavüzün gündeme gelmesi halinde hak sahibi tarafından bu hak, kural olarak herkese karşı ileri sürülebilir hale gelir⁵.

Örneğin izin veya rızaya dayanmaksızın marka sahibine ait bir markayı kullanan üçüncü kişiye karşı hak sahibi, marka hakkını ileri sürerek bu hakka tecavüzün durdurulması ve sona erdirilmesini talep edebilir.

² RG. 4.2.2011, S. 27836.

³ Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), s. 11 vd; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017), s. 12 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), s. 584 vd.; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), s. 422 vd; 4. HD, 15.01.2018, 3863/52, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2023].

⁴ Rona Serozan, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), s. 160-161.

⁵ SMK m. 153 hükümleri saklıdır.

Borçlar hukukuna göre bir borç üç sebepten kaynaklanabilir. Bunlar hukuki işlemler, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir. Görüleceği üzere haksız fiil, borç ilişkisinin kaynağını oluşturan sebeplerden biridir.

SMK'nin ikinci bölümünün altıncı kısmında düzenlenen marka hakkına tecavüz fiillerinin özünde bir *haksız fiil sorumluluğu* yatmaktadır⁶. Şu halde marka hakkına tecavüz eylemi sonucunda zarara uğrayan hak sahibinin zararının giderilmesi, haksız fiil şartlarının oluşmuş olmasına bağlıdır⁷.

II. Tecavüzden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Genel Şartları

A. Hukuka Aykırı Fiil

Haksız fiilin oluşabilmesi için bir fiilden ve bu fiilin hukuka aykırı bir nitelik taşıdığından bahsedilebilmesi gerekmektedir. Fiil, aktif veya pasif şekilde yani bir harekette bulunmak şeklinde olabileceği gibi kaçınmak biçiminde de tezahür edebilir⁸.

Hukuka aykırılık, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarındandır⁹. Her ne kadar TBK m. 49/1 hukuka aykırılığı, haksız fiil sorumluluğunun şartları arasında zikretse

⁶ Sabih Arkan, *Marka Hukuku, Cilt II*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997), s. 240; Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, (İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006), s. 290; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 771; Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), s. 261. vd; Serdar Arıkan, “Tecavüz Davaları ve Talepler”, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (07-10 Mart 2017)*, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017), s. 478; Fatih Aydın, “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133, (2017), s. 525; Bedriye İlkiz Tuana Taşkın, “Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Talepleri”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2023), s. 39.

⁷ Hamdi Yasaman, “Sınai Mülkiyet Haklarından Doğan Hukuk Davaları”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı 19-22 Aralık 2019*, (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2020), s. 313; Cahit Suluk, Rauf Karasu, Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), s. 380; Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), s. 179; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), s. 517; Taşkın, s. 110-111.

⁸ Tandoğan, s. 12 vd; Oğuzman ve Öz, s. 13; Eren, s. 584; Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), s. 484; Safa Reisoğlu, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), s. 164-165.

⁹ Haksız fiil kapsamında hukuka aykırılık teorilerinin tartışıldığı ayrıntılı bir çalışma için bkz. Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 23, S. 1 (2017), s. 465-504.

de tanımına yer vermemiştir. Bu nedenle hâkim, olayın özelliklerine göre öğreti ve yargısal içtihatları nazara alarak hukuka aykırılık kavramına bir anlam atfetmelidir¹⁰.

Hukuka aykırılığın tanımı kanunda yapılmasa da öğretide katıldığımız görüş çerçevesinde bu kavram genel hatlarıyla şu şekilde tarif edilebilir: Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunmaması kaydıyla, başkalarına zarar vermeyi men eden veya zararlı neticeyi bertaraf etmek amacıyla belli davranışı emreden hukuk kurallarına aykırı her fiil hukuka aykırıdır¹¹.

Marka hakkına tecavüz özelinde hukuka aykırılık unsuru, SMK m. 29'da belirtilen marka hakkına tecavüz fiillerinin işlenmesi halinde ortaya çıkmaktadır¹². Kanun koyucu bu fiilleri, SMK m. 29'un ilk fıkrasında dört bent halinde zikretmiştir. Failin eylemi, kanunda tarif edilen bu hallerden birinin kapsamına giriyorsa, haksız fiilde aranan hukuka aykırılık şartı gerçekleşmiş kabul edilir.

1. SMK m. 29/1- (a)

Anılan maddenin (a) bendinde, hak sahibinin izni olmaksızın, markayı 7. maddede belirtilen şekillerde kullanmak marka hakkına tecavüz sayılmıştır. 7. maddenin ilk fıkrası tescil ilkesini, ikinci fıkrası markanın koruma kapsamına giren kullanım hallerini, üçüncü fıkrası ise hangi kullanım türlerinin marka hakkına tecavüz oluşturacağını düzenlemiştir¹³. Dolayısıyla (a) bendine göre tecavüz halleri belirlenirken m. 7/2 ve 7/3 hükümlerinin de dikkate alınması gerekir.

2. SMK m. 29/1- (b)

Failin, hak sahibinin rızası bulunmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanarak markayı taklit etmesi bir başka tecavüz fiilidir.

¹⁰ Eren, s. 661-662.

¹¹ Eren, s. 662; Oğuzman ve Öz, s. 14 vd.

¹² Yasaman, Hukuk Davaları, s. 320; Yasaman, Şerh, s. 3000.

¹³ Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), s. 163.

3. SMK m. 29/1- (c)

Failin tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satması, dağıtması, ticaret sahasına çıkarması, ithal veya ihraç etmesi, ticari amaçla elde bulundurması veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunması bir diğer tecavüz halidir. Bu fiilden failin sorumlu olabilmesi için markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bilmesi veya bilmesinin ondan beklenebilmesi gerekir.

4. SMK m. 29/1- (ç)

Failin, marka sahibinin kendisine lisans yoluyla verdiği hakları ondan izin almadan genişletmesi veya bu hakları üçüncü kişilere devretmesi marka hakkına tecavüz teşkil eder.

B. Kusur

Haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için bir diğer unsur kusurdur. Ne var ki TBK m. 49/1’de kusurun tanımı yapılmamıştır. Her ne kadar kanunda kusura ilişkin bir tanıma yer verilme de öğretide baskın görüş¹⁴ ve Yargıtay¹⁵ içtihatları ışığında kusur, kınanılması geren bir insan davranışı olarak tanımlanabilir.

Hukumumuzda kusur sorumluluğu asıldır. Kusursuz sorumluluk ise TBK m. 65 vd. hükümlerinde özel olarak belirtilen hakkaniyet, tehlike ve özen sorumluluğunun kapsamına giren konularla sınırlıdır. Marka ihlalinin doğan sorumluluk ise bir kusur sorumluluğudur. Marka hakkına tecavüz eden kişinin bu eylemini kusurlu olarak yapmış olması aranır. Bir başka ifadeyle faile kusur atfedilebilmelidir.

Kusur esas olarak kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Kastta fail, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesini istemektedir. İhmalde ise hukuka aykırı neticeyi doğrudan

¹⁴ Tandoğan, s. 45; Oğuzman ve Öz, s. 55; Eren, s. 643; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop s. 492; Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (İstanbul: Sermet Matbaası, 1976), s. 439; Selim Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, (Ankara 21-22 Ekim 1977), (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1981), s. 40; Reisoğlu, s.171; Gümüş, s. 448.

¹⁵ HGK, 01.02.2012, 592/25; HGK, 27.03.2015, 1533/1099, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2023].

istememekle beraber hukuka aykırı neticenin gerçekleşmesinde somut olay şartlarında göstermesi gereken özen ve tedbiri yerine getirmemektedir¹⁶.

Marka tecavüzü açısından yapılacak bir kusur değerlendirmesinde, uygulamada genellikle kasten gerçekleştirilen haksız fiillerle karşılaşılmaktadır. Ancak SMK m. 29'da sayılan marka hakkına tecavüz fiillerinin ihmal suretiyle de işlenebileceği göz ardı edilmemelidir. Örneğin yeterli bir araştırma yapmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satan veya dağıtan bir kişi de üzerine düşen özen yükümünü yerine getirmemiştir. Dolayısıyla bu kişi, ihmalinden de sorumlu tutulabilecektir.

C. Zarar

Haksız fiil sorumluluğunun düzenlendiği TBK m. 49/1, zarardan söz etmekle beraber bu kavrama ilişkin bir tanıma yer vermemiştir. Bu nedenle zararın tanımı için öğreti ve içtihatlar göz atılması gerekmektedir.

Öğretide zarar kavramı dar ve geniş olarak ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda zarar, teknik anlamdaki maddi zararı (mal varlığı zararını) ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle burada maddi zarar ile dar anlamdaki zarar aynı anlama gelmektedir. Geniş anlamda zarar ise kişinin mal varlığında uğradığı zararlarla beraber şahıs varlığında uğradığı zararı da kapsar¹⁷.

Öğreti ve uygulamada zarar sözcüğünden daha çok maddi zarar kavramı anlaşılmaktadır¹⁸.

Zarar, bir kişinin mal varlığında rızası dışında gerçekleşen azalmadır. Mal varlığının zarara sebep olan fiil gerçekleşmeseydi bulunacağı durumla fiil neticesinde aldığı durum arasındaki fark zararı oluşturur. Zarar, mal varlığının aktifinin azalmasından veya pasifin artmasından doğabileceği gibi yoksun kalınan kazançtan da doğabilir¹⁹.

¹⁶ Tandoğan, s.46-48; Oğuzman ve Öz, s. 56 vd; Eren, s. 648 vd; Reisoğlu, s. 172; Gümüş, s. 449- 450.

¹⁷ Tandoğan, s. 63; Oğuzman ve Öz, s. 39 vd; Eren, s. 589; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 547.

¹⁸ Eren, s. 589- 590; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, 547 vd.

¹⁹ Tandoğan, s. 64-65; Oğuzman ve Öz, s. 39- 40; Eren, s. 591; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 559 vd; Reisoğlu, s. 170; Gümüş, s. 457.

Marka hakkı özelinde ise zarar, hak sahibinin maddi ve manevi varlıklarının tecavüzden önceki ve sonraki durumları arasındaki fark şeklinde tanımlanabilir²⁰. Marka hakkına tecavüzden kaynaklı tazminat sorumluluğunun doğması için zararın varlığı ve bunun hak sahibi tarafından ispatı gerekmektedir²¹.

Uygulamada Yargıtay, marka hakkına tecavüz eyleminin sabit olduğuna kanaat getirdiği takdirde zararın da oluşacağını kabul etmektedir²².

Marka hakkına tecavüz eylemi haksız fiil niteliğinde olduğu için kanaatimizce, tecavüz eyleminden doğan zarar ve zararın ispatına ilişkin hususlarda haksız fiilin düzenlendiği TBK esas alınmalıdır. Marka hakkına tecavüzün sabit olması, doğrudan tazminata hükmedilmesini gerektirmez. Zira bu aşamada henüz hukuka aykırı fiil şartı oluşmuştur. Kusur ve uygun illiyet bağının da oluştuğunu varsayarsak geriye aranan şart olan zarar unsuru kalacaktır. Hak sahibi, TBK m. 50/1 uyarınca zararını ispatla yükümlüdür. Bu kapsamda zararına ilişkin delil ve emareleri mahkemeye sunmalıdır. Zararın miktarı tam olarak tespit edilemiyor ise hâkim, TBK m. 50/2 gereği olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir.

D. Uygun İlliyet Bağı

Uygun (tabii) illiyet bağı, bir eylemin, hayat deneyimlerine göre olayların normal akışında sebep olabileceği zararlarla olan mantıksal illiyet bağıdır. Uygun illiyet bağının tespitinde mantıksal nedensellik zinciri içinde bir sebebin, zararı meydana getirmeye

²⁰ Suluk, Karasu, Nal, s. 380.

²¹ Yasaman, Şerh, s. 3001.

²² Yargıtay bir kararında, ilk derece mahkemesince verilen yoksun kalınan kazancın ispat edilemediği gerekçesiyle tazminat istemlerinin reddi kararını bozmuştur. Yüksek mahkemeye göre, davalının, taklit markalı ürünleri ihraç etmek isterken bu mallara gümrükte el konulduğu ve marka hakkına tecavüzün oluştuğu sabit olup tecavüz nedeniyle davacının satış tutarının olumsuz yönde etkileneceği kesindir. Yoksun kalınan kazanç tespit edilemese de davacının zarara uğradığı sabit olduğuna ve bunun miktarı ispat edilemediğine göre, eBK m. 42 (TBK m. 50) uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekir. Karar için bkz. 11. HD, 08.10.2007, 2006/12510, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2023]. Yargıtay bir başka kararında tecavüzün gerçekleşmesi halinde hak sahibinin her hâlükârda pazar payının olumsuz etkileneceğine dikkat çekerek tazminat sorumluluğunun doğduğunu kabul etmiştir. bkz. 11. HD, 15.02.2016, 7266/1398, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2023]. Benzer kararlar için bkz. 11. HD, 09.04.2014, 7693/6966; 11. HD, 14.02.2008, 14542/1612; 11. HD, 10.12.2007, 12919/15577; 11. HD, 11.05.2009, 1536/5629, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2023].

elverişli olup olmadığı araştırılacaktır²³. Bu itibarla, her somut olayın kendi şartlarına göre illiyet bağının “uygun” olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Zararla eylem arasındaki uygun illiyet bağının varlığı, tüm sözleşme dışı sorumluluklarda aranır. Bir olay, hayatın olağan akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli ise, bir başka deyişle bir olayın ortaya çıkması mevcut bir olayın meydana gelmesiyle kolaylaşırsa ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre ikincisinin nedeni sayılır²⁴.

Uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığı araştırılırken eylemin zarar doğuran sonucun zorunlu bir şartı olup olmadığı incelenmelidir. Uygun illiyet bağının varlığına kanaat getirildikten sonra eylemin zarar doğuran sonucun uygun sebebi olup olmadığı irdelenmelidir. Bu irdeleme yapılırken de eylemin, zararın oluşmasını önemli derecede kolaylaştırıp kolaylaştırmadığı ya da zararın gerçekleşme olasılığını önemli derecede artırıp artırmadığına bakılmalıdır²⁵.

Örneğin A, spor aletleri satan B’den beyzbol sopası satın alarak C’yi sopayla yaralar. İlk bakışta B, A’ya beyzbol sopası satmasaydı A’nın C’yi yaralamayacağı sonucu çıkarılabilir. Ancak B’nin A’ya beyzbol sopası satması, A’nın C’yi beyzbol sopasıyla yaralamasına sebep olsa da görünüşte illiyet bağının olduğu kabul edilse bile bu bağ uygun bir nitelik taşımaz. Zira B, yaptığı işin niteliği gereği spor aletleri satmaktadır. A, amacını gerçekleştirmek için B ile sınırlı olmayıp spor aletleri satan başka bir yerden bu ihtiyacını temin edebilir. Dolayısıyla işinin gereğini yapan B, A’ya beyzbol sopası sattı diye bu olaydan sorumlu tutulamaz.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Mütecavizin davranışı hayatın olağan akışına göre hak sahibinin zarara uğramasına uygunsa illiyet bağının mevcut olduğu kabul edilir²⁶.

²³ Tandoğan, s. 76 vd; Oğuzman ve Öz, s. 45 vd; Eren, s. 607 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 567; Reisoğlu, s.175; Haksız fiil sorumluluğunda illiyet bağının ayrıntılı bir şekilde incelendiği güncel bir makale için bkz. Kübra Yıldız, “Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 30, S. 3, (2022), s. 1115-1158.

²⁴ 4. HD, 13.09.1988, 4147/7408, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2023].

²⁵ 4. HD, 15.03.1993,11451/2534, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

²⁶ Uzunallı, Marka, s. 201; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 320; Yasaman, Şerh, s. 3055; Taşkın, s. 116.

Marka hakkına tecavüz eyleminden zarar gören, uygun illiyet bağının oluştuğuna ilişkin yeterli dayanak noktalarını göstermesi gerekir. Bunun için zarar ile eylem arasındaki illiyet bağının dolaylı olması yeterlidir²⁷. Yeter ki bu bağ “uygun” olsun.

III. Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Tazminat Davaları ile Haksız Kaynaklanan Tazminat Davaları

A. Genel Olarak

Uygulamada genellikle, markası tecavüze uğrayan hak sahibinin açacağı tazminat davalarında SMK hükümlerinin yanında TTK’nin haksız rekabet hükümlerine de dayandığı görülmektedir. TTK m. 54/2 uyarınca rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır. Bu nitelikteki eylemler haksız rekabet teşkil eder.

Marka hakkına tecavüz eylemi bir haksız fiil niteliğinde olmasının yanı sıra, haksız rekabet çatısı altında değerlendirilebilir. Örneğin tescilli bir markayı hak sahibinin rızası olmadan iltibasa yol açacak şekilde kullanan kişi, SMK kapsamında korunan marka hakkını ihlal etmiştir. Bunun yanında iltibas eylemi, TTK m. 55/1- (a) bendinin dördüncü alt bendi uyarınca başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak suretiyle haksız rekabet teşkil eder. Dolayısıyla böyle bir durumda failin tek bir hareketi ile iki farklı hukuk normu ihlal edilmiştir.

Bu durumda SMK’nin mi, yoksa SMK ile birlikte TTK’nin birlikte mi uygulanacağı tartışmalıdır. Bu konuya ilişkin farklı görüşlere ve kanaatimize ilerleyen başlıkta yer verilmiştir. Uygulanacak norm sorununa ışık tutabilmesi için bu davaların birbirinden farklılık arz eden yönlerinin üzerinde durulması önem arz eder.

²⁷ Uzunallı, Markanın Korunması, 356; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 320; Yasaman, Şerh, s. 3091.

B. Davaların Farklılık Arz Eden Yönleri

1. Amaç Yönünden

Öncelikle anılan iki dava ile sağlanmak istenen amaç birbirinden farklıdır. Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarında amaç, temelde marka sahibinin markası üzerindeki hakkının korunmasıdır. Oysa haksız rekabette güdülen gaye, TTK m. 54/1’de değinildiği üzere bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır²⁸.

Bu açıdan marka hukuku ile karşılaştırıldığında, haksız rekabette korunmak istenen menfaat kesiminin daha geniş ve temelde rekabeti sağlama odaklı olduğu sonucuna varılabilir.

2. Davacı Sıfatı Yönünden

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarını açma yetkisi esasında tescilli marka hakkı sahibine aittir. Kural olarak markası tescil edilmemiş kişinin SMK’nin ilgili hükümlerine dayanarak tazminat davalarını açma hakkı yoktur. Buna karşılık, haksız rekabetten doğan tazminat davalarını, haksız rekabet nedeniyle müşterileri, kredisi, mesleki itibarı, ticari faaliyetleri veya diğer ekonomik menfaatleri zarar gören veya zarar görme tehlikesiyle karşılaşabilecek olan kişi açabilir.

Bir diğer ifadeyle, ekonomik menfaatinin zarar gördüğünü veya zarar tehlikesini ortaya koyabilen kişi, TTK’nin haksız rekabet hükümlerine dayanarak tazminat davasını açabilir. Görüldüğü üzere, SMK’nin aksine TTK’de dava açabilecek kişilerin oluşturduğu kapsam çok daha geniş bir kitleyi içine almaktadır.

3. Tazminatın Hesaplanması Yönünden

TTK m. 56’da hâkimin, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebileceği öngörülmüştür. Bu açıdan anılan

²⁸ 6102 sayılı TTK Gerekçesi (m.54); Uzunallı, Markanın Korunması, s. 514.

hüküm, SMK m. 151/2- (b) bendinde yer alan hesaplama yöntemi olan mütecavizin elde ettiği net kazanca benzemektedir.

Ancak SMK m. 151/2’de hak sahibine, yoksun kalınan kazancın hesaplanması için yalnız bu imkân değil, bunun yanında iki hesaplama yöntemi daha öngörülerek, talebini buna göre belirlemesi istenmiş ve tazminatın belirlenmesi yolu kolaylaştırılmıştır.

4. Zamanaşımı Yönünden

Söz konusu tazminat davaları, zamanaşımı süreleri yönünden de birbirinden ayrılır. SMK m. 157, sınai mülkiyet hakkından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde TBK’ye ilişkin zamanaşımı hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. SMK’nin atfıyla TBK’ye gidildiğinde tecavüz eylemine haksız fiile uygulanan zamanaşımı hükümlerinin uygulanması gerekir. TBK m. 72/1 uyarınca, hak sahibinin tazminat talebine ilişkin zamanaşımı süresi, zararı ve tazminat yükümlüsünü (mütecavizi) öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her hâlde eylem tarihinden itibaren on yıldır²⁹.

Haksız rekabetten doğan tazminat davalarında ise TTK m. 60 yol göstericidir. Bu madde uyarınca dava hakkı olan tarafın tazminat talebine ilişkin zamanaşımı süresi, hakkın doğumunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan başlayarak üç yıldır. Dolayısıyla davacının, zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her hâlükârda haksız rekabet teşkil eden fiilden itibaren üç yıl içerisinde tazminat davasını açması gerekir³⁰. Haksız rekabet fiili aynı zamanda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)³¹ gereğince daha uzun dava zamanaşımı süresine tabi olan cezayı gerektiren bir fiil niteliğinde ise, bu süre tazminat davaları için de geçerli olur.

Görüldüğü üzere TTK’de düzenlenen bir ve üç yıllık zamanaşımı süresi ile SMK’nin TBK’ye atıf ile düzenlediği iki ve on yıllık süre karşılaştırıldığında belirgin bir süre farkının olduğu açığa çıkmaktadır.

²⁹ TBK m.72/1 son cümle saklıdır.

³⁰ Nedret Füsün Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), s. 462-463.

³¹ RG. 12.10.2014, S. 25611.

5. Görev Yönünden

Tecavüzden doğan tazminat davaları ile haksız rekabetten kaynaklanan davaların görüleceği mahkemeler birbirinden farklılık arz etmektedir. Haksız rekabetten doğan davalar kural olarak asliye ticaret mahkemelerinde görülürken, tescilli marka hakkına tecavüzden doğan davalar fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde (FSHHM) görülür.

Davacının tescilli marka hakkı sahibi olması ve marka hakkına tecavüz eyleminin söz konusu olması durumunda, eylem aynı zamanda haksız rekabet teşkil etse bile açılacak tazminat davasında görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olan FSHHM olacaktır³².

6. İtibar Tazminatı İmkânı Yönünden

Tecavüzden kaynaklanan tazminat davalarında maddi, manevi ve şartlarının oluşması halinde ayrıca itibar tazminatı talep edilebilirken, TTK’de bu kapsamda itibar tazminatı olarak ayrıca istenebilen bir tazminat öngörülmemiştir.

C. Eylemin Haksız Rekabet ve Marka Hakkına Tecavüz Hükümlerini Birlikte İhlal Etmesi Durumunda Uygulanacak Norm Sorunu

Haksız rekabet eylemleri, TTK m. 55’te, örnekleyici biçimde sayılmıştır. Başkalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek, başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak, başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak gibi eylemlerin haksız rekabet teşkil edeceği düzenlenmiştir.

Sınai mülkiyet haklarından olan marka hakkı, kanun metninde geçen iş ürünü kavramına dahildir³³. Dolayısıyla marka hakkı, esasen haksız rekabet hukukunun

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Dördüncü Bölüm, V numaralı başlık.

³³ Nedret Füsun Nomer Ertan, “Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Haksız Rekabet İlişkisi (Fikrî ve Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Durumunda Haksız Rekabet Hükümlerine Başvurmak Mümkün Müdür?)”, *Fikrî Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı: Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Hakkında*

uygulama alanına girmektedir³⁴. TTK m. 55'te sayılan bu haller her ne kadar haksız rekabete örnek olarak gösterilse de zikredilen bu tür eylemler neticesinde marka hakkına tecavüzün oluşması neredeyse kaçınılmazdır.

Marka hakkına tecavüz özelinde haksız rekabet hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce, tescilsiz markanın SMK korumasından kural olarak yararlanamayacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla tescil edilmemiş marka, SMK kapsamında korunamasa da genel hükümler kapsamında TTK'nin haksız rekabet hükümlerine göre korunabilir³⁵.

Tescilli markanın SMK ve TTK korumasından birlikte yararlanıp yararlanamayacağı, öğreti ve Yargıtayın bu konuya ilişkin görüşleri, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin (MarKHK)³⁶ dönemi ve SMK dönemi olarak iki başlık altında incelenmiştir.

1. Mülga MarKHK Dönemi

Mülga MarKHK döneminde kabul edilen yaygın görüşe göre, usulüne uygun olarak tescil edilmiş sınai mülkiyet hakları, hem özel düzenlemeler hem de haksız rekabet hükümleri kapsamında korunabilir. Öğretide bu durum, kümülatif koruma olarak adlandırılmaktadır³⁷.

Karşılaştırmalı Perspektifler, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin, Banu Fatma Günarslan, Zehra Karagözlü, (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2023), s. 5.

³⁴ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, 2019), s. 357-358; Arkan, Marka, s. 225; Nomer Ertan, s. 5

³⁵ Nomer Ertan, *Haksız Rekabet İlişkisi*, s. 14; Arkan, Marka, s. 225; Arkan, *Ticari İşletme*, s. 358; Ayhan, Çağlar, Yıldız, İmirlioğlu, s. 47 ve 93; Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, Nedret Füsün Nomer Ertan, *Ticari İşletme Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019), s. 462; Fatma Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), s. 59; Tescilsiz sınai ürünlerin haksız rekabet hükümleriyle korunmasının iltibasın varlığına bağlı ve bununla sınırlı olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Cahit Suluk, "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, c. 15, (2014/1), s. 188.

³⁶ RG. 27.06.1995, S. 22326.

³⁷ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012), s. 37; Kaya, s. 230; Mehmet Emin Bilge, *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), s. 42-43; Feyzan Hayal Şehirli Çelik, *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014), s. 116 vd. Kümülatif koruma ilkesi uygulanırken genel hüküm-özel hüküm ilişkisinin göz önüne alınması gerektiği yönünde bkz. Suluk, s. 187; Karaman Odabaşı, s. 63.

Bu itibarla tescilli bir hak söz konusu olsa dahi şartlarının bulunması kaydıyla, haksız rekabet hükümleri özel düzenlemelerin yanında doğrudan ve birinci derecede uygulanabilir. Dolayısıyla hak sahibi, hem özel düzenlemelere hem de haksız rekabet hükümlerine dayanarak hakkının korunmasını talep edebilir³⁸.

Öğretide kümülatif korumanın gerekçelendirilmesinde fikri mülkiyet mevzuatına dair özel hükümler ile haksız rekabet hükümlerinin koruma konusunun farklı olduğunun altı çizilmektedir. Gerçekten marka hukukunun konusunu, marka üzerindeki haklar ile marka sahibinin menfaatlerinin korunması oluşturmaktadır. Haksız rekabet hukukunun konusunu ise dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emek teşkil etmektedir³⁹.

Öğretideki diğer görüş ise SMK ile TTK’de yer alan hükümlerin özel hüküm- genel hüküm ilişkisi yarattığını belirterek, özel hüküm olan SMK’nin öncelikle uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁴⁰.

Yargıtayın bu dönemde verdiği kararlarda, öğretideki belirttiğimiz ilk görüş olan kümülatif korumayı esas alan görüşe paralel olarak, marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda haksız rekabet kurallarının da ihlal edildiği kabul edilerek kümülatif koruma kapsamında bir değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır⁴¹.

2. SMK Dönemi

SMK’nin yürürlükte olduğu günümüzde öğretideki ağırlık görüş, mülga MarKHK döneminde kabul edilen kümülatif koruma görüşünü sürdürmektedir⁴².

³⁸ Suluk, s. 186-187.

³⁹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 37; Nomer Ertan, Haksız Rekabet İlişkisi, s. 11; Hamdi Yasaman, Reha Poroy, Ticari İşletme Hukuku, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), s. 364.

⁴⁰ Dilek Cengiz, *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995), s. 51; Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s. 218. Tescil edilmemiş bir fikri mülkiyet hakkının haksız rekabet kapsamında korunabileceği, buna karşın tescilli hakkın ise ancak özel düzenlemeler kapsamında korunabileceğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Nomer Ertan, Haksız Rekabet, s. 180 vd.

⁴¹ 11. HD, 14.12.2005, 14760/12302; 11. HD, 12.12.2013, 14537/22776; 11. HD, 06.06.2013, 7703/11806; 11. HD, 02.07.2014, 18035/12710; 11. HD, 29.02.2016, 7611/2173, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

⁴² Ali Bozer ve Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021), s. 245; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), s. 38, 48; Nihal Çınar Karabağ, *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız*

Öğretideki aksi görüş ise kümülatif koruma prensibinin uygulanmasını isabetli bulmamaktadır. Bu görüşe göre özel kanun-genel kanun ayrımı çerçevesinde TTK'nin değil SMK'nin ilgili hükümlerinin uygulanması gerekir. Sınai mülkiyet haklarının düzenlendiği özel hüküm niteliğinde olan SMK, sadece bu hakların hangi şartlar kapsamında tescil edileceğini değil, aynı zamanda hangi şartlar altında ve ne kadar süre ile korunacağını da hüküm altına almıştır. Kanun, bu hakların ihlali durumunda hak sahibinin hangi talepleri hangi şartlarla öne sürebileceğini de göstermiştir. Bu itibarla, anılan görüş uyarınca tescilli bir marka hakkına tecavüz ve bundan kaynaklanan taleplerde özel kanun niteliğinde olan SMK uygulanmalıdır⁴³.

Konuya ilişkin Yargıtay 11. HD, 14.03.2022 tarihli kararında, üçüncü kişiler tarafından tescilli bir markanın benzerinin kullanılması durumunda sadece özel düzenleme olan SMK'nin uygulanabileceğini, haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanamayacağını belirtmiştir. Kararda markaların kendi özel yasası niteliğindeki SMK hükümleriyle korunmasının yanında, TTK'nin haksız rekabet hükümleriyle de korunmasına gerek olmadığına işaret edilmiştir. Dairenin bu konudaki eski içtihatlarını sürdürme imkânı kalmadığı belirtilerek kümülatif koruma prensibinin artık Yargıtay kararlarında uygulanmayacağı vurgulanmıştır⁴⁴.

Mülga MarKHK döneminde Yargıtay 7. CD'nin verdiği bir karar da kümülatif korumaya karşıdır. Kararda, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 Sayılı Markalar Kanunundaki düzenlemeyle korunan ortak değer marka kullanma hakkından doğan haklar olduğu, marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurlarının her iki düzenlemeye de aynı olduğu belirtilmiştir. Daireye göre iki yasa birlikte uygulanamayacağından, yasa

Rekabet ve Yaptırımları, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 44; Yasaman/Poroy, s. 366; Diren Şahin Sipahioğlu, "Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiler", (Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019), s. 34.

⁴³ Nomer Ertan, Haksız Rekabet İlişkisi, s. 15. Öğretide iki görüşe de benzer yönler taşıyan bir diğer görüş, marka hakkının ihlali gerekçesiyle açılan bir davada kural olarak özel hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Bununla beraber, açılacak davada genel hükümler veya genel hükümlerle birlikte özel hükümler bir arada dayanak gösterilebilir. Bu halde mahkeme kararında hangi hükmün gerekçe verildiğinin açıkça belirtilmesi gerekir. Bir başka deyişle gerekçede özel hükümlerin mi genel hükümlerin mi esas alındığı açık bir biçimde gösterilmelidir. Görüş için bkz. Bozgeyik, s. 192.

⁴⁴ Kararın bir bölümünde TTK m. 55/1- (a) bendinin 4 numaralı alt bendinin gerekçesine atıf yapan yüksek mahkeme, kanun koyucunun bilinçli bir şekilde, kanun metninde "ad, ünvan ve marka" kavramlarına yeni düzenlemeye yer vermediğine dikkat çekmiştir. Kararda, anılan kavramlara kanun metninde yer verilmesine gerek olmadığı, bunların zaten kendi özel yasalarında korunduğu belirtilmiştir. Anılan kavramların bir yandan TTK'nin haksız rekabet hükümleriyle de korunmasına gerek olmadığı ve yorum güçlüklerine yol açacağına vurgu yapılmıştır. Karar için bkz. 11. HD, 14.03.2022, 5189/1852, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

çatışması kuralları uyarınca yürürlük tarihi diğerine göre daha sonra olan 551 Sayılı Markalar Kanundaki düzenlemenin TTK'nin ilgili hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırdığı ifade edilmiştir⁴⁵.

Her ne kadar Yargıtay, 14.03.2022 tarihli kararında konuya dair içtihadını değiştirdiğini ifade etse de 28.12.2022 tarihli kararı ile kümülatif koruma ilkesini tekrar benimsediği anlaşılmaktadır⁴⁶. Kararda, haksız rekabete dayanan hukuki koruma sisteminin, marka hakkına dayanan hukuki koruma sistemiyle birlikte kümülatif olarak uygulanmasının, hak sahibine daha geniş kapsamda ve alternatifli koruma sağlayacağı, hak sahibinin markaya dayanan menfaatlerini en üst seviyede korunmasına hizmet edeceği vurgulanmıştır. Kümülatif korumayı savunan yazarlara atıf yapılan kararda, haksız rekabet kaynaklı taleplerin fikri haklar korumasından bağımsız olarak ileri sürülebileceği, korumanın şartları bulunduğu takdirde haksız rekabet kurallarının fikri mülkiyet hukukuna ilişkin kuralların yanında doğrudan ve birinci dereceden uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir⁴⁷.

Öğretideki farklı yorumların marka hakkına tecavüz ve tecavüzden doğan tazminat talepleri bakımından değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Bunun için ihtilafa konu markanın tescilli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmalıdır.

Uyuşmazlığa konu edilen bir marka Türk Patent nezdinde tescil edilmemişse ve bu markaya dayanılarak tecavüzünden kaynaklı bir tazminat talebi ileri sürülüyorsa bu halde haksız rekabet hükümlerine dayanılabilir. SMK m. 7/1 uyarınca SMK ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. Dolayısıyla tescilsiz bir markanın tecavüze uğraması durumunda hakkı ihlal edilen kişi, SMK'ye değil, TTK m. 54 vd. düzenlenen haksız rekabet hükümlerine dayanarak zararının giderilmesini talep edebilir. Tecavüzün gerçekleştiği, zararın ve kusurun bulunduğu ispat olunursa hâkim, şartlarının bulunması halinde TTK m. 56/1- (d) ve (e) uyarınca maddi ve manevi tazminata hükmedebilir. Tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.

Uyuşmazlığa konu marka, Türk Patent nezdinde tescilli ise ve bu markaya dayanılarak tecavüzden kaynaklı bir tazminat talebi ileri sürülüyorsa bu halde SMK

⁴⁵ 7. CD, 23.02.2009, 14317/2264, www.legalbank.net [ET.16.03.2024].

⁴⁶ 11. HD, 28.12.2022, 4883/9613, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

⁴⁷ Yargıtayın aynı yıl içinde değiştirdiği içtihadından dönmesi eleştiriye açıktır. Yüksek mahkemenin aynı yıl içinde verdiği çelişkili kararları uygulamayı yönlendirme açısından problem oluşturabilecektir.

hükümlerine dayanılabilir. Nitekim SMK'de markaya ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Bu kanunda marka hakkı ve kapsamı belirlenmiş, hakkı ihlal edilen marka sahiplerine çeşitli imkânlar öngörülmüştür. Marka hakkına tecavüz ve tecavüzden doğan tazminat talepleri, ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Dolayısıyla tescilli bir markanın tecavüze uğradığı ve bundan kaynaklanan tazminatın talep edildiği bir uyuşmazlıkta dayanılması gereken hükümlerin kaynağı SMK'dir.

TBK m. 60 uyarınca, hâkim, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermelidir. TTK'nin haksız rekabet hükümleri ile kıyaslandığında SMK, hakkı tecavüze uğrayan marka sahibine, zararının giderilmesi için geniş imkânlar sağlamıştır. Maddi ve manevi tazminatın yanında itibar tazminatı, yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemleri, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun payın eklenmesi, kanun koyucu tarafından hak sahibine tanınan ve zararının en iyi ve etkili şekilde giderilmesini amaçlayan hükümlerdir. Dolayısıyla tescilli bir markaya tecavüz ve tecavüzden kaynaklı tazminat taleplerinde mahkemece SMK'nin ilgili hükümleri nazara alınarak bir karar verilmeli; TTK'ye başvurulmamalıdır. Çünkü TTK'nin haksız rekabet hükümleri de dikkate alınarak girişilecek kümülatif bir uygulama biçimi, farklı amaç ve koruma şartlarına tabi hükümlerin birlikte uygulanmasını gerektirir⁴⁸.

Bu durum ise yargılama sürecini etkileyebilir. Uygulanacak hükümlerin belirli olmamasına neden olarak keyfi uygulamaların önünü açabilir. Özellikle TTK'nin haksız rekabet hükümlerini uygulayacağına kanaat getiren görevli olmayan mahkemelerin davaya bakmasına yol açabilir. Sonradan verilecek görevsizlik kararı ile davaların sürüncemede kalması ve yargılamanın uzun sürmesi durumu ortaya çıkabilir.

Öte yandan tescilli marka sahibinin, SMK hükümleri dururken TTK hükümlerinde dayanarak buna göre tazminat talep etmesinde hukuki menfaati bulunmamaktadır. Zira hak sahibine tanınan SMK koruması TTK'ye nazaran çok daha geniş kapsamlıdır⁴⁹.

Sonuç olarak tescilli marka hakkına tecavüzün ve bu tecavüzden kaynaklanan tazminat taleplerine, bu ihtilafa ilişkin özel hükümleri barındıran SMK'nin ilgili hükümleri uygulanmalıdır. Öğretide mülga MarkHKH döneminden beri süregelen kümülatif uygulama görüşü terk edilmelidir. Bu sayede mahkemece SMK'nin ilgili

⁴⁸ Nomer Ertan, Haksız Rekabet İlişkisi, s. 15.

⁴⁹ Nomer Ertan, Haksız Rekabet İlişkisi, s. 15.

hükümleri uygulanarak hak sahibi lehine en iyi giderim imkânı sağlanmış olacak, somut olaya göre belirlenecek tazminat daha etkin bir şekilde tayin edilmiş olacaktır. Bunun yanında, yargılamada ortaya çıkabilecek uygulanması gereken hukuk normu konusunda karışıklık ortadan kalkmış olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT DAVALARINA İLİŞKİN ÖZEL TALEPLER

I. Genel Olarak

Tazminat davalarını incelemeye geçmeden önce konu bütünlüğünün sağlanması açısından marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibine tanınan birtakım imkânların incelenmesi önem arz etmektedir. Gerçekten kanun, hakkı ihlal edilen marka sahibine, yargılama aşamasından önce veya bu aşamada söz konusu olabilen bazı kolaylıklar sağlamıştır. Bu sayede, marka hakkı zedelenen veya tehlikeye giren hak sahibi, bu imkânları kullanarak önceden tedbir alabilir, tecavüz fiilinin önüne geçebilir ya da tecavüz fiilinden uğradığı zararı asgari seviyeye indirebilir.

Çalışmamızın bu bölümünde tecavüzden doğan tazminat davalarıyla sıkı bir ilişki içinde olan SMK m. 150/3, 159, 149/1- (e), (f) ve (g) hükümlerine ayrı başlıklar altında değinilmiştir. SMK m. 150/3 uyarınca hak sahibi delil tespiti isteminde bulunabileceği gibi mahkeme kanalıyla mütecavizden marka hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin istenilmesini de talep edebilir.

SMK m. 159 hükmü doğrultusunda hak sahibi, kanunda aranan şartların yerine getirilmesi kaydıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. İhtiyati tedbir kararı ile hak sahibinin marka hakkına yapılan tecavüzün elden geldiğince en hızlı ve etkin şekilde durdurulması sağlanmaya çalışılır.

Bölümün devamında SMK m. 149/1- (e), (f) ve (g) bentlerinde düzenlenen, hak sahibinin açacağı tazminat davasında mahkemeye yöneltebileceği talepler incelenmiştir. Bunlar sırasıyla, el konulan ürünler ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkı tanınması talebi, tecavüzün devamını önlemeye yönelik tedbirler, özellikle ürünlerin şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markanın silinmesi veya imhası talebi ve kararın ilgililere tebliği ile kamuya ilan yoluyla duyurulması talebidir.

II. SMK m. 150/3 Kapsamında Hak Sahibine Tanınan Hukuki İmkânlar

Klasik haksız fiillerle kıyaslandığında bir sınai mülkiyet hakkının ihlali durumunda meydana gelen zarar ve bu zararın ispatı daha güçtür. İşte bu nedenle kanun koyucu, hak sahibine ispat kolaylığı sağlamak açısından SMK m. 150/3 hükmünü öngörmüştür⁵⁰.

Anılan hüküm uyarınca hak sahibi, tazminat yükümlüsünden dava aşamasından önce delillerin tespit edilmesini talep edebilir. Bunun yanında hak sahibi, zararının hesaplanabilmesi için karşı tarafın birtakım belgeleri sunması konusunda mahkemece karar verilmesini isteyebilir.

Talepleri incelemeye geçmeden önce maddede geçen tazminat yükümlüsü tabirinin yerinde bir adlandırma olmadığını belirtmek gerekir. Zira ortada derdest bir dava varken ve hatta dava dahi açılmamışken bir tarafın tazminat yükümlüsü olarak anılması hukukun genel ilkelerine sığmaz. Bu adlandırma yerine “sınai mülkiyet hakkı ihlal ettiği ileri sürülen kişi” şeklinde bir tabirin kullanılması kanun dili açısından daha doğru bir ifade olurdu⁵¹.

A. Delillerin Tespiti Talebi

Hak sahibi, SMK m. 150/3 uyarınca, marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davası açmadan önce delillerin tespitini mahkemeden talep edebilir. Hak sahibi, marka hakkına tecavüze ilişkin keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık ifadesi alınması gibi işlemleri tazminat davasını açmadan önce yapılmasını mahkemeden talep edebilir. Kanunda açıkça belirtilmese de akla ve mantığa uygun tüm deliller, delil tespitine konu edilebilir⁵².

Hak sahibi tecavüz sebebiyle açacağı dava öncesinde, ihlale ilişkin ürünün temini ve muhafazası, fotoğrafının çekilmesi, ürün veya hizmet reklam araçlarının tespiti, internet vasıtasıyla gerçekleşen tecavüzlerin tespit edilmesini delil tespiti kanalıyla talep edebilir⁵³.

⁵⁰ Yasaman, Şerh, s. 3064.

⁵¹ Çolak, s. 853.

⁵² Leyla Aslan Akyol, *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), s. 31; Serdar Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 270-271.

⁵³ Kale, s. 271.

Öncelikle delil tespiti ile marka hukukundaki tespit davasının birbirinden farklı olduğu belirtilmelidir. Tespit davası, bir hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun belirlenmesi için açılan bir dava türü iken delil tespiti, süregelen veya ileride açılacak bir davada kullanılacak delillerin tespit edilmesi amacına hizmet eder⁵⁴.

Delil tespitine ilişkin düzenlemeler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)⁵⁵ 400 vd. maddelerinde yer almaktadır. Delil tespiti ile, tahkikat aşamasında incelenecek olan deliller, birtakım şartların bulunması durumunda, önceden toplanarak güvence altına alınır. Böylece delillerin ispat gücünü kaybetmesi önlenir⁵⁶. İşte marka hakkı sahibi de delil tespiti talebiyle, ileride açacağı esas tespit ve/veya tazminat davasıyla ilgili delillerin önceden toplanarak güvence altına alınmasını isteyebilir. Aksi halde henüz dava aşamasına gelinmemiş olsa dahi müteceviz, delil karartma veya yok etme gibi eylemlere girişebilir. Böyle bir durum ise hak sahibinin ileri süreceği tecavüz ve/veya tazminat talebinin somut dayanaklarının ortadan kalkmasına neden olabilir.

Hak sahibinin delil tespitini isteyebilmesi için bu isteme ilişkin hukuki yararının varlığı gerekir. Tazminat davası açmada hukuki yararı bulunmayan hak sahibinin soyut ve dayanaktan yoksun delil tespiti istemi reddedilir. Hak sahibi, bu sıfatını ve hakkına tecavüz edildiğini veya tecavüz tehlikesinin ihtimal dahilinde olduğunu yaklaşık olarak ispat (mukarine ispat) edebilirse, korunmaya değer hukuki yararının bulunduğu kabul edilecektir⁵⁷.

HMK m. 400/2 c. 2 hükmü, hak sahibine hukuki yararın ispatı bakımından kolaylık getirmektedir. Anılan hüküm uyarınca yasada açıkça öngörülen haller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi durumunda kaybolacağı veya öne sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı muhtemel ise hukuki yarar var sayılır.

HMK m. 400 vd. maddelerinde bir usul imkânı olarak karşımıza çıkan delil tespiti kurumuna SMK m. 150/3'te ayrıca yer verilmiştir. Bu kuruma özel kanun çatısı altında da yer verilmesi, kanun koyucu tarafından hak sahibinin korunduğunun bir göstergesidir. SMK'de söz konusu hüküm yer almamış olsaydı, hak sahibi delil tespiti isteminde yine bulunabilirdi. Zira tecavüzden doğan tazminat davaları genel usul hükümlerine tabi

⁵⁴ Kale, s. 268.

⁵⁵ RG. 4.2.2011, S. 27836.

⁵⁶ Birce Arslandoğan, *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 233-234.

⁵⁷ Kale, s. 269.

olduğundan hak sahibi, dava açmadan önce HMK m. 400 doğrultusunda delil tespitini her hâlükârda isteyebilme imkânına sahiptir.

Hak sahibi, delil tespiti talebini HMK m. 401/1 uyarınca esas hakkındaki davaya bakacak mahkemeden veya üzerinde keşif yahut bilirkişi incelemesi yapılacak şeyin bulunduğu veya tanık olarak dinlenilecek kişinin oturduğu yer sulh mahkemesinden isteyebilir. Dava açıldıktan sonra yapılacak her türlü delil tespiti talebi ise HMK m. 401/4 gereği davanın bakıldığı yetkili ve görevli mahkemeden istenebilir⁵⁸.

Delil tespiti vasıtasıyla mütecaviz eyleminin tecavüz teşkil edip etmediğinin mahkemece araştırılması ve bu yönde bir hukuki değerlendirme yapılması mümkün değildir. Uygulamada yöneltilecek böyle talepler mahkemece reddedilmelidir⁵⁹. Zira delil tespitinin konusunu, maddi vakıaların, ispat araçları yoluyla usule uygun, doğru zamanda ve hızlı bir biçimde tespit edilmesi ve bu tespitin muhafaza edilmesi oluşturmaktadır⁶⁰.

B. Mahkeme Kanalıyla Tazminat Yükümlüsünden İlgili Belgelerin İstenilmesi Talebi

Marka hakkı sahibi açacağı tazminat davası ile marka hakkına tecavüz sonucunda uğradığı zararın tazminini ister. Ancak bu zararın tam olarak belirlenebilmesi çoğu zaman güçtür. Bunun için kanun koyucu SMK m. 150/3 uyarınca hak sahibine, mahkemeden sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep etme imkânı tanımıştır⁶¹. Talebin kabul edilmesi ve karşı tarafça belgelerin ibraz edilmesi durumunda, tazminat daha isabetli hesaplanabilecektir.

⁵⁸ Kale, s. 272.

⁵⁹ Çolak, s. 829-830.

⁶⁰ Arslandoğan, s. 234.

⁶¹ Hak sahibinin marka ile ilgili belgelerin tazminat yükümlüsünden talep edebilme imkânı, 29 Nisan 2004 Tarih ve 2004/48/AT Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifinin bilgi edinme hakkı başlıklı 8. maddesinde düzenlenen bilgi hakkının bir yansımasıdır. Direktif için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29>. Türkçesi için bkz. https://www.ab.gov.tr/files/ceb/Fasil_7_Fikri_Mulkiyet_Hukuku/32004l0048.doc, [ET.16.03.2024].

Kanun koyucu tarafından öngörülen bu düzenleme, usul hukukumuzda Roma hukuku kaynaklı bir ilke olan *memo contra se edere tenetur*⁶² (kişi kural olarak kendi aleyhine olan belgeleri ibraz etmekle mecbur tutulamaz) ilkesinin istisnasını teşkil etmektedir⁶³. Bu hüküm gereğince mahkemenin ilgili belgelerin sunulmasına karar vermesi halinde muhatabın kendi aleyhine sonuç doğuracak belgeleri dahi mahkemeye ibraz etmesi gerekecektir.

Hak sahibinin mahkeme aracılığıyla mütecavizden ibraz edilmesini isteyebileceği deliller öncelikle “belge” vasfını haiz olmalıdır⁶⁴. Belge, HMK m. 199’da geniş bir anlama sahiptir. Buna göre ihtilaf konusu olayları ispata yarayan yazılı veya basılı metin, senet gibi veriler, elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge kavramına dahildir.

Anılan hüküm lafzi olarak yorumlandığında mahkemeden ibrazı talep edilecek belgelerin sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili olması gerektiği sonucuna ulaşılır. Bunun yanında bu tür belgeler zarar miktarının belirlenebilmesine yarar belgelerden olmalıdır⁶⁵. Özetle hak sahibi, zarar miktarının belirlenmesine fayda sağlamayan ve markanın kullanılmasına ilişkin olmayan belgelerin ibrazını isteyemez.

Maddede geçen sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin ne olduğuna ilişkin kanun metninde bir açıklık bulunmamaktadır. Hak sahibince mahkemeden ibrazı istenecek belgelerin SMK m. 150 uyarınca tazminatın tayininde kullanılacak her türlü delili kapsadığı kabul edilmelidir⁶⁶. Ticari defterler, faturalar, fatura benzeri kayıtlar, gümrük muhasebe kayıtları, sipariş fişleri, irsaliye evrakı, müşteriler, dağıtıcılar ve lisans alanlar başta olmak üzere ilgili kişilerle yazışmalar, ünvan ve adrese ilişkin kayıtlar bu belgelere örnek olarak verilebilir⁶⁷.

⁶² Usul hukukunda belgelerin ibrazı zorunluluğuna ilişkin bkz. Güray Erdönmez, *Medenî Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014).

⁶³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 503; Taşkın, s. 125.

⁶⁴ Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), s. 518.

⁶⁵ Karan ve Kılıç, s. 518; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504; Çolak, s. 776; Taşkın, s. 126.

⁶⁶ Coşku Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), s. 74; Yasaman, Şerh, s. 3064.

⁶⁷ Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), s. 538; Çolak, s. 853; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 503; Karan ve Kılıç, s. 518.

SMK m. 150/3 uyarınca mahkemeden belgelerin ibrazı talebini öne sürebilecek kişiler, markası tecavüze uğrayan hak sahibi ve dava açma yetkisi bulunduğu hallerde lisans alandır.

III. İhtiyati Tedbir Talebi

A. Genel Olarak

Genel hukuk yargılamasına nazaran marka hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda ihtiyati tedbir kararı daha kolay ve hızlı verilebilmektedir. Zira bu tür davalara konu hakların ömrü kısadır ve hızlı zarar görme tehlikesiyle karşı karşıyadır⁶⁸. İhtiyati tedbir talebi, içeriği ve genel koşullarıyla HMK’de düzenlense de kanun koyucu, SMK m. 159’da sınai mülkiyet haklarına özel olarak ihtiyati tedbir talebi ve bu talebin niteliğine ilişkin hükümler öngörmüştür. Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde HMK 389 vd. maddeleri uygulanır.

SMK m. 159/1 uyarınca tazminat davası açma hakkına sahip kişilerin, mahkemeden verilecek hükmün etkinliğini sağlamak üzere ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmeleri için, davaya konu kullanımın, ülke içinde⁶⁹ marka hakkına tecavüz oluşturacak şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmeleri gerekir⁷⁰.

Ciddi ve etkin çalışma ifadesinden tecavüz fiilinde girişim aşamasına geçilmiş olunması anlaşılmalıdır. Tecavüz fiiline ilişkin salt düşünce açıklamasında bulunulması

⁶⁸ Nevhis Deren Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler*, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 2002), s. 7; Çolak, s. 832.

⁶⁹ Mülga MarKHK döneminde anılan maddenin karşılığı olan MarKHK m. 76/1 hükmünün ilk cümlesinde, “dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğu” şeklinde bir ifade yer almakta idi. Öğretide Arkan, MarKHK döneminde geçerli olan bu düzenlemeyi eleştirmiştir. Yazar, tecavüz fiilinin ülke içinde iç pazara sürülmeden salt ihracatının da mümkün olabileceğini bu nedenle Türkiye’de kullanılmakta olması şartının ihtiyati tedbir istenilmesi açısından aranmaması gerektiği görüşündedir. Görüş için bkz. Arkan, Marka, s. 227. Yeni düzenleme çerçevesinde SMK m. 159/1’e bakıldığında Türkiye’de kullanım yerine “ülke içinde” ibaresine yer verilerek davaya konu kullanımın ülke içinde olması şartının lafzi olarak halen aranmakta olduğu sonuca varılabilir.

⁷⁰ Serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içinde kullanılmakta olduğunun veya bu konuda yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının davacı tarafından ispatlanması gerekir. Aksi halde SMK’de öngörülen ihtiyati tedbirlere hükmedilmemelidir. Karar için bkz. 11. HD, 23.9.1999, 4928/7026, www.legalbank.net [ET.14.11.2023].

veya hak sahibinin düşündüğü soyut ihtimaller, ihtiyati tedbir talebi için yeterli kabul edilmemelidir⁷¹. Tecavüz tehlikesi salt ihtimal dahilinde kalmamalı, yakın ve ciddi bir zarar tehlikesinin bulunduğu somut emarelerin bulunduğu ispat edilmelidir⁷².

Diğer hukuk davalarına nazaran fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan davalarda ihtiyati tedbir kararlarına çokça rastlanmaktadır. Öğretide bu durumun usul uygulamasında kabul gören “davanın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir verilemez” ilkesini yumuşattığı belirtilmektedir. Nitekim düzenleme metninde “verilecek hükmün etkinliğini sağlamak üzere” ibaresinin kullanılmasının bu çıkarımın açık bir işareti olduğu kabul edilmektedir⁷³. Gerçekten, fikri mülkiyet haklarını ayrı bir hassasiyetle koruyan kanun koyucu, bu düzenleme ile ihtiyati tedbirlere ilişkin temel bir usul ilkesini esneterek öngörülen tedbirin, verilecek hükmün etkinliğine hizmet etmesini amaçlamıştır.

İhtiyati tedbirin hükmün etkinliğini sağlama fonksiyonu yerine getirilirken ölçülülük ilkesine sadık kalınmalıdır. Tedbirin geçici bir hukuki koruma olduğu ve yaklaşık ispat kurallarının uygulandığı göz önüne alınarak dikkatli ve ölçülü ihtiyati tedbir kararları verilmelidir⁷⁴. Orantılılık ilkesi gözetilmelidir. Talepten fazlasına hükmedilemeyeceği gibi karşı tarafı daha az mağdur edecek başka bir tedbirle aynı amaca ulaşmak mümkün ise daha ağır olan tedbire hükmedilmemelidir⁷⁵.

SMK m. 159/1 çerçevesinde aranan ispat, yaklaşık ispat (mukarine ispat) niteliğindedir⁷⁶. Hâkimin tedbir talep edenin bu talebinde haklı olduğuna kanaat getirmesi

⁷¹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 514; Bengül Kavlak, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi*, c. 8, Özel Sayı (2013), s. 1545; Meran, s. 545; Gönen, s. 32; Ersin Erdoğan, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, c. 3, S. 1, (2017), s. 54.

⁷² Deren Yıldırım, s. 46; Fülürya Yusufoglu Bilgin, “Patent Davalarında İhtiyati Tedbirler”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* (2013), ed. Tekin Memiş, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2015), s. 537; Mikail Bora Kaplan, *Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), s. 87-88; Yasaman, Şerh, s. 3373-3374.

⁷³ Çolak, s. 831-832; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 513. “Davanın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilemez” kuralının burada geçerli olmadığı yönünde bkz. Suluk, Karasu, Nal, s. 389.

⁷⁴ Yasaman, Şerh, s. 3374; Çolak, s. 835 vd; Kale, s. 238 vd.

⁷⁵ Suluk, Karasu, Nal, s. 389.

⁷⁶ Arkan, Marka, s. 227; Kaya, s. 302-303; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 514; Çolak, s. 833-834; Kavlak, s. 1538-1539; Meran, s. 545; Kaplan, s. 93; Yasaman, Şerh, s. 3372; Suluk, Karasu, Nal, s. 389. İstanbul BAM 44. HD, 06.10.2022, 1091/1346; İstanbul BAM 16. HD, 23.12.2022, 1818/2192; İstanbul BAM 44. HD, 16.03.2023, 440/265; İstanbul BAM 44. HD, 30.06.2022, 1015/1103, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

yeterlidir⁷⁷. Tecavüzün varlığı yaklaşık olarak ispat edilmişse artık davanın yargılamayı gerektirdiği gerekçesiyle tedbir talebi reddedilmez⁷⁸.

Öğretide bazı yazarlar ise salt tecavüzün varlığı veya tecavüz tehlikesinin söz konusu olmasının ihtiyati tedbir kararı verilmesi için yeterli olmadığını savunmaktadır⁷⁹. Buna göre HMK m. 389 kapsamında gecikmesinde sakınca bulunma veya telafisi güç yahut imkânsız bir zararın doğması koşulunun da aranması ve bu durumun yaklaşık olarak ispat edilmesi gerekir.

İhtiyati tedbir talebinde bulunmaya yetkili kişiler, marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarını açmaya yetkili olanlardır. Bu kapsamda marka sahibi, tescil başvurusu bulunan ve yayımlanan başvuru sahibi⁸⁰, aksi lisans sözleşmesinde kararlaştırılmadığı takdirde münhasır lisans alan⁸¹ ve kanuni şartlarının oluşması durumunda basit lisans alan dahi ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir⁸².

Tecavüzden doğan tazminat davasını açmaya yetkili kişi, bu davayı açmadan önce⁸³, dava ile birlikte veya dava açıldıktan sonra mahkemeden⁸⁴ ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep edebilir⁸⁵.

Teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren hallerde bilirkişiye başvurularak ihtiyati tedbirin kabul veya reddine ilişkin karar verilmelidir⁸⁶.

⁷⁷ Arkan, Marka, s. 227. Tedbir kararı için hakka tecavüz iddiasının mahkeme nazarında ciddi nitelikte olması gerektiği yönünde bkz. Çolak, s. 833.

⁷⁸ Suluk, Karasu, Nal, s. 389. Aynı yönde bkz. 11. HD, 13.11.2012, 8392/18013; 11. HD, 30.04.2013, 5646/8568, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

⁷⁹ Yusufoglu Bilgin, Patent, s. 521 vd; Kale, s. 233-234; Yasaman, Şerh, s. 3369-3370.

⁸⁰ Başvuru sahibinin ihtiyati tedbir talep etmesi durumunda tescilin henüz gerçekleşmediği nazara alınarak mahkemenin tedbir ile teminatı buna göre belirlemesi ve somut olayın şartlarına göre teminatın yüksek tutulması gerektiği yönünde bkz. Deren Yıldırım, s. 28; Kaplan, s. 58.

⁸¹ Lisans sözleşmesinde münhasır lisans alanın tecavüzden doğan dava açamayacağı kararlaştırılmış olsa dahi lisans alanın ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmesi gerektiği yönünde bkz. Arkan, s. 226.

⁸² Arkan, s. 226; Bozgeyik, s. 167-168; Kavlak, s. 1533-1534.

⁸³ HMK m. 397/1 gereği dava açılmadan önce tedbir kararı verilmesi durumunda, tedbir talep eden, kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak zorundadır. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar.

⁸⁴ HMK m. 390/1 uyarınca tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. Son halde yetkili ve görevli mahkeme SMK m. 156 doğrultusunda belirlenir.

⁸⁵ Arkan, Marka, s. 227; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 515; Uzunallı, Marka, s. 224; Bozgeyik, s. 167; Bozbel, s. 530; Suluk, Karasu, Nal, s. 389; Meran, s. 546. Tedbir talebinin dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılabileceğini öngören mülga MarKHK m. 76/2 hükmü SMK m. 159'da yer almamaktadır. HMK m. 397 uyarınca dava açılmadan önce de ihtiyati tedbir talep edilebileceğinden madde metninde geçen dava konusu kullanım ibaresi, dava açılmadan önce tedbirin talep edilemeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Görüş için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3368.

Kural olarak ihtiyati tedbir duruşmalı olarak karara bağlanmalı ise de talep edenin haklarının gecikilmeksizin korunmasında zorunluluk varsa, HMK m. 390/2 uyarınca karşı taraf dinlenmeden de tedbir kararı verilebilir. Özellikle tecavüze konu malların kaçırılabilceğı, saklanabilceğı, delillerin karartılabileceğı, internet ortamı üzerinden silinebileceğı yönünde somut emareler varsa kararın derhal verilmesi önem taşır⁸⁷. Bu durumda her ne kadar hâkimin hızlı hareket etmesi önem taşısa da hızlı verilen karar, doğru bir karar olmayabilir. Gerekli ve yeterli araştırma yapılmaksızın hızlıca verilen tedbir kararı, bir hakkı zedeleyebilir veya hak kaybına sebep olabilir. Hatta telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilir. Bu nedenle hâkim, doğru karar verme ile hızlı karar verme dengesini gözetmelidir⁸⁸. Ne çok ağır ne çok aceleci davranmalıdır. Usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde makul bir hareket tarzı benimsemelidir.

Tedbir talebi reddedilen, HMK m. 341/1 uyarınca doğrudan istinaf yoluna başvurabilir. Aleyhine tedbir yaptırımı uygulanan kişi ise öncelikle itiraz yolunu tüketmelidir. HMK m. 394 hükümleri kapsamında ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz yolu öngörölmüştür. Tedbir uygulanırken karşı taraf hazır ise tedbirin uygulanmasından itibaren; aksi halde buna ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin kararı veren mahkemeye itiraz edebilir⁸⁹. Mahkeme, itiraz üzerine tedbir kararını değıştirebilir veya kaldırabilir. İtiraz hakkında verilen karara karşı, istinafa gidilebilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. İstinafa başvurulması tedbirin uygulanmasını durdurmaz.

SMK m. 159/2’de ihtiyati tedbir kararının özellikle hangi tedbirleri kapsayacağı belirtilmiştir. Bu tedbirler kanun koyucu tarafından üç bent halinde zikredilmiştir.

⁸⁶ Mahkemece tarafların marka kayıtları, tedbir talebine konu internet sitelerinin içerikleri ile mevcut deliller kapsamında bilirkişi heyetinden rapor alındıktan sonra SMK m. 159 ve HMK m. 389 vd. maddelerince ihtiyati tedbir şartlarının değerdendirilmesi gerekir. Karar için bkz. İstanbul BAM 16. HD, 27.05.2021, 661/1074; Benzer kararlar için bkz. İstanbul BAM 16. HD, 21.03.2022, 270/483; İstanbul BAM 16. HD, 27.05.2021, 679/1056; İstanbul BAM 16. HD, 04.06.2020, 559/916, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

⁸⁷ Çolak, s. 832.

⁸⁸ Suluk, Karasu, Nal, s. 389.

⁸⁹ Somut olayın şartları nazara alınarak ihtiyati tedbir kararına itirazın kabulü edildiğı ve teminatın artırıldığı bir karar için bkz. 11. HD, 16.01.2013, 16996/755, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

Mahkeme, örnek kabilinden sayılmış bu bentlerin konusuna giren tedbirlerin yanında, somut olayı gözeterek olaya özgü başka tür tedbirlere hükmedebilir⁹⁰.

Kanunda sayılan tedbirlerin dışında özellikle internet ortamında birtakım tedbirlere hükmetmek gerekebilir. Tecavüze konu içeriğin bulunduğu internet sitesinden kaldırılincaya kadar ilgili siteye erişimin engellenmesi, tecavüz teşkil eden alan adı nedeniyle internet sitesine erişimin durdurulması ve mütecavizin ihlal oluşturan alan adı kullanımının yasaklanması bu tür tedbirlere örnek olarak verilebilir⁹¹.

B. Tecavüz Fiillerinin Önlenmesi ve Durdurulması

SMK m. 159/2- (a) bendi uyarınca hâkim, ihtiyati tedbir şartlarının oluştuğuna ve bunun ispat edildiğine kanaat getirirse davacının tecavüz oluşturan fiillerinin önlenmesi ve durdurulmasına karar verebilir. Bu tür tedbir kararları çoğunlukla yapmama edimini içerirler⁹². Mahkemece somut olaya göre markanın konu edildiği yanıltıcı reklamların yasaklanması, markanın logosu taklit edilerek üretilen ürünlerin piyasaya arzının durdurulması, karışıklığa yol açan markanın kullanılmasının yasaklanması gibi ihtiyati tedbirlere hükmedilebilir⁹³.

Tecavüzün önlenmesi ve durdurulmasına yönelik ihtiyati tedbir kararının verilmesi ile tecavüz fiillerinin yinelenmesi geçici olarak engellenmiş olur. Bu tür ihtiyati tedbir talepleri karşı tarafın menfaatini belirgin biçimde zedeleyebilir. Bunun için mahkemece tedbirin yoğunluğu, karşı tarafın ticari hayatına etkisi gibi kriterler nazara alınarak gerekirse nitelik olarak daha hafif bir tedbire karar verilebilir⁹⁴.

⁹⁰ Yasin Dinçer, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), s. 184-185; Kavlak, s. 1544; Suluk, Karasu, Nal, s. 389 Kaplan, s. 97; Yasaman, Şerh, s. 3375; Karan ve Kılıç, s. 574.

⁹¹ Çolak, s. 835; Onur Sarı, “Markanın Sosyal Ağ Hesapları Aracılığıyla İhlali”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 12, S. 1, (2022), s. 416 vd.

⁹² Nilüfer Albuz, “Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar”, (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012), s. 133; Kaplan, s. 99; Yasaman, Şerh, s. 3375; Dinçer, s. 186; 11. HD, 15.02.2018, 8514/1095; 11. HD, 04.12.2019, 4624/7856, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

⁹³ Albuz, s. 133. Bent kapsamına giren örnekler için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3375-3376; Deren Yıldırım, s. 86; Kaplan, s. 100; Bozbel, s. 532.

⁹⁴ Deren Yıldırım, s. 85; Kaplan, s. 99.

C. Tecavüze Konu Mallara El Koyma ve Saklama

SMK m. 159/2- (b) bendinde teminat niteliği arz eden el koyma ve saklama mahiyetinde ihtiyati tedbirler öngörülmüştür⁹⁵.

Bu bent kapsamında, marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimine mâni olmayacak şekilde el koyma ve saklama tedbirine hükmedilebilir. Bu tedbirler, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil, ürün veya vasıtaların bulunduğu her yerde uygulanabilir. Bu sayede tecavüz konusu ürünlerin veya bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtaların imhasına karar verilinceye kadar bu ürünlerin piyasadaki dolaşımı önlenmekte ve üretimi engellenmektedir⁹⁶.

Kural olarak üçüncü kişilerin uhdesinde bulunan ürünlere de el konulabilir. Ancak söz konusu ürünü kişisel kullanımı için alan son tüketicideki mala el konulamaz⁹⁷.

Bu tedbirler, marka hakkına tecavüz yoluyla üretilen veya ithal edilen ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan araçlar bakımından söz konusudur. Bu nedenle somut olay kapsamında ele geçen veya tespit edilen üretim araçlarının sadece tecavüze konu ürünlerin üretimi için özgülenip özgülenmediği hususu araştırılmalıdır⁹⁸.

Bu bent kapsamında tedbir kararı verilirken tedbir kararının uygulanması neticesinde tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretiminin engellenmesi sonucu doğmamalıdır. Dolayısıyla eğer el konulması istenen üretim araçları tecavüze konu ürünler dışında başka ürünler için de kullanılıyorsa el koyma tedbirine hükmedilmemelidir⁹⁹.

El koyma talebi kabul edildiği takdirde, el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması ya da imhaya ilişkin bir karar verilerek bu ürünlerin akıbeti belirlenmelidir. Bu doğrultuda, söz konusu ürünlerle ilgili olarak davacının talebi açıklattırılmalıdır¹⁰⁰.

⁹⁵ Kaplan, s. 101; Yasaman, Şerh, s. 3376.

⁹⁶ Kaplan, s. 101; Yasaman, Şerh, s. 3377.

⁹⁷ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 516; Kaplan, s. 101; Bozbel, s. 532.

⁹⁸ AYM, 8.12.1983, 10/16, normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, [ET.16.3.2024]; Çolak, s. 844; Suluk, Karasu, Nal, s. 387; 11. HD, 05.02.2008, 9766/1156, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

⁹⁹ Çolak, s. 844; 11. HD, 04.06.2013, 12344/11678; www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

¹⁰⁰ 11. HD, 19.02.2018, 471/1167, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

D. Gümrüklerde El Koyma

SMK m. 159/2- (b) bendinde tecavüze konu ürünlere gümrüklerde el konulabileceği düzenlenmiştir¹⁰¹.

Gümrüklerde el koyma tedbiri, 4458 sayılı Gümrük Kanunu (GK)¹⁰² ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre gerçekleştirilir. GK m. 57/1- (a) bendi uyarınca fikri ve sınai haklar mevzuatına göre korunması gereken haklara tecavüz teşkil eden eşyanın¹⁰³ alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir¹⁰⁴.

Gümrük idaresince el koyma kararının alınmasının hak sahibine tebliğinden itibaren, hak sahibi tarafından kural olarak on iş günü içinde ihtiyati tedbir kararı getirilmelidir¹⁰⁵. Bu süre çabuk bozulabilir eşya için üç iş günüdür. Öngörülen süreler içinde ihtiyati tedbir kararı getirilmezse eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır. Hak sahibi, haklı mazeretini ileri sürerek talepte bulunursa gümrük idaresince on iş gününe kadar ek süre verilebilir.

Kural olarak gümrüklerde el koyma, hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gerçekleştirilir. Ancak GK m. 57/1- (b) hükmünde kanun koyucu tarafından istisnai bir durum düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca talep bulunmasa da eşyanın fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması durumunda, hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen, söz konusu eşya üç iş günü süresince resen alıkonulabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurulabilir.

GK m. 57/5 uyarınca yolcuların kendi kullanımlarına mahsus şahsi eşya ile ticari mahiyette olmayan ve gümrük vergisi muafiyeti sınırları içinde kalan hediyelik eşya için el koyma hükümleri uygulanmayacaktır.

¹⁰¹ Her ne kadar mülga MarKHK’de gümrüklerde el koyma için ayrı bir hüküm tesis edilmiş ise de SMK’de buna ilişkin özel bir hüküm öngörülmemesinin eksiklik olmadığı yönünde bkz. Çolak, s. 848-849.

¹⁰² RG. 4.11.1999, S. 23866.

¹⁰³ GK’de geçen “fikri ve sınai haklar mevzuatına göre korunması gereken haklara tecavüz teşkil eden eşya” ile SMK’de kullanılan “tecavüze konu ürün” ve “sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen eşya” ibarelerinin aynı anlamı taşıdığı yönünde bkz. Çolak, s. 849; Yasaman, Şerh, s. 3378.

¹⁰⁴ Gümrüklerde el koyma tedbirine başvuru prosedürü için bkz. İlhami Güneş, “Gümrüklerde Fikri Mülkiyet Hakkının Korunması”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 18, (2014), s. 436 vd; Suluk, Karasu, Nal, s. 389-390.

¹⁰⁵ İhtiyati tedbir kararının getirilmesi yerine ihtiyati tedbir kararı verilmesi şartının aranması gerektiği yönünde bkz. Çolak, s. 850, dp. 2253.

SMK öncesi dönemde gümrüklerde el koyma ayrı bir hüküm olarak MarKHK m. 79'da düzenlenmiş ve bu maddede ihtiyati tedbir niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Öğretide bir görüş kanunda geçen bu ifadenin yerinde olduğunu savunmuştur¹⁰⁶.

Bir diğer görüş ise gümrüklerde el koyma işlemini geçici bir idari tedbir (işlem, koruma) olarak nitelendirmektedir¹⁰⁷. Kanımızca, ihtiyati tedbire hükmedebilme yetkisi sadece mahkemelere ait olduğundan bu kapsamda gümrüklerde el koymanın bir idari işlem olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim bu halde teknik olarak bir el koymadan bahsedilemez. Bir işlemin durdurulması veya ertelenmesi söz konusudur.

E. Zararın Tazmini Bakımından Teminat Verilmesi

Kanunda örnekseme yoluyla sayılan tedbirlerden sonuncusu, tecavüzden doğan herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesidir. Öğretide, SMK m. 159/2-(c) bendinde öngörülen bu ihtiyati tedbirin ifa etkisi taşıdığı ve asıl davada talep edilecek olan tazminata geçici de olsa yargılamadan önce kavuşulmasını sağladığı belirtilmektedir. Bu itibarla, tedbire hükmedilirken ölçülülük ilkesi nazara alınmalıdır¹⁰⁸.

Öğretide ve yargı kararlarında¹⁰⁹ ters teminat olarak adlandırılan bu teminat türü, tedbir talep edenin HMK m. 392 gereğince haksız çıkması durumunda karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu nedenle uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık vermesi gereken teminattan farklıdır¹¹⁰. HMK'de öngörülen teminat, haksız ihtiyati tedbir talebinin karşı taraf veya üçüncü kişiler üzerindeki olumsuz etkilerini giderme amacı güderken, SMK m. 159/2-(c) hükmü dava konusunun korunmasına hizmet eder¹¹¹.

¹⁰⁶ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 513; Kaya, s. 304-305; Gönen, s. 33- 34.

¹⁰⁷ Arkan, s. 229, dp. 11; Yasaman, Şerh, s. 3377, dp. 48; Deren Yıldırım, s. 104-105; Kaplan, s. 103; Albuz, s. 137; Dinçer, s. 193.

¹⁰⁸ Deren Yıldırım, s. 92; Albuz, s. 143; Kavlak, s. 1550.

¹⁰⁹ Ters teminata hükmedilen örnek kararlar için bkz. İstanbul BAM 44. HD, 13.07.2023, 1077/813; İstanbul BAM 16. HD, 22.03.2023, 146/486; İstanbul BAM 16. HD, 22.03.2023, 318/471; İstanbul BAM 16. HD, 22.12.2022, 1766/2148; İstanbul BAM 44. HD, 24.11.2022, 1645/1643; İstanbul BAM 44. HD, 06.10.2022, 1261/1349, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

¹¹⁰ Kaplan, s. 104; Kale, s. 239; Yasaman, Şerh, s. 3382; Dinçer, s. 194-195.

¹¹¹ Yasaman, Şerh, s. 3382; Kaplan, s.104.

Öğretide ağırlıklı görüş, buradaki teminatın HMK'dekinden farklı olarak davacı tarafından değil davalı tarafından yatırılacağını kabul etmektedir¹¹². Böylece davacının tecavüzden doğabilecek olası zararlarının önüne geçilmeye ve menfaat dengesi sağlanmaya çalışılır¹¹³.

Suluk ise ihtiyati tedbirlere ilişkin mevzuatın mehzazını teşkil eden 1994 tarihli Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)¹¹⁴ m. 50/3 ile m. 53/1'in¹¹⁵ lafzından hareketle bu teminatı davacının yatırabileceği sonucuna varmaktadır. Yazar, bununla birlikte mahkemenin somut olaya göre taraflardan birinin bu teminatı yatırmasına karar verebileceği görüşündedir¹¹⁶.

Erdoğan, *Suluk*'un bu tespitine katılmamakta, ihtiyati tedbir olarak talep edilecek ve hükme bağlanacak olan teminat (SMK m. 159/2-c) ile tedbir talep edenden istenmesi gereken teminatın (HMK m. 392) birbirinden farklı kavramlar olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre TRIPS'in ilgili hükümleri HMK m. 392'yi karşılar¹¹⁷.

TRIPS'in ilgili hükümlerinde davalının korunması ve suistimalin önlenmesi için başvuru sahibinin teminat göstermesi gerektiği belirtilmiştir. HMK'nin ilgili hükmünde ise tedbir talep edenin haksız çıkması durumunda karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu nedenle uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermesi gerektiği düzenlenmiştir. Görüleceği üzere iki düzenleme de aleyhine tedbir talep edilenin korunması ve muhtemel zararının karşılanması için tedbir talep edenden alınması gereken teminatı ifade etmektedir. Dolayısıyla biz de TRIPS'in ilgili hükümlerini HMK m. 392'nin karşıladığını, SMK m. 159/2- (c) bendinde öngörülen ihtiyati tedbir olarak talep

¹¹² Çolak, s. 835-836; Kaplan, s. 104; Kale, s. 239-240; Erdoğan, s. 58; Bozbel, s. 532; Albuz, s. 142; Yasaman, Şerh, s. 3382; Dinçer, s. 193.

¹¹³ Çolak, s. 836.

¹¹⁴ RG. 25.2.1995, S.22213 (mükerrer).

¹¹⁵ TRIPS m. 50/3'te yetkili mercilerin başvuranın hak sahibi olduğu, hakkının ihlal edildiği veya ihlal tehlikesinin muhakkak olduğu konusunda kesin kanaate erişebilmek için başvuru sahibinden makul olarak temin edilebilecek delilleri vermesini isteme ve davalıyı korumak, suistimali önlemek için *başvuru sahibine* bir teminat veya eşdeğer güvence vermesini emretme yetkisine sahip olacakları düzenlenmiştir. TRIPS m. 53/1 hükmünde ise yetkili mercilerin davalıyı ve kendilerini korumak, suistimali önlemek için *başvuru sahibinden* teminat veya eşdeğer bir güvence vermesini isteme yetkisine sahip olacakları belirtilmiştir. TRIPS'in tam metin çevirisi için bkz. <https://teftis.ktb.gov.tr/Eklenti/34660,ticaretle-baglanti-fikri-mulkiyet-anlasmasi-trips-1994.doc?0> [ET.20.3.2024].

¹¹⁶ Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt 3: Tasarımlar*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s. 512.

¹¹⁷ Erdoğan, s. 58; Aynı yönde bkz. Kaplan, s. 104, dp. 217, 218.

edilebilecek teminatın davalının yatırması gereken özel bir teminat türü olduğunu kabul etmekteyiz.

Özellikle tecavüz fiilinin açık olmadığı ve davalının ciddi zarara uğrama ihtimali olduğu durumlarda, mahkemece, tecavüze konu ürünlerin toplatılması ve yedimeine teslim edilmesi yerine, bu ürünlerin teminatı ödeyen davalıda kalmasına izin verilebilir¹¹⁸. Teminatın amacı bu açıdan değerlendirildiğinde, açılan davada davalının tecavüz eyleminde bulunduğu ispat edilemez ve mahkemece davanın reddine karar verilirse davalının bu süreç içerisinde uğrayabileceği zararlarının önüne geçilmiş olacaktır.

Hâkim, teminatı bir miktar para olarak belirleyebileceği gibi banka teminat mektubu gibi başka bir şey olarak da belirleyebilir. Bu husus hâkimin takdirinde olsa da kolayca paraya çevrilen bir şeye hükmedilmesi yerinde olacaktır¹¹⁹.

Teminat tedbiri asıl olarak marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları bakımından uygulama alanı bulur. Zira mahkemece paraya çevrilebilir bir teminat tedbirine hükmedilebilmesi için ortada bir zarar ihtimali bulunmalıdır. Dava, tazminat talebinin yanında SMK m. 149’da öngörülen başka talepleri de içeriyorsa, ihtiyati tedbir talebi olarak el koyma ve saklama talepleri ileri sürülmüşse, mahkemece her ikisine karar verilebileceği gibi somut olaya göre sadece teminat tedbirine de karar verilebilir¹²⁰.

IV. Ürün ve Araçlar Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi

SMK m. 149/1- (e) uyarınca hak sahibi, (d) bendi kapsamında elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir¹²¹. Örneğin tecavüz teşkil eden isim, logo, reklam, tabela, kartvizit, ilan, fatura vb. tüm basılı belge ve evrak talebe konu olabilir¹²².

¹¹⁸ Çolak, s. 836; Kale, s. 239-240; Yasaman, Şerh, s. 3383; Dinçer, s. 193.

¹¹⁹ Kaplan, s. 105; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 516; Kavlak, s. 1550; Dinçer, s. 195.

¹²⁰ Kaplan, s. 105-106.

¹²¹ Mütecavize ait olmayan bir mala hak sahibi tarafından el konulamayacağı gibi bunlar üzerinde mülkiyet hakkı tanınması da talep edilememelidir. Bilgi için bkz. Karan ve Kılıç, s. 496. Talebe konu ürün, cihaz veya makinelerin tespit edilmiş olması gerekir. Karar için bkz. 11. HD, 17.02.2014, 13996/2721; 11. HD, 15.01.2014, 11303/789, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Kanun koyucu tarafından “mülkiyet hakkı tanınması” ibaresinin tercih edilmesinin tereddüte yol açtığı, bu ibare ile talebe konu ürünlerin mülkiyetinin hak sahibine devredilmesinin kastedildiği yönünde bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 509.

¹²² 11. HD, 06.01.2020, 1944/54, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Mülkiyet hakkı tanınması talebinde bulunulabilmesi için talebe konu ürünlere hâlihazırda el konulmuş olması gerekmez. Söz konusu ürünlere el konulmamış olsa dahi el koyma talebi ile mülkiyet hakkı tanınması talebi birlikte ileri sürülebilir¹²³.

Talebin kabul edilmesiyle (mülkiyetin nakli kararıyla) hak sahibi, talebe konu şeyler üzerindeki mülkiyet hakkını her türlü sınırlamadan uzak olarak aslen iktisap eder¹²⁴.

SMK m. 149/2 uyarınca talebe konu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer kabul edilen tazminat miktarını aşması durumunda, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir. Denkleştirme ilkesinin bir görünümü olan bu hüküm, sebepsiz zenginleşmeyi önlemeye ve net zararın tazmin edilmesine hizmet eder¹²⁵.

Anılan bendi SMK m. 149/2 hükmü ile değerlendiren bir görüşe göre, ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması isteminde bulunabilmek için tazminat talep edilmiş olması şarttır. Çünkü istemin kabulü halinde söz konusu ürünlerin değeri tazminat miktarından düşülür. Eğer bu değer kabul edilen tazminat miktarını aşıyor ise aşan kısım iade edilir. Dolayısıyla bu görüşe göre tazminat talebi söz konusu olmadığı sürece mülkiyet hakkı tanınması talebi kabul edilmemelidir¹²⁶.

Öğretideki bir diğer görüşe göre, hak sahibinin bu bent kapsamındaki talebinin onun tazminat hakkına sahip olmasına veya tazminat talep etmesine bağlı değildir. Tazminat talebi mevcut olmasa da talep konusu ürünlerin gerçek değerinin ödenmesi şartıyla mülkiyet hakkı tanınması talebi kabul edilebilir¹²⁷. Bizim görüşümüz de bu yöndedir. Hak sahibinin bu bent kapsamında talepte bulunması, onun tazminat talep etmesi şartına bağlanmamıştır. SMK m. 149/2’de mülkiyet hakkı isteminin kabulüne ilişkin mahsup ve denkleştirmeye ilişkin düzenlemeye yer verilmesi, kanun koyucu tarafından tazminat talebinin zorunlu tutulduğu anlamına gelmez. Mülkiyet hakkı tanınması talebi ile tazminat

¹²³ Çolak, s. 854. Yasaman, Şerh, s. 3011; Ege, s. 106; Taşkın, s.121. SMK m. 149/1- (e) bendinin lafzında “d bendi uyarınca ‘el konulan’ ürün, cihaz ve makineler” ibaresi yer almaktadır. Metnin kaleme alınış şekline göre, el koyma talebinin mülkiyet hakkı tanınması talebi için bir ön şart teşkil ettiği anlamı çıkabilirse de (d) ve (e) bendine yönelik taleplerin birlikte yapılmasında bir sakınca olmadığı yönündeki görüşler için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 509; Karan ve Kılıç, s. 496.

¹²⁴ Karan ve Kılıç, s. 496.

¹²⁵ Çolak, s. 856.

¹²⁶ Çolak, s. 855; Taşkın, s. 121-122.

¹²⁷ Karan ve Kılıç, s. 496; Ege, s. 106, dp. 190. Konuya yaklaşımından hareketle aynı yönde bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 509-510.

talepleri SMK m. 149'da ayrı bentler halinde düzenlendiğinden bunlar birbirinden bağımsız olarak talep edilebilir¹²⁸.

Yargıtayın görüşü bizim de katıldığımız son görüşle aynı yöndedir. Karar konu uyuşmazlıkta yerel mahkeme, ürün üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasının ancak maddi tazminat talebi ile mümkün olduğunu, davacının tek başına bu talepte bulunamayacağı gerekçesiyle mülkiyet hakkı tanınması talebini reddetmiştir. Yüksek mahkeme bozma kararında, maddi tazminat talep edilmese de el konulan ürünlerin değerinin bilirkişi vasıtasıyla saptanarak, davacının belirlenen miktarı davalıya ödemesi kaydıyla bu ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması gerektiğini, ancak madde metninin mahkemece yanlış yorumlandığını belirtmiştir. Bu karar, Yargıtayın mülkiyet hakkı tanınması talebinin kabul edilmesi için maddi tazminat talebinde bulunulmasının zorunlu bir şart olarak kabul etmediğini göstermektedir¹²⁹.

Hükümde kastedilen tazminatın maddi tazminatın yanında manevi tazminat ve itibar tazminatını kapsayıp kapsamadığı öğretide tartışmalıdır. Hükümde sadece maddi tazminatın kastedildiğini savunan *Çolak*, mahsup yapılacak şeyin maddi bir değere sahip olması gerektiğini ve mahsubun ancak maddi zararın söz konusu olması durumunda yapılacağı görüşündedir. Kanaatimizce de manevi zarar ve itibari zarar kalemleri farklı şartlara sahip olduğundan bu hüküm çerçevesinde mahsuba elverişli değildir¹³⁰.

Tüzüner ise anılan hükümden maddi tazminatın yanında manevi tazminat ve itibar tazminatının da anlaşılması gerektiğini, manevi tazminat davaları ile itibar tazminatı davalarının da mahsuba konu edilebileceğini kabul etmektedir¹³¹.

Tecavüze konu ürünler hakkında imhaya hükmedilmişse imha edilecek şeyler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasının pratikte bir karşılığı kalmayacaktır. Nitekim Yargıtayın patent tecavüzüne ilişkin bir kararında, tecavüze konu ürünler hakkında imha

¹²⁸ Bu konuya ilişkin mülga MarKHK düzenlemesi ile SMK düzenlemesi arasında belirgin bir fark yoktur. MarKHK döneminde Arkan, düzenleme metninden hareketle mülkiyet hakkı tanınması talebinin ancak tazminat talebi ile birlikte yapılabileceğini ancak temelde bu taleplerin birbirinden bağımsız olduğunu dolayısıyla bu hususun eleştiriye açık olduğunu ifade etmiştir. Görüş için bkz. Arkan, s. 237.

¹²⁹ 11. HD, 20, 01.2014, 11483/1098, karararama.yargitay.gov.tr, [ET.28.2.2024].

¹³⁰ Çolak, s. 855; Aynı yönde bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 510; Yasaman, Şerh, s. 3011, dp. 63; Karan ve Kılıç, s. 496; Taşkın, s. 122.

¹³¹ Özlem Tüzüner, *Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011), s. 316.

kararı verilmiş, mülkiyet hakkı tanınması talebi ise tali bir talep olarak değerlendirilerek reddedilmiştir¹³².

V. Ürün ve Araçların Şekillerinin Değiştirilmesi, Üzerlerindeki Markaların Silinmesi veya İmhası Talebi

Hak sahibi, SMK m. 149/1- (f) uyarınca tecavüzün devamını önlemek için tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Özellikle masraflar mütecavize ait olmak üzere (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların¹³³ şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhasına karar verilmesini isteyebilir.

Anılan bentte söz konusu tedbirler sayılırken özellikle ibaresine yer verildiğinden sayılan tedbirler bunlarla sınırlı değildir. Somut olayın özelliklerine göre mahkeme talep üzerine, tecavüzün devamını önleyici farklı bir tür tedbire hükmedebilir¹³⁴.

Düzenleme incelendiğinde, tecavüzün devamını önlemek için kademeli bir sistemin benimsendiği anlaşılmaktadır¹³⁵. El konulan ürün veya araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markalar silinmesi veya imha dışında başka herhangi bir yöntemle tecavüz önlenmesi mümkün ise imha kararı verilemez. Tecavüzün önlenmesinin

¹³² 11. HD, 15.01.2014, 11069/810, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Uygulamada marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarında genellikle birden fazla talep öne sürüldüğü için davaların yığılması (HMK m. 110) söz konusu olmaktadır. Dava dilekçelerinde tazminat taleplerinin yanında, SMK m. 149/1'de yer alan diğer talepler de ileri sürülmektedir. Şartlarının oluşması durumunda mahkemeler, genellikle mülkiyet hakkı tanınması talebi dışındaki diğer talepleri kabul etmektedir. Kanımızca mülkiyet hakkı tanınmasının kabulüne ilişkin kararlara sık rastlanılmamasının nedeni, bu talep ile SMK m. 149/1- (f) bendinde düzenlenen talebin çakışmasıdır. Nitekim bu bent uyarınca mahkemece son çare olarak imha kararı verilme olasılığı bulunmaktadır. Mahkemece tecavüze konu ürün ve araçlar hakkında imha kararı verilirse bunlar hakkında davacıya ayrıca mülkiyet hakkı tanınmasının pratikte bir karşılığı kalmayacaktır.

¹³³ Uygulamada tecavüze konu ürünlerin üretimine özgülenen, makine, kalıp ve benzeri üretim araçlarının imhasına karar verilmektedir. Bu kapsamda bkz. Suluk, Karasu Nal, s. 387; 11. HD, 09.12.2019, 1224/8005; 16.09.2014, 7410/13846, www.lexpera.com.tr [ET. 16.3.2024].

¹³⁴ Yasaman, Şerh, s. 3012. Örneğin, silinemeyen ibarelerin boya ile kapatılması kararı, somut olaya özgü olarak verilen bir tedbirdir. Karar için bkz. 11. HD, 25.04.2013, 9050/8227, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹³⁵ Suluk Karasu, Nal, s. 387, Yasaman, Şerh, s. 3012; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 315; Uzunallı, Marka, s. 222.

kaçınılmaz, bir başka ifadeyle imhanın tecavüzün önlenmesi için son çare olması durumunda ürün veya araçların imhasına karar verilebilir¹³⁶.

Örneğin taklit markaların etiket biçiminde yerleştirildiği ürünlerin üzerinden bu etiketlerin sökülmesiyle tecavüz giderilebiliyorsa ürünlerin imhası yoluna gidilemez. Ancak taklit marka, ürünler üzerine imha haricinde başka bir yolla çıkartılamayacak şekilde işlenmişse imha yoluna gidilebilir¹³⁷. Taklit markaya sadece ambalaj veya iş evrakında yer verilmiş, mütecavizin sattığı mallarda taklit marka kullanılmamış ise malların imhasına karar verilemez. Bu durumda sadece ambalaj veya iş evrakı için imha kararı verilmelidir. Tek başına taklit markanın sökülmesi iltibas ortadan kaldırmıyorsa örneğin taklit markalı elbisenin kesim tarzı, kullanılan malzemenin türü itibarıyla alıcıların algısında orijinal mal ile bağlılık kurma ihtimali devam ediyorsa imha kararı verilmelidir¹³⁸.

Tecavüze konu malların ve bunların üretiminde kullanılan eşya ve makinelerin üzerinde yer alan markaların silinmesi olanağı varsa ayrıca eşya ve makinelerin imhalarına karar verilemez. Gerektiğinde bilirkişi raporu alınarak tecavüz teşkil eden markaların silinmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır. Hem markaların silinmesine hem de eşya ve makinelerin imhasına karar verilemez¹³⁹.

¹³⁶ Yasaman, Şerh, s. 3012, Uzunallı, Marka, s. 222; Çolak, s. 858; Arkan, Marka, s. 239; Karan ve Kılıç, s. 497; 11. HD, 18.06.2009, 3617/7506, 11. HD, 04.10.2010, 3528/9576, 18.06.2013, 13256/12758, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024]. Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta yerel mahkeme, tecavüze konu çay poşet ve paketlerine el koyulmasına ve imhasına karar vermiş ancak bunları üretime yarayan kalıp, klişe gibi araçlara el koyulması ve imhası talebini başka türlü üretimi bulunması ve tecavüzü önlenmesi bakımından imhanın kaçınılmazlığı ispatlanamadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yüksek mahkeme ise ambalaj ve poşetlerin münhasıran basımında kullanılan film ve kalıplara el konulmasına ilişkin talebin kabulüne karar verilmemesini bozma sebebi olarak değerlendirmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 11.02.2021, 1356/1114, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹³⁷ Suluk, Karasu, Nal, s. 387. Çeşitli örnekler için bkz. Çolak, s. 856-857; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 315. Yargıtay, araçlar ve eşyalar üzerindeki markasal kullanımın sökülme suretiyle giderilmesine, bu mümkün olmadığı takdirde ürünlere el konulmasına, el konulan ürünlerin masrafi davalıdan alınıp imha edilmek suretiyle tecavüzün giderilmesine karar veren BAM kararını onamıştır. Karar için bkz. 11. HD, 07.11.2023, 2666/6471, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹³⁸ Arkan, Marka, s. 238. Davalıya ait çakmakların, özgün dizayn bakımından davacının çakmakları ile ayniyet arz ettiği açık olduğu anlaşılmakla davacının taklit ürünlerin imhası talebi kabul edilmelidir. Karar için bkz. 11. HD, 13.10.2001, 4902/7864, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹³⁹ 11. HD, 04.10.2010, 3528/9576, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024]. Benzer bir karar için bkz. 04.06.2013, 12344/11678, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024]. Davacı, tecavüze konu üretimde kullanılan araçların öncelikle şekillerinin değiştirilmesini bu mümkün olmazsa imhasını talep etmiştir. Ancak koşulların olduğu takdirde dava konusu ürünlerin üretiminde münhasıran kullanılan araçların imhasına karar verilebilir. Talep aşımı yaratacak şekilde araçların imhasına doğrudan karar verilemez. Karar için bkz. 11. HD, 15.03.2023, 6158/1587, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

Davacı, dilekçesinde mahkemece hükmedilmesini istediği tedbirleri açıklamalıdır¹⁴⁰. Tedbir taleplerini dilekçesinde açıkça belirtmelidir¹⁴¹.

Uygulamada dava dilekçelerinde genellikle SMK m. 149/1- (f) bendinde yer alan talepler terditli olarak ileri sürülmektedir¹⁴². Yargıtayın bir kararına göre, terditli talebin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda mahkemece terditli hükümler kurularak infazda tereddüt oluşturulmamalı, mahkemece davacının talepte bulunduğu yaptırımlardan en uygun olanı bilirkişi marifetiyle tespit edilerek sonuca göre hüküm tesis edilmelidir¹⁴³. Her ne kadar yüksek mahkemenin bu kararı terditli hükme karşı olsa da Yargıtay, sonraki tarihli birçok kararında terditli hüküm içeren mahkeme kararlarını onamıştır¹⁴⁴. Zikrettiğimiz karar doğrultusunda terditli hüküm tesisin önüne geçilmeli ve Yargıtayın bu konuya ilişkin çelişkili tutumu ortadan kalkmalıdır.

Tecavüzü önleyici tedbire karar verilmesi durumunda bundan doğan masraflar müteceviz tarafından karşılanır. Bu masrafların mütecevize yükletilmesi talep edildiği takdirde, kararda bu konunun da hükme bağlanması gerekir¹⁴⁵.

Yargılama sırasında davalı tarafça tecavüz oluşturan kullanım sonlandırılmış, bunun haricinde tecavüz oluşturan başka bir kullanım kanıtlanmamış ise mahkemece artık SMK m. 149/1- (f) kapsamındaki tedbirlere hüküm fıkrasında yer verilmemelidir¹⁴⁶.

VI. Hükümün İlgililere Tebliği ve Kamuya İlan Yoluyla Duyurulması Talebi

Hak sahibi, SMK m. 149/1- (g) bendi uyarınca haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması durumunda masrafları mütecevize ait olmak üzere, kesinleşmiş kararın günlük

¹⁴⁰ Karan ve Kılıç, s. 496.

¹⁴¹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 510; Meran, s. 542, Ege, s. 106-107.

¹⁴² Çolak, s. 858.

¹⁴³ 11. HD, 06.12.2010, 6402/12564, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹⁴⁴ 11. HD, 11.02.2015, 16147/1702, 11. HD, 14.05.2014, 16656/9247, 11. HD, 03.03.2021, 3677/1990, 11. HD, 20.05.2019, 2641/3881, 11. HD, 02.07.2014, 4569/12666, 11. HD, 02.07.2014, 4058/12664, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹⁴⁵ 11. HD, 27.11.2012, 12567/19273, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹⁴⁶ 11. HD, 21.04.2014, 14566/7748, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

gazete veya benzeri araçlarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi ya da ilgililere¹⁴⁷ tebliğ edilmesini talep edebilir¹⁴⁸.

Yapılacak yayın vasıtasıyla tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması ve dava konusu uyuşmazlıkla ilgili gerçeklerin ilgililere, müşterilere, toptancı ve satıcılara bir şekilde duyurularak potansiyel tüm alıcı ve kullanıcıların aydınlatılması ve bilgilendirilmesi sağlanmış olur¹⁴⁹.

Hak sahibinin anılan bent uyarınca talepte bulunabilmesi için haklı bir sebebinin veya menfaatinin bulunması gerekir¹⁵⁰. Bu şartın mevcut olup olmadığı mahkeme tarafından somut olayın özelliklere göre tespit edilir¹⁵¹.

Talebin reddine ilişkin karar gerekçeli olmalıdır¹⁵². Tazminatla tecavüzün sonuçlarının giderildiği gerekçesiyle talebin reddine karar verilmemelidir¹⁵³.

SMK m. 149/3 uyarınca ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlanın mecrası, niteliği ve şekli kararda herhangi bir tereddüde yol açmayacak şekilde belirlenmelidir¹⁵⁴. İlanın türü ve kapsamı amaca uygun ve gerekli olmalıdır¹⁵⁵.

¹⁴⁷ İlgililer, kararı bilmekte menfaati olan kişilerdir. Bilgi için bkz. Karan ve Kılıç, s. 497. Bayi ve servisler bunlara örnek olarak verilebilir. Örnek için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 510; Ege, s. 108.

¹⁴⁸ Sadece marka hakkı sahibinin değil, davanın reddedilmesi halinde davalının da bu bent kapsamında talepte bulunabileceği yönünde bkz. Uzunallı, Marka, s. 222.

¹⁴⁹ Çolak, s. 859. Böylece potansiyel mütecavizler caydırılarak kamu duyarlılığının sağlanacağı yönünde bkz. Uzunallı, Markanın Korunması, s. 575-576.

¹⁵⁰ Uzunallı, Alman öğretisine atıfta bulunarak haklı menfaatin değerlendirilmesinde tarafların karşılıklı menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu noktada hükmün ilanı ile ilan edilmemesi açısından ortaya çıkan olumlu ve olumsuz sonuçlar ölçülmelidir. İlanın gerekli olup olmadığı hüküm anına göre belirlenmelidir. Görüş için bkz. Uzunallı, Markanın Korunması, s. 576. Yazara göre hak sahibinin markasının toplumda belli bir tanınırlık seviyesine ulaştığı hallerde, haklı menfaat şartının oluştuğunun kabul edilmesi gerekir. Görüş için bkz. Uzunallı, Marka, s. 223; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 576.

¹⁵¹ Onamaya konu bir kararda davalının tanıtım sitesinde yer alan "TSEK ve TSE" ibarelerini kullanmasının marka hakkına tecavüz oluşturduğu ancak bu tecavüzün sona erdiği, davalının kullanımı bir kez olup tek belge kullanımı niteliğinde olduğu belirtilmiştir. Bu itibarla tecavüz sona ermiş ve tek bir kullanım söz konusu olduğundan ilan talebinin reddine karar verilmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 07.12.2015, 5616/13092, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹⁵² Bozmaya konu bir kararda yerel mahkeme, davalının eyleminin tasarım hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunu tespit etmesine ve tazminata hükmetmesine rağmen ilan talebini reddetmiştir. Yargıtay, kanun metninde açıkça davacının hükmün ilanını talep etme hakkına sahip olduğu belirtildiğine göre yasal gerekçesi açıklanmaksızın ilan talebinin reddine karar verilmesini doğru bulmamıştır. Karar için bkz. 11. HD, 30.05.2011, 14154/6512, www.lexpera.com.tr [ET. 2.3.2024].

¹⁵³ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 576.

¹⁵⁴ Yasaman, Şerh, s. 3015; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 316.

¹⁵⁵ Uzunallı, Marka, s. 223.

Kanun koyucu, ilanın yapılacağı ortam ve araçlara dair herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Mahkeme, kararın ilgili tüm çevrelerin bilgisine ulaşması amacıyla ilanın hangi araçlarla ve hangi sayı ve süre ile yapılacağını belirler¹⁵⁶. Dolayısıyla ilan, olayın özelliklerine göre, bir ya da birden fazla gazetede, dergide, televizyonda, internet ortamında yapılabilir¹⁵⁷.

Kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde ilan talebinde bulunulmalıdır. Aksi halde bu süresinin dolmasıyla ilan hakkı düşer.

Hükmün ilanı talebi markaya tecavüz ve/veya haksız rekabet hallerine özgüdür. İlan talebi, hükümsüzlük davalarını kapsamaz¹⁵⁸. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Uzunallı, Marka, s. 223; Arkan, Marka, s. 250.

¹⁵⁷ Yasaman, Şerh, s. 3015; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 316-317; Çolak, s. 859- 860. Hüküm özetinin karar kesinleştikten sonra yurt çapında yayımlanan tirajı en yüksek üç gazeteden birinde ve ilde yayın yapan mahalli gazetelerden birinde ilanına karar verilmiştir. Gazetede ilana ilişkin örnek kararlar için bkz. 11. HD, 04.03.2013, 3769/3877; 11. HD, 26.09.2019, 552/5858; 11. HD, 13.12.2010, 6103/12879; 11. HD, 17.02.2012, 9997/2126, www.lexpera.com.tr [ET. 4.3.2024].

¹⁵⁸ Çolak, s. 860; Yasaman, Şerh, s. 3016.

¹⁵⁹ 11. HD, 01.02.2010, 9873/1108; 11. HD, 27.01.2009, 6207/813; 11. HD, 29.03.2010, 12331/3446; 11. HD, 04.03.2015, 18283/2908; 11. HD, 28.02.2018, 7251/1496, www.lexpera.com.tr [ET. 4.3.2024].

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TAZMİNAT DAVALARININ ÇEŞİTLERİ

I. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz eylemi sonucunda zarara uğrayan hak sahibi, şartlarının oluşması halinde üç farklı tazminata hükmedilmesini mahkemeden talep edebilir. Bunlar maddi tazminat, manevi tazminat ve itibar tazminatıdır.

SMK m. 149/1- (ç) bendi uyarınca hak sahibi, mahkemeden maddi ve manevi zararının giderilmesini isteyebilir. Anılan bentte hak sahibine tanınan imkânların arasında sayılan tazminat, SMK m. 150’de özel olarak düzenlenmiştir¹⁶⁰.

Maddi tazminat davası marka hakkına tecavüz durumunda en sık karşılaşılan dava türlerinden olup, öğretide ve uygulamada maddi tazminat üzerinde diğer tazminat türlerine göre daha çok durulmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda, tazminat davaları arasında en kapsamlı inceleme bu dava türü özelinde yapılmıştır.

Bu bölümde maddi tazminat davasında kusurun rolüne özellikle değinen bir başlığa yer verilmiştir. Çünkü SMK öncesi yürürlükte olan mülga MarKHK döneminde tecavüzden doğan tazminat sorumluluğunda mütecavizin kusurunun zorunlu bir şart olup olmadığına ilişkin öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştı. Bir görüş, tazminat sorumluluğunda kusurlu sorumluluğu, diğer bir görüş ise kusursuz sorumluluğu temel almıştı. İşte bu sebeple öğretide süregelen bu görüş ayrılıklarına değinilerek kusurun rolüne ayrı bir başlık altında yer verilmiştir.

Maddi tazminat davasında önem arz eden bir diğer nokta, tazminatın nasıl hesaplanacağıdır. Tazminatın doğru bir şekilde hesaplanabilmesi zarar miktarının isabetli bir şekilde tayin edilebilmesi ile mümkündür. Bu nedenle SMK’de öngörülen hesaplama yöntemlerinin incelenmesine geçilmeden önce zararın iki farklı görünümü olan fiili zarar

¹⁶⁰ Tazminat talebinin sadece SMK m. 149/1- (ç) bendinde düzenlenmeyip, kanun koyucunun m. 150 ve m. 151 hükümlerini de öngörmesinin sebebinin, tazminat talebinin hak sahibinin korunmasında özel bir öneme sahip olmasıyla ilgili olduğu yönünde bkz. Uzunallı, Marka, s. 187.

ve yoksun kalınan kazanç kavramları açıklanmıştır. Sonrasında ise yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemleri ayrı başlıklar halinde irdelenmiştir.

Üçüncü başlıkta manevi tazminat davası, dördüncü başlıkta ise SMK’de hak sahibine özel bir imkân olarak öngörülen itibar tazminatı davasına yer verilmiştir. Bölümün sonunda tazminata hükmedilecek tarih aralığının belirlenmesine ilişkin ayrı bir başlığa yer verilmiştir.

Ülkemizde mahkemelerce hükmedilen tazminatlar ne yazık ki hak sahiplerinin zararını gidermekten uzaktır. Uygulamada avukatlar tazminat taleplerinde bulunsa da genellikle somut olaya göre düşük tazminatlara hükmedileceğini bildikleri için tecavüzün durdurulması ve kaldırılması gibi taleplerinin kabul edilmesini önceliklemler. Hâlbuki tazminat sorumluluğunun temel amacı zararın telafisidir. Hak sahibinin marka hakkına tecavüz sonucunda uğradığı zararların tam olarak giderilmesi gerekir. Kanunda yer alan tazminat talepleri bu amaçla düzenlenmiştir. Zararın tazmini için hükmedilen miktar, zararı etkin bir biçimde gidermeye yönelik olmalıdır. Bu noktada hâkimler yeri geldiğinde, somut olayın koşulları gerektiriyorsa yüksek miktarda tazminatlara hükmetmekten çekinmemelidir.

II. Maddi Tazminat Davası

A. Genel Olarak

Bir haksız fiil sonucunda zarara uğrayan kimse uğradığı zararın tazminini bu haksız fiilden sorumlu olan kimse veya kimselerden talep edebilir. Maddi tazminat davası niteliği itibarıyla bir eda davasıdır. Bu davanın konusunu haksız fiilden sorumlu olan kişi veya kişilerin, zarara uğrayanın zararını tazmine mahkûm edilmesi oluşturmaktadır¹⁶¹. Tazminatın amacı mal varlığında meydana gelen zararın giderilmesidir¹⁶². Bu dava ile uğranılan fiili zararın ve yoksun kalınan kazancın tazmini istenir¹⁶³.

¹⁶¹ Tandoğan, s. 252 vd.; Oğuzman ve Öz, s. 68 vd.; Reisoğlu, s. 214 vd.

¹⁶² Yasaman, Hukuk Davaları, s. 317; Uzunallı, Marka, s. 196. Öngörülecek tazminat, adil, orantılı, etkili ve caydırıcı olmalıdır. Direktifin 3. maddesi, bu direktif ile kapsam altına alınan fikri mülkiyet haklarının uygulanmasını temin etmek için gerekli olan önlemleri, usulleri ve çareleri düzenlemektedir. Anılan madde uyarınca söz konusu önlemler, usuller ve çareler haklı, hakkaniyetli, etkili, ölçülü ve caydırıcı olmalıdır.

¹⁶³ Arkan, Ticari İşletme, s. 340.

Nasıl ki haksız fiilden zarar gören kişi, bu zararın sorumlusundan uğradığı zararın tazmini isteyebilirse, benzer şekilde bir haksız fiil olan marka hakkına tecavüz sonucunda zarara uğrayan hak sahibi de mütecavizden maddi zararının giderilmesini isteyebilir.

Marka hakkına tecavüz nedeniyle hak sahibinin mal varlığında oluşan maddi kayıp, SMK m. 151/1’de belirtildiği gibi “fiili zarar” (*damnum emergens*) ve “yoksun kalınan kâr”dan (*lucrum cessans*) oluşur. Mütecavizin bu zararı gidermesi gerekir. Kural olarak TBK m. 50 uyarınca zarar gören, zararını ispatlamalıdır. Ancak kimi durumlarda uğranılan zarar miktarı zarar gören tarafından tam olarak ispat edilemeyebilir. Bu durumda TBK m. 50/2 uyarınca hâkim, olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önüne alarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler¹⁶⁴. Hâkimin yapacağı belirlemede tazminat miktarının üst sınırını zarar miktarı oluşturur¹⁶⁵.

Fikri mülkiyet hakkı ihlalleri genellikle soyut bir niteliğe sahiptir. Örneğin kişinin evine zarar verilmesi durumunda gerçekleşen zararın hesaplanması, marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda oluşan zararın hesaplanması ile karşılaştırıldığında daha kolaydır. Eve verilen zarar somut bir niteliktedir. Oysa marka tecavüzü sonucunda oluşan zarar genellikle soyut mahiyettedir. Zararın belirlenmesi için teknik analiz gerekir. Birden çok kriterin dikkate alındığı detaylı bir hesaplama ihtiyacı duyulur. Bu nedenle kanun koyucu, marka hakkına tecavüzden doğan zararın hesaplanmasına kolaylık sağlaması için SMK m. 151/2 ile yoksun kalınan kazancın hesaplanması için üç yöntem öngörmüştür. Hak sahibi, bu üç yöntemden birini seçebilir. Seçilen yöntem ile mahkeme bir hesaplama yapmak durumundadır. Hesaplama yapılırken bilirkişi görüşüne başvurulur.

B. Maddi Tazminat Davasında Kusurun Rolü

Kural olarak haksız fiilden ötürü açılan maddi tazminat davalarında, zarar gören tarafından failin kusurlu olduğunun ispatı gerekmektedir. Marka hakkına tecavüz de özünde bir haksız fiildir. Dolayısıyla kanunda kusurun aranmadığına ilişkin bir hükme yer verilmediğinden mütecavizin kusurunun mevcudiyeti, tazminat sorumluluğu açısından gerekli bir koşuldur.

¹⁶⁴ Yasaman, Hukuk Davaları, s. 319; Aydın, s. 536; Çolak, s. 772; Uzunallı, Marka, s. 197; Yasaman, Şerh, s. 3090; Bozbel, s. 519.

¹⁶⁵ Çolak, s. 772; Uzunallı, Marka, s. 196.

Tazminat hukukunda kusur¹⁶⁶, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber hukuk aykırı davranıştan kaçınmak için iradeyi yeterli derecede kullanmamaktır. Kusur iki türden oluşmakta olup failin hukuka aykırı sonucu isteyerek davranması kastı, hukuka aykırı sonucu istemiş olmayıp bu sonuçtan kaçınmak için iradesini yeterli derecede kullanmaması (özen göstermemesi) ihmali vücuda getirir¹⁶⁷. İhmal halinde gösterilecek özenin derecesi belirlenirken objektif kriterler yanında, failin mesleği, işgal alanı, tacir olup olmadığı gibi hususlar da gözetilir¹⁶⁸.

Mütecaviz, hak sahibinin markasına yönelik tecavüz eylemini kasten veya ihmal ile gerçekleştirmiş olabilir¹⁶⁹. Kast marka hakkına tecavüzü istemeyi, ihmal ise tecavüzü önlemek için yeterli derecede özen ve çabayı göstermemeyi ifade eder¹⁷⁰.

SMK öncesi yürürlükte bulunan MarKHK döneminde mütecavizin kusurunun aranıp aranmayacağına ilişkin birtakım tartışmalar yaşanmıştı. Bu tartışmalardan konumuz kapsamında kalanı, MarKHK m. 64'ün ilk iki fıkrasındaki “kusur” farklılığıdır. İlk fıkra taklit malın tecavüz sorumluluğuna yol açacağına ilişkin kusura yer verilmemiştir. Buna karşılık bir sonraki fıkra kusurdan açık bir biçimde bahsedilmiştir¹⁷¹. Kusura ilişkin bu farklılık öğretide, marka taklidinin ilk fıkra kapsamına

¹⁶⁶ Kusura ilişkin yüksek mahkemenin yaptığı nitelendirme öğretideki genel tanımla uyumaktadır. Yargıtay, uygulama ve öğretiyeye atıf yaparak kusurun hukuk düzenince kınanabilen bir davranış olduğunu belirtmiştir. Kınamanın sebebini ise söz konusu davranışın belli şartlar altında bireylerden beklenen makul hareket tarzından sapılmasının oluşturduğunu vurgulamıştır. Ayrıca öğreti tarafından yapılan kusurun kast ve ihmal olarak ayrılması, Yargıtay tarafından da benimsenmektedir. Karar için bkz. HGK, 30.01.2013, 729/163, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

¹⁶⁷ Oğuzman ve Öz, s. 54 vd; Eren, s. 648 vd. Kusur marka hukukunda tazminat yükümlülüğünün doğması için gerekli olmakla birlikte, kusurun kast veya ihmalle gerçekleşmesi tazminat yükümlülüğünün doğması için değil tazminatın tayini için belirleyici rol oynar. Tespit için bkz. Uzunallı, Marka, s. 193; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 335.

¹⁶⁸ Çolak, s. 774.

¹⁶⁹ Uzunallı, bir markayı seçip kullanan kimsenin bilinen tüm araştırma kaynaklarından yararlanması gerektiğine işaret etmektedir. Bu ayrıntılı araştırma yükümünün tam olarak yerine getirilmesi ise kolay değildir. Bu itibarla mütecavizin kusurunun olmadığı bir tecavüzden söz etmek pratikte oldukça güçtür. Görüş için bkz. Uzunallı, Markanın Korunması, s. 338.

¹⁷⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 503.

¹⁷¹ Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın *kusurlu* bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür (MarKHK m. 64/2).

girmesi durumunda, kusursuz sorumluluğun söz konusu olduğunu savunan bir görüşü ortaya çıkarmıştı¹⁷².

SMK'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte sınai mülkiyet haklarına tecavüz halinde talep edilebilecek tazminatın düzenlendiği 150. maddede kusur kelimesine yer verilmemiştir. Bu sayede, marka hakkına tecavüz eyleminin altında haksız fiil sorumluluğunun yattığı, kusursuz sorumluluğa dair herhangi bir hükmün öngörülmediği netlik kazanmıştır¹⁷³. Böylece mülga MarKHK döneminde marka hakkına tecavüzde kusur şartına ilişkin süregelen tartışmalar, SMK m. 150 düzenlemesiyle son bulmuştur.

Her ne kadar madde metninde kusurdan açıkça bahsedilmese de¹⁷⁴ hak sahibinin maddi tazminat talep edebilmesi için mütecavizin kusuru bulunmalıdır¹⁷⁵.

Öğretide *Uzunallı*, haksız fiil sorumluluğunda temel ilkenin kusur sorumluluğu olduğunu, SMK'nin ilgili hükümlerinde açıkça kusursuz sorumluluk halinin öngörülmediği, kusursuz sorumluluğun kabulü için bu yönde açık bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu için marka hakkına tecavüzden doğan sorumluluğa ilişkin şartların genel

¹⁷² Tekinalp'e göre MarKHK m. 64/1 hükmünde zikredilen kişilerin kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın tazminat istenebilecektir. Zira ilk fıkrada kusurdan bahsedilmemiş ancak ikinci fıkrada kusur şartı öngörülmüştür. Görüş için bkz. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, s. 499-500. Öğretide Arkan ise anılan hükümde kusurdan söz edilmemiş olmasını bu kişilerin kusurlu olmasalar dahi tazminatla sorumlu olacakları anlamında yorumlanmasını eleştirmiştir. Yazara göre, bir işareti marka olarak kullanmayı düşünen bir kişinin ilk iş olarak bu işareti kullanmasının marka hakkına tecavüze sebebiyet verip vermeyeceğini araştırması gerekir. Durumun özelliklerinin gerektirdiği araştırmaları yapmadan işareti marka olarak kullanmaya başlayan kişinin kusurlu davranmış olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla taklit markalı ürünleri üreten, satan, vb. kişinin fail olarak kusurlu hareket ettiği asıldır. Öte yandan haksız fiil sorumluluğunda kusursuz sorumluluğun istisnai bir durum olduğu ve ancak açık bir düzenleme ile bu sorumluluk türünün öngörülebileceği de göz önüne alınırsa ilgili hükümde açıkça kusurdan söz edilmiş olmasa da kusurlu sorumluluk esasının kabul edilmesi gerekmektedir. Görüş için bkz. Arkan, s. 241-243. Aynı yönde bkz. Hanife Dirikcan, *Tanınmış Markanın Korunması*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s. 307, dp. 388; Karan ve Kılıç, s. 494.

¹⁷³ Aydın, s. 531-532.

¹⁷⁴ Maddenin gerekçesinde tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle Mülga MarKHK dönemindeki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve kusur kelimesi madde metninden çıkartıldığı belirtilmektedir. Madde gerekçesi için bkz. SMK Gerekçesi, S.S. 341, s. 67. Gerekçeye göre, tazminat hukukunda sorumluluğun doğması için kusur kuralı şarttır. Dolayısıyla, marka hakkına tecavüz halinde de failin kusurunun olup olmadığı araştırılacaktır. Gerekçeye ulaşmak için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>, ET. [16.3.2024].

¹⁷⁵ Çolak, s. 774; Bozgeyik, s. 179. Yasaman'a göre ödenmesi gereken lisans bedeli yönteminin seçilmesi halinde de kusurun varlığı aranmalıdır. Burada emsal lisans sözleşmesi veya bilirkişinin markanın değerini nazara alarak benzer markalara verilebilen lisans bedelini tespit etmesi ile ispat sağlanır. Bu halde kusur da varsayımsal olarak tespit edilebilecektir. Görüş için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3094.

hükümlere bırakıldığı sonucuna varmaktadır. Bu nedenle SMK m. 150/1’de kusura dair bir ibare geçmemesine rağmen mütecavizin tazminat sorumluluğu kusura bağlıdır¹⁷⁶.

Mütecavizin kast derecesinde kusuruna özellikle markanın taklit edilmesinde rastlanır. Örneğin hakkı olmadığı halde bir başkasına ait markayı bile isteye kullanıp bu markanın tanınırlığından faydalanarak tecavüze konu ürünlerin satışını yapan bir kişinin kusuru kast derecesindedir. İhmal derecesindeki kusura ise özellikle iş hayatında gösterilmesi gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sonucunda gerçekleştirilen tecavüz fiillerinde rastlanır¹⁷⁷.

Kusurun kast veya ihmal şeklinde iki farklı görünüm arz edebileceğine ilişkin SMK m. 29/1- (c) bendi aydınlatıcı bir örnek teşkil etmektedir. Söz konusu bentte markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak gibi eylemlerde bulunan kişilerden bahsedilmektedir. Anılan bent kapsamında markanın taklit edildiğini bilmeleri gerektiği halde bu tür eylemleri gerçekleştirenler ihmal derecesinde; malın taklit edildiğini bildikleri halde bu tür eylemleri gerçekleştirenler ise kast derecesinde kusurdan sorumlu olurlar¹⁷⁸.

Kusurun varlığı tazminat sorumluluğunun doğması için yeterli olmakla birlikte kusurun derecesi, tecavüzün kasten mi yoksa ihmal ile mi gerçekleştirildiği tazminatin belirlenmesinde önem taşır¹⁷⁹. Tazminatin belirlenmesinde, somut olayın özelliklerine göre tecavüzün oluşumunda failin oynadığı role bakılır. Bu doğrultuda, failin kast veya ihmalinin ağırlığı, kusurlu hareketinin doğurduğu sonuçlar, hak sahibinin markasında meydana gelen zarar gibi kriterler dikkate alınır.

Kusurun belirlenmesinde somut olayın özelliklerinden hareket edilir¹⁸⁰. Belirleme yapılırken rastgele normal bir insan tipi değil, o olayla ilgili normal (makul) insan tipi değerlendirilmede esas alınır¹⁸¹.

¹⁷⁶ Uzunallı, Marka, s. 191; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 334. Yazar, ayrıca mütecaviz kusursuz ise kazancının TBK m. 530 uyarınca vekâletsiz iş görme hükümlerine göre, ödenmesi gereken lisans bedelinin ise TBK m. 77 vd. gereği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebileceğini belirtmektedir. Görüş için bkz. Uzunallı, Marka, s. 191, dp. 313. Aynı yönde bkz. Taşkın, s. 133 ve dp. 477.

¹⁷⁷ Çolak, s. 488; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 336; Yasaman, Şerh, s. 3002.

¹⁷⁸ Yasaman, Şerh, s. 3002.

¹⁷⁹ Uzunallı, Marka, s. 193; Taşkın, s. 111.

¹⁸⁰ Uzunallı, Marka, s. 193; Taşkın, s. 112.

Özellikle failin tacir olması durumunda kusurun belirlenmesinde TTK'de benimsenen basiretli iş adamı kriterine başvurulacaktır. TTK m. 18/2'e göre her tacir ticaretine ait faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etmelidir. Bu hükümle tacirlerin ticari faaliyetlerinde göstermesi gerekenin özenin belirlenmesinde daha katı ölçütlerin uygulanacağı öngörülmüştür. Örneğin markanın haksız olarak kullanıldığı malların satıcısı tacir ise basiretli iş adamı gibi davranma kriteri devreye girecek, tacirden aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli ve öngörülü bir tacirden beklenen özeni gösterip göstermediği araştırılacaktır¹⁸².

Davalı tacirin, bayileri tarafından satışa arz edilen hak sahibine ait markalı ürünlerin taklitlerini piyasadan gelişigüzel satın alarak işyerinde bulundurmaması gerekir. Zira basiretli tacir ilkesi gereği tacir, malların taklit olup olmadığını araştırılmalıdır. Bu konuda tacirin öngörülü, tedbirli ve özenli olması önem arz eder¹⁸³.

Karara konu bir olayda davalı, davacı adına tescilli TSE ve TSEK markalarına, kendi internet sitesinde haksız olarak ve davacı tarafla herhangi bir sözleşme akdetmeksizin "sertifikalarımız" ibaresinde yer vermiştir. Yüksek mahkeme, davalı tarafın basiretli tacir gibi hareket etmesi gerektiğini ve tanıtım yaparken başkasına ait marka kullanımını engellemekle yükümlü olduğunu belirterek hükmedilen tazminatı onamıştır¹⁸⁴.

Hayatın olağan akışı, kusurun belirlenmesinde nazara alınan bir diğer kriterdir¹⁸⁵. Karara konu bir olayda taklit markaya ilişkin bastırılmış el ilanları bulunmaktadır. Davalı, şahsına ait telefon numarasını dava dışı arkadaşına verdiğini dolayısıyla tecavüz fiilinden sorumlu olmadığını ileri sürmüştür. Yerel mahkeme, davalının kömür satışı ile bir ilgisinin olmadığı, belirtilen telefonu kullanmadığı, broşür bastırmadığı, yalnızca adına kayıtlı tescilli telefonu dava dışı şahsa kullandığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Temyiz üzerine yüksek mahkeme, taklit markanın tanıtımının yer aldığı el

¹⁸¹ Tandoğan, s. 50-51; Oğuzman ve Öz, s. 60; Reisoğlu, s. 172; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 335; Bozbel, s. 517.

¹⁸² Uzunallı, Marka, s. 194; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 335; Bozbel, s. 517; Taşkın, s. 112. Tacirin göstermesi gereken özen borcu için bkz. Arkan, Ticari İşletme, 2019, s. 153 vd. Davalı tacirin dava konusu ürünlerin taklit mal olduğunu bilmediği savunması, basiretli tacir ilkesi uyarınca dinlenemez. Karar için bkz. 11. HD, 25.04.2006 5091/4635, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

¹⁸³ HGK, 17.12.1997, 11-836/1075, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Yargıtayın bu içtihadını haksız fiil failinin tacir olması halinde kusur karinesinin yaratıldığı şeklinde yorumlanabileceğini ileri süren görüş için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3055.

¹⁸⁴ 11. HD, 07.12.2015, 5616/13092, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

¹⁸⁵ Yasaman, Hukuk Davaları, s. 319.

ilanlarında bulunan telefon numarasının dosyadaki delillere göre davalı adına kayıtlı bulunduğunun sabit olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, davalının dava dışı arkadaşının işlerinden haberdar olmamasının, adına kayıtlı telefonun hangi amaçla kullanıldığını ve el ilanları bastırıldığını bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olarak değerlendirerek bozmaya hükmetmiştir¹⁸⁶.

C. Tazminatın Hesaplanması

1. Genel Olarak

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, SMK m. 150/1 uyarınca zararını mütecavizden talep edebilecektir. Hak sahibinin uğradığı zarar, m. 151/1’de açıkça ifade edildiği üzere fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtan oluşmaktadır¹⁸⁷.

Dolayısıyla tazminatın hesaplanmasında iki kalem nazara alınacak olup bunlar fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtır¹⁸⁸. Kanunda fiili zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin bir yöntemden bahsedilmezken, yoksun kalınan kazancın hesaplanması için SMK m. 151/2’de üç farklı hesaplama yöntemi öngörülmüştür¹⁸⁹.

SMK m. 29’da sayılan tecavüz fiilleri nedeniyle hak sahibinin uğradığı zararın belirlenmesi ve tazminat tutarının hesaplanması çetrefilli bir mahiyet arz etmektedir. Zira mahkemece yapılacak hesaplamada birçok veri göz alınacaktır.

Bu noktada maddi tazminatın hesaplanması bakımından yaptırılacak bilirkişi incelemesi önem arz etmektedir. Bilirkişi görüşünün tazminat hukuku ilkeleri ile kanun ve uygulamada kabul edilen hesaplama usullerine uygun olması gerekir. Bu nitelikte olmayan, temelsiz hesaplamalara dayanan bilirkişi görüşlerine dayanarak karar verilemez. Raporun, eksik veya yetersiz inceleme nedeniyle somut dayanaktan yoksun olması

¹⁸⁶ 11. HD, 03.12.2007, 12733/15245, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

¹⁸⁷ Direktif m. 13/1- (b) hükmünde alternatif bir imkân olarak şartların elverişli olması durumunda hak sahibinin uğradığı maddi zararın maktu olarak belirlenebileceği dahi öngörülmüştür..

¹⁸⁸ Uzunallı’ya göre markanın kullanıldığı mal veya hizmetin kendisi, hakka tecavüz suretiyle cismani bir zarara veya tahribata uğrayamaz ancak değeri azalabilir. Yine marka hakkına tecavüzde örneğin taklit markayı kullanan, hak sahibini marka hakkından yoksun kılamaz, hak sahibi haktan bizzat faydalanmaya devam edebilir. Yazar, bu gerekçeleri öne sürerek marka hakkına tecavüzde fiili zararın öneminin az olduğu görüşündedir. Uzunallı, Marka, s. 198.

¹⁸⁹ Aydın, s. 541; Karan ve Kılıç, s. 521.

halinde ek rapor alınmak suretiyle tamamlanması, gerektiğinde yeni bir heyetten rapor alınması gerekir. Bilirkişi raporundaki görüşün, hesaplama esas bilgi ve belge elde edilememesi nedeniyle afaki kalması durumunda hâkimin, gerekçesini açıklamak suretiyle tazminatı genel hükümlere göre belirlemesi gerekir¹⁹⁰.

Bu hususa ilişkin Yargıtay bir kararında, bilirkişilerden alınan asıl rapor ile ek rapor arasındaki çelişkiye dikkat çekmiştir. Mütecavizin elde ettiği kârın tamamının tecavüz fiilinin sonucunda elde edilmediğini, yani mütecavizin başka marka adı altında üretim yapmış olsaydı belirli bir miktar kâr elde etme ihtimalinin olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca kâr elde edilmesinde sermaye, amortisman, mal üretim, satış ve pazarlama ağı, personel politikası, eğitime verilen önem, istihdamın niteliği, faaliyet gösterilen yerin niteliği, reklam politikası, mütecavizin birçok üretim çeşidinin bulunması gibi faktörlerin de hesaplamada gözetilmesi gerektiğine işaret etmiştir¹⁹¹.

Tazminat hesabının dosya kapsamındaki tescil belgesi, markanın geçerlilik süresi, varsa markanın lisans belgeleri, tespit raporları, fiyat listeleri, irsaliyeler ve faturalar gibi yazılı kanıtlar ve tarafların ticari defter ve belgeleri üzerinde yapılması gerekmektedir¹⁹².

Somut olaya uygun ve hakkaniyetli bir tazminat hesabının yapılabilmesi için mütecavizin üretim ve satış kapasitesi, işyeri ve iş hacminin büyüklüğü veya küçüklüğü ile yıllık cirosu gibi ekonomik büyüklüğünü belirlemeye yarayacak konularda yeterli ve denetime elverişli bir araştırma yapılmalıdır. Tarafların salt eşit şartlarda işletmeler olmadığına kanaat getirilerek takdiren bir tazminata hükmedilmesi yerinde değildir¹⁹³.

¹⁹⁰ Bozgeyik, s. 181-182.

¹⁹¹ 11. HD, 24.05.2016, 11791/5632, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Yargıtay, tazminat belirlenirken yapılacak hesaplamanın afaki oranlar ve tahminler üzerinden değil somut veriler ışığında yapılması gerektiğinin altını çizmiştir. Yüksek Mahkeme, kârın belirlenmesinde dosyaya ibraz edilen sipariş formları, davalı tarafça kesilen faturalar ve satış fiyatını etkileyen diğer hususlar nazara alınıp dava konusu ürünlerin üretim giderleri de düşülmek suretiyle davalının satışa sunduğu ürün adedi üzerinden hesaplama yapılmasının gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Karar için bkz. 11. HD, 10.03.2016, 25115/2672, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

¹⁹² İlhami Güneş, *Uygulamalı Marka Hukuku*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), s. 380; Yasaman, Şerh, s. 3003-3004.

¹⁹³ 11. HD, 26.04.2017, 13810/2449, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

2. Fiili Zarar

SMK m. 151/1'de hak sahibinin uğradığı zararın fiili kaybı içerdiği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu zarar türünün tanımına yer verilmemiştir. Fiili zarar esasında, marka hakkına tecavüz nedeniyle hak sahibinin mal varlığında oluşan net azalma olarak tanımlanabilir¹⁹⁴.

Bu zarar türünde hak sahibinin mal varlığının aktifinde fiili bir azalma veya pasifinde bir çoğalma meydana gelir¹⁹⁵. Hak sahibinin tecavüzü bertaraf etmek için yaptığı tüm masraflar fiili zararın kapsamına girer¹⁹⁶.

Marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda hak sahibi, karışıklık ve yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için durumu açıklayıcı ilanlar verebilir veya markanın zayıflayan ayırt edicilik unsurunu güçlendirmek için yeni bir reklam kampanyası başlatabilir. Öte yandan tecavüz fiilini tespit etmek, gerekli kanıtları toplamak için de çeşitli harcamalar yapılabilir. İşte hak sahibinin bu girişimler sonucunda üstleneceği masraflar fiili zarara örnek teşkil etmektedir¹⁹⁷.

Avukatlık, danışmanlık veya tahkim ücreti gibi masraflar da fiili zarar olarak kabul edilmelidir¹⁹⁸. Gerçekten marka hakkına tecavüzden doğan davalar niteliği gereği teknik bilgiyi gerektirdiği için davacının marka alanında uzman bir avukata ihtiyacı olmaktadır. Aralarındaki avukatlık sözleşmesi gereği avukatına belirli bir ücret ödeyen davacının yaptığı bu ödeme, aslında davacının fiili zarar kalemlerinden biridir. Davanın kabul edilmesi halinde bu zarar kalemi de dikkate alınarak davacının avukatı ile kararlaştırdığı bu ücret davalıya yükletilebilmelidir. HMK m. 329'da kötüniyetli davalının, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün göz önüne alınması hak sahibinin zarara uğramaması için çok önemlidir¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Çolak, s. 775; Kaya, s. 291; Suluk, Karasu, Nal, s. 381; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501; Aydın, s. 541.

¹⁹⁵ Tandoğan, s. 64; Oğuzman ve Öz s. 40; Eren, s. 595; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 561; Meran, s. 524; Rıza Ayhan, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), s. 326.

¹⁹⁶ Uzunallı, Marka, s.197.

¹⁹⁷ Arkan, Marka, s. 244; Kaya, s. 291; Çolak, s. 775; Aydın s. 542; Bozbel, s. 519; Taşkın, s. 114-115, 127.

¹⁹⁸ Kaya, s. 291.

¹⁹⁹ Uygulamada davacı lehine hükmedilen tazminat miktarlarının zararı gidermek açısından çok düşük kaldığı göz önüne alındığında, davacının bir de avukat masraflarının üzerine kalması, hükmedilen tazminatın davacının masraflarını karşılayamaması sonucunu doğurur.

Ne var ki uygulamada, davacının avukatı ile aralarında kararlaştırdıkları vekâlet ücreti davalıya yansıtılmamakta, sadece Avukatlık Asgari Ücret Tarifesindeki (AAÜT) tutarın davalıdan alınarak davacıya verilmesi kabul edilmektedir²⁰⁰.

Marka hukuku açısından fiili zarar kavramı içine, müşterilerin yanıltılmasından ve tereddüte düşürülmesinden, bir başka ifadeyle “pazarın karıştırılmasından” doğan zararlar da girmektedir. Tecavüz sonucunda markanın ilişkilendirildiği mal veya hizmet piyasasında meydana gelen pazar payı kaybı ile bunun giderilmesi için yapılan promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme, imaj yenileme gibi masraflar da fiili zarar kapsamında değerlendirilmektedir²⁰¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun (HGK) bir kararında öğretiye de atıfta bulunularak fiili zarar doğuran örnek haller sayılmıştır. Marka hakkına tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, mal veya hizmet pazarında pazar kaybı, yatırımların bu süreçte boşa gitmesi ve istihdam edilenlere bu süreçte ödenen fazla paralar fiili zararın ortaya çıktığı hallerdendir²⁰².

Kanunda fiili zararın hesaplanmasına ilişkin özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu halde tazminata esas teşkil edecek fiili zarar miktarı, TBK m. 50 vd. hükümleri ışığında

²⁰⁰ Markaya haksız rekabet ile tecavüzün tespiti, önlenmesi, giderilmesi ve maddi manevi tazminat davasında, davacı vekili, davaya delil teşkil etmek amacıyla yapılan değişik iş dosya harç ve masraflar toplamı, ihtiyati tedbirin icrası için ödenen icra harç toplamı, icra yolluk, araç masrafı ve müvekkile bu işler için kesilen serbest meslek makbuzu karşılığı, haksız rekabet ve tecavüzün önlenmesi için yapılan tüm masraflar ile avukatlık masraflarının müvekkilinin maddi zararını oluşturduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda HMK m. 329 uyarınca sayılan masrafların davalılara ödettirilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Söz konusu masrafları maddi zarar çerçevesinde değerlendiren yerel mahkeme maddi tazminata hükmetmiştir. Yargıtay ise tespit ve tedbir giderlerinin yargılama gideri olduğunu, dolayısıyla maddi tazminata konu edilemeyeceğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Bozmaya uyan mahkeme, davacılar tarafından dosyaya sunulan serbest meslek makbuzlarının birinin esas dava, birinin ise tespit dosyasına ilişkin olduğunu, bu noktada asıl davaya ilişkin vekâlet ücretinin zaten dosyada ele alındığını, tespit dosyası yönünden ise tespit tarihindeki AAÜT'nin dikkate alınmasının gerektiğinden bahisle serbest makbuzlarını dikkate almaksızın AAÜT'ye göre vekâlet ücretlerini tespit etmiştir. Yargıtayın tespitinde eksiklik bulunmaktadır. Yüksek mahkeme bozma kararında avukatlık masraflarına değinmemiştir. Davacı ile davacı vekili arasındaki vekâlet ilişkisinden kaynaklanan avukatlık ücreti, aslında davacının tecavüz eylemi sonucunda uğradığı fiili zarar kalemlerinden biridir. Bu nedenle davacı vekili, bu masrafları maddi zarar olarak nitelendirip maddi tazminat istemine dayanak yapabilir. Kanımızca HMK m. 329 çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak sonuca göre karar verilmesi gerekirdi. Karar için bkz. 11. HD, 25.10.2023, 6638/6174, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁰¹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501; Çolak, s. 775; Yasaman, Şerh, s. 3005; Uzunallı, Marka, s. 197; Bozbel, s. 519; Hakan Taştan, *Markada Tazminat ve Muhasebe*, (Ankara: Detay Yayıncılık, 2014), s. 160.

²⁰² HGK, 18.04.2019, 66/480, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

genel hükümler uyarınca tayin edilecektir²⁰³. Bu belirlemede şartları mevcut ise denkleştirme ilkeleri tatbik edilecektir²⁰⁴.

Hak sahibi, uğradığı fiili zararı somut delillere dayanarak ispat etmelidir. Mahkeme, hak sahibi tarafından fiili zararı kanıtlayan herhangi bir delil ibraz edilmemesi durumunda fiili zararın oluştuğu sonucuna varmamalı, maddi tazminata peşinen hükmetmemelidir²⁰⁵.

Yüksek mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacı, delil tespiti amacıyla yapılan yargılama giderlerini maddi tazminat istemine konu etmiştir. Mahkeme, tespit giderlerinin fiili zarar kapsamında talep edilebileceği gerekçesiyle maddi tazminat istemi yönünden kabul kararı vermiştir. Hâlbuki delil tespiti amacıyla yapılan yargılama giderleri, HMK m. 323 kapsamında aynı dava içinde mahkemece resen hüküm altına alınabilecek nitelikte olup, bağımsız bir zarar kalemi olarak nitelendirilemez. Bu sebeple Yargıtay, delil tespiti amacıyla yapılan giderlerin HMK m. 323 çerçevesinde yargılama giderleri olarak değerlendirilerek hüküm altına alınması gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir²⁰⁶.

3. Yoksun Kalınan Kazanç

SMK m. 151/1’de sınai mülkiyet hakkına tecavüz durumunda hak sahibinin uğradığı zarar, fiili zararın yanında yoksun kalınan kazancı da içermektedir.

Objektif piyasa şartlarında, hak sahibinin faaliyetinin niteliğine bağlı olarak beklenen, meydana gelmesi muhtemel mal varlığı artışının mütecavizin eylemi sebebiyle önlenmesi durumunda yoksun kalınan kazançtan bahsedilir²⁰⁷.

²⁰³ Yasaman, Şerh, s. 3004; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501; Çolak, s. 775; Karan ve Kılıç, s. 520; Aydın, s. 542.

²⁰⁴ Öğretide denkleştirme, belirlenen zarar miktarından, haksız fiilin mağdura sağladığı faydaların düşülmesi suretiyle net zararın bulunması işlemi olarak tanımlanmaktadır. Denkleştirme kuralının uygulanması için tazmini gereken bir zarar, zarar ile denkleştirilecek bir yarar ve zarar verici eylem ile yarar arasında uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, s. 267 vd; Oğuzman ve Öz, s. 89; Eren, s. 827 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 586 vd. Bu kapsamda tecavüze konu fiil sonucunda hak sahibi, bundan yarar sağlamışsa yarar sağladığı miktar kadar fiili zarardan düşülecektir. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501; Yasaman, Şerh, s. 3004; Meran, s. 524; Gönen, s. 41.

²⁰⁵ 11. HD, 27.04.2022, 6204/3498, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁰⁶ 11. HD, 13.11.2019, 5302/7160, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁰⁷ Kaya, s. 292. Yoksun kalınan kazançta, zarar görenin mal varlığının mevcut durumunda değil, müstakbel durumunda bir azalma gerçekleşir. Bu itibarla, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında fiili zararın

Tecavüz nedeniyle mal varlığındaki artışın engellenmesi nedeniyle uğranılan zarar, yoksun kalınan kazançtır. Yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde tecavüz gerçekleşmeseydi hak sahibinin mal varlığındaki artışın ne olacağı araştırılır²⁰⁸.

Hak sahibinin, mütecavizin haksız fiilleri sebebiyle piyasaya etkin bir şekilde girememesi, yatırımlarının bu zaman diliminde kayba uğraması yoksun kalınan kazançta örnek olarak verilebilir²⁰⁹. Yine, hak sahibinin güncel veya potansiyel alıcıları ile işlemlerin ya hiç gerçekleşmemesi ya da yeterli ölçüde gerçekleşmemesinden dolayı bir takım kazançlardan mahrum kalması da yoksun kalınan kazancın kapsamına girer²¹⁰.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanması, fiili zararın hesaplanmasına nazaran daha güçtür. Bunun için kanun koyucu, hak sahibine ve mahkemeye kolaylık sağlamak amacıyla yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında çeşitli yöntemler öngörmüştür²¹¹.

SMK m. 151/2 marka sahibine, yoksun kalınan kazancın miktarını ispatlarken dayanabileceği üç ayrı hesaplama yöntemini²¹² zarar gören hak sahibinin tercihine bırakmıştır. Bu konuda hak sahibi seçimlik hakka sahiptir²¹³. Hak sahibi, bu üç yöntemden başka bir usule dayanarak zararın hesaplanmasını isteyemez²¹⁴. Yöntemler birleştirilerek hesaplama yapılamaz. Çünkü SMK'de öngörülen hesaplama usulleri aynı zararın farklı yollarla araştırılmasına hizmet eder²¹⁵.

Öğretide bir görüş, kanunda öngörülen yöntemlerden birini tercih eden hak sahibinin, sonradan bu seçiminden vazgeçerek diğer usullerden birini seçerek yoksun kalınan kazancın buna göre hesaplanmasını isteyebileceğini ileri sürmektedir²¹⁶. Aksi görüş ise böyle bir tercih değişikliğinin ancak karşı tarafın rızası ile mümkün

tespitinden farklı olarak mal varlığının hâlihazırdaki değil, gelecekteki farazi durumu dikkate alınır. Bilgi için bkz. Tandoğan, s. 65; Eren, s. 596.

²⁰⁸ Suluk, Karasu, Nal, s. 381.

²⁰⁹ Kaya, s. 292.

²¹⁰ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 346; Bozbel, s. 519.

²¹¹ Karan ve Kılıç s. 520; Kaya, s. 292.

²¹² Bu üç yöntemden SMK m. 151/2 (a) ve (c) bendinde belirtilenler, varsayımsal olarak hesaplanan zararı mahiyetinde iken, (b) bendindeki seçenek somut olarak gerçekleşen zarar niteliğindedir. Bilgi için bkz. Hamdi Yasaman, "Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar", *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, Cilt III*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), s. 6.

²¹³ Yasaman, Hukuk Davaları, s. 324; Kaya, s. 293; Yasaman, Şerh, s. 3094; Bozbel, s. 519; Taşkın, s. 128.

²¹⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501; Karan ve Kılıç s. 521; Kaya, s. 293; Uzunallı, Marka, s. 204; Yasaman, Tazminat, s. 5, Yasaman, Şerh, s. 3094; Aydın, s. 545; Meran, s. 525; Gönen, s. 64; Taşkın, s.129.

²¹⁵ Uzunallı, Marka, s. 204; Taşkın, s.128. Mustafa Öksüz, "Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 156, (2021), s. 314.

²¹⁶ Arkan, Marka, s. 245; Uzunallı, Marka, s. 204; Gönen, s. 66.

olabileceğini, rıza gösterilmemesi halinde ise davacının ancak ıslah yolu ile bu tercihini değiştirebileceğini savunmaktadır²¹⁷.

Uygulamada Yargıtay, tercih değişikliği için ıslahın yapılmış olmasını veya tercih değişikliğine ilişkin karşı tarafın muvafakat vermiş olmasını aramaktadır.²¹⁸

Yüksek mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacı hak sahibi, başlangıçta lisans bedeline ilişkin (c) bendine dayalı talepte bulunmuştur. Hak sahibi dava aşamasında (c) bendine yönelik talebini değiştirmiş, hesaplamanın aynı maddenin (a) , (b) ve (c) bentlerine göre yapılmasını talep etmiştir. Halbuki hak sahibinin bu üç bentten birini seçmesi şart olduğu gibi, karşı tarafın muvafakati veya ıslahın da bulunmadığı gözetilerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur²¹⁹.

Öğretide tartışılan bir diğer konu, davacının dava dilekçesinde yoksun kalınan kazanç yöntemlerinden herhangi birini belirtme zorunluluğunun olup olmadığıdır. Bir görüş, SMK m. 150/3 uyarınca davacının, gerek dava öncesi gerekse dava sırasında davalının marka tecavüzüne ilişkin belgeleri mahkemeye sunmasını talep edebileceğini, dolayısıyla belgelerin mahkemeye teslim edilip değerlendirilmesinin akabinde davacının tercihini yapabileceği savunmaktadır²²⁰.

Aksini görüş ise HMK m. 48 uyarınca dava dilekçesinde vakıaların açık olarak yazılması ve talep sonucunun net bir biçimde belirtilmesi gerekir. Dolayısıyla hak

²¹⁷ Çolak, s. 778; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 325; Yasaman, Şerh, s. 3095. Davacıya başlangıçta seçtiği yöntemi sonradan değiştirme imkânının verilmesinin yargılamayı gereksiz yere uzatacağı ve usul hukuku açısından da sorun teşkil edeceği yönünde bkz. Aydın, s. 549. Hak sahibinin seçimlik hakkını kullanmada hataya düşebileceği dikkate alınarak, seçimlik hakkını değiştiren hak sahibinin bu hakkını TMK m. 2 (dürüstlük kuralı) çerçevesinde kullanması gerektiği yönünde bkz. Taşkın, s. 130; Atasoy, s. 37.

²¹⁸ 11. HD, 27.02.2012, 10672/2762; 11. HD, 02.02.2015, 15891/1106; 11. HD, 15.02.2018, 6605/1137, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²¹⁹ 11. HD, 27.02.2012, 10672/2762, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Hak sahibi, davanın ilerleyen safhalarında, tercih ettiği hesaplama yöntemini ıslah yoluyla değiştirebilir. Bu aşamadan sonra artık mahkemenin, seçilen yeni yönteme göre tazminat hesabını belirlemesi gerekir. Karara konu bir olayda davacı, davanın başlangıç aşamasında (a) bendine göre hesaplama yapılarak tazminat isteminde bulunmuştur. İlerleyen aşamalarda ise davacı ıslah yoluna giderek tazminat talebini artırmış ve söz konusu tazminata (c) bendi uyarınca karar verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme, ıslah talebine göre (c) bendi gereğince bir hesaplama yaparak tazminatı belirlemesi gerektiği halde, (a) bendine göre yapılan hesaplamaya dayanarak tazminata hükmetmesi bozmaya konu olmuştur. Karar için bkz. 11. HD, 16.03.2015, 17824/3593, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Benzer bir karar için bkz. 11. HD, 02.02.2015, 15891/1106, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²²⁰ Aydın, s. 546. Bu eğilime benzer bir diğer görüş, davacının seçim hakkını, MarKHK m. 65 (SMK m. 150/3) gereğince davalının elde ettiği kazanca ilişkin belgeleri mahkemeye sunmasından ve hatta bu belgelere ilişkin bilirkişi incelemesinden sonra bildirmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir. Görüş için bkz. Bozbel, s. 520.

sahibinin dava açarken hangi yöntemi seçtiğini belirtmesi şart olup belgelerin mahkemeye ibrazından sonra tercihin yapılabilmesi kabul edilemez²²¹.

Davacı tarafından yoksun kalınan kazancın tayini için başvurulacak usule dava dilekçesinde açıkça yer verilmemesi halinde talebin davacıya açıklattırılması gerekir²²². Bu durum, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin ve taleple bağlılık ilkesinin bir yansımasıdır. Zira SMK m. 151'in lafzı gereği maddede öngörülen yöntemlerden birini bizzat davacının seçmesi icap etmektedir. Bir diğer deyişle mahkeme seçimi resen yapamayacaktır²²³. Şayet davacının talebinde yöntemin seçimine ilişkin bir belirsizlik varsa mahkeme, davacıya talebini açıklattırarak hangi usulün seçildiğini gün yüzüne çıkarmalıdır²²⁴.

Tazminat talebine ilişkin mahkeme kararında, hükmedilen tazminatın hangi tür yoksun kalınan kazanç hesaplama usulüne göre belirlendiğinin gösterilmesi gerekir²²⁵. Hak sahibince verilen dilekçede tazminatın belirlenmesi için hangi tür hesap yöntemine dayanıldığı açık bir biçimde anlaşılamıyorsa bu durumun tarafa sorularak açıklığa kavuşturulması uygun olur. Aksi halde hangi yönteme dayanılarak verildiği anlaşılamayan hüküm bozma sebebi teşkil eder.

Öğretide, tazminat davasında yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına ilişkin kanunda öngörülen yöntemlerin davacı tarafından terditli olarak belirtilebileceği öne sürülmektedir. Örneğin SMK m. 151/2- (b) bendine göre mütecevizin elde ettiği net kazanç talep edildiğinde bunun ispatı için davalının defter ve kayıtları celp edilecektir. Ne var ki belgelerin ibrazının mümkün olmaması veya defterlerin bulunmaması durumunda net kazanç tam olarak tespit edilemeyecektir. İşte bu halde davacı, davasını terditli olarak açarak (b) bendine göre yoksun kalınan kazancın tespit edilememesi halinde, (c) bendinde

²²¹ Yasaman, Şerh, s. 3098 vd.

²²² Çolak, s. 778; Yasaman, Şerh, s. 3098; Uzunallı, Marka, s. 204; Taşkın, s. 129. Yargıtay, öğretideki görüşe paralel olarak davacının hangi yöntemi seçtiğinin açıklattırılıp buna göre tazminat talebi yönünden bir değerlendirilme yapılması görüşündedir. Kararlar için bkz. 11. HD, 02.06.2005, 7923/5758, 11. HD, 01.06.2009, 2255/6703; 11. HD, 07.02.2006, 122/1085; 11. HD, 11.12.2017, 5105/7068, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Yasaman'a göre sadece maddi tazminat talep eden davacının, seçimlik haklardan birini açıkça seçmediği takdirde, (a) bendindeki yöntemi seçtiğinin kabulü gerekir. Zira (a) bendi, diğerlerine nazaran genel kuraldır. Görüş için bkz. Yasaman, Hukuk Davaları, s. 324; Yasaman, Şerh, s. 3099.

²²³ 11. HD, 01.03.2018, 7907/1598, www.legalbank.net [ET.16.3.2024].

²²⁴ Kaya, s. 293; Yasaman, Şerh, s. 3097 vd.

²²⁵ 11. HD, 06.09.2014, 4654/10869, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

öngörülen lisans bedeline göre hesaplanacak yoksun kalınan kazancı talep edebilmelidir²²⁶.

a. Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kriterler

Hesaplama yöntemlerini ayrı başlıklar altından incelemeye geçmeden önce SMK m. 151/3 hükmüne değinilmesinde fayda vardır. Söz konusu hükümde, yoksun kalınan kazancın hesabında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi faktörlerin dikkate alınacağı öngörülmüştür²²⁷.

Kanun metninde geçen “gibi” ibaresi sayılan etkenlerin sınırlı olmadığına işaretler²²⁸. Bir başka ifadeyle kanunda sayılan haller örnekleyicidir²²⁹. Şu halde, markanın tanınmışlık derecesi, markanın işlem gördüğü piyasa özellikleri, markayı taşıyan malların ve/veya hizmetlerin piyasadaki pazar payı, ihlal oluşturan eylemin devam ettiği süre gibi faktörler de göz önüne alınacaktır²³⁰.

Öğretide Çolak, kanun koyucunun m. 151/3 düzenlemesini öngörmesindeki maksadının olabildiğince gerçek zararın tespit edilmesi olduğunu ileri sürerek, özellikle kayıt dışı sektörlerde kayıt dışılık nedeniyle belge incelemesi yoluyla tazminat hesabında yaşanan güçlüklerden dolayı kayıt dışılığın da dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır²³¹.

Hükümde sayılan haller tahdidi olmadığından TBK m. 51/1’in dikkate alınması yerinde olacaktır²³².

²²⁶ Yasaman, Hukuk Davaları, s. 325; Yasaman, Tazminat, s. 19; Yasaman, Şerh, s. 3099.

²²⁷ Madde gerekçesinde bu durum, markanın birebir taklit edilmesi halinde tecavüzün ağır olacağı ve tazminat artırımına sebep olabileceği, sadece karıştırılma tehlikesine yol açan tecavüzlerde ise bu hususun bir indirim sebebi olacağı şeklinde örneklendirilmiştir. Bu yönde bkz. Gerekçe, s. 67; Yasaman, Şerh, s. 3091; Hamdi Yasaman, “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (07-10 Mart 2017), ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017), s. 170.

²²⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501-502; Çolak, s. 785; Uzunallı, Marka, s. 205; Meran, s. 525; Taşkın, s. 117-118.

²²⁹ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 384-385.

²³⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501-502; Çolak, s. 785-786.

²³¹ Çolak, s. 786.

²³² Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501-502; Yasaman, Şerh, s. 3100 vd.

Yargıtayın, yoksun kalınan kazanç belirlenirken, özellikle SMK m. 151/3'ün de göz önüne alınarak bir hesaplama yapılması gerektiğini vurgulayan kararları bulunmaktadır²³³. Bu nedenle mahkemece yoksun kalınan kazanç belirlenirken salt hesaplama sonucunda ortaya çıkan miktara dayanılmamalı, anılan fıkrada belirtilen kriterler de nazara alınarak hüküm kurulmalıdır.

b. Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanma Yöntemleri

aa. Mütecavizin Rekabeti Olmasaydı Hak Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelire Göre Hesaplama

Yoksun kalınan kazancın hesaplanma yöntemlerinden ilki, SMK m. 151/2- (a) bendinde öngörülen sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire göre tazminatın belirlenmesidir.

Mülga MarKHK döneminde anılan bendin karşılığı olan KHK m. 66/1- (a), marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelir olarak düzenlenmişti. Görüleceği üzere, önceki düzenlemeden farklı olarak “hakkın (markanın) kullanılması ile” ibaresine SMK’de yer verilmemiştir²³⁴.

Madde gerekçesinde, mülga MarKHK döneminde tecavüz suretiyle yapılan satışlardan elde edilen kazanca, markanın katkısı oranında tazminata hükmedildiği için oldukça düşük tazminatlara hükmedildiği belirtilmiştir. Bu nedenle uygulamada hak sahipleri, TTK’nin tecavüzden kaynaklanan net kazancın hak sahibine verilmesini öngören düzenlemesi nedeniyle sınai mülkiyet hakkı koruması yerine haksız rekabet korumasını tercih etmişlerdir. Bu itibarla “hakkın kullanılması ile” ibaresine metinde yer

²³³ 11. HD, 14.06.2017, 716/3720; 11. HD, 14.04.2016, 8383/4194; 11. HD, 09.05.2022, 7828/3644, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²³⁴ SMK 151/2- (a) ve 151/2- (b) bentlerinin eski düzenlemedeki karşılığı olan MarKHK 66/1- (a) ve 66/1- (b) bentlerinde, markanın kullanılması ile elde edilen muhtemel gelir veya net kazanca göre hesaplamanın yapılacağı öngörülmüştü. Bu itibarla muhtemel gelir veya net kazancın tayininde markanın kullanılması ön şartı aranmaktaydı. Mütecavizin haksız kullanım sonucunda mal varlığındaki artışa çok çeşitli faktörler etki edebileceğinden, yalnızca markanın kullanımı ile elde edilecek muhtemel gelir veya net kazancın bu kriterlerden ayrıştırılması gerekmekteydi. Bu durum ise yapılacak hesaplamaların güçlük arz etmesine yol açmaktaydı. Öğretide markanın kullanılması ibarelerinin bu bentlerden çıkarılmasının yerinde olduğunu savunan görüşler için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3102; Aydın, s. 555.

verilmeyerek hüküm TTK ile uyumlu biçimde düzenlenmiş, metinden “tecavüz suretiyle elde edilen gelire sadece sınai mülkiyet hakkının sağladığı katkı” anlamının çıkmaması gerektiği düşünülmüştür. Ayrıca AB direktifinde de “hakkın kullanılması ile” ibaresine tekabül edecek ifade bulunmadığı gözetilerek²³⁵ söz konusu ibarelere fıkra da yer verilmemiştir. Bu değişiklik ile davaların ve tazminat sorumluluğunun daha etkin hale getirilmesi amaçlanmıştır.

Zikredilen değişikliği ve gerekçeyi eleştiren *Çolak*, hükmedilen tazminatların düşüklüğünün gerekçe olarak gösterilmesini hukuki bulmamakta, yapılan değişikliğin gerçek zarar ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir. Yazara göre ayrıca, kanun koyucu tarafından mütecavizin gelirinden markanın kullanımına bağlı olmayan gelirlerin ayıklanmasının önüne geçilmeye çalışıldığı dolaylı olarak anlaşılmaktadır. Şayet, marka sahibinin markasının mütecaviz tarafından haksız kullanılmasından kaynaklanan gelir haricinde mütecavizin diğer faaliyetlerinden elde ettiği gelirlerine de göz dikiliyor ise böyle bir gaye tasvip edilemez. Dolayısıyla gerekçede yer alan ilgili açıklama ve maddede açıkça “hakkın kullanılması ile” ibaresine yer verilmemesine karşın borçlar hukukunun ve evrensel hukukun temel ilkeleri gereği, tecavüz fiiline bağlı olmayan ve illiyet bağı içermeyen diğer faaliyetlerden elde edilen gelirlerin marka sahibine aktarılması kabul edilemez²³⁶.

Çolak, marka kullanımından kaynaklanan gelirin ayıklanmasının gerektiğini, bu ayıklama yapılmadan bilançodaki tüm gelir kalemlerine göre (faiz gelirleri, kira gelirleri, hisse senedi veya gayrimenkul satışlarından elde edilen gelirler, temettü gelirleri gibi) davacının muhtemel gelirinin hesaplanmasını hatalı bulur. Yazara göre her ne kadar kanunda mülga MarKHK’de öngörüldüğünün aksine “markanın kullanılması ile” ibaresine yer verilme de bu durum, davaya konu markanın kullanılması yoluyla ne kadar gelir elde edilebileceği esasına göre hesaplama yapılmasına engel olmamalıdır²³⁷.

²³⁵ Madde gerekçesinde bu direktifin hangi direktif olduğu, direktifin hangi maddesine atıf yapıldığı belli değildir. Direktiften Avrupa Parlamentosu ve Konseyin Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkında 16 Aralık 2015 tarihli ve 2015/2436 sayılı Yönerge kastediliyorsa bu düzenlemede yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemlerine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki direktifin bu konuda söz konusu ibarelere yer vermeyen bir hüküm içerdiği varsayılabilirse bile hukuki gerekçeleri olmadan sadece AB mevzuatıyla aynılık sağlamak için yapılacak bir değişikliğin yerinde olacağı söylenemez.

²³⁶ *Çolak*, s. 791; *Kale*, s. 219.

²³⁷ *Çolak*, s. 787. Aynı görüşte olan Uzunallı da tazminatın temel koşullarından biri olan illiyet bağına dikkat çekerek mütecavizin ancak tecavüz fiiline, bir başka deyişle markanın haksız kullanımına

Kimi yazarlar, kanundaki ibare değişikliğini yerinde bulmaktadır. Yapılan değişiklikle artık marka sahibinin muhtemel geliri hesaplanırken sadece marka etkisine bakılmayacaktır. Ciroya etki eden kadro, organizasyon becerisi, satış sonrası hizmetler gibi marka dışındaki diğer faktörler de hesaplama yapılırken dikkate alınacak kriterler arasına dahil edilmiştir. Böylece önceki döneme nazaran hükmedilen tazminat miktarlarında artış yaşanacaktır²³⁸.

Kanımızca yapılan yeni düzenlemeyle (a) ve (b) bentlerinde “hakkın kullanılması ile” ibarelerine yer verilmemesi hatalıdır. Tazminatların düşük olması ve tazminat sorumluluğunun daha etkin hale getirilmesi değişikliğin temel gerekçesini oluşturmaktadır. Buna göre söz konusu ibareler hesaplama metotları arasından çıkarılınca daha yüksek miktarda yoksun kalınan kazanç tespit edilecek ve daha yüksek tazminata hükmedilecektir. Hâlbuki salt tazminat tutarı artsın diye mütecavizin gidermekle yükümlü olmadığı bir miktarı ona yüklemek tazminat sorumluluğunun amacı ve özellikle gerçek zarar ilkesiyle bağdaşmaz.

Gerçek zarar ilkesi uyarınca zarar gören ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlusundan isteyebilir²³⁹. Bu doğrultuda marka hakkına tecavüz eylemi ile arasında illiyet bağı bulunmayan kazançlar hesaplama dahil edilmemelidir. Nitekim bir mal veya hizmetin üretimi ve ticaretinde işletmeyi kâra kavuşturan tek unsur marka değildir. Pazarlama teknikleri, insan kaynakları, sermaye gücü, borçlanma kabiliyeti, satış ağı, reklam kampanyaları, yönetici başarıları gibi birçok unsur da kârın belirlenmesini etkiler²⁴⁰.

Bu noktada marka dışındaki unsurların hesaplama dahil edilmemesi gerekir. Aksinin kabulü mütecavize sebep olmadığı ve ödemekle yükümlü olmadığı bir miktarın ödetilmesi sonucunu doğurur. Ne var ki yapılan değişiklik bu duruma yol açmaktadır. Markanın kullanılmasından kaynaklanmayan gelirlerin de mütecavizden istenilmesine imkân vermektedir. Eğer kanun koyucunun amacı tazminat tutarlarının artırılması ve tazminat sorumluluğunun etkin hale getirilmesi ise bu, tazminat sorumluluğunun amacına aykırı biçimde mütecavize gidermekle sorumlu olmadığı bir tutarın yükletilmesiyle mümkün olamaz. Tersine bu durum, hukuka ve hakkaniyete aykırı sonuç doğurur.

dayandırılabilen net kazancın iadesinin istenebileceğini belirtmektedir. Görüş için bkz. Uzunallı, Marka, s. 211.

²³⁸ Yasaman, Şerh, s. 3101; Aydın, s. 551-552, 555.

²³⁹ 7. HD, 23.03.2010, 7855/1588, www.lexpera.com.tr [ET.16.03.2024].

²⁴⁰ Taştan, s. 173, 187.

Kaldı ki SMK'de tazminat sorumluluğunun etkin hale getirilmesi için hükümler bulunmaktadır. Bunlar SMK m. 151/3 ve 151/4'tür. Burada önemli olan, ilgili hükümlerin etkin şekilde uygulanarak hakkaniyete uygun bir tazminat miktarına hükmedilmesidir. Uygulamada ne yazık ki hâkimler, bilirkişi raporlarında yazan tutara motamot hükmetmekte, hakkaniyete uygun takdir haklarını ya kullanmamakta ya da çok sınırlı olarak kullanmaktadır. Dolayısıyla hükmedilen düşük tazminatların asıl kaynağını hâkimin tazminat takdiri oluşturmaktadır. Hâkimler, uyuşmazlık kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde alanında ehil bilirkişilerce yoksun kalınan kazancı hesaplatacak ise de bu hesaplama yapılırken SMK m. 151/3 ve 151/4'ü dikkate almalı, tazminatı hakkaniyete uygun olarak takdir etmelidir. Ülkemizdeki yıllara yayılan dava süreci ve yüksek enflasyon oranları nazara alındığında, dava tarihinde talep edilen tutarın gerçek değerinin hüküm tarihinde önemli ölçüde azalacağı dikkate alınmalıdır. Bu itibarla HMK m. 26 kapsamında kalmak şartıyla hakkaniyet gerektiriyorsa yüksek miktarda tazminata hükmetmekte tereddüt edilmemelidir.

Davacı, talep ettiği zararı tecavüz fiili olmasa idi kazanç olarak elde edebileceğini dava aşamasında yeterli ihtimalle göstermelidir. Yoksun kaldığı kazancın ispatı için cirosu, maliyet yapısı, tahmini kazançla ilişkin genel açıklamalar ile yetinmemelidir. Mahkemeye, güvenilir bir zarar takdirini mümkün kılan, ürünle bağlantılı beyanlarda bulunmalıdır²⁴¹.

Hak sahibinin (a) bendi uyarınca elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanması varsayıma dayandığından bu yöntemin soyut bir değerlendirme usulü olduğu söylenebilir²⁴².

Bu bent kapsamında öncelikle yoksun kalınan kazancın hesaplanması için bilirkişi raporu alınmalıdır. Bilirkişi raporuna dayanak teşkil edecek veriler eksik veya mevcut değilse, sağlıklı bir sonuç vermiyorsa ve bu nedenle uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa TBK m. 50/2 hükmü devreye girecektir. Bu hüküm uyarınca hâkim, takdir yetkisi doğrultusunda olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı tedbirleri dikkate alarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir²⁴³. Hayatın

²⁴¹ Uzunallı, Marka, s. 208; Yasaman, Şerh, s. 3101-3102.

²⁴² Uzunallı, Marka, s. 207; Taştan, s. 168-169; Taşkın, s. 131. Soyut nitelikteki bu yöntemi uyuşmazlığa özgü olarak somutlaştıran bir karar için bkz. 11. HD, 05.03.2020, 3772/2442, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁴³ Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta davacı, (a) bendine dayalı yoksun kalınan kârın hesaplanmasını ve buna göre maddi tazminatın belirlenmesini talep etmiştir. Yargılama aşamasında davalı, kendisine

olağan akışına göre davacının kazanç kayıplarının mevcut olduğunu gösteren yeterli dayanak noktaları var ise artık hâkim kazanç kaybının mevcut olduğundan yola çıkabilir. Burada davacının yoksun kaldığı kazancının muhtemel olması yeterlidir²⁴⁴.

Tecavüz eylemi devam ederken hak sahibinin kazancı azalmaksızın tersine markalı ürün satışının artması, bu eylem nedeniyle zarara uğramadığı anlamına gelmez. Bu durum, marka hakkı sahibinin muhtemel gelirden yoksun kalmadığı şeklinde yorumlanamaz. Yoksun kalınan kazanç, böyle bir durumda da talep edilebilmelidir²⁴⁵.

Anılan bende göre yapılacak hesaplamada esas itibarıyla davacı marka sahibinin ticari kayıt ve defterleri, ticari faaliyetinin hacmi ve markasının değeri gibi unsurlara dayanılacaktır. Sayılan unsurların yanında, hesaplama yapılırken davalının ticari faaliyetinin kapsamına da bakılması gerekebilir. Çünkü hak sahibinin muhtemel geliri, mütecavizin eyleminin kapsamı ile irtibatlıdır²⁴⁶.

SMK m. 151/2- (a) bendine dayalı taleplerde asıl olan, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanmasıdır. Haliyle ilke olarak davacının ticari defterlerinin incelenmesi, buna ilişkin bilirkişi raporunun alınması gerekir. Davacının ticari defterleri bilirkişi raporuna konu edilmeden, bunun yerine davalının ticari defterlerinin incelenerek davacının elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanması kabul edilemez. Davacının ticari defterleri üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp davacının elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanması ve tecavüze konu markanın ekonomik önemi ile şirket gelirlerine etkisi de dikkate alınarak hüküm kurulması gerekir²⁴⁷.

verilen kesin süre içerisinde ticari defterlerini mahkemeye ibraz etmemiş, dolayısıyla maddi zararın hesabı tam olarak yapılamamıştır. Bu nedenle yerel mahkeme maddi tazminat talebini reddetmiştir. Yüksek mahkeme ise mütecavizin eylemleri nedeniyle hak sahibinin her hâlükârda maddi zarara uğradığı sonucuna vararak, zarar tam olarak belirlenemese de TBK'nin 50 vd. maddeleri uyarınca adil bir tazminata hükmedilmesi gerektiğinden bahisle bozma kararı vermiştir. Karar için bkz. 11. HD, 30.06.2014, 6714/12541, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Temyize konu bir başka uyuşmazlıkta davacı, (a) bendine dayanarak tazminat talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme ise davalı tarafın ticari defterlerini sunmadığından inceleme yapılamadığı gerekçesiyle davacı tarafından sunulan gelir tabloları üzerinden maddi tazminatı tayin etmiştir. Yüksek mahkeme, tazminat hesabının (a) bendi çerçevesinde yapılmasını, bu yöntemle davacının edebileceği muhtemel gelir belirlenemez ise TBK m. 50 uyarınca hakkaniyete uygun bir maddi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 13.11.2017, 1783/6121, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁴⁴ Uzunallı, Marka, s. 207.

²⁴⁵ Yasaman, Şerh, s. 3102; Aydın, s. 553; Uzunallı, Marka, s. 208; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 393; Taşkın, s. 132-133.

²⁴⁶ Çolak, s. 786; Taştan, s. 169; Taşkın, s. 132. 11. HD, 25.6.2013, 14674/13300, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁴⁷ 11. HD, 07.01.2020, 2725/96, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

bb. Mütecavizin Elde Ettiği Net Kazanca Göre Hesaplama

Kanunda öngörülen ikinci hesaplama yöntemi, mütecavizin elde ettiği net kazanca göre yoksun kalınan kazancın hesaplanmasıdır. Yapılacak hesaplama ile mütecavizin tecavüz fiili sonucunda elde ettiği net kazanç hak sahibine aktarılır²⁴⁸.

Mülga MarKHK döneminde anılan bendin karşılığı olan MarKHK 66/1- (b), marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç olarak düzenlenmişti. Bir önceki hesaplama yöntemine benzer olarak bu hesaplama usulünde de bir önceki düzenlemede karşılığını bulan “markayı kullanmak yoluyla” ibaresi SMK ile kaldırılmıştır²⁴⁹.

Anılan bentte, elde edilen net kazanç ibaresine yer verildiğinden mütecavizin tecavüz eylemiyle ortaya çıkan brüt kazanç değil, yapılan masrafların elde edilen gelirden çıkarılmasıyla kalan net kazancın tazmini talep edilebilir²⁵⁰.

Mütecavizin net kazancı belirlenirken ödenecek yatırım, finansman ve faaliyet gideri gibi giderler düşüldükten sonra elde edilen vergi öncesi net kâr rakamı esas alınır²⁵¹.

Karar konu bir olayda davacı (b) bendi uyarınca elde edilecek gelire göre tazminatın hesaplanmasını talep etmiştir. Mahkeme ise davalı mütecavizin tüm gelirinin tazmin edilmesine hükmetmiştir. Halbuki Yargıtay, davalının tüm gelirinin değil net gelirinin

²⁴⁸ Mütecavizin faaliyetlerini yasa ve usule riayet ederek kayıt altına alan bir tacir olması halinde bu hesaplama yöntemine başvurulmasının uygun olacağı yönünde bkz. Arıkan, s. 478-479.

²⁴⁹ Bu konuya ilişkin öğretilerdeki tartışmalara ve görüşümüze bir önceki başlıkta yer verildiğinden bu başlıkta ayrıca değinilmemiştir.

²⁵⁰ Yasaman, Hukuk Davaları, s. 327; Uzunallı, Marka, s. 210; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 396; Aydın, s. 555; 11. HD, 14.5.2012, 776/7642, 11. HD, 27.09.2023, 1554/5387, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Net gelir ile davalının elde ettiği tüm (brüt) gelir kavramları birbirinden farklıdır. Brüt gelirden, elde edilen gelirlerden herhangi bir eksiltme yapılmaz. Ortada sadece gelirlerin toplanmış miktarı söz konusudur. Net gelir ise bir faaliyet sonucunda elde edilen gelirden giderlerin çıkarılması sonucunda ulaşılan miktardır.

²⁵¹ Çolak, s. 795; 11. HD, 02.11.2009, 6818/11270; 11. HD, 19.07.2011, 10238/9042; 11. HD, 24.10.2014, 12535/16476; 11. HD, 22.06.2015, 8822/8570, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Net kazancın belirlenmesine ilişkin geniş bilgi için bkz. Uzunallı, Markanın Korunması, s. 396 vd.

belirlenerek tazminata hükmedilmesini gerekçe göstererek yerel mahkeme kararını bozmuştur²⁵².

Hak sahibinin (b) bendini seçerek tazminatın hesaplanmasını istediği bir davada, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davalı şirketin kuruluş tarihinden dava tarihine kadarki dönemde elde ettiği toplam kazanç tespit edilmiştir. Mahkeme de bu tespiti dayanarak tazminata hükmetmiştir. Yargıtay, davalının toplam kazancının mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç olarak kabul edilmesini uygun bulmamıştır. Yüksek mahkeme, davalının markasal kullanıma başladığı tarih ile bu kullanımın kazanç etkisi saptanarak, söz konusu markanın kartvizit ve tabelalarda hangi tarihten itibaren kullanılmaya başlandığı ve bu kullanımın kazanç etkisi belirlenerek maddi tazminata hükmedilmesi gerektiğine dikkat çekerek bozma kararı vermiştir²⁵³.

Bu bende göre yapılacak hesaplama yönteminin tercih edilmesinin sakıncalı yönü, davalının kazancının tam olarak tespitinin güçlük arz etmesidir. Gerçekten davalının düzenli bir muhasebe sisteminin veya vergi ve ticaret sicil kaydının olmayışı, defter veya faturalarında dava konusu ürünlerden açıkça bahsedilmediğinden faturalardaki ürünlerin dava konusu ürünler olup olmadığının anlaşılamaması, mütecavizin belgelerinin doğal felaketler sonucunda zayi olması gibi durumlar davalının gelirinin tespitini mümkün kılmayabilir²⁵⁴.

Davalının bilirkişi incelemesi sırasında kendisinden talep edilen defter ve belgelerini sunmaması nedeniyle (b) bendi kapsamında elde ettiği kazancın tespiti mümkün olmayabilir. Bu gibi hallerde mahkeme, tecavüzün sabit olması şartıyla tarafların dosyaya yansıyan sosyal ve ekonomik durumları, ihlalin ağırlığı, paranın alım gücü, hak ve nesafet kurallarını gözетerek genel hükümler uyarınca bir tazminata hükmetmelidir²⁵⁵.

²⁵² 11. HD, 30.10.2017, 3606/5841, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁵³ 11. HD, 20.12.2018, 298/8116, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁵⁴ Çolak, s. 796; Uzunallı, Marka, s. 209. Karara konu bir uyuşmazlıkta davacı, (b) bendine dayanarak tazminatın hesaplanmasını talep etmiştir. Yargılama aşamasında davalının defter ve kayıtlarının incelenmiş fakat elde edilen kazanç tespit edilememiştir. Bu durum karşısında, davacının tecavüz fiiline maruz kaldığının ve zarara uğradığının sabit olduğu dikkate alınarak, zarar miktarı tam olarak ispat edilemese de mahkemece genel hükümler uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, yerel mahkemenin maddi tazminata hükmetmemesi bozmayı gerektirmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 08.6.2009, 2924/6937, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Benzer bir karar için bkz. 11. HD, 8.10.2007, 9700/12510, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁵⁵ Çolak, s. 796; Aydın, s. 559. Kararlar için bkz. 11. HD, 22.06.2021, 5912/5297; 11. HD, 28.4.2016, 11375/4793; 11. HD, 30.6.2014, 6714/12541; 11.HD, 04.5.2009, 1542/5270; 11. HD, 05.12.2013, 7024/22199; 11. HD, 14.2.2008, 14542/1612, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Ancak mahkemenin TBK 50 vd. maddelerine göre bir tazminata hükmetme yoluna gitmesi adeta bir son çare niteliğindedir. Mahkeme öncelikli olarak yoksun kalınan kazancın belirlenmesi için gerekli araştırmaları yapmalıdır. Yoksun kalınan kazancı bilirkişiler vasıtasıyla tespit etmeye çalışmalıdır. Raporun düzenlenmesi üzerine bu rapora yönelik ciddi, sonuca etkili ve esaslı itirazlar yöneltilmişse bunlara ilişkin değerlendirme yapmalıdır. Özetle mahkeme, davalının elde ettiği net kazancı belirleme yolunda çaba sarf etmeden varsayımsal olarak genel hükümler uyarınca maddi tazminata hükmetmemelidir²⁵⁶.

SMK m. 151/2- (b) bendine göre hesaplama yapılmasının talep edildiği tazminat davasında mahkeme, bilirkişi incelemesi yaptırmadan, özellikle davalı şirket ise bu şirketin defterlerini incelemeyen tazminat talebini peşinen kabul etmemelidir. Tarafların dosyaya ibraz ettiği deliller incelenmek suretiyle yapılacak bir değerlendirme ile davalının elde ettiği net kâr belirlenmelidir²⁵⁷.

Mahkeme, hak sahibinin seçtiği hesaplama yöntemine bağlı kalmalıdır. Zira hukuk yargılamasında taleple bağlılık ilkesi esastır. Hak sahibi (b) bendine göre yoksun kalınan kazancın hesaplanmasını talep etmişse mahkemenin (a) veya (c) bendine göre düzenlenen bilirkişi raporunu esas alarak hüküm kurması bozmayı gerektirir. Bu durum, diğer bentler açısından da geçerlidir²⁵⁸.

Bilirkişiler de davacının seçtiği hesaplama yöntemi ile bağlıdır. Davacı (b) bendini tercih etmiş ve buna göre tazminatın belirlenmesini talep etmiş ise bilirkişilerce davacının seçtiği yönteme uygun hesaplama yapılmalıdır²⁵⁹.

Sadece (b) bendi kapsamında değil diğer hesaplama türleri açısından da geçerli olacak şekilde, yapılacak hesaplamalarda görev tevdi edilecek bilirkişilerin alanında ehil olması gerekir. Tayin edilecek bilirkişi heyetinde özellikle davaya konu ürün veya hizmet sektöründen seçilen uzman kişiler bulunmalıdır. Ehil olmayan bilirkişiler tarafından alınan raporlara dayanılarak verilen hüküm bozmayı gerektirir²⁶⁰.

²⁵⁶ 11. HD, 10.5.2011, 3296/5684, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁵⁷ 11. HD, 21.03.2016, 8453/3119, [ET. 24.11.2023].

²⁵⁸ 11. HD, 22.06.2015, 3130/8586; 11. HD, 12.10.2015, 3564/10289; 11. HD, 14.6.2017, 1180/3719; 11. HD, 04. 7. 2013, 15919/14297, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁵⁹ 11. HD, 16.04.2007, 2553/5923, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁶⁰ 11. HD, 6.6.2014, 5020/10820, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

cc. Mütecavizin Ödemesi Gereken Lisans Bedeline Göre Hesaplama

Kanunda öngörülen üçüncü hesaplama türü, mütecavizin marka hakkını bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre (varsayımsal/farazi lisans bedeli) yoksun kalınan kazancın belirlendiği hesaplama usulüdür²⁶¹. Öğretide bu yöntem lisans örneksemesi olarak adlandırılmaktadır²⁶². Bu doğrultuda bir emsal araştırması yapılır ve objektif bir lisans bedeli belirlenmeye çalışılır²⁶³.

Hak sahibinin, zararını veya mütecavizin elde ettiği geliri ispatlamada güçlük çektiği hallerde ödenmesi varsayımsal lisans bedeline dayanan hesaplama yöntemine başvurması daha avantajlıdır. Bu husus özellikle mütecavizin markayı haksız olarak taşıyan mallarına Türkiye'ye girmeden gümrüklerde el konulması durumunda kendisini gösterir. Öğretide bir görüş, bu halde hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir veya mütecavizin elde ettiği net kazançtan bahsedilemeyeceğini, dolayısıyla hak sahibinin ancak SMK m. 151/2- (c) bendi uyarınca talepte bulunabileceğini kabul etmektedir²⁶⁴.

Aksi görüş ise hak sahibinin böyle bir tercih ile kısıtlı tutulmayacağını, davacı tarafından seçilen hesaplama yöntemiyle mahkemenin bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Seçilen hesaplama yöntemiyle tazminat belirlenemezse genel hükümler çerçevesinde uygun bir tazminat takdir edilmelidir²⁶⁵.

SMK m. 151/2- (c) bendine göre yapılacak hesaplamada hak sahibi, eğer söz konusu marka ile ilgili önceden herhangi bir lisans sözleşmesi akdetmiş ise bu sözleşmeyi emsal olarak mahkemeye sunabilir. Böyle bir lisans sözleşmesi söz konusu değilse aynı

²⁶¹ Öğretide Aydın, diğer hesaplama yöntemlerinde göz önüne alınması gereken faktörlerin fazlalığı ile bazı bilgi ve belgelere ihtiyaç duyulmasının hesaplamada güçlük yaratması karşısında, bu hesaplama usulünün nispeten daha kolay bir yöntem olduğu görüşündedir. Görüş için bkz. Aydın, s. 560.

²⁶² Kemal Atasoy, "Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.1, S.1, (2015), s. 41; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 502; Çolak, s. 797; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 328; Karan ve Kılıç, s. 521; Yasaman, Şerh, s. 3103; Aydın, s. 559; Taşkın, s. 135.

²⁶³ 11. HD, 16.04.2012, 14829/6085, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁶⁴ Yasaman, Tazminat, s. 19; Uzunallı, Marka, s. 213.

²⁶⁵ Aydın, s. 560.

tür ürün için yapılmış benzer nitelikler taşıyan başka bir markaya ilişkin lisans sözleşmesi de mahkemeye sunulabilir²⁶⁶.

Emsal lisans sözleşmesinin sunulamaması²⁶⁷ durumunda, uzman bilirkişilerce objektif ölçülerce belli kriterler gözetilerek yapılacak hesaplama sonucunda varsayımsal lisans bedelinin belirlenmesi yoluna gidilir²⁶⁸. Bu kapsamda yapılacak belirlemede somut olayın şartları dikkate alınır²⁶⁹.

Lisans örneksemesine göre yapılacak hesaplamada emsal lisans bedellerinin araştırılması ve mukayese edilmesi gerekmekte olup birçok farklı kriter göz önüne alınarak objektif bir lisans bedeli belirlenmeye çalışılır²⁷⁰. Bu yöntem kullanılarak yapılacak hesaplamada, markanın ekonomik önemi, geçerlilik süresi, varsa önceki lisansların sayısı ve çeşidi ile emsal lisans bedelleri, tecavüzün nitelik, boyutu ve süresi, davaya konu ürünün özellikleri, ürünün sektördeki toplam satış hacmi, markanın tanınırlık derecesi, markanın itibarı gibi kıstaslar nazara alınır²⁷¹.

Bu gibi kriterlerin yanı sıra sadece hak sahibinin değil, davalının da cirosunun, üretim ve satış kapasitesinin, uyuşmazlık dönemlerine ilişkin defter ve belgelerinin dikkate alınarak davalının ticari iş ve işlem hacmine uygun hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun makul bir bedelin belirlenmesinin gerektiği Yargıtayın birçok kararında vurgulanmaktadır²⁷².

²⁶⁶ Bu halde, emsal lisans sözleşmesine konu ürünlerin dava konusu markanın tescil edildiği mal veya hizmet sınıfları ile aynı olması şartının dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Taştan, s. 213; Kale, s. 221, dp. 341.

²⁶⁷ Emsal lisans anlaşmasının sunulmadığı hallerde, uygulamada çoğunlukla ticaret odalarından ya da ilgili oda veya meslek kuruluşlarından görüş sorulmakta ve lüzumu halinde heyette sektörden bir bilirkişiye de yer verilmektedir. Böylece davacının dava konusu ürün satış hacmi, piyasa hacmi, ürün veya hizmetin niteliği, marka değeri gibi bir dizi kriter nazara alınarak somut olaya uygun bir belirleme yapılmaya çalışılmaktadır. Bilgi için bkz. Çolak, s. 799-800.

²⁶⁸ Yasaman, Tazminat, s. 7.

²⁶⁹ 11. HD, 13.06.2013, 8982/12375; www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁷⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 502; Çolak, s. 798; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 329; Öksüz, s. 316. Sadece davacının cirosu dikkate alınarak hazırlanan bilirkişi raporu esas alınarak kurulan hüküm, Yargıtay tarafından hüküm kurmaya elverişli bulunmadığından bozulmuştur. Karar için bkz. 11. HD, 05.04.2013, 7241/6985, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. Bir başka kararda, sadece davacının marka değeri ve piyasadaki payını dikkate alan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. 11. HD, 28.03.2013, 4725/6181, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁷¹ Çolak, s. 803; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 329; Yasaman, Şerh, s. 3104; Aydın, s. 561.

²⁷² 11. HD, 06.6.2014, 5020/10820; 13.6.2013, 8982/12375; 11. HD, 2.12.2013, 6117/21847; 11. HD, 7.5.2014, 917/8693; 11. HD, 16.4.2012, 14829/6085; 11. HD, 5.4.2013, 7241/6985; 11. HD, 28.3.2013, 4725/6181, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Yargıtayın bir kararında varsayımsal lisans bedeli tespit edilirken gözetilmesi gereken kriterlere değinilmiştir. Kararda, davalının cirosu, markanın ekonomik önemi ve tecavüz edildiği andaki geçerlilik süresi, tecavüz süresi sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı, markanın davalının cirosu üzerindeki etkisi, mütecaviz işletmenin kapasitesi, iştiğal alanı ve ihlal eğiliminin boyutları gibi unsurlar bu kriterlere örnek olarak sayılmıştır. Mahkemece bu gibi unsurlar değerlendirilmek suretiyle, dava konusu dönem için taraflar arasında serbest koşullarda bir lisans sözleşmesi yapılması halinde kararlaştırılabilecek hakkaniyete uygun bir miktarda lisans bedeline hükmedilmesi gerekir²⁷³.

Ödenmesi gereken lisans bedelinin tayininde, tarafların fiilen bir lisans sözleşmesi akdetmeye eğilimli olup olmadıklarına bakılmayacaktır. Hak sahibi, mütecavize hiçbir şekilde lisans vermeyecek olduğu kabul edilse dahi yasa koyucu tarafından böyle bir seçenek öngörüldüğü için davacı bu hesaplama yöntemini seçerek zararının giderilmesini talep edebilir²⁷⁴.

Önceki başlıkta da vurguladığımız üzere hâkimin genel hükümler uyarınca tazminata hükmetmesi son çare niteliğindedir. Tıpkı diğer bentlerde olduğu gibi sunulan delillere göre tazminatın (c) bendine göre hesaplanması mümkün ise hâkimin buna göre yapılacak hesabı öncelikle nazara alması gerekir.

Temyize taşınan bir kararda Yargıtay, lisans örneksemesine göre bilirkişi raporu düzenlenmiş ve tazminat belirlenmişse, artık mahkemenin genel hükümleri dikkate alarak bu raporun üzerinde bir miktarı tazminat olarak takdir edemeyeceğini kabul etmiştir²⁷⁵. Ancak mahkeme, gözü kapalı bir biçimde bilirkişi raporuna göre bir tazminat takdir etmemelidir. Rapora yönelik itirazlar ve beyanlar söz konusu ise mahkeme öne sürülen iddiaları değerlendirmelidir. Raporun eksik veya hatalı olduğu sonucuna varılıyor ise mahkeme bu rapora dayanarak tazminata hükmetmemelidir²⁷⁶.

Bozmaya konu bir başka kararda mahkemece bilirkişiye başvurularak bilirkişi raporuyla lisans bedeli belirlenmiştir. Buna rağmen mahkeme, bilirkişi beyanlarının somut bir veriye dayanmadığını, davalının davaya konu ürünlerin ne kadarını satıp kâr ettiğinin belirlenemediği, dolayısıyla ortada bir belirsizlik bulunduğu gerekçeleriyle genel

²⁷³ 11. HD, 05.04.2013, 7241/6985, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁷⁴ Uzunallı, Marka, s. 214; Taşkın, s. 135.

²⁷⁵ 11. HD, 20.01.2014, 11680/1049, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁷⁶ 11. HD, 17.12.2014, 9602/19971, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

hükümlere göre bir tazminat takdir etmiştir. Mahkemece böyle bir durumda doğrudan genel hükümlere göre bir tazminat takdir etmek yerine, aynı bilirkişi heyetinden ek rapor veya yeni bir bilirkişi heyetinden rapor almak suretiyle lisans bedelini belirlemelidir²⁷⁷.

Mahkemece bilirkişi raporu hükme esas alınacak ise raporda lisans bedelinin kesin olarak belirlenmesi gerekir. Bu konuda bilirkişilerce herhangi bir belirleme yapılmamış ise bilirkişi heyetinden ek rapor veya gerektiğinde yeni bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır²⁷⁸.

Lisans bedelinin belirlenmesine ilişkin mahkemeye arz edilen raporlar arasında çelişki varsa bu çelişki açıklığa kavuşturulmadan ve hangi rapora niçin dayanıldığı açıklanmadan verilen hüküm bozma sebebi teşkil eder²⁷⁹.

Lisans bedeline hükmedilirken tecavüz eyleminin sabit olduğu tarih ile dava tarihi arasındaki süre dikkate alınmalıdır. Bu iki tarih arasındaki süreye ilişkin olarak lisans bedeline hükmedilmesi gerekir. Bu süreyi aşacak şekilde veya henüz gerçekleşmemiş bir süreyi kapsayacak şekilde bir lisans bedeli üzerinden tazminata karar verilmesi bozmayı gerektirir²⁸⁰.

Lisans bedeli, götürü bir bedel biçiminde üretim veya satışa bağlı olmaksızın baştan tayin edilebileceği gibi uygulamada ciroya uygulanacak bir orana göre²⁸¹ tespit edildiği durumlara da rastlanılmaktadır²⁸².

Lisans örneksemesi yöntemini seçen hak sahibinin talep edeceği lisans bedelinin hangi lisans türüne göre belirleneceği hususu önem arz eder²⁸³. Kanunda bu konuda bir açıklık bulunmadığından öğretide bir görüş, farazi bir lisans bedeli belirleneceğinden hareketle burada kastedilen lisansın kural olarak inhisari olmayan lisans biçiminde olduğunu ileri sürmektedir. Ancak somut olayın özellikleri ışığında lisansın inhisari lisansa göre de değerlendirilebileceği durumlar söz konusu olabilir²⁸⁴.

²⁷⁷ 11. HD, 05.07.2013, 12387/14324, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁷⁸ 11. HD, 18.12.2012, 14828/21087, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁷⁹ 11. HD, 22.03.2017, 13650/1711, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁸⁰ 11. HD, 28.03.2013, 4725/6181, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁸¹ Mahkemece davacı cirosunun oldukça yüksek olması sebebiyle, ciro üzerinden %1'lik oran lisans bedeli olarak belirlenerek kurulan tazminat hükmü Yargıtay tarafından onanmıştır. Karar için bkz. 11. HD, 07.01.2013, 15649/82, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁸² Aydın, s. 563.

²⁸³ Lisans türleri için bkz. Dördüncü Bölüm, III/A.3.

²⁸⁴ Çolak, s. 798; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 328; Yasaman, Şerh, s. 3106.

c. Yoksun Kalınan Kazancın Hesabında Hakkaniyete Uygun Artırım

SMK m. 151/4 uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, m. 151/2- (a) veya (b) bentlerindeki hesaplama yöntemlerinden birinin seçilmesi durumunda, mahkeme ürüne²⁸⁵ ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaat getirirse, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir²⁸⁶. Bu halde mahkeme, TMK m. 4 ile TBK m. 51'in çizdiği sınırlar dahilinde bir belirleme yapar²⁸⁷.

Kanun maddesinde (c) bendi zikredilmediğinden, lisans örneksmesi yöntemi tercih edilmişse pay eklenmesi gündeme gelmeyecektir²⁸⁸.

Madde düzenlemesi, yasa koyucunun tanınmış markalar lehine koruma çemberini genişletme ve caydırıcılığın artırılması politikasının bir yansıması olarak değerlendirilebilir²⁸⁹.

Öğretide tazminata makul olarak yapılacak ek artırımın hukuki niteliği hususunda tartışma bulunmaktadır. *Yasaman*, ek artırımın TMK m. 4 ve TBK m. 50 vd. hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiğini, mahkemenin bilirkişilere de başvurmak suretiyle zarar miktarını belirleyeceği için tazminat miktarının bilirkişilerce belirlenen miktara eşit

²⁸⁵ Hükümde yer alan ürün kelimesinin geniş olarak anlaşılması gerektiği ve malların yanında hizmetleri de kapsadığı yönünde bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 502-503; Karan ve Kılıç, s. 531. Marka hukukunda ne TRIPS ve diğer uluslararası metinlerde ne de MarKHK (SMK) sisteminde ürün (product) sözcüğünün kullanılmadığını, mal veya hizmet sözcüklerinin tercih edildiğini, ürün kelimesinin kanun koyucu tarafından tercih edilmesinin isabetli olmadığını belirten görüş için bkz. Çolak, s. 807-808.

²⁸⁶ Uygulamada mahkemelerce hükmedilen tazminatlar hak sahibinin zararının giderilmesi açısından çok düşük kalmaktadır. Hâkimler, bilirkişilerin sabit veriler kullanarak yüzeysel olarak hazırladıkları raporlar doğrultusunda kuruşu kuruşuna tazminata hükmetmektedirler. Halbuki hâkim, bilirkişi raporu ile bağlı olmayıp bilirkişinin görüşünü HMK m. 282 uyarınca diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir. Dolayısıyla bilirkişi raporunda hesaplanan miktar, hâkimin takdir yetkisini ortadan kaldırmaz. SMK m. 151/4 hükmü bu açıdan hâkimin takdir yetkisini kullanması için teşvik edici özel bir düzenleme olarak değerlendirilebilir.

²⁸⁷ HGK, 01.07.2021, 503/897, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁸⁸ *Yasaman*, Şerh, s. 3009; Taşkın, s. 137. Uzunallı, Kanunda (c) bendinin dışlanması eleştirmektedir. Yazara göre lisans bedeline göre hesaplanan değerlendirme yönteminde de hâkim, markanın haksız olarak kullanıldığı ürüne olan talebin oluşmasında belirleyici etken olduğu kanaatine vardığı takdirde hesaplanan kazanca makul bir payın eklenmesine karar verebilmelidir. Görüş için bkz. Uzunallı, Marka, s. 206-207; *Yasaman*, Şerh, s. 3109. Kaldı ki MarKHK döneminde böyle bir ayrıma gidilmemiş, (a), (b) ve (c) bentlerinin tümü için ilave artırımın yapılabileceği öngörülmüştü.

²⁸⁹ *Yasaman*, Tazminat, s. 12.

olacağını ancak yapılacak ek ile tazminatın zarar miktarını aşacağını vurgulamaktadır. Yazara göre bu durumda bir özel hukuk cezasından bahsedilebilecektir²⁹⁰.

Uzunallı’ya göre ise markanın ekonomik önemi nedeniyle yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında yapılacak artırım, artık normal olarak yapılan bir hesaplama ile giderilemeyen bir zararın giderilmesi amacını taşımaktadır. Bu itibarla tazminat miktarının zarar miktarını aştığından bahisle bir özel hukuk cezasının öngörüldüğü kabul edilemez. Burada somut olayın özelliklerini dikkate alan bir denkleştirme söz konusudur²⁹¹.

Taşkın ise ek artırımın bir özel hukuk cezası veya mükerrer tazminat niteliğinde olmadığı görüşündedir. Yazara göre ek artırım, mütecavize adeta ödül niteliğinde hükmedilen tazminat miktarlarının önüne geçilmesi için gerekli ve yerinde bir düzenleme olup hak sahibi lehine bir hakkaniyet artırım niteliğindedir²⁹².

Kanımızca anılan düzenleme *Taşkın*’ın belirttiği gibi, hak sahibi lehine hakkaniyet artırım niteliğindedir. Gerçekten eldeki bilgi, belge ve sair delillerin eksikliği veya yokluğu yoksun kalınan kazancın hesaplanmasını mümkün kılmayabilir. Bu durumda yoksun kalınan kazancı tam olarak hesaplanamayan hak sahibi, zararının giderilememesi tehlikesiyle karşılaşır. Öngörülen düzenleme çerçevesinde yoksun kalınan kazançta hakkaniyete uygun bir pay eklenerek bu tehlike ortadan kaldırılmaya çalışılır.

Anılan hüküm uyarınca artırım yapılabilmesi için dava konusu ürüne talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğu mahkemece tespit edilmelidir²⁹³. Mahkeme, belirleyici etken kriterinin oluşup oluşmadığının tayini için bilirkişi incelemesi yaptırabilir²⁹⁴.

²⁹⁰ Yasaman, Tazminat, s. 12; Yasaman, Şerh, s. 3109.

²⁹¹ Uzunallı, Marka, s. 206; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 386. Aynı yönde bkz. Kale, s. 221.

²⁹² Taşkın, s. 139.

²⁹³ Çolak, s. 808; Taşkın, s. 137-138. 11. HD, 30.9.2004, 14288/9107, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁹⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 503; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 330; Yasaman, Şerh, s. 3108; Taşkın, s. 138. Uzunallı, Marka, s. 207; Meran, s. 525; Kale, s. 221 vd. Çolak’a göre somut olayda marka değeri, markanın tanınırlık düzeyi ve ayırt edicilik gücü, kalite imajı gibi kriterlerin dikkate alınabilecek ise de kesin bir rakamın belirlenmesinin mümkün değildir. Yazar, ürün satışında markanın katkısının ne derece olduğunun bilirkişiye sorulabileceği, ancak artırıma ilişkin nihai belirleme yetkisinin hâkimde olduğunu, bilirkişinin uhdesine bırakılmaması gerektiği görüşündedir. Yazar, Yargıtayın bu konuya dair bir kararını eleştirmektedir. Görüş için bkz. Çolak, s. 809. Aynı yönde bkz. Taşkın, s. 138. İlgili karar için bkz. 11. HD, 05.03.2014, 14085/4175, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Ürüne talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğu hallerin neler olabileceği kanunda örneklendirilmemiştir. Bu durum aslında tüketici tercihinin bütünüyle markaya göre değişebileceği hallere özgüdür²⁹⁵.

Ürünün satışında markanın belirleyici etken olabilmesi, markanın sektörde talep gören, belli bir çekici güce sahip olan, kalitesine güvenilen ve pozitif imaja sahip, itibarlı, tanınmış bir marka olması halinde söz konusu olur²⁹⁶. Yargıtay, bir markanın başlı başına çekim gücü olduğu hallerde, özellikle garanti markalarında SMK m. 151/4'ün uygulanması gerektiğini belirtmektedir²⁹⁷.

Davacının m. SMK 151/4 uyarınca artırım talepli dilekçe sunması ancak talebi hakkında miktar belirtmemesi durumunda mahkemece davacıya makul bir süre verilmesi gerekir. Verilen süre içerisinde davacının tazminat artırım talebindeki miktarı açıkça belirtmesi halinde, buna ilişkin mahkemece olumlu veya olumsuz bir karar verilmelidir²⁹⁸.

Hakkaniyete uygun payın eklenmesi uygulamada, genellikle hesaplanan yoksun kalınan kazanç miktarının %10, %25 gibi oranlar²⁹⁹ üzerinden artırılması yolu ile tatbik edilmektedir³⁰⁰.

III. Manevi Tazminat Davası

A. Genel Olarak

Marka hakkının tecavüze uğraması durumunda, hak sahibinin maddi zararın yanı sıra manevi zararı da doğabilir. Manevi zarardan anlaşılması gereken, bir kişinin haksız fiil sonucunda duyduğu acı ve ruhsal sıkıntılar gibi yaşadığı fiziksel ve psikolojik sarsıntılardır. Manevi bütünlüğü zedelenen hak sahibi, SMK m. 149/1- (ç) uyarınca bu

²⁹⁵ Çolak, s. 808.

²⁹⁶ Arkan, Marka, s. 246; Kaya, s. 294; Yasaman, Tazminat, s. 11; Çolak, s. 808; Atasoy, s. 44. Hak sahibinin markasının piyasada talebin oluşmasında etkin rol sahibi olduğunu kanıtlaması durumunda ek tazminata hak kazanacağı yönünde bkz. Güneş, Uygulamalı Marka, s. 395.

²⁹⁷ HGK, 1.7.2021, 503/897, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁹⁸ 11. HD, 27.6.2013, 10674/13617, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

²⁹⁹ 11. HD, 29.1.2007, 14007/998; 11. HD, 21.2.2008, 14793/1936; 11. HD, 25.10.2010, 4549/10773; 11. HD, 9.4.2019, 403/2775, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁰⁰ Çolak, s. 809.

zararının tazminini talep edebilir³⁰¹. Hükmedilecek manevi tazminat ile kişilik hakkına hukuka aykırı tecavüzden doğan acı, elem ve ızdırıp giderilmeye çalışılır³⁰².

Hak sahibinin, tecavüz sonucunda markası ile ticari işletmesinin piyasadaki imajı lekelenebilir ve kendisine duyulan güven sarsılabilir. Bu itibarla, hükmedilecek manevi tazminat ile hak sahibinin tecavüz eylemi sebebiyle ticari ve kişisel varlığında oluşan menfi neticelerin ortadan kaldırılması amaçlanır.³⁰³

Hak sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda manevi tazminata hükmedilebilmesi için TBK m. 49 ve m. 58'deki şartların varlığı aranır³⁰⁴.

Mütecavizin tacir olması durumunda, basiretli tacir hükümleri de göz önüne alınmalıdır³⁰⁵. Bu itibarla tecavüzün söz konusu olduğu her durumda manevi tazminata hükmedilmesi yerinde olmaz³⁰⁶.

Hak sahibi ile marka arasındaki bağ, diğer fikri mülkiyet haklarına nazaran çok sıkı olmayabilir. Ancak bu durum somut olaya göre farklılık gösterebilir. Örneğin markanın hak sahibinin adını içermesi, tüzel kişinin ayırt edici ekini oluşturması halinde ve özellikle tanınmış markada bu bağ kendisini belirgin biçimde hissettirir³⁰⁷.

Yargıtay, marka ve marka hakkı sahibi arasında kuvvetli bir bağ bulunmasını aramamakta, markanın saygınlığına verilen zararın aynı zamanda hak sahibinin manevi varlığında kayba sebebiyet verdiğini kabul etmektedir. Yüksek mahkemeye göre tecavüz eyleminin sabit olduğuna kanaat getirildiği takdirde hak sahibi kendiliğinden manevi

³⁰¹ Suluk, Karasu, Nal s. 382. Öğretide bir görüş, markalarda manevi zarardan bahsetmenin güç olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre markaya yapılan tecavüz sonucunda aslında markanın değeri etkilenmekte ve değeri düşmektedir. Bu durumda manevi zarar değil ölçülebilir ve belirlenebilir bir zarar bulunmaktadır. Bu zarar da bilirkişi vasıtası ile tespit edilebilir. Zarar ispat edilmiş ancak tespit edilemiyorsa hâkim, TBK m. 50/2 ışığında tazminatı takdir eder. Görüş için bkz. Yasaman, Tazminat, s. 15.

³⁰² Oğuzman ve Öz, s. 257.

³⁰³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504; Yasaman, Tazminat, s. 13; Uzunallı, Marka, s. 219; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 440; Aydın, s. 563; Yasaman, Şerh, s. 3009; Öksüz, s. 319; Gönen, s. 41; Taşkın, s. 141. 11. HD, 6.2.2001, 9741/888, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁰⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504; Kaya, s. 297; Çolak, s. 814; Aydın, s. 565-566; Karan ve Kılıç, s. 494-495; Yasaman, Şerh, s. 3007-3008; Taştan, s. 233. Nitekim TTK m. 56/1- (e) bendinde haksız rekabetten doğan manevi tazminatın istenebilmesi için TBK m. 58'de öngörülen şartların varlığının arandığı açık bir biçimde kaleme alınmıştır.

³⁰⁵ 11. HD, 25.1.2016, 6374/716, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁰⁶ Uzunallı, Marka, s. 219; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 438; Çolak, s. 814; Yasaman Şerh, s. 3007; Bozgeyik, s. 184; Öksüz, s. 319.

³⁰⁷ Yargıtay bir kararında, tanınmış marka için belirlenecek manevi tazminatın somut olaya göre yetersiz olduğu gerekçesiyle bozmaya hükmetmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 15.01.2007, 13597/187, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

tazminata hak kazanır³⁰⁸. Yargıtay, gümrükte el konulup piyasaya sürülmeden imha edilen taklit markalı ürünler nedeniyle dahi manevi zararın oluştuğunu kabul etmektedir³⁰⁹.

Öğretide Yargıtayın bu tutumu eleştirilmekte, manevi tazminat sorumluluğunun doğması için TBK m. 58'de aranan şartların mevcut olduğuna ilişkin mahkemece kanaat getirilmediği sürece manevi tazminata hükmedilmemesi gerektiği belirtilmektedir³¹⁰.

Öğretide *Aydın*, Yargıtayın haksız fiillere ilişkin manevi tazminat istemlerinde sübjektif unsurları göz önüne aldığı içtihatlarından saparak, marka hukuku özelinde manevi tazminat istemlerinde objektif teoriyi esas aldığını belirtmektedir. Yazara göre, her somut olaya göre bir değerlendirme yapılarak tecavüz fiilinin hak sahibi üzerinde manevi acı, elem ve ıstıraba neden olup olmadığına bakılmalıdır. Özellikle isim markaları ve tanınmış markalarda hak sahibi ile marka arasındaki bağlantı sıkı olacağından tecavüz halinde manevi tazminata hükmedilmesi mümkün olabilecektir³¹¹.

Yargıtayın uygulamasına karşı öğretide yöneltilen eleştirilerin haklılık payı bulunmaktadır. Gerçekten tecavüzün sabit olduğu her ihtimalde manevi tazminata hükmedilmesi ezbere ve keyfî bir yaklaşıma kapı aralar. Manevi tazminata hükmedilebilmesi için kanuni koşullarının gerçekleşmiş olması gerekir. Koşulları gerçekleştiği kanaati hasıl olmadığı sürece mahkemece manevi tazminata hükmedilmemelidir. Hak sahibinin tecavüz sonucunda kişilik hakkının zarar gördüğü ve bir manevi zararının doğduğu sabit olmalıdır.

³⁰⁸ Çolak, s. 814-815; Yasaman, Şerh, s. 3007. 11. HD, 04.5.2009 1542/527011; HD, 22.1.2007, 13781/565; 11. HD, 7.3.2002, 10185//2000; 11. HD, 8.10.2007/9700/12510; 11.HD, 5.2.2007, 14416/1363; 11. HD, 03.12.2007, 12917/15273; 11. HD, 14.5.2007, 3976/7402; 11. HD, 25.1.2016, 6374/716, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁰⁹ 11. HD, 5.2.2007, 14416/1363; 11. HD, 14.02.2008, 14542/1612; 11. HD, 9.7.2007, 7905/10386; 11. HD, 4.5.2009, 1542/5270; 11. HD, 27.10.2008, 8801/11914, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³¹⁰ Uzunallı, Marka, s. 220; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 441; Çolak, s. 814-815; Aydın, s. 565, Yasaman, Şerh, s. 3007- 3008. Hak sahibinin ticari imajına zarar vermediği ölçüde sadece kusurun mevcut olması durumunda manevi tazminata hükmedilmesinin TBK m. 58 ile TTK m. 56 hükümlerine aykırılık teşkil edeceği yönünde bkz. Taşkın, s. 145. Yazarın marka hakkına tecavüzden doğan maddi tazminatların yetersiz kalması nedeni ile uygulamada kusurun bulunduğu her durumda manevi tazminata hükmedilmemesi gerektiği yönünde isabetli değerlendirmesi için bkz. Taşkın, s. 145-146.

³¹¹ Aydın, s. 565.

Hak sahibinin tüzel kişi olması onun manevi tazminat talebinde bulunamayacağı anlamına gelmez. Marka hakkı tecavüze uğrayan tüzel kişi de manevi tazminat isteyebilir³¹².

Marka hukuku ile telif hukuku karşılaştırıldığında, davacı tüzel kişinin manevi tazminat talep edip edemeyeceğine ilişkin Yargıtayın tutumu farklılık arz etmektedir. Marka hukukunda Yargıtay, davacının manevi tazminat talep etme imkânı bakımından gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapmamaktadır. Bu doğrultuda, markası ihlal edilen tüzel kişi de gerçek kişi gibi manevi tazminat talep edebilir ve lehine manevi tazminata hükmolunabilir³¹³. Telif hukukunda ise Yargıtay, davacının tüzel kişi olması durumunda 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)³¹⁴ m. 70/1 uyarınca manevi tazminat talep edemeyeceğini kabul etmektedir. Anılan hüküm uyarınca manevi tazminat talep edilebilmesi için talep eden kişinin eser sahibi olması gerekir. Bu kapsamda, tüzel kişiler eser sahibi sayılamayacağı için manevi tazminat talep edemezler³¹⁵.

B. Manevi Tazminatın Hesaplanması

Hâkim, manevi tazminatı TBK m. 51 ve m. 58 uyarınca takdir eder. Bu yetki kullanılırken markanın ticari iş hacmi, değeri, tescil süresi, olayın oluş şekli, ele geçen taklit ürün adedi, ihlal süresi, sayısı, tarafların ekonomik ve sosyal durumları göz önüne alınmalıdır³¹⁶.

Ayrıca davalının tacir olması durumunda basiretli tacir kriteri de dikkate alınmalıdır³¹⁷. Tarafların durumu ve tecavüz oluşturan fiil tam olarak değerlendirilerek somut olayın şartlarının gerektirdiği en uygun tazminata hükmedilmesi gerekir.

³¹² Arkan, Marka, s. 249; Uzunallı, Marka, s. 219; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 438, 441; Suluk, Karasu, Nal, s. 382; Aydın, s. 566; Taşkın, s. 141-142. 11. HD, 21.5.2007, 4452/7710, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³¹³ 11. HD, 04.03.2014, 14632/4073; 11. HD, 21.5.2007, 4452/7710; 11. HD, 23.01.2015, 15346/916, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³¹⁴ RG. 13.12.1951, S. 7981.

³¹⁵ 11. HD, 27.04.2015, 18533/5899; 11. HD, 19.03.2013, 5988/5370; 11. HD, 26.01.2016, 2943/801, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³¹⁶ Çolak, s. 815; Kale, s. 225; Taştan, s. 231; 11. HD, 13.10.2005, 12156/9680; 11. HD, 9.7.2007, 7905/10386; 11. HD, 11.1.2010, 8689/86; 11. HD, 07.11.2022, 3692/7831; 11. HD, 5.10.2022, 5132/6694, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³¹⁷ 11. HD, 14.2.2008, 14542/1612; www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Maddi ve manevi tazminat talepli açılan tecavüz davalarında maddi tazminata hükmedilmemesi manevi tazminata da hükmedilmeyeceği anlamına gelmez. Mahkemece maddi ve manevi tazminatın şartlarının ayrı ayrı oluşup oluşmadığının irdelenmesi gerekir³¹⁸.

Tayin edilecek manevi tazminatın her hal ve şartta maddi tazminata denk veya ona nazaran daha düşük olarak belirlenmesi gerektiği ön kabulü hatalı bir yaklaşımdır. Kimi somut olaylarda hükmedilen manevi tazminat, maddi tazminatı geçebilir. Hatta aradaki fark belirgin derecede yüksek bile olabilir³¹⁹.

Manevi tazminat kapsamında takdir edilecek miktar, hak sahibinde manevi huzuru sağlamayı, mütecevazde de başkalarının manevi değerlerine zarar verdiği takdirde somut olayın özelliğine göre, kimi zaman maddi tazminatın çok üstünde bir bedeli ödemek zorunda kalacağı düşüncesini sağlamaya yönelik olmalıdır³²⁰.

Hâkim, manevi tazminatın tutarını tayin ederken, hak ve adalete uygun davranmalı, hukuk biliminden yararlanmalı, toplumun sosyal, ekonomik ve moral yapısını ve özellikle de somut olayın şartlarını dikkate almalıdır. Takdir edilecek tutar, bir yandan manevi acıları gidermeli, kamuoyu ve sosyal vicdanda kabul görmeli, diğer yandan ise zarar gören açısından zenginleşme aracı olmamalıdır³²¹.

Tazminat hukukunun bir tarafı zenginleştirme diğer tarafı ise cezalandırma olmadığı ilkesi ışığında, mahkemece tayin edilecek manevi tazminatın somut olaya göre çok düşük veya çok yüksek bir biçimde belirlenmemesi gerekir. Bu konuda hükmedilecek tazminatın ılımlı bir mahiyette olması gerekir³²².

³¹⁸ Maddi ve manevi tazminatın talep edildiği bir uyuşmazlıkta, somut olayın özelliğine göre sadece manevi tazminata da hükmedilebilir. Yargıtayca onanan bir kararda yerel mahkemece, sadece manevi tazminata hükmedilmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 23.9.2014, 9196/14341, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³¹⁹ Örnek kararlar için bkz. 11. HD, 30.4.2014, 1652/8138; 11. HD, 02.10.2017, 2565/4889; 11. HD, 18.3.2015, 18070/3695; 11. HD, 6.3.2015, 17794/3091; 11. HD, 10.12.2014, 9322/19411; 11. HD, 2.10.2017, 2355/4919, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³²⁰ 11. HD, 13.10.2005, 12156/9680, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³²¹ 11. HD, 11.1.2023, 5120/151, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³²² 11. HD, 18.1.2023, 9130/349, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

IV. İtibar Tazminatı Davası

A. Genel Olarak

Kanun koyucu, hakkı ihlal edilen kişinin talep edebileceği maddi ve manevi tazminata ilaveten, sınai mülkiyet hukukuna özgü bir kavram olan itibar tazminatının da talep edilebileceğini öngörmüştür. İtibar tazminatı, her ne kadar SMK m. 149'da hak sahibinin ileri sürebileceği talepler kısmında açık bir biçimde düzenlenmese de SMK m. 150/2'de sınai mülkiyet hakkı sahibinin itibarının zedelenmesi sonucunda hak sahibinin ayrıca tazminat isteyebileceği öngörülmüştür. Bu hüküm ışığında itibar tazminatının kanun kapsamı altına alınmış, ayrıca talep edilebilen bir tazminat türü olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır³²³.

Kanun koyucu tarafından hak sahibine ayrıca itibar tazminatı isteyebilme imkânı getirilmişse de uygulamada itibar tazminatına hükmedilen ve Yargıtay tarafından onanan karar sayısı çok azdır³²⁴. Mahkemelerce itibar tazminatına nadiren hükmedilmesi, uygulamada itibar tazminatının amaç ve gerekliliğinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Kanaatimizce itibar tazminatına hükmedilmesi bakımından mahkemelerce eli sıkı davranılmamalı, kanuni şartlarının oluşması durumunda hak sahibinin itibar tazminatı talebi reddedilmemelidir.

İtibar tazminatının daha iyi anlaşılabilmesi için bu başlıkta, öncelikle itibar kavramına, ardından bu tazminatın hukuki niteliğine ve amacına, talep edilebilmesi için aranan koşullara, sonuç olarak da nasıl hesaplandığına değinilecektir.

³²³ Nitekim itibar tazminatına yönelik düzenleme mülga MarKHK döneminde de mevcuttu. Markanın itibarı başlıklı MarKHK m. 68 uyarınca mütecaviz tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarının zarara uğraması durumunda, hak sahibinin bu nedenle ayrıca tazminat isteyebileceği hükme bağlanmıştı. Yasaman, bu hükmün amaçladığı tazmine konu zararın zaten maddi zararın içinde mevcut olduğunu, dolayısıyla itibar tazminatı için ayrı bir hüküm öngörülmesinin gerekli olmadığını ileri sürmektedir. Karar için bkz. Yasaman, Tazminat, s. 17.

³²⁴ Bulabildiğimiz kararlar için bkz. 11. HD, 16.03.2023, 7482/1628; 11. HD, 08.03.2023, 6567/1428; 11. HD, 06.04.2015, 15786/4757; 11. HD, 14.03.2013, 1315/4981, www.lexpera.com.tr, [ET. 16.3.2024].

B. İtibar Kavramı

Arapça kökenli bir kelime olan itibar, dilimizde saygınlık anlamına gelmektedir³²⁵. Tacir, ticari işletme ve ticari şirketlerin itibarı olduğu gibi, sınai mülkiyet haklarının da itibarı bulunmaktadır. Nitekim SMK m. 150/2, açıkça sınai mülkiyet haklarının itibarının zedelenmesinden bahsetmiştir. Bu doğrultuda, bir sınai mülkiyet hakkı olan markanın, itibarının söz konusu olduğu ve bu itibarın zarar görebileceği sonucuna varılabilir.

Markanın itibarı kavramı, marka ile meydana getirilen “imaj”ı ifade etmektedir³²⁶. İtibar kavramı bünyesinde, markaya yapılan yatırım, markanın kalite ve güven sembolü olması, toplumda edindiği imaj ve reklam değeri bulunmaktadır³²⁷. İtibar kavramından, markanın temsil ettiği mal ve hizmetlerin kalitesi konusunda yarattığı saygınlık anlaşılmalıdır³²⁸. İtibar kaybında güdülen gaye, itibarın elde edilme sürecinin korunması değil, itibarın kazanılması sonrasındaki süreçte zedelenen ya da kaybolan itibarın yeniden diriltilmesidir³²⁹.

C. İtibar Tazminatının Hukuki Niteliği

İtibar tazminatı, maddi ve manevi tazminat türlerinden ayrı olarak talep edilebilen bir tazminat türüdür³³⁰. Yasa metninde bu husus “ayrıca” ibaresiyle vurgulanmıştır³³¹.

³²⁵ <https://sozluk.gov.tr/?q=itibar&aranan=> , [ET. 12.10.2023].

³²⁶ Ünal Tekinalp, “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan*, (İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999), s. 592; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet*, s. 506; Yasaman, *Tazminat*, s. 16; Bozbel, s. 525. Yargıtaya göre markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. Zira imaj ve güven oluşturma bir maliyeti vardır. İtibar zararı ise inşa edilen veya edilmekte olan imajın zedelenmesi nedeniyle doğan zarardır. İtibar tazminatı belirlenirken, bir taraftan imaj inşası için gerçekleştirilen giderlerden hareket ederek zararın giderilmesi için yapılması gereken (reklam kampanyası gibi) giderler dikkate alınmalı, diğer taraftan da itibar kaybının manevi yönünü göz önünde tutulmalıdır. Karar için bkz. 11. HD, 5.5.2016, 8175/5114, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³²⁷ Çolak, s. 820.

³²⁸ Bilge Aytuğar ve Sultan Küçük, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , c. 11, S. 1, (2020), s. 111.

³²⁹ Yasaman, *Hukuk Davaları*, s. 321; Yasaman, *Şerh*, s. 3059.

³³⁰ Tekinalp, *İtibar*, s. 590; Vehbi Umut Erkan, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Patent Hakkına Tecavüz Edilmesi Durumunda İtibar Kaybı Tazminatı (SMK md.150/2)”, *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 13, S. 144, (2018), s. 15 ile s. 18-19; Arzu Oğuz ve Selin Özden Merhacı, “Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan Tazminat Talepleri”, *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Cilt II*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013), s. 970; Kaya, s. 300; Yasaman, *Hukuk Davaları*, s. 321; Aydın, s. 567;

Öğretide bir görüş, bu tazminatın ayrıca istenebileceğine yönelik düzenlemenin, kanun koyucunun yeni bir tazminat türü öngördüğü anlamına gelmeyeceğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre kanun koyucu, söz konusu düzenlemeyle dolaylı zarar niteliğindeki marka itibarındaki kaybın giderilebileceğini, ortaya çıkan zararın niteliği gereği buna sebep olabilecek fiiller ile uygun illiyet bağıını göstermek istemiştir. Buna göre itibar tazminatı, şartları özel olarak belirlenmiş maddi tazminatın bir çeşidi olarak kabul edilmelidir³³².

Tekinalp, tazminat sebebinin “itibar”ın uğradığı zarar olarak belirtilmesi, itibarın “ün”, “tanınmışlık” ve “bilinen” kavramları gibi “kişilik” ile bağlantılı olması, itibarın zedelenmesinin kişilik hakkının zedelenmesi olgusunu çağrıştırması sebebiyle itibar tazminatının manevi tazminat yönüne de dikkat çekmektedir. Yazar, itibar tazminatının hem maddi tazminatın hem de manevi tazminatın unsurlarını taşıdığını ileri sürmektedir. Buna göre itibar zararı, ne sadece hak sahibinin mal varlığında meydana gelen imaj zararının karşılanması ne de itibarın zarar görmesinden kaynaklanan üzüntü ve rahatsızlığın işletmeye verdiği zarardır. Zarar büyük çapta mal varlığında oluşsa da işletmedeki rahatsızlık da göz ardı edilemez³³³.

Yargıtay, yeni tarihli bir kararında, itibar tazminatını, taklit ve kötü üretim veya pazarlama nedeniyle sınai mülkiyet hakkının değerini yitirmesi nedeniyle, uzun vadede ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklı maddi bir tazminat çeşidi olarak nitelendirmiştir. Yüksek mahkeme, itibar kaybına uğrayanın hak sahibi değil, bizzat sınai mülkiyet hakkı olduğunu vurgulayarak bu noktada hak sahibinin, itibar kaybı nedeniyle maddi zarara uğradığına işaret etmektedir³³⁴.

Meran, s. 539; Suluk, Karasu, Nal, s. 382; Bozbel, s. 525. 11. HD, 22.1.2007, 13781/565; 11. HD, 11.05.2009, 1536/5629, www.lexpera.com.tr [ET. 24.11.2023]. Maddi ve manevi tazminat taleplerinin yanında itibar tazminatının da ayrı bir dava türü olduğundan bahisle üç ayrı vekâlet ücretine hükmedilmesi gerektiğine ilişkin karar için bkz. 11. HD, 1.6.2015, 2112/7408, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024]. İtibar tazminatının bünyesine fiili zarar ve yoksun kalınan kazancın girmediği yönünde bkz. Çolak, s. 818; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 506; Meran, s. 485; Bozbel, s. 525. İtibardan kaynaklanan zararın fiili zarar veya yoksun kalınan kazanç şeklinde tezahür edebileceği yönünde bkz. Uzunallı, Markanın Korunması, s. 435. İtibar tazminatı ile giderilmesi amaçlanan zararın, sadece maddi veya manevi alanda gerçekleşen bir zarar olmadığı yönünde bkz. Bozgeyik, s. 187. İtibar tazminatının hukuki niteliği için ayrıca bkz. Aytuğar ve Küçük, s. 112 vd.

³³¹ Tekinalp, İtibar, s. 590; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 506; Yasaman, Tazminat, s. 16; Karan ve Kılıç, s. 533; Aydın, s. 568; Meran, s. 539.

³³² Aytuğar ve Küçük, s. 113.

³³³ Tekinalp, İtibar, s. 593-594.

³³⁴ 11. HD, 17.3.2022, 405/2070, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Çolak ise uygulamada mahkemeler tarafından itibar tazminatına hükmedilmesi durumunda bunun gerekçelendirilmesinde sorunlar yaşandığını, özellikle işletmenin manevi zararı ile marka itibarının zararı arasındaki farkın belirlenmesinde soyut ibarelerin kullanıldığını ifade etmektedir. Yazar, maddi- manevi tazminatın yanında, SMK m. 151/4 uyarınca yoksun kalınan kârın artırılabilceği göz önüne alındığında, ayrıca itibar tazminatı düzenlemesinin uygulamada aşkın, mükerrer tazminat endişesi yarattığı hususuna dikkat çekmektedir³³⁵.

Aydın, kanun koyucu tarafından maddi ve manevi tazminatın yanında itibar tazminatına ihtiyaç olup olmadığını sorgulamaktadır. Yazara göre, hak sahibinin elinde fiili zarar ve yoksun kalınan kazancın tazmini isteme, manevi tazminat davası açma imkânı olup, üstelik bu tazminat miktarlarının belirlenmesinde markanın ekonomik önemi ve piyasadaki etkinliği dikkate alınarak hakkaniyet ölçüsünde artırım yapmak imkânı varken itibar tazminatının gerekliliği tartışılabilir. Yazar, görüşünü itibar tazminatına sebep olarak gösterilen marka imajının zedelenmesine ilişkin verilen son tarihli Yargıtay kararlarıyla desteklemekte, yüksek mahkemece bu durumun sadece manevi tazminat sebebi olarak değerlendirildiğini belirtmektedir³³⁶.

D. İtibar Tazminatının Amacı

İtibar tazminatı, marka itibarını hedef alan tecavüz fiillerinin yaygın ve ölçülmesi zor maddi ve manevi olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmaya hizmet eder. Örneğin internet vasıtasıyla bir markanın kötüleme kampanyasına tabi tutulması, marka imajının müşteriler nezdinde zedelenmesi, müşterilerin markaya olan ilgisini olumsuz etkiler. Bunun sonucunda markaya olan talep azalır ve müşteri sayısında azalma olabilir. İşte bu gibi durumlarda hak sahibi, bu zarar verici eylemler sonucu marka itibarında oluşan kaybın telafi edilmesini ister. Hükmedilecek itibar tazminatı ile marka itibarında oluşan kaybın geri kazanılması amacıyla yapılan çalışmaların gerektirdiği masraflar karşılanmış olur³³⁷.

³³⁵ Çolak, s. 821- 822; Taşkın, s. 148.

³³⁶ Aydın, s. 569-570. Aksi görüş için bkz. Taşkın, s. 149.

³³⁷ Bozgeyik, s.187.

Bozgeyik'e göre itibar tazminatı, manevi tazminat fonksiyonu görmemekte, bir başka ifadeyle bu tazminat türü, soyut olarak markanın itibarının zedelenmesinin bir karşılığı olarak düşünülmemelidir. Bu tazminatın, zedelenen itibarın zarar görmeden önceki hale dönmesi ve düzeltilmesi için yapılan masrafları karşılama amacı taşıdığı nazara alınmalıdır³³⁸.

E. SMK m. 150/2 Kapsamında İtibar Tazminatının Talep Edilmesi

İtibar tazminatı talebinde bulunabilmek için tazminat sorumluluğu şartlarının ve SMK kapsamında marka hakkına tecavüz fiilinin gerçekleşmesinin yanında SMK m. 150/2 uyarınca:

i) markanın kötü kullanılması,

ii) markanın kötü üretilmesi,

iii) kötü şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi

iv) yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi³³⁹ sonucunda zarara uğraması gerekmektedir³⁴⁰.

Markanın mütecaviz tarafından kötü bir biçimde kullanılması, o markanın kötü malda, kötü ambalajda, kötü satış şartları altında kullanılması anlamına gelir³⁴¹.

³³⁸ Bozgeyik, s. 187. Öğretide Uzunallı, itibar kaybının bir mal varlığı zararı olduğunu, itibar tazminatı ile markanın gördüğü itibar kaybının giderilmesinin amaçlandığını ileri sürmektedir. Yazara göre bu tazminat, manevi tazminat niteliğinde olmayıp yoksun kalınan kazancın kapsamına girmeyen, yoksun kalınan kazanç talebiyle giderilemeyen zararın giderilmesine hizmet eder. Görüş için bkz. Uzunallı, Markanın Korunması, s. 434. İtibar tazminatının manevi tazminat niteliğinde olmadığı yönünde bkz. 11. HD, 17.3.2022, 405/2070, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³³⁹ Öğretide uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürme kavramının içine, mal veya hizmetin markanın itibarını düşürecek seviyede düşük fiyatla satılması durumun da girdiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Yasaman, Hukuk Davaları, s. 322; Yasaman, Şerh, s. 3060.

³⁴⁰ Uzunallı, Marka, s. 216; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 433; Tekinalp, İtibar, s. 590-591; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 505-506; Yasaman, Tazminat, s. 16; Bozgeyik, s. 188; Yasaman, Şerh, s. 3060; Oğuz ve Özden Merhacı, s. 971; Gönen, s. 45. Tecavüz fiili sonucunda uğranılan zararı doğrudan zarar; kötü kullanım, üretim veya piyasaya sürme sonucunda itibarın zarar görmesini dolaylı zarar olarak kabul eden görüş için bkz. Aytuğar ve Küçük, s. 113; Aynı yönde bkz. Oğuz ve Özden Merhacı, s. 970.

³⁴¹ Tekinalp, İtibar, s. 596; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 507; Bozbel, s. 525; Taşkın, s. 150. Sadece markanın ilişik olduğu malın kötü kullanılması değil markanın doğrudan doğruya kötü biçimde kullanılmasının itibar tazminatı talebi için yeterli olduğu yönünde bkz. Dirikkan, s. 309.

Her taklit mal, bir açıdan orijinal mala göre kötü bir üretim teşkil etmekte ve taklit malın piyasaya arzı, orijinal mala göre daha elverişsiz şartlarda söz konusu olsa da her kötü kullanım itibar tazminatına hükmedilmesini gerektirmez. SMK m. 150/2'nin uygulanabilmesi için kullanımın ticari veya ekonomik bir mahiyet arz etmesi gerekir. Bu çerçevede markanın kişisel olarak kullanıldığı hallerde itibar tazminatı gündeme gelmez³⁴².

Marka hakkına tecavüz edilmesine rağmen malların iyi kalitede ve iyi pazarlarda satılması durumunda itibar tazminatına hükmedilmemelidir³⁴³.

Davacının itibar tazminatı isteminin kabul edilebilmesi için, marka itibarının kanun metninde zikredilen eylemlerden kaynaklı zarara uğradığını ispat etmesi gerekmektedir³⁴⁴. Mahkemece itibar tazminatının koşullarının olup olmadığının tespiti için bilirkişi incelemesi yaptırılabilir³⁴⁵. Yargıtay bir kararında, markanın izinsiz kullanıldığı ürünlerin, orijinal ürünlere kıyasla kötü ve son derece kalitesiz olduğu kanıtlamadığı ve bir kalite sorununun bulunduğu belirlenmediğinden itibar tazminatı şartlarının oluşmadığına karar vermiştir³⁴⁶.

Bu bağlamda kanun metninde geçen kullanma, üretme ve piyasaya sürme kavramlarından ne anlaşılması gerektiğinin üzerinde durulması gerekir. Kullanma fiili markayı, kanunun 7. maddesinde belirtilen biçimlerde kullanma, taklit etme, lisans yoluyla verilen hakları izinsiz genişletme veya bu hakları üçüncü kişilere devretme fiillerini kapsamaktadır. Üretmek fiili ise taklit markayı taşıyan ve tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerin üretilmesi fiilini karşılar. Nihayet piyasaya sürme fiili ise, tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir biçimde ticaret alanına çıkarmak, ithal veya ihraç etmek fiillerini bünyesinde taşır³⁴⁷.

Anılan fiillerin itibar tazminatı çerçevesinde değerlendirilebilmesi için kötü şekilde veya uygun olmayan bir tarzda gerçekleştirilmiş olması gerekir. Kanun metninde veya

³⁴² Çolak, s. 819-821; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 433; Bozgeyik, s.189; Aydın, s. 571; Aytuğar ve Küçük, s. 116; Bozbel, s. 526; Taşkın, s. 150.

³⁴³ Yasaman, Tazminat, s. 16; Yasaman, Hukuk Davaları, s. 322; Yasaman, Şerh, s. 3060.

³⁴⁴ 11. HD, 16.01.2024, 3860/347; 11. HD, 04.3.2013, 4251/3932; 11. HD, 24.4.2013, 4235/8044. 11. HD, 22.1.2007, 13781/565; 11. HD, 5.12.2019, 3383/7903, www.lexpera.com.tr, [ET. 16.3.2024].

³⁴⁵ 11. HD, 10.10.2023, 5991/5699, www.lexpera.com.tr, [ET. 16.3.2024].

³⁴⁶ 11. HD, 17.12.2014, 9602/19971, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁴⁷ Aytuğar ve Küçük, s. 116.

gerekçede bu hususa ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. O halde bu fiillerin oluşup oluşmadığı, her somut olayın kendi özelliklerine göre belirlenecektir³⁴⁸.

Öğretide itibar tazminatına hükmedilebilmesi için tecavüze uğrayan markanın tanınmış bir marka olmak zorunda olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁴⁹ itibar tazminatını talep edebilme hakkı sadece tanınmış markalara bahşedilmemiştir. Tanınmışlık seviyesi ne olursa olsun her markanın sahibi itibar tazminini talep hakkını haizdir.

Diğer görüşe göre³⁵⁰ ise, madde lafzı ve gayesi yorumlandığında burada markanın kalite ve güven imajı korunmaya çalışıldığından, itibar tazminatına ancak tanınmış ve bir kalite sembolü olmuş markalar için hükmedilebileceği kabul edilmelidir. Her ne kadar her markanın kendine mahsus bir itibarı olabileceği akla gelse de piyasada bilinirliği az, toplumun ilgili kesiminde tanınmayan ve kalite-güven algısı oluşturmeyen bir marka için “itibar”dan ve “itibar tazminatı” kavramından bahsedilmesi güçtür³⁵¹.

Yargıtay, itibar tazminatına karar verilebilmesi için davacıya ait markanın ya tanınmış marka niteliğinde olduğu ya da bu marka altında kaliteli ve prestijli ürünler üretildiği ya da hizmet sağlandığının ispatı şartını aramaktadır³⁵².

Belirttiğimiz ilk görüş ile benzer şekilde kanımızca bir marka, tanınmış marka seviyesine ulaşmamış olsa dahi SMK m. 150/2 doğrultusunda ilgili markanın kötü veya uygun olmayan üretimi, kullanımı, temini veya piyasaya arzı söz konusu ise hak sahibi itibar tazminatı talep edebilmelidir.

Lisans alan da SMK m. 150/2’de yer alan eylemleri gerçekleştirerek markanın itibarına zarar verebilir. Lisans alan, markayı lisans anlaşmasına riayet ederek kullanmak zorunda olduğu için bu anlaşmaya uymadığı takdirde tecavüz sebebiyle tazminat davalarıyla, dolayısıyla da itibar tazminatıyla karşı karşıya kalabilecektir³⁵³.

³⁴⁸ SMK m. 150/2’de yer alan “kötü şekilde” veya “uygun olmayan tarz” ibarelerinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin öğretide verilen çeşitli örnekler için bkz. Aytuğar ve Küçük, s. 116.

³⁴⁹ Tekinalp, İtibar, s. 597; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 508; Uzunallı, Marka, s. 217; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 435; Aydın, s. 570; Bozgeyik, s. 190; Gönen, s. 46; Güneş, Uygulamalı Marka, s. 393; Taşkın, s. 151.

³⁵⁰ Kaya, s. 299; Çolak, s. 820; Öksüz, s. 320; Bozbel, s. 526.

³⁵¹ Çolak, s. 820.

³⁵² 11. HD, 17.03.2022, 405/2070, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁵³ Aydın, s. 570-571.

F. İtibar Tazminatının Hesaplanması

Hâkim, itibar tazminatını belirlerken itibarı zedelenen marka imajının yeniden onarımı için gerçekleştirilen veya gerçekleştirilecek faaliyetlerden (örneğin reklamlar ve tanıtım kampanyaları) yola çıkarak bunların giderlerini nazara almalı, öte yandan da itibar kaybının manevi tarafını da göz ardı etmemelidir³⁵⁴.

Mahkemece hak sahibinin markasının kötü şekilde kullanılıp kullanılmadığı, üretilip üretilmediği, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilip edilmediği, yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülüp sürülmediği tespit edilmelidir. SMK m. 150/2 kapsamına giren eylemlerin gerçekleştiği hususu sabit olduğunda ise bu eylemler nedeniyle markanın sahip olduğu imaj ve güvenin ne şekilde zarar göreceği ve davacının bu itibarın yeniden tesisi için ikame faaliyetlerde ve harcamalarda bulunması gerekip gerekmediği hususları etraflıca araştırılmalıdır³⁵⁵.

Gerek itibar tazminatı isteminde, gerekse hüküm kurulurken markanın ne gibi bir kalite sembolü olduğu, nasıl bir güven telkin ettiği ve bu imaj ile güvenin ne şekilde zedelendiği, kullanımın ne sebeple kötü ve uygun olmadığı konuların soyut ve tekdüze olmayan hukuki terimlerle gerekçelendirilmelidir. Aksi durumda itibar tazminatı isteminin reddi gerekir³⁵⁶.

İtibar tazminatı talep edilmiş, mahkemece bu talep kabul veya reddedilmişse buna ilişkin karar gerekçelendirilmelidir³⁵⁷.

Görülecek tazminat davasında, davacı tarafın markanın itibarının zedelendiği iddiasına yönelik kanıtlarının bir bütün olarak toplanması, itibar zararının gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında davacıya ispat imkânı tanınması gerekir³⁵⁸.

Yargılama sonucunda hâkim, TBK m. 50/2 uyarınca takdir yetkisi kullanarak, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yaparak zedelenen veya kaybolan itibarın

³⁵⁴ Taştan, s. 225; Kale, s. 223.

³⁵⁵ 11. HD, 05.05.2016, 8175/5114, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁵⁶ Çolak, s. 820-821; 11. HD, 1.12.2006, 12383/12612, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁵⁷ 11. HD, 10.10.2023, 5991/5699; 11. HD, 20.9.2011, 1166/10606, www.lexpera.com.tr, [ET.16.3.2024].

³⁵⁸ 11. HD, 22.1.2007, 13781/565, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

tekrar tesis edilmesi için gereken masrafları göz önüne alarak uygun bir tazminata hükmetmelidir³⁵⁹.

V. Tazminata Hükmedilecek Tarih Aralığı

Marka tecavüzünden doğan tazminat davalarında ilke, tecavüz fiilinin başlangıcının tespit edildiği tarih ile davanın açıldığı tarih arasındaki dönemin tazminat ve faiz hesabına konu olacağıdır³⁶⁰.

Tecavüz fiilinin başlangıç tarihi tespit edilirken somut ve tereddüde yol açmayacak delillere dayanılmalıdır. Örneğin ceza soruşturması kapsamında alınan mahkeme kararı doğrultusunda davalının işyerinde yapılan arama tarihi³⁶¹, resmi kayıtlarla sabit hale gelen markanın izinsiz olarak kullanılmaya başlandığı tarih³⁶², tecavüzün başladığı tarih olarak esas alınabilir.

Yerel mahkemece tecavüz fiilinin başlangıç tarihinin, tecavüz oluşturan ürünlere el koyma talebinin üç ay öncesi olacak şekilde belirlendiği bir davada Yargıtay, fiilin başlangıç tarihinin farazi olarak tayin edilemeyeceği noktasına dikkat çekerek bozma kararı vermiştir³⁶³.

Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, mütecavizin haksız fiil oluşturan tecavüz eyleminin başlangıç tarihinin dosya kapsamında açık bir biçimde ortaya konulması gerekir. Dosya kapsamındaki deliller değerlendirilirken tecavüz tarihine ilişkin belirleme dikkatli yapılmalıdır. Aksi halde tayin edilecek tazminat hak kayıplarına yol açabilir.

³⁵⁹ Yasaman, Hukuk Davaları, s. 321; Uzunallı, Marka, s. 217; Aydın, s. 571; Yasaman, Şerh, s. 3059; Bozgeyik, s. 187-188. 11. HD, 11.11.2014, 11077/17348; 11. HD, 7.3.2018, 7736/1776, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁶⁰ Bozgeyik, s. 180; Yasaman, Şerh, s. 3003. 11. HD, 7.5.2014, 917/8693, www.lexpera.com.tr [ET. 24.11.2023]. Çolak'a göre tecavüz eyleminin geçmişte başlamış olması halinde tecavüzün tereddüte mahal vermeyecek biçimde belirlenebildiği kesin tarih, tazminat hesabına esas alınabilir. Yazara göre bu belirlemede, baskı tarihi ispat edilebilen kataloglar, broşürler, internette kesin olarak belirlenen satış tarihi ve mahkemece yapılan delil tespiti tarihi yol gösterici olabilir. Görüş için bkz. Çolak, s. 774, 781. Bu yönde Öksüz, s. 314. Öğretide bir görüş, tazminat hesabında nazara alınacak tazminat dönemini, hak sahibinin zarar görmeye başladığı tarih ile zararın son bulunduğu tarih aralığı olarak kabul etmektedir. Görüş için bkz. Kale, s. 223. Tekinalp ise zararın tespitinde hüküm tarihinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. Yazar, enflasyonist baskı altında bulunan Türkiye'de en uygun çözüm yolunun bu olacağı görüşündedir. Görüş için bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 503.

³⁶¹ 11. HD, 10.6.2015, 2306/8013, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁶² 11. HD, 09.01.2018, 5766/99, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁶³ 11. HD, 9.10.2014, 10666/15316, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

Örneğin dosya kapsamında toplanan deliller arasında mütecaviz tarafından düzenlenen tecavüze konu önceki tarihli katalog bulunmakta ise, sonraki tarihli faturalar dikkate alınarak bu tarihte haksız fiil gerçekleştiğinden bahisle temerrüt faizine hükmedilmesi isabetli olmaz. Böyle bir durumda hak sahibinin kavuşacağı faiz daha düşük bir değer olarak hesaplanacaktır³⁶⁴.

Mahkemece, dava tarihinden sonra doğacak haklar için görülmekte olan davada karar verilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla dava tarihinden sonraki dönem, tazminat hesabında dikkate alınamaz. Bu itibarla, davanın açıldığı tarih dikkate alınarak, bu tarih itibariyle davalının elde etmesi mümkün görülen kazancın hüküm altına alınması gerekirken, dava tarihinden sonra elde edilen kazancı da kapsayacak şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir³⁶⁵.

Bozma ilamına konu bir kararda, ilk derece mahkemesince dava tarihinden sonraki yılları da kapsayacak şekilde hesaplama içeren bilirkişi raporu esas alınmıştır. Yargıtay ise her davanın açıldığı tarihteki fiili ve hukuki duruma göre hükme bağlanacağını, dolayısıyla dava tarihi itibariyle maddi tazminatın hesaplanıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁶⁶.

Tecavüzün başladığı tarihin belirlenmesine ilişkin bozmaya konu kararda yerel mahkeme, davalının tecavüze yol açan markasının tescil edildiği tarihten itibaren maddi tazminatın istenebileceği şeklinde bir sonuca varmıştır. Oysa bozma kararında da belirtildiği üzere eylem, esasen bir haksız fiil olup tazminat miktarının ve faizin başlangıcının haksız fiil tarihine göre tespit edilmesi gerekmektedir³⁶⁷.

³⁶⁴ 11. HD, 12.05.2015, 18946/6739, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁶⁵ 11. HD, 21.02.2012, 10928/2386, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁶⁶ 11. HD, 17.06.2019, 2148/4473; www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

³⁶⁷ 11. HD, 09.01.2013, 15505/239, www.lexpera.com.tr [ET.16.3.2024].

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TAZMİNAT DAVALARINDA YARGILAMA USULÜ

I. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları özünde haksız fiilden kaynaklı tazminat sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu davalarda davacı, mahkemeye yönelttiği talebinde davalının bir şey vermeye mahkûm edilmesini ister. Bu yönüyle tazminat davaları HMK m. 105 kapsamında bir eda davası niteliğindedir. Talep sonucunda davalıdan istenen şey ise genellikle para cinsindendir.

SMK’de düzenlenen tecavüz kaynaklı tazminat davalarında usul kuralları, ilke olarak HMK hükümleri doğrultusunda belirlenir. Dava şartları ve ilk itirazlar, ön inceleme, tahkikat, deliller, davaya son veren işlemler, kanun yolları gibi yargılama aşamalarında HMK kuralları uygulanır.

SMK’de ayrıca düzenlenen usule ilişkin hükümlerin bulunması durumunda ise bu hükümlerin de dikkate alınması şarttır. SMK m. 153, 156, 158 ve 159, tecavüzden doğan tazminat davalarında özel olarak dikkate alınması gereken usule ilişkin hükümler barındırmaktadır.

Tezin bu bölümünde tazminat davalarında arabuluculuk, davanın taraflarını teşkil eden davacı ve davalı sıfatları, dava açılmayacak kişiler, yetkili ve görevli mahkeme ile zamanaşımı konuları incelenmiştir.

II. Tazminat Davalarında Zorunlu Arabuluculuk

Marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin uyuşmazlıklar tarafların iradeleriyle hukuki sonuç elde edebilecekleri bir ihtilaf türü olduğu için arabuluculuğa elverişlidir³⁶⁸.

Marka hakkına tecavüz sonucunda açılacak maddi, manevi itibar tazminatı davaları, TTK m. 4/1- (d) bendi uyarınca fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan mutlak ticari davalardandır. TTK m. 5/A-1 hükmü³⁶⁹ delaletiyle marka hakkına tecavüz sonucunda tazminat davası açılmak isteniyorsa dava açmadan önce arabulucuya başvurulması zorunludur. Bu bir dava şartıdır³⁷⁰. Arabulucuya başvurulmadan dava açılırsa 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu³⁷¹ (HUAK) m. 18/A-2 ve HMK m. 115/2 uyarınca dava usulden reddedilir.

Öğretide ve uygulamada zorunlu arabuluculuk dava şartının sonradan tamamlanabilir bir dava şartı olmadığı belirtilmektedir³⁷². Ancak dava şartı noksanlığı,

³⁶⁸ Cafer Eminoğlu ve Cansu Korkmaz, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 26, S. 1, (2022), s. 312.

³⁶⁹ Bu Kanunun dördüncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A-1).

³⁷⁰ Osman Umut Karaca, “Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, c. 21, S. 1, (2019), s. 54; Eda Giray, “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, ed. Ceyda Süral Efeçinar, Mehmet Ertan Yardım, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 34; İrem Toprakkaya, “Fikri ve Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* (2020), ed. Tekin Memiş, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020), s. 489; Eminoğlu ve Korkmaz, s. 316; Ayhan, Çağlar, Yıldız, İmirlioğlu, s. 345; Uzunallı, Marka, s. 188; Bozgeyik, s. 209; Kale, s. 44; Yasaman, Şerh, s. 3291-3292. Tanrıver, her ne kadar fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuattan kaynaklanan para ve tazminat alacağını konu davaların, TTK m. 4/1-d bendinde sayılmış olan davalar arasında bulunsa bile, zorunlu arabuluculuğa ilişkin kuralların uygulanamayacağını ileri sürmektedir. Yazara göre sınai mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesince bakılacağından, daha yeni ve özel kanun hükmü niteliğindeki SMK düzenlemesiyle TTK m. 4/1-d hükmünün zımnen ilga edildiği kabul edilmelidir. Bu itibarla, fikri ve sınai mülkiyete ilişkin mevzuattan kaynaklanan belirli bir paranın ödenmesini konu alan alacak ve tazminat talepleri bakımından zorunlu arabuluculuk kurumu gündeme gelmez. Fakat ihtiyari arabuluculuk hükümlerinin uygulanmasında sakınca yoktur. Görüş için bkz. Süha Tanrıver, “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, (2020), s. 115, dp. 2.

³⁷¹ RG. 22.06.2012, S. 28331.

³⁷² İlker Koçyiğit ve Alper Bulur, *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*, (Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanlığı Yayını, 2019), s. 48; Kale, s. 44; İstanbul BAM 16. HD, 16.01.2020, 107/26; İstanbul BAM 16. HD, 13.02.2020, 221/335; İstanbul BAM 16. HD, 10.05.2023, 510/765, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

mahkemece davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında giderilmişse, başlangıçtaki eksiklikten ötürü dava usulden reddedilememelidir. Bu durumda HUAK m. 18/A-2 ile birlikte HMK m. 115/3 uygulanabilir³⁷³.

HUAK m. 18/A-4 uyarınca başvuru, uyuşmazlığın konusuna göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır³⁷⁴. Anılan maddenin 15. fıkrası gereğince arabuluculuk başvurusunda bulunulması ile birlikte, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı durur.

Uygulamada tazminat taleplerinin yanında tecavüzün tespiti, durdurulması kaldırılması gibi tecavüzden doğan diğer talepler de ileri sürülmektedir³⁷⁵.

Dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmadan, dava şartı olan arabuluculuğa tabi taleplerle birlikte bu şartta tabi olmayan taleplerin aynı davaya konu edilmesi durumunda mahkemelerin tutumu birbirinden farklılıklar arz etmektedir. Bazı mahkemeler dosyanın ayrılmasına, dava şartı olan arabuluculuğa tabi talepler bakımından davanın dava şartı yokluğundan reddine, diğer talepler bakımından davanın ayrılan dosya üzerinden devamına karar vermektedir. Bazıları ise davanın, tüm talepler bakımından dava şartı yokluğundan reddine karar vermektedir³⁷⁶.

Yargıtay ve istinaf mercilerinin güncel kararlarına bakıldığında, zorunlu arabuluculuğa tabi olan talepler ile bu kapsama girmeyen taleplerin aynı davada birlikte ileri sürülmesi durumunda, bu nitelikteki davaların bir bütün olarak ve işin esasına girilerek değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Buna göre sırf taleplerden bir kısmı zorunlu arabuluculuğa tabi diye dava bir bütün olarak reddedilmemeli, diğer taleplerin

³⁷³ Koçyiğit ve Bulur, s. 48. Öğretide aksi görüş ise HMK'nin ilgili fıkrasının uygulanmasına yer olmadığını, HUAK'ta öngörülen ilgili hükmün uygulanması gerektiğini fakat bu yönde bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir. Görüş için bkz. Mehmet Ertan Yardım, "Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru", *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, ed. Ceyda Süral Efeçınar, M. Ertan Yardım, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), s. 108-109.

³⁷⁴ Yetkili mahkeme, SMK m. 156/3-4 hükümlerine göre belirlenir.

³⁷⁵ Bu taleplerin zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığına ilişkin aşağıdaki tabloya bakınız.

³⁷⁶ Karaca, s. 53.

dava şartı arabuluculuğu gerektirmemesi halinde dava bakılmaya devam edilmelidir³⁷⁷. Usul ekonomisi ilkesi de bunu gerektirmektedir.

Dava şartı arabuluculuk kapsamına giren tazminat talepleri ile diğer taleplerin birlikte ileri sürülmesi durumunda, dava şartı arabuluculuk incelemesi her bir talep yönünden ayrı ayrı yapılmalıdır³⁷⁸.

Öğretide arabulucuya başvurulmadan tecavüzden doğan tazminat talepleri ile diğer talepler ileri sürülmüşse, tazminat talepleri zorunlu arabuluculuğa tabi olduğundan bu talepler bakımından davanın ayrılarak usulden reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir. Zorunlu arabuluculuğun kapsamına girmeyen diğer talepler açısından ise davaya devam edilmelidir³⁷⁹. Davacının hak arama hürriyetinin sınırlanmaması için bu yaklaşımın benimsenmesinin hukuka ve hakkaniyete daha uygun olacağı ileri sürülmektedir³⁸⁰.

Arbuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılırsa bunun kapsamı taraflarca belirlenir. Anlaşma belgesi düzenlenmesi durumunda bu belge, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Taraflar, bu belgenin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edebilirler.

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamazsa, davacı, buna ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Aksi halde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. Verilen süre içerisinde son tutanak mahkemeye ibraz edilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir.

³⁷⁷ 11. HD, 09.12.2020, 933/5776; 11. HD, 04.11.2020, 3611/4734; İstanbul BAM 16. HD, 17.12.2020, 2122/2211; İstanbul BAM 16. HD, 25.09.2020, 1224/1447, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

³⁷⁸ Tanrıver, s. 136; Eminoğlu ve Korkmaz, s. 319-320.

³⁷⁹ Uzunallı, Marka, s. 190; Kale, s. 44-45; Eminoğlu ve Korkmaz, s. 320, dp. 86; Karaca, s. 53; Yasaman, Şerh, s. 3292. Zorunlu arabuluculuk kapsamına giren talep bakımından da usulden ret kararı verilmesi yerine mahkemece taraflara süre verilmesi ve arabuluculuk sürecinin tamamlanmasının hedef yargılama süreleri, usul ekonomisi ilkesi ve arabuluculuk çözüm yönteminin amaçlarına uygun olduğu yönünde bkz. Taşkın, s. 163.

³⁸⁰ Karaca, s. 53.

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan olduğu için taraflar tahkim yoluna başvurabilir³⁸¹.

MARKA HAKKINA TECAVÜZ KAPSAMINDA		
Zorunlu Arabuluculuğa Tabi Talepler	Zorunlu Arabuluculuğa Tabi Olmayan Talepler ³⁸²	
-Maddi tazminat (m.149/1-ç) -Manevi tazminat (m.149/1-ç) -İtibar tazminatı (m. 150/2)	-Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti (m. 149/1-a) -Muhtemel tecavüzün önlenmesi (m. 149/1-b) -Tecavüz fiillerinin durdurulması (m. 149/1-c) -Tecavüz fiillerinin kaldırılması (m. 149/1-ç) -El koyma (m. 149/1-d) -Mülkiyet hakkı tanınması (m. 149/1-e) -Şekil Değiştirme, silme veya imha talebi (m. 149/1-f)	

³⁸¹ Yılmaz Yörem, “Marka Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkimin Uygulama Alanı”, *Dicle Adalet Dergisi*, c. 1, S. 1, (2017), s. 24; Yusuf Çalışkan, *Uluslararası Fikrî Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü*, (İstanbul: Değişim Yayınları, 2008), s. 36 vd; Arkan, Marka, s. 259; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 510; Uzunallı, Marka, s. 238-239.

³⁸² Tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve tecavüze konu ürünler ile bunların üretilmesinde münhasıran kullanılan araçlara el konulması talepleri ihtiyati tedbir kapsamında ileri sürülürse arabuluculuğa başvurulamaz. Çünkü geçici hukuki korumalara mahkemece karar verileceğinden bu kapsamdaki talepler arabuluculuğa konu edilemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eminoğlu ve Korkmaz, s. 315-317, 320-321; Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 10, S. 2, (2011), s. 200. SMK m. 149/1-g bendinde düzenlenen kararın ilanı ve tebliği talebine tabloda yer verilmemiştir. Zira haklı sebep veya menfaatin var olup olmadığını saptayarak ilanın şekli ile kapsamına mahkemece karar verilecektir. Bu talep mahkeme kararları için öngörülmüş olup arabuluculuğa elverişli değildir. Bu kapsamda bkz. Eminoğlu ve Korkmaz, s. 318-319.

III. Tazminat Davalarında Taraflar

A. Davacılar

1. Marka Sahibi

Tescilli markanın sahibi, marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davasını açmaya yetkilidir³⁸³. Zira SMK m. 7/1 hükmü gereği kanundan doğan koruma tescil yoluyla elde edilir. Marka sahipliği sıfatı aslen, devren veya miras vasıtasıyla kazanılabilir³⁸⁴.

Ortak (müşterek) markada, markayı kullanmaya yetkili kişiler tek başına dava açabilirken, garanti markasında yalnızca marka sahibi dava açabilir³⁸⁵. Marka sahibi iflas ederse, tecavüz nedeniyle tazminat davasını açma hak ve yetkisi iflas idaresine geçer³⁸⁶.

Tazminata konu markanın SMK hükümlerine göre tescil edilmiş bir marka olması gerekir³⁸⁷. Kurum nezdinde markası tescil edilmemiş kişiler SMK kapsamında tazminat talep edemezler³⁸⁸. Gerçek hak sahipliği ilkesi gereği tescilsiz markaya dayalı ileri sürülebilecek tazminat talepleri, TTK'nin haksız rekabet hükümlerine dayandırılabilir³⁸⁹.

SMK m. 7 f. 4 uyarınca markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka başvurusunun yayımlanma tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Anılan hüküm gereğince tazminat davasının açılabilmesi için marka başvurusunun Resmi Marka Bülteninde (Bülten) yayımlanmış olması gerekir³⁹⁰. Bir diğer deyişle kural olarak, marka

³⁸³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 510; Çolak, s. 810; Uzunallı, Marka, s. 227; Kale, s. 56; Arkan, Marka, s. 251-252, Arkan, Ticari İşletme, s. 341; Suluk, Karasu, Nal, s. 383; Yasaman, Şerh, s. 3016; Meran, s. 556; Ege, s. 114.

³⁸⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 510-511.

³⁸⁵ Arkan, Marka, s. 252; Yasaman, Şerh, s. 3016.

³⁸⁶ Arkan, Marka, s. 252.

³⁸⁷ Uzunallı, Marka, s. 227.

³⁸⁸ Çolak, s. 810.

³⁸⁹ Ancak gerçek hak sahibi, tescilsiz markaya dayanarak SMK m. 18 ila 21 uyarınca itiraz ve SMK m. 25 uyarınca hükümsüzlük taleplerini ileri sürebilir.

³⁹⁰ Uzunallı, Marka, s. 227; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 460. s. Kale, s. 56; Arkan, Marka, s. 251; Çolak, s. 810. Açılan tazminat davasının tarihinin, tescil başvurusunun Bültende yayım ve marka siciline tescil tarihlerinden sonra olduğu bir davada, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmeyle bozma kararı verilmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 09.03.2016, 7783/2619, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

başvurusu yayımlanmadıkça hak sahibi, tazminat talebinde bulunamayacaktır. Kural bu olmakla beraber anılan hükmün devamında bu kural esnetilmiştir³⁹¹.

Buna göre tescil başvurusunun Bültende yayımlanmış olması şartıyla marka başvurusu sahibi, marka başvurusu yayımlanmasa bile tazminat davası açabilecektir. Bunun için marka başvurusunun ilanı halinde yasaklanabilecek fiillerin bulunması gerekir. Bu durumda, mahkeme, ileri sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak başvurunun yayımlanmasından önce karar veremez³⁹². Şayet tescil süreci olumsuz sonuçlanırsa, tescile dayalı marka hakkı doğmayacağından tecavüze dayalı tazminat talepleri de reddedilecektir³⁹³. Elbette gerçek hak sahipliğine dayalı TTK hükümleri gereği ileri sürülebilecek talepler saklıdır.

Mahkemece, davacı lehine karar verilebilmesi için, marka tescilinin yayımının bekletici mesele yapılması gerekir³⁹⁴.

2. Markayı Devralan

SMK m. 148/4 uyarınca marka devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Mülga MarKHK döneminden farklı olarak anılan hükmün devamı uyarınca devrin geçerli olabilmesi için devir sözleşmesinin ayrıca noter tarafından onaylanması gerekir. Devir, taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Yönetmelik) m. 125'te belirtilen diğer şartların tamamlanması halinde sicile kaydedilerek Bültende yayımlanır³⁹⁵.

Sicile kayıt, devrin geçerliliği için şart değildir. Ancak, SMK m. 115 saklı kalmak üzere, sicile kaydedilmeyen hukuki işlemlerden doğan haklar iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Markanın devri kaydedilmedikçe, tecavüzden doğan tazminat davasını açma yetkisi, halen sicilde hak sahibi olarak görünen devredene aittir³⁹⁶. Devralan marka sahibi

³⁹¹ Uzunallı, Marka, s. 228.

³⁹² Kale, s. 56; Arkan, Marka, s. 251-252; Çolak, s. 810.

³⁹³ Uzunallı, Marka, s. 228.

³⁹⁴ Kale, s. 56. Yazar, SMK m. 7/4 kapsamında tescil başvurusuna sadece tazminat davası açabilme hakkının tanınmasını eleştirmektedir.

³⁹⁵ Kale, s. 58;

³⁹⁶ Arkan, Marka, s. 253; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 465; Kale, s. 58.

tazminat davası açmış ancak geçerli devre rağmen sicile kayıt gerçekleşmemişse dava sıfat yokluğundan reddedilmemelidir, gerekli kayıt prosedürünün tamamlanabilmesi için davacıya süre vermelidir³⁹⁷.

Davacı marka sahibi, tecavüz eyleminden sonra fakat dava tarihinden önce markasını devretmişse, tecavüz tarihindeki marka hakkına dayanarak tazminat davası açabilir³⁹⁸.

3. Lisans Alan

a. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz, marka sahibine zarar verdiği gibi lisans alana da zarar verebilir. Bu nedenle lisans alanın marka tecavüzlerine karşı savunma imkânlarıyla donatılması önem arz eder³⁹⁹. Ancak yasa koyucu, lisans sözleşmesinin türüne ve taraf iradelerine göre çeşitli şartlar öngörerek her lisans alana markadan doğan hakları savunma yetkisi vermemiştir⁴⁰⁰.

Marka hakkı, SMK m. 24/1 gereğince tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Bu sözleşme *sui generis* nitelikte olup lisans alana markayı kullanma hak ve yetkisini verir⁴⁰¹.

SMK m. 148 uyarınca lisans sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır. Bu bir geçerlilik şartıdır. Anılan madde uyarınca lisans sözleşmesi, taraflardan birinin talebi, ücretin ödenmesi ve Yönetmelikte belirtilen diğer şartların yerine getirilmesiyle sicile kaydedilir ve Bülte'de yayımlanır. Her ne kadar bu kayıt, kurucu değil açıklayıcı nitelikte ise de

³⁹⁷ Kale, s. 58-59.

³⁹⁸ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 464.

³⁹⁹ Yasaman, Şerh, s. 3349.

⁴⁰⁰ Burak Ongan, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007), s. 128; Çağlar Özel, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), s. 191; Yasaman, Şerh, s. 3349.

⁴⁰¹ Çiğdem Ceylan, "Marka Lisans Sözleşmesi", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, c. 19, S. 1, Özel Sayı (2017), s. 65; Çolak, s. 725 ve 727.

sicile kaydedilmediği sürece marka lisansı iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez⁴⁰².

Lisans, inhisari (münhasır) veya inhisari olmayan lisans olmak üzere iki türdür. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça lisans, inhisari olmayan lisanstır. İnhisari olmayan lisansla lisans veren, markayı kendisi kullanabilir, üçüncü kişilere başka lisanslar verebilir. Fakat inhisari lisansla lisans veren, başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadığı sürece kendisi de markayı kullanamaz. Bu halde marka sahibi, sadece çıplak mülkiyetin sahibi olup markayı kullanma yetkisi tümüyle inhisari lisans alana geçmiştir.

Tecavüzden kaynaklanan uyuşmazlıklarda lisans sözleşmesinin inhisari nitelikte olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer lisans inhisari ise münhasır lisans sahibi bu davaları açmaya yetkilidir⁴⁰³.

Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde lisans alan, marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davalarını mütecavize karşı açabilir. Tecavüz nedeniyle lisans alan, yoksun kalınan kazançtan mahrum kalmışsa SMK m. 151/2’ de zikredilen hesaplama yönteminden birine dayanarak buna ilişkin zararının hesaplanmasını talep edebilir.

Lisans alan, hesaplama yöntemlerinden, lisans örneklemesi yöntemini seçmiş ise dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır. Bu halde lisans alanın markayı kullanarak elde ettiği gelirin bir kısmını marka sahibine ödediği nazara alınmalıdır. Bu nedenle hesaplama yapılırken belirlenen lisans bedelinden, lisans alanın marka sahibine ödeyeceği tutarın indirilmesi gerekir⁴⁰⁴.

SMK m. 158’de lisans alanın dava açma şartları hükme bağlanmıştır. Birinci fıkrada inhisari lisans alanın marka hakkına tecavüz durumunda marka sahibinin bu kanun uyarınca açabileceği davaları⁴⁰⁵ kendi adına açabileceği düzenlenmiştir.

⁴⁰² Çolak, s. 727; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 469.

⁴⁰³ 11. HD, 30.06.2020, 5415/3339, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁰⁴ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 474.

⁴⁰⁵ Yargıtayın oyçokluğu ile onadığı bir kararda muhalefet şerhi aktarılmaya değerdir. Karşı oyda kanun metninde geçen “bu Kanun uyarınca açabileceği davalar” ibaresini, ancak devredilebilen mali haklara tecavüz halinde açılacak tespit, men, ref, ilan ve maddi tazminat davaları olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zira TBK’nin 56 ve 58. maddelerinde de açıkça zikredildiği üzere, “manevi tazminat” ancak kişilik haklarının zedelenmesi veya bedensel bütünlüğünün bozulması halinde istenebilecek kişiye bağlı haklardandır. Kaldı ki Anayasa’nın 12. maddesinde de kişiliğe bağlı haklar vazgeçilmez ve

Birinci fıkra lafzi olarak yorumlandığında aksi lisans sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça inhisari lisans alanın marka hakkına tecavüzden doğan davaları açabileceği anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle lisans alan, sadece marka hakkının ihlali durumunda tecavüzden kaynaklanan davaları (SMK m. 149’da zikredilen davaları) açabilecektir. Hükümsüzlük, iptal ve tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin davaların lisans alan tarafından açılmayacağı kabul edilmelidir. Kanun koyucunun lisans alanın açabileceği davaları sadece tecavüzden doğan davalarla sınırlandırmasının sebebi, lisans veren ile lisans alan arasındaki olası uyuşmazlıkların önüne geçmektir. Marka sahibinin açabileceği tüm davaları, lisans alanın da açabilmesi ikisi arasında çıkar çatışmalarını da beraberinde getirebilecektir⁴⁰⁶.

İkinci fıkrada basit lisansla, lisans alanın marka sahibine davaya açması için bildirimde bulunarak dava açmayı talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Hak sahibinin talebi kabul etmemesi veya bildirimden itibaren üç ay içinde davayı açmaması durumunda, lisans alan, bildirimini ekleyerek kendi adına dava açabilir.

Maddenin son fıkrasında ise basit lisans alanın ihtiyati tedbir talebi düzenlenmiştir.

b. İnhisari Lisans Alan

Tecavüzden doğan tazminat talebinde bulunma yetkisi asıl olarak lisans veren marka sahibindedir. Bununla birlikte lisans sözleşmesine konu markaya yönelik tecavüz eylemlerinin tespiti ve buna ilişkin tedbirlerin alınması için inhisari lisans alan daha elverişli konumdadır. Bir diğer anlatımla, inhisari lisans alanın tecavüzden haberdar olma ve doğrudan etkilenme ihtimali lisans verene kıyasla daha yüksektir.

Aksi lisans sözleşmesinde belirtilmedikçe⁴⁰⁷ SMK m. 158/1 uyarınca inhisari lisans alan, üçüncü bir kişi tarafından lisansa konu marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda,

devredilmez nitelikte olduğu saptanmıştır. Sonuçta davacı inhisari lisans alan olsa bile, manevi tazminat vazgeçilmez ve devredilmez nitelikte olduğundan, lisans alanın bu hakkına dayalı olarak manevi tazminat davası açamayacağının kabulü gerekir. Karar için bkz. 11. HD, 9.12.2021, 5669/7002, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁰⁶ Kale, s. 64-65.

⁴⁰⁷ Hükümden anlaşılabileceği üzere taraf iradelerinin uyuşması durumunda, sözleşme ile inhisari lisans alanın dava açma yetkisi sınırlandırılabilir. Sözleşme ile dava açma hakkından mahrum bırakılan inhisari lisans alanın hukuki durumu, bu açıdan basit lisans alanın durumuyla aynıdır. Tespit için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3349; Kaya, s. 307.

marka sahibinin bu kanun uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir. Şu halde bu davalardan tazminat davasını inhisari lisans alan tek başına ve kendi adına açabilir. Bunun için inhisari lisans verenin rızası veya izni gerekmez⁴⁰⁸. Meğerki lisans sözleşmesinde bu yetki yasaklanmış olmasın.

Yine de böyle bir durumda ortak hareket etme anlamında marka sahibiyle işbirliği içinde olunması uygun olur⁴⁰⁹. Lisans veren ve lisans alanın birlikte dava açmaları durumunda aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olacaktır⁴¹⁰. Davaların birlikte açılması ve görülmesi usul ekonomisine katkı sağlayacaktır. Böylece aynı dava sebebinden kaynaklanan ihtilaflar bakımından çelişkili kararların verilmesi engellenmiş olacaktır⁴¹¹.

İnhisari lisans alana kanun tarafından tanınan kendi adına dava açabilme hakkı, HMK m. 51'de karşılığını bulan dava takip yetkisinin bir görünümüdür. İlgili hüküm uyarınca dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm tesis edebilme yetkisidir. Maddenin devamında istisnalar dışında bu yetkinin maddi hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirleneceği vurgulanmıştır. Dava takip yetkisinde maddi açıdan hak başkasına ait olsa da (marka sahibi), bu davayı açıp yürütme yetkisi üçüncü kişinin (lisans alan) üzerindedir⁴¹².

İnhisari lisans alanın dava açması kanun tarafından tanınmış bir hak olup, görev niteliğinde değildir. Bu nedenle lisans alanın dava açmaması onu marka sahibine karşı sorumlu kılmaz⁴¹³. Sözleşmede hüküm varsa sorumlu kılar.

İnhisari lisans alanın kendi adına dava açabilmesi, marka sahibinin dava açamayacağı anlamına gelmez. Marka sahibinin dava açma yetkisi bakidir⁴¹⁴. Özellikle lisans, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir bölümü ya da belli bir bölge için verilmişse, lisans veren tecavüz eylemi nedeniyle lisans alandan bağımsız olarak zarar görmüş olabilir. Dolayısıyla lisans alanın kendi adına dava açma hakkını haiz olması,

⁴⁰⁸ Uzunallı, Marka, s. 231; Ceylan, s. 82; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 471; Çolak, s. 732.

⁴⁰⁹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 471; Ceylan, s. 82.

⁴¹⁰ Çolak, s. 733; Kale, s. 65.

⁴¹¹ Kale, s. 67; Yasaman, Şerh, s. 3350; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 477-478.

⁴¹² Buse Dişel Kumru, *Dava Takip Yetkisi*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), s. 78; Kale, s. 64, dp. 69.

⁴¹³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 471; Ceylan, s. 83; Çolak, s. 732; Kale, s. 64, dp.70.

⁴¹⁴ Arkan, s. 255; Çolak, s. 730, 733; Ceylan, s. 83; Uzunallı, Marka, s. 231; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 466; Kale, s. 65; Yasaman, Şerh, s. 3350; Bozgeyik, s. 193.

tecavüz nedeniyle marka sahibinin uğradığı zararları kendi adına istemesine engel teşkil etmemelidir⁴¹⁵.

Bozmaya konu bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, inhisari marka lisans sözleşmesi ile kullanımı dava dışı şirkete devredilen markaya tecavüz dolayısıyla dava açma hakkının marka hakkı sahibi davacıya değil, inhisari lisans sahibine ait olduğu tespitinde bulunmuştur. Bu nedenle de marka sahibi davacının aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle dava şartı yokluğundan davanın reddine karar vermiştir. Oysa marka sahibi, markasını değil, markasının kullanım hakkını lisans alana devretmiştir. Dolayısıyla marka sahibinin markadan doğan haklarına tecavüz edilmesi durumunda, inhisari lisans alanın yanında marka sahibi de dava açabilir. Kanunun inhisari lisans alana kendi adına dava açma hakkı tanınması, marka üzerindeki mutlak hak sahibi olan davacının dava haklarını bertaraf etmez⁴¹⁶.

Markaya tecavüzden doğan zararlar marka sahibi ve lisans alan açısından mal varlığı değerlerinde ayrı etkilerde bulunacağından bu zararlar ayrı ayrı karara bağlanmalıdır⁴¹⁷.

Markaya tecavüz durumunda markanın değeri etkileneceğinden ortaya birtakım zararların çıkması kaçınılmazdır. Özellikle yoksun kalınan kazanç açısından bu durum önem arz etmektedir. Böyle bir durumda yoksun kalınan kazancın marka sahibi tarafından mı yoksa lisans alan tarafından mı talep edebileceği hususunun üzerinde durulması gerekir.

Öğretideki bir görüş marka sahibi ile lisans alanın tecavüzden doğan tazminat talepleri birbirinden bağımsız olduğunu, bu nedenle her ikisinin de yoksun kalınan kazanca ilişkin hesaplama yöntemlerinden birini seçerek ayrı ayrı yoksun kalınan kazancı talep edebileceklerini ileri sürmektedir⁴¹⁸.

Öğretide diğer görüşe göre ise inhisari lisans alan, markayı kullandığı ve tecavüzden kaynaklanan zararlardan doğrudan etkilendiği için yoksun kalınan kazancı talep etme hakkı kendisine aittir. Hem inhisari lisans alanın hem marka sahibinin yoksun kalınan

⁴¹⁵ Arkan, s. 255.

⁴¹⁶ 11. HD, 19.01.2015, 15585/598, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴¹⁷ Ceylan, s. 83; Uzunallı, Marka, s. 231; Yasaman, Şerh, s. 3350.

⁴¹⁸ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 478.

kazancı talep edebileceğini kabul etmek mütecavizi hakkaniyete aykırı biçimde iki defa tazminat sorumluluğu ile karşılaştıracaktır⁴¹⁹.

Kanaatimizce, inhisari lisans alanın yanında marka sahibinin de markasını korumak ve zararını gidermek için yoksun kalınan kazancını talep etmesi en doğal hakkıdır. İnhisari lisans alan ile marka sahibi, zararlarının giderilmesi için ayrı ayrı taleplerde bulunabilir. Bu durumda HMK m. 166 uyarınca birleştirme kararı verilerek yapılacak hesaplama sonucunda tek bir tazminata hükmedilmeli ve bu tazminat zarar oranlarına göre paylaştırılmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, mütecavizin iki defa tazminat ile sorumlu tutulmamasıdır. Aksinin kabulü tazminat sorumluluğunun amacıyla bağdaşmayacak, mütecavizin fakirleşmesine yol açabilecektir.

c. İnhisari Olmayan (Basit) Lisans Alan

Basit lisans alanın ilke olarak marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarını doğrudan açma hakkı yoktur. Ancak kanunda aranan belli şartların gerçekleşmesi durumunda basit lisans alan kendi adına dava açabilir⁴²⁰.

Aslında dava açma hakkından yoksun olan basit lisans alanın bu davayı açabilmesi marka sahibinin dava açmaktan imtina etmesine bağlıdır. Bu doğrultuda kanun, basit lisans alanın dava açabilmesinin prosedürünü belirlemiştir⁴²¹.

SMK m. 158/2 gereğince tecavüz nedeniyle dava açma hakkı sözleşmede açıkça sınırlandırılmamışsa, lisans alan, lisans verene yapacağı bildirimle⁴²² gereken davayı açmasını ister⁴²³. Kanun metninde bildirimin nasıl yapılacağı konusunda bir açıklık yoksa

⁴¹⁹ Kale, s. 66-67. Marka sahibi ile inhisari lisans alan, taleplerini aynı dava ileri sürebilir. Davaların ayrı açılması halinde ise bu iki davanın birleştirilmesi uygun olacaktır. Görüş için bkz. Kale, s. 67.

⁴²⁰ Arkan, Marka, s. 195; Yasaman, Şerh, s. 3351.

⁴²¹ Yasaman, Şerh, s. 3351.

⁴²² Madde gerekçesinde MarKHK döneminde aranan noter aracılığıyla bildirim ibaresinin neden kaldırıldığına değinilmiştir. Noter aracılığıyla yapılan ihtarın özellikle uluslararası tebliğlerde bürokrasiyi artırdığını ve çoğu durumda tebliği zorlaştıran bir yöntem olduğu belirtilmiştir. Madde gerekçesi için bkz. Gerekçe, s. 68-69. Basit lisans alan, tecavüzden kaynaklı uyuşmazlık için arabulucuya başvurmuş ise bu başvurusunu lisans verene bildirmesi gerekir. Görüş için bkz. Eminoğlu ve Korkmaz, s. 311.

⁴²³ Bildirim yapma yükümlülüğüne ilişkin örnek kararlar için bkz. 11. HD, 1.2.2002, 553/753; 11. HD, 10.12.2007, 12966/15638, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

da bildirimin dava açılırken dava dilekçesine eklenmesi gerektiğinin belirtilmesi, bildirimin yazılı bir biçimde yapılmasının yeterli olacağına işaretir⁴²⁴.

Kanun metninde buna dair bir açıklık bulunmasa da Mülga MarKHK döneminde verilen Yargıtay kararlarında söz konusu bildirimin ispat şartı niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda öğretide aynı kabulün SMK döneminde de geçerli olduğu söylenebilir⁴²⁵.

Lisans alanın yapacağı bildirim sonucunda marka sahibi, lisans alanın talebini kabul ederse, marka sahibi tecavüzden doğan tazminat davalarını açabilir. Bu halde tazminat talebi bakımından hem kendisinin hem lisans alanın zararını talep edebilir⁴²⁶. Bir diğer ifadeyle marka sahibi, lisans alanın bildirim üzerine dava açarsa, davada lisans alanın zararını takip yetkisine sahip olur⁴²⁷.

Marka sahibi, lisans alanın talebini kabul etmez veya bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde talep edilen davayı açmaz ise lisans alan, yaptığı bildirim de dava dilekçesine ekleyerek kendi adına dava açabilir. Lisans alan, bildirim dava dilekçesine eklemese HMK m. 115/2 uyarınca mahkemenin lisans alana kesin süre vermesi gerekir. Zira burada tamamlanabilir bir dava şartı bulunmaktadır. Bildirim baştan itibaren hiç yapılmamışsa ve dosyadan bu durum anlaşılıyorsa mahkeme süre vermeksizin davayı usulden reddetmelidir⁴²⁸.

SMK m. 158/2'nin koşulları oluştuğunda lisans alanın kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde⁴²⁹ dava açabileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla lisans alanın, tecavüz nedeniyle marka sahibinden bağımsız olarak uğradığı zarar miktarını tespit ederek belirlenen kısım için dava açması mümkündür⁴³⁰.

Anılan maddenin son fıkrası uyarınca lisans alan ciddi bir zarar tehlikesinin söz konusu olması durumunda ve üç aylık süre geçmeden ihtiyati tedbir talep edebilir. Lisans alanın tedbir talebinde bulunabilmesi için marka sahibinden izin almasına veya ondan

⁴²⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 471; Çolak, s. 735.

⁴²⁵ Çolak, s. 736; Kale, s. 69; 11. HD, 25.04.2003, 3854/3992, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴²⁶ Uzunallı, Marka, s. 232.

⁴²⁷ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 474. Münhasır lisanstan farklı olarak basit lisans sahibi ile marka sahibinin hakları birlikte zarar görebilir.

⁴²⁸ Uzunallı, Marka, s. 232; Dişel Kumru, s. 307.

⁴²⁹ İnhisari lisans ile karşılaştırıldığında basit lisans alanın menfaatleri çok sınırlıdır.

⁴³⁰ Arkan, Ticari İşletme, s. 342.

tedbir talebinde bulunmasını istemesine gerek yoktur⁴³¹. Mahkeme ihtiyati tedbir kararı verirse lisans alan dava açmaya yetkili hale gelir⁴³².

Lisans alan, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını talep ettikten sonra dava açarsa, ikinci fıkrada öngörülen bildirim koşulu açılan dava içinde tamamlanacaktır. Bu halde bildirim üzerine marka sahibinin kendisi davaya devam edebileceği gibi lisans alanın davaya devam etmesine izin de verebilir. Mahkemenin bildirim sonucunu bekletici mesele yapması gerekmekte olup bu süre üç ayı geçemez⁴³³. Bu süre dolmadan marka sahibi davayı yürütmek isterse kendisi davacı konumuna geçer. Böylece ihtiyati tedbiri talep eden ve bu karara istinaden dava açan basit lisans alan olmasına rağmen, marka sahibi, kendisine yapılan bildirim sonucunda süresi içinde tecavüzden doğan dava haklarını kullanmaya karar verebilir. Sonuçta da davacı sıfatını edinir⁴³⁴. Şayet üç aylık bildirim süresinin sonunda marka sahibi cevap vermez ise davayı açan lisans alan, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde davaya devam edebilir⁴³⁵.

SMK m. 158/3'te basit lisans alanın sadece ihtiyati tedbir talep edebileceği düzenlenmiş ancak ihtiyati haciz imkânına ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir. Öğretide bir görüş, markaya tecavüz sebebiyle uğradığı zararların giderilmesini isteyen lisans alan lehine ihtiyati haczin öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir. Böylece dava açmadan önce veya dava sırasında lisans alanın tazminat hakkı korunmuş olacaktır⁴³⁶.

4. Rehin Alan ve İntifa Hakkı Sahibi

SMK m. 148/1, sınai mülkiyet haklarının rehne konu edilebileceğini belirtmiştir. Rehin veren ile rehin alan arasındaki sözleşme⁴³⁷ SMK m. 148/4 uyarınca yazılı şekle tabidir. Markanın rehni ile temin edilen alacağın ifa edilmemesi halinde, rehne konu

⁴³¹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 511.

⁴³² Uzunallı, Marka, s. 232; Çolak, s. 736.

⁴³³ Kale, s. 70-71; Yasaman, Şerh, s. 3353.

⁴³⁴ Yasaman, Şerh, s. 3353.

⁴³⁵ Kale, s. 70-71.

⁴³⁶ Kale, s. 71

⁴³⁷ Marka rehni sözleşmesinin hukuki niteliği, sözleşmenin konusu ve şartları ile uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Tüzüner, *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017).

markanın paraya çevrilmesi suretiyle elde edilecek bedel ile alacağın tahsil edilmesi sağlanır⁴³⁸.

Öğretideki baskın görüş, rehne konu marka tecavüzünde rehin alanın da marka sahibi gibi kanundan doğan talepleri ileri sürebileceğini kabul etmektedir⁴³⁹. Çünkü rehinli alacaklı açısından markanın teminat değerinin korunması önem arz eder. Rehne konu marka ne kadar korunursa gelecekte alacaklının kazanacağı mülkiyet hakkının değeri o kadar değerli olacaktır. Dolayısıyla rehin alan, markaya tecavüz edilmesi durumunda tecavüzden kaynaklanan tazminat davası açabilmelidir⁴⁴⁰.

Tecavüzden doğan davada rehin hakkı sahibi, davasını marka hakkına değil rehin hakkına dayanarak açmalıdır. Açılan davada rehin sahibi, sadece marka hakkına tecavüz edildiği veya tecavüz edilme tehlikesinin bulunduğunu değil, ayrıca tecavüzün markanın değerini düşürerek rehin hakkına da zarar verdiğini ispatlamalıdır⁴⁴¹.

Rehin hakkı sahibinin, marka hakkına tecavüzden doğan davada talep edebileceği tazminatın en üst tutarı, rehin sözleşmesinde belirlenen miktarı geçemez⁴⁴².

Markanın intifa hakkına konu olması durumunda da intifa hakkı sahibi tecavüzden kaynaklanan tazminat davasını açmaya ehildir⁴⁴³.

⁴³⁸ Arkan, Marka, s. 206; Tüzüner, Marka Rehni, s. 13; Çolak, s. 723.

⁴³⁹ Doruk Utku, *Sınai Hakların Rehni*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), s. 313; Saraç, s. 316; Arkan, Marka s. 253; Uzunallı, Marka, s. 235; Kale, s. 72; Yasaman, Şerh, s. 3017; Öğretide aksi görüş ise rehin veya intifa hakkı sahiplerinin, haklarını korumak için genel hükümlere dayanarak dava açabileceğini savunmaktadır. Görüş için bkz. Kaya, s. 308. Tüzüner' göre inhisari olmayan lisans alanın dava açabilmesine ilişkin hükümler (SMK m. 158/2) kıyasen rehin hakkı sahibine de tanınmalıdır. Zira nispi hak sahibi olan lisans alana tanınan haklar, bir mutlak hak olan rehin hakkına sahip olana da uygulanması yerinde ve adil olacaktır. Bu kapsamda rehin alanın dava açabilmesi için lisans alanın tabi olduğu yasal koşullar rehin alana da uygulanmalıdır. Görüş için bkz. Tüzüner, Marka Rehni, s. 64-65.

⁴⁴⁰ Uzunallı, Marka, s. 236. Yargıtay, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, dosya kapsamında distribütör olan davacının, karşılıklı sözleşme düzenlediği dava dışı yabancı şirkete ait marka üzerinde rehin ya da intifa hakkına sahip olduğuna dair bir bilgi bulunmadığını saptamıştır. Bu itibarla davacının markaya tecavüz ve buna bağlı tazminat davalarını açamayacağı, bir başka ifadeyle bu talepler bakımından aktif dava ehliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Karar için bkz. 11. HD, 26.03.2012, 13687/4651, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁴¹ Utku, s. 314; Kale, s. 72.

⁴⁴² Kale, s. 73.

⁴⁴³ Yasaman, Şerh, s. 3017.

B. Davalılar

1. Marka Hakkına Tecavüz Fiillerini İşleyen Gerçek veya Tüzel Kişiler

SMK m. 150/1 uyarınca marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu itibarla marka hakkına tecavüz sonucunda açılacak tazminat davaları, tecavüz fiilinde bulunan (mütecaviz) gerçek veya tüzel kişiye karşı açılır⁴⁴⁴. Bu kapsamda tüzel kişinin kamu hukuku tüzel kişisi veya özel hukuk tüzel kişisi olması arasında bir fark yoktur⁴⁴⁵.

Marka hakkına tecavüz fiiline iştirak eden veya mütecavize yardım eden kişi, hak sahibinin uğradığı zarardan TBK m. 61 uyarınca mütecavizle birlikte müteselsilen sorumludur⁴⁴⁶. Örneğin tecavüze konu ürünlerin üretildiği imalathanenin sahibi olmasa da üretimde mütecavize yardım eden kişi de müteselsil sorumludur⁴⁴⁷. Yine, tecavüz teşkil eden eylemlerde bulunan kişiler, tecavüze konu markayı birlikte kullanıyor, birlikte hareket ediyor ve adresleri de aynı ise bu halde de müteselsilen sorumludurlar⁴⁴⁸.

SMK m. 29/1- (a) doğrultusunda, hak sahibinin rızası hilafına, markayı SMK m. 7’de belirtilen biçimlerde kullanan kişi mütecavizdir. Bunun yanında devam eden fıkralar uyarınca, markayı taklit eden, markanın taklit edildiğini bilerek ya da bilmesi gerektiği halde markayı taşıyan ürünleri satan, dağıtan, başka bir biçimde ticaret alanına çıkaran, ithal yahut ihraç eden, ticari maksatla elinde bulunduran veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunan kişi de mütecaviz olarak adlandırılır⁴⁴⁹.

Anılan fıkralarda bahsi geçen kişiler genellikle tedarik zincirinin bir halkasını oluşturmaktadır. Tedarik zinciri, tecavüze konu markaya ilişkin ürünleri imal eden kişiden, nihai tüketiciye ulaşana kadar arada faaliyet gösteren kişilerdir. Bu kişilerin iştirak içinde ve birbirleriyle organize olarak marka hakkına tecavüzde eylemlerini

⁴⁴⁴ Arkan, Marka, s. 255; Çolak, s. 811; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 511; Uzunallı, Marka, s. 236; Kale, s. 76; Suluk, Karasu, Nal, s. 384.

⁴⁴⁵ Kale, s. 76.

⁴⁴⁶ Uzunallı, Marka, s. 236; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 501; Meran, s. 558; Ege, s. 115. Örneğin taklit markalı malı taşıyan, bu malın üretimine kalıpları hazırlamak suretiyle yardımcı olan kişi mütecavizle birlikte müteselsil sorumludur. Bilgi için bkz. Sabih Arkan, 5833 Sayılı Kanun İle 556 sayılı KHK’da Yapılan Değişiklikler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, c. 25, S. 1, (2009), s. 9 vd.

⁴⁴⁷ 11. HD, 10.12.2001, 6886/9744, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁴⁸ 11. HD, 06.01.2014, 11310/90, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁴⁹ Arkan, Marka, s. 255.

gerçekleştirmeleri durumunda ortak kusur sorumluluklarından bahsedilebiliyorsa doğacak tazminattan sorumlulukları müteselsildir⁴⁵⁰.

Ancak tedarik zincirinde yer alan kişiler arasında birlikte hareket etme halinden bahsedilemiyorsa, zincirin her bir halkası tazminattan ayrı ayrı bir başka ifadeyle bireysel olarak sorumlu olacaktır. Bu durumda hak sahibi, tazminat talep ederken bu kişilerden oluşan zararını farklı hesaplama yöntemlerine dayanarak talep edebilecektir⁴⁵¹.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden eylem basın yolu ile gerçekleştirilmişse bu durumda 5187 sayılı Kanun'un 13. maddesi nazara alınarak süreli yayın sahibi olan davalı şirket ile şirketin temsilcisi müteselsilen sorumlu olur⁴⁵².

Başkası adına tescilli bir markayı veya benzerini taşıyan bir ürün veya ticaret alanına çıkarılan bir malın kendisinde bulunduğu kimse, tecavüze konu emtianın nereden veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınabilir. Bu sebeple mütecavize ulaşılmasının önüne geçilirse, o kişi de tecavüzden kaynaklanan tazminattan sorumlu tutulur⁴⁵³. Zira burada, kişi bilerek tecavüze konu mala ilişkin bilgi vermekten kaçınarak mütecavize pasif bir eylemle de olsa yardım etmiştir.

a. Tüzel Kişi Organlarının Sorumluluğu

TMK m. 50 uyarınca tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleriyle tüzel kişiyi hak ve borç altına sokarlar. Markaya tecavüz eylemi, tüzel kişiyi temsil eden bir organı tarafından gerçekleştirilebilir⁴⁵⁴.

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarında tüzel kişilerin organının sorumluluğunun⁴⁵⁵ belirlenebilmesi için temsil yetkisi ve görevi dikkate alınarak bir ayırım yapılması gerekir. Organ, yetki ve görev alanı kapsamında bir tecavüz eyleminde bulunursa, tüzel kişi ile beraber müteselsil sorumludur. Öte yandan organ tarafından

⁴⁵⁰ Kale, s. 79- 80; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 489- 490.

⁴⁵¹ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 490; Kale, s. 79.

⁴⁵² 11. HD, 03.06.2014, 7197/10446, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁵³ Arkan, Marka, s. 255.

⁴⁵⁴ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 494.

⁴⁵⁵ Öğretide bir görüş, kanuni temsilcinin müteselsil sorumluluğunu, tazminat davası dışında tespit, men ve ref davaları için pek mümkün görmemektedir. Yazara göre kanuni temsilcinin tecavüzden sorumlu olabilmesi için aranan şartlardan birisi kusurdur. Bu nedenle kanuni temsilcinin tecavüz eyleminde kusuru bulunmamakta ise zikredilen davalarda davalı olamayacaktır. Görüş için bkz. Kale, s. 78.

gerçekleştirilen tecavüz eylemi, yetki ve görev alanı kapsamına girmiyorsa bu halde tüzel kişiliğin sorumluluğu doğmaz. Bu halde eylemi gerçekleştiren organ bireysel olarak sorumludur⁴⁵⁶.

Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davalı şirket yetkilisi hakkındaki dava, pasif husumet yokluğundan reddedilmiştir. Yüksek mahkeme ise tarafların, söz konusu kişinin davalı şirket yetkilisi olduklarını beyan ettiklerini, bu durumun araştırılarak, şirket temsilcisi olduğunun anlaşılması halinde TMK m. 50 uyarınca sorumluluğunun belirlenmesi gerektiğinden bahisle bozmaya hükmetmiştir. Sonuç olarak davalının şirketin kanuni temsilcisi olması ve tecavüz eyleminde kusurunun bulunmasının anlaşılması durumunda davalı, belirlenen tazminattan şirket ile birlikte müteselsil sorumlu olacaktır⁴⁵⁷.

b. Çalışan ve Çalıştıranların Sorumluluğu

Tecavüz fiili, hizmet veya işlerini gördükleri esnada çalışan (müstahdem) tarafından gerçekleştirilmişse TBK m. 66 uyarınca adam çalıştıran (istihdam eden) aleyhine de tecavüzden doğan tazminat davası açılabilir⁴⁵⁸.

Adam çalıştıranın sorumluluğu, kusursuz sorumluluk türlerinden olup özen sorumluluğu olarak nitelendirilir. TBK m. 66, adam çalıştıranı objektif bir özen yükümlülüğü yüklemiştir. Bunun için çalıştıran ile çalışan arasında bir bağımlılık ilişkisi mevcut olmalı, çalışanın davranışı ile üçüncü kişinin zarar görmesi arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve zarar, çalışanın işi gördüğü sırada hukuka aykırı davranışı sonucunda meydana gelmelidir⁴⁵⁹.

Özellikle çalışana verilen iş ile bunun ifası sırasında oluşan zarar arasında işlevsel bir bağ mevcut olmalıdır. Aksi halde zarar sadece bu iş fırsat bilinerek, çalışanın işi kendi

⁴⁵⁶ Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019), s. 318-321; Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), s. 258- 259; Kale, s. 77.

⁴⁵⁷ 11. HD, 02.11.2015, 4154/11392, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁵⁸ Arkan, s. 255; Arkan, Marka, s. 342; Meran, s. 558.

⁴⁵⁹ Eren, s. 696 vd.

özel menfaati ve amacı için kullanması durumunda, işin görüldüğü esnada verilen bir zarardan bahsedilemeyeceği için adam çalıştırmanın sorumluluğundan bahsedilemez⁴⁶⁰.

Örneğin çalıştığı işyerindeki tecavüze konu taklit markalı malları satışa sunan çalışanın yanında kusuru bulunmasa dahi çalıştırana da sorumlu olacaktır. Buna karşılık çalışan, işyerinde görevi ve yetkisi olmadığı halde, kendisine verilen işin sınırlarını aşarak taklit markalı mal üretimine geçmişse çalışan bireysel olarak sorumlu olacaktır. Bu halde çalıştırana sorumluluğu doğmayacaktır. Görüldüğü üzere bu gibi durumlarda tecavüz eyleminin çalışanın görevi ile doğrudan bağlantılı olup olmadığı belirlenmelidir⁴⁶¹.

Ne var ki kanun koyucu, adam çalıştırana şartlarının oluşması durumunda kurtuluş kanıtından yararlanma imkânı sunmuştur.⁴⁶² Bu itibarla, açılan tazminat davasında, çalışanın seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını önlemek için gereken özeni gösterdiğini ispat eden adam çalıştırana için tazminat sorumluluğu doğmaz⁴⁶³.

Çalışan eyleminden doğan marka hakkına tecavüz durumunda davalı olarak hem çalışan hem çalıştırana gösterilebilir. Böylece aralarında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olur. Davacı, sadece çalıştırana da davalı gösterebilir. Bu durumda ise çalıştırana davayı kaybeder ve tazminatla sorumlu kılınırsa, davacıya ödediği tazminatı onun sorumlu olduğu ölçüde çalışanın rücu edebilir⁴⁶⁴.

c. İnternet Ortamında Gerçekleşen Tecavüzlerde Davalının Belirlenmesi

İnternetin artık başlı başına farklı bir zemin ve ilişki ağı olduğu günümüzde marka hakkına tecavüz eylemlerini sanal ortam aracılığıyla yapıldığı durumlarla karşılaşmaya başlanmıştır. Dolayısıyla internet ortamında gerçekleşen tecavüzden kaynaklanan tazminattan kim veya kimlerin sorumlu olacağı irdelenmesi gereken bir meseledir. Bu kapsamda içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıların sorumluluklarına ayrı ayrı değinilmesi gerekmektedir. Bu üç kavramın da tanımı 5651 sayılı İnternet Ortamında

⁴⁶⁰ Eren, s. 704-706.

⁴⁶¹ Uzunallı, Markanın Korunması, s. 498.

⁴⁶² Arkan, Marka, s. 255; Meran, s. 558; Eren, s. 706.

⁴⁶³ Arkan, Marka, s. 255; Kale, s. 82; Eren, s. 706-708.

⁴⁶⁴ Kale, s. 82.

Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da⁴⁶⁵ yapılmıştır.

İçerik sağlayıcı, internet üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan kişiyi ifade eder. Bir diğer ifadeyle ürettiği, değiştirdiği ve sağladığı her çeşit bilgi veya veriyi internet ortamında kullanıma sunan ve bu nedenle kısmen veya tamamen sorumluluğu bulunan gerçek veya tüzel kişidir⁴⁶⁶. İçerik sağlayıcı, tecavüz eylemini doğrudan gerçekleştirebilen kişi olduğu ve 5651 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca sunduğu her türlü içerikten sorumluluğu da bulunduğu için kusuru var ise kendisine karşı tazminat davası açılabilir⁴⁶⁷.

Yer sağlayıcı ise hizmet ve içerikleri bünyesinde taşıyan sistemleri sağlayan ya da işleten gerçek veya tüzel kişidir⁴⁶⁸. YouTube, Instagram, LinkedIn, Ebay, hepsiburada, trendyol gibi internet siteleri yer sağlayıcı olarak kabul edilebilir. Hukukumuzda yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir⁴⁶⁹. Marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda yer sağlayıcıların tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için 5651 sayılı

⁴⁶⁵ RG. 23.5.2007, S. 26530.

⁴⁶⁶ Ümit Gezder, *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017), s. 29.

⁴⁶⁷ Kale, s. 83; Gezder, s. 106.

⁴⁶⁸ Kale, s. 83; Gezder, s. 113. Yer sağlayıcı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fülürya Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022); Zeynep Yasaman, "Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları", *Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, c. 27, S. 2, (2019), s. 266-291.

⁴⁶⁹ AB hukukunda yeni düzenlemelerle yer sağlayıcılarının hukuki sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. Sözgelimi, 2019/790 sayılı Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesinin 17. maddesi uyarınca filtreleme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu konuya ilişkin bkz. Ece Gönülal, "Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı ve Bağlantılı Haklar Yönergesi ile Beraberinde Getirdiği Tartışmalar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2019), s. 783-808; Yusufoglu Bilgin, *Dijital Piyasalar*, s. 268 vd. Yönerge metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/790/oj> [ET. 17.3.2024]. AB hukukundaki bu gelişmeler dikkate alınarak iç hukukumuzda aktarılması yönünde çalışmalar başlatılmalıdır.

Kanun m. 5/2 uyarınca bu durumdan haberdar edilmeleri⁴⁷⁰ ve uyarılmak suretiyle içeriğin kaldırılması hususunda kendilerine makul süre tanınmış olması gerekir⁴⁷¹.

Usulüne uygun olarak haberdar edilmesine rağmen, tecavüze konu içeriği haklı ve yasal bir neden olmaksızın yayından çıkarmayan yer sağlayıcı, TBK m. 61 çerçevesinde kusurlu hareket etmiş kabul edilerek hakkında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır⁴⁷². Bu durumda, bilgi sahibi olduğu içeriği kaldırmayıp teknik imkânlar sağlamaya devam eden yer sağlayıcının tecavüze iştirak ettiği, mütecavize yardım ettiği kabul edilmelidir⁴⁷³. Tecavüzden haberdar edilmeyen ve uyarılarak içeriğin kaldırılması için kendisine makul süre tanınmayan yer sağlayıcının ise sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁴⁷⁴.

Erişim sağlayıcı, kullanıcılara internet ortamına erişim imkânı sağlayan kişileri ifade eder. Yer sağlayıcıda olduğu gibi ancak yasal koşullara göre tecavüzden haberdar edilmeleri ve kendilerine makul süre verilmesi durumunda ihlal devam ediyorsa sorumlulukları doğabilir⁴⁷⁵.

İnternet ortamında gerçekleşen marka tecavüzlerinde husumet yöneltilirken, tecavüzü gerçekleştiren alan adı sahiplerinin tespit edilememesi ve bu nedenle davalının tam olarak gösterilememesi sorunu ile karşılaşılabilir. Böyle bir durumda davalının tam olarak gösterilememesi sebebiyle dava usulden reddedilmemeli, bu eksikliğin giderilmesi için davacının talebi ile mahkemece gereken araştırma yapılarak mütecavizin kimliğinin tespit edilmesi gerekir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ İhtarname gönderilmesine rağmen, markaya tecavüze konu içeriği kaldırmayan ve yer sağlayamaya devam eden yer sağlayıcıdan tazminat talep edilebilir. Karar için bkz. 11. HD, 14.4.2014, 249/7355, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024]. Marka hakkına tecavüz edildiği hususunda davalı yer sağlayıcıya ihtarname gönderilerek ihlalden haberdar edilmesi gerekir. Buna rağmen yer sağlayıcı, tecavüze konu içeriği web sitesinden kaldırmaz ise kusurlu davranışından dolayı manevi tazminatla sorumlu tutulur. Karar için bkz. 11. HD, 20.1.2012, 15509/540, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁷¹ Kale, s. 83 Yer sağlayıcılar ilke olarak yer sağladıkları içerikten sorumlu değillerse de içeriğin marka hakkına tecavüze sebebiyet verdiğinden haberdar olmaları veya haberdar edilmeleri halinde sorumlulukları doğabilir. Söz konusu içerikten haberdar olup veya edilip bu içeriği yayından kaldıran yer sağlayıcının sorumluluğu doğmaz. Buna karşılık, tecavüzden haberdar olup veya haberdar edilip yayından kaldırmayan yer sağlayıcıların ise sorumlulukları doğar. Tespit için bkz. Yasaman, Yer Sağlayıcı, s. 273.

⁴⁷² Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar, s. 526-530; Bozbel, s. 322; Yasaman, Yer Sağlayıcı, s. 286; HGK, 15.01.2014,1138/16; 11. HD, 27.11.2017, 1613/6599, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

⁴⁷³ Yusufoglu Bilgin, Dijital Piyasalar, s. 526.

⁴⁷⁴ Kale, s. 83; Bozgeyik, s. 206.

⁴⁷⁵ Kale, s. 84.

⁴⁷⁶ Kale, s. 84- 85. Bu konuya ilişkin emsal bir karar için bkz. 11. HD, 02.12.2013, 5492/21835, www.lexpera.com.tr [ET. 17.3.2024].

2. Lisans Alan

İnhisari veya inhisari olmayan lisans alan, lisans haklarını marka sahibinden izinsiz olarak genişletir veya bu hakkı üçüncü kişilere devrederse SMK m. 29/1- (ç) bendi uyarınca tecavüz fiilini işlemiş kabul edilir. Bu durumda marka sahibi, lisans alana karşı tecavüzden doğan tazminat davaları açabilir⁴⁷⁷. Marka sahibi ayrıca lisans sözleşmesine aykırılığı da ileri sürebileceği için yarışan hakkı vardır.

Lisans alanın eylemi, lisans haklarının izinsiz olarak genişletilmesi veya alt lisans verme niteliğinde olmayabilir. Örneğin lisans sözleşmesinde lisans bedelinin ödeme zamanına veya biçimine ilişkin hükümler öngörülmüşse bu hükümlere lisans alan tarafından uyulmaması sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Bu durumda hak sahibi, markaya tecavüzden doğan tazminat hükümlerine dayanamaz. Genel hükümlere dayanarak TBK m. 112 vd. hükümleri doğrultusunda sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan talepleri ileri sürebilir⁴⁷⁸.

IV. Dava Açılamayacak Kişiler

Hak sahibinin marka hakkına tecavüz durumunda dava açamayacağı kişiler SMK m. 153'te iki fıkra halinde düzenlenmiştir.

SMK m. 153/1 uyarınca hak sahibi, mütecaviz tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı SMK'den doğan hukuk davalarını açamayacaktır⁴⁷⁹.

Dolayısıyla kişisel amaçlı her türlü kullanım ya da elde bulundurma tecavüz kapsamının dışında tutulmuştur⁴⁸⁰. Örneğin taklit marka bir gıda ürününü veya mobilyayı,

⁴⁷⁷ Arkan, Marka, s. 256; Arkan, Ticari İşletme, s. 342; Uzunallı, Marka, s. 236; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 488; Kale, s. 85; Bozgeyik, s. 202.

⁴⁷⁸ Arkan, Marka, s. 220; Kale, s. 86.

⁴⁷⁹ Arkan, Marka, s. 342; Çolak, s. 812; Uzunallı, Marka, s. 237; Kale, s. 86; Yasaman, Şerh, s. 3241; Ege, s. 116; Suluk, Karasu, Nal, s. 384.

⁴⁸⁰ Gerekçe, s. 68.

kişisel ihtiyaçları için elinde bulunduran ya da kullanan kişiye karşı tecavüzden doğan tazminat davası yöneltilemez⁴⁸¹.

Anılan maddenin ikinci fıkrası uyarınca mütecaviz tarafından kendisine tazminat ödenen hak sahibinin el koymaması nedeniyle, mütecavizin piyasaya sürdüğü ürünleri ticari amaçla kullanan⁴⁸² kişilere karşı da SMK'den doğan hukuk davalarının açılmayacağı hükme bağlanmıştır⁴⁸³. Örneğin taklit fotokopi makinesini taklit olduğunu bilmeden satın alan kırtasiyeci, satıcı tarafından hak sahibine tazminat ödenmiş ve el koyma gerçekleşmemiş ise bu makineyi ticari alanda kullanmaya devam edebilir⁴⁸⁴.

Zikredilen fıkranın uygulanabilmesi için ilk olarak hak sahibi lehine tazminata hükmedilmeli ve bu tazminat mütecaviz tarafından ödenmelidir. İlaveten mahkemece tecavüze konu mallara el konulmasına karar verilmesine rağmen hak sahibi tarafından buna yönelik kararın icra edilmemiş olması gerekir⁴⁸⁵.

Öğretide bir görüş, SMK m. 153/2 hükmü ile FSEK m. 68 hükmünü kıyas ederek kanun koyucunun farazi lisans hükmüne benzer bir kabulünün olduğunu öne sürmektedir. Bu görüşe göre hak sahibi, tecavüze konu mallar için dava açmış, tazminat elde etmiş ancak bu mallara el konulmasını istememişse hak sahibinin bu malların ticari dolaşımda kalmasına zımnen rıza gösterdiği kabul edilmelidir⁴⁸⁶.

Öğretide buna benzer bir diğer görüş, hak sahibinin el koyma talebinde bulunma hakkı olmasına rağmen böyle bir talepte bulunmamasını, kendisine tazminat ödemesi yapılmasının tecavüze konu malların bir anlamda lisanslandığı, meşruiyet kazandığı anlamına geleceği şeklinde yorumlamaktadır⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ Yasaman, Şerh, s. 3241.

⁴⁸² Kullanım kelimesinin geniş yorumlanarak elde bulundurmaya da kapsadığının kabul edilmesi gerektiği hakkında bkz. Zerrin Eymirlioğlu, “*Tecavüzün Mevcut Olmadığına İlişkin Davalar ve Dava Açılmayacak Kişiler*”, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, (07-10 Mart 2017), ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017), s. 635; Yasaman, Şerh, s. 3242.

⁴⁸³ Arkan, Marka, s. 255- 256; Çolak, s. 812; Uzunallı, Marka, s. 237; Suluk, Karasu, Nal, s. 384; Yasaman, Şerh, s. 3241. Bu hükümle, hakkını tam olarak koruma konusunda ihmalkâr davranan hak sahibini kanun koyucu bir anlamda cezalandırmıştır. Görüş için bkz. Arkan, Marka, s. 342.

⁴⁸⁴ Eymirlioğlu, s. 636; Yasaman, Şerh, s. 3242, dp. 5.

⁴⁸⁵ Yasaman, Şerh, s. 3242.

⁴⁸⁶ Çolak, s. 812-813; Yasaman, Şerh, s. 3242- 3243.

⁴⁸⁷ Güneş, Uygulamalı Marka, s. 275. Aksi görüşe göre ise tazminat hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde, tazminatın caydırıcılık ve örnek teşkil etme fonksiyonları nazara alındığında haksız bir fiil teşkil eden

V. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Marka hakkını ilgilendiren ve bu hakkın ihlali halinde yapılacak yargılamada gözetilecek hükümler özel bilgi, beceri ve teknik gerektirir. Bu tür uyuşmazlar çözüme kavuşturulurken kendine has usuli ve maddi kuralları içinde barındıran bir yargılama faaliyeti yürütülür. Bu durumu dikkate alan yasa koyucu, FSEK ve SMK'den doğan davalara bakmakla yükümlü ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar mahkemelerini ihdas etmiştir. Bu mahkemeler, dava konusuna göre fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi (FSHHM) ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi olarak ikiye ayrılmaktadır.

Genel mahkemeler ile özel mahkemeler arasındaki ilişki görev ilişkisi olduğundan marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davası örneğin FSHHM yerine asliye ticaret mahkemesinde açılmışsa, görevsizlik itirazında bulunması durumunda itiraz, davanın her aşamasında ileri sürülebilir ve resen dikkate alınır.⁴⁸⁸

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davaları, SMK kapsamında öngörülen dava türlerinden olup bu davalara ilişkin yetki ve görev konusu, SMK m. 156'da düzenlenmiştir. Anılan maddenin ilk fıkrasında görev hususuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Devam fıkralarında ise yetki hükümleri öngörülmüştür.

A. Yetkili Mahkeme

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarında yetkili mahkeme, SMK m. 156/3 ve 156/4 fıkralarına göre belirlenecektir.

SMK m. 156/3 uyarınca sınai mülkiyet hakkı sahibi⁴⁸⁹, kendi yerleşim yerinde⁴⁹⁰ veya hukuka aykırı fiilin (tecavüz eyleminin) gerçekleştiği⁴⁹¹ yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü⁴⁹² yer mahkemesinde dava açabilir⁴⁹³.

markaya tecavüz eyleminin tazminat ödenerek meşruiyete kavuşması kabul edilemez. Görüş için bkz. Yasaman, Şerh, s. 3243.

⁴⁸⁸ Suluk, Karasu, Nal, s. 385; Bozgeyik, s. 207; Yasaman, Şerh, s. 3294.

⁴⁸⁹ Hak sahibi kavramının içine dava açmaya ehil lisans alan ile SMK m. 7/4 uyarınca başvurusu Bültende yayımlanan kişi de dahil edilmelidir. Zira hükmün amacı kimlerin davacı olduğunu göstermek değildir. Görüşler için bkz. Arkan, Marka, s. 260; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 513.

⁴⁹⁰ 11. HD, 05.06.2000, 4103/5050; 11. HD, 29.03.2001, 512/2592; 11. HD, 30.06.2003, 1526/7165; 11. HD, 19.06.2008, 6282/8229; 11. HD, 02.02.2015, 26/1140; 11. HD, 13.11.2018, 1541/7011,

Anılan fıkrada öngörülen yetki kuralının kesin yetki niteliğinde olup olmadığı öğretide tartışmalıdır.

MarKHK döneminde ileri sürülen bir görüş, metni lafzi olarak yorumlayarak “yetkili mahkeme.... yer mahkemesidir” şeklinde kullanılan ifadeyi kesin yetki olarak nitelendirmiştir. Yasa koyucu tarafından böyle bir dil tercih edildiği için genel yetki kuralı bertaraf edilmiştir⁴⁹⁴.

Öğretideki ağırlıklı görüşe göre düzenlemede öngörülen yetki, kesin yetki niteliğinde değildir. Nitekim ilgili düzenleme ile birden çok mahkeme yetkili kılınarak davacının korunması amaçlanmış olup kesin yetkinin kabulü için herhangi bir kamu yararı da söz konusu değildir. Dolayısıyla davacı, HMK m. 6/1 uyarınca genel yetkili mahkeme olan davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesinde de dava açabilir⁴⁹⁵.

Tecavüz eylemi internet ortamı üzerinden gerçekleştirilmişse, internete erişilebilen her yerde tecavüzün etkileri hissedilebileceğinden, davacının SMK m. 156/3’e dayanarak ülkenin her yerinde dava açabileceği kabul edilmektedir⁴⁹⁶.

Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa SMK m. 158/1 uyarınca tazminat davası, münhasır lisans alan tarafından kendi adına açılabilmesi için, yetki hususu gözetilirken

www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024]. Yüksek mahkemenin tecavüz eylemi tarihinde (şikayete konu olay tarihinde) hak sahibi iken, dava tarihinden önce markasını devreden davacının, kendi yerleşim yerinde dava açabileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Kararlar için bkz. 11. HD, 02.10.2006, 9677/9573; 11. HD, 03.07.2006, 7536/7865, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁴⁹¹ 11. HD, 26.02.2014, 2005/3538, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁴⁹² 11. HD, 17.02.2014, 1690/2722, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁴⁹³ Marka hakkına tecavüzden doğan davalarda yetkili mahkemeyi belirleyen SMK m. 156/3 hükmü, haksız fiilde yetki kurallarının düzenlendiği HMK m. 16 hükmü ile benzerlikler taşısa da bunlar arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. SMK’de fiil kavramından hareket edilirken, HMK’de zarar kavramı esas alınmıştır. HMK’den farklı olarak SMK’de, fiilin etkilerinin görüldüğü yer ayrıca zikredilmiştir. Öte yandan HMK’de, zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer de yetki kapsamına dahilken SMK’de böyle bir yetki öngörülmemiştir. Öğretide bir görüş tarafından SMK m. 156/3’ün HMK m. 16 ile uyum arz etmesi için fiilin meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili kılınmasına yönelik düzenleme yapılması gerektiği savunulmaktadır. Görüş için bkz. Kale, s. 34 vd.

⁴⁹⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 518; Aynı yönde bkz. Ege, s. 112.

⁴⁹⁵ Arkan, Marka, s. 259- 260; Saraç, s. 310; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 511; Uzunallı, Marka, s. 239; Kale, s. 35; Yasaman, Şerh, s. 3301. Öğretide bir görüş, SMK m. 156/3’de öngörülen yetki kuralları ile genel yetki kuralının yanında, HMK m. 16’da düzenlenen haksız fiile ilişkin yetki hükümlerine de dayanılabileceğini savunmaktadır. Bu halde açılan davada, fiil ve zarar kriterleri dikkate alınarak, bunların mahkemenin yetki sınırları içerisinde meydana gelip gelmediği araştırılır. Görüş için bkz. Bozgeyik, s. 209.

⁴⁹⁶ Çolak, s. 825; Kale, s. 34, dp. 21; Yasaman, Şerh, s. 3300-3301. Ancak uygulamada, cezai koruma bakımından davalının yerleşim yeri Cumhuriyet savcılıkları ve mahkemeleri işlem yapmakta, fakat diğer yerdekiler yetkisizlik kararı vermektedir.

lisans alan, üçüncü kişi değil hak sahibi olarak kabul edilerek yetkili mahkeme m. 156/3 hükümlerine göre belirlenmelidir⁴⁹⁷.

Hakkı tecavüze uğrayan davacının Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması durumunda SMK m. 156/4 uyarınca yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum⁴⁹⁸ merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir⁴⁹⁹.

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat talepleri için zorunlu arabuluculuk başvurusu yapılmalıdır⁵⁰⁰. Başvuru, HUAK m. 18/A-4 uyarınca yetkili mahkemenin bulunduğu yer arabuluculuk bürosuna, arabuluculuk bürosu kurulmayan yerlerde ise görevlendirilen yazı işleri müdürlüğüne yapılır.

B. Görevli Mahkeme

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarında görevli mahkeme FSHHM’dir. Bu mahkeme ihtisas mahkemesi niteliğindedir. Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK) olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine HSK tarafından belirlenir.

⁴⁹⁷ Çolak, s. 826, 11. HD, 18.12.2008, 10775/14224, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024]. Yargıtay, hak sahibinin lisans alan davacının yanında davanın başından beri yer almış olması şartıyla, sözleşme inhisari lisans sözleşmesi olmasa da, MarkHK m. 63/1 (SMK m. 156/3) maddesine göre davanın basit lisans alanın yerleşim yeri mahkemesinde açılabilceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. 11. HD, 08.02.2010, 10383/1371, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁴⁹⁸ SMK m. 2/1- (e) uyarınca Kurum, Türk Patent ve Marka Kurumunu ifade eder. Kurumun merkezi 554 sayılı TPE Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK m. 1/2 hükmünde belirtildiği üzere Ankara’dadır.

⁴⁹⁹ 11. HD, 26.04.2007, 2813/6390, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024]. Öğretide bir görüş, bu yetki kuralının kesin yetki olduğunu belirtmektedir. Görüş için bkz. Arkan, Marka, s. 260. Aksi görüş ise kanunda yetkiye ilişkin yapılan düzenlemelerin özel yetki niteliğinde olduğunu dolayısıyla kesin yetkiden bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Görüş için bkz. Ziya Akıncı, *Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu*, “Marka Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, (İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014), s. 101-102. Aynı yönde bkz. Ege, s. 112. Bu yöndeki bir karar için bkz. 11.HD, 09.05.2011, 11468/5547, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵⁰⁰ Buna karşılık, Yargıtaya göre tazminat taleplerinin yanında tecavüzün tespiti, durdurulması ve kaldırılması gibi talepler aynı dosyada ileri sürülüyorsa zorunlu arabuluculuğa başvuru şart değildir. Kararlar için bkz. 11. HD, 09.12.2020, 933/5776; 11. HD, 04.11.2020, 3611/4734, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

FSHHM kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren tazminat davalarına ise asliye hukuk mahkemesince bakılır. Bu davalara bakacak asliye hukuk mahkemeleri ve asliye ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine HSK tarafından belirlenir.

Hâlihazırda, Ankara, İstanbul ve İzmir’de FSHHM bulunmaktadır. İhtisas mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde ise tazminat davalarını görecek mahkeme HSK Birinci Dairesinin 30/05/2018 tarih ve 839 sayılı kararı⁵⁰¹ ile belirlenmiştir. Buna göre ilgili yerde bir asliye hukuk mahkemesi varsa o mahkeme, iki asliye hukuk mahkemesi varsa 1 numaralı mahkeme, ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi varsa 3 numaralı mahkeme tazminat davalarına bakacaktır.

Yargıtay kararına konu bir olayda, 1 numaralı asliye hukuk mahkemesinde dava görülürken ilgili yerde 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi kurulmuştur. Yüksek mahkeme, HSK kararı gereği görevli mahkemenin artık yeni açılan 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi olduğunu ve görevin resen, davanın her aşamasında incelenmesi gerektiğini belirterek, mahkemece dosya yönünden gönderme kararı verilmemesi gerekçesiyle bozma kararı vermiştir⁵⁰².

Öğretide *Kale*, bu kararı eleştirmektedir. Yazara göre, göreve ilişkin kurallar usuli nitelikte olup, usul hükümlerinin devam eden uyuşmazlıklara derhal uygulanabilmesi için o usuli işlemin tamamlanmış olması gerekir. Yazara göre davanın açılması ile göreve ilişkin usul işlemleri tamamlandığından, dava açıldığı sırada görevli olan mahkemenin sonradan görevinin ortadan kalkması, o mahkemenin görevsizliğe hükmetmesini gerektirmez. Sonuçta, görevin sonradan değişmesi, davanın açıldığı anda görevli mahkemece davanın görülmesine mani olmamalıdır⁵⁰³. Kaldı ki usul ekonomisi de bunu gerektirir.

Uyuşmazlığa konu davalının eylemi, haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz hükümlerini birlikte ihlal edebilir. Örneğin davalı, davacının markasını izinsiz olarak kullanmakla yetinmeyip tescil kapsamına girmeyen ambalajı da taklit etmişse, bu halde davacı, hem haksız rekabete hem de marka tecavüzüne ilişkin hükümlere dayanabilir. İşte bu durumda davacı iki farklı hukuki sebebi ileri sürerek tazminat davası açabilir. Açılacak

⁵⁰¹ RG. 31.05.2018, S. 30437.

⁵⁰² 11. HD, 25.04.2017, 14737/2415, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵⁰³ Kale, s. 21, dp. 3.

tazminat davasında görevli mahkeme FSHHM olacaktır⁵⁰⁴. Aynı ihtilaftan doğan haksız rekabet ve markaya tecavüz davalarının ayrı mahkemelerde açılması durumunda ise davaların FSHHM’de birleştirilmesi gerekir⁵⁰⁵.

Marka hakkı tecavüze uğrayan davacı, haksız rekabet hükümlerinde dayanmış olsa da hâkim, davanın SMK’den doğduğunu resen tespit ettiği takdirde görevli ise davaya bakmaya devam eder⁵⁰⁶. Aksi halde görevsizlik kararı vermelidir.

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminata dayanılarak başlatılan icra takiplerine itiraz durumunda açılan itirazın iptali davaları da FSHHM’de görülür⁵⁰⁷.

VI. Zamanaşımı

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı kuralları SMK m. 157 hükmüne göre belirlenir. Buna göre sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, TBK’nin zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.

Bu kapsamda, marka hakkına tecavüz eylemi, TBK açısından haksız fiil teşkil ettiğinden davalara ilişkin uygulanacak zamanaşımı süreleri de TBK’nin haksız fiil hükümlerine göre belirlenecektir⁵⁰⁸.

TBK m. 72/1 uyarınca zamanaşımı süresi, hak sahibinin zararı ve tazminat yükümlüsünü (mütecavizi) öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her hâlde tecavüz

⁵⁰⁴ Uzunallı, Marka, s. 238; Yasaman, Şerh, s. 3296-3297; s. 507; Kale, s. 22 vd; 11. HD, 23.03.2015, 2666/4021, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵⁰⁵ Uzunallı, Marka, s. 238; Yasaman, Şerh, s. 3297. 11. HD, 11.4.2016, 3555/3899, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵⁰⁶ Yasaman, Şerh, s. 3298-3299; Yargıtayın onadığı bir kararda davacı, davalıların marka iltibası yaratarak, TTK’nin 56. maddesi anlamında haksız rekabete neden olduklarını ileri sürmüş ve haksız rekabetin tespiti ve men’i, haksız rekabete konu durumun ortadan kaldırılması, hükmün ilanına karar verilmesi ile tazminat talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme (asliye ticaret mahkemesi), davalılar hakkında MarKHK’nin 61/A-1 maddesi ile TCK’nin 53, 54/1 ve 63. maddeleri gereği cezalandırılması istemi ile dava açıldığını göz önüne alarak davacının iddiasını marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirmiş, görevli mahkemenin ihtisas mahkemesi olduğundan bahisle görevsizlik kararı vermiştir. Karar için bkz. 11. HD, 10.11.2014, 9858/17234, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024]. Benzer kararlar için bkz. 11. HD, 24.06.2013, 16417/13185; 11. HD, 01.12.2005, 14048/11817, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵⁰⁷ Çolak, s. 824; 11. HD, 5.10.2022, 4699/6703, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵⁰⁸ Arkan, Marka, s. 256-257; Arkan, Ticari İşletme, s. 343; Çolak, s. 827; Uzunallı, Marka, s. 240; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 577; Bozgeyik, s. 211; Karan ve Kılıç, s. 534; Meran, s. 560; Ege, s. 103; Taştan, s. 245; Ayhan, Çağlar, Yıldız, İmirlioglu, s. 103.

eyleminin işlendiği tarihten itibaren on yıldır. Bu itibarla, tecavüz sırasında yapılacak talepler hakkında zamanaşımı süresi işlemez⁵⁰⁹. Kural olarak zamanaşımının işlemeye başlaması için tecavüz eyleminin sona ermesi gerekir⁵¹⁰.

Görüldüğü üzere iki yıllık zamanaşımının işlemeye başlayabilmesi için iki şart bulunmaktadır. Bunlardan ilki hak sahibinin zararı öğrenmesidir. Burada zarar, zarar verici fiilin hak sahibinin üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlarıdır. Zararın öğrenilmesi, zarar veren olaydan ziyade zararın varlık ve mahiyetinin, unsurlarının ve kapsamının öğrenilmesidir. İki yıllık sürenin başlayabilmesi için diğer şart, tazminat yükümlüsünün (mütecavizin) öğrenilmesidir. Hak sahibi, mütecavizin kişilik ve kimliği hakkında kesin bilgiye sahip olmalıdır⁵¹¹.

Tecavüz fiilinin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçmiş ve bu sürede hak sahibi, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenememiş ise tazminat talebi zamanaşımına uğrar⁵¹².

TBK m. 72/2’de, tazminatın ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğması durumunda, bu zamanaşımının uygulanacağını hüküm altına almıştır. Dolayısıyla tecavüz eylemi, aynı zamanda ceza hukuku bağlamında bir suç tipine giriyorsa ve ceza kanunu daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörüyor ise TBK gereği bu halde ceza zamanaşımı süresi uygulanır. Bu durumda süre, zararın öğrenildiği tarihten itibaren değil, zarar verici eylemin (tecavüz eyleminin) işlendiği tarihten itibaren hesaplanır⁵¹³.

Ceza zamanaşımının tatbiki için marka hakkına tecavüz eyleminin TCK, SMK veya diğer ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmiş olması yeterlidir. Ceza zamanaşımının uygulanması için şikayette bulunulması, ceza davası açılması veya mahkûmiyet kararı verilmesi gerekmez⁵¹⁴.

⁵⁰⁹ Bozgeyik, s. 211; Karan ve Kılıç, s. 534; 11. HD, 18.04.2006, 2016/4236, www.lexpera.com.tr [ET.17.3.2024].

⁵¹⁰ Hak sahibi, tecavüz devam etmesine rağmen eylemi ve mütecavizi bildiği halde kendisine belli bir süre dava açmayarak sessiz kalır ve dava açmayacağına ilişkin bir izlenim yaratırsa, bunun sonuçlarına TMK m. 2 uyarınca katlanmalıdır. Görüş için bkz. Karan ve Kılıç, s. 534-535.

⁵¹¹ Eren, s. 939 vd.

⁵¹² Eren, s. 941.

⁵¹³ Oğuzman, ve Öz, s. 77; Çolak, s. 827; Yasaman, Şerh, s. 3341; Bozgeyik, s. 213.

⁵¹⁴ Eren, s. 943; Çolak, s. 827; Uzunallı, Markanın Korunması, s. 580; Karan ve Kılıç, s. 534; Yasaman, Şerh, s. 3341.

Zamanaşımı süresinin hesabı, zamanaşımının durması veya kesilmesi, zamanaşımının sonuçları gibi konularda zamanaşımına ilişkin genel hükümler olan TBK m. 151 vd. maddeleri uygulanır⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Bozgeyik, s. 211; Karan ve Kılıç, s. 535.

SONUÇ

Marka hakkına tecavüz özünde bir haksız fiildir. Bir eylemin marka hakkına tecavüz olarak kabul edilebilmesi için hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı unsurlarını bir arada taşıması gerekir.

Marka hakkına tecavüz eylemi her ne kadar SMK kapsamında düzenlense de haksız rekabet hükümlerini de ihlal edebilir. Bu durumda SMK'nin markayı koruyan hükümleri ile TTK'nin haksız rekabete ilişkin hükümlerinden hangisinin uygulanacağı, birlikte uygulanıp uygulanmayacağı önem arz eder. Öğretide şimdiye kadar kabul edilen ağırlıklı görüş kümülatif korumayı savunmaktadır. Buna göre markaya tecavüz durumunda SMK ve TTK'nin ilgili hükümleri birlikte uygulanmalıdır. Hâlbuki marka hakkına tecavüz ve bundan kaynaklanan tazminat talepleri özel olarak SMK'de düzenlenmiştir. SMK, TTK'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu için tek başına SMK'nin ilgili hükümleri uygulanmalıdır. Öğretide ve uygulamada hakim olan, mülga MarKHK döneminden beri süregelen kümülatif uygulama görüşü terk edilmelidir. Böylece hem SMK'nin ilgili hükümleri doğrultusunda hak sahibi lehine en iyi giderim imkânı sağlanacak hem de yargılamada ortaya çıkabilecek uygulanması gereken hukuk normu konusunda karışıklık ortadan kalkacaktır.

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi SMK m. 149/1- (ç) bendi uyarınca maddi ve manevi zararının giderilmesini talep edebilir. Ayrıca, şartlarının bulunması durumunda SMK m. 150/2 uyarınca markasının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat isteyebilir. Öğretide itibar tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat türüne uygulamada çok nadir hükmedilmektedir. Bu durum uygulamada itibar tazminatının amaç ve gerekliliğinin sorgulanmasına yol açmaktadır. İtibar tazminatına hükmedilmesi bakımından mahkemelerce eli sıkı davranılmamalı, yasal şartlarının olduğu takdirde itibar tazminatına hükmedilmelidir.

Marka hakkına tecavüzden doğan tazminat talepleri tek başına dava konusu edilirse TTK m. 4/1- (d) ve TTK m. 5/A-1 hükümleri uyarınca zorunlu arabuluculuğa tabidir. Tazminat taleplerinin tecavüzün tespiti, durdurulması, kaldırılması gibi zorunlu arabuluculuğa tabi olmayan talepler ile birlikte ileri sürülmesi durumunda, bu nitelikteki davalar bir bütün olarak ve işin esasına girilerek görülmelidir. Buna göre sırf taleplerden bir kısmı zorunlu arabuluculuğa tabi diye dava bir bütün olarak usulden reddedilmemeli, diğer taleplerin

zorunlu arabuluculuğu gerektirmemesi halinde dava bakılmaya devam edilmelidir. Usul ekonomisi ilkesi bunu gerektirir.

SMK m. 159 uyarınca hak sahibi, dava konusu kullanımın, markasına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya bunun için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere ihtiyati tedbir talep edebilir. Bu hüküm “davanın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir verilemez” ilkesinin bir istisnasıdır. Kanun koyucu, bu düzenleme ile ihtiyati tedbirlere ilişkin temel usul bir usul ilkesini esneterek öngörülen tedbirin, verilecek hükmün etkinliğine hizmet etmesini amaçlamıştır. İhtiyati tedbirin hükmün etkinliğini sağlama fonksiyonu yerine getirilirken ölçülülük ilkesine sadık kalınmalıdır. Tedbirin geçici bir hukuki koruma olduğu ve yaklaşık ispat kurallarının uygulandığı nazara alınarak dikkatli ve ölçülü ihtiyati tedbir kararları verilmelidir. Talepten fazlasına hükmedilemeyeceği gibi karşı tarafı daha az mağdur edecek başka bir tedbirle aynı amaca ulaşılabiliriyorsa daha ağır olan tedbire hükmedilmemelidir. Tedbir talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk olan hallerde hâkim, doğru karar verme ile hızlı karar verme dengesini gözetmelidir. Ne çok ağır ne çok aceleci davranmalıdır. Usul ekonomisi ilkesi çerçevesinde makul bir hareket tarzı benimsemelidir.

Tazminat sorumluluğu ile bundan kaynaklanan tazminat taleplerine ilişkin kural olarak genel hükümler uygulanır. Ancak kanun koyucu, SMK m. 150 ve 151’de tazminata ilişkin özel hükümler öngörmüş olup tazminatın belirlenmesinde bu hükümlerin de dikkate alınması gerekir.

Hak sahibi, mütecavizden marka hakkına tecavüz eylemi nedeniyle uğradığı fiili zararını ve yoksun kalınan kazancını talep edebilir. Fiili zarar, tecavüz eylemi nedeniyle mal varlığının aktifinde fiili bir azalma veya pasifinde bir çoğalmadır. Fiili zarar kalemlerinden birini davacının avukatı ile kararlaştırdıkları avukatlık ücreti oluşturmaktadır. HMK m. 329’da kötüniyetli davalının, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebileceği düzenlenmiştir. Davanın kabul edilmesi halinde bu zarar kalemi de dikkate alınarak davacının avukatı ile kararlaştırdığı avukatlık ücreti davalıya yükletilebilmelidir. Ancak uygulamada bu ücret davalıya yansıtılmamakta, sadece AAÜT tutarının davalıdan alınarak davacıya verilmesine karar verilmektedir.

Bir diğ er zarar türü olan yoksun kalınan kazanç, tecavüz nedeniyle mal varlığında ki artışın engellenmesi nedeniyle uğranılan zarardır. SMK m. 151/2’de üç bent halinde düzenlenen yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemleri, tazminatın etkin bir şekilde hesaplanması için öngörülmüştür. Hak sahibi, bu yöntemlerden birini seçerek yoksun kalınan kazancının hesaplanmasını talep edebilir. Yapılacak hesaplamada, özellikle markanın ekonomik önemi veya tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur. şartlarının bulunması halinde yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın eklenmesine karar verilir.

Hak sahibinin marka tecavüzünden doğ an zararının etkin bir biçimde giderilmesi için öngörülen bu hükümler ne var ki uygulamaya gerektiğ i gibi yansınamaktadır. Hükmedilen tazminat miktarları somut olayda ortaya çıkan zarar kalemlerini gidermekten uzaktır. Tazminat miktarlarını artırmak amacıyla SMK m. 151/2- (a) ve (b) bentlerinde yer alan hesaplama yöntemlerinin d zenlendiğ i metinlerden “hakkın (markanın) kullanılması” ibareleri kaldırılmıştır. Halbuki salt tazminat tutarı artsın diye mütecavize gidermekle yükümlü olmadığı bir miktarı yüklemek tazminat sorumluluğ unun amacı ve özellikle gerçek zarar ilkesiyle bağdaşmaz. Nitekim gerçek zarar ilkesi uyarınca zarar gören ancak haksız fiil nedeniyle uğradığ ı gerçek zararını haksız fiil sorumlusundan isteyebilir. Bu itibarla, marka hakkına tecavüz eylemi ile arasında illiyet bağı bulunmayan kazançlar hesaplamaya dahil edilmemelidir. Nitekim bir mal veya hizmetin üretimi ve ticaretinde işletmeyi kâra kavuşturan tek unsurun marka olmadığı dikkate alındığında, marka dışındaki unsurların hesaplamaya dahil edilmemesi gerekir. Aksinin kabulü mütecavize sebep olmadığı ve ödemekle yükümlü olmadığı bir miktarın ödetilmesi sonucunu doğ urur. Ne var ki yapılan değişiklik markanın kullanılmasından kaynaklanmayan gelirlerin de mütecavizden istenilmesine imkân vermektedir.

Kanun koyucunun amacı tazminat tutarlarının artırılması ve tazminat sorumluluğ unun etkin hale getirilmesi ise bu mütecavize sorumlu olmadığı bir tutarın y kletilmesiyle mümkün olamaz. Kaldı ki SMK m. 151/3 ve 151/4 hükümleri tazminat sorumluluğ unun etkin hale getirilmesi amacına yönelik düzenlemelerdir. Bu kapsamda önemli olan, ilgili hükümlerin etkin şekilde uygulanarak hakkaniyete uygun bir tazminat miktarına hükmedilmesidir. Uygulamada hâkimler bilirkişi raporlarında yazan tutara tazminat tutarı olarak doğ rudan hükmetmektedirler. Hakkaniyete uygun takdir haklarını ya kullanmamakta ya da çok sınırlı olarak kullanmaktadırlar. Dolayısıyla hükmedilen düşük

tazminatların temel nedeni aslında hâkimin tazminat takdiridir. Uygulamada avukatlar tazminat taleplerinde bulunsa da genellikle somut olaya göre düşük tazminatlara hükmedileceğini bildikleri için tecavüzün durdurulması ve kaldırılması gibi taleplerinin kabul edilmesini öncelemektedirler. Halbuki tazminat sorumluluğunun temel amacı zararın telafisidir. Hak sahibinin marka hakkına tecavüz sonucunda uğradığı zararların tam olarak giderilmesi gerekir. Kanunda yer alan tazminat talepleri bu amaçla düzenlenmiştir.

Zararın tazmini için hükmedilen miktar, zararı etkin bir biçimde gidermeye yönelik olmalıdır. Bu çerçevede hâkim, uyuşmazlık kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler çerçevesinde, alanında uzman bilirkişilere hak sahibinin seçtiği yönteme göre yoksun kalınan kazancı hesaplatmalıdır. Bu hesaplama yapılırken SMK m. 151/3 ve 151/4'ü dikkate alarak tazminatı hakkaniyete uygun olarak takdir etmelidir. Zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, son çare olarak TBK 50 vd. maddelerine göre tazminatı belirlemelidir. Öte yandan ülkemizdeki dava sürelerinin uzunluğu ve yüksek enflasyon oranları nazara alındığında, dava tarihinde talep edilen tutarın gerçek değeri hüküm tarihinde önemli ölçüde azalacaktır. Bu itibarla, HMK m. 26 kapsamında kalmak şartıyla, hakkaniyet gerektiriyorsa yüksek miktarda tazminata hükmetmekte tereddüt edilmemelidir.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Ziya. “Marka Uyuşmazlıklarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”.
Marka Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu, 99-110. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2014.
- AKYOL, Leyla Aslan. *Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- ALBUZ, Nilüfer. “Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012.
- ARIKAN, Serdar. “Tecavüz Davaları ve Talepler”. *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (07-10 Mart 2017)*, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, 471-479. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017.
- ARKAN, Sabih. *Marka Hukuku, Cilt II*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997. (kıs. Marka).
- ARKAN, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2019. (kıs. Ticari İşletme).
- ARKAN, Sabih. “5833 Sayılı Kanun İle 556 sayılı KHK’da Yapılan Değişiklikler”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, c. 25, S.1 (2009): 5-11. (kıs. Değişiklikler).
- ARSLANDOĞAN, Birce. *Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- ATASOY, Kemal. “Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması.” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, . c.1, S.1 (2015): 24-49.
- AYDIN, Fatih. “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 133, (2017): 517-575.
- AYHAN, Rıza, Hayrettin Çağlar, Burçak Yıldız, Dilek İmirlioğlu. *Sınai Mülkiyet*

- Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- AYHAN, Rıza, Hayrettin Çağlar, Mehmet Özdamar. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- AYTUĞAR, Bilge ve Sultan Küçük. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , c. 11 S. 1 (2020): 110-125.
- BİLGE, Mehmet Emin. *Ticari Ad ve İşaretler Arasında Karıştırılma Tehlikesi*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015.
- BOZBEL, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- BOZER, Ali ve Celal Göle. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2021.
- BOZGEYİK, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru. “Fikrî Mülkiyet Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk”. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 10, S. 2, (2011): s. 191-215.
- CENGİZ, Dilek. *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1995.
- CEYLAN, Çiğdem. “Marka Lisans Sözleşmesi”. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, c. 19, S. 1 Özel Sayı (2017): 57-89.
- ÇALIŞKAN, Yusuf. *Uluslararası Fikrî Mülkiyet Hukukunda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmaları: WIPO Tahkimi ve Dünya Ticaret Örgütü*. İstanbul: Değişim Yayınları, 2008.
- ÇINAR KARABAĞ, Nihal. *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet ve Yaptırımları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

- ÇOLAK, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis. *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler*. İstanbul: Alkım Yayınevi, 2002.
- DİNÇER, Yasin. *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- DİRİKKAN, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- DİŞEL KUMRU, Buse. *Dava Takip Yetkisi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- DURAL, Mustafa, Tufan Ögüz. *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- EGE, Önder. *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- EMİNOĞLU, Cafer ve Cansu Korkmaz. “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuğa Elverişliliği”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 26, S. 1 (2022): 291-328.
- ERDOĞAN, Ersin. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, c. 3, S. 1 (2017): 47-65.
- ERDÖNMEZ, Güray. *Medenî Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- EREN, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- ERKAN, Vehbi Umut. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Patent Hakkına Tecavüz Edilmesi Durumunda İtibar Kaybı Tazminatı (SMK md.150/2)”. *Terazi Hukuk Dergisi*, c. 13, S. 144 (2018): 14-22.
- EYMİRLİOĞLU, Zerrin. “Tecavüzün Mevcut Olmadığına İlişkin Davalar ve Dava Açılamayacak Kişiler”. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, (07-10 Mart 2017)*, ed. Feyzan Hayal Şehirli Çelik, 627-638, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017.

- GEZDER, Ümit. *İçerik Sağlayıcının ve Yer Sağlayıcının Hukuki Sorumluluğu ve Sorumluluk Muafiyeti*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- GİRAY, Eda. “Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda Arabuluculuk”. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, ed. Ceyda Süral Efeçinar, Mehmet Ertan Yardım, 29-40. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- GÖNEN, Coşku. *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- GÖNÜLAL, Ece. Dijital Tek Pazarda Telif Hakkı Ve Bağlantılı Haklar Yönergesi İle Beraberinde Getirdiği Tartışmalar, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2 (2019): 783-808.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper. *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- GÜNEŞ, İlhami. “Gümrüklerde Fikri Mülkiyet Hakkının Korunması”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 18, (2014): 419-442. (Kıs. Gümrük)
- GÜNEŞ, İlhami. *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023. (kıs. Fikri ve Sınai).
- GÜNEŞ, İlhami. *Uygulamalı Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020. (kıs. Uygulamalı Marka).
- KANETİ, Selim. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”. *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu*, (Ankara 21-22 Ekim 1977), 29-66. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1981.
- KAPLAN, Mikail Bora. *Sınai Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- KARACA, Osman Umut. “Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet

- Uyuşmazlıkları”. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, c. 21, S. 1, (2019): 47-55.
- KARAMAN ODABAŞI, Fatma. *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- KARAN, Hakan ve Mehmet Kılıç. *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- KAVLAK, Bengül. “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”. *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi*, c. 8, Özel Sayı (2013): 1525-1554.
- KAYA, Arslan. *Marka Hukuku*, İstanbul: Arıkan Yayınevi, 2006.
- KOÇYİĞİT, İlker ve Alper Bulur. *Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk*. Ankara: Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Daire Başkanlığı Yayını, 12019.
- KURTULAN, Gökçe. “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 23, S. 1 (2017): 465-504.
- MERAN, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- NOMER ERTAN, Nedret Füsün. “Fikrî ve Sınai Mülkiyet Hakları ile Haksız Rekabet İlişkisi (Fikrî ve Sınai Mülkiyet Haklarına Tecavüz Durumunda Haksız Rekabet Hükümlerine Başvurmak Mümkün Müdür?)”. *Fikrî Mülkiyet Hukukçuları Toplantısı: Yargıtay ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları Hakkında Karşılaştırmalı Perspektifler*, ed. Hasan Kadir Yılmaztekin, Banu Fatma Günarlan, Zehra Karagözlü, 3-20. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2023. (Kıs. Haksız Rekabet İlişkisi).
- NOMER ERTAN, Nedret Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016. (kıs. Haksız Rekabet).
- OĞUZ, Arzu ve Selin Özden Merhacı, “Fikri ve Sınai Hakların İhlal Edilmesinden Doğan

- Tazminat Talepleri”. *Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan Cilt II*, 951-974. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2013.
- OĞUZMAN, Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir. *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2019.
- OĞUZMAN, Kemal ve Turgut Öz. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017.
- ONGAN, Burak. *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- ÖKSÜZ, Mustafa. “Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 156, (2021): 301-340.
- ÖZEL, Çağlar. *Marka Lisansı Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- REİSOĞLU, Safa. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- SARAÇ, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- SARI, Onur, “Markanın Sosyal Ağ Hesapları Aracılığıyla İhlali”. *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 12, S. 1, (2022): 380-425.
- SEROZAN, Rona. *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016.
- SULUK, Cahit ve Ali Orhan. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt 3: Tasarımlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- SULUK, Cahit. “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Tescilsiz Sınai Ürünlerin Haksız Rekabet Hükümleri ile Korunması”. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, c. 15, (2014/1): 165–189.
- SULUK, Cahit, Rauf Karasu, Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin

- Yayıncılık, 2021.
- ŞAHİN SİPAHİOĞLU, Diren. "Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller".
- Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, 2019.
- ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal. *Tasarımların Haksız Rekabet Hükümlerine Göre Korunması*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2014.
- TANDOĞAN, Haluk. *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- TANRIVER, Süha. "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 147, (2020): 111-142.
- TAŞKIN, Bedriye İlkiz Tuana. "Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Talepleri". Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2023.
- TAŞTAN, Hakan. *Markada Tazminat ve Muhasebe*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2014.
- TEKİNALP, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012. (kıs. Fikri Mülkiyet).
- TEKİNALP, Ünal, "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar", *Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan*, 589-597. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1999. (kıs. İtibar).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop. *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- TOPRAKKAYA, İrem. "Fikri ve Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıkların Arabuluculuk Yolu İle Çözümü". *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* (2020), ed. Tekin Memiş, 471-516, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.
- TÜZÜNER, Özlem. *Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına*

- Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011. (kıs. Faydalı Model)
- TÜZÜNER, Özlem. *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2017. (kıs. Marka Rehni).
- UTKU, Doruk. *Sınai Hakların Rehni*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.
- UZUNALLI, Sevilay. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021. (kıs. Marka).
- UZUNALLI, Sevilay. *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012. (kıs. Markanın Korunması).
- ÜLGEN, Hüseyin, Mehmet Helvacı, Arslan Kaya, N. Füsün Nomer Ertan. *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2019.
- YARDIM, Mehmet Ertan. “Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuğa Başvuru”. *Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk*, ed. Ceyda Süral Efeçinar, Mehmet Ertan Yardım, 89-110. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- YASAMAN, Hamdi. “Sınai Mülkiyet Haklarından Doğan Hukuk Davaları”. *Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı 19-22 Aralık 2019*, 309-330. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2020. (kıs. Hukuk Davaları).
- YASAMAN, Hamdi. “Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar”. *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları Cilt 3*, 3-19 İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008. (kıs. Tazminat).
- YASAMAN, Hamdi. “Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler”. *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (07-10 Mart 2017)*, ed. Feyzan Hayal Şehirali Çelik, 125-172. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2017. (kıs. Yenilikler).
- YASAMAN, Hamdi, Reha Poroy. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- YASAMAN, Hamdi, Tolga Ayoğlu, Fülürya Yusufoglu Bilgin, Pınar Memiş Kartal,

Sinan H. Yüksel, Zeynep Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi, Cilt III*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021. (kıs. Şerh).

YASAMAN, Zeynep. “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları”. *Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi*, c. 27, S. 2 (2019): 263-291. (kıs. Yer Sağlayıcı).

YILDIZ, Kübra. “Haksız Fiil Hukukunda Nedensellik Bağının Belirlenmesi”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 30, S. 3, (2022): 1115-1158,

YÖRDEM, Yılmaz. “Marka Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkimin Uygulama Alanı”. *Dicle Adalet Dergisi*, c. 1, S. 1, (2017): 15-29.

YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya. *Dijital Piyasalarda Yer Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022. (kıs. Dijital Piyasalar).

YUSUFOĞLU BİLGİN, Fülürya. “Patent Davalarında İhtiyati Tedbirler”. *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (2013)*, ed. Tekin Memiş, 519-560. Ankara: Yetkin Yayınları, 2015. (kıs. Patent).

Elektronik Kaynaklar

<https://www.lexpera.com.tr/>

<https://legalbank.net/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

<https://www.tbmm.gov.tr/>

<https://www.mevzuat.gov.tr/>

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://teftis.ktb.gov.tr/TR-263662/uluslararasi-sozlesmeler.html>

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

<https://www.ab.gov.tr/>

<https://www.acarindex.com/>

<https://www.academia.edu/>