



MÜSİAD

CepKitapları

MÜSTAKİL SANAYİCİ ve İŞADAMLARI DERNEĞİ



**TÜRK FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER**

TÜRK FİKRİ MÜLKİYET HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER

HAZIRLAYAN

Suluk & Kenaroğlu Avukatlık Bürosu



CepKitapları

MÜSTAKİL SANAYİCİ ve İŞADAMLARI DERNEĞİ

MÜSİAD Cep Kitapları: 32

ISBN

978-605-4383-11-5

Yayına Hazırlık

YAVUZ TÜRK

Tasarım & Mizanpaj

MUSTAFA ENES ERDOĞAN

Baskı

UMUT KAĞITÇILIK

Tel: 0212 637 04 11

Basım Yeri - Tarihi

İSTANBUL / NİSAN 2011

© 2011

Her türlü yayın hakkı MÜSİAD'a aittir.
MÜSİAD'dan izin almak veya MÜSİAD
kaynak gösterilmek suretiyle telif
mevzuatı çerçevesinde alıntı yapılabilir.



MÜSİAD

MÜSTAKİL SANAYİCİ ve İŞADAMLARI DERNEĞİ

Sütlüce Mh. İmrahor Cad. No: 28 Beyoğlu / İstanbul

Tel: +90 212 222 04 06 pbx Faks: +90 212 210 50 82

www.musiad.org.tr e-mail: musiad@musiad.org.tr

İçindekiler

Başkandan	7
Önsöz	9

Birinci Bölüm

Türk Fikri Mülkiyet Sistemi

1. Genel Olarak	13
2. Mevzuatta Revizyon Çalışmaları.....	17
3. Yargılama Prosedürü.....	20
4. İhtiyati Tedbir Uygulaması	25
5. Davalarda Bilirkişiliğin Yeri	29
6. Kümülatif Koruma İlkesi.....	32
7. Paralel İthalat ve Hakkın Tükenmesi	34
8. Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybı	38
9. Taklit ve Korsanla Mücadelede Gümrük Uygulamaları ...	41

İkinci Bölüm

Marka Hukuku

1. Genel Olarak.....	45
2. Marka Hakkının Kazanılması ve Gerçek Hak Sahipliği İlkesi .	48
3. Markada Teklik İlkesi	51
4. “Kötü Niyet” Kavramı ve Türk Marka Hukukundaki Yeri .	54
5. Tanınmış Markalar	56
6. İlaç Markaları	62
7. Yeni Marka Türleri: Renk, Koku, Tat ve Ses Markaları ile Üç Boyutlu Markalar.....	65
8. Marka Suçları	69

Üçüncü Bölüm

Patent Hukuku

1. Genel Olarak.....	75
2. Faydalı Modeller.....	77
3. İlaç Patentleri	80
4. Veri İmtiyazı ve Ek Koruma Sertifikası	83
5. Zorunlu Lisans	86
6. Patent İhlali ve Cezai Yaptırımı	92

Dördüncü Bölüm

Tasarım Hukuku

1. Genel Olarak.....	97
2. Yedek Parça Tasarımları.....	99
3. Görünmeyen Tasarımlar	104
4. Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü	107

Beşinci Bölüm

Telif Hukuku

1. Genel Olarak.....	111
2. Meslek Birlikleri	113
3. Telif Sözleşmeleri.....	117
4. Telif Tazminatı.....	121
5. Mimari Eserler	124
6. TV Program Formatları	127
7. Uyar ve Kaldır Prosedürü.....	132
8. Yeniden İletim.....	136

Altıncı Bölüm

Fikri Mülkiyet ve Haksız Rekabet Hukuku

1. Tescilli Bir Sınaî Hakkın Kullanımı ve Haksız Rekabet... 143
2. Tescilsiz Buluşlar ve Haksız Rekabet..... 147
3. Tescilsiz Tasarımlar ve Haksız Rekabet 150

Hakkımızda	155
------------------	-----

Kısaltmalar

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Ar-Ge	: Araştırma - Geliştirme
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: bakınız
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
EPC	: Avrupa Patent Anlaşması
FRAPA	: Format Tanıtma ve Koruma Derneği
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GB	: AB-Türkiye Gümrük Birliği
GSMH	: Gayri Safı Milli Hasıla
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IMF	: Uluslararası Para Fonu
INN	: Uluslararası Orta Ad
IPC	: Uluslararası Patentlerin Sınıflandırılması Anlaşması
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KOBİ	: Küçük ve Orta Boy İşletme
m.	: madde
MESAM	: Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği
MÜYAP	: Bağlantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcılar Meslek Birliği

OKK	: AB-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı
OTC	: Tezgâh Üstü Ürün
PCT	: Patent İşbirliği Anlaşması
SPC	: Ek Koruma Sertifikası
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TK/TTK	: Ticaret Kanunu/Türk Ticaret Kanunu
TL	: Türk Lirası
TLT	: Marka Kanunu Anlaşması
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TV	: Televizyon
UCC	: Evrensel Telif Hakları Anlaşması
UPOV	: Yeni Bitki Çeşitlerinin Korunması Uluslararası Birliği
vd.	: ve devamı
WCT	: WIPO Eser Sahibinin Hakları Anlaşması
WIPO	: Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı
WPPT	: WIPO İcralar ve Fonogramlar Anlaşması
yy.	: yüzyıl

BAŞKANDAN

Küreselleşmenin etkisiyle ticaret şekil değiştirdi. Bilgi çağını idrak ettiğimiz bugünlerde malların ve hizmetlerin yanında, artık bilginin de ticareti yapılıyor. Hatta bilgi, kol gücüyle üretimin lokomotifine haline geldi.

Bilgiyi koruyucu hukuk kuralları, Fikri Mülkiyet Hukuku olarak bilinmektedir. Günümüzde rekabetin anahtarı, katma değeri yüksek üretimdir. İşte ülkenin şartlarına uygun iyi bir fikri mülkiyet hukuku, katma değer üreten firmaların rekabet güçlerini artırır. Fason üretimle gidilecek yol sınırlıdır.

Burada Ar-Ge, inovasyon, özgün tasarım ve markalaşma gibi kavramlar karşımıza çıkmaktadır. Bir ülkede bu kavramların içinin doldurulabilmesi, öncelikle iyi işleyen bir fikri mülkiyet sistemine bağlıdır. Böyle bir sistem, fikri mülkiyet mevzuatı, idari birim, patent ve marka vekilleri, fikri ve sınai haklar mahkemeleri, toplum bilinci gibi bazı unsurlara ihtiyaç duyar.

Bu unsurların tamamının eşgüdümü sağlanmalı ve iyi çalışmalıdır. Zira, birisinin aksaması tüm sistemin işleyişini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu durum neticesinde, yaşanan aksaklıklar nedeniyle, sistem fayda yerine mağdur üretebilir. Nitekim ülkemizde, inceleme yapılmadan verilen endüstriyel tasarım ve faydalı model belgeleri nedeniyle sıkça haksız uygulamalara şahit olunmaktadır.

İşte elinizdeki bu çalışmada Türk fikri mülkiyet hukukuna ilişkin güncel gelişmeler anlatılıyor. Çalışma, yoğun bir bilgi süzmesinden oluşuyor. Mahkemelerce verilen kararlar ışığında firmaların ticari yaşamlarında hangi noktalara dikkat edecekleri, sistemin iyi işleyen ve aksayan yönleri özgün bir anlatım tekniği ile çalışmada ortaya konuyor.

Bu vesileyle, işletmelerimiz için son derece önem arz eden böylesi bir çalışmanın ortaya çıkarak, ülkemize kazandırılmasında emeği geçen Av. Dr. Cahit Suluk, Av. Yasemin Kenaroğlu ile Suluk & Kenaroğlu Avukatlık Bürosu çalışanlarına, müteşekkirimiz. Ayrıca, bu kapsamlı çalışmanın kitap haline gelmesine vesile olan MÜSİAD Araştırmalar Komisyonu'na teşekkür ediyor, üyelerimize ve tüm ülkemize yararlı olmasını diliyorum.

Ömer Cihad VARDAN

Genel Başkan

MÜSİAD

ÖNSÖZ

Hukuk ulusaldır, yani yereldir; her ülkenin hukuku kendine özgüdür. Bilgi çağındaki baş döndürücü gelişmeler fikri mülkiyet hukukunda inanılmaz değişikliklere yol açmıştır. Hukuk kuralları ulusal nitelik taşımasına rağmen, bu alandaki değişiklikler uluslararası anlaşmalar yoluyla belirli bir ölçüde evrensel nitelik kazanmıştır. Ne var ki, uluslararası anlaşmalar yoluyla yapılan tüm uyumlaştırmalara rağmen, fikri mülkiyet hukuku bugün de ulusal karakterini muhafaza etmektedir. Özetle, fikri mülkiyet hukukunda ulusallık hâlâ çok baskındır.

Günümüzde orta ölçekli firmalar dahi bulundukları ülkelerin dışında üretim, satış ve pazarlama gibi ticari faaliyetlerin içindedir. Yani ticaret evrenseldir. Dolayısıyla, uluslararası arenada faaliyet gösteren ticari oyuncular, fikri mülkiyet haklarının uluslararası ölçekte korunmasına kayıtsız kalamaz.

Uluslararası ticaret yapan firmaların çoğu bakımından, Türkiye pazarı göz ardı edilebilir olmaktan çıkmıştır. Zira IMF verilerine göre, satın alma paritesi esas alındığında 932 milyar dolar ile Türkiye, dünyanın on altıncı büyük ekonomisidir. 2008 krizinden hızla çıkabilen ve % 10,3'lük büyüme ile Çin'den sonra dünyanın en hızlı büyüyen ülkesi Türkiye'dir.

Ekonominin güçlenmesi ve toplumdaki bilinçlenmeyle birlikte Türkiye, önceki yıllara oranla Ar-Ge harcamalarına önemli miktarda pay ayırmaya başlamıştır. 2008 yılı verilerine göre Türkiye, Ar-Ge'ye yaklaşık 5,4 milyar dolar harcamıştır. Bu rakamın, GSMH'ye oranı binde 7,3'tür. Hükümetin, 2013 yılı hedefi ise bu payı % 2'ye çıkarmaktır. Son birkaç yılda kamu bütçesinden Ar-Ge'ye hatırı sayılır miktarda pay aktarılmıştır ve aktarılabacaktır. Başka bir deyişle, Ar-Ge harcamaları hızlı bir artış eğiliminde olup, bu eğilim daha da hızlanacaktır.

Nitekim Türkiye’de son yıllarda gerek yerli gerekse yabancı firmaların, marka ve patent başvuru sayıları da önemli ölçüde artmıştır. Bugün Türkiye’de yılda yetmiş binin üzerinde marka başvurusu yapılmakta olup, bunun yaklaşık on iki bin adedi yabancı uyruklu kişilere aittir. Bu sayı ile Türkiye, marka başvurularında Avrupa’da üçüncü sıradadır. Oysa 1995 yılında yerli-yabancı toplam marka başvuru sayısı sadece on altı bin civarındaydı. Aynı tarihte yaklaşık bin beş yüz olan patent başvuru sayısı ise, 2009 yılında yedi binlere tırmanmıştır. 2010 yılı sonunda patent ve faydalı model başvuru sayısının on bini aşması beklenmektedir. Son yıllarda yıllık tasarım başvuru sayısı da otuz binlere ulaşmıştır. Bu rakamlar, uluslararası ticaret yapan firmalarca Türk pazarının göz ardı edilemeyeceği yönündeki tespitimizi doğrulamaktadır.

Bu çalışmada, fikri mülkiyet hukukunun hemen her alanına ilişkin genel açıklamalara yer verildikten sonra, sorunlu konulara odaklanılmıştır. Tanınmış markalarda olduğu gibi, bu sorunların bir kısmı, konunun doğası gereği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, tescilsiz bir buluşun veya tasarımın süresiz olarak haksız rekabet hükümleri ile korunması gibi Türkiye’ye has uygulamalardan çıkan sorunlar da incelenmiştir.

Çalışmamızın ana teması, Türk fikri mülkiyet hukukuna has ilke ve uygulamaların incelenmesidir. Okuyucu bir yandan fikri mülkiyetin sorunlu alanlarında Türk hukuk uygulaması ile tanışacak, diğer yandan dünyadaki genel uygulamalardan sapmaları izleyebilecektir.

Suluk & Kenaroğlu

Avukatlık Bürosu

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK FİKRİ MÜLKİYET SİSTEMİ

1. GENEL OLARAK

Türk hukukunda fikri mülkiyet koruması, Osmanlı dönemi-ne kadar geriye gider. 1844 tarihli Fransız Patent Kanunundan ıktibas edilen 1879 tarihli Osmanlı İhtira Beratı Kanunu, dünya-nın altıncı patent kanunudur. Osmanlı döneminde yine Fransız hukukunun etkisiyle 1850 yılında telif hakları ve 1872 yılında markalarla ilgili ilk düzenlemeler yapılmıştır. Kodifikasyon faali-yetleri, Türkiye Cumhuriyeti'nin ilan edildiği 1923 yılından sonra da sürmüştür.

Küreselleşmenin de etkisiyle son yıllarda Türkiye, fikri mül-kiyet mevzuatında önemli reformlar yapmıştır. 1995 yılı bu ba-kımdan bir *milat*ür. Şöyle ki, 1/95 sayılı AB-Türkiye OKK'nın getirdiği yükümlölükler çerçevesinde, AB hukuku ve uluslararası anlaşmalarla hızlı bir uyumlaştırma sürecine girilmiştir. Bu çalış-malar sonucunda hem telif hakları, hem de sınaî haklarla ilgili bir dizi mevzuat yürürlüğe konulmuştur. Bu bağlamda 1995 ve izleyen yıllarda telif, patent ve marka ile ilgili kökleri Osmanlı dö-

nemine kadar giden eski mevzuat tümüyle değiştirilmiştir. Yine 1995’de tasarım, faydalı model ve coğrafi işaretler gibi konularda *ilk kez* hukuki düzenlemeler yapılmıştır. İzleyen yıllarda entegre devre topografyaları ve ıslahçı haklarına ilişkin ilk düzenlemeler de yürürlüğe konulmuştur.

Bununla birlikte 1995 yılında yürürlüğe giren düzenlemelerin kanun ile değil de, hükümet kararnamesiyle yapılmış olması ciddi sorunlara yol açmıştır. Ayrıca üzerinden yaklaşık 15 yıl geçmiş olmasına rağmen, bu düzenlemelerdeki eksiklik ve hatalar da tam anlamıyla giderilmemiştir. Bu açığı kapatmak üzere TBMM konu ile ilgili yeni kanun tasarıları üzerinde çalışmakta olup, bu tasarılar halen yasalaşmayı beklemektedir.

Türkiye, 1925 yılında Paris, 1952 yılında Bern gibi fikri mülkiyete ilişkin bazı uluslararası anlaşmalara taraf olmuştur. 1995 ve izleyen yıllarda ise DTÖ/TRIPS, EPC, PCT, Madrid Protokolü, Lahey, Roma, WCT ve WPPT gibi konuya ilişkin tüm temel anlaşmaları kabul etmiştir.

Bu çerçevede Türk fikri mülkiyet mevzuatı, halen çalışmaları süren tasarıların da yasalaşması ile birlikte uluslararası standartlara uygun ve modern bir yapıya kavuşacaktır. Nitekim AB ile adaylık müzakereleri bağlamında konu masaya yatırıldığında, mevzuat altyapısının standartlara uygun olduğu hususunda hemen her kesim hemfikir kalmıştır. Buna karşılık mevzuatın hayata geçirilmesinde/uygulanmasında sorunlar yaşandığı da bir gerçektir.

Türkiye, mevzuat reformu ile birlikte idari altyapıda da önemli adımlar atmıştır. 1994 yılında kurulan Türk Patent Enstitüsü (TPE) modern bir yapıdadır. Buna karşılık Kültür ve Turizm Bakanlığı’na bağlı Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü’nün yapısında bir iyileştirmeye gidilmemiştir. Söz konusu kurum klasik bir devlet dairesi hüviyetindedir. Her iki kurumun ortak sorunu ise, yeterli sayıda ve nitelikli uzmana sahip olamayışılarıdır.

Fikri mülkiyet uyuşmazlıkları uzun yıllar genel mahkemelerde görülmüştür. Konunun gerektirdiği teknik ve hukuki uzmanlaşma nedeniyle 2001 yılında fikri ve sınai haklar mahkemeleri (ihtisas mahkemeleri) kurulmuştur. O tarihten bu yana fikri mülkiyet uyuşmazlıklarına ihtisas mahkemeleri bakmaktadır. Halen İstanbul, Ankara ve İzmir’de yirminin üzerinde ihtisas mahkemeleri faaliyet göstermektedir. Diğer şehirlerde ise, fikri mülkiyetten doğan ihtilaflara bazı asliye mahkemeleri, ihtisas mahkemesi sıfatı ile bakmaktadır. Özellikle son yıllarda mahkeme kararlarının hem sayısı, hem de niteliği/kalitesi artmakta, gerek ihtisas mahkemelerince, gerekse Yargıtay’ca verilen kararlarla içtihat hukuku her geçen gün gelişmektedir. Bunda özellikle ihtisas mahkemesi hâkimlerinin, en azından bir kısmının yurtdışında fikri mülkiyet üzerine eğitim almalarının payı büyüktür.

Türkiye’de patent ve marka vekilliği müessesesi de 1995 sonrasında ivme kazanmıştır. Bugün Türkiye’de yüzlerce marka-patent bürosu faaliyettedir. Bu hızlı büyüme, uygulamadaki ihtiyacı karşılamaya yönelikse de oldukça sağlıklı bir gelişmedir. Özellikle, hukuk fakültesi mezunu olmayan marka vekilleri ve hiçbir teknik altyapısı bulunmayan patent vekilleri, sorunları çözmek bir yana, bizzatı kendileri bir sorun haline gelmiştir. Bugün itibarıyla TPE nezdinde aktif olarak patent vekilliği yapan yüzlerce isimden, mühendis kökenli olanların sayısının ellinin altında olduğu bilinmektedir. Aynı şekilde binlerce marka vekilinin çok azı hukuk fakültesi mezunudur. Bu da sistemin önemli zaaflarından birisidir.

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin eğitim faaliyetlerinde de son yıllarda bir yoğunlaşma gözlemlenmektedir. Daha önce seçimlik ders olarak verilen fikri mülkiyet hukuku bugün bazı üniversitelerde zorunlu ders olarak okutulmaya başlanmıştır. Yine konuya ilişkin çok sayıda akademik yayın yapıldığı gibi, resmi ya da özel teşebbüslerce her yıl onlarca etkinlik düzenlenmektedir.

Belirtilen bu pozitif gelişmeler, hak aramaya da yansımaktadır. Sözgelimi Yargıtay, fikri mülkiyet uyuşmazlıkları ile ilgili olarak yılda bini aşkın dosyayı karara bağlamaktadır. Öte yandan iş yoğunluğunun artması nedeniyle sayıları otuza yaklaşan ihtisas mahkemelerine her geçen gün yenileri eklenmektedir.

Diğer yandan telif alanında kurulan meslek birlikleri, başta müzik meslek birlikleri olmak üzere, kullanıcılardan hatırı sayılır miktarda telif bedeli toplamaya başlamışlardır. Meslek birliklerinin korsanla mücadelede aldıkları rol de her geçen gün artmaktadır.

Özetle, bazı eksiklik ve aksaklıklara rağmen 1995 öncesine nazaran Türk fikri mülkiyet sisteminde önemli iyileştirmeler yapılarak, ilerlemeler kaydedilmiştir. Bu ilerlemeler mevzuat, idari ve yargısal altyapıda yaşandığı gibi, her geçen gün ilgili kesimler de de konuya ilgi artmaktadır.

2. MEVZUATTA REVİZYON ÇALIŞMALARI

a) Genel Bilgi

Yukarıda (bkz. “Genel Olarak”) belirtildiği üzere Türkiye, 1995 yılında fikri mülkiyet mevzuatını yenilediği gibi tasarım, faydalı model ve coğrafi işaret gibi konularda ilk kez düzenlemelere gitmiştir. Dolayısıyla 1995 yılının, Türk fikri mülkiyet hukuku bakımından bir *milat* olduğu söylenebilir.

Kodifikasyon faaliyetleri 1995 sonrasında da sürmüş olup, süreç henüz tamamlanmamıştır. Mevzuat çalışmalarının bir türlü olgunlaşmamasının birden çok nedeni vardır. Öncelikle, küreselleşmenin de etkisiyle konu tüm dünyada dinamik bir yapıya sahiptir. Gerçekten TRIPS’in kabulü ile birlikte pek çok ülke, mevzuatında derin değişiklikler yapmak durumunda kalmıştır. Yeni gelişmelere uyum sağlamak için ülkelerin mevzuat çalışma-

ları hiç bitmeyen bir işe dönüşmüştür. İkinci olarak, Türkiye’ye özel nedenler de mevzuat çalışmalarının olgunlaşmasını yavaşlatmaktadır. Sözgelimi, 1995 yılında patent, marka, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin mevzuat, yasalar yerine bir hükümet tasarrufu olan KHK’larla düzenlenmiştir. Uluslararası taahhütlerin yerine getirilmesi için yasa yerine KHK’larla konunun düzenlenmiş olmasının olumsuz anlamda önemli hukuki sonuçları olmuştur. Örneğin, Anayasa Mahkemesi söz konusu KHK’ların cezai hükümlerinin pek çoğunu sırf yasal dayanağı olmadığı için iptal etmiştir. Bu iptaller, korsanla ve taklitle mücadeleyi ciddi şekilde aksatmıştır. Ancak Meclis, markalara ilişkin hükümler bir tarafa bırakılırsa, gerekli yasal düzenlemeleri halen yürürlüğe koymuş değildir.

Mevzuat revizyon çalışmalarını, telif ve sınai haklar olmak üzere iki ayrı kategoriye ayırmak gerekir. Çünkü telif haklarının yönetimi Kültür ve Turizm Bakanlığında iken, sınai haklar TPE’nin yönetimindedir. Bu nedenle de bu iki alana ilişkin mevzuat çalışmaları da tamamen birbirinden bağımsız ve farklı uzmanlar eliyle yürütülmektedir.

b) Telif Hakları

1951 tarih ve 5846 sayılı Telif Yasası uzunca bir süre adeta uykudaydı. Hak sahiplerinin haklarını yeterince takip etmemesi nedeniyle bu Yasa, 1995 tarihine kadar pek uygulama alanı bulamamıştır. Örneğin, Yasada meslek birliklerinin kurulması öngörülmesine rağmen 35 yıl gecikme ile ilk meslek birliği ancak 1986 yılında kurulabilmiştir. Bunda en büyük etken hak sahiplerinin, haklarına kayıtsız kalışdır.

Bu Yasada ilk değişiklik 1983 yılında gerçekleştirilmiştir. Fakat asıl değişiklikler 1995 ve sonrasında yapılmıştır. Yasada bugüne kadar yapılan toplam 6 adet değişiklikten 5 tanesi 1995’ten sonra gerçekleştirilmiştir. Bunlardan 1995, 2001 ve 2004 deği-

şikliklerinde her defasında Yasanın neredeyse üçte biri değiştirilmiştir. 1901 tarihli eski Alman Telif Yasasından alınan Yasa böylece bugün adeta yamalı bir bohçaya dönüşmüştür. Bilinçli veya bilinçsiz gerçekleştirilen müdahalelerle Yasanın felsefesine aykırı eklemeler yapılarak, sistematığı bozulmuştur.

Bugünlerde, Kültür ve Turizm Bakanlığı, Yasada 40 madde-lik yeni bir değişiklik hazırlığı içindedir. Bakanlığın hazırladığı Taslak da önceki değişikliklerle aynı yöntemle hazırlandığı için Yasanın sistematığının daha da bozulacağını şimdiden kestirmek mümkündür. Burada yapılması gereken, ilgili çevrelerin görüşle-ri alınarak değişiklik metninin, telif hukuku alanında çalışmaları olan akademisyenlerce hazırlanmasıdır.

c) Sınâî Haklar

Marka, patent, faydalı model, tasarım ve coğrafi işaretle-re ilişkin bugünkü mevzuat 1995 yılında yürürlüğe konulan KHK'lerden ibarettir. Uluslararası taahhütlerin yerine getiril-mesi için aceleyle getirilen mevzuat çalışmaları bir gecede hü-kümet tasarrufu haline getirilmiş ve KHK olarak çıkarılmıştır. Tabii izlenen bu hatalı yöntemin hukuki faturası da ağır olmuştur. Çünkü KHK'lardaki pek çok düzenlemenin esasen bir yasa ile yapılması gerekmektedir. Sözgelimi, Türk Anayasasına göre mahkemeler ancak yasa ile kurulabilir. Buna karşılık Türkiye'de-ki fikri ve sınâî haklar mahkemeleri KHK'larla kurulmuş olup, bu statü bugün de devam etmektedir.

Bu düzenlemelerin üzerinden 15 yıl geçmesine rağmen KHK'lar bir türlü yasa haline dönüştürülememiştir. Bugün pa-tent ve faydalı model, marka, tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin dört ayrı kanun çalışması vardır. Bu tasarıların kısa vadede yasa-laşması beklenmemektedir. Bunu dikkate alan yetkililer, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı nedeniyle oluşan boşluğu doldurabil-

mek için 6 maddelik ayrı bir tasarı hazırlamışlardır. Bu tasarıda patent ve faydalı model, tasarım ile coğrafi işaretlere ilişkin cezai ve hukuki yaptırıma ilişkin konular ele alınmıştır. Ancak söz konusu tasarı da halen yasalaşmayı beklemektedir.

3. YARGILAMA PROSEDÜRÜ

a) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, ihtilafların teknik ve uzmanlık boyutunu dikkate alan yasa koyucu, bu alanda görev yapmak üzere ihtisas mahkemelerinin kurulmasını öngörmüştür. Bu amaçla 2001 tarihinde tek hâkimli Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemeleri kurulmuştur. Konuya ilişkin davalardaki artışa bağlı olarak İstanbul, Ankara ve İzmir’de kurulan ihtisas mahkemelerinin sayıları her geçen gün artmaktadır. Belirtilen üç şehirde bugüne kadar yirminin üzerinde ihtisas mahkemesi kurulmuştur. Henüz ihtisas mahkemesi kurulmamış olan şehirlerde ise Asliye Hukuk ve Ceza Mahkemeleri ihtisas mahkemesi sıfatı ile görev yapmaktadır.

İhtisas mahkemelerinde görev yapan hâkimler hukuk kökenlidir. Teknik konular, bilirkişilerden yardım alınarak çözüme kavuşturulmaktadır.

Fikri mülkiyet ihtilaflarında hak sahibi tarafından açılacak davalar; davanın niteliğine göre, davacının veya davalının ikametgâhının bulunduğu veya fiilin işlendiği ya da fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemelerinden birinde görülür. Üçüncü kişilerce hak sahibine karşı açılacak davalarda ise, davalının ikametgâhı mahkemesi yetkilidir.

Davacının ya da davalının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde yetkili mahkeme; davacının/davalının TPE sicilinde kayıtlı

vekilinin işyerinin bulunduğu yerdeki mahkemesidir. Eğer vekillik kaydı silinmişse TPE'nin merkezinin bulunduğu yerdeki, yani Ankara'daki ihtisas mahkemeleri yetkilidir.

b) Yargılama Usulü

Fikri mülkiyet davalarında; var olan bir tescilin hükümsüzlüğü, verilmiş bir kararın iptali, gerçekleşen tecavüzün tespiti, tecavüzün mevcut olmadığının tespiti, gasp nedeniyle hakkın devri (*vindication action*), tecavüzün önlenmesi, tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması, oluşan zararın tazmini, tecavüze konu ürün ve araçlara el konulması, bu ürün ve araçlar üzerinde hak sahibine mülkiyet hakkı tanınması ya da imhası, dava sonunda verilecek hükmün kamuya ilan yoluyla duyurulması gibi pek çok talepte bulunulabilir. Bu taleplerin her biri ayrı bir dava konusu olabileceği gibi, bir davada bir arada da ileri sürülebilir.

Fikri mülkiyet uyuşmazlıklarında yargılama, genel yargılama usulüne göre yapılır ve kural olarak yazılı yargılama usulü geçerlidir.

Ceza davalarında soruşturma ve kovuşturma kural olarak şikâyeteye bağlıdır. Yani hakkı ihlale uğrayan kimse dava açmadıkça, istisnai haller haricinde, kendiliğinden kamu davası açılmaz. Hak sahibi dava sonunda verilecek kararın kesinleşmesine kadar dilediği zaman şikâyetini geri alabilir ya da davasından vazgeçebilir. Davadan vazgeçilmesi ya da şikâyetin geri alınmasıyla dava düşer. Sanık sayısının birden fazla olması halinde şikâyet bir sanık bakımından geri alınsa dahi, dava tümü bakımından düşer. Davasından vazgeçen ya da şikâyetini geri alan kimsenin daha sonra aynı konuda yeniden şikâyetinde bulunması ya da dava açması mümkündür. Bu sebeple, davadan vazgeçilmesi davalının iznine tabidir. Ancak davacı, söz konusu ihlalle ilgili dava ya da şikâyet hakkından feragat etmek için davalının iznini almak zorunda değildir. Zira hakkından feragat eden kimse daha sonra

bu hususta yeniden dava açamaz ve şikâyetçi olamaz. Vazgeçme ve geri almada olduğu gibi, feragat halinde de dava düşer.

Hukuk davalarında hak sahibi tecavüz halinde taklit ürün ve araçlar üzerinde mülkiyet hakkının kendisine tanınmasını isteyebilir. Ceza davalarında ise ceza mahkemesinin ürün ve araçlar üzerinde müştekiye mülkiyet hakkı tanınması mümkün değildir. Ancak ceza mahkemesi bu ürünlerin müsadereğine (devletçe el konulmasına) hükmedebilir.

Uygulamada genellikle hukuk ve ceza davaları eşzamanlı olarak açılmaktadır. Taklit ürünler genellikle ya müştekiye ya da sanığa, yediemin sıfatıyla teslim edilmektedir. Yargılama aşamasında el konulan ürünler ile incelemeye konu ürünlerin aynı olmadığı iddiaları her iki tarafça da ileri sürülebilmektedir. Bu sakıncayı bertaraf etmek bakımından taklit olduğu ileri sürülen ürünlerin devlette muhafaza edilmesi en uygun yoldur.

Diğer yandan genel hukuk usulü düzenlemesinde olduğu gibi, fikri mülkiyet hukukunda da dava açılmadan önce, davayla birlikte veya dava açıldıktan sonra ihtiyatı tedbir talep edilebilmektedir. Bu husus ayrı bir başlık altında incelenecektir.

c) İspat Yükü

İspat yükü genel olarak davacı üzerindedir. Ancak bu genel kuralın bazı istisnaları vardır. Örneğin, markanın kullanılmaması sebebiyle hükümsüz kılınması talebiyle açılan davada ispat yükü davalı üzerindedir. Yani burada davacının davalıya ait markanın kullanılmadığını iddia etmesi yeterli olup, marka kullanılmakta ise bunu davalının ispat etmesi beklenir. Aksi takdirde davacı, davasını ispat etmiş sayılır ve dava kabul edilir. İşte bu tür istisnai haller dışında davaya dayanak iddiaların ispat yükü her zaman için davacı taraftadır.

d) Deliller

Fikri mülkiyet davaları, kural olarak yazılı yargılama usulüne tabidir. Dolayısıyla taraflar iddialarını özellikle yazılı bilgi ve belgelerle ispat etmek durumundadır. Bu kapsamda, ticari defterler, faturalar, kataloglar, broşürler, e-mail yazışmaları gibi pek çok materyal delil olarak sunulabilir.

Bu davalarda taraflar mahkemenin kabul etmesi şartıyla tanık dinletebilir ve yeminli beyan sunabilir. Ancak yeminli yazılı ifade (*affidavit*) uygulaması Türk hukukuna yabancı olduğundan özellikle yabancı ülke vatandaşı veya şirketlerin sundukları yeminli beyanların delil değeri düşüktür.

Taraflar mahkemeden bilirkişi incelemesi yaptırılmasını talep ederek, bilirkişilerce hazırlanacak raporu da delil olarak kullanabilir. Ayrıca taraflar uyuşmazlık hakkında bir uzmana özel olarak yaptıracakları inceleme sonucunu da delil olarak dosyaya sunabilir. Ancak elbette mahkemeler kendileri tarafından atanan bilirkişilerce hazırlanan raporlar ile tarafların hazırlattıkları özel raporları bir tutmamaktadır. Pek çok mahkeme dosyaya sunulan bu özel raporları dikkate almazken, bazı hâkimler, bu tür raporların dosyaya girmesine dahi müsaade etmemektedir.

e) Yargılama Süresi

Türkiye’de açılan davaların ihtisas mahkemelerinde karara bağlanma süreci ortalama 1 ila 3 yıldır. Dosyalar hemen daima bilirkişilere gönderilmektedir. Bilirkişilerin rapor hazırlama süreci oldukça uzun bir zaman almaktadır. Zira çoğu kez davalarda bir bilirkişi raporu ile hüküm verilememekte, eksik veya yetersiz olduğu düşünülen veya tarafların itirazlarına uğrayan rapor üzerine ikinci, bazen üçüncü bir bilirkişi heyetinden rapor alınmaktadır. Bu da süreci ortalama 1 ila 2 yıl daha uzatmaktadır.

İhtisas mahkemesince verilen kararların temyiz edilmesi halinde ise, Yargıtay'daki temyiz incelemesi ortalama 15 ila 18 ay sürmektedir. Benzer şekilde temyizden sonra taraflar karar düzeltme talep edebilmektedir. Karar düzeltme safhası da ortalama 6 ay sürmektedir. Kısaca bir ihtisas mahkemesi kararının temyiz aşaması neticesinde kesinleşmesine kadar geçen süre ortalama 1 ila 5 yılı bulabilmektedir.

f) Yargılama Maliyeti

Türkiye uygulamasında yargılama maliyetleri ve vekâlet ücretleri Avrupa ülkeleri ile kıyaslandığında çok düşüktür. *WIPO Magazine*'in Şubat 2010 verilerine göre, bir patent davası için ortalama olarak İspanyada 100.000 Euro, Fransa'da 80.000-150.000 Euro, İngiltere'de 750.000-1.500.000 Euro vekâlet ücreti ödenirken, Türkiye'de ortalama 10.000-50.000 Euro arasında bir vekâlet ücreti talep edilmektedir.

Türkiye'de yargılama maliyetleri de oldukça düşüktür. Sözgeçlimi, bir hükümsüzlük davası açılabilmesi için 50 Euro'dan daha az bir resmi harç ödenmektedir. Davanın ilerleyen aşamalarında dosya genellikle üç kişilik bir bilirkişi heyetine gider. Bilirkişi ücreti olarak da ortalama 750 Euro gibi bir maliyet ortaya çıkmaktadır. Dosyanın yeni bir heyete gitmesi durumunda ise aynı maliyet ikinci kez ortaya çıkacaktır. Temyiz harç tutarı ise, 100 Euro civarındadır. Tazminat davalarında olduğu gibi, konusu belirli bir para olan davalarda ise, davalıdan talep edilen miktarın belirli bir yüzdesi (% 5,4) harç olarak mahkeme veznesine yatırılır.

Son olarak belirtelim ki, vekile verilen vekâlet ücretleri haricindeki tüm resmi harç ve yargılama giderleri, davayı kaybeden tarafça karşılanır. Karşı tarafın vekille temsil edilmesi halinde kaybeden taraf, ayrıca karşı tarafın vekili lehine belirli bir kanuni vekâlet ücreti ödemeye de mahkûm edilir.

4. İHTİYATİ TEDBİR UYGULAMASI

Türk Hukuk Usulü Yasasının 103. maddesine göre, dava konusu fiil, derhal bir tedbir alınmaması halinde önemli bir tehlike ya da telafisi mümkün olmayan bir zarara neden olacaksa, hâkim yargılama sonunu beklemeksizin ihtiyati tedbire karar verebilir. Ancak ihtiyati tedbir, dava sonunda verilecek esas hükmün sonuçlarını peşinen sağlayacak nitelikte olamaz. Bu madde özel hukuka ilişkin davalardaki ihtiyati tedbir kararlarının temel dayanağıdır.

Fikri mülkiyet hakları, özel mevzuat hükümleri ile korunmaktadır. Bu özel düzenlemeler kapsamında ihtiyati tedbir konusu da ayrıca düzenlenmiştir. Bu sayede, fikri mülkiyet haklarına ilişkin ihtilaflarda daha hızlı ve daha geniş kapsamlı ihtiyati tedbir kararları verilmesi mümkün hale getirilmiştir. Fikri mülkiyete konu haklara tanınan bu ayrıcalığın sebebi, söz konusu hakların olası bir tecavüz karşısında uğrayacakları zararın telafisinin genellikle çok zor ya da imkânsız olmasıdır.

Örneğin yukarıda değinilen Usul Yasasının 103. maddesinin aksine, Marka KHK'nın 77. maddesi ihtiyati tedbirin, dava sonunda verilecek esas hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmasını öngörür. Bu kapsamda marka hakkı zarar gören kimse, haklarını ihlal eden fiillerin durdurulması, varsa marka hakkına tecavüz teşkil eden ürün ve malzemelere el konulması, olası zararlarının tazmini için teminat gösterilmesi ve benzeri pek çok konuda ihtiyati tedbir kararı verilmesini talep edebilir.

Markalara ilişkin bu düzenleme aynen Telif Kanununda da yer almaktadır. Kanunun 77. maddesine göre, eser sahipleri de marka hakkı sahipleri ile aynı kapsam ve şekilde ihtiyati tedbir talep edebilirler. Tasarım KHK'nın 64 ve 65. maddeleri ile Patent KHK'nın 151 ve 152. maddeleri de aynı niteliktedir. Dolayısıyla

Türk fikri mülkiyet hukuku bakımından marka, patent, tasarım ve telif hakları ile ilgili mevzuatın ihtiyati tedbire ilişkin düzenlemeleri amaç ve kapsam bakımından birbirleriyle uyumludur.

Fikri mülkiyete ilişkin ihtilafların çözümü ihtisas mahkemelerinin görev alanındadır. Dolayısıyla fikri mülkiyete ilişkin ihtilaflarda ihtiyati tedbir yargılamasının da ihtisas mahkemelerince yürütülmesi gerekir. Ancak uygulamada, genel usul kurallarından yola çıkılarak, dava açılmadan evvel ileri sürülen ihtiyati tedbir taleplerinin genel mahkemelerce de karara bağlandığı görülmektedir. Buna karşılık esas dava ile birlikte ileri sürülen veya dava açıldıktan sonra ileri sürülecek tedbir talepleri, ancak davanın görüldüğü ihtisas mahkemesinde görülür.

İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, dava açılırken dava dilekçesi içinde ya da davayı açtıktan sonra ek bir dilekçeyle talep edilebilir. İlk derece yargılaması sonuna kadar her zaman talepte bulunulabilir. Dava açılmadan evvel bir ihtiyati tedbir talebinde bulunulursa, tedbire karar verildikten sonra 10 gün içerisinde esas davanın da açılması zorunludur. Dava açılırken ya da açıldıktan sonra tedbir talep edildiğinde ise esas dava zaten görülmekte olduğundan, başka bir dava açmaya gerek yoktur.

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunulduğunda, esas davada ileri sürülecek tüm iddiaların ve delillerin tedbir dosyasına da sunulması gerekmektedir.

Hâkimin tedbir talebini incelemeye alması, incelemesini tamamlaması, gerekli hallerde bilirkişi incelemesi yaptırması ve ardından karar vermesi aylar sürmektedir. Tedbir talebi kabul edildikten sonra esas dava açıldığında, daha önce zaten ileri sürülmüş olan iddiaların ve sunulan delillerin bu kez dava dosyasına tekrar sunulması gerekir. Zira tedbir dosyasına sunulan iddia ve deliller o dosyaya aittir. Tüm bunlar esas davada yol alınmasını ve yargılamanın sona erdirilmesini geciktiren ve ek maliyet ge-

tiren durumlardır. Bu sebeple dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talep edilmesini gerektiren çok özel bir durum yoksa, tedbir talebinin dava açılırken, dava dilekçesinde ileri sürülmesi tavsiye edilir. Dava açılırken ihtiyati tedbir talebinde bulunulduğunda, tedbir ile ilgili karar verilmesi yine birkaç ayı bulmaktadır. Ancak bu sürede yapılan her türlü işlem esas davada da ilerleme sağladığından, en azından dava sürecinde bir gecikme olmamaktadır.

Gerek dava açılmadan önce, gerekse sonra ileri sürülen tedbir taleplerinde, hâkim gerekli görürse tedbir talebi ile ilgili karar vermeden evvel dosyayı bilirkişiye gönderebilir. Bilirkişi incelemesi tedbir ile ilgili karar verilmesini geciktiren bir unsurdur. Ancak uygulamada ihtisas mahkemeleri genellikle bilirkişi incelemesi yaptırmayı tercih etmektedir.

Dava açılmadan önce ya da dava içerisinde ileri sürülen bir tedbir talebinin karara bağlanması, hâkim tarafından izlenen yola göre, bir-iki ay ile sekiz-on ay sürebilmektedir. Hâkim davalının giyabında, ona tebligat yapmaksızın ve bilirkişi incelemesi de yaptırmaksızın karar verirse, süreç en çok bir ila iki ay içinde tamamlanır. Ancak davalıya tebligat yapılır, taraflar duruşmaya çağılır ve bilirkişi incelemesi yaptırılırsa bu süre on aya kadar uzayabilmektedir.

Hâkim tedbir kararını karşılıksız olarak verebileceği gibi, gerekli görürse bir teminat karşılığında da verebilir. Teminat gerekli görülürse, lehine tedbir kararı verilen tarafın teminat miktarını Türk Lirası cinsinden nakit ya da teminat mektubu olarak mahkeme veznesine depo etmesi gerekir. Teminat mektubu ancak Türkiye'deki ulusal mevduat bankaları tarafından düzenlenebilir.

Yatırılan teminat esas dava sonunda verilecek hüküm kesinleşinceye kadar mahkeme nezdinde saklanır. Zira yargılama sonunda dava reddedilir ve davalı ihtiyati tedbir sebebiyle, örneğin markayı kullanması engellendiği için bir zarara uğrarsa, ayrı bir

dava açarak zararının bu teminat üzerinden karşılanmasını talep edebilir. Ancak esas davanın reddedilmesi, verilen tedbirin haksız olduğunu ya da davalının zarara uğradığını göstermez. Davalı ihtiyati tedbir sebebiyle haksız bir zarar gördüğünü ve bu zararın boyutlarını somut olarak ispat etmek zorundadır.

Yatırılan teminatın herhangi bir şekilde değerlendirilmemesi, teminata konu paranın yıllar içinde değer kaybetmesine neden olmaktadır. Bu da firmaları tedbir talep etmeden evvel bir kez daha düşünmeye sevk eden en önemli faktördür. Teminat miktarı, taraf firmaların hacmine, ihtiyati tedbir ile önlenecek ticari faaliyetin kapsamına göre değişmektedir. Bu birkaç bin TL olabileceği gibi birkaç yüz bin TL de olabilir. İlaç patentine tecavüz gibi özellikli dosyalarda ise bu rakam birkaç milyon TL'yi bulabilmektedir.

Hukuk mahkemelerince yürütülen tedbir yargılamasının uzunluğu dikkate alınarak, aynı zamanda suç teşkil eden fiiller bakımından, ihtiyati tedbir talep etmek yerine, aynı taleplerle savcılığa şikâyetle de bulunulabilir. Hukuk mahkemelerinin birkaç ayda verdiği ihtiyati tedbir kararını, savcılık makamı birkaç günde verebilmektedir.

Bu bilgiler ışığında, Türkiye’de fikri mülkiyete konu haklar bakımından ihtiyati tedbirin, zarar gören taraf açısından çok önemli bir hukuki enstrüman olduğunu söyleyebiliriz. Özellikle davaların sonuçlanması için geçen sürenin uzunluğu dikkate alındığında, yargılamanın başında ihtiyati tedbir kararı ile sorunun çözülmesi oldukça önemli bir avantajdır.

5. DAVALARDA BİLİRKİŞİLİĞİN YERİ

Çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda mahkeme bilirkişilerden yardım alarak kararını verir. Bilirkişiler hâkimin yardımcısıdır.

Deliller toplandıktan sonra mahkeme dosyayı bilirkişilere gönderir. Mahkemeler bilirkişilerden genellikle, davacı ve davalıya ait iddia ve savunmalar dikkate alınarak rapor tanzim edilmesini istemektedir. Oysa olması gereken mahkemenin bilirkişileri, hangi konularda ve hangi kapsamda inceleme yapmaları gerektiğini gösterir görev tanımını ile birlikte ataması gerekir.

Uygulamada bilirkişi heyeti genellikle; biri hukukçu, biri ihtilafın türüne bağlı olarak tasarımcı/mühendis/sanatçı ve diğeri de mali müşavir veya ilgili sektör temsilcisi olan üç kişiden oluşmaktadır.

Seçilen bilirkişilere taraflar, öğrendikleri tarihten itibaren en geç üç gün içinde itiraz edebilir. Mahkeme itirazı haklı bulursa, itiraz edilen bilirkişi yerine başkasını tayin eder. Somut bir nedenle itiraz edilmesi halinde mahkemeler itirazları dikkate almakta, ancak haklı bir gerekçe sunulmadan yapılan itirazlar reddedilmektedir.

Bilirkişi raporunun hazırlanması için tanınan süre ortalama 2 aydır. Ancak bu süreye çoğunlukla uyulmamaktadır. Dosyaların bilirkişi heyetinden dönüşü 6 ila 10 ayı bulmaktadır. Bilirkişi raporunun gecikmesi halinde mahkeme, genellikle taraflardan birinin talebi üzerine bilirkişilere muhtıra/ihtar çıkartarak, raporun bir an önce sunulmasını talep eder. Muhtırada öngörülen süreye de uyulmaması halinde, mahkeme bilirkişiler hakkında suç duyurusunda bulunulabilir. Bu halde mahkeme, dosyanın incelenmeksizin iadesini de talep eder.

Bilirkişi raporuna taraflarca itiraz edilebilir. Bilirkişi raporu, yeterli değilse ya da çelişkiler varsa taraflar, duruma göre aynı heyetten ek rapor veya ayrı bir heyetten yeni bir rapor alınmasını mahkemeden talep edebilir. Mahkeme, tarafların talebini kabul edebileceği gibi, sunulan raporu yeterli de görebilir. Bu konularda mahkemelerin geniş bir takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte Yargıtay yetersiz, eksik, çelişkili veya denetime elverişli olmayan rapora dayalı olarak verilen kararları bozmaktadır.

Gerçeğe aykırı rapor tanzim etmek suçtur. Bilirkişi veya heyetin tarafsızlığında şüphe varsa mahkeme veya taraflardan birisi, bilirkişiler hakkında suç duyurusunda bulunabilir. Bilirkişiler, aynen hâkimler gibi ağır ceza mahkemelerinde görevi ihmal veya kötüye kullanma suçları nedeniyle yargılanırlar.

Genellikle üç kişiden oluşan heyetteki her bir bilirkişi için ortalama 500 TL olmak üzere, toplamda yaklaşık 1.500 TL ücret takdir edilir. Ancak bu rakam somut olaya bağlı olarak bazen 4.500 TL'yi dahi bulabilir. Mahkeme duruma göre dosyayı ikinci, hatta üçüncü kez farklı heyetlere gönderebildiği için bilirkişi maliyeti de iki veya üç katına çıkabilmektedir.

Davayı kaybeden taraf, mahkeme masrafları ve karşı taraf avukatının kanuni vekâlet ücretinin yanında, bilirkişi ücretlerine de katlanır. Bununla birlikte yargılama aşamasında bilirkişi ücretini, heyetin tayin edilmesinden sonra davacı peşinen öder. Davacının davayı kazanması halinde, ödediği bilirkişi ücretini karşı taraftan davanın sonunda tahsil edecektir.

Türk hukuk uygulamasında ihtisas mahkemeleri, neredeyse fikri mülkiyete ilişkin tüm davalarda bilirkişiye başvurmaktadır. Yargıtay da markasal benzerlik hususunda dahi bilirkişi incelemesini zorunlu tutmakta, aksi halde kararları bozmaktadır. Zira Yargıtay'a göre fikri mülkiyet ihtilafları *özel veya teknik bilgi* gerektirmektedir. Kanaatimizce dava konusu markaların iltibas oluş-

turup oluşturmadığına ihtisas mahkemesi hâkimleri karar verebilmelidir. Yine tasarım davalarında ihtisas mahkemesi hâkimi, *bilgilendirilmiş kullanıcı (informed user)* kılığına bürünerek dava konusu tasarımların benzer olup olmadığını inceleyebilir. Özetle, hâkim kendisi gerekli görmedikçe bilirkişiye gitme zorunluluğunda olmamalıdır.

Türk fikri mülkiyet hukuk uygulamasının nispeten yeni olması nedeniyle, henüz ne hukukçular ne de sektörden gelen bilirkişiler bakımından bu alanda yeterli bilgi birikimi oluşmamıştır. Diğer yandan büyük şehirlerde bilirkişilerin bir araya gelerek rapor hazırlamaları genellikle mümkün olamamaktadır. Bununla birlikte uzman ve/veya sektör bilirkişisi, heyette yer alan hukukçu bilirkişiden yardım almadığı sürece dosyada neyi inceleyeceğini dahi tespit etmekte güçlük çekmektedir. Bu tespiti doğru bir şekilde yapsalar dahi, ilgili mevzuatta öngörülen ilkeler yerine, kendi bilgilerine dayanarak inceleme yapmaktadırlar. Sözgelimi, bir tasarım davasında, mevzuatta aranmamasına rağmen tasarımın korunabilmesi için estetik özellik arayabilmekte ve ilgili tasarımların benzerliğini görsel özelliklerle sınırlamak yerine, teknik açıdan da inceleyebilmektedirler.

Bilirkişi incelemesine ilişkin yaşanan bu olumsuzluklar nedeniyle fıkri mülkiyete ilişkin davalar uzayıp gitmektedir. Ayrıca ihtisas mahkemeleri genellikle bilirkişilerden ya ek rapor ya da ayrı bir bilirkişi heyeti oluşturularak ikinci bir rapor almaktadır. Birinci ve ikinci raporlar arasında çelişki varsa, sırf bu çelişkiyi gidermek için üçüncü bir heyet oluşturularak yeni bir rapor daha alınmaktadır. Yargıtay'a göre bilirkişi raporları hâkimi bağlayıcı olmamakla birlikte, hâkim bilirkişi incelemesi yaptırmışsa, bilirkişi raporunun aksine hüküm kurması genellikle bozma nedenidir. Yargıtay'a göre mahkemenin denetime elverişli olmayan rapora dayalı karar vermesi de bozma nedenidir. Fikri mülkiyet dosyalarının temyiz incelemesini yapan Yargıtay 11. HD'ye gi-

den her yüz dosyadan yaklaşık altmış beşi bozulmaktadır. Tüm bu nedenlerden dolayı uygulamada ortalama bir fikri mülkiyet davası, (temyiz aşamasıyla birlikte) beş yılı aşkın bir sürede sonuçlanmaktadır. Tüm bu çabalara rağmen verilen kararların isabeti de tartışmaya açıktır. Bu isabetsiz kararlarda bilirkişilerin olumsuz katkıları büyüktür.

Sorunun çözümü bakımından, fikri mülkiyete ilişkin her dosyanın bilirkişiye gönderilmesi alışkanlığından vazgeçilme-
lidir. Bilirkişilik müessesesinin iyi işleyebilmesi için, bilirkişilik yapacak kişilerin eğitilmesi gerekir. Bu bağlamda bir *bilirkişilik kurumuna* ihtiyaç bulunduğu dahi söylenebilir.

6. KÜMÜLATİF KORUMA İLKESİ

Bir fikri çalışma, fikri mülkiyeti düzenleyen birden çok yasanın koruma şartlarını taşıyabilir. Sözgelimi, bir otomobilin özgün tasarımı, tasarım mevzuatıyla; bu tasarım sayesinde otomobile aerodinamik bir yapı kazandırarak yakıt tasarrufu sağlayan buluş, patent mevzuatıyla; bu tasarım, otomobilin hangi firmaya ait olduğunu gösteriyorsa marka mevzuatı ile korunur. Özetle, bir fikri ürün birden çok mevzuatın koruma şartlarını aynı anda taşıyorsa hak sahibi, birden çok mevzuata dayanabilir. Buna kümülatif (çoklu) koruma ilkesi denir. O nedenle fikri mülkiyet hakları, genellikle iç içe geçen halkalara benzetilebilir.

Kümülatif koruma ilkesi Türk fikri mülkiyet mevzuatında özel olarak düzenlenmiştir. Sözgelimi, Telif Yasasının 4. maddesine göre bir fikri ürünün, tasarım olarak korunması, şartların varlığı halinde eser olarak korunmasına engel değildir. Yine Tasarım KHK'nın 1. maddesinde benzer bir düzenleme vardır. Benzer şekilde Patent KHK'nın 169. maddesinde fay-

dalı model olarak korunan bir fikri çalışmanın, şartların varlığı halinde ayrıca tasarım olarak da korunacağı hükme bağlanmıştır.

Konu daha ziyade mahkemelerin önüne tasarımlar bakımından intikal etmektedir. Yargıtay yenilik ve ayırt edicilik şartlarını taşımayan ve tescili de yapılmamış tasarımların, emek ilkesi gereği haksız rekabet hükümleri ile korunacağı yönünde kararlar vermektedir. Türk içtihat hukukundaki yerleşik eski uygulamanın bir sonucu olarak, haksız rekabet hükümleri çok yaygın ve geniş bir şekilde yorumlanmaktadır.

Zaman zaman kümülatif koruma ilkesinin uygulanışında aşırıya kaçtığı dahi söylenebilir. Örneğin, sürenin sona ermesi ya da yenileme ücretlerinin yatırılmayışı gibi nedenlerle bir hak sona ermiş olsa dahi, özellikle haksız rekabet hükümlerine dayanılarak ilgili fikri unsur korunabilir. Nitekim Yargıtay, gerek önceki kararlarında, gerekse son kararlarında Türkiye’de tescili hiç yapılmamış veya koruma süresi sona ermiş bir tasarımın, haksız rekabet hükümleriyle korunabileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay, uygulamalı sanat eseri kavramını geniş yorumlamaktadır. Sözgelimi, 2006 tarihli bir kararında sehpa tasarımını, güzel sanat eseri kabul etmiştir. Yargıtay 1996 tarihli başka bir kararında ise duvar tabakları ile şarap şişesi modelini eser kabul etmiştir. Kümülatif koruma ilkesinin telif hakları bakımından benimsenmesinin önemli sonuçları vardır. Şöyle ki, bir faydalı model 10 yıl, tasarım 25 yıl korunurken, telif hakkı yaşam+70 yıl korunmaktadır. Örneğin, estetik niteliği olan bir vazanın tasarımı; tasarım mevzuatıyla 25 yıl korunurken, telif mevzuatıyla yaşam+70 yıl korunur. Yine adın belirtilmesi bir tarafa bırakılırsa sınaî haklar bakımından manevi hak

tanınmamıştır. Buna karşılık, Kara Avrupası hukuk sistemine mensup Türk telif hukukunda manevi haklar önemli bir yere sahiptir. Diğer yandan Türk hukukunda sınaî hak ihlallerinde istenebilecek tazminat miktarı zarar ile sınırlıdır. Telif haklarının ihlali ise uğranılan zararın üç katı tazminat talep edilebilir. Özetle, korumanın süresi, kapsamı ve istenebilecek tazminat bakımından sınaî haklara üstünlüğü bulunan telif korumasına dayanmak hak sahibinin yararındır.

Sonuç olarak, Türk fikri mülkiyet hukukunda kümülâtif koruma ilkesi yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Bir ihtilaf halinde hak sahiplerinin ilkeyi akılda tutmaları yararlarındadır. Zira Yargıtay'ın 2008 tarihli kararında da vurguladığı üzere davacı, dava dilekçesinde hangi hak(lar)a dayanmışsa mahkeme sadece o hak(lar) bakımından inceleme yapabilir. Şartların varlığı halinde dahi hak sahibinin dayanmadığı bir hak nede- niyle mahkeme hüküm kuramaz.

7. PARALEL İTHALAT VE HAKKIN TÜKENMESİ

Hak sahibi, üzerinde fikri mülkiyet hakkı bulunan ürünleri bir kez satınca, artık sonraki satışlara müdahale edemez. Örneğin, ADIDAS markalı ayakkabı satın alan toptancı firma, bu orijinal ayakkabıları perakendecilere, onlar da tüketicilere satabilir. Toptancı, ayakkabıları perakendecilere satarken ayrıca ADIDAS marka sahibinin iznine ihtiyacı yoktur. Zira toptancı, ayakkabıların parasını ödeyerek onların mülkiyetini edinmiştir. Toptancıdan bu ayakkabıları satın alan alt satıcıların hukuki durumu da farklı değildir. İşte hak sahibinin (örneğin ADIDAS marka sahibinin), ürünlerin ilk satışından sonraki satışlara müdahale edememesine fikri mülkiyet hukukunda *hakkın tükenmesi ilkesi* denir. Bu ilke *ilk satış doktrini* olarak da bilinir.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında hakkın tükenmesinden söz edilmekle birlikte esasen hak soyut olarak varlığını sürdürmekte ve fakat sadece satışı yapılan ürünler bakımından ortadan kalkmaktadır. Nitekim Avrupa Topluluğu Adalet Divanının (ATAD) 1999 tarihli *Sebago* kararı da bu hususa işaret etmektedir.

İlkenin uygulanabilmesi için iki şart birlikte gerçekleşmelidir: *i)* Ürün, hak sahibi tarafından veya onun izniyle (örneğin, lisans sahibince) piyasaya sunulmalı ve *ii)* Tekrar satışı yapılan ürünler, orijinal olmalıdır. Yani ürün, fikri mülkiyet hakkı sahibinin rızası dışında piyasaya sunulmuşsa tükenme ilkesi uygulanmaz. Benzer şekilde orijinal markalı bir ürün değiştirilerek ya da kötüleştirilerek piyasaya sürüldüğünde de hak tükenmez, aksine marka hakkına tecavüzden söz edilir.

Tükenme ilkesi hiç şüphesiz fikri mülkiyet hukukundaki en tartışmalı konulardan birisidir. Hakkın tükenmesinde ülkesellik prensibi genel olarak kabul edilmektedir. Yani üzerinde fikri mülkiyet hakkı bulunan ürünü bir kez satan kimsenin hakkı, sadece satışın gerçekleştiği ülke sınırlarında tükenir. Peki, hak sahibinin izniyle bir ülkede piyasaya sürülen ürünler, ithal edilerek başka bir ülkede satışa sunulabilir mi? Bu soruya bağlı olarak üç tür tükenmeden söz edilmektedir:

a. Ülkesel Tükenme: Bir ülkede üzerinde fikri mülkiyet hakkı bulunan bir ürün, hak sahibi veya onun izniyle piyasaya sürüldükten sonra hak sahibi, ürünün o ülke içindeki dolaşımına engel olamaz. Türkiye, entegre devre topografyaları hariç olmak üzere, ülkesel tükenmeyi kabul etmiştir. Entegre devreler bakımından ise, uluslararası tükenme benimsenmiştir.

b. Bölgesel Tükenme: Bu halde tükenme ilkesi, ilgili bölge bir ülke gibi kabul edilerek uygulanmaktadır. AB’de bölgesel tükenme kabul edilmiştir. Buna göre, bugün itibarıyla 27 üye ülkesi bulunan AB’nin herhangi bir ülkesinde hak sahibinin izniyle

ürün piyasaya sürülünce hak bölgenin tamamında tükenmektedir. Ayrıca Avrupa Ekonomik Alanındaki ülkeler de bu bölgeye dâhil edilmiştir.

c. Uluslararası Tükenme: Bu halde ise, üzerinde fikri mülkiyet hakkı bulunan bir ürün dünyanın herhangi bir yerinde hak sahibinin izniyle piyasaya sürülünce hak tükenir ve hak sahibi o ürünün başka bir ülkede satışına engel olamaz. İlkenin kabul edilmesi durumunda örneğin, hak sahibi tarafından Güney Afrika’da satışı yapılan bir ürün, hak sahibinin izni olmadan bir başkası tarafından Türkiye’de satılabilir.

Hangi tür tükenmenin kabul edildiği uygulamada büyük önem taşır. Çünkü uluslararası firmalar, ulusal ve bölgesel tükenme sayesinde ülkeleri değişik pazarlara bölerek ürünlerini fiyatlandırabilmektedir. Burada paralel ithalat ve geri ithalat kavramları karşımıza çıkmaktadır.

Paralel ithalat, hak sahibinin rızasıyla başka bir ülkede satışa sunulan hakka konu ürünün, hakkın korunduğu pazara ithalidir (*parallel importation*). Fikri mülkiyet hakkını taşıyan bir ürünün, hak sahibi tarafından önce kendi ülkesinde piyasaya sunulup, yurtdışına ihraç edildikten sonra tekrar hak sahibinin ülkesine ithaline ise *geri ithalat* (*reimportation*) denir. Geriye ithalatla, mal önce ulusal pazarda (örneğin Türkiye’de) piyasaya sürülmekte, sonra başka bir ülkeye (örneğin Almanya’ya) ihraç edilmekte ve daha sonra ilk piyasaya sürüldüğü ülkeye (Türkiye’ye) ithal edilmektedir.

Türkiye’de kabul edilen ülkesel tükenmeye göre hak sahibinin, paralel ithalatı yasaklaması mümkün iken, geriye ithalatı yasaklaması mümkün değildir.

Türk fikri mülkiyet mevzuatında kabul edilen ülkesel tükenme ilkesi, yargısal uygulamada farklı bir şekle bürünmüş olup Yargıtay, ulusal tükenme ile uluslararası tükenme arasında kalan farklı bir sistem benimsemiştir. Şöyle ki, hak sahibinin izni ile Türkiye’de

tek bir ürünün dahi piyasaya sürülmesi, yurtdışında piyasaya sürülen ürünler bakımından da hakkın tükenmesine neden olmaktadır. Dolayısıyla o ürünün yurtdışında piyasaya sürülen partileri de artık Türkiye’de, marka sahibinin iznine ihtiyaç duyulmaksızın üçüncü kişilerce satılabilir. Aslında bu uygulama tam olarak ne ulusal ne de uluslararası tükenmeye karşılık gelmektedir. Zira hem ulusal hem de bölgesel tükenmede hak, sadece hak sahibinin izni ile ilgili ülke veya bölgede piyasaya sürülen somut ürünler bakımından tükenir. ATAD’ın Sebago kararında da belirtildiği üzere hak soyut olarak tükenmez. Çünkü uluslararası tükenme bakımından ürünün, dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sunulması yeterli iken, Yargıtay’ın içtihadına göre bu yeterli olmayıp, hak sahibinin izniyle ilgili üründen en az bir adet Türkiye’de de piyasaya sunulmalıdır. Ülkesel tükenmede ise, ürün hangi ülkede piyasaya sürülürse tükenme o ülke ile sınırlı olarak gerçekleşir. Yargıtay’ın 1999 tarihli Dexter ve Police kararlarına göre; hakka konu ürünlerin hak sahibi tarafından veya onun izniyle Türkiye’de bir kez piyasaya sunulması halinde, bu ürünler bakımından hak tükeneyeceği gibi, bu tükenme hak sahibi tarafından veya onun izniyle yurtdışında piyasaya sunulan ürünleri de kapsar. Yani marka sahibi, yurtdışında piyasaya sunulan o ürünlerin Türkiye’ye ithaline engel olamaz. Police markalı gözlüklere ilişkin olay, 1999 tarihinde Rekabet Kurulunun da önüne gelmiş olup, Kurul, 1999 tarihli Yargıtay kararına atıf yaparak, aynı yönde karar vermiştir. Yargıtay sonraki yıllarda da bu görüşünü sürdürmüştür.

Telif hakkı bakımından ise durum biraz daha farklıdır. Genel olarak yayma hakkı hariç olmak üzere telif hakları tükenmez. Yayma hakkı bakımından ise, ülkesel tükenme ilkesi açık ve kesin bir dille kabul edilmiştir (Telif Yasası m. 23/II).

Eser sahibi, eserinin belirli nüshalarının mülkiyetini devretmesi (satış ve bağış gibi) suretiyle yayma hakkını kullanmışsa, bu nüshaların Türkiye sınırları dâhilinde yeniden satışı, eser sa-

hibinin yayma hakkını ihlal etmez. Burada tüketilen, soyut olarak yayma hakkının kendisi olmayıp, eserin piyasaya sürülen aslı veya nüshaları üzerindeki yayma hakkıdır. Yayma, hak sahibinin izin verdiği çerçeve içinde yapıldıysa hak tükenir. Sözgelimi, eğer yayma, sözleşme ile sayısal (adet) veya bölgesel açıdan kısıtlandıysa, buna aykırı yayma halinde hak tükenmez. Çünkü bu halde yaymaya konu nüshalar, hak sahibinden izinsiz şekilde piyasaya sunulmuş demektir.

Yayma hakkının tüketilmesi ilkesinin istisnasını, kiralama ve ödünç verme hakları oluşturur. Yani kiralama ve ödünç verme hakları tükenmez. Örneğin, bir film-DVD'sini satın alan kişi, orijinal DVD'yi bir başkasına satabilir ya da bağışlayabilir. Buna karşılık bu DVD'yi başkasına kiralayamaz. Korsan DVD'nin kullanım ve satış gibi işlemlere tabi tutulması ise herhalde hak ihlalidir.

İnternette indirme (*download*) eylemi, yayma hakkı kapsamına girmez. Dolayısıyla bu halde tükenme de gerçekleşmez. Sözgelimi, internette bedelini ödeyerek bir müzik parçası indiren kişi, bu parçayı sadece kullanabilir; internet üzerinden ya da başka şekilde satamaz.

8. SESSİZ KALMA NEDENİYLE HAK KAYBI

Her hakkın dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanılması gerekir. Burada hem hak sahibinin iyi niyetli olması aranır, hem de üçüncü kişilerin iyi niyeti korunur. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı durumu da, kişinin uzun süre kullanmadığı hakkını kullanmaya kalkması halinde zarar göreceği iyi niyetli üçüncü kişileri ve onların mevcut duruma duydukları güveni korumak için kabul edilmiştir.

Bu çerçevede fikri mülkiyet hak sahibi, haklı bir sebep olmaksızın, hakkını uzun süre kullanmayarak bundan sonra da kullanmayacağı yönünde bir kanaat oluşturmuşsa, artık bu hakkı

kullanamaz. Zira hakkın ihlaline karşı, uzun süre sessiz kalındıktan sonra dava açmak, hakkın kötüye kullanımı sayılabilir. Çünkü her hak gibi dava hakkı da, kötüye kullanıldığı takdirde himaye görmez. Hukuka aykırı biçimde tescil edilmiş bir hakkın hükümsüzlüğünü talep edecek kişinin de belirli bir süre içinde talepte bulunmamış olması aynı kapsamdadır. Demek ki, fikri mülkiyet hakkına saldırı olmasına rağmen, hakkın uzun süre ileri sürülmemesi bir hak kaybı olarak kabul edilmektedir.

Türk fikri mülkiyet hukukunda sessiz kalma nedeniyle hak kaybı müessesesi, hakkaniyet ilkesine dayandırılmakta olup kaynağını, Medeni Kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kuralında bulur. Yargıtay pek çok kararında basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğüne de atıfta bulunmaktadır.

Eğer hak sahibinin, gecikmede haklı bir nedeni bulunuyorsa, hak kaybı olmaz. Bu durumda hakka tecavüz eden kimsenin, hak sahibinin hakkını uzun süredir kullanmamasında haklı bir nedeninin bulunmadığını ve hakkın bunca zaman sonra kullanılmaya kalkılmasının kendisine zarar vereceğini ispat etmesi gerekir.

Konu mehzaz hukuk olan AB hukukunda markalar bakımından düzenlenmiş ve sessiz kalma süresi beş yıl olarak benimsenmiştir. Türk pozitif hukukunda ise, konuya ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Mehzaz hukuka uygun bir şekilde Marka Kanunu Tasarısında bu süre beş yıl olarak belirlenmiştir.

Pozitif bir düzenleme olmamakla birlikte Türk içtihat hukukunda ilke sıkça uygulanmaktadır. Sessiz kalma süresi somut olaya bağlı olarak belirlenmektedir. Sözgelimi, Yargıtay 2000 tarihli bir kararında on aylık süreyi sessiz kalma yoluyla hak kaybı için yeterli bulmuştur. Zira somut olayda davacı, bitişindeki firmanın kendi markasını ve unvanını kullanmasına on aya yakın bir süre ses çıkarmamıştır. Somut olaya bağlı olarak bu süre değişken olsa da genel uygulama bu sürenin beş yıl olduğu yönündedir.

Yargıtay 2005 tarihinde; *“Davalı ‘Çiftlik’ kelimesini, markanın dik-kati çeken esaslı unsuru haline getirerek kullanmış olup ... davalının bu şekilde kullanımına uzun süre sessiz kalmasından sonra açılan bu davanın MK’nun 2. maddesi ile bağdaşmayacağı yönündeki mahkeme gerekçesi doğru olmakla kararın salt bu gerekçe ile onanmasına...”* karar vermiştir.

İtalya menşeli tanınmış GAS markası ile ilgili 2006 tarihli kararında Yargıtay, yabancı marka sahibi tarafından açılan hükümsüzlük davasının reddine karar verirken özellikle şu gerekçeye dayanmıştır: *“... Davalı markasının tescil tarihinden itibaren 10 yıllık bir süre geçtikten sonra dava açıldığı, bu süre içinde davacının, davalının markasını kullanmasına itiraz etmediği ...”*.

2007 tarihinde ise Yargıtay; *“... uyuşmazlığa konu markanın 16.05.1990 tarihinde davalı adına 25 nci sınıfta ticaret markası olarak tescil edildiği, davanın 14 yıl sonra açıldığı, davacının 1987-2001 yılları arasında davalı yanında çalıştığı, markanın kullanma amacı dışında şantaj veya ileride para karşılığı devredilme gibi kötü niyetle tescilinin yapıldığının kanıtlanmadığı, ... uzun süre açılan davanın yerinde olmadığı...”* yönünde karar vermiştir.

Yargıtay 2007 tarihli başka bir kararında da şu ifadeleri kullanmıştır: *“Ancak, hareket tarzı itibarıyla hakkın ihlaline zımnen müsaade edildiği takdirde, karşı tarafın senelerden beri iyi niyetle kullandığı unvanının iptalinin dava konusu olup, olamayacağı Türk Medeni Kanunu’nun 2’nci maddesi, hükmü icabı olarak düşünülüp, değerlendirilmesi gerekir”*.

Mahkemelerce ilkeye sıkça başvurulması nedeniyle uygulamada çok ciddi hak kayıplarına şahit olunmaktadır. Mahkemeler ilkeyi hem hükümsüzlük, hem de tecavüz davalarında uygulamaktadır. Uygulamadaki sonuçlara baktığımızda; Türkiye’de gerek haksız tescillere gerekse tecavüzlere karşı hak sahiplerinin harekete geçmesi bir seçim değil, adeta bir zorunluluktur. Aksi takdirde gerçek hak sahibi, geç müdahale nedeniyle, aslında haklı olduğu davasını kaybedebilecektir.

9. TAKLİT VE KORSANLA MÜCADELEDE GÜMRÜK UYGULAMALARI

a) Gümrüklerde İzleme Prosedürü

Türk hukukunda fikri mülkiyet ihlallerinin sadece ülke içinde değil, gümrük bölgelerinde de tespiti, önlenmesi ve durdurulması mümkündür. Bu korumadan yararlanmak isteyen hak sahipleri, Gümrükler Genel Müdürlüğüne başvurarak, ilgili hakkın kayda geçirilmesini ve söz konusu hakkı ihlal eden taklit veya korsan ürünlerin gümrüklerde izlenmesini talep edebilir.

Başvuruyu doğrudan hak sahibi ya da vekilleri yapabilir. Başvuru, bir başvuru formu ve ekinde başvuru yapanın hak sahibi olduğunu gösterir belgelerle (marka ya da tasarım tescil belgesi kopyaları gibi) birlikte Genel Müdürlüğe sunulur. Vekil aracılığı ile yapılacak başvurularda noter onaylı vekâletname de sunulmalıdır.

Hak sahibi tarafından yapılan başvuru, Genel Müdürlük tarafından ön incelemeye alınır, herhangi bir eksiklik yoksa izleme süreci başlatılır ve durum başvuru sahibine bildirilir. Genel Müdürlük, yapılan başvuruları ön incelemenin ardından genellikle kabul ederken, bazı başvuruların kabulü için mevzuatta öngörülme-yen ek bilgi ve belgeler de talep edebilmektedir.

Her bir fikri mülkiyet hakkının izlenmesi için ayrı bir başvuru yapmak gerekir. Örneğin hak sahibinin Türkiye’de birden fazla tescilli markası varsa, her bir marka için ayrı bir başvuru yapılmalıdır. Bununla birlikte seri niteliğindeki marka ya da çoklu tasarımlar için tek bir başvuru da yapılabilir. Başvuru sonucunda başlatılan izleme bir yıl boyunca devam eder ve izlemenin sürmesi için başvurunun her yıl yenilenmesi gerekmektedir.

Başvurunun ardından başvuruya konu hakkı ihlal eden herhangi bir ürünün gümrüklerde tespiti halinde, Gümrükler Genel Müdürlüğü ilgili ürünlere el koyar ve hak sahibine gerekli hukuki süreci başlatması için bildirimde bulunur. Bu bildirimin ardından hak sahibinin yasal süre içerisinde ihlal hakkında dava açması ve ayrıca yakalanan ürünlere yargılama sonuna kadar el konulması için ihtiyati tedbir kararı alması gerekir. Yasal süre içinde, gerekli dava açılmaz ve mahkemeden yakalanan ürünlere el konulmasını emreden ihtiyati tedbir kararı alınarak Gümrükler Genel Müdürlüğüne sunulmaz ise Genel Müdürlük geçici olarak el koyduğu ürünleri serbest bırakır.

Dolayısıyla gümrüklerde izleme ile elde edilmek istenen amaca ulaşılabilmesi, gümrük idaresine yapılacak başvurunun ardından açılacak dava ve alınacak tedbir kararına bağlıdır. Hak sahibinin süresi içinde gerekli davayı açması durumunda, mahkemeler genellikle yakalanan ürünlere el konulması yönünde tedbir kararı vermektedir. Bu sebeple, hak sahibinin üzerine düşen hukuki yollara başvurması durumunda, hakkının yeterli ölçüde korunduğunu söyleyebiliriz.

b) Serbest Bölgeler

Serbest bölgeler, bulundukları ülkenin siyasi sınırları içinde kalan fakat dış ticaret, vergi ve gümrük mevzuatı açısından gümrük hattı dışında sayılan bölgelerdir. Serbest bölgelerde sınaî ve ticari faaliyetler için ülke içinde sağlanandan daha geniş muafiyet ve teşvikler tanınır. Yani serbest bölgeler sadece vergi, resim ve harç gibi mali yükümlülükler bakımından ülke dışı kabul edilmiştir.

Kambiyo rejimi ile Serbest Bölgeler Kanunu m. 12'de sayılan mevzuat hükümleri bir tarafa bırakılırsa, serbest bölgelerde Türk kanunları uygulanmaktadır. Buna fikri mülkiyet mevzuatı da dâhildir. Nitekim mevzuata göre, fikri mülkiyet hakları ser-

best bölgelerde de korunur. Bununla birlikte serbest bölgeler 2004 yılına kadar Yargıtay kararları ile fikri mülkiyet hakları bakımından koruma kapsamı dışında tutulmuştur. Yargıtay, serbest bölgeye yapılan ithalatın, Türkiye’ye ithalat şeklinde nitelendirilemeyeceği görüşünde idi. Dolayısıyla ülkesellik ilkesi gereği serbest bölgelerdeki hak ihlallerinin Türk mahkemelerince yargılanamayacağını benimsemişti. Bu görüş fikri mülkiyetin etkin bir şekilde korunması gerektiği düşüncesine aykırı olduğu gibi, mevzuata da uygun değildi.

Kanaatimizce serbest bölgeler sadece vergi, resim ve harç gibi mali yükümlülükler bakımından ülke dışı kabul edilmiştir. Diğer bir deyişle, ihracat ve ithalat rejimi bakımından getirilen düzenlemelere dayanarak Yargıtay’ın bu bölgeleri ülke dışı kabul eden uygulaması isabetli değildi. Nitekim Yargıtay sonradan bu görüşünü değiştirerek 2004 yılından itibaren serbest bölge alanlarını da ülke içi kabul etmeye başlamıştır. Netice olarak bugün Yargıtay da serbest bölgelerde gerçekleşen hak ihlallerinin ülke içinde gerçekleşmiş sayılacağı görüşündedir.

c) Transit Geçiş

Marka KHK’ya göre markalı ürünleri, marka sahibinin izni olmaksızın satmak, dağıtmak veya başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak marka hakkına tecavüzdür.

ATAD’ın 2006 tarihli Diesel Kararı ile ne kadar uyumlu olduğu tartışılabilirse de, izinsiz kullanıma konu malların transit geçişinin markaya tecavüz oluşturacağı, gerek öğretide gerekse içtihat hukukunda kabul edilmektedir. Örneğin bu hususta Yargıtay’ın 2004 tarihli Leon kararına konu olayda; “Leon” marka adı ile gümrükte beyan edilen ve Türkiye’ye sokulmak istenilen sigaraların dünyaca tanınmış “M. ve M. Light” marka-

larının taklidi ve sahtesi olduğunun saptanması üzerine gümrük idaresince bu sigaralara el konularak, marka sahibi tarafından tecavüz davası açılmıştır. Davalı ise, mal sahibi veya temsilcisi olmadığını, sadece limana gelen mal ve konteynerlerin talimata uygun taşınmasından sorumlu olduğunu, dava konusu sigara yünün yurtiçinde piyasaya sürülmeden transit olarak yurtdışına gönderilmek üzere işlem yapıldığını belirterek davanın reddini istemiştir. Bu savunmalara rağmen dava kabul edilerek transit geçiş konu malların marka hakkına tecavüz teşkil ettiğine hükmedilmiştir.

Diğer yandan Yargıtay transit geçiş ilişkili birçok kararında, tecavüzün durdurulması ile birlikte talep halinde tazminata da hükmedileceği görüşündedir. Tazminatın tespiti için fiili zararın ispatı aranmadığı gibi, transit bölgede ele geçirilen malların Türk piyasasına sürülmesi de gerekmemektedir. Yargıtay bu durumda her ne kadar mallar piyasaya sürülmemiş olsa da zararın oluştuğu faraziyesinden hareket etmekte ve fiili zarar tespit edilemese dahi hâkim tarafından somut olayın özelliklerine göre tazminat miktarının takdir edileceği görüşündedir.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKU

1. GENEL OLARAK

Osmanlı döneminde yürürlükte olan 1872 tarihli Alameti Farika Nizamnamesi Türk marka hukukuna ilişkin ilk düzenlemedir. Nizamname Cumhuriyetin ilk yıllarında da uygulanmış ve daha sonra yerini 1965 tarihli Markalar Kanununa bırakmıştır. Markalar Kanunu Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar ve özellikle İsviçre'de o dönem yürürlükte bulunan mevzuat esas alınarak hazırlanmıştır.

Türkiye'nin markaya ilişkin uluslararası anlaşmalara üye olmasıyla Markalar Kanununda ciddi değişiklikler yapılması ihtiyaç haline gelmiştir. Kanunun uygulamada beliren sorunların çözümünde yeterli olmaması ve AB'ye uyum süreci de değişiklik ihtiyacını arttırmıştır. AB'ye uyum sürecinde verilen taahhütler gereğince kanun değişikliği için belirli bir süre hedeflenmiş, ancak gerekli değişiklikler bu sürede tamamlanamamıştır. Hedeflenen sürede taahhüt edilen revizyonu yapmakta ısrarlı olan hükümet ise, kanunla düzenlenmesi planlanan hususları bir KHK ile

düzenlemiş ve bir gecede Markalar Kanununu yürürlükten kaldırarak Marka KHK'yı 1995 yılında yürürlüğe sokmuştur. Marka KHK, Türk marka mevzuatının temelini teşkil etmektedir.

Türkiye markalara ilişkin pek çok uluslararası sözleşmenin de tarafıdır. Bunların başlıcaları Paris Konvansiyonu, TRIPS, Madrid Protokolü, Nice ve TLT'dir.

Marka KHK, ilgili uluslararası düzenlemelerle esas itibarıyla uyumlu olmasına rağmen, kanun niteliğinde olmaması sebebiyle ağır eleştiriler almaktadır. Bu yönüyle ilk günden beri eleştirilen Marka KHK'nın, üstelik de bu sebeple Anayasa Mahkemesi tarafından kısmen iptal edilmiş olmasına rağmen, halen yürürlükte olması ciddi sorunlara yol açmaktadır. Marka KHK'yı yürürlükten kaldıracak yeni bir Marka Kanunu Tasarısı üzerinde çalışılmaktadır. Ancak yakın gelecekte bu Tasarının yasalaşması beklenmemektedir.

Diğer yandan, sorun sadece mevzuat altyapısı ile sınırlı değildir. Mevzuatın uygulanması aşamasında da ciddi sorunlar yaşanmaktadır. Marka hukukuna ilişkin temel prensipler Marka KHK'da düzenlenişe de pek çoğu, uygulamada Yargıtay kararları ile farklı yönde şekillenmiştir. Zira Yargıtay'ın benimsediği yaklaşım, pek çok noktada mevzuattan ayrılmaktadır. Örneğin Marka KHK'nın 7/i maddesi, Paris Konvansiyonunun 1. mükerrer 6. maddesine göre yurtdışında tanınmış olan markaların, Türkiye'de tescilli olmasalar dahi, burada da tanınmış marka olarak korunmalarını öngörür. Mevzuatta öngörülen bu koruma aynı ve benzer ürün ve hizmetlerle sınırlıdır. Ancak pek çok olayda Yargıtay, bu markaların Türkiye'de farklı ürün ve hizmetler için de korunmasına karar vermiştir. Uygulama ve mevzuat arasında ortaya çıkan bu ve benzeri farklılıklar, hukukun öngörülebilir olmasını zorlaştırmaktadır. Zira herhangi bir konuda öngörülebilir bulunabilmek için Yargıtay'ın o husustaki görüşünün

yerleşmesini beklemek adeta zorunlu hale gelmiştir. Üstelik Yargıtay tarafından benimsenen pek çok temel görüş zamanla değişmekte ve hatta aynı dönemde farklı yönde kararlar verilebilmektedir. Bugün aynı konuda birbirinin aksi yönde gerekçe ve hükümler içeren çok sayıda Yargıtay kararı, uygulamacıların ve hak sahiplerinin işini zorlaştırmaktadır.

Türk marka tescil sistemine baktığımızda da mevzuat ve uygulama arasındaki önemli farklılıklar dikkat çekmektedir. Mevzuat hükümlerinin bu kez TPE tarafından farklı yorumlanması, yine öngörülebilirliği ortadan kaldırmaktadır. Örneğin Marka KHK madde 8/b, önceki tarihli bir başvuru ya da tescile konu marka ile aynı veya benzer bir marka için yapılan başvurunun, aynı ya da benzer ürünler ve hizmetler için reddini emretmektedir. Oysa TPE bu maddeye dayandığı kararlarında, sonraki başvuruyu sadece “aynı” ürünler ya da hizmetler için reddetmektedir. Yargı kararlarına benzer şekilde, TPE kararlarının birbiriyle çelişmesi de bir diğer sorundur. Bir itiraz dosyasında, itiraz sahibinin dayanak markasının “tanınmış marka” olduğu kabul edilip, bu yönde gerekçe oluşturulurken, kısa süre sonra bir başka itirazda aynı dayanak markanın bu kez tanınmış olmadığına karar verilebilmektedir. Bu ve benzeri çelişkilerin TPE’deki marka uzmanlarının farklı kişisel görüşlere sahip olması ile açıklanması da sorunun vahametini arttırmaktadır. Tüm bunlara rağmen TPE’nin altyapısı ve uygulamasının son yıllarda önemli gelişmeler kaydettiğini de söylemek gerekir.

Bu çalışmada bir taraftan Türk marka hukukunda benimsenen temel ilkelere ve bu ilkelerin uygulamada Yargıtay ve doktrin tarafından nasıl yorumlandığına yer verilmiş, diğer taraftan önemli gelişmelere ve güncel sorunlara temas edilmiştir. Dolayısıyla ele alınan konular birbirinden bağımsız görünmekle birlikte, temelde Türk marka hukukunda yaşanan güncel gelişmelere ve sorunlara ilişkin olmaları sebebiyle bir araya getirilmişlerdir.

2. MARKA HAKKININ KAZANILMASI VE GERÇEK HAK SAHİPLİĞİ İLKESİ

Türk hukukunda marka hakkı iki şekilde kazanılabilir. İlk olarak, daha önceden kullanılmamış bir marka seçilerek tescil ettirilir. Bu ihtimalde yapılan tescil, marka hakkının kazılması için kurucu niteliktedir. İkinci ihtimalde ise marka üzerindeki hak, o markayı ilk kez kullanan ve piyasada maruf hale getiren kişiye ait olur. Bu kişi doktrinde “gerçek hak sahibi” olarak adlandırılır. Burada marka hakkı tescilden önce doğmuştur ve sonradan sicile yapılan tescil açıklayıcı niteliktedir. Tescilsiz markadan kasıt, sicile kaydedilmemekle birlikte fiilen markasal anlamda kullanılan işarettir.

Tescil yoluyla kazanılan marka hakkı, sahibine şarta bağlı bir hak sağlar. Markanın gerçek sahibinin bir başkası olması durumunda, gerçek hak sahibi dava açana ve markayı kendi adına tescil ettirene kadar, tescilden doğan marka hakkı devam eder.

Uygulamada üçüncü kişinin esasen bir başkasına ait markayı, kendi adına tescil ettirmesine sıkça rastlanır. Tescili yaptıran üçüncü kişi kimi zaman bilinçsizce hareket etse de genelde kötü niyetlidir. Bu durumu bertaraf etmek adına, Marka KHK markanın gerçek hak sahibine, bu markanın başkası adına tesciline itiraz etme hakkı verir (m. 8/3). İtiraz imkânı, tescilsiz markanın aynısının yanı sıra, iltibas düzeyindeki benzerleri için de tanınmıştır. İtiraz edenin, o markanın gerçek sahibi olduğunu gösteren delilleri de TPE’ye sunması gerekmektedir. İtirazın kabul edilmemesi halinde itiraz eden, ret kararının iptali için dava açabilir.

Ancak çoğu zaman gerçek hak sahibinin, markasının tescili için üçüncü bir kişi tarafından başvuru yapıldığından haberi olmamaktadır. Dolayısıyla da söz konusu başvuruya karşı ilan süresi içinde itiraz etme fırsatı da ortadan kalkar. Bu nedenle de markanın üçüncü kişi adına tesciline karar verilir. Bu ihtimalde

de Marka KHK gerçek hak sahibini korumak üzere, söz konusu tescilin iptali için hükümsüzlük davası açılmasına imkân vermiştir (m. 42). Hükümsüzlük davasının, markanın tescilinden itibaren beş yıl içinde açılması gerekir. Ancak tescil sahibi üçüncü kişinin, kötü niyetli olduğu hallerde davanın açılması süreye tabi değildir.

Gerçek hak sahipliği ilkesinin hangi şartlarda uygulanabileceği gerek öğretide gerekse içtihat hukukunda ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur. Şöyle ki;

Öncelikle, gerçek hak sahibinin markasıyla, üçüncü kişiye ait başvuru ya da tescile konu marka arasında aynıyet ya da benzerlik ve iltibas tehlikesi bulunmalıdır.

İkinci olarak, gerçek hak sahibi markayı, üçüncü kişinin başvurusu veya varsa rüçhan tarihinden önce kullanmaya başlamış olmalıdır.

Kullanımın Türkiye’de gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği Yargıtay kararlarına konu olmuştur. Yargıtay, 1999 tarihli bir kararında, tescilsiz markalara sağlanan korumanın sadece Türkiye’de fiilen kullanılan ve maruf hale getirilen markalara ilişkin olmadığı, Türkiye’nin tarafı olduğu milletlerarası anlaşmalara üye devletlerde tescil edilen, kullanılan ve fakat henüz Türkiye’de tescil edilmemiş markaların da korunması gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay bunun için yabancı markanın tanınmış marka olmasını da aramıştır. Buna karşılık Yargıtay, 2000 tarihli bir kararında, ülkesellik ilkesine atıfta bulunmuş ve marka üzerinde gerçek hak sahipliği iddiasında bulunulabilmesi için o markanın Türkiye’de kullanılmasını aramıştır. Yargıtay’ın sonraki kararları da bu yöndedir.

Üçüncü olarak, gerçek hak sahibinin kullanımı “markasal kullanım” olmalıdır. Yargıtay 2002 tarihli bir kararında, tescilsiz işaretin ticaret sırasında marka hukukuna özgü bir şekilde kullanılması gerektiğini ifade etmiştir.

Dördüncü olarak, konu hakkındaki başka bir tartışma da gerçek hak sahipliğinde marufiyet-bilinirlik şartının aranıp aranmayacağıdır. Marka KHK'dan önce yürürlükte olan Markalar Kanununda, gerçek hak sahipliği ilkesinin uygulanabilmesi için, markanın gerçek sahibi tarafından, üçüncü kişinin başvuru tarihinden önce kullanılmış ve piyasada maruf-bilinir hale getirilmiş olması şartları aranıyordu. Bilinirlikten söz edebilmek için markanın tanınmışlık düzeyinde olmasa da, belirli bir bilinirlik seviyesine ulaşması bekleniyordu. Bununla birlikte Marka KHK'da, marufiyet şartına açıkça yer verilmemiştir. Yargıtay bu konuda farklı kararlar vermektedir. 1999 tarihli bir kararda, *“marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı yaratan, kullanan ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir.”* denilerek marufiyet şartı aranmıştır. 2002 tarihli bir Yargıtay kararı ise aksi yöndedir. Yargıtay sonraki kararlarında da farklı yönde görüş belirtmeye devam etmiştir. Ancak öğretide, genellikle marufiyet şartının aranması gerektiği kabul edilmektedir.

Marufiyetin ölçüsü de tartışma konusudur. Öğretide gerçek hak sahipliğinin kabulü için, o markanın üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetin alıcısı tarafından tanınmaya başlanmış olması, belirli bir yer, bölge veya piyasada bilinmesi gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla marufiyetin, tanınmışlık düzeyine ulaşmayan bir bilinirlik olduğu söylenebilir.

Bir diğer sorun da markayı haksız yere kendi adına tescil ettiren kimsenin, söz konusu tescilden doğan haklarını gerçek hak sahibine karşı kullanmaya kalkmasıdır. Markayı tescil ettiren üçüncü kişilerin, gerçek hak sahibinin söz konusu marka ile Türkiye piyasasına girmesine engel olduklarına sıkça şahit olunmaktadır. Zira hukuki açıdan, tescil devam ettiği sürece marka, tescil sahibine aittir. Tescil sahibi, gerçek hak sahibi de dahil olmak üzere, üçüncü kişilerin markayı kullanmalarına engel olabilir. Ancak Yargıtay 2001 tarihli bir kararında, tescil sahibinin, gerçek

hak sahibini markasını kullanmaktan men edemeyeceğini ifade etmiştir. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları doğrultusunda gerçek hak sahibi, haksız tescil sahibi tarafından engellenmeye kalkılması durumunda, mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir talep edebilir ve söz konusu haksız tescilden doğan hakların kendisine karşı kullanılmasının engellenmesini isteyebilir. Yeterli delillerin mahkemeye sunulması halinde mahkemeler genellikle bu talepleri kabul etmektedir.

Sonuç olarak, kötü niyetli kimseler başkasına ait markaları tescil ettirerek, gerçek hak sahibi tarafından markaya yapılan yatırımdan ve elde edilen tanınmışlıktan faydalanmak istemektedir. Bu sebeple gerçek hak sahipliği ilkesi, markasını Türkiye'de henüz tescil ettirmemiş kimselerin üçüncü kişiler karşısında korunmasını sağlayan çok önemli bir hukuki araçtır.

3. MARKADA TEKLİK İLKESİ

Markada teklik ilkesi uyarınca bir markanın aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak ancak bir tek sahibi olabilir. Dolayısıyla tescilli bir markaya aynı veya iltibas düzeyinde benzer olan işaretin, aynı veya benzer mal ve hizmetler bakımından bir başkası adına tescili mümkün değildir.

Marka tescilinde teklik ilkesi Marka KHK'nın birden fazla maddesinde yer bulmuş olup, bu ilke Yargıtay'a göre kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir. Yasa koyucu söz konusu ilkeyi benimseyerek, markanın menşe bildirme fonksiyonunu korumayı ve tüketicilerin marka ve/veya marka sahibi hakkında yanılgıya düşmesine engel olmayı amaçlamıştır.

Söz konusu ilke gereği, Türk tescil sisteminde izin belgesi (*letter of consent*) uygulaması kabul edilmemiştir. Yani önceki ta-

rihli aynı ya da benzer marka tescilinin/başvurusunun sahibi, yazılı olarak izin verse dahi, sonraki tarihli aynı ya da benzer markanın aynı ya da benzer mal veya hizmetler için tesciline izin verilmez. Diğer yandan, bir markanın kısmen devrinde ya da seri markalardan bir kısmının devrinde de markada teklik ilkesinden doğan engeller söz konusudur. Bilindiği üzere bir markanın sınıf bazında kısmen devri veya seri markalardan sadece birkaçının devredilmesi mümkündür. Ancak bu ilke uyarınca, bir markanın aynı ya da benzer mal veya hizmetlerden bir kısmı için devrine izin verilmez. Örneğin ayçiçeği yağı, mısırözü yağı, tereyağı ve şekerlemeler üzerinde tescilli olan X markasının, mısırözü yağı için kısmen devri mümkün değildir. Ancak şekerlemeler bakımından kısmen devredilebilir. Aynı şekilde aynı ya da benzer mallar veya hizmetleri kapsayan seri markalardan bir kısmının devrine de izin verilmez. Örneğin hepsi iç giyim eşyaları üzerinde tescilli olan X MAN, X WOMEN, X KIDS, X PREMIUM markalarından bir kısmının devri mümkün değildir.

Yargıtay da markada teklik ilkesini yaygın olarak uygulamaktadır. Yargıtay’ın 2004 tarihli QUARTZ, 2006 tarihli J-MOTION ve 2007 tarihli SUN PET kararlarında ilke dikkate almıştır.

Fakat Yargıtay son zamanlarda “markanın kullanımının taraflar yararına kazanılmış hak oluşturmaması” ve “sessiz kalma nedeniyle hak kaybı” gibi sebeplerle bu ilkeyi yumuşatmıştır. Nitekim Yargıtay 2008 tarihli bir kararında davalıya ait ECE TOFF ve ECE LADY marka tescillerinin hükümsüzlüğü davasında, her iki tarafın da ECE asli unsuru üzerinde kazanılmış hakkı olduğunu kabul etmiştir. Buna gerekçe olarak da davalının ECE ibaresini, markaları içinde hem tescilden önce hem de tescilden sonra kullandığını ve bu kullanıma, dava konusu markalarında da yer vererek bir marka serisi oluşturduğunu göstermiştir. Dolayısıyla davalı tarafından özgün yazım ve biçimi ile kullanılan ECE marka serisinin, davacı markasına iltibas yaratmayacağına

karar vermiştir. Böylece her iki tarafın da ECE markasını kullanmasına müsaade edilmiştir.

Yine 2008 tarihli ÜLKER DONUT kararında Yargıtay, ÜLKER markası gerekçe gösterilerek marka başvurusu reddedilen davacı firmanın da ÜLKER markası üzerinde kazanılmış hakkı olduğunu ve her iki tarafın da hak sahibi olduğu, ÜLKER esas unsurlu markalar arasında iltibas tehlikesi olmadığından hareketle taraflara ait markaların birlikte var olmasına izin vermiştir.

Yargıtay ayrıca 2004 tarihli DİRGENLİ kararında, davalının tescilli markasında yer alan logonun, davacı markası ile iltibas yarattığını tespit ettikten sonra, davacının uzun yıllar sessiz kalarak davalı marka tescili aleyhinde hükümsüzlük davası açma hakkını kaybettiğine hükmetmiştir. Böylece her iki tarafın da aynı markayı kullanmasına izin verilmiştir.

Yine 2006 tarihli bir diğer Yargıtay kararında davalının ÇİFT-LİK kelimesini, markanın esas unsuru olarak kullandığını ve davacının, bu kullanıma uzun süre sessiz kaldıktan sonra açtığı hükümsüzlük davasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağına karar vermiştir. 2007 tarihinde verdiği bir diğer kararında da Yargıtay, uyumsuzlığa konu markanın davalıca 14 yıldır kullanıldığını, uzun süre sonra açılan davanın yerinde olmadığını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda markada teklik ilkesi kabul edilmiş olup, bu ilke “sessiz kalma nedeniyle hak kaybı” ve “markanın taraflar yararına kazanılmış hak” oluşturması gibi sebeplerle Yargıtay tarafından verilen kararlarla yumuşatılmıştır.

4. “KÖTÜ NİYET” KAVRAMI VE TÜRK MARKA HUKUKUNDAKİ YERİ

Marka hukuku bakımından “kötü niyet” iki farklı şekilde ortaya çıkabilir:

İlk ihtimalde, markanın kullanımında kötü niyet olabilir. Örneğin kişi tescilli markasını, sırf rakibinin markası ile iltibas yaratmak amacıyla, tescil edildiğinden farklı biçimde kullanır ya da üçüncü bir kişi başkasına ait markayı haksız kazanç sağlamak amacıyla izinsiz olarak kullanmaktadır.

İkinci ihtimalde ise, daha marka tescil edilirken kötü niyetle hareket edilebilir. Burada kişi aslında üçüncü bir kişiye ait olduğunu bildiği markayı, kendi adına aynen ya da çok benzer şekilde tescil ettirmek üzere başvuruda bulunur. Başvuru sahibinin amacı, gerçekte üzerinde hiçbir hakka sahip bulunmadığı markanın aynısını ya da iltibasa yol açacak düzeydeki benzerini tescil ettirir.

Uygulamada, özellikle Türkiye’de tescil edilmemiş ve fakat yüksek ekonomik değer arz eden yabancı menşeli markaların, yerli firmalar tarafından TPE nezdinde kötü niyetle tescil ettirilmesi ciddi sorunlara yol açmaktadır.

İlana çıkmış bir marka başvurusunun tesciline “kötü niyet” gerekçesiyle ilgili herkes itiraz edebilir (Marka KHK m. 35). Söz konusu hükmün verdiği yetkiye dayanarak, bugüne kadar TPE tarafından ilanına karar verilen pek çok marka başvurusuna, bu gerekçeyle itiraz edilmiştir. TPE bu itirazlar karşısında başka bir sebebe ihtiyaç duymaksızın, pek çok marka başvurusunu “kötü niyetle yapıldığı gerekçesiyle” reddetmiştir. Örneğin, yurtdışında tescilli olan ve yüksek ekonomik değere sahip, fakat (başvuru tarihinde) Türkiye’de tescilli olmadığı gibi, kullanımı da bulunmayan UGG markası için yerli bir firma tarafından 2004 tarihinde yapılan başvuru, gerçek marka sahibinin yaptığı itiraz üzerine TPE tarafından kötü niyet gerekçesiyle reddedilmiştir.

Marka KHK'nın 35. maddesine göre kötü niyete dayalı yapılan itirazlarda, başvuru sahibinin kötü niyetini kesin olarak ispat etme zorunluluğu bulunmamaktadır. İtiraz sahibinin sunduğu delillerle, başvurunun kötü niyetle yapıldığını gerçeğe yakın bir şekilde ortaya koyması yeterlidir. Başka bir deyişle, başvuru sahibinin, söz konusu markanın aslında itiraz sahibine ait olduğunu bildiği, hatta bilmesi gerektiği halde, kendi adına tescil ettirmeye çalıştığını ortaya koyması gerekli ve yeterlidir. Örneğin, başvuruya konu olan ve yurtdışında pek çok ülkede aynı ürünler için tescilli olan ve kullanılan markada geçen özgün/fantezi kelimenin Türkiye'deki başvuru sahibi tarafından da tesadüfen aynı sektördeki ürünler için marka olarak tercih edilmesi gerçekçi değildir. Yine başvuru sahibinin başkasına ait bir marka içerisindeki kelime ve şekil unsurunu, aynen ya da çok benzer bir şekilde bir araya getirmesi genellikle rastlantısal olamaz. Tüm bunlar kötü niyetin göstergesi olarak kabul edilir. Başvuru sahibinin, o markayı taşıyan ürünlerin alıcısı olması, dolayısıyla markadan ve marka sahibinden haberdar olması halinde de kötü niyet açıktır. İtiraz sahibi, başvuru sahibinin kötü niyetini böyle inandırıcı gerekçelerle ortaya koyabildiği takdirde, başkaca bir ispata gerek kalmaksızın, başvuru reddedilmektedir.

Kötü niyet gerekçesi, 2008 yılına kadar yukarıda anlatılan çerçevede itiraz aşamasında ve (itirazın reddi ihtimalinde) ret kararlarına karşı TPE aleyhinde açılan iptal davalarında dikkate alınabiliyordu. Başka bir deyişle, kötü niyete dayalı başvuruyu ilan aşamasında fark ederek itiraz edemeyen gerçek marka sahibi, daha sonra kötü niyet gerekçesine dayanarak bir talepte bulunamıyordu. Zira marka tesciline karşı açılan hükümsüzlük davalarında dayanılabilecek gerekçeleri sınırlı sayı ile belirten KHK'nın 42. maddesi "kötü niyeti" kapsamamaktadır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, RG 512 ibareli markaya ilişkin verdiği 2008 tarihli bir kararında 42. maddenin geniş yorumlan-

ması gerektiğine, dolayısıyla “kötü niyetin”, itiraz aşamasında ve karar iptali davalarında olduğu gibi, hükümsüzlük davalarında da dikkate alınması gerektiğine hükmetti. Karar uyarınca kötü niyetin, artık hükümsüzlük davalarında da tek başına gerekçe olarak ileri sürülmesi mümkündür.

Diğer yandan, 42. maddeye göre hükümsüzlük davaları; markanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde açılabilirken, kötü niyetli bir tescil halinde süre sınırı yoktur.

Bilindiği üzere marka koruması, kural olarak tescile konu mal ve hizmetlerle sınırlıdır. Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu kararına göre, kötü niyetli tescillerde, gerçek marka sahibinin marka korumasının dışında kalan mal ve hizmetler için de kötü niyetle tescil edilen markanın hükümsüzlüğü talep edilebilir.

Sonuç olarak, bugün itibarıyla Türk marka hukukunun, kötü niyete hiçbir şekilde taviz vermediğini ve gerek idari aşamada gerekse dava aşamasında gerçek marka sahibini “kötü niyetli” tesciller karşısında tam olarak koruduğu söylenebilir. Önceki tarihli tescil veya başvurular, tanınmışlık ve gerçek hak sahipliği gibi diğer gerekçelere dayanma imkânı bulunmayan durumlarda, kötü niyet argümanı hayati önem arz etmektedir.

5. TANINMIŞ MARKALAR

Kullanımda olan her marka az ya da çok bilinir. Bazı markalar için bu bilinirlik çok dar bir çevre ile sınırlıyken, bazıları daha geniş kitlelerce tanınır. Bazı markalar ise dünya çapında tanınmıştır. Dolayısıyla “tanınmışlık” aslında tüm markalar için var olan bir durumdur. Peki, marka hukukunda “tanınmış marka” kavramı aslında hangi markalar için kullanılmaktadır? Marka hukukunda tanınmış markalara ne gibi avantajlar sunulmaktadır?

Tanınmış marka konusu Marka KHK’da iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Aşağıda bu maddeler ile tanınmış markalara sağlanan özel koruma ve avantajlar anlatılacağı gibi, maddeler arasındaki farklılıklar ve uygulamadan da söz edilecektir. Ayrıca tanınmış markalar için TPE nezdinde tutulan özel sicile ve bu sicile kaydedilmenin avantajlarına da değinilecektir.

1. Paris Konvansiyonuna Göre Tanınmış Markalar

Marka KHK m. 7/1(i)’ye göre, Paris Konvansiyonunun 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış olan bir marka için, Türkiye’de marka sahibinden izinsiz yapılan tescil başvurusunun, TPE tarafından kendiliğinden (re’sen) reddedilmesi gerekmektedir. Buna göre, Konvansiyonun tanınmış marka tanımına uyan markalar, Türkiye’de de tanınmış marka olarak korunmaktadır.

Bu madde ile tanınmış markaya sağlanan koruma, aynı ve benzer ürün ve hizmetler ile sınırlıdır. Yani maddede tanınmış markanın tescilli olduğu ve/veya kullanıldığı ürünler ve hizmetlerle aynı ya da benzer ürün ve hizmetler için yapılan başvuruların re’sen reddi öngörülmüştür.

Marka KHK m. 7/1(i) ile sağlanan koruma, tanınmış markanın Türkiye’de tescilli olması ya da kullanılması şartına bağlanmamıştır. Dahası, markanın Türkiye’de tanınmış olması da zorunlu değildir. Paris Konvansiyonuna üye ülkelerde tanınmış olan bir marka, Türkiye’de de başka bir şart aranmaksızın tanınmış marka olarak korunur. Yargıtay’ın kararları da bu doğrultudadır. Yargıtay 2004 tarihli BLACK & DECKER kararında şu ifadeleri kullanmıştır: *“Esasen Dairemizce öteden beri, Paris Konvansiyonu tarafı olan bir ülkede tescilli tanınmış marka ve bu markayı taşıyan ürünlerin ülkemizde hiç tanınmamış olması halinde bile Konvansiyonun 1. mükerrer 6. maddesi uyarınca iç hukukta koruma göreceği benimsenmiş-*

tir”. 2000 tarihli ROCCO BAROCCO kararında da aynen şöyle denilmiştir: “*Dairemiz yerleşmiş uygulamasına göre, Türkiye’nin de taraf olduğu Paris Konvansiyonunun tarafı olan bir ülkede tescilli tanınmış marka ve bu markalı ürünler Türkiye’ye hiç getirilmemiş olsa dahi, sözü edilen Konvansiyonun 1. mükerrer 6. maddesi gereğince ülkemizde himaye görecektir.*” Kanaatimizce markanın, Türkiye’de kullanılmasının ya da tescilli olmasının aranmaması isabetli olmakla birlikte, tanınmışlığın Türkiye’de de aranması gerekir.

Düzenlemede markanın dünya çapında tanınmış olması da aranmaz. Paris Konvansiyonuna üye bir ya da birkaç ülkede tanınmış olan markalar dahi bu kapsamda korunmaktadır. Ayrıca markanın herkes tarafından tanınıyor olması da şart değildir. Toplumun ve hatta ilgili çevrenin geneli tarafından tanınan markalar da Marka KHK m. 7/1(i) ile getirilen korumadan yararlanır.

Anılan maddenin düzenlendiği şekilde uygulanması, yani TPE’nin tanınmış bir marka için üçüncü kişi tarafından yapılan başvuruyu re’sen reddetmesi pratikte mümkün değildir. Zira TPE başvuruya konu markanın tanınmış olup olmadığını kendiliğinden araştırılmaz ve tespit edemez. Bu sebeple anılan hükmün fiilen uygulanabilmesi, tanınmış marka sahibinin kendisinden izinsiz olarak yapılan başvuruya ilan süresi içerisinde itiraz etmesine bağlıdır. Örneğin 2005 yılında, yurtdışında tescilli ve tanınmış olmakla birlikte, Türkiye’de (o tarihte) tescilli olmayan ve tanınmayan BOTTEGA VENETA markası için üçüncü kişi tarafından yapılan başvuru, TPE tarafından ilana çıkarılmış ve asıl marka sahibinin itirazı üzerine madde 7/1(i) uyarınca reddedilmiştir.

Madde 7/1(i) sadece itiraz aşamasında değil, dava aşamasında da ileri sürülebilir. Üçüncü bir kimsenin tanınmış bir marka için izinsiz olarak yaptırdığı tescilin hükümsüzlüğü için açılan davada da bu maddeye dayanılabilir. Aynı şekilde tanınmış mar-

kayı izinsiz olarak kullanan kimseler aleyhinde açılacak davalarda da madde 7/1(i)'ye dayalı olarak marka tecavüzü iddiasında bulunulabilir ve kullanımın durdurulması talep edilebilir.

2. Çok Tanınmış Markalar

Marka KHK'nın 8/4. maddesi de tanınmış markalarla ilgilidir. Ancak bu ikinci düzenlemenin amacı ve kapsamı, ilkinden oldukça farklıdır. Bu farklılıklar şöyle özetlenebilir:

a) Madde 8/4, Türkiye'de tescilli ya da en azından tescili için başvurusu yapılmış olan tanınmış markalara ilişkindir. Yani Paris Konvansiyonunun 1. mükerrer 6. maddesine atıf yapan madde 7/1(i)'den farklı olarak, TPE'de tescili ya da başvurusu bulunmayan tanınmış markalar, bu madde ile sağlanan korumadan yararlanamaz. Bununla birlikte tanınmış markanın Türkiye'de kullanılıyor olması bu madde bakımından da zorunlu değildir.

b) Madde 7/1(i) ile tanınmış markalara, sadece aynı ya da benzer ürün ve hizmetler için koruma sağlanırken, madde 8/4 ile farklı ürün ve hizmetler için de koruma getirilmiştir.

c) Madde 8/4 ile korunan tanınmış marka, meşhur marka olarak da adlandırılan, “çok tanınmış” markadır. Dolayısıyla Paris Konvansiyonunun 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış olan her marka, bu madde kapsamında korunmayabilir. Burada aranan tanınırlık öyle bir düzeye ulaşmıştır ki, artık markanın aynısının ya da benzerinin, farklı ürün ve hizmetler için kullanılması dahi, tanınmış markanın itibarına ya da ayırt edici karakterine zarar verebilecek yahut onun üzerinden haksız kazanç sağlanmasına neden olabilecektir. Bir markanın bu kapsama girebilmesi için FERRARI, HILTON, ARMANI, BURGER KING markalarında olduğu gibi “dünya çapında” tanınmış marka olması şart değildir. Ancak tanınırlığın belirli bir düzeyin üzerinde olması gerekir. Markanın köklü bir geçmişe sahip

olması, uzun yıllardır çok sayıda ülkede istikrarlı biçimde kullanılıyor olması, pek çok ülkede tescilli bulunması, çok yüksek satış rakamları elde etmesi ve yüksek bütçeli reklâm kampanyaları ile tanıtılması, çok tanınmış marka olduğuna işaret eden önemli verilerdir.

d) Madde 8/4'te sağlanan korumanın, markanın Türkiye'de de tanınmış olmasına bağlı olup olmadığı ise tartışmalıdır. Yargıtay 2006 tarihli MAGGI kararında şu ifadeleri kullanmıştır: *"Yabancı veya yerli bir markanın, madde 8/4 hükmünden yararlanabilmesi için dünya çapında tanınması gerekmez. Bir kısım ülkelerde tanınması yeterlidir. Ayrıca bu markayı taşıyan ürünlerin Türkiye'de üretilmesi veya Türkiye'ye ithal edilmesi yahut Türkiye'de kullanılması da gerekmez. Ancak, bir markanın bu madde kapsamına sokulabilmesi için, onun Türkiye'de tanınması gerekir"*. Doktrinde de madde 8/4 kapsamındaki korumanın Türkiye'de tanınmış olan markaları kapsadığını savunanlar vardır. Ancak uygulamada aslında Türkiye'de hiçbir tanınmışlığı olmayan pek çok yabancı menşeli markanın, sırf yurtdışında sahip oldukları yüksek tanınmışlık dikkate alınarak, bu kapsamda korundukları görülmektedir. Yargıtay'ın da bu konudaki kararlarının çoğunda, Türkiye'de hiç ya da yeterli ölçüde tanınmayan, ancak yurtdışında çok tanınmış olan markaların, madde 8/4 kapsamında korunduğu görülmektedir. Esasen yukarıda değinilen 2006 tarihli Yargıtay kararının yerinde olduğu ve markanın Türkiye'de tanınmış olmasının aranması gerektiği kanaatindeyiz.

Belirtmek gerekir ki, madde 7/1(i) gibi, 8/4 de hem itiraz aşamasında hem de dava aşamasında ileri sürülebilir. Üçüncü bir kimsenin tanınmış bir markanın aynısı ya da benzeri için yaptığı başvuruya yapılan itirazda ya da tescile karşı açılan hükümsüzlük davasında bu maddeye dayanılabilir. Aynı şekilde tanınmış markayı izinsiz olarak kullanan kişiler aleyhinde açılacak davalarda da madde 8/4'e dayalı olarak marka tecavüzü iddiasında bulunulabilir ve kullanımın durdurulması talep edilebilir.

3. Tanınmış Markaların TPE'ye Kaydı

Yukarıda anlatıldığı üzere tanınmışlık hem itiraz hem de dava aşamalarında ileri sürülebilir. Ancak bunun için öncelikle itiraz eden ya da dava açan kimsenin, tanınmışlığı her bir itiraz ya da dava dosyasında ayrıca ispat etmesi gerekir. Dolayısıyla uygulamada tanınmışlığın ispatı, hem çok külfetli hem de maliyetli bir iştir.

İşte TPE tarafından tanınmış markalar için tutulan özel sicil, tanınmışlığın tekrar tekrar ispat külfetini ortadan kaldıran çok önemli bir araçtır. 5000 Sayılı Kanunun 13/d maddesi, TPE'ye bir markanın tanınmış olup olmadığını tespit etme ve tanınmış olduğunu tespit ettiği markaları özel bir sicile kaydetme yetkisi vermiştir. Bunun için Türkiye'de tescilli ya da başvuru aşamasında olan tanınmış marka sahibinin, TPE'ye tanınmışlık durumunun tespiti talebiyle başvurması gerekir. TPE tanınmışlık durumunu 18 farklı kriter üzerinden değerlendirmektedir. Bu 18 kriter, WIPO tarafından 1999 tarihinde belirlenmiş tanınmışlık kriterleri dikkate alınarak TPE tarafından tespit edilmiştir. Tanınmışlık başvurusunda, markanın bu kriterler ışığında tanınmış olduğu ortaya konulmalıdır. Verilen bilgileri ispat eden deliller de tespit talebiyle birlikte TPE'ye sunulmalıdır.

Tanınmışlık başvurusunun TPE tarafından kabul edilmesi durumunda, başvuruya konu marka tanınmış marka olarak kabul edilir ve özel bir numarayla tanınmış markalar siciline kaydedilir. Ayrıca marka sahibine tanınmışlığın tespit ve kabul edildiğini bildiren resmi bir yazı da verilir. Bu tespit herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın markanın tanınmışlığını ispata yarayan bir delildir. Marka sahibi bu tespit yazısını marka itiraz ve dava dosyalarına sunarak, başka bir delil sunmasına gerek kalmaksızın tanınmışlık durumunu ispat edebilir.

TPE, tanınmışlığın ispat edilemediğine karar vererek tanınmışlık başvurusunu reddedebilir. Bu durumda ret kararına kar-

şı TPE Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunda itiraz edilebilir. Kurul'dan da ret kararı çıkması durumunda başvuru sahibi, 2 ay içinde ret kararının iptali için Ankara ihtisas mahkemesinde dava açabilir.

Bugün TPE tarafından tutulan özel sicilde kayıtlı 400'ün üzerinde tanınmış marka vardır. Bunların arasında, ARMANI, SONY, CNN, YAHOO!, APPLE, POST-IT, FORD, FERRARI, MARRIOT, RED BULL, KINDER SURPRISE, MOBIL, MARSHALL, CHANEL gibi dünyaca tanınmış markalar ile birlikte, ROADSTAR, CINZANO, GIROORGIO AIRE ve GLASURIT gibi daha sınırlı bir tanınmışlığa sahip markalar da bulunmaktadır.

6. İLAÇ MARKALARI

Marka hukukuna ilişkin ilkeler kural olarak ilaç markaları bakımından da geçerlidir. Ancak sektörden, üründen ve tüketici kitlesinden kaynaklanan farklılıklar, bazı kuralların ilaç markaları bakımından daha esnek uygulanmasına neden olmaktadır. İlaç markalarını, diğer markalardan ayıran en önemli unsur, bilgilenmiş ve dikkat düzeyi yüksek tüketici kitlesidir. Bu fark, bir işaretin marka olabilmesi için aranan bazı nitelikleri, ilaç markaları bakımından yumuşatmıştır. Zira bilgilenmiş, tecrübeli tüketici kitlesi pek çok konuda sıradan insanlardan farklı bir tutum sergileyecektir.

Marka KHK'nın 7/1(c) maddesine göre *“ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar”* tescil edilemezler. Bu kural sıradan markalar için çok katı biçimde uygulanırken, ilaç markaları bakımından daha esnek davranılmaktadır.

İlaç markası belirlenirken ilacın etken maddesinin, Dünya Sağlık Örgütü tarafından kabul edilen adı (INN Kodu - International Nonproprietary Name) veya jenerik ismi ile karışmayacak ayırt edicilikte bir isim seçilmelidir. Yani bir ilacın etken maddesinin adı, o ilaç için marka olarak kullanılamaz. Bu sınırlama Marka KHK'nın 7/1(c) maddesine de uygundur. Ancak piyasadaki pek çok ilaç markası, etken madde adından türetilmiş olup, doğrudan etken maddeyi akla getirmektedir. Adenozin etken maddesinden üretilen ADENOSIN markalı ilaçta olduğu gibi. Sektördeki bir başka yaygın yöntem de markanın, ilacın tedavi ettiği hastalığı çağrıştıran kelimelerden seçilmesidir. Böylece marka, akla doğrudan ilgili hastalığı getirmektedir. Yani seçilen marka, ürünün amacı veya vasfıyla ilgilidir. Sivilce (acne) tedavisinde kullanılan ACNEGEN markalı ilaçta olduğu gibi. Doktrinde de ilacın INN kodunun ya da jenerik isminin marka olarak kullanılamayacağı, ancak bunlar üzerinden türetilen benzer kelimelerin marka olabileceği kabul edilmektedir.

Konu ilaç markaları olunca, markasal benzerlik ve iltibas kavramları da oldukça esnek yorumlanmaktadır. Marka KHK'nın 7/1(b) maddesi, önceki tarihli markalar ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markaların, aynı ya da aynı tür ürünler veya hizmetler üzerinde tescil edilemeyeceklerini belirtir. Madde 8/1(b) ise önceki tarihli bir marka ile aynı ya da benzer olan bir marka için yapılan ve aynı ya da benzer ürün ya da hizmetleri kapsayan başvuruların itiraz üzerine reddedilmesini gerektirir. Her iki düzenlemenin de amacı, markalar arasında benzerlik nedeniyle oluşabilecek iltibas tehlikesini ortadan kaldırmaktır. Bu kapsamda ilaç dışındaki sektörlerle ilişkin olan BOMBY - BOMBA, CASAMIA - CASA, SATENPER - SATEN, KALE KİMYA - KALE, ŞÖLEN - PINAR ŞÖLEN, NINO DİNAMİT - DİNAMİT markaları Yargıtay tarafından birbirlerine tescile engel teşkil edecek düzeyde benzer bulunmuştur.

İlaç markaları söz konusu olduğunda ise hem doktrinde hem de içtihatlarda çok daha esnek davranıldığı görülmektedir. Zira ilaç ve türevi ürünlerin asıl tüketicisinin ve hedef kitlesinin, bu ürünlerin son kullanıcısı olan sıradan insanlar olmadıkları düşünülmektedir. İlaç ve benzeri ürünlerin tüketicisi esasen bu ürünleri reçete eden doktorlar ve reçeteli ilaçların satışını yapan ecza depoları ve eczacılardır. Bu zincirdeki her bir halka, işinin uzmanı ve ilaçlarla ilgili en küçük farklılıkları dahi bilen ve bunlara dikkat eden kimselerdir. Çoğu zaman farklı bir şekil unsuru ya da kelimenin iltibas tehlikesini ortadan kaldırmayacağı kabul edilirken, ilaç markalarında bir iki harf farkının dahi iltibas önleyeceği benimsenmektedir. İşte bu hususları dikkate alan Yargıtay da, ilaç markalarına ilişkin içtihatlarında, sıradan markalara ilişkin görüşünü bir kenara bırakarak çok daha esnek davranmaktadır. Yargıtay, ilaçlar ve benzeri tıbbi ürünler için tescil edilmek istenen LIPIDİL – LIPIDROL, ETOL – ETOLE, MELOX – MELOS ve LIPIDEX – LIPITAX markalarının, bilinçli tüketici kitlesine hitap etmeleri sebebiyle, iltibasa yol açacak benzerlikte olmadıklarına karar vermiştir.

Kural olarak doktrinde ve içtihat hukukunda ilaç markaları için ayırt edicilik ve iltibas kavramları bakımından uygulanan bu esnekliğin yerinde olduğu kanaatindeyiz. Ancak bu esnekliğin tüm ilaç ve türevi ürünler bakımından uygulanması isabetli değildir. Zira bir kısım ilaçlar, reçetesiz olarak da satılabilirken, bazıları ise doğrudan son kullanıcıya hitap eden OTC (*over the counter*) grubunda yer almaktadır. Dolayısıyla bu ürünler bakımından sıradan insanlardan oluşan son kullanıcılar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

7. YENİ MARKA TÜRLERİ: RENK, KOKU, TAT VE SES MARKALARI İLE ÜÇ BOYUTLU MARKALAR

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla kişi adları dâhil, özellikle şekiller, sözcükler, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretlerdir (Marka KHK m. 5).

Görüldüğü üzere mevzuatta öncelikle marka tanımı yapılmış ve hangi işaretlerin marka olabileceği de örnekseme yoluyla sayılmıştır. Bu sayımda renkler, sesler, tatlar, kokular ve benzeri şekillere yer verilmemiştir. Ancak mevzuatta yapılan sayım sınırlayıcı değildir. Dolayısıyla marka olabilecek ayırt ediciliğe sahip ses, koku, tat ve benzeri işaretler de ifade edilebilir nitelikte olmaları koşuluyla marka olarak tescil edilebilir.

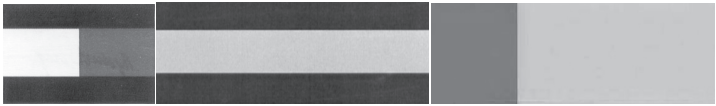
Hükümde ifade edilme yöntemleri; çizimle görüntülenebilme veya benzer biçime ifade edilebilme, baskı yoluyla yayımlanabilme ve çoğaltılabilmeye şeklinde sayılmıştır. Bu sayım da sınırlayıcı değildir. Bu sebeple, başka ifade yöntemleri de bu kapsama girebilir.

AB Marka Tüzüğünde de marka için benzer bir tanımlama yapılmıştır. Ayırt edici olması şartıyla çizimle ifade edilmeye elverişli her türlü işaretin Birlik Markası olabileceği belirtilmiştir (m. 4). Bugün Türkiye’de de TPE tarafından gerekli şartları taşıyan geleneksel olmayan markalar tescil edilmektedir. Aşağıda öne çıkan bazı marka türleri bakımından konu örnekler eşliğinde anlatılacaktır.

a) Renk Markaları

Türkiye’de renkler, ayırt edicilik ve ifade edilebilirlik şartlarını taşıması durumunda marka olarak kabul edilmektedir. Ancak ayırt edicilik meselesi renk markaları bakımından hâlâ önemli bir tartışma konusudur. Genel olarak, renk kombinasyonlarının ayırt edici niteliği kabul edilmekte ve kombinasyonlar diğer şartları taşıdığı sürece marka olarak korunmaktadır. Buna karşılık tek bir rengin ayırt edici olabileceği kabul edilmemekte ve marka olarak tesciline izin verilmemektedir. Örneğin, aşağıda görülen renk kombinasyonları TPE tarafından marka olarak tescil edilmişken, tek bir renkten ibaret markalar için yapılan pek çok başvuru reddedilmiştir;

Kullanım sonucu kazanılmış ayırt edicilik hususu ise tek renkten ibaret marka başvurularının reddinin istisnası niteliğindedir. Örneğin “effatun rengi” TPE tarafından Kraft adına, çikolatalar için marka olarak tescil edilmiştir. Bu tescilde söz konusu renk markasının ayırt ediciliği ile ilgili tüketici anketi, yani kullanım yoluyla elde edilen ayırt edicilik etkili olmuştur.



b) Ses Markaları

Ses markaları nota anahtarı üzerinde vuruşa, ritme ilişkin detaylara, notaları belirtir grafik gösterime sahip olmaları durumunda tescil edilebilir. Ancak bunun çizime veya notaya aktarılabilir olması ve dolayısıyla da ayırt edilebilirlik vasfına sahip olması gerekir. Şu ana kadar tescili yapılan ses markaları çoğunlukla notayla ifade edilebilen melodilerden veya müzik tonlarından, bazıları çok sesli partiyonlardan ve bazıları da tek düze orkestra müziğinden oluşmaktadır.

TPE de ses markalarının ifade edilebilirliği konusunda benzer bir yaklaşımı kabul etmiştir. Bu bağlamda TPE uygulamasında, nota anahtarı üzerinde detayları belirtilmiş ses markalarının tesciline izin verilmektedir. Örneğin, SIEMENS’in tanıtım melodisi, ALLIANZ Sigorta şirketine ait iki ayrı melodi, gaz işletmeciliği yapan AYGAZ’a ait ses markaları TPE tarafından tescil edilmiştir.

c) Koku ve Tat Markaları

Bugün için TPE tarafından tescil edilmiş bir koku veya tat markası yoksa da Türk hukukunda kokuların ve tatların marka olarak tescili imkânı reddedilmemiştir. Tescil bakımından, somut olayın özellikleri önemli olup, kokunun ve tadın grafik olarak tasvir ve temsil kabiliyeti ile ayırt ediciliğinin bulunması bir zorunluluktur. Ancak koku ve tat markalarında bu şartların sağlanması, ses ve renk markalarına göre daha güçtür. Zira önemli olan markanın, koku veya tat alma hissi harekete geçirilen her insan tarafından aynı şekilde algılanıyor ve hatırlanıyor olmasıdır. Bu ise oldukça güçtür.

Bu markalarda ifade edilebilirlik, kokunun ve tadın kimyasal formülleri aracılığı ile sağlanır. Bunun için kimyasal formülün, söz konusu kokunun ve tadın bileşimini tam olarak tanımlaması ve zaman içerisinde değişikliklerden etkilenmeksizin muhafaza edilebilir olması gerekir. Diğer yandan kimyasal formülle birlikte markaya konu koku veya tat örneğinin de TPE’ye başvuru aşamasında sunulması gerekir. Ancak bu örneklerin koruma süresince aynen muhafaza edilmesi oldukça güçtür. Yıllar içerisinde kokunun ya da tadın değişmesi, uçması veya sair şekillerde başkalaşması ihtimaline karşı, koku ve tat numunelerinin aynen olmak kaydıyla periyodik aralıklarla tescil otoritesine tekrar sunulması sorunu çözecektir.

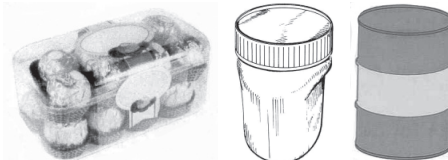
d) Üç Boyutlu Şekil Markaları

Esasen üç boyutlu şekillerin marka olabileceği uzun yıllardır kabul edilmektedir. Bu sebeple üç boyutlu şekilleri geleneksel olmayan markalardan saymak doğru değildir. Diğer yandan üç boyutlu şekilleri geleneksel bir marka türü olarak kabul etmek de mümkün değildir. Dolayısıyla konuya burada yer vermenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Marka KHK üç boyutlu şekillerin tesciline izin vermektedir. İfade edilebilirlik bakımından üç boyutlu şekillerin iki boyutlu (çizim, fotoğraf niteliğindeki) gösterimlerinin sunulması yeterlidir. Üç boyutlu markalara ilişkin yaygın olarak yaşanan sorun, ifade edilebilirlikle ilgili olmayıp, ayırt edicilik meselesidir. TPE'nin üç boyutlu şekil markalarına ilişkin ret kararlarının pek çoğu da ayırt edicilik gerekçesine dayanmaktadır. Örneğin 2006 yılında çikolata ve benzeri ürünler için başvurusu yapılan ve aşağıda görülen ürün ve ürün + ambalaj şekli markaları, TPE tarafından tescil edilebilir üç boyutlu şekil markaları olarak algılanmış ve fakat ayırt edici olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.



Diğer yandan TPE aşağıda görülen üç boyutlu şekil markalarının da reddine karar vermiş olmakla birlikte, söz konusu markalar TPE'nin ret kararları aleyhinde açılan davalar neticesinde mahkeme kararıyla tescil edilmiştir.



Bu noktada, mahkemelerin ayırt edicilik kavramını TPE'den çok daha geniş ve esnek yorumladıklarını söylemek gerekir. O kadar ki, OHİM'in reddettiği pek çok üç boyutlu marka başvurusu dahi Türkiye'de mahkeme kararları ile tescil edilmiştir/edilmektedir.

8. MARKA SUÇLARI

a) Genel Olarak

Marka hukuku 1995 tarihli Marka KHK ile düzenlenmiş, suç teşkil eden marka hakkı ihlalleri de KHK'nın 9 ve 61. maddelerinde tanımlanmıştır. Marka KHK'ya sonradan bir yasa hükmü ile eklenen 61/A maddesi ile de ilgili suç tiplerine ilişkin cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak söz konusu ek madde sadece cezai yaptırımları düzenlemiş, cezaya tabi suç tipleri, yasa ile eklenen hükümde yer almamıştır. Dolayısıyla ceza, ek kanun maddesiyle düzenlenmiş olsa da suç tipi bir hükümet tasarrufu olan KHK ile düzenlenmiş ve suçta kanunilik ilkesine aykırı hareket edilmiştir.

Var olan düzenlemenin suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla Ankara Fikri ve Sinaî Haklar Ceza Mahkemesi tarafından, 2005'te Anayasa Mahkemesine (AYM) başvurulmuş ve Marka KHK'nın suç ve cezaya ilişkin hükümlerinin iptali talep edilmiştir. Mahkemelerce AYM'ye yapılan başvurularda, ancak görülmekte olan bir davada dayanan hükümlerin iptali talep edilebilir. Dolayısıyla, bu somut başvuruda da ihtisas mahkemesi, iptal başvurusuna dayanak oluşturan davada dayanan hükümlerin iptalini talep etmiştir.

AYM, söz konusu başvuruyu haklı bulmuş ve Marka KHK'nın suç tanımını içeren 9. ve 61. maddeleri ile cezai yaptırıma ilişkin 61/A maddesinin başvuruya konu olan hükümlerinin iptaline

karar vermiştir. İptal kararı ile oluşan boşluğu doldurması için Meclise, iptal edilen hususlarda “yasa” ile düzenleme yapılmak üzere süre verilmiştir. Verilen sürede gerekli yasal düzenleme yapılmış olsaydı, iptal kararı yürürlüğe girmeden yeni düzenleme yürürlüğe girecek ve iptal kararı herhangi bir kaosa yol açmayacaktı. Ne var ki gerekli yasal düzenleme süresinde yapılmamış olup, iptal kararının 05.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle ilgili hükümler yürürlükten kalkmıştır. Böylece pek çok temel marka suçu cezai yönden yaptırımsız kalmış, o dönemde görülmekte olan 9.000 civarında marka ceza davası da düşmüştür. Bu durum, taklitle mücadelede uzun yıllar sürdürülen mücadelenin de çok büyük yara almasına neden olmuştur.

Yasa koyucu bahsedilen boşluğu doldurmak maksadıyla 28.01.2009 tarih ve 5833 Sayılı Yasa ile Marka KHK’nın iptal edilen hükümlerini kısmen değiştirerek yeniden yürürlüğe koymuştur. Ancak cezai hükümler geriye yürümediğinden, bu Kanun ancak 28.01.2009 tarihinden sonra işlenen marka suçlarına uygulanacaktır. Sonuç olarak her şeye rağmen, geç de olsa boşluğu dolduran bir yasanın yürürlüğe girmesi sevindiricidir.

b) Suç Sayılan Marka İhlalleri

5833 sayılı Yasa ile gerçekleştirilen değişiklik ile suç teşkil eden eylemler, ceza hukukunun ilkelerine uygun bir şekilde tahdidi (sınırlayıcı) olarak sayılmıştır. Ne var ki Yasa, eskiden marka suçu kabul edilen pek çok ihlali suç kapsamından çıkarmıştır.

Yeni düzenlemede tanımlanan *ilk suç tipi*, bir başkasına ait markanın aynısını ya da iltibas düzeyindeki benzerini kullanarak mal ya da hizmet üretmek, satışa arz etmek ya da satmaktır. Suçun oluşumu halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve 2.000 güne kadar hapis cezasının karşılığı adli para cezasına hükmedilmektedir. Ancak taklit ürünü satışa arz eden ya da satan failin, söz

konusu ürünü nereden temin ettiğini bildirmesi ve üreticinin ortaya çıkarılarak ürünlere el konulmasını sağlaması halinde cezaya hükmedilmemektedir. Bunun için sadece üreticilerin ortaya çıkarılması veya üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması yeterli değildir; her ikisinin birlikte gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Yasa değişikliğinden önce üretmek, satışa arz etmek ve satmak fiillerinin yanı sıra, markanın ticari amaçla elde bulundurulması, ithal edilmesi, dağıtılması, başka bir şekilde ticaret alanına çıkartılması da suç sayılıyordu. Ancak yapılan değişiklikle bu eylemler suç olmaktan çıkartılmıştır. Böylece marka taklidi ile ilgili suçlar bakımından çok büyük boşluk meydana gelmiştir. Örneğin, şu an için taklit olduğu bilinen bir markanın ticari amaçla elde bulundurulması ve depolanması gibi eylemler suç sayılmamaktadır. Ancak uygulamada mahkemeler somut olayın durumuna göre, taklit malların elde bulundurulması halini satışa arz etmek fiilleri kapsamında değerlendirerek cezaya hükmetmektedir. Sözgelimi, bir mağazada çok sayıda taklit markalı ürün yakalanmışsa, bu ürünlerin satışa arz edileceği düşünülerek suçun oluştuğu belirtilmektedir. Buna karşılık her olayda böyle geniş bir yorum yapmak mümkün olmayabilir. Dolayısıyla her ne kadar mahkemeler yorum yoluyla bazı fiilleri suç kapsamında değerlendirse de yeni düzenleme, marka hakkını etkin bir şekilde korumamaktadır. Bu boşluk, üzerinde halen çalışılmakta olan Markalar Kanunu Tasarısında giderilmiş ve şu an suç sayılan fiillerin yanında, taklit ürünleri depolamak, gümrükçe onaylanmış bir işlem ya da kullanıma tabi tutmak, taşımak veya her ne şekilde olursa olsun ticari amaçla elde bulundurmak eylemleri de suç sayılmıştır. Ancak tasarı yasalasınca kadar bu fiiller hakkında ceza davası açılması mümkün değildir.

İkinci suç tipi, ürün ya da ambalaj üzerinde bulunan ve yasal olarak korunmakta olan markanın, yetkisiz bir kimse tarafından bulunduğu yerden kaldırılması, sökülmesidir. Suçun oluşumu

için işareti kaldıran kişinin mutlaka kasten ya da taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, markanın tescilli olduğunu belirten ® işaretinin ya da bu amaca hizmet eden ve yaygın olarak bilinen bir başka ibarenin marka ile birlikte kullanılması, failin söz konusu işaretin yasal olarak korunan bir marka olduğunu bilmediğini iddia etmesini güçleştirecektir. Suçun oluşumu halinde fail üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar hapis cezasının karşılığı adli para cezası ile cezalandırılır.

Üçüncü suç tipi, bir kimsenin yetkisi olmadığı halde, başkasına ait marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunmasıdır. Örneğin, bir kimsenin üçüncü bir kişiye ait markayı devretmesi, lisans ya da rehine konu etmesi gibi. Önemle belirtelim ki, yetkinin kötüye kullanılması bu suçu oluşturmayacaktır. Burada fail, hiçbir yetkisi bulunmayan üçüncü kişidir. Suçun oluşumu halinde fail, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar hapis cezasının karşılığı adli para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıda tanımlanan suçların faili olan gerçek kişiler için madde metninde yer alan hapis ve para cezaları uygulanmaktadır. Ancak tüzel kişilerin cezai ehliyeti bulunmamaktadır. Bu suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Ancak uygulamada güvenlik tedbiri uygulanmaktan ziyade, söz konusu tüzel kişilerin yetkililerine ceza verilmektedir.

c) Yargılama Prosedürü

Marka suçlarının soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır. Şikâyet süresi, failin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren altı aydır. Şikâyetle bulunulduktan sonra, savcı iddianameyi hazırlamakta ve şikâyetten itibaren yaklaşık 2.5 - 3 ay sonra dava açılmaktadır. İlk derece yargılaması ise dosyanın kapsamına göre 1-2 yıl sürmektedir. İlk derece mahkemesi tarafından verilen ka-

rarın temyiz edilmesi halinde, dosyanın Yargıtay tarafından incelenmesi ve karar verilmesi ise 3-4 seneyi bulmaktadır.

Marka suçlarında *dava zamanlaşımı*, fiilin işlendiği tarihten itibaren 8 yıl olup, bu süre içinde şüpheli hakkında dava açılması ve açılan davanın da kesinleşmesi gerekir. Marka suçlarında *ceza zamanlaşımı* ise, kararın kesinleşmesinden itibaren 10 yıldır. Buna göre, verilen bir mahkûmiyet kararı 10 yıl içinde infaz edilmelidir. Aksi halde verilen ceza düşer.

Marka suçlarını şikâyet ederken, savcılıktan suça konu taklit ürünlerin toplatılması da talep edilebilir. Savcılık bu talebi nöbetçi mahkemenin onayına sunar. Talebin kabulü halinde nöbetçi mahkeme, suça konu ürünlerin toplatılması ve yargılama sonuna kadar muhafaza altına alınması için arama ve el koyma kararı verir. Acil hallerde arama ve el koyma kararının savcılık tarafından verilmesi de mümkündür. Ancak bu takdirde söz konusu karar yirmi dört saat içerisinde hâkimin onayına sunulmalıdır. Aksi takdirde savcılık tarafından verilen bu kararın sonuçları kendiliğinden ortadan kalkar.

Son olarak belirtelim ki, mevzuatta yapılan değişiklikle taklitle mücadele konusunda uzun yıllar sonunda gelinen noktadan geriye gidilmiştir. Marka sahiplerinin daha fazla zarara uğraması ve taklitle mücadelede yol alınabilmesi için çalışmaları devam eden yasa tasarısının biran evvel yürürlüğe konulması gerekmektedir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

PATENT HUKUKU

1. GENEL OLARAK

Türkiye’de buluşlar, 1844 tarihli Fransız Patent Kanunundan iktibas edilen 1879 tarihli Patent Yasası ile korunmaktaydı. Osmanlı döneminden kalan bu yasa, önemli bir değişiklik geçirmeksizin 110 yıl yürürlükte kalmıştır.

Fikri mülkiyetin pek çok alanında olduğu gibi patentlerle ilgili modern düzenlemeler de 1995 yılında yapılmıştır. Anılan tarihte, 1879 tarihli Patent Yasası yürürlükten kaldırılmış ve yerine Patent KHK kabul edilmiştir. Bu KHK ile ilk kez faydalı modeller de koruma altına alınmıştır.

Patent KHK, büyük ölçüde Alman Patent ve Faydalı Model Yasalarından alınmıştır. Ancak zorunlu lisans gibi bazı hükümler İspanyol Patent Yasasından iktibas edilmiştir.

Türkiye Paris, TRIPS, EPC, EPC 2000, PCT, IPC, PLT ve Budapeşte anlaşmaları ile UPOV ve Biyoçeşitlilik anlaşmalarına taraftır.

Patent KHK'nın, yukarıda anılan anlaşmalarla büyük ölçüde uyum içinde olduğu söylenebilir. Bununla birlikte bu KHK, 1995 tarihinde kaleme alınırken aceleye getirildiği için pek çok yönden eksik ve hatalıdır. Bu eksikliklerin giderilmesi için halen 148 maddeden oluşan bir Patent Yasa Taslağı üzerinde çalışılmaktadır. Ancak kısa vadede bu Taslağın yasalaşması beklenmemektedir. Diğer yandan sınaî haklarla ilgili KHK'ların cezai yaptırıma ilişkin hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptali nedeniyle oluşan boşluğun doldurulması için altı maddelik ayrı bir yasa çalışması daha yapılmakta ve kısa sürede yürürlüğe sokulması planlanmaktadır.

1994 yılında 'TPE'nin kurulması ile birlikte Türkiye modern anlamda bir patent ofisi ile tanışmıştır. Gerek teknik ve bilgi altyapısındaki eksikler, gerekse yetişmiş uzman eksikliği nedeniyle TPE, patent başvurularına ilişkin araştırma ve inceleme raporlarını yurtdışındaki ofislere yaptırmaktadır. TPE, 2005 yılında bazı sınıflar bakımından araştırma ve inceleme raporu düzenlemeye başlamışsa da TPE'ye yapılan başvurulara ilişkin araştırma ve inceleme işlemlerinin % 90'dan fazlası halen yurtdışındaki ofislerce gerçekleştirilmektedir.

Patent KHK'da patent vekilliği müessesesine de yer verilmiştir. Patent vekili olabilmek için üniversite mezunu olmak ve TPE'nin yaptığı sınavlarda başarılı olmak gerekli ve yeterlidir. Bu kriterleri karşılayan ve mühendis kökenli olmayan pek çok patent vekili bugün patent vekilliği yapmaktadır. Dolayısıyla uygulamada hiçbir teknik altyapısı olmayan patent vekilleri tarafından hazırlanan patent başvuruları büyük bir sorun olarak karşımızda durmaktadır.

Hukuki ve idari altyapıdaki göreceli iyileştirmelere paralel olarak patent başvuru sayılarında önemli artışlar yaşanmaktadır. 1995 yılında 1500 civarındaki başvuru sayısı 2009 yılında 7.000'i geçmiştir. Faydalı modellerle birlikte bu sayı yıllık 10.000 civarındadır. Tescil edilen patentlerin sayısı ise 1995 yılında 50 civarında iken bu sayı 2009 yılında 5.500'e yükselmiştir. Faydalı modellerle birlikte bu sayı daha da artmaktadır.

Şunu da belirtelim ki marka, tasarım ve faydalı modellerin aksine patent başvurularında yabancı başvuru sahiplerinin hâkimiyeti vardır. Sözgelimi, 2009 yılında tescili yapılan 5.500 civarındaki patentin sadece 450'si yerli firmalara aittir.

Son yıllarda Türk patent sisteminde yapılan tüm iyileştirmelere rağmen hâlâ alınması gereken uzunca bir yol vardır. Bu tespit hem yasal, hem yargısal hem de idari altyapı bakımından geçerlidir.

2. FAYDALI MODELLER

Firmaların, bazen şahısların, özellikle de KOBİ'lerin geliştirdiği pek çok ufak buluş, patentler için aranan buluş basamağı kriterini karşılamamaktadır. Koruma şartlarını karşılasa bile, yüksek maliyet nedeniyle zaman zaman buluşlar patentlenmeyebilmektedir. Ancak bugün özellikle KOBİ'lerin yenilik ve Ar-Ge yapmasının özendirilmesi pek çok ekonomide bir ihtiyaçtır. Diğer yandan buluşun patentlenmesi uzunca bir sürece ihtiyaç duyar. Oysa faydalı model tescil prosedürü çok daha kısa, ucuz ve pratiktir. Sayılan bu ve benzeri nedenlerle pek çok ülkede olduğu gibi Türkiye'de de, patentin yanında buluşlar faydalı model belgesi ile de koruma altına alınmıştır.

Türk mevzuatında, bir buluşa faydalı model belgesi alınabilmesi için yeni (*novelty*) ve sanayiye uygulanabilir (*industrial appli-*

capability) olması gerekli ve yeterlidir. Konuya ilişkin AB Yönerge Taslağındaki düzenlemeden farklı olarak, Türkiye’de buluş basamağını aşma (*inventive step*) şartı aranmaz.

Türk hukukunda faydalı modeller bakımından, kural olarak mutlak (dünyada) yenilik ilkesi kabul edilmiştir. Yani faydalı modele konu buluş, başvuru tarihinden önce dünyanın herhangi bir yerinde kamuya sunulmuşsa yeni değildir. Patentlere benzer şekilde faydalı modeller de 12 aylık başvuru ve sergi rüçhanından faydalanabilir.

Patent koruması ile aynı amacı taşıdığı için patentlenemez nitelikteki konu ve buluşlara faydalı model belgesi de verilmez. Bununla birlikte patentlenebilen bazı buluşlar ise faydalı model korumasından yararlanamaz. Koruma amacı aynı olduğu için, bir buluşa aynı zamanda hem patent hem de faydalı model belgesi alınamaz.

Korumanın amacı aynı olmakla birlikte patent ve faydalı model koruması önemli farklılıklar gösterir. Bu farklılıklar şöyle özetlenebilir:

- a) Yukarıda işaret edildiği üzere Türk hukukunda, patentlerden farklı olarak faydalı modellerde buluş basamağını aşma şartı aranmaz.
- b) Patentin koruma süresi; incelemeli patentte 20, incelemez patentte 7 yıl iken, faydalı modeller 10 yıl süre ile korunur.
- c) Patentlerden farklı olarak faydalı model başvuruları sadece şekli bakımdan incelenir; esasa dönük bir inceleme yapılmaz.
- d) Ek buluşlar, usul buluşları ile bu usuller sonucunda elde edilen ürünler ve kimyasal maddeler patentlenebilirken, bu tür buluşlara faydalı model belgesi verilmez.

Şekli inceleme esasının benimsenmiş olması faydalı model tescilinin sıkça kötüye kullanılmasına neden olmaktadır. Uygulamada prosedür şöyle işlemektedir: Faydalı model başvurusunun ilanından itibaren 3 ay içinde menfaati olan herkes, yazılı gerekçe göstererek başvuruya itirazda bulunabilir. Başvuruya yapılan itirazlar, itiraz süresi sonunda TPE tarafından başvuru sahibine bildirilir. Başvuru sahibi, itirazın kendisine tebliğinden itibaren 3 ay içinde şu yollardan birini seçebilir: a) İtirazlara karşı cevaplarını TPE'ye bildirir ve itirazın reddini talep eder, b) İstem(ler)ini değiştirebilir, c) İtirazların dikkate alınmaksızın kendisine belge verilmesini isteyebilir.

Başvuru sahibince üçüncü şıkkın tercih edilmesi halinde TPE, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen itirazları dikkate almaksızın, başvuru sahibine faydalı model belgesini vermek zorundadır. Uygulamada hemen daima üçüncü şık tercih edilmekte, böylece esasen koruma şartlarını karşılamayan bir faydalı modele belge verilmektedir.

Haksız bir şekilde elde edilen belge, rakiplere karşı sıklıkla kullanılmaktadır. Yasa koyucu, bu haksızlığı dengelemek için, belgenin hükümsüzlüğü davası açılması halinde, faydalı model belge sahibinin, davalının talebi üzerine dava sonuçlanıncaya kadar bu belgeyi üçüncü kişilere karşı kullanamayacağı ilkesini benimsemiştir (Patent KHK m. 158/II). Bize göre böylece yasa koyucu, bir yanlışla başka bir yanlışla düzeltmeye çalışmıştır. Zira bu durumda da korumayı gerçekten hak eden belgeler, hükümsüzlük davası sonuçlanıncaya kadar üçüncü kişilere karşı kullanılamamaktadır.

Uygulamada faydalı model hakkına tecavüz davasına muhatap olan davalılar, sıkça 158. maddedeki düzenlemeye başvurmaktadır. Önemle belirtelim ki, bu hükmün işletilebilmesi için belgeye karşı bir hükümsüzlük davası açılmış olması gerekme-

tedir. Hükümsüzlük davası, başka biri tarafından açılmış olabileceği gibi, tecavüz davasının davalısı tarafından da açılabilir.

Patent KHK'nın 164. maddesine göre, patente tanınan korumanın aynısı faydalı modeller için de geçerlidir. Patent ve faydalı model koruması, koruma kapsamı bakımından, yukarıda sayılan farklılıklar dışında aynıdır. Yargıtay 2002 tarihli bir kararında bu hususa özellikle vurgu yapmıştır. Ayrıca faydalı model belgelerine ilişkin açık bir hüküm bulunmadığı ve faydalı model korumasının özelliği ile çelişmediği takdirde, patentler için öngörülen hükümler, faydalı model belgeleri için de uygulanır.

Son olarak, faydalı model başvurusu patent başvurusuna dönüştürülebileceği gibi, tersi de mümkündür. Ancak dönüştürme talebi, *TPE'nin faydalı model belgesinin verilmesine ilişkin kararından önce yapılmalıdır*.

3. İLAÇ PATENTLERİ

Türkiye'de ilaç üretimi, 20. yy'ın başlarına kadar gider. Gerçek anlamda ilaç endüstrisinin kurulması ise 1950'li yıllara denk gelir. İlaç patentlerine ilişkin ilk tartışmalar da bu yıllarda başlamıştır.

1954 tarihli Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununun kabulü ile yabancı ilaç firmaları Türkiye'de yatırım yapmaya başlamıştır. Bu yatırımlardan cesaret alan yerli sermaye de ilaç sektörüne yönelmiştir.

Türkiye'de patent koruması, dünyanın altıncı patent yasası olan 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu ile kabul edilmiştir. Yasanın 3. maddesinde ilaçlar patent dışında bırakılmıştır. İlaçlardan maksat tıbbi ve veterinerlik ilaçlarıdır. Zirai ilaçlar ise, anılan yasa döneminde de patent kapsamındaydı.

İlacın patent dışında olduğunu bilen araştırmacı firmalar, buluşun unvanında ilaç yerine kimyasal etken maddenin adını yazmak suretiyle, ilaçlara ilişkin usul buluşlarını patentlemeyi başarmışlardır. O tarihlerde Türkiye’de patent sisteminin zayıf olması ve esas itibarıyla incelemesiz tescil sisteminin benimsenmesi gibi hususlar, araştırmacı firmaların bu girişimlerini kolaylaştırmıştır. Böylece bu firmalar, 1950-1961 yıllarında ilaç usullerine patent alarak jenerik firmalara karşı bu patentlerini kullanmışlardır.

Kamuoyunda yoğun tartışmalara neden olan bu gelişmeler üzerine konu, Kurucu Meclisin gündemine taşınmıştır. 1961 tarih ve 51 sayılı kararında Kurucu Meclis, yasanın 3. maddesinde ilaçlara ilişkin ürün buluşlarının yanında, usul buluşlarının da patent dışında olduğu yorumunu yapmıştır. Bunun üzerine anılan madde, Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Fakat Anayasa Mahkemesi, 1967 tarihinde aykırılık iddiasını reddederek o günkü tartışmaları noktalamıştır. Böylece ilaçlara ilişkin hem ürün, hem de usul buluşlarının patent dışında olduğu kabul edilmiştir. Bu uygulama 1995 yılına kadar sürmüştür.

Türkiye’de önemli reformlar hemen daima bir dış etki ile gerçekleşmiştir. Genelde fikri mülkiyet, özelde ilaç patentlerinin korunması bakımından da bu gelenek bozulmamıştır. 1995 yılında Türkiye’nin TRIPS’e taraf olması ve yine AB ile gümrük birliğini kabul etmesi nedenleriyle ilaçlar patent kapsamına alınmıştır.

TRIPS ile uyumlu bir şekilde Patent KHK’nın ilk metninde; a) İlaç ürünlerinin; 2005 yılından, ii) İlaç üretim usullerinin ise 2000 yılından itibaren patent ile korunacağı hükme bağlandı. KHK’daki bu düzenlemede Bakanlar Kurulu kararı ile verilen sürenin 2005 yılına ertelenebileceği de kabul edildi. Ancak AB’nin talepleri doğrultusunda Türkiye, 1995 tarihli Patent

KHK ile ilaçlarla ilgili hem ürün hem de usul buluşlarını, 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren patent kapsamına aldı. Böylece Türkiye, TRIPS'in kendisine tanıdığı süreleri kullanmadı.

Türkiye, 26 Mart 1995 tarihinde TRIPS'e taraf olmuştur. TRIPS'in amir hükmü gereği Türkiye, 1 Ocak 1995 tarihinden itibaren ilaç patent başvurularını kabul etme taahhüdü altına girmiştir. Buna karşılık iç mevzuat (Patent KHK) ancak 26 Haziran 1995 tarihinde yürürlüğe sokulabildi. Önemle belirtelim ki, yaklaşık 230 civarında ilaç patent başvurusu 1 Ocak 1995 - 26 Haziran 1995 tarihi arasında gerçekleşmiştir. Oysa o tarihlerde İhtira Beratı Kanunu hükümleri geçerli olup, yukarıda anlatıldığı üzere ilaçlar patent dışındaydı. Tam da bu nedenle jenerik ilaç firmaları bu tarihler arasında yapılan başvuruların hukuki dayanağı olmadığı gerekçesiyle dava açarak bu başvuruların yok hükmünde sayılmasını talep ettiler. Bu talep, Ankara ihtisas mahkemesince reddedilmiş olup, konu halen Yargıtay'ın incelemesindedir.

Diğer yandan Türk hukukunda Bolar istisnası geniş bir şekilde uygulanmaktadır. Şöyle ki, Patent KHK'nın 75/f maddesine göre, ilaçların ruhsatlandırılması patent korumasının istisnasıdır. Yargıtay da 2008 tarihli Eli Lilly v. Sanovel kararında jenerik ilaç ruhsat başvurusunda bulunmanın patent hakkını ihlal etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

TRIPS öncesi ilacı patent dışında bırakan tek ülke Türkiye değildir. TRIPS metni hazırlanırken, ilaç patentlerini koruyan ülkelerde halen koruması devam eden ilaçların, Türkiye gibi ilaçları sonradan patent kapsamına alan ülkelere de korunması önerisi getirildi. Böylece sonradan ilacı patent kapsamına alan ülkelere yeni olmayan buluşların da tesciline olanak sağlanmak istendi. Literatürde *pipe-line protection* olarak anılan bu koruma modeli konusunda ne uluslararası sözleşmeler bağlamında ne de AB ile ilişkilerinde Türkiye'nin herhangi bir taahhüdü bulunma-

maktadır. Bu nedenle de Türkiye, dışarıdan gelen telkinleri dik-kate almayarak *pipe-line protectionı* kabul etmemiştir.

Son olarak belirtelim ki, Türkiye 6 yıl süreli veri imtiyazı ko-rumasını benimsemiştir. Ek Koruma Sertifikasını (*Supplementary Protection Certificate*) ise, henüz kabul etmemiştir. Bu konular ayrı bir başlık altında incelenecektir.

4. VERİ İMTİYAZI VE EK KORUMA SERTİFİKASI

Bir ilaca ruhsat alabilmek için sağlık otoritelerine ilacın etkili ve güvenli olduğu yönünde bir takım test ve klinik deney sonuç-ları sunulur. Jenerik firmalar, bu test ve deneyleri kendileri ya-pabileceği gibi, daha önce sağlık otoritesine araştırmacı firmaca sunulan test ve deney sonuçlarına dayanarak da ruhsat başvurusu yapabilirler. Belirtilen bu test ve deneyleri yapmak oldukça pahalı olduğu için jenerik firmalar genellikle ikinci seçeneği tercih et-mektedir. Buna literatürde “kısıtlanmış ruhsat” başvurusu denir.

Veri imtiyazı, bu verilerden belirli şartlarla ve sürelerle sa-dece veri sahibinin yararlanmasına denir. Veri imtiyazı, patent korumasından ayrı bir koruma olup, yeni bir fikri mülkiyet hak-kı olarak kabul edilmektedir. ABD, Japonya ve AB ülkeleri gibi gelişmiş pek çok ülke, veri imtiyazını kabul ederek araştırmacı firmalarca sağlık otoritelerine sunulan bu verilerden jenerik fir-maların, dolaylı da olsa yararlanmalarını önlemişlerdir.

TRIPS m. 39/3 hükmünün, veri imtiyazını mı düzenlediği, yoksa haksız rekabet bağlamında gizli bilgileri mi koruduğu tar-tışmalıdır. Gelişmiş ülkeler, ilgili hükmü veri imtiyazı, gelişmekte olanlar ise veri koruması olarak yorumlamak eğilimindedirler. Anılan hükümde, koruma bakımından herhangi bir süre belir-tilmemiş olması, hükmün veri imtiyazına değil, veri korumasına

ilişkin olduğunu göstermektedir. TRIPS müzakereleri esnasında bu konudaki tartışmalar da bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

Veri imtiyazı, Türkiye ile AB arasında yoğun tartışmalara neden olmuştur. Türkiye, 2/97 Sayılı OKK ile veri imtiyazını kabul edeceğini taahhüt etmiştir. Taahhüt edilen tarihte AB’de veri imtiyazı süresi 6 yıl idi. Türkiye, 2005’te Beşeri ve Tıbbi Ürünler Ruhsat Yönetmeliğinde değişiklik yaparak veri imtiyazı bakımından şöyle bir sistem benimsemiştir:

i) Gümrük Birliği (GB) ülkelerinden birinde 1.1.2001’den sonra ruhsat alınan ve jeneriği için Türkiye’de 1.1.2005’e kadar ruhsat başvurusu yapılan bir ilaca, GB’deki ilk ruhsat tarihinden itibaren, patentin koruma süresini aşmamak şartıyla, 6 yıllık veri imtiyazı sağlanır.

ii) Orijinal ilaç, GB ülkelerinden birinde ilk kez 1.1.2005 tarihinden sonra ruhsatlandırılmışsa, bu ilaca Türkiye’de GB’deki ilk ruhsat tarihinden itibaren, patentin koruma süresini aşmamak şartıyla, 6 yıllık veri imtiyazı sağlanır.

Yönetmelikte 2009 tarihinde yapılan başka bir değişiklikle kombine buluşlara ilişkin veri imtiyazında sınırlamaya gidilmiştir. Buna göre, daha önceden ruhsatlandırılmış mevcut bir tıbbi ürünün ilave doz, farmasötik form, uygulama yolu ve sunum başvuruları ve çeşitlemesi niteliğindeki tüm başvurular ile bilinen bileşenlerini içeren ve her bir bileşenin/bileşimin makul düzeyde etkililik ve kabul edilebilir güvenilirlikle yerleşmiş bir tıbbi kullanımı olması durumunda, her bir bileşen için klinik çalışma yapılmış olsa bile bilinen terapötik endikasyonların dışında, yeni bir endikasyon içermeyen kombinasyonlar için yapılan ruhsat başvuruları ilk ruhsatın parçası olarak değerlendirilir. Dolayısıyla bu tür ürünler bakımından ilk ruhsat tarihinden itibaren 6 yıllık veri imtiyazı tanınır. Fakat sonraki değişiklikler nedeniyle oluşturulan kombine buluşa, yeni bir veri imtiyazı tanınmaz.

Buna karşılık bilinen bileşenleri içeren ancak içerdiği her bir bileşenin makul düzeyde etkinlik ve kabul edilebilir güvenlilikle yerleşmiş bir tıbbi kullanımı olmayan, kombine hali ile her bir bileşen için bilinen terapötik kullanım şeklinin dışında terapötik kullanım sunan yeni tıbbi ürünlerin, klinik araştırma sonuçlarının sağlanması halinde bu tür kombinasyonlar için yeni ruhsat başvurusu yapılır. Dolayısıyla bu halde yeni bir veri imtiyazı elde edilir.

Ruhsatlandırma otoritesi olan Sağlık Bakanlığı, veri imtiyazının, kısaltılmış ruhsat başvurusuna engel olmayacağı; sadece ruhsatın verilmesini engelleyeceği görüşünde olup, uygulama da bu yöndedir. Araştırmacı firmalar konuyu yargıya taşımış olup, içtihat hukuku da Sağlık Bakanlığının uygulaması ile paraleldir. Yargıtay 2008 tarihli UCB SA v. Abdi İbrahim kararında; “... *davalı tarafça kısaltılmış ruhsat başvurusu yapılmasının, ... yasal düzenlemeden kaynaklanan başvuru hakkının kullanılmasından ibaret olması nedeniyle TTK’nun 56 vd. maddeleri uyarınca haksız rekabet tehlikesine yol açan eylem olarak nitelendirilemeyeceği...*” görüşünü dile getirmiştir. Yargıtay bu aşamada veri imtiyazına sahip olan davacının dava açma hakkının olmadığına, zira ruhsatın verilip verilmeyeceğinin henüz belli olmadığına karar vermiştir. Yargıtay, 2009 tarihli UCB SA v. Nobel kararında da bu görüşünü tekrarlamıştır. Yargıtay’ın 2010 tarihli kararları da bu yöndedir. Böylece Yargıtay’a göre veri imtiyazı, kısaltılmış ruhsat başvurusu yapmaya engel olmamakla birlikte, ruhsatın verilmesine engeldir. Bunun için de davanın, ruhsatın verilmesinden sonra açılması gerekmektedir.

Bilindiği üzere patentler, başvuru tarihinden itibaren yirmi yıl süre ile korunmaktadır. Bir ilacın ruhsat alarak piyasaya çıkarılması için patent başvurusundan itibaren yaklaşık 10-12 yıl geçmektedir. Böylece diğer sektörlerden farklı olarak ilaçlar patent korumasından reel olarak yaklaşık 8-10 yıl faydalanmaktadır.

Literatürde ısırılmış süre olarak da anılan bu süreyi telafi etmek için gelişmiş ülkeler, patent süresinin sona ermesinden itibaren belirli sürelerle ilaca, Ek Koruma Serfıtfaksı (SPC) ile ek koruma sağlamıştır.

Türkiye henüz SPC'yi kabul etmemiştir. AB, bu konuda Türkiye'ye baskı yaparken, Türkiye bu korumanın ancak üyelikten sonra kabul edilebileceği yönündeki pozisyonunu halen korumaktadır. AB ile sıkı ilişki içinde olan Türkiye, bir gün SPC'yi kabul edecek olursa, AB mevzuatından iç hukukuna aktarması beklenmektedir.

5. ZORUNLU LİSANS

a) Genel Olarak

Zorunlu lisans, şartların gerçekleşmesi halinde, patent sahibinin rızası dışında patent üzerinde üçüncü kişiler yararına kurulan lisanstır.

Türkiye'nin TRIPS'e üye olmasıyla birlikte, zorunlu lisansa ilişkin TRIPS düzenlemesi, 1995 tarihli Patent KHK ile iç hukuka aktarılmıştır. O tarihe kadar yürürlükte kalan 1879 tarihli İhtira Beratı Kanununda, zorunlu lisansa ilişkin düzenleme yer almadığı için, bugün zorunlu lisans kurulmasına neden olan hal-ler, patentin hükümsüzlüğüne neden olmaktaydı. Her ne kadar zorunlu lisans, patent sahibinin sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir durum olsa da, patentin hükümsüz kılınmasıyla kıyaslandığında daha hafif bir yaptırımdır.

Zorunlu lisansta amaç, patent sahibinin tekeline bırakılan buluştan, toplumun yararlanmasını sağlamaktır. Dolayısıyla patent sahibinin haklı bir sebep olmaksızın buluşu toplumun yararına sunmaktan kaçındığı hallerde, zorunlu lisans gerekli hale gelir.

Bu sebeple de patent sahibinin daha önce patenti için lisans teklifinde bulunmamış olması, zorunlu lisansın ön şartı olarak kabul edilmiştir. Eğer patent sahibi daha önce üçüncü kişilere lisans vermek üzere TPE aracılığıyla kamuya açık lisans teklifinde bulunmuşsa ve teklifi kabul görmemişse, artık o patent zorunlu lisansa konu olamaz.

b) Gerekçeleri

Bir patent üzerinde zorunlu lisans kurulabilmesi için aşağıdaki sebeplerden birinin varlığı aranır:

ı) Patente Konu Buluşun Kullanılmaması: KHK'nın 100. maddesine göre patentin verildiğine ilişkin ilanın Resmi Patent Bülteninde yayınlanmasından itibaren üç yıl geçmesine rağmen, patentli buluş haklı bir sebep olmaksızın kullanılmamışsa veya haklı bir sebep olmaksızın kullanıma üç yıl ya da daha uzun süre ara verilmişse üçüncü kişiler patent üzerinde zorunlu lisans talebinde bulunabilir.

Ancak patent sahibi mevzuatta öngörülen üç yıllık süre geçtikten sonra dahi buluşu kullanmaya başlamışsa, artık zorunlu lisans talebinde bulunulamaz. Patent sahibinin kullanıma başlamış ya da ara vermiş olmasının haklı bir sebebi varsa, yine zorunlu lisans kurulamaz. Savaş, afet, seferberlik gibi mücbir sebepler bu kapsamda haklı sebep sayılır. Ayrıca patentli buluş kullanılmaya başlandığı halde, patentli ürün ya da usulün iç piyasada hiç talep görmediği için kullanıma ara verilmesi de haklı sebeptir.

Patent sahibi kullanımı bizzat gerçekleştirebilir ya da lisans vererek patentin üçüncü kişilerce kullanıma sokulmasını sağlayabilir. Her iki durumda da kullanım, toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilecek düzeyde olmalıdır. Kullanımdan kasıt, ürün ya da usulün Türkiye'de piyasaya sürülmesidir. İthalatın kullanım olarak kabul edilip edilmeyeceği ise halen tartışmalıdır. .

Türkiye’de, tek zorunlu lisans kararı kullanmama sebebiyle 1997 yılında verilmiştir. Karara konu olayda davacı Türk şirketi, Avusturyalı patent sahibi aleyhinde zorunlu lisans kararı verilmesi talebiyle dava açmıştır. Zorunlu lisans talebine konu patent 1983 yılında koruma altına alınmış olup, “plastik tespit elemanlarına” ilişkindir. Davacı şirket, patent sahibi olan davalının 3 yıl içinde Türkiye’de üretim yapmadığı gibi, başvurularına rağmen kendisine lisans vermediğini, ilgili malın üretilmemesi nedeniyle sürekli ithalat ve döviz kaybı olduğunu ileri sürerek mahkemeden zorunlu lisans kararı verilmesini talep etmiştir. Davalı firma ise savunmasında, zorunlu lisansın yasal koşullarının oluşmadığını, Türkiye’de üretimi gerektirecek bir pazar payı oluşmadığını, üretime geçmenin aşırı maliyetli olduğunu, esasen davacının bu malın en büyük ithalatçısı olduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Davacı ayrıca, kendilerinin davaya konu patenti kullanmak ve toplumun ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde piyasaya sürmek imkânına sahip olduğunu da beyan etmiştir. İki yıl süren yargılama sonucunda 1.000.000.000 TL (yaklaşık 500.000 Euro) teminat ve % 5 lisans bedeli karşılığında, sadece Türkiye’de üretim ve satış yapmak üzere davacı lehine zorunlu lisans kurulmasına karar verilmiştir. İlk derece mahkemesi kararı, davalının temyizi üzerine Yargıtay incelemesinden geçerek kesinleşmiştir. Zorunlu lisans kararının ardından davalı patent sahibi, patent ücretlerini ödemeyi bırakmış ve buluş kamuya mal olmuştur.

ii) Kamu Yararı: Patent sahibinin rızası olsun ya da olmasın, bazı buluşların bizzat resmi merciler ya da onların eliyle üçüncü kişilerce kullanılmasında ve kamuya sunulmasında kamu yararı olabilir. KHK’nın 103. maddesi bu durumu dikkate alarak, kamu yararı sebebiyle zorunlu lisansa karar verilebilmesini mümkün kılmıştır.

Kamu sağlığını, milli savunmayı, ülkenin ekonomik ve teknik ilerlemesini ilgilendiren hallerde kamu yararından söz edilebilir. Ancak bu üç hal dışındaki bir alanda da kamu yararı ortaya çıka-

bilir ve zorunlu lisansı gündeme getirebilir. Diğer yandan kamu yararı kavramı, toplumun geneli dikkate alınarak değerlendirilmedir. Belirli bir grubun yararı, kamu yararı olarak kabul edilemez.

Diğer zorunlu lisans hallerinden farklı olarak, patentin kullanılıyor olması ya da patentin henüz başvuru aşamasında bulunması zorunlu lisansa engel değildir.

Zorunlu lisans kararını, ilgili bakanlığın (Milli Savunma Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ya da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı) teklifi üzerine, Bakanlar Kurulu verir. Başka bir deyişle, kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans verilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur. Ancak idari bir işlem olması nedeniyle Bakanlar Kurulu kararına karşı dava açılarak iptali talep edilebilir.

Veren makam (Bakanlar Kurulu), somut olayın özelliklerini dikkate alarak zorunlu lisansın niteliğini belirler. Kural olarak zorunlu lisans adi niteliktedir. Ancak ilgili kararda belirtilmesi halinde inhisari nitelikte de zorunlu lisans kararı verilebilir.

iii) Patentler Arasında Bağımlılık Bulunması: Bir patentin işletilebilmesi için, bir diğer patentin kullanılması zorunlu ise patentler arasında bağımlılık olduğu kabul edilmektedir. Hem ürün hem de usul patentlerinin kendi içlerinde bağımlılık bulunabileceği gibi, ürün ve usul patentleri arasında da bağımlılık olabilir.

Patent KHK'nın 101. maddesine göre, patentler arasında bağımlılık varsa, sonraki patentin sahibi, bağımlı patentin, asıl patentten farklı bir amaca hizmet ettiğini veya önemli bir teknik ilerleme gösterdiğini ispat ederek asıl patent üzerinde zorunlu lisans talep edebilir.

Patentler arasında bağımlılık bulunduğu gerekçesiyle asıl patent üzerinde zorunlu lisansa karar verilirse, asıl patentin sahibi de bağımlı patent üzerinde zorunlu lisans talep edebilir.

iv) Ek Patent: Ek patent asıl patentin konusu olan buluşu mükemmelleştiren veya geliştiren ve onunla bütünlük içinde olan buluşa ilişkin patenttir. Ek patentin, bağımlı patentten farkı, ek patente konu buluşun üçüncü kişiler tarafından değil, asıl patentin sahibi tarafından geliştirilmesidir. Yani ortada aynı kişiye ait biri asıl diğeri tamamlayan iki ayrı patent bulunmaktadır.

Ek patentin zorunlu lisansa konu olması ise, onun asıl patente olan doğal bağından kaynaklanmaktadır. Zira asıl patent üzerinde zorunlu lisans kurulması halinde, bu zorunlu lisans doğal olarak onun eklerini de kapsamaktadır. Ancak bu kendiliğinden dâhil oluş, zorunlu lisansa karar verildiği tarih itibarı ile var olan ek patentler için geçerlidir. Zorunlu lisansın verilmesinin ardından yeni ek patentler söz konusu olursa, zorunlu lisansın onları da kapsar şekilde genişletilmesi için ayrı bir usul işletilmelidir. Zorunlu lisans sahibi, söz konusu eklerin de asıl patent ile aynı sınaî amaca hizmet ettiğini ve kullanımında kamu yararı bulunduğunu ortaya koyarak asıl patent üzerinde zorunlu lisans kararı veren mahkemeden, sonradan ortaya çıkan bu ek için de zorunlu lisans verilmesini talep etmelidir.

v) Patent Hakkının Gaspı: Patent KHK'nın 13. maddesinde patentin gerçek hak sahibinden başkasına verilmesi halinde, gerçek hak sahibine patentin gaspı davası açma ve patentin kendisine devrini talep etmek hakkı tanınmıştır. Bu durumda, patent hakkını kötü niyet olmaksızın gasp etmiş olan kimse, dava sonunda esas sahibine geçen patent üzerinde isteğe bağlı lisans talebinde bulunabilir. Ayrıca patent hakkını gasp eden kişiden lisans almış ve kullanıma başlamış ya da başlamak için ciddi yatırımlar yapmış kişiler de, patenti dava ile elde eden gerçek sahibinden lisans talebinde bulunabilir. İşte patenti dava yoluyla elde eden kişinin bu isteğe bağlı lisans taleplerini reddetmesi durumunda, patent hakkını kötü niyet olmaksızın gasp eden kişi ile ondan lisans alan iyi niyetli üçüncü kişiler, patent üzerinde zorunlu lisans talep edebilirler.

c) Verilme Usulü

Yukarıda açıklandığı gibi, kamu yararı gerekçesine dayalı zorunlu lisans kararı Bakanlar Kurulu tarafından verilir.

Diğer dört sebepten birine dayalı olarak gündeme gelen zorunlu lisans ise, izlenmesi gereken prosedür oldukça farklıdır. Şöyle ki; nihai hedefi zorunlu lisans almak olan kişi, öncelikle patent sahibinden sözleşmesel lisans almak için girişimde bulunur. Kişisel girişimlerinden sonuç alamaması durumunda TPE'ye başvurarak, patent sahibi ile kendisi arasında sözleşmesel lisans ilişkisi kurulabilmesi için arabuluculuk talep eder. TPE bu talebi patent sahibine ileterek, taraflar arasında bir lisans ilişkisi kurulabilmesi için arabuluculuk eder. TPE'nin arabuluculuğuna rağmen taraflar anlaşmaya varamazlar ise, kişi mahkemeye başvurarak zorunlu lisansa karar verilmesini talep edebilir. Mahkemeden zorunlu lisans talep edenin, zorunlu lisansa ilişkin şartların oluştuğunu, sözleşmesel lisans girişimlerinin sonuçsuz kaldığını ve zorunlu lisansa karar verilirse kendisinin buluşu kullanabilecek iktidara sahip olduğunu ispat etmesi gerekir. Mahkeme patent sahibinin de beyan ve delillerini temin ettikten sonra, zorunlu lisans talebini karara bağlar. Zorunlu lisans kurulmasına karar verilirse, buna ilişkin lisans bedeli de mahkemece belirlenir. Verilen karar, şartların daha sonra değişmesi durumunda revize edilebileceği gibi iptal de edilebilir. İstisnai bir durum söz konusu değilse, zorunlu lisans basit lisans şeklinde verilir.

Zorunlu lisans dünyanın pek çok ülkesinde olduğu gibi Türkiye'de de kullanılmayan bir yoldur. Uygulamada çok fazla karşımıza çıkmıyor olsa da, zorunlu lisans tekel niteliğindeki patent hakkına getirilen en önemli sınırlandırmalardan biridir. Yakın geçmişte Sağlık Bakanlığı, ilaç patentleri bakımından zorunlu lisansı teşvik etmek üzere gerekli tedbirleri almaya karar vermiştir. Bu doğrultuda çeşitli çalışmalar yapılmaktadır. Dola-

yısıyla bu önemli enstrümanın yakın gelecekte uygulamada da karşımıza çıkması büyük bir sürpriz olmaz.

6. PATENT İHLALİ VE CEZAİ YAPTIRIMI

Ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerlidir. İlkeye göre, hem suç tipi hem de suça verilecek ceza bir kanun hükmü ile düzenlenmelidir. Ceza hukukunda geçerli olan başka bir ilkeye göre suç tipinin açık, yani belirli olması gerekir. Suçun maddi unsuru, suç sayılan eylemdir. Bu eylemin tüm şüphelerden ari, belirli ve yalın bir şekilde yasada tanımlanması gerekir.

Patent ihlali davalarında ihlal sayılan eylemin, patentten kaynaklanan haklara tecavüz oluşturup oluşturmadığının, ihlal olduğu ileri sürülen eylemin patentin koruma kapsamına girip girmediğinin, kapsama giriyorsa ihlalin hangi istemlere yönelik olduğunun tayin ve tespiti kolay değildir. Bu bağlamda aile patentiyle ilgili açılan tecavüz davalarında bazı ülkelerde ihlalin bulunmadığı, diğer ülkelerde ise bulunduğu sonucuna ulaşılabilmektedir. Yine bir Avrupa Patenti, bazı ülkelerde hükümsüz kılınırken, aynı patent (aile patenti) başka ülkelerde geçerli kabul edilmektedir. Şu halde, bir buluşun patentlenebilirliği ve ihlal keyfiyeti ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Hatta aynı ülkede açılan davalarda dahi aynı patentle ilgili farklı sonuçlara varılabilmektedir.

Hal böyle olunca ihlal oluşturup oluşturmadığı, doğası gereği belirsiz ve tartışmalı bulunan ve tespiti uzmanların detaylı araştırmaları sonucunda anlaşılabilen bir eylem nedeniyle uygulanacak cezai yaptırımların da hassasiyetle tespiti gerekir. Özellikle patent hakkına tecavüz eyleminin hapis ile cezalandırılıp cezalandırılmaması meselesi burada önem kazanmaktadır. Bu bağlamda TRIPS'in 61. maddesinde telif korsanlığı ve marka

sahtekârlığı eylemlerinin cezalandırılması öngörülmüşken, patent ihlaline cezai yaptırım bakımından üye ülkelere bir yükümlülük getirilmemiştir. Diğer yandan AB'nin cezai yaptırıma ilişkin yönerge taslağının ilk halinde patent ihlaline cezai yaptırım öngörülmüşken, Taslak metinde sonradan yapılan değişikliklerle bu hüküm çıkarılmıştır. Eylül 2010'da bu taslak metin tamamen geri çekilmiştir.

Patent KHK'ya sonradan yasa hükmü ile eklenen 73/A maddesi ile patent ihlalleri 2-4 yıl arasında hapis ve ağır para cezasına tabi tutulmuştu. Bununla birlikte eklenen bu yasa hükmü sadece cezayı düzenlemiş olup, suç tipi Patent KHK'nın 73. maddesinde düzenlenmişti. Yani suç tipi bir hükümet tasarrufu olan KHK ile düzenlenmek suretiyle suçta kanunilik ilkesine aykırı bir düzenleme yapılmıştı.

Patent hakkına tecavüz sebebiyle açılan bir ceza davasında, ilk derece mahkemesi, patent ihlalinin öngörülemez niteliği ve suçun ancak kanunla düzenlenebileceği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurarak, söz konusu davada dayanan cezai hükümlerin iptalini talep etti. Talebi yerinde bulan Anayasa Mahkemesi, 2009 yılında verdiği kararla ilgili hükümleri iptal etmiştir. Kararda ayrıca Meclise konunun bir kanun ile yeniden düzenlenmesi için 10.6.2010 tarihine kadar süre tanınmıştır. Meclis boşluğu doldurmak için, patent ihlaline ilişkin iki maddelik bir yasa Teklifi üzerinde halen çalışmaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin verdiği süre içinde konu hakkında yeni bir yasa yürürlüğe konulmadığından, verilen süre sonunda patente ilişkin derdest ceza davalarının tamamı düşmüştür. Anayasa Mahkemesi, benzer gerekçelerle önüne gelen tasarım ve coğrafi işaretlere ilişkin KHK'ların paralel hükümlerini de iptal etmiştir. Böylece patent, faydalı model ve tasarımlara ilişkin yaklaşık 4.000 adet ceza davası düşmüştür. Benzer bir durum 2010 yılının başında markalarda da yaşanmış ve o tarihte markalara

ilişkin yaklaşık 9.000 ceza davası düşmüştü. Bu davaların düşmesinden sonra markalarla ilgili oluşan boşluğu Meclis, 5833 sayılı Yasa ile doldurmuştur. Dolayısıyla bugün marka ihlalleri, sınırlı da olsa, cezai yaptırıma tabidir.

Şunu da belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin iptal kararları olmasaydı dahi, yeni Türk ceza mevzuatı nedeniyle KHK'larda öngörülen cezalar zaten uygulanamaz hale gelecekti. Şöyle ki, 2004 tarihli yeni Türk Ceza Kanununun 5. maddesine göre, suç ve ceza ancak bir yasa hükmü ile düzenlenebilir. Bu hükme aykırı tüm düzenlemeler geçersizdir. Bu düzenleme esasen temelini Anayasa'dan almaktadır. Anılan maddenin yürürlüğü birkaç kez ertelenmiş ve en son 1 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi anılan kararları vermemiş olsaydı da KHK'ların cezai hükümleri, Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin yürürlüğe girmesiyle 1 Ocak 2009 tarihinde geçersiz hale gelecekti.

Gelinen noktada, patent ihlaline cezai yaptırıma ilişkin bir Yasa Teklifi metni, Meclisin önündedir. Yasa Teklifi üzerinde daha ziyade araştırmacı ve jenerik ilaç firmaları arasında tartışma yaşanmaktadır. Araştırmacı firmalar, patent ihlaline cezai yaptırım getirilmesine çalışırken, jenerikler (İngiltere örneğinden yola çıkarak) cezai yaptırımın hiç olmaması gerektiğini savunmaktadır. Meclisteki son metni incelediğimizde, ilk metinden farklı olarak patent ihlaline hapis cezası öngörülmemekte, bunun yerine adli para cezası getirilmektedir. Ancak önümüzdeki günlerde yürürlüğe girmesi beklenen Teklifin hangi yönde yasalaşacağı henüz belli değildir.

Son olarak belirtelim ki, patent koruması başvuru tarihinden itibaren başlar. Bu bağlamda başvurudan doğan hakkın kapsamı da Teklife ilişkin çalışmalarda tartışmalara yol açmıştır. Tartışmalar sonucunda Teklifte, başvuru sahibinin, başvurunun

yayınından itibaren hukuk ve ceza davası açabileceği kabul edildi. Diğer yandan tecavüz edenin başvurusu ve kapsamından haberdar edilmesi halinde başvurunun yayınından önce de bu davalar açılabilir. Ancak mahkeme, konuya ilişkin kararını, *patent belgesinin verildiğine ilişkin ilanın ilgili bültende yayımlanmasından önce veremez.*

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TASARIM HUKUKU

1. GENEL OLARAK

Sınaî haklarla ilgili en temel anlaşmalardan birisi 1883 tarihli Paris Konvansiyonudur. Konvansiyon, üye ülkelere tasarımları koruma yükümlülüğü getirmiş, ancak korumanın kapsamını ve hangi şekilde korunacağını üye ülkelere bırakmıştır. Türkiye, anılan Konvansiyona 1925 yılında taraf olmuştur. Böylece Türkiye’de tasarımların korunması ilk kez bu Konvansiyonla birlikte benimsenmiştir. Bununla birlikte Türkiye uzun süre, konuya ilişkin özel bir düzenlemeye gitmek yerine tasarımları, genel hükümler çerçevesinde haksız rekabet hukuku ile korumayı tercih etmiştir.

Ticaret Kanununun 56. maddesine göre, ticari rekabetin aldatıcı hareket ve dürüstlük kuralına aykırı her türlü kötüye kullanımı haksız rekabettir. Kanunun 57. maddesinde yer verilen örnek haksız rekabet halleri arasında; başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak, özellikle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanııtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette bunları kullanmak da haksız rekabet sayılmıştır.

Yargıtay bu hükme dayanarak başkasına ait tasarımın kullanımını haksız rekabet kabul etmiştir. Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarından koruma kriterlerini çıkarmak kolay değildir. Ayrıca kararlar kendi içinde tutarsızdır. Bazı kararlarda tasarımın yeni olması aranırken, bazılarında *özgünlük*, bazılarında ise *orijinallik* söz edilmektedir. Bazı kararlarda ise bu kriterlerin hiçbirisine yer verilmemiştir. Bu kavramların geçtiği kararlarda da, herhangi bir tanım yapılmamış, örneğin kararlarda kullanılan özgünlük, yenilik ve orijinallik gibi kavramlardan ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Diğer yandan Ticaret Kanununun 57. maddesi, haksız rekabetten söz edilebilmesi için *iltibası varlığını* şart koşmuştur. Ancak Yargıtay tasarımların haksız rekabet hükümleri ile korunmasına ilişkin kararlarının bazılarında iltibas ararken, bazılarında aramamış; iltibasa yol açılması mümkün olmayan kullanımlar aleyhinde dahi haksız rekabetin varlığını kabul etmiştir.

Bu çerçevede tasarımlar Türkiye'de 1995 yılına kadar sadece haksız rekabet hükümleri ile korunmuştur. Bu tarihte gerek AB ile gümrük birliğine gidilmesi gerekse DTÖ/TRIPS anlaşmasının kabulü ile birlikte Türkiye, fikri mülkiyete ilişkin konularda reforma gitmiştir. Bu kapsamda *ilk kez* tasarımlar da *özel bir düzenlemeye* tabi tutulmuştur. 1995 tarihli Tasarım KHK, 1993 tarihli AB'nin Tasarım Yönerge ve Tüzük Taslaklarından iktibas edilmiştir. Bugün Tasarım KHK, AB tasarım mevzuatıyla büyük ölçüde uyumludur. Türkiye, tasarımlarla ilgili olan 1997 yılında Locarno Anlaşmasına ve 2005 yılında da Lahey Anlaşmasına da taraf olmuştur.

Özetle, Türkiye 1995 yılından itibaren, tasarım korumasına ilişkin yepyeni bir sistem benimsemiştir. Bu sistem esas itibarıyla AB mevzuatından iktibas edilmiştir. Benimsenen sisteme göre yeni ve ayırt edici nitelikteki tasarımlar korunmaktadır.

Anılan düzenlemede esas itibariyle incelemesiz tescil sistemi benimsenmiştir. Buna göre TPE, yapılan başvuruları önce tescil etmekte ve ardından tescilli tasarımları ilana çıkarmaktadır. Altı aylık askı süresince üçüncü kişiler tescile itiraz edebilir. İtiraz üzerine TPE, itiraz sahibinin sunduğu bilgi ve belgelerle sınırlı bir inceleme yaparak başvurunun reddine veya tesciline karar verir. Bu kararın iptali için 60 gün içinde Ankara'daki ihtisas mahkemelerinde dava açılabilmektedir.

Herhangi bir itiraz olmadığı sürece TPE, başvuru sahibinin beyanını esas alarak başvuruyu tescil etmektedir. Uygulamada başvuruların yaklaşık % 10'una itiraz edilmekte, diğerleri herhangi bir inceleme yapılmadan tescil edilmektedir.

Tasarım tescili ile ilk olarak beş yıl için koruma sağlanmakta ve bu süre beşer yıllık dönemler için yenileme yapılmak kaydıyla, maksimum yirmi beş yıla kadar uzamaktadır.

Son olarak belirtelim ki, tescilsiz tasarımlar Tasarım KHK'sında düzenlenmemiş olup, bunların genel hükümler çerçevesinde korunacağı hükme bağlanmıştır (m. 1). Gerek tescilsiz tasarımlar gerekse tescilli tasarımlara ilişkin ayrıntılı bilgilere diğer yazılarda yer verilmiştir.

2. YEDEK PARÇA TASARIMLARI

Yedek parça kavramını anlayabilmek için bileşik ürünün bilinmesi gerekir. *Bileşik ürün; ürünün sökülüp takılmasını mümkün kılan, birbiriyle fiziki bağlılığı bulunan birden çok parçanın oluşturduğu üründür.* Örneğin, otomobil, buzdolabı ve çamaşır makinesi birer bileşik üründür. *Yedek parça, bileşik bir ürünün yıpranma, aşınma ya da çarpma gibi nedenlerle parça değişikliğine ihtiyaç duyması halinde orijinal parçanın yerine geçecek olan, sökülüp takılabilir parçalardır.*

Yedek parçaların, bileşik ürüne fiziki bağılıkları vardır. O nedenle bileşik ürün, set ve takımlardan ayrılır. Bir otomobilin direksiyonu, koltuğu, kapısı, kaportası ve fren pedalı yedek parçaya örnek verilebilir. Buna karşılık, mobilya veya kahve takımı ile uyku setine ait parçalar, yani takım içindeki bireyler, kural olarak tasarım hukuku anlamında yedek parça kabul edilmeyecektir. Çünkü genellikle set ve takıma dâhil olan bireylerin (parçaların), birbirine fiziki bağılılığı yoktur. Fiziki bağılılık varsa, elbette bunlar da bileşik üründür.

Şunu da belirtelim ki, tasarımın tanımında geçen ürünün herhangi bir parçası ile yedek parçaya ilişkin bileşik bir ürünün parçası birbirine karıştırılmamalıdır. Bu ayrımın hukuki bakımdan çok önemli sonuçları vardır. Şöyle ki, mevzuatta geçen *ürünün bir parçası* ifadesi, tasarım korumasına istisna getiren görülebilirlik ve bu çalışmanın konusu olan *yedek parçaların onarım amaçlı kullanımıyla* ilgili olmayıp, ürünün görünümüyle ve tasarımın tanımıyla ilgilidir. Diğer kavram ise, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır.

Tasarım hukuku bakımından yedek parça tasarımları şöyle gruplandırılabilir:

a) Bileşik Ürünün Görünümüne Bağımlı Olmayan ve Fonksiyonel Olarak Ondan Bağımsız Olan Yedek Parça Tasarımları: Bu tür yedek parça tasarımları, bileşik ürünün genel görünümüne bağımlı olmadığı gibi bu parçaların, ürünün kendinden beklenen işlevini yerine getirebilmesi için belli bir şekilde yapılması (tasarlanması) zorunluluğu da yoktur. Bu tür parça tasarımları, herhangi bir ürünün tasarımından farklı değildir. Bunlar aşağıda incelenecek olan ne *must match*, ne de *must fit* özelliği gösterir. Örneğin, bir otomobilin koltuk tasarımı ile iç kısımlarına ve iç aynasına ait tasarımlar böyledir. AB ve Türk hukukunda bunlar, bileşik ürünün genel görünümünden (tasarımından)

bağımsız olarak tek başlarına değerlendirildiğinde, yeni ve ayırt edici nitelik taşıyorlarsa, herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın maksimum 25 yıl tasarım korumasından faydalanır.

b) Bileşik Ürünün Görünümüne Bağımlı Olan Yedek Parça Tasarımları (*Must Match* Parça Tasarımları): Bu tür yedek parça tasarımları, bileşik ürünün genel görünümüne (tasarımına) bağımlıdır. Must match parça tasarımlarının, bileşik ürünün görünümüyle uyum sağlaması için belirli bir biçimde yapılması (tasarlanması) zorunludur. Bu zorunluluk estetik/görsel kaygılardan kaynaklanmaktadır. Bir otomobilin kapısı, kaportası, çamurluğu ve motor kapağı gibi parçaları bu türdendir. Sözelimi, teknik açıdan mümkün olsa dahi, görsel bakımdan bir Mercedes otomobile BMW kapısı takılamayacağı gibi, tersi de mümkün değildir.

c) Teknik Fonksiyonunu İcra Edebilmesi İçin Belli Bir Biçimde Yapılması (Tasarlanması) Zorunlu Olan Yedek Parça Tasarımları (*Must Fit* Parça Tasarımları): Bu tür parçaların, kendisinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için ancak belli bir şekilde yapılması (tasarlanması) zorunludur. Bu zorunluluk teknik nedenlere dayanmaktadır. Örneğin, bir otomobilin egzoz borusu ve fren pedalının bağlantı kısımlarına ait tasarımlar böyledir. Yargıtay, isabetli bir şekilde gerek Tasarım KHK'nın yürürlüğe girdiği 1995 öncesinde, gerekse bu tarihten sonraki kararlarında, must fit parça tasarımları da dâhil olmak üzere, teknik zorunluluk arz eden tasarımların korunmayacağı görüşündedir.

d) Görünmeyen Parça Tasarımları: Bu tür parça tasarımlarının AB hukukunda korunmayacağı açıkça düzenlenmişken, Türk hukukunda pozitif bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte son yıllarda içtihat hukukunda bu tür tasarımların korunmayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay'ın 2008 ve izleyen yıllarda verdiği kararlar da bu yöndedir.

Tasarım hukuku ile bir ürün ya da ürün parçasının tasarımı korunur; ürünün bizatihi kendisi korunmaz. Bazı hallerde, bir ürünün tasarımı korunduğu zaman, hak sahibi hukuken olmasa bile, fiilen ürün üzerinde tek el imkanına kavuşur. Bu durumu dikkate alan yasa koyucu, ürünlerin tasarımının yanında, bizzat ürünün üzerinde de oluşacak fiili korumayı önlemek için tasarım korumasına birtakım istisnalar getirmişlerdir. Belli başlı hukuk düzenleri bu düşünceden hareketle, teknik fonksiyonun zorunlu kıldığı ürün ve parça (must fit parça) tasarımlarını koruma dışında tutmuşlardır. Ancak estetik ve görsel nedenlerden dolayı belirli bir şekilde yapılması gereken ürün tasarımları (must match parça tasarımları) bakımından, benzer bir düzenlemeye genellikle gidilmemiş olup, bu konudaki düzenlemeler farklılıklar göstermektedir.

Genelde yedek parça tasarımlarına, özelde ise otomobil yedek parça tasarımlarına ilişkin bugünkü tartışma, must match parça tasarımları üzerinde yaşanmaktadır. Bu tartışmanın bir yanında otomobil üreticileri olup, must match parça tasarımlarının herhangi bir ürün tasarımı gibi tam koruma görmesini savunurken; diğer tarafı teşkil eden bağımsız yedek parça üreticileri, sigorta sektörü ve tüketici kuruluşları bu tür parça tasarımlarına -must fit parça tasarımları gibi- koruma istisnası getirilmesini savunmaktadır.

AB tasarım hukukunda mevcut durumun muhafaza edilmesi (stand still clause) ile sorun ertelenmiştir. Şöyle ki, Tasarım Yönergesinin yürürlüğe girdiği 1998 tarihinde üye ülkeler mevcut düzenlemelerini muhafaza edebilirler. Bundan sonra yapılacak değişiklikler ancak yedek parça piyasasını liberalize edecek yönde olabilir. Yani must match parça tasarımlarını koruma dışında bırakacak veya var olan korumayı daraltacak şekilde düzenleme yapılabilir; ancak bu tür tasarımları korumayan üye ülkeler, bu parça tasarımlarına yeni koruma getiremezler. Ertelenen bu soruna iliş-

kin bir rapor hazırlayan AB Komisyonu, bu tür parça tasarımlarının korunmaması, yani yedek parça pazarının liberalize edilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Rapora göre, tasarım hakkı, yedek parça pazarında, yani ikincil pazarda monopol oluşturmamalıdır. Komisyonun hazırladığı rapor doğrultusunda 2004 tarihinde 98/71/EC Yönergesinde değişiklik öngören bir Yönerge Taslağı hazırlanmış olup, bu metin henüz yürürlüğe girmemiştir.

Türkiye’de halen yürürlükteki Tasarım KHK’nın mehzını, AB’nin 1993 tarihli Yönerge ve Tüzük Taslakları teşkil etmektedir. Neredeyse birebir tercüme mahsulü olan KHK’ya göre must match parça tasarımları, 1993 tarihli AB metinleri doğrultusunda tescil ettirildikleri tarihten itibaren üç yıl süre ile korunur. Bu sürenin dolmasından itibaren üçüncü kişiler, parçanın kaynağında kullanıcıyı yanıltmamak/iltibas oluşturmamak kaydıyla bu tür parça tasarımlarını kullanabilir (m. 22).

Buna karşılık Yargıtay, must match parça tasarımlarına ilişkin ihtilafları, Tasarım KHK’nın 22. maddesine göre değil, TK’nın haksız rekabete ilişkin hükümleri çerçevesinde çözmeı tercih etmektedir. 1997 tarihli bir Yargıtay kararına konu olayda Boztekin firması, 1970 model Renault araçlara motor kapağı, tampon ve kapı gibi parçalar (must match parçalar) imal etmektedir. Sorun Tasarım KHK’nın 22. maddesi çerçevesinde çözümlenmesi gerekirken Yargıtay, emek ilkesine dayanarak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde karar vermiştir. Yargıtay’a göre Boztekin firmasının, eski model Renault araçlara must match nitelikte yedek parça imal etmesi haksız rekabettir. Yargıtay, Tasarım KHK’nın yürürlüğe girmesinden önce 1994 tarihli Ford kararında da aynı sonuca ulaşmıştı.

Orta veya uzun vadede yasalaşması beklenen Tasarım Kanun Tasarısında ise, *must match* parça tasarımları tamamen koruma dışında bırakılmıştır. Bunun nedeni yedek parça pazarını liberalize

etmektedir. Bu düzenleme, AB Komisyonunun raporu doğrultusunda kaleme alınan Yönerge Taslağı ile uyum içindedir.

Son olarak belirtelim ki, Yargıtay, emek ilkesine dayalı olarak geliştirdiği haksız rekabete ilişkin içtihatlarında bir değişiklik yapmadığı takdirde, yapılan bu düzenlemelerin amacına ulaşması mümkün değildir. Çünkü Yargıtay’a göre, fikri mülkiyete ilişkin mevzuat hükümleri ile haksız rekabet hükümleri kümülâtif olarak uygulanır. Yargıtay, özel hüküm-genel hüküm ilişkisini de dikkate almaksızın kümülâtif koruma ilkesini yaygın ve kapsamlı bir şekilde uygulamaktadır. Bu nedenle must match parça tasarımları, hatalı bir şekilde haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunmaya devam edilmektedir.

3. GÖRÜNMEYEN TASARIMLAR

Tasarım, bir ürün ya da ürün parçasının görünümüdür. Ancak bu kavram, tasarımı tanımlamada yanıltıcıdır. Zira bir tasarımı algılamada insanın görme duyusunun yanında, dokunma duyusu da işlev görebilir. Gerçekten ürüne bakan kişinin görmediği, fakat buna rağmen algıladığı tasarımlar olabilir. Sözgeli mi bir kumaş, kendisine bakan kişide gözle göremediği halde, duruşu ile yapısı hakkında yeni fikirler ve dokunan kişide farklı bir duygu uyandırıyorsa, bu kumaşın tasarımı somut olaya bağlı olarak korunabilir.

Bu genel açıklamalara rağmen, AB tasarım hukukunda kullanıcının ilgilenmediği tasarımlar koruma dışında bırakılmıştır. AB hukukuna göre bileşik bir ürünün parçasına ait tasarımın, bileşik ürünün normal kullanımı esnasında nihai kullanıcı tarafından görülebilir olması gerekir (Yönerge m. 3; Tüzük m. 4). Sorun daha ziyade bileşik ürünlerin parçalarını ilgilendirmektedir.

AB hukukundaki düzenlemeye göre, normal kullanımdan maksat, nihai kullanıcı tarafından kullanım olup bakım, servis ve onarım nedeniyle gerçekleştirilen kullanım bunun dışındadır. Diğer bir deyişle, servisçi ve tamirci gibi ara kullanıcıların görebildiği, fakat nihai kullanıcının normal kullanımı esnasında göremediği parçaların tasarımı korunmaz. Yönergenin 3. maddesinin Açıklayıcı Memorandumunda normal kullanım kavramı açıklanırken otomobil örneğine yer verilmiştir. Buna göre, normal kullanım kavramının geniş yorumlanması gerektiği, sözgelimi sadece otomobili sürerken görünen parçaların değil, otomobilin arka koltuğunda otururken ya da çevresinde dolaşırken görülebilir parçaların tasarımının da korunacağı belirtilmiştir. Bir otomobilin normal kullanımı esnasında aynası, direksiyonu ve koltukları görülebilir. Yine normal kullanıcı otomobilin bagajını kullanacağı için bagaj tasarımı da korunur. Buna karşılık otomobilin motoru ve aküsü gibi motor kapağının altında kalan pek çok parça görünmediği için korumadan da yararlanamaz.

Bu düzenleme birçok yedek parça tasarımını koruma dışında tutmaktadır. Bununla birlikte mevzuatta öngörülen şartları karşılayan yedek parça tasarımları azami 25 yıllık korumadan faydalanacaktır. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, konuyla doğrudan ilgili olan otomobil örneği üzerinde biraz daha durmak gerekir. Otomobilin aynalarının, direksiyonunun ve koltuklarının tasarımları, otomobilden bağımsız olarak tek başlarına değerlendirildiğinde yeni ve ayırt edici nitelikteyse, 25 yıllık korumadan faydalanır. Çünkü bunlar otomobilin normal kullanımı esnasında görülebilir parçalardır. Buna karşılık termostat, motor, buji, korna ve yakıt deposu gibi otomobilin normal kullanımı esnasında görünmeyen parçaların tasarımı, tasarım mevzuatıyla korunmaz. Çünkü bu parçalar ancak bakım, servis veya onarım anında görülebilir niteliktedir ve nihai kullanıcının normal kullanımı esnasında görülemez. Fikri mülkiyeti düzenleyen patent

gibi diğer mevzuat hükümleri saklıdır. Buna karşılık bileşik ürün niteliğinde olmayan valiz örneği ele alınırsa; valizin iç kısım veya bölmelerine ait tasarım, yeni ve ayırt edici nitelikte olmak şartıyla, 25 yıllık tasarım korumasından faydalanır.

Halen yürürlükte olan Tasarım KHK'nın mehzazını, AB'nin 1993 tarihli Yönerge ve Tüzük Taslakları teşkil etmektedir. Neredeyse birebir tercüme mahsulü olan KHK'da, 1993 tarihli AB metinlerine paralel olarak, görünmeyen tasarımların korunmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Türk pozitif hukukundaki bu düzenlemeye rağmen özellikle son birkaç yıldır içtihat hukukunda görünmeyen tasarımların, tasarım korumasından yararlanamayacağı yönünde kararlar çıkmaya başlamıştır.

2006 tarihinde bir ihtisas mahkemesi, görünmeyen tasarımların korunmayacağına karar vermiştir. Daha sonra başka ihtisas mahkemeleri de bu yönde kararlar vermeye başlamıştır. Yargıtay da bu yöndeki kararları onamıştır. 2008 tarihli konuya ilişkin bir kararında Yargıtay, "... profillerin ilk anda görülebilir olma şartını taşıdıkları halde, bileşik ürünün bir parçası olma konumuna getirildiklerinde görülebilir olma vasıflarını kaybettikleri, iç ke-site ilişkin korumayı sağlayacak biçimde tescil olunmak istenen yargılama konusu ürünlerin biçimlerinin tescilinin bu nedenle mümkün olmadığı..." sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay 2009 yılında da bu yönde kararlar vermiştir.

Kararlarda savunulan bu görüş, mehzaz hukuka uygundur. Olması gereken hukuk bakımından da savunulabilir. Ancak bu kararların yürürlükteki düzenlemeyle uyumlu olduğu söylenemez.

Son olarak belirtelim ki, görünmeyen tasarımlar bakımından haksız rekabet hükümlerine dayanıldığı takdirde, emek ilkesi kapsamında koruma elde edecektir. İchtihat hukuku ile oluşan bu çarpık koruma modelinin, amaca uygun olduğu söylenemez.

4. TASARIMLARIN KISMİ HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

Sınaî mülkiyet haklarında, tescil örneğinin bütünlüğüne müdahale edilip edilemeyeceği sorusu, her bir sinaî hak kategorisine göre cevaplanmalıdır. Markalarda tescilli marka örneği bölünemez; başvurusu yapılan marka örneği, ya bir bütün olarak tescil edilir ya da tamamen reddedilir. Buna karşılık birden çok istemi içeren patent (ve faydalı model) başvurularında; istemlerden bir kısmı tescil edilirken, diğer bazı istemler reddedilebilir. Fakat herhangi bir istem bölünemez. Aynı kural, marka ve patent hükümsüzlük davalarında da geçerlidir.

Türk tasarım mevzuatının mehzazını teşkil eden AB tasarım mevzuatına şekil verilirken, kısmi hükümsüzlük müessesesine özellikle yer verilmiştir (AB Tasarım Tüzüğü m. 25/6, 51/3). Hükümde, bir tasarımın kısmen hükümsüz kılınabilmesi için iki şart birlikte aranır: i) Hükümsüz kılınmayan kısım, tek başına tasarım koruma şartlarını karşılamalıdır. ii) Tescile konu kısmın tasarımı, başvuru aşamasındaki kimliğini muhafaza etmelidir.

İkinci şart, kısmi hükümsüzlük müessesesinin işlevselliğini büyük ölçüde azaltmaktadır. Zira tescilli bir tasarımın bir kısmı hükümsüz kılınınca, uygulamada kalan kısmın, tescil aşamasındaki kimliğini muhafaza etmesi genellikle mümkün olmaz. Sözgelimi, bir masa tasarımında özgün kısım, masanın ön kısmındaki desen tasarımı olup, masanın genel görünümü harc-ı âlem ise, burada kısmen hükümsüz kılınacak olan masanın kendi tasarımıdır. Yine bir dolabın kapağının bir kısmına yapılan özgün bir desen tasarımında, harc-ı âlem kısım dolabın kendi tasarımı olacaktır. Her iki halde de koruma, desen tasarımları bakımından sürdürülmek istenecektir. Bununla birlikte masa ve dolap tasarımları hükümsüz kılınınca, geriye desen tasarımları kalacak ve böylece tescile konu tasarımlar kimliğinden olabildiğince uzakla-

şacaklardır. AB hukukunda bu gibi durumlarda tasarım, kısmen değil tamamen hükümsüz kılınmaktadır. Bu durum ilk bakışta tasarımın sadece yenilik arz eden kısmına koruma sağlanması yaklaşımına uygun gibi görünse de, tasarımın kimliğinin etkilenmesi sebebiyle yenilik ihtiva eden kısım da koruma kapsamının dışına çıkarılmaktadır. Buna karşılık bir masanın özgün olmayan kısmı sadece bacak tasarımı ise, bacak tasarımı hükümsüz kılınacak; fakat masanın kalan kısımlarının tasarım koruması sürecektir. İşte bu son ihtimalde AB mevzuatındaki kısmi hükümsüzlük müessesesi işlevini yerine getirebilecektir. Ne var ki, uygulamada genellikle harc-ı âlem ürünlere özgün olan kaş, desen, kulp, bacak ve benzeri tasarımlar monte edilerek/uygulanarak tescil edilmektedir. Bu nedenle AB düzenlemesi uygulamanın ihtiyaçlarına genellikle cevap veremeyecektir.

Mehaz hukuktaki konuya ilişkin bu düzenleme Türk hukukuna da aktarılmak istenmiş, ancak yapılan hatalı tercüme nedeniyle bunda başarı sağlanamamıştır. Bu tercüme hatası nedeniyle konuya ilişkin Tasarım KHK'nın 44. maddesinin son fıkrası, kısmi hükümsüzlük bakımından mahkemelerce uygulanamamaktadır.

Uygulamanın ihtiyacına cevap verebilmek için TPE, Tasarım KHK'nın Uygulamasına ilişkin Yönetmeliğin 19. maddesinde 2006 tarihinde bir değişiklik yaparak, konuyu yönetmelikle düzenlemeyi tercih etmiştir. Mehaz hukuktan farklı olarak Yönetmelikteki düzenlemeye göre, tasarım baştaki kimliğini muhafaza etsin veya etmesin, yeni ve ayırt edici kısmın/porsiyonun tescili devam ettirilecek, şartları karşılamayan kısımlar TPE tarafından tasarımın kapsamından çıkartılarak iptal edilecektir. Yönetmelikteki bu düzenleme Tasarım Kanun Tasarısına da aynen aktarılmıştır.

Yönetmelikteki ve Tasarıdaki düzenlemeye uygun olarak 2007 tarihinde TPE, bir olayda itiraza konu ayakkabıların üç bo-

yutlu tasarımlarının yeni olmadığına, ancak ayakkabılarda kullanılan desenlerin, önceki tasarımlarla karşılaştırıldığında farklı olması sebebiyle; tescilin sadece deseni kapsayacak şekilde devamına ve tasarımın adının da Ayakkabı yerine Ayakkabı Deseni olarak değiştirilmesine karar vermiştir. TPE, yönetmelikteki 2006 değişikliğinden önce de bu şekilde kararlar vermiştir. Sözgelimi, desenli bir çakmağın tasarımı harc-ı âlem iken, çakmağa uygulanan desen yeni ve ayırt edici nitelikte olduğu gerekçesiyle TPE, tasarımın adını Desenli Çakmak yerine Desen olarak değiştirmiş ve kısmi iptale gitmiştir. Ancak TPE'nin bu kararına karşı açılan iptal davasında Yargıtay 2006 tarihinde kısmi iptalin mümkün olmadığı gerekçesiyle TPE'nin kararını iptal etmiştir.

Yönetmelikteki değişiklikten sonra da mahkemeler, bu değişikliğin Tasarım KHK'ya aykırı olması nedeniyle TPE kararlarını iptal etmektedir. Böylece Türkiye'de bugün kısmi hükümsüzlük müessesesi mahkemelerce uygulanmamaktadır. TPE de son zamanlarda içtihat hukukunu dikkate alarak uygulamasını değiştirmiştir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

TELİF HUKUKU

1. GENEL OLARAK

Türkiye’de telif hukukuna ilişkin ilk düzenleme, Osmanlı döneminde çıkarılan 1850 tarihli Nizamname ile olmuştur. Daha sonra 1901 tarihli Alman Telif Yasası esas alınarak hazırlanan 1910 tarihli Telif Yasası yürürlüğe konulmuştur. Bu yasa, 41 yıl yürürlükte kalmasına rağmen fazlaca bir uygulaması olmamıştır.

1952 yılına gelindiğinde halen yürürlükte bulunan Telif Yasası kabul edilmiştir. Yürürlükteki Yasa 1983 yılında bir, 1995 ve izleyen yıllarda ise beş kez olmak üzere toplam altı kez değişikliğe uğramıştır. Bugünlerde yedinci değişiklik için hazırlık yapılmaktadır. Her bir değişiklikte yaklaşık üçte biri değiştirilen Telif Yasası bugün yamalı bir bohçaya dönmüştür. Yasaya yapılan bu müdahaleler nedeniyle hükümler arasındaki ahenk bozulmuştur.

Türkiye 1952 yılında Bern Konvansiyonuna, 1995 sonrasında ise TRIPS, Roma, WCT ve WPPT’ye taraf olmuştur. Buna karşılık UCC’ye taraf değildir.

Sınaî haklardan farklı olarak telif haklarına ilişkin idari birimde herhangi bir modernizasyona gidilmemiştir. Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesindeki Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü, klasik bir devlet dairesi hüviyetinde halen faaliyetini yürütmektedir.

Diğer yandan 1995 yılına kadar hak sahipleri, haklarına fazlasıyla kayıtsız kalmıştır. Sözelimi, 1952 tarihli Yasaya göre, yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç altı ay içinde ilgili alanlarda dört ayrı meslek birliğinin kurulması öngörülmüştür. İlk meslek birliği 35 yıl gecikmeyle ancak 1986 yılında kurulabilmiştir.

Hukuki ve idari altyapıdaki eksiklikler nedeniyle korsan pazarında Türkiye yakın geçmişe kadar, Çin ve Tayvan gibi ülkelerle anılmaktaydı. Korsan üretimin bu kadar yaygın olmasında korsanla mücadelede devletin isteksizliğinin de önemli bir payı vardı. Son yıllarda gerek hak sahiplerinin haklarını sıkı bir şekilde takip etmesi, gerekse devletin ilgili birimlerinin daha duyarlı hareket etmesi nedeniyle korsanla mücadelede yol alınmaya başlanmıştır. Örneğin, Mayıs 2009 tarihinde yapılan bir operasyonda değeri 10 milyon Euro'yu geçen korsan kitaba el konulmuştur. Yine Mart 2010'da altı aylık bir çalışmanın sonucunda İstanbul Emniyet Müdürlüğü'nün, re'sen harekete geçmesi üzerine 2 milyon adet korsan kitap yakalanmıştır. Bu operasyonda 50 kişi de gözaltına alınmıştır.

Tüm bu çabaların, sorunu çözmeye yeterli olduğu söylene-
mez. Nitekim Türkiye, ABD'nin Special 301 Listesinden hemen
hiç düşmemektedir. Önceki yıllarda Öncelikli İzleme Listesinde
olan Türkiye, son yıllarda İzleme Listesine ilerlemiştir. 2009 yı-
lına ait Special 301 Raporunda ilaçta veri koruması, markada
cezaî yaptırım gibi konulardaki eksikliklerin yanında, komşu ül-
kelerde ele geçirilen korsan ürünlerin önemli bir kısmının, hâlâ

Türkiye’den çıktığına işaret edilmektedir. Tüm bu tespitlere rağmen Türkiye’de korsanla mücadelede önemli ilerlemeler kaydedildiği de bir gerçektir. Fakat daha alınması gereken uzunca bir yolun olduğu da burada not edilmelidir.

2. MESLEK BİRLİKLERİ

a) Genel Bilgi

Türkiye’de meslek birliklerinin kurulması, halen yürürlükte olan 1951 tarihli Telif Yasası ile öngörülmüştür. Buna rağmen ilk meslek birliği olan MESAM (Türkiye Musiki Eseri Sahipleri Meslek Birliği) ancak 1986 yılında kurulabilmiştir. Yasanın ilk hali, meslek birliklerinin eser sahiplerinin maddi ve manevi menfaatlerini korumak amacıyla kurulmasını amaçlarken, daha sonra yapılan değişikliklerle meslek birliklerinin faaliyet alanı, isabetli bir şekilde mali hakların korunması ile sınırlandırılmıştır.

Yasaya göre meslek birlikleri, Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın izni ile kurulabilir. Ancak bu izin Bakanlığın takdirine bağlıdır. Bakanlık, yasada öngörülen objektif şartları karşılayan kuruluş başvurularını kabul etmek ve izin vermekle yükümlüdür.

1995 tarihinde Telif Yasasında yapılan değişiklikle bir alanda birden çok meslek birliği kurulmasına imkân tanınmıştır. İzleyen yıllarda ise meslek birliklerinin kurulabileceği alanlar genişletilmiş ve yayıncılar gibi mali hak sahiplerine de meslek birliği kurma yetkisi verilmiştir. Bugün itibarıyla Türkiye’de yirminin üzerinde meslek birliği kurulmuş olup, en faal olanlar müzik meslek birlikleridir.

Meslek birlikleri, fonksiyonlarını daha etkin bir şekilde icra etmeleri için geniş yetkilerle donatılmıştır. Meslek birlikleri toplu hak takibinin yanında korsanla mücadelede de önemli rol al-

maktadır. Bu bağlamda üyelerine ait hakların toplu olarak takibi, bu haklardan doğan telif bedellerinin tahsili ve gereğinde hukuk davalarının açılması ve/veya cezai kovuşturma yapılması için şikâyetle bulunulması gibi hak ve yetkilere sahiptirler.

Müzik meslek birlikleri; çoğaltma, temsil, yayın, umuma iletim ve dijital ortamda erişimi sağlama haklarını takip etme yetkisini haizdir. Eser sahibi meslek birlikleri, mekanik haklar adı altında yayma haklarını da takip etmektedir. Küçük hak olarak nitelenen konser ölçüsündeki müzik eserlerinin temsil haklarının takibini de meslek birlikleri yapar. Buna karşılık büyük hak olarak nitelenen opera, operet, dramatik müzik eserleri gibi sahne eserlerinden doğan haklar, doğrudan hak sahiplerince veya yetkili kıldıkları edisyon firmalarınca takip edilir.

Müzik meslek birliklerinin aksine ilim-edebiyat, güzel sanatlar ve hatta sinema sektöründeki meslek birlikleri adeta birer dernek gibi faaliyet göstermektedir. Son dönemde sinema meslek birlikleri hak takibine başladıysa da, bunlar daha yolun başındadır.

Telif Yasasına göre meslek birlikleri telif tarifelerini, yasada belirtilen ilkeleri de dikkate alarak tek taraflı olarak belirlemektedir. Pratikte tarifelerin belirlenmesinde kullanıcıların hiçbir yetkisi ve katkısı yoktur. Yasada öngörülen uzlaştırma komisyonu, kararları bağlayıcı olmadığı için tamamen işlevsiz bir yapıdadır. Dört adet müzik meslek birliği bir araya gelerek bir ortak tarife belirlemiştir. Her yıl bu tarifede esaslı olmayan birtakım değişiklikler yapılmaktadır. Söz konusu tarife, kullanıcılara sadece götürü usulde lisanslama seçeneği sunmaktadır. Kullanıcılar ise, çaldığın kadar öde modelinin de hayata geçirilmesini talep etmektedir.

Diğer yandan meslek birliklerince toplanan telif bedellerinin, hak sahiplerine dağıtımı ile ilgili temel kriterler yasa ile düzenlen-

memiştir. Her meslek birliği bu kriterleri kendisi belirlemektedir. Bu da telif bedellerinin adil bir şekilde gerçek hak sahiplerine dağıtılmasına engel olmaktadır.

Kural olarak davacıda olan ispat yükü, Telif Yasasının 76. maddesi ile hak sahipleri (dolayısıyla meslek birlikleri) lehine olacak şekilde tersine çevrilmiştir. Şöyle ki, meslek birliğinin repertuarındaki eserlerden birkaçının izinsiz kullanımı tespit edilmişse, sanki repertuarın tamamı kullanılmış gibi hukuki sonuç doğmaktadır. Bu hüküm kapsamında izinsiz kullanım gerçekleştiren umumi mahalde veya radyo-TV yayın kuruluşunda, birkaç eserin kullanıldığını meslek birlikleri tespit ettirmekte ve bu tespiti delil göstererek, sanki tüm repertuar kullanılmış gibi talepte bulunmaktadır. Kullanıcının tarifeyi ödememesi halinde açılan davada, yıllık tarife bedelinin üç katını talep etmektedirler. Yasa gereği mahkemeler, bu talepleri aynen kabul etmekte ve sadece bir iki eseri kullanan kişilerle, tüm repertuarı kullananlar arasında herhangi bir fark gözetilmeksizin karar vermektedir.

Yasada öngörülmesine rağmen Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesinde eserlerin bir veri tabanında toplanması projesi hayata geçirilememiştir. Bu nedenle hangi eserlerin kime ait olduğu, hangi meslek birliğinin hangi eserleri takibe yetkili olduğu, hangi eserlerin anonim ve serbest eserler olduğu gibi uygulamada sıkça yaşanan karmaşanın önüne geçilememiştir.

b) Yetki Belgeleri

Meslek birlikleri, telif bedellerini hak sahiplerinden aldıkları yetki belgeleri ile onların adına toplamaktadır. Hak sahibi, bu yetkilendirme ile; i) Mali haklarını kendi adına, üçüncü kişilere devretmek veya lisans vermek, ii) Bedelleri tahsil etmek, iii) Telif bedelinin ödenmemesi halinde dava açmak ve takip yapmak, iv) Hakları yönetmek, hak ve yetkilerini münhasıran meslek birlik-

lerine bırakır. Hak sahibi, meslek birliğine bıraktığı hakları kural olarak meslek birliğinin izni olmadan kendisi kullanamayacağı gibi üçüncü kişilere de kullandıramaz.

Düzenlenen yetki belgelerinin, hukuki açıdan önemi büyüktür. Yasa, hakların takibi için bu yetki belgelerinin meslek birliklerine verildiğinden söz etmektedir. Bu ibarenin dava açmak, icra takibi yapmak gibi yetkileri içerdiği yorum yoluyla ileri sürülmektedir. Tartışılan hususlardan biri de yetki belgelerinin mevcut haklar bakımından mı alınacağı, yoksa henüz var olmayan, yani gelecekte meydana getirilecek eserleri de içerecek şekilde mi düzenleneceğidir. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre hak sahibini koruyucu hükümler içermek kaydıyla yetki belgeleri gelecekte oluşturulacak eserleri de içerebilmelidir.

Yabancı eserler bakımından ise Yasanın düzenlemesi açık değildir. Ancak aynı kural bu eserler bakımından da geçerli olmalıdır. Uygulamada Türk meslek birlikleri, yabancı meslek birlikleri ile karşılıklılık sözleşmeleri ile yabancı eserleri de takibe yetkili oldukları kabul edilmektedir. Bugün meslek birlikleri, taleplerini ileri sürerken yabancı eserler bakımından yetkilerini belgelemekten kaçındığı burada not edilmelidir.

c) Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Bireysel Hak Takibi

Yasaya göre hakların takibi, hak sahiplerinden başka sadece Türkiye’de kurulan meslek birliklerince gerçekleştirilebilir. Şirket, dernek ve vakıf gibi kuruluşlar bu hakları takip edemezler (m. 42/son). Hatta Anayasa Mahkemesinin (AYM) Mart 2010’daki iptal kararına kadar, umumi mahalde kullanım nedeniyle hak kazanılan telif bedelleri de, hak sahiplerince bizzat takip edilemiyordu. Yani bu hakların, ilgili alanda kurulan bir meslek birliği vasıtasıyla takip zorunluluğu vardı. Ancak AYM’nin bu kararı

ile Yasanın ilgili hükmü iptal edilmiştir. Bu iptal kararıyla; artık umuma açık mahallerdeki kullanımlarından talep edilecek telifler, sadece meslek birlikleri vasıtasıyla değil, hak sahipleri tarafından da bizzat takip edilebilecektir.

Diğer yandan AYM'nin iptal kararına rağmen hak sahiplerinin yanı sıra hem yurtiçinde hem de yurtdışında bulunan örneğin dernek, vakıf, şirket, yurtdışındaki meslek birlikleri gibi kuruluşların, Türkiye'de telif hakları için takip yapabilmesi mümkün değildir.

Özetle AYM iptal kararı meslek birliklerinin yanı sıra, hak sahiplerine de hak arama yetkisi tanımıştır. Yoksa hak sahipleri dışındaki kuruluşlara tanınan bir hak yoktur. Dolayısıyla AYM iptal kararı ile yurtdışındaki bir hak sahibi Türkiye'de hak arama yetkisi kazanırken, Türkiye dışındaki bir meslek birliği veya dernek ve benzeri kuruluşun, Türkiye'de hak araması mümkün değildir. Yurtdışındaki meslek birlikleri, ancak hak sahiplerinden almış oldukları yetki belgelerine dayanarak Türkiye'deki kurulmuş meslek birlikleri ile yapacağı karşılıklılık sözleşmeleri ile hak takibi yapabilecektir.

AYM'nin bu kararı teorik olarak savunulabilir olsa da, telif haklarının toplu hak takibine gösterdiği pratik ihtiyaç karşısında isabeti tartışmaya açıktır.

3. TELİF SÖZLEŞMELERİ

Türk borçlar hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi geçerlidir. Yine, yasada aksi düzenlenmediği sürece sözleşmeler şekle tabi değildir. Bununla birlikte belirli miktarların üzerindeki sözleşmelerde ispat, ancak yazılı belge ile yapılabilir.

Klasik bir borçlar hukuku sözleşmesinden farklı olarak, telif sözleşmeleri birtakım özellikler gösterir. Bu bağlamda Türk te-

lif hukukunda sözleşmeler için kabul edilen temel ilkeler şöyle sıralanabilir:

i) Eser Sahipliğinin Kazanılması: Kara Avrupası hukuk ailesine mensup Türk hukukunda eser sahibi, eser sahipliği statüsünü, eseri meydana getirdiği anda kazanır. Eser sahipliği statüsü, hukuki işlemlere konu olamayacağı gibi mirasla da geçmez. Manevi haklar da hukuki işlemlere konu olamaz ve mirasla intikal etmez. Zira bu haklar, sahibinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Ancak üçüncü kişilere manevi hakları kullanma yetkisi verilebilir. Buna karşılık mali haklar hukuki işlemlere konu olabilir ve mirasla intikal eder.

ii) Şekil: Mali haklarla ilgili sözleşme ve tasarruflar yazılı olmalı ve konuları olan haklar ayrı ayrı gösterilmelidir (Telif Yasası m. 52). Öğretide munzam (ek) şart olarak da ifade edilen ilkeye göre, hangi hakların devredildiği veya lisansa konu edildiği sözleşmede tek tek belirtilmelidir. Aksi halde sözleşme geçersizdir. Örneğin, bir telif sözleşmesinde, 'X kitabıyla ilgili tüm telif hakları devralınmıştır' şeklinde bir ibare yazması yeterli değildir. Telif kapsamındaki hangi haklar verilmişse sözleşmede bu haklar açıkça tek tek sayılmalıdır.

Yargıtay, 52. maddede öngörülen şekil şartını sıkı bir şekilde uygulamaktadır. Sözgelimi, 2009 tarihli bir kararına konu olayda Fiat/Tofaş firması, yeni bir otomobil modelinin tanıtım kampanyalarında kullanmak üzere fotoğraf çekimi yaptırmıştır. Fotoğrafçı ile yapılan sözleşmede; fotoğrafların tanıtım kampanyalarında kullanılacağı ve tüm telif haklarının firmaya ait olacağı belirtilmiştir. Fotoğrafçıya gerekli telif ödemeleri de yapılmıştır. Bununla birlikte fotoğraf sanatçısı, fotoğrafların sözleşmede belirtilmeyen farklı tanıtım mecralarında da kullanıldığı gerekçesiyle dava açmış, ancak davası ihtisas mahkemesince reddedilmiştir. Yargıtay ise, sözleşmede kullanılan müphem, yani açık olmayan

ifadelerden yola çıkarak firmaya verilen telif haklarının sadece tanıtım kataloglarında kullanım ile sınırlı olduğunu; afiş ve internet gibi diğer mecralardaki kullanımları kapsamadığını gerekçe göstererek ihtisas mahkemesi kararını bozmuştur. Bu örnek de göstermektedir ki, telif sözleşmesine konu hakların neler olduğunun ve hangi mecralarda kullanılacağına sözleşmede tek tek sayılması gerekmektedir.

Yargıtay'ın 2010 tarihli başka bir kararına konu olayda ise, taraflar arasında akdedilen yayın sözleşmesinde; “her türlü bas-kı hakları”, “bütün bası hakları” gibi ifadeler geçmektedir. Telif ödemesine ilişkin makbuzlarda da; “bütün baskılar için” ifadesi geçmektedir. Yayınevi sözleşmeye konu 50 adet kitabı 25 yıldır kesintisiz bir şekilde onlarca kez basmış olup, hiçbir müdahale ile karşılaşmamıştır. 25 yıl sonra eser sahibinin mirasçıları tarafından sözleşmenin 52. maddeye aykırı olduğu gerekçesiyle açılan davada ihtisas mahkemesi, davanın esasen haklı olduğunu, ancak 25 yıl sessiz kaldıktan sonra şekle aykırılığa da dayanılamayacağını gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. Buna karşılık Yargıtay, sözleşmenin şekle uygun olduğuna, fakat ifadelerin net ve açık olmadığına, bu sebeple “bütün bası hakları” ifadesinin “tek bir bası” olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu Yargıtay’a göre davacı, yayınevinden 25 yıl boyunca bastığı kitaplar karşılığında (sessiz kaldığı için), geçmişe dönük telif bedeli isteyemez. Buna karşılık yayınevi, ihtarname tarihinden itibaren artık yeni baskılar da yapamaz; zira telif hakkı davacıdadır.

iii) Mali Hakların Bölünebilirliği: Mali haklar bölünebilir niteliktedir. Bu nedenle eser sahibi, eserden doğan örneğin, çoğaltma ve yayma hakkını X’e, işleme hakkını Y’ye devrederken, umuma iletim hakkını da kendisinde saklı tutabilir.

iv) Devrin Kapsamı: Eser sahipleri veya mirasçıları mali hakları süre, yer, sayı ve muhteva itibariyle sınırlı ya da sınırsız, karşılıklı veya karşılıksız şekilde başkalarına devredebilir. Ancak yukarıda belirtildiği üzere sözleşmelerde genel geçer ifadeler kullanmak yerine, sözleşmenin neleri kapsadığı tek tek belirtilmelidir. Benzer şekilde sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça mali bir hakkın devri veya lisansın verilmesi, eserin tercüme veya sair işlenmelerini kapsamaz. Bu yetkiler de devredilmek isteniyorsa mutlaka sözleşmede tek tek sayılmalıdır.

v) Hukuki İşlemler: “Mevcut eserlerden” doğan mali haklarla ilgili hem taahhüt, hem de tasarruf işlemleri yapılabilir. Buna karşılık “ileride meydana getirilecek eserlerden” doğan mali haklar bakımından sadece taahhüt işlemleri yapılabilir; tasarruf işlemleri yapılamaz. Yani bu tür eserler bakımından önce taahhüt işlemi yapılmalı, eser meydana geldikten sonra da tasarruf işlemi gerçekleştirilmelidir. Yani eser meydana getirilmeden önce bu eserle ilgili yapılan devir ve lisans gibi tasarruf işlemleri geçersizdir.

vi) Üçüncü Kişilere Devir Yetkisi: Eser sahibi veya mirasçılarından mali hakları devir veya lisans alan kişilerin, aldıkları bu yetkileri üçüncü kişilere verebilmeleri için, eser sahibi veya mirasçılarından yazılı izin almaları gerekir. Burada pratik yöntem, eser sahibi veya mirasçıları ile yapılan sözleşmelere devir ve lisans verme yetkisinin de devralana geçtiği yönünde bir hüküm koymaktır. Başka bir deyişle, bu yetki daha başta verilebilir. Böyle bir yetkisi bulunmayan kişinin, üçüncü kişilere verdiği devir ve lisanslar geçersizdir.

vii) İleride Çıkarılacak Mevzuatın Tanıyacağı Mali Haklar: İleride çıkarılacak mevzuatın eser sahibine tanıyacağı mali hakların devri veya lisansa konu olması geçersizdir. Benzer şekilde ileride çıkarılacak mevzuat ile mali hakkın kapsamını genişleten ya da süreyi uzatan yasal haklardan vazgeçmek de mümkün değildir.

viii) Yetkisiz Kişiden Hak İktisabı: Yetkisiz bir kişiden mali bir hakkı iktisap eden kişinin iyi niyeti korunmaz. Bu nedenle gerçek hak sahibi, hakkını iyi niyetli kişiye karşı da ileri sürebilir. İyi niyetli kişinin, devreden yetkisiz kişiye rücu hakkı saklıdır.

ix) Eser Nüshalarının Devri: Esere konu nüshaların mülkiyetinin devri, fikri mülkiyet hakkının da devredildiği anlamına gelmez. Örneğin, bir tabloyu satın alan bir banka, tabloyu promosyon amaçlı dağıtacağı takvimde kullanamaz.

x) Mali Hakkın Geri Dönmesi: Mali hak, belli bir amaç veya süre için devredilmişse amacın ortadan kalkması ya da sürenin dolmasıyla, ilgili hak sahibine döner.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Türkiye’de uygulanacak telif sözleşmeleri hazırlanırken mevzuatta öngörülen bazı emredici ve yedek hukuk kurallarının dikkate alınması gerekmektedir. Özellikle mahkemelerin katı uygulamaları nedeniyle telif unsurlarının ticaretini yapanlar daha da dikkatli olmalıdır. Aksi takdirde sözleşmeye dayalı hak sahibi olduğu zannıyla hareket eden kişinin ticareti bir anda illegal hale gelebilir. Özellikle, Anglo-Sakson hukuk mantığı ile hazırlanan telif sözleşmeleri, Türkiye’de geçersiz kabul edilebilir. Çünkü sözleşmelerde telif hakkına ilişkin bütün haklar devredilmiştir şeklindeki genel ifadelerin geçerliliği yoktur.

4. TELİF TAZMİNATI

Fikri mülkiyet ihlalleri esas itibarıyla haksız fiildir. Haksız fiil nedeniyle tazminat talep edebilmek için şu dört şart birlikte aranır: i) Hukuka aykırı fiil, ii) Zarar, iii) Fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı, iv) Kusur. Sayılan bu şartların varlığı halinde hak sahibi, Telif Yasasının 70. maddesi çerçevesinde maddi

ve manevi tazminat talep edebilir. Anılan madde, telif hakkının ihlali durumunda ileri sürülecek tazminat talepleri bakımından uygulanacak genel düzenlemedir. Bunun yanı sıra Telif Yasası'nın 68. maddesi ile özel bir tazminat daha öngörülmüştür. 70. maddedeki düzenleme ile hak sahibinin zararının tazmini hedeflenirken, 68. madde ile tecavüzün önlenmesi sağlanmak istenmiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere bu talepler bakımından farklı şartlar benimsenmiştir.

Kara Avrupası hukuk ailesine mensup Türk hukukuna göre, tazminat bir zenginleşme aracı olamaz. Başka bir deyişle, tazminat, zarar miktarını aşamaz. Nitekim 70. madde bu ilkedен hareketle kaleme alınmıştır. Ancak Türk telif hukukunda eser sahibi lehine bazı özel hükümler getirilmiştir. Yasanın 68. maddesinde telif tazminatına ilişkin düzenleme bu çerçevede ele alınmalıdır. Şöyle ki; hak sahibinin izni olmadan eseri, icrayı, fonogramı ya da yapımı işleyen, çoğaltan, yayan, temsil eden veya umuma iletenlerden, sözleşme yapılmış olması halinde istenebilecek bedelin veya rayiç bedelin üç katına kadar tazminat istenebilir. 2002 tarihli bir Yargıtay HGK kararına göre, hükmün amacı rayice göre tespit edilecek telif ücretinin üç katını ödettirerek, hak sahibinin zararını ispat yükümünden kurtarmak ve böylece ispat edilemeyen zararın, hak sahibinin sırtında kalmasına engel olmaktır.

Yasanın 68. maddesine göre hak sahibi, tecavüz karşısında, şu üç seçenekten birini tercih edebilir:

- a) Çoğaltılmış kopyaların, çoğaltmaya yarayan film, kalıp veya benzeri araçların imhası,
- b) Maliyet fiyatını aşmamak üzere çoğaltılmış kopyaların ve çoğaltmaya yarayan film, kalıp ve benzer gereçlerin uygun bir bedel karşılığında kendisine verilmesi,
- c) Rızai bir sözleşme halinde talep edebilecek bedelin veya rayiç bedelin en çok üç katının ödenmesi.

Yukarıdaki (a) ve (b) seçeneklerinden birinin ileri sürülmesi, mütecavizin hukuki sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Aşağıda açıklanacağı üzere (c) şıkkın tercihi halinde taraflara arasında bir sözleşme ilişkisi varmış gibi hukuki sonuçlar doğar.

Şunu da belirtelim ki, uygulamada genellikle üçüncü seçenek tercih edilmektedir. Rayiç bedelin en çok üç katı talebinin, mahkemece kabulü halinde, taraflar arasında bir farazi sözleşme ilişkisi kurulduğu kabul edilmektedir. Yargıtay ilk kez 1958 yılında olmak üzere, pek çok içtihadında bu görüşü dile getirmiştir.

Farazi sözleşme ilişkisi görüşünün önemli hukuki sonuçları vardır:

a) Esas itibarıyla telif ihlali bir haksız fiil olduğundan, telif ihlalleri bakımından haksız fiile ilişkin zamanaşımı süreleri uygulanır. Buna göre bir telif ihlaline karşı, öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl, herhalde eylemin gerçekleşme tarihinden itibaren 10 yıl içinde dava açılmalıdır. Yargıtay, telif tazminatına hükmedilmekle taraflar arasında farazi bir sözleşme ilişkisi kurulduğundan hareket ederek, bu davalar bakımından da sözleşmelere ilişkin 10 yıllık zamanaşımını uygulamaktadır. Böylece öğrenme tarihinden itibaren geçerli olan 1 yıllık zamanaşımı süresi anlamını yitirmektedir.

b) Üç katı telif tazminatı, tecavüzün önlenmesi başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle Yargıtay, 68. maddede öngörülen üç katı bedelin esasen bir tazminat olmadığı, tecavüzü önlemeye dönük bir düzenleme olduğu gerekçesiyle, kusur aramamaktadır. Bu bağlamda pek çok Yargıtay kararında 70. maddedeki tazminat için kusur aranacağı ve fakat 68. maddedeki üç katı bedel bakımından aranmayacağı görüşü dile getirilmiştir.

c) Eğer hak sahibi üç katı tazminatın yanında 70. maddede öngörülen maddi ve manevi tazminat da talep etmişse, hem üç katı bedele hem de 70. maddedeki tazminata hükmedilemez. Bu halde 68. maddeye göre talep edilen üç katı bedel mahsup edilir.

d) Üç katı bedele hükmedilmesi halinde mütecavizin kullanımını artık yasal hale geldiği için elindeki ürün ve araçlara el konulamaz.

Talep varsa gerek ihtisas mahkemeleri gerekse Yargıtay, daima rayiç bedelin üç katına hükmetmektedir. 2003 tarihli bir Yargıtay HGK kararı; sözleşme olması durumunda hak sahibinin, isteyebileceği miktarın üç katını talep edebileceğine dikkat çekilerek, tazminat hesabının buna göre yapılması gereği üzerinde durulmuştur.

Önemle belirtelim ki, üç katı tazminat talebi bağlantılı haklar bakımından da aynen geçerlidir. Buna karşılık Telif Yasasının 83. ve 84. maddesinde eserin ad ve alametleri ile işaret, resim ve seslere ilişkin haksız rekabet hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler bakımından üç katı tazminata hükmedilemez. Yargıtay'ın 1996 tarihli bir kararında da buna vurgu yapılmıştır.

Rekabet kanunundaki düzenleme bir tarafa bırakılırsa Türk hukukunda üç katı tazminat talep yetkisi hiçbir mevzuatta yoktur. Dolayısıyla telif hakkı sahipleri, sınai hak sahiplerine oranla çok daha etkin bir şekilde haklarını ileri sürebilir. Bu nedenle tasarım ve marka gibi sınai haklar aynı zamanda eser vasfını taşıyorsa, kümülâtif koruma ilkesi gereği telif mevzuatına da dayandırılması büyük önem taşımaktadır.

5. MİMARİ ESERLER

Türk telif hukukunda mimari eserler iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Telif Yasasının 2. maddesine göre mimari tasarım, maket, plan ve projeler eser olarak korunur. Anılan yasanın 4. maddesinde ise; estetik değere sahip olan mimarlık eserlerinin (yapının bizatihi kendisinin) güzel sanat eseri olarak korunacağı hükme bağlanmıştır.

Aşağıda açıklanacağı üzere konunun iki ayrı maddede düzenlenerek farklı şartlara tabi tutulmasının önemli hukuki sonuçları vardır.

a) Planlar ve Projeler

Mimari tasarım, maket, plan ve projeler, estetik değeri bulunmadığı takdirde, eğer ilmi ve teknik mahiyet şartlarını taşıyorlarsa, Telif Yasasının madde 2/3 uyarınca çizim olarak korunurlar. Uygulamada ilmi ve teknik mahiyet şartlarında çitanın yüksek tutulmaması sebebiyle pek çok çalışma, anılan hüküm gereği çizim olarak korunmaktadır. Buna karşılık bu tür çalışmaların estetik değeri varsa, bunlar hem 2. madde kapsamında çizim, hem de 4. madde çerçevesinde bunların teşkil ettiği yapının bizatihi kendisi eser olarak korunur.

b) Mimari Yapılar

Estetik değeri bulunan mimarlık eserleri telif korumasından yararlanır (Telif Yasası m. 4). Estetik değer ifadesiyle iyi, güzel, hoş ve benzeri anlamların yanında estetik duygu uyandıran tüm çalışmalar kastedilmektedir. Sözelimi çirkin, korkunç, hatta iğrenç bir resim de bu anlamda bakan kişide estetik bir duygu uyandırabilir. Burada mimarlık eseri ile kastedilen bizatihi yapının kendisinde somutlaşan eserdir. Oysa 2. maddede düzenlenen plan ve projelerde korunan; plan ve proje, yani çizim olup, koruma bunların uygulandığı yapıyı kapsamaz.

Mimarlık eserinde estetik değerın bulunup bulunmadığı büyük önem taşımaktadır. Bu hususta herhangi bir dava gündeme geldiğinde estetik değerın bulunup bulunmadığına mahkemece bilirkişi olarak atanacak, ilgili alandaki uzman (mimar) karar verecektir.

Şunu da belirtelim ki, tarihi eser ile mimarlık eseri kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Bir çalışmanın mimari eser olarak kabul edilebilmesi için tarihi değerinin olup olmadığına bakılmaz.

c) Plan ve Projeler ile Mimari Yapıya İlişkin Korumanın Farklılığı

İlmi ve teknik nitelikteki eserlerde korunacak unsur şekildir. Bunun sonuçları hukuki bakımdan önemlidir. Telif Yasası m. 2/3, bilimsel plan, proje ve maketler uygulanmak suretiyle inşa edilen yapı için telif koruması sağlamaz. Bu türden bir koruma ancak plan, proje ve maketlerin sanatsal özelliklerinin ağır basması ve böylelikle de bunların ilmi ve teknik eserler yerine, güzel sanat eserleri grubuna girmesi halinde mümkündür.

Vurgulamak gerekirse, ilmi ve teknik mahiyetteki eserlerin korunması (m. 2/b. 3) ile güzel sanat eseri niteliğindeki mimari eserlerin ya da tasarımların korunması (m. 4) arasındaki esaslı fark, korunacak nesnenin kendisidir. İlmi ve teknik nitelikteki plan veya tasarımlarda yalnızca bu nitelikteki çizimler korunurken; güzel sanat eseri teşkil eden tasarımlarda tasvir edilen, yani yapıda somutlaşan eser korunmaktadır.

Hususiyet taşıyan plan ve proje, çizim olarak; yani plan ve proje olarak korunacaktır. Bir kişi, mimari projeyi, müellifinden izin almaksızın uygulamak suretiyle bir bina yapmışsa iki ihtimalle karşılaşılır. İlk ihtimalde, binanın estetik özellikleri, fonksiyonel özelliklerine ağır basar. İkinci ihtimalde ise, bina ya hiç estetik özellik taşımıyor ya da fonksiyonel özellikler ağır basıyordur. İlk ihtimalde telif ihlali varken, ikinci ihtimalde yoktur. Zira Telif Yasasının 22. maddesine göre, estetik değer taşıyan mimari eserlere/yapılara ait plan ve projelerin uygulanması da çoğaltmadır.

Yargıtay, 2005 tarihli bir kararında estetik özelliği bulunmayan bir yapıya ait projenin, sadece proje olarak korunacağına

ilişkin ihtisas mahkemesi kararını onamıştır.

Uygulamada sorun daha ziyade bir yapıda sonradan değişiklik yapılması halinde karşımıza çıkmaktadır. Sözgelimi, daha önce en çok iki katlı bina inşasına izin verilen bir araziye, daha sonra dört kat için imar izni verilebilmektedir. Bu halde binanın maliki hali hazırda iki katlı olan binaya 2 kat daha eklemek isteyecektir. Ancak bu durumda ilk iki katın proje müellifi, projede değişiklik yapılması durumunda eserinde değişiklik yapıldığını, telif haklarının ihlal edildiğini, proje tadilatının da ancak kendisi tarafından yapılabileceğini veya bunun için kendisinden izin alınması gerektiğini ileri sürebilir. Nitekim uygulamada sıkça bu tür taleplerle karşılaşilmektedir. Ancak bu taleplerin kabulü mümkün değildir. Nitekim Yargıtay’a göre de eser sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyici değişiklikler yapılamaz, fakat malik, proje müellifinden izin almaksızın zorunlu ve gerekli değişiklikleri yapabilir. Yargıtay’ın eski tarihli bazı içtihatları aksi istikamette olsa bile, son yıllardaki içtihatları bu yöndedir.

6. TV PROGRAM FORMATLARI

TV formatlarının fikri mülkiyet korumasından yararlanıp yararlanamayacağı hususu güncel olarak çok tartışmalı bir konudur. Bu sorun için değişik ülkelerde farklı çözümler öngörülmüştür. TV formatları çoğu ülkede fikri yaratım olarak algılanmaktadır. Ancak telif hukuku anlamında bir eser olarak kabul edilip edilmeyeceği hususunda tartışmalar sürmektedir. Görünen o ki, bu sorun, hali hazırdaki sıradan ve alışılmış kanun maddeleriyle çözülemez ve fakat her somut olayın ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

Son verilere göre geçtiğimiz 6 yıl içerisinde ticari olarak işlem gören formatların sayısında çok ciddi bir artış gözlenmektedir. FRAPA'nın çalışmalarına göre 2004 ile 2009 yılları arasında toplam 445 orijinal format kendi ülkeleri haricindeki ekranlarda yer almıştır. Türkiye'nin bu konudaki konumu iki yönlüdür. Yani Türkiye format ithal ettiği gibi ihraç da etmektedir. Son yıllarda özellikle Arap ülkelerinin Türk TV program formatlarına büyük ilgi gösterdikleri bir gerçektir. Tabii ki bunun sonucunda her iki taraftan da telif hakkı ihlali iddialarının gündeme sıklıkla getirilmesi, formatların Türk mevzuatına göre nasıl bir korumaya tabi olabileceği sorusuna cevap aranmasını zorunlu kılmaktadır.

En başına dönersek, sorunun çözümü için öncelikle bir TV program formatının niteliğini belirlemek gerekir. Yargıtay önüne gelen bazı olaylarda, gerekli kıstasları taşıyan formatların telif korumasından yararlanabileceğine karar vermekle birlikte, bu kıstasların tanımını yapmaması ve koruma kapsamını belirlememesi gibi nedenlerle uygulama halen netlik kazanmamıştır.

Doktrindeki genel kabule göre; her bölümde içeriği değişebilirse de, bir televizyon şovunun izleyicileri tarafından, değişmeyen ana yapısına, üslubuna ve yayın akışına ilişkin olarak, kolaylıkla tanınabilen tüm karakteristik özellikleri, TV program formatı olarak adlandırılmaktadır. Bu tanımlamalar telif alanına uyarlandığında; eserin sabit ve değişmez temel özelliklerinin hususiyet taşıyıp taşımadığının tespiti gerekmektedir.

Türk Telif Yasasının 1/b maddesi uyarınca; sahibinin hususiyetini taşıyan ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her çeşit fikri ürün “eser” olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla bir fikri yaratımın eser olarak kabul edilebilmesi için sahibinin hususiyetini yansıtmayı, kanunda sınırlı sayı ile sayılmış eser kategorilerinden birine girmesi gerekmektedir. Bu bağlamda tartışılması gereken konu formatların fikri

bir yaratım olup olmadıkları değil; sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadıkları, kanunda sayılan eser kategorilerinden birine girip girmedikleri ve algılanabilir olup olmadıklarıdır. Telif hukuku fikrin kendisini değil somut dünyaya yansıma şeklini koruduğundan, formatların sayılan bu kriterlerle örtüşmesi kolay değildir.

Formatlar genellikle soyutlurlar ve yazılı kısımları sadece program akışına ilişkindir. Aslında bu durum format için fazlasıyla normal kabul edilen bir husustur. Zira daha detaylı bir açıklama veya planlaması olsaydı; bu durumda fikri yaratım bir senaryo şeklini almış olurdu ki; senaryolar zaten telif mevzuatıyla korunmaktadırlar. Bu anlamda formatlar ile senaryo arasındaki bir sınır çizmek, telif hukuku bakımından zor, ancak önemlidir. Formatların tespit edilebilme düzeyi göz önünde bulundurulduğunda, eser sayılabilme kriterleri açısından fazla yüzeysel ve soyut kalmaktadırlar.

Diğer yandan, kanunda sınırlı sayıdaki eser kategorilerinden birine dahil olma şartı da sorunlu başka bir alandır. Zira bu kategorilere yenilerinin eklenmesi sadece kanunla mümkün olabilmektedir. TV formatlarının bu kategorilerden hiçbirine doğrudan dahil olmadığı açıktır.

TV program formatlarının ilim-edebiyat eserleri kategorisine girip girmeyeceği tartışılabilir. Ancak doktrin bu soruya olumsuz cevap vermekte, formatların yeterli sanatsal ve entelektüel çabayı yansıtacak kadar soyut karakterinden uzaklaşmadığı görüşünü savunmaktadır. Bir edebiyat eseri gibi yazılı bir şekilde tespit ediliyor olması bu bağlamda formatların üçüncü kişilerce algılanabilmesini sağlamamaktadır. Yazıya dökülmüş olsalar bile formatlar hâlâ belirsiz ve dolayısıyla soyutlurlar. Her farklı yapımcı veya yarışmacı dahi programın içeriğini etkileyebilir ve/veya değiştirebilir. Dolayısıyla her somut olay için hususiyetin varlığının ayrı olarak incelenmesi gerekir. Ancak bu durumda

sahip olunması gereken hususiyet kıstasının yüksek olduğunun da unutulmaması gereklidir.

Konu Türk fikri mülkiyet hukukunun gündemine 2000li yılların başlarında açılan bir kaç dava ile girmiştir. Türkiye’de çok ünlü olan televizyon programı Televole, 2000 yılında bir tecavüz iddiası ile mahkeme önüne çıkmıştır. Bu davada Yargıtay açıkça televizyon program formatlarının Telif Yasasının 5. maddesi uyarınca sinema eseri olarak korunması gerektiğini belirtmiştir. Ancak bu kararda formatın tanımı, unsurları veya korumanın detaylarıyla ilgili herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

2004 tarihli başka bir davada 2008 SMS adlı bir yarışma programı davaya konu olmuştur. Davacı, yarışma programının orijinalinin Türkiye’deki format haklarının lisans sahibidir. Davalılar ise TV program formatlarının Türk Hukukuna göre telif korumasından yararlanamayacağını iddia eden Türk versiyonun yapımcısı ve programın yayınlandığı televizyon kanalıydı. Bu davada ilk derece mahkemesi eser şartlarına sahip olmasından dolayı somut olayda orijinal program formatının izin alınmadan kullanmasının telif ihlaline neden olduğu sonucuna varmıştır. Dosya Yargıtay önüne geldiğinde, Yargıtay TV program formatlarının telif korumasından yararlanıp yararlanamayacağı hususunun alanında uzman bir bilirkişi tarafından değerlendirilmesi gerektiğini belirtip, ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bu davayla beraber Yargıtay, formatların telif korumasından yararlanması için kapıyı aralamıştır. Bununla birlikte 2000 tarihli kararının aksine bu olayda Yargıtay, TV program formatlarının telif korumasından yararlanacağını açıkça belirtmemiştir. Bu davada alınan son bilirkişi raporu ise formatların, yeterince algılanabilir olmamalarından ve yasada sınırlı sayıdaki eser gruplarından herhangi birine girmediklerinden bahisle telif korumasından yararlanamayacağı sonucuna varmıştır.

Ancak son zamanlarda format lisanslamalarının piyasada yüksek değerlere ulaşması ve uluslararası arenada format alış-ve-rişinin hızlanması gibi sebeplerle formatların koruması daha da önemli hale gelmiştir. 2007 tarihli bir davada ihtisas mahkemesi şu sonuca varmıştır: “Eğer bir format yalnızca bir fikir olmaktan öte orijinallik taşıyorsa, orijinal detaylar barındırıyorsa, hususiyet taşıyorsa ve belli bir felsefe ve atmosferi varsa bu durumda o format telif hukuku tarafından korunacaktır; eğer ki orijinal değilse bu durumda koşullar oluşmuşsa haksız rekabet hükümleriyle korunması mümkündür.”

Yukarıda bahsedilen gelişmelerin ihtisas mahkemelerinin ve Yargıtay’ın içtihadını değiştirmesinde etkili oldukları bir gerçektir. Ancak yine de görüldüğü üzere konuyla ilgili kararlarda bir tutarlılık bulunmamaktadır. 2007 tarihli kararında Yargıtay; “... dava konusu formatın orijinal olduğu, davacının yaratıcılığını yansıttığı, görsel, işitsel ürün özelliklerini içerdiği, davacının kendi adını taşıdığı ...” gerekçelerini ortaya koymuş ve davalının, dava konusu formatın telif korumasından yararlanamayacağı yönündeki itirazlarını reddetmiştir. Bu bağlamda denilebilir ki; gerek bu kararda gerekse diğer Yargıtay kararlarında belirtilen şartları taşıması halinde formatların da telif hukuku ile korunması mümkündür.

Diğer yandan formatları koruyan başka hukuki araçlar da mevcuttur. Kümülatif koruma ilkesinden yararlanmak suretiyle hem doktrin hem de mahkemeler formatların sözleşme ilişkisi, marka hukuku veya haksız rekabet mevzuatıyla korunabileceği görüşündedirler. Ancak bu yöntemlerin sağlayacağı koruma düzeyinin sınırlı olduğu açıktır. Bu alternatiflerden, en kuvvetli ve uygun gözüken koruma, şartları olduğu takdirde, haksız rekabet hükümleriyle sağlanabilecektir. Son dönemlerde verilen Yargıtay kararları da bu yöndedir.

Özetle, bazı ülkelerde olduğu gibi bu konudaki uygulamalar somut olayın şartlarına göre değişmektedir. Bazı durumlarda formatlar doğrudan salt bir fikir olarak addedilmekte ve dolayısıyla eser sayılmamakta, bazı durumlarda ise teorik olarak formatların telif korumasından yararlanabileceği söylenmektedir. Bu durum da bize göstermektedir ki, bu konuda hâlâ bir fikir birliği sağlanabilmiş değildir.

Sonuç olarak Türk hukuku bakımından şu söylenebilir: Her ne kadar yukarıda anılan kararlarda belirtilen şartları sağladığı ve Yasada öngörülen “eser” sayılabilme kriterlerini taşıdıkları durumlarda telif korumasından yararlanabilecektir. Şartların varlığı halinde haksız rekabet koruması da gündeme gelebilecektir.

7. UYAR VE KALDIR PROSEDÜRÜ

Servis ve/veya içerik sağlayıcılar tarafından telif haklarına internet vasıtasıyla tecavüz edilmesi durumunda hak sahiplerinin ihlale sebep olan içeriğin kaldırılması için bu kişilere uyarıda bulunmaları ve uyarının sonuçsuz kalması durumunda Cumhuriyet Savcılığına başvurarak ilgili web sitesinin hâkim kararıyla kapatılmasını talep etme hakları doğmaktadır. Buna uyar-kaldır prosedürü denir.

Uyar-kaldır prosedürü ilk olarak 2004 tarihinde Telif Yasasının Ek 4. maddesiyle, daha sonra da 2007 tarih ve 5651 sayılı Kanunun (kısaca İnternet Kanunu) 9. maddesiyle düzenlenmiştir. İnternet Kanununun 9. maddesi, FSEK Ek m. 4 ile benzer bir uyar-kaldır metodu benimsemiştir. Uyar-kaldır metodunun yabancı hukuklardaki uygulamasına bakıldığında bu metodun internet üzerinden işlenen suçlar ve internetteki telif hakları tecavüzlerinin engellenmesinde önemli ve etkin bir araç olduğu görülmektedir.

Ancak bu prosedürün uygulanma aşamasına gelindiğinde sistemde birçok problem olduğu göze çarpmaktadır. Aşağıda değinilecek terminolojik problemler haricinde, uygulamada bu metodun uygulamacılar tarafından anlaşılamamış olmasından kaynaklanan sorunlar da yaşanmaktadır. Uyar-kaldır prosedürünün Türk Hukukundaki yerini ve uygulamasını tam olarak anlamak için yukarıda anılan iki kanun hükümlerinin birlikte ele alınması gerekmektedir.

Türk uygulaması, teori ve pratikte yabancı ülkeler ile paralel bir yol izlemektedir. FSEK'in Ek 4. maddesi uyarınca telif hakları ve bağlantılı hak sahiplerinin bu kanundan doğan haklarına internet vasıtasıyla tecavüz edilmesi durumunda, hak sahiplerinin başvurusunu takiben bu içerikler servis ve/veya içerik sağlayıcılar tarafından kaldırılır. Burada kanun koyucu hakları ihlal edilen hak sahiplerine iki aşamalı bir koruma sağlamaktadır.

Birinci aşamada hak sahipleri “bilgi içerik sağlayıcılara” başvurarak içeriğin telif ihlali yarattığını bildirmek ve ihlale sebep olan içeriğin 3 gün içerisinde web sitesinden çıkartılmasını talep etmek hakkına sahiptir. İhlalin devamı halinde bu defa, hak sahibi Cumhuriyet Savcısına yapacağı bir başvuru ile ihlale devam eden içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulmasını servis sağlayıcısından isteme hakkına sahiptir. Bu talep diğer bir anlamla internet sitesine erişim engellenmesi talebidir.

Servis sağlayıcı ile neyin kast edildiği mevzuatta tanımlanmamıştır. Fakat FSEK Ek m. 4'de bahsedilen “servis sağlayıcı”dan kasıt internete erişim hizmetini sağlayan ve dolayısıyla internet erişimini kontrol eden kurumdur. Halbuki İnternet Kanununda yapılan tanımlamaya göre, kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişi “erişim sağlayıcıdır”. Ancak FSEK Ek m. 4 ve İnternet Kanunu m. 9 arasındaki farklılık sebebiyle servis sağlayıcının mı yoksa erişim sağlayıcının mı erişim engelleme kararını uygulayacağı belli değildir.

Her ne kadar mevzuatta bu terminolojik karışıklık olsa da uygulamada FSEK Ek m. 4’de bahsedilen servis sağlayıcının İnternet Yasasındaki erişim sağlayıcıya karşılık geldiği hususunda bir görüş birliği vardır. Bu yorum doktrin ve Yargıtay tarafından da benimsenmektedir. Ancak şunu da belirtelim ki, henüz yasa-da Web 2.0 uygulamalarında platform sağlayıcılara karşılık gelen herhangi bir tanımlama olmadığından, şu anda Web 2.0 uygulaması sağlayıcıları da kanunlar önünde erişim sağlayıcı olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle erişim sağlayıcılarla aynı sorumluluklara sahiptirler.

Diğer yandan uluslararası uygulamada yer etmiş üç vuruş (three strike) kuralının şu anda Türk telif hukukunda uygulaması yoktur. FSEK Ek m. 4 uyarınca telif haklarına tecavüz ettiği iddia edilen kişiye yapılan bir uyarı üzerine bu kişi, içeriği web siteden 3 gün içerisinde kaldırmadığı takdirde, sonraki aşamalara geçmek için yeterlidir. Bu kişinin içeriği kaldırması için uyarabilmenin tek yolu web sitesi sahibinin ve eğer farklı bir kişiye içerik sağlayıcının, ilgili web sitesinde iletişim bilgilerinin bulunmasına bağlıdır. Ancak İnternet Kanunu bunu zorunlu kılsa da Telif Yasasında bu yönde bir düzenleme yoktur. Ayrıca İnternet Kanunundaki bu zorunluluk, sadece ticari faaliyette bulunan internet siteleri için getirilmiştir. Bu anlamda ticari faaliyette bulunmayan bir internet sitesi sahibi veya içerik sağlayıcısı bakımından böyle bir yükümlülük yoktur. Yasalarda bulunan bu “küçük” boşluk, uyar-kaldır prosedürünün gereği gibi işlemlerini neredeyse imkansız kılmaktadır. Bu nedenle web sitesi sahiplerinin genellikle bu uyarılardan haberi olmamakta ve dolayısıyla işlemde doğrudan erişimin engellenmesi kararı verilmesi aşamasına geçilmektedir. Bu uygulama ise, uyar-kaldır müessesini, amacından uzaklaştırarak erişimi engelleme prosedürüne yaklaştırmaktadır.

Uygulamada uyarıların yapılması için genellikle e-posta yolu tercih edilmektedir. Zira şikayetçi, çoğu zaman telif haklarını ih-

lal ettiğini iddia ettiği kimsenin posta adresi bilgilerine erişememektedir. E-posta yoluyla yapılan uyarıların alıcıya ulaşmadığı ise genellikle savcı veya hâkim tarafından denetlenen bir durum değildir. Sadece e-postanın atıldığını gösterir bir belge prosedürün ikinci aşamasını başlatmak için yeterli görülmektedir. Duruma göre savcı ve/veya hâkim bu belgeyi görünce, erişime engelleme kararını vermekte ve bu karar da hemen uygulamaya konulmaktadır. Buradaki problem aslında site sahiplerinin iletişim bilgilerini web sitelerinde barındırmamalarından kaynaklanmaktadır. Eğer bir şekilde bu husus zorunlu hale getirilirse, bu durumda telif hakkını ihlal eden kişiye rahatlıkla ulaşılabilir. Şikayetin yerinde olması durumunda içeriğin kaldırılması talep edilebilir ve böylelikle sitenin erişiminin engellenmesi aşamasına gelmeden problem çözümlenebilir. Bu yöntem, aynı zamanda savcılığa uyarı işleminin usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını kontrol etmesi açısından da kolaylık sağlayacaktır.

Uyar-kaldır prosedüründe yaşanan sorunlardan biri de İnternet Kanununun 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. Zira ilgili maddeye göre web sitelerinin erişimin engellenmesi ancak ve sadece bu maddede sayılan bazı suçların işlenmesi halinde yapılabilir. Bunlar arasında terörizm ve çocuk pornografisi gibi suçlar bulunmaktadır. Ancak telif haklarının ihlali bu maddede sayılan suçlardan değildir. Yukarıda da ayrıntılarıyla değinildiği gibi uyar-kaldır müessesesi aslında erişime engelleme müessesesi şeklinde uygulandığından, İnternet Kanunundaki düzenlemelere aykırı şekilde telif haklarının ihlali sebebiyle de web sitelere erişim engellenmektedir.

Daha da önemlisi bu tip kısıtlamaların telif hakları ihlallerini azaltmak adına etkili bir çözüm sunmadıkları açıktır. Zira öncelikle verilen bu erişim engelleme kararları sadece Türkiye sınırları içerisinde geçerlidir. Dolayısıyla Türkiye dışındaki erişim sağlayıcıları bakımından etkili değildir. İkinci olarak da erişime

engellenen sitelere çeşitli çevirimiçi veya çevirimdışı yöntemlerle Türkiye içerisinde de ulaşmanın çok kolaydır.

Internet sitelerine erişim engellenmesini protesto amacıyla kurulan sansüresansür.org istatistiklerine göre, farklı hakların ihlalden dolayı bugüne kadar 5.000 aşkın siteye erişim engellenmiştir. Telif ihlali nedeniyle kapatılan sitelerden en çok ses getirenleri ve protesto edilenleri ise MySpace Türkiye, Last.fm ve Vimeo olmuştur. Bu durum sadece kullanıcıları değil aynı zamanda bu sitelerde eserlerini paylaşan sanatçıları da rahatsız etmiştir. Zira bir kısım sanatçının telif haklarının ihlal edilmesi bütün sitenin erişime engellenmesine neden olmuştur. Erişime engelleme talepleri çoğunlukla aktif olarak çalışan meslek birliği MÜYAP (Bağılantılı Hak Sahibi Fonogram Yapımcıları Meslek Birliği) tarafından haklı gerekçelerle yapılmıştır. Ancak hâlâ uyar-kaldır prosedürünün, bu sitelerin erişimlerine engellenmesi aşamasında doğru bir şekilde kullanıp kullanılmadığı bilinmemektedir. MySpace Türkiye'nin, meslek birlikleriyle vardığı anlaşma sonucu ilgili site Türkiye'de yeniden erişime aldığı burada not edilmelidir.

8. YENİDEN İLETİM

Yeniden iletim hakkı Telif Yasasına 2001 yılında işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı başlığı altında girmiştir. Yasanın 25. maddesi “Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı

münhasıran eser sahibine aittir” diyerek yeniden iletim hakkını eser sahibine ait münhasır bir hak olarak kabul etmiştir. Yasanın 80. maddesi ise benzer bir hakkı bağlantılı hak sahiplerine tanımıştır. Bu maddeye göre bağlantılı hak sahiplerinin gerçekleştirdikleri tespitlerin işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yeniden iletimi hususunda izinlerinin alınması zorunludur.

Telif Yasasından başka, 3984 sayılı Radyo ve Televizyon Yasası da televizyon yayınlarının yeniden iletimi konusunda düzenlemeler içermektedir. Radyo ve Televizyon Yasasında hem uydu vasıtasıyla yayın hem de kablo yoluyla yeniden iletim Telif Yasasının 25. maddesiyle paralel olarak düzenlenmiştir. Kanunun 3. maddesinde yeniden iletim hakkı; “yetkili yayın kuruluşu tarafından kullanılan teknik araç ne olursa olsun, halkın izlemesi amacıyla yayınlanan radyo ve televizyon program hizmetlerinin değişiklik yapılmaksızın bütününe veya bir bölümünün alınmasını ve aynı anda veya daha sonra iletilmesi” olarak tanımlanmıştır.

Yüzeysel bir bakışla bile yeniden iletim hakkına ilişkin bazı problemler kolaylıkla göze çarpmaktadır. İlk olarak farklı düzenlemelerdeki, hatta aynı kanun içerisindeki farklı tanımlamalar sonucu ortaya çıkan çelişkiler endişe vericidir. Telif Yasasının 25. maddesinde aynı fiil “yeni den yayın” olarak tanımlanırken, bu fiili bağlantılı eser sahipleri açısından düzenleyen 80. maddede “yeniden iletim” terimi kullanılmıştır. Buna karşılık bağlantılı hak sahiplerinin haklarını düzenleyen yönetmelikte “yeniden yayın hakkı” tanımı yapılırken, Radyo ve Televizyon Yasasında ise “yeniden iletim” terimi tercih edilmiştir.

Her ne kadar terminoloji problemi çözümü kolay bir sorun gibi gözükse de; kablo ve uydu yoluyla yayın yapan kuruluşlar ve bu kuruluşların -özellikle izin alınmadan yapılan yeniden iletimler açısından- sorumluluklarının sınırlarının belirlenmesi aşı-

masında yukarıda örneklenen ve benzeri terminolojik farklılıklar önemli karışıklıklara ve hak kayıplarına sebebiyet verebilmektedir. Telif Yasasının 25. maddesi lafzı itibarıyla yayın kuruluşlarına yöneltilmiş durumdadır. Bu durum günümüzde kablo ve uydu yoluyla yayın yapan kuruluşlar açısından kanuni bir boşluk doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Zira bu tür kuruluşlar günümüzde sadece uydu yayınları için platform sağlamakla kalmamakta, aynı zamanda televizyon yayını yapan kanalları da işletmektedirler. Diğer bir deyişle bu tür kuruluşlar bir taraftan televizyon yayını yapan bir kuruluş pozisyonundayken, diğer taraftan da uydu platform sağlayıcısı olabilmektedirler.

Doktrinde yayın kuruluşlarının hak sahibinden izin alınmadan yapılan yayından ve yayının yeniden iletiminden dolayı sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Ancak kablo ve uydu platform sağlayıcılarının durumu hâlâ tartışmalıdır. Telif Yasasındaki düzenlemeler yayın kuruluşlarını izinsiz yapılan yayınlardan ve yayınların yeniden iletiminden sorumlu tuttukları için, kanunun lafzı itibarıyla kablo ve uydu platform işletmecileri bu düzenlemelerin kapsamına girmemekte ve dolayısıyla sorumluluktan kurtulmaktadırlar. Yargıtay'ın 2002 tarihli Telekom Kararında bu husus şu şekilde dile getirilmiştir: “Türk Telekom bir yayın kuruluşu olmadığı ve sadece yayın kuruluşlarının kablo veya uydu vasıtasıyla iletim yapmalarını mümkün kılacak iletim platformunu sağladığından dolayı Telekom hak sahiplerinin izinlerini almakla yükümlü değildir.”

Aslında kanundaki bu boşluk uluslararası anlaşmalardaki kaynak maddelerin Türk hukukuna geçirilmesi aşamasında yapılan bir hatadan kaynaklanmaktadır. Yukarıda da değinildiği gibi, yeniden iletim hakkıyla ilgili olarak Telif Yasasında “yayın kuruluşları” ve “yayınlama” fiilinin kullanılması tercih edilmiştir. Oysa kaynak madde olan Bern Konvansiyonunun mükerrer 11. maddesine bakıldığında; “kuruluş” (organization) teriminin

kullanıldığı görülecektir. Maddenin Türk hukukuna uyarlanması aşamasında yapılan bu değişiklik, kablo ve uydu platform işletmecilerinin bu kapsamdan çıkarmış ve sorumluluktan kurtarmıştır. 2002 tarihli Telekom kararında da benzer gerekçelerle Telekom bir kablo üzerinden yayın operatörü olarak değerlendirilmiş ve dolayısıyla hak sahiplerinden izin alma yükümlülüğünün dışında bırakılmıştır. Ancak daha güncel olan 2007 tarihli Digtürk davasında; ihtisas mahkemesi bir uydu platform işletmecisi olan Digtürk'ü de izinsiz yapılan yeniden iletimden sorumlu tutmuş ve bu yolla telif ihlali yapılmasına yardım ettiği gerekçesiyle Digtürk aleyhine tazminata hükmetmiştir.

Kanundaki bu boşluğun yarattığı olumsuz durumun haricinde yeniden iletim hakkının Telif Yasasındaki konumu da başka bir tartışma konusudur. Şöyle ki, özellikle telif ücretlerinin toplanması hususunda yeniden iletim hakkının, umuma arz hakkının bir alt kategorisi mi yoksa eser sahibine tanınmış ayrı bir hak mı olduğu hususu önem arz etmektedir. Telif Yasasının 43. maddesinde uydu ve kablolu yayın kuruluşlarının yayınlarında yararlanacakları opera, bale, tiyatro ve benzeri sahne eserleriyle ilgili olarak hak sahiplerinden önceden izin almak zorunda oldukları ve ilgili sektördeki meslek birlikleriyle yapacakları anlaşmalar çerçevesinde bu yayınlar için telif ücreti ödeyecekleri açıkça hükme bağlanmıştır. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere yeniden iletim hakkı meslek birliklerince takip edilecektir. Bununla beraber Yasanın 52. maddesi uyarınca mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır. Dolayısıyla meslek birliklerinin üyeleriyle yaptıkları sözleşmelerde meslek birliklerine takip etmeleri için yetki verilen hakların açıkça ve tek tek gösterilmesi gerekmektedir.

Bu noktada üyelerinden sadece umuma iletim yetkisini almış meslek birliklerinin bu yetkiye dayanarak yeniden iletim hakkını

da takip etmeye yetkili olup olmadıklarına karar verilmesi gerekmektedir. Bu husus bizi yukarıda açıklamaya çalıştığımız soruna götürmektedir. İhtisas mahkemesinin 2010 tarihli bir kararında meslek birliklerinin üyelerinde umuma iletim yetkisini kanuna uygun bir şekilde devralmış meslek birliklerinin aynı zamanda yeniden iletim hakkını da takip etmeye yetkili olduklarına karar vermiştir. Ancak bu yazının tamamlandığı tarihte bu dava henüz Yargıtay önüne çıkmamıştır. Bu anlamda Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını onaylaması durumunda yeniden iletim hakkının umuma iletim hakkının bir alt kategorisi olduğu kabul edilmiş olacaktır ki; bu durum bu hakkın Türk hukukundaki uygulamasını uluslararası hukuk arenasındaki uygulamasından farklı bir konuma getirecektir.

Sonuç olarak Türk hukukunda yeniden iletim kavramının tam olarak oturmadığını söylemek yerinde olacaktır. Hukuki terminolojideki farklılıklar ve ilgili kanun hükümlerinin yarattığı boşluklar bu hakkın hak sahipleri açısından etkin bir şekilde uygulanmasını da zorlaştırmaktadır. Yeniden iletim filinde rol oynayan kuruluşların sorumlulukları bakımından ise hukuki durum daha da bulanıktır. Her ne kadar Türk hukukunda yapılan uyarılma çalışmaları yeniden iletim hakkını uluslararası düzeyde uyumlaştırma çabası çerçevesinde yapılmış olsa da konunun tam olarak açıklığa kavuşturulması için yeni düzenlemelere ve/veya konuyu sabit bir uygulamaya kavuşturacak Yargıtay kararlarına ihtiyaç olduğu açıktır.

ALTINCI BÖLÜM

FİKRİ MÜLKİYET VE HAKSIZ REKABET HUKUKU

1. TESCİLLİ BİR SINAÎ HAKKIN KULLANIMI VE HAKSIZ REKABET

Türk fikri mülkiyet hukukunda gerçek hak sahipliği ilkesi geçerlidir. İlkeye göre, bir hak gerçekte kime aitse koruma da o kişiye bahşedilir. Ancak sınaî hak başkasına ait olmakla birlikte üçüncü bir kişinin adına yapılan tescillere sıkça şahit olunmaktadır. İşte bu durumu dikkate alan yasa koyucu, soruna ilişkin kural öngörmüş, aynı zamanda bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Böylece yasa koyucu, getirdiği ana kural ile bir yandan haksız tescilleri korumak istememiş, diğer yandan ana kurala getirdiği istisnalar ile hukuk güvenliğini sağlamaya çalışmıştır. Konuya ilişkin öngörülen sistem kısaca aşağıdaki gibidir.

a) Hükümsüzlük Kararları Kural Olarak Geriye Etkilidir

Mevzuatta hükümsüzlük kararlarının geriye etkili olduğu açıkça kabul edilmiştir. Buna göre, bir sınai hak tescilinin hükümsüzlüğü ancak hukuk davası ile ileri sürülebilir. Davanın kabulü halinde verilen hükümsüzlük kararının sonuçları kural olarak geriye etkilidir. Bu kurala göre marka, patent, faydalı model, tasarım, coğrafi işaret, entegre devre topografyası ve ıslahçı hakkına sağlanan koruma, hükümsüzlük halinde baştan itibaren yok sayılır. Yani hükümsüzlük kararıyla, daha önce sağlanan koruma hiç doğmamış kabul edilir. Diğer yandan kesinleşen hükümsüzlük kararı herkese karşı hüküm doğurur.

b) Hükümsüzlük Kararlarının Geriye Yürümediği Haller

Hukuk güvenliği bakımından şu iki halde hükümsüzlük kararları geriye yürümez. Yani tescilin geçerli olduğu dönemdeki bu işlemler, hükümsüzlük kararından sonra da geçerliliğini sürdürür: i) Hükümsüzlük kararı verilmeden önce, tescilden doğan haklara tecavüz sebebiyle verilen, kesinleşmiş ve uygulanmış mahkeme kararları, ii) Hükümsüzlük kararından önce tescil sahibi ile üçüncü kişiler arasında yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler.

Hükümsüz kılınan tescil sahibinin kötü niyetli olması halinde ise, bu iki istisna uygulanmaz. Yani hükümsüzlük kararı, bu hallerde geçmişe etkilidir. Böylece yasa koyucu, haksız tescil sahibi iyi niyetli kişiyi, kötü niyetli olandan ayırmıştır. Tescil sahibi kötü niyetli ise, hükümsüzlük kararı hiçbir istisnaya yer olmaksızın geriye etkili kılınmıştır. Dolayısıyla mevzuata göre, hükümsüzlük kararı bu istisnalar dışındaki tüm durumlar bakımından geriye etkilidir. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere Yargıtay içtihatları ile geriye etkili olma kuralına başkaca istisnalar da getirilmiştir.

c) İctihat Hukukundaki Durum

Yargıtay, sınai mülkiyete ilişkin tesciller bakımından hukuka güven ilkesini abartılı bir şekilde uygulamaktadır. Herhangi bir sınai hak için elde edilen haksız ve kötü niyetli tesciller, hükümsüz kılınıncaya kadar en geniş kapsamda korunmaktadır. Söz konusu tescillerin mahkeme kararıyla hükümsüz kılınmaları durumunda ise, mevzuatta öngörülenin aksine kararlar geriye yürütülmemekte, ancak verildiği tarihten itibaren ileriye dönük olarak hüküm ifade etmektedir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin kararlarına göre, tescil kötü niyet nedeniyle hükümsüz kılınsa dahi tescil sahibi, hükümsüzlük anına kadarki faaliyetleri nedeniyle sorumlu tutulmamaktadır. Yargıtay'ın vermiş olduğu müstakar kararlara göre tescilli bir markası, patenti, faydalı modeli, tasarımı, unvanı veya işletme adı bulunan kişinin, tescilli haklarını kullanması meşrudur. Tescil sonradan hükümsüz kılınsa dahi bu kullanım, hukuka aykırılık teşkil etmez. Zira Yargıtay'a göre, hukuken var olan bir hak, fiilen yok sayılamaz. Dolayısıyla Yargıtay, hükümsüzlük anına kadar gerçekleşen kullanım için, gerçek hak sahibinin, kötü niyetli tescil sahibinden tazminat isteyemeyeceği görüşündedir.

Yargıtay, kötü niyetin açık olduğu bazı hallerde de buna hiç değinmeden, tescil süresince devam eden kullanımın hukuka uygun olduğuna hükmetmektedir. Sözgelimi, 2005 tarihli bir kararında, MASERATI ibareli tanınmış markayı kendi adına tescil ettiren ve kullanan yerli bir firmanın marka tecavüzü ya da haksız rekabet yapmadığı, zira tescilli hakkın kullanımının hukuka aykırı sayılamayacağı, ancak adına tescilli markanın da hükümsüz kılınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Yargıtay'ın bu yönde çok sayıda kararı bulunmaktadır.

Yargıtay'ın mevzuata aykırı bu içtihadı doktrin tarafından da haklı olarak eleştirilmektedir. Yargıtay'ın kötü niyet kuralını işlet-

memesi, uygulamada kötü niyetli kişileri cesaretlendirmektedir. Bu yaklaşım Türkiye’de çok sayıda kötü niyetli tescilin varlık nedenlerinden birisidir. Çünkü kötü niyetli kişiler, başkasına ait markayı ya da incelemesiz sistemden faydalanarak harcı âlem bir tasarımı veya buluşu kendi adlarına tescil ettirerek haksız kazanç elde etmektedir. Kötü niyetli kişiler elde ettikleri tescil belgesini haksız yere rakiplere karşı kullanmakta, bunun karşılığında en kötü ihtimalle belgeleri uzun bir yargılama süresi sonunda hükümsüz kılınmaktadır. Bu şekilde elde ettiği pazar avantajı ve gerçekte hukuki dayanağı olmaksızın rakibe verdiği zararları da tazmin etmemektedir.

Konu özellikle tanınmış markalar ile tasarım ve faydalı modeller bakımından sıkça suiistimal edilmektedir. Tanınmış markayı kendi adına her nasılsa tescil ettiren kişi, bu markayı yıllarca kullanmasına rağmen, kendisinden tazminat talep edilememektedir. Zira yukarıda işaret edildiği üzere tescil hükümsüz kılınsa dahi, hükümsüzlük kararı geriye işletilmemekte ve tescil süresince gerçekleşen kullanım hukuka uygun sayılmaktadır.

Benzer şekilde kötü niyetli bir kişi, incelemesiz sistemden de yararlanarak başkasına ait patentli bir buluşu, kendi adına faydalı model olarak tescil etmektedir. Patent sahibi tecavüz davası açmasına rağmen davalı taraf, faydalı model tesciline dayanarak tazminat ödemekten kurtulmaktadır. Oysa faydalı modellere de birebir uygulanabilir nitelikte olan, Patent KHK’nın 78. maddesi; “patent sahibi patentini kendi patentinden daha önceki rüçhan tarihine sahip olan patent sahiplerinin açmış olduğu patente tecavüz davasında bir savunma gerekçesi olarak ileri süremez” hükmünü içermektedir. Yargıtay’ın konuya ilişkin içtihadı bu düzenlemeye de açıkça aykırıdır.

Kanaatimizce Yargıtay’ın adeta kötü niyeti teşvik edici içtihadından bir an önce dönmesi, Türk fikri mülkiyet sisteminde adaletin sağlanması bakımından bir zorunluluktur.

2. TESCİLSİZ BULUŞLAR VE HAKSIZ REKABET

Yasa koyucu buluş sahibine patent vererek, buluş üzerinde münhasır yetkiler tanımakta ve buluşa konu ürünü bir süre için rekabetten uzak tutmaktadır. Patentle sağlanan koruma ile rekabetin sınırlandırılmasında güdülen amaç teknolojik ilerlemeyi desteklemek, teşvik etmek, teknik bilginin yaygınlaşmasını sağlamak, böylece ülke ekonomisini uzun vadede dünya ekonomileri ile rekabete açabilmektir. Literatürde patent koruması, buluş sahibi ile devlet arasında yapılan farazi bir sözleşmeye dayandırılır. Buna göre buluş sahibi, buluşunu topluma sunar. Devlet de bunun karşılığında buluş üzerinde süreli olarak tekel hakkı (patent koruması) sağlar. Süre sona erince buluş toplumun malı olur. Kişi, patent tescili yaptırarak buluşunu toplumla paylaşmadığı sürece patent korumasından da faydalanamaz. Patent korumasına bir alternatif olarak, eğer teknik olarak mümkünse, kişi buluşunu gizli tutar ve ticari sır korumasından süresiz olarak yararlanabilir.

İster özendirme isterse teşvik teorisi esas alınsın, patent korumasının en karakteristik özelliklerinden birisi süre ile sınırlı olmasıdır. Dolayısıyla, patent koruma süresi sona eren bir buluş haksız rekabet hükümleri ile korunmaz. Çünkü patent hukukunun temel ilkesi gereği, koruma sürelidir; süre bitince buluşun kullanımı serbest hale gelir. Koruma süresinin sona ermesine rağmen haksız rekabet kurallarına müracaat etmek bu temel ilkeye açıkça aykırıdır.

Ancak Yargıtay'ın içtihatları tamamen aksi yönde ilerlemektedir. Yargıtay 1995 tarihli bir kararında tescili bulunmayan bir ürünün taklidini haksız rekabet olarak nitelemiştir: "...Taraflara ait radyan sobaların bir bütün halinde benzerliğinden söz edilemez ise de, fan ve rezistans bölümünün birbirine benzediği aşikârdır. Fan ve rezistans bölümünün üstte olması teknik bir

zaruret kabul edilebilir. Ancak, bu bölümlerin aynıyet derecesinde benzer bir şekilde davalı tarafından imal edilmesi TTK.nun 57/5. maddesine göre haksız rekabet teşkil eder. Diğer bölümler için benzerlik, fonksiyonları gereği olduğundan ve esasen sistem benzerliği bulunmadığından, fan ve rezistans dışındaki kısımlar için haksız rekabetin mevcut olmadığından kabulü gerekir”.

Yargıtay 1996 tarihli bir kararında bir ürünün taklidini tek başına hakız rekabet kabul etmiştir: “...Davalı tarafından üretilen ‘Climaks’ markasını taşıyan sobanın davacı tarafından üretilen ‘Delonghi’ markasını taşıyan sobaya dış görünüm, dizayn ve teknik sistem yönünden aynıyet derecesinde benzemesi sebebiyle davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiği...”.

Başka bir olayda ise, yine Türkiye’de hiçbir tescili olmayan ürün bakımından 1996 tarihinde Yargıtay şu kararı vermiştir: “...Davacı şirketin ürettiği fırınlar ile davalı şirket fırınlarının dış görünüş, parçalar, fonksiyon ve prensip olarak aynıyete yakın benzerlikler taşıdığı gibi benzerliğin teknik bir zorunluluktan kaynaklanmadığı, üstün hakkın, önceden imalata başlayıp-yurtdışından teknoloji de transfer eden davacıda olduğu gerekçeyle davalıların haksız rekabetlerinin tespitine...”.

Bilindiği üzere patent koruması ülkeseldir; yani bir buluş, hangi ülke(ler)de tescil edilmişse sadece o ülke(ler)de patent korumasından faydalanılabilir. Tescil edilmeyen ülkelerde koruma yoktur. Buna karşılık Yargıtay 1997 tarihli bir başka kararında ise ülkesellik ilkesini dikkate almaksızın ABD’de patentli ve fakat Türkiye’de patenti olmayan bir buluşun haksız rekabet hükümleri ile korunacağına karar vermiştir.

Yargıtay hatalı uygulamalarını son yıllarda da sürdürmüştür. Örneğin, 2007 tarihli bir Yargıtay kararına konu olayda Rolex firmasının, Arpaş firmasına karşı açtığı davada davacı, iltibas iddiasında bulunmuştur. Davalı firma ise, davacıya ait ürünle-

rin iltibas iddiasına konu özelliklerinin yenilik ve özgünlük taşımadığı, bu özelliklerin pek çok ünlü saat üreticilerince üretilen saatlerde aynen kullanıldığı, davacı ürünlerinin 9 ila 20 kat daha pahalı olduğundan tüketicilerin farklı markalı (Rolex ve Arpaş) taraf ürünlerini karıştırmalarının düşünülemeyeceği savunmasında bulunmuştur. Yerel mahkeme; “... uyumsuzluk konusu saatlerin bilekliklerinin aynı tip olup metalik baklanın kilitlenme sistemlerinin benzer mekanizmaya sahip bulundukları, benzer kancalı tırtıklı çerçevelerle süslendikleri, davalıya ait iki model saatin dizayn, bilezik tipi, kadrantlardaki hanelerinin biçimi, kadrant camının boyut ve fon çerçevelendirilmesinin davacı ürünleriyle benzerlik taşıdığı...” gerekçesiyle haksız rekabet iddiasını kabul etmiş olup, Yargıtay da bu kararı aynen onamıştır.

Başka bir ihtilafta ihtisas mahkemesi son derece isabetli tespitler yapmasına rağmen Yargıtay 2008 tarihinde bu kararı hatalı bir şekilde bozmuştur. İhtisas mahkemesinin kararı şöyledir: “... Davacı ürününün ABD’de tescilli beş adet patente konu olduğunun belirtildiği, etiketleme makinaları için davacının TPE nezdinde tescilli tasarım veya patent belgesinin bulunmadığı, o halde yalnızca ABD’de geçerli patent belgesinden doğan hakların Türkiye’de ihlalinden bahsetmenin söz konusu olamayacağı, ayrıca bu buluşun veya ürünün Türkiye’de haksız rekabet yolu ile korunmasının da talep edilemeyeceği, aksi düşüncenin TPE. ne hiçbir bedel ödemedi ve ülkemizde geçerliliği bulunmayan bir buluşa veya ürüne koruma verilmesi anlamına geleceği, bu hususun patent belgesinin süreli olması ve 20 yıllık sürenin sonunda buluşun tüm insanlığın hizmetine sunulması ve herkesin bundan istifade etmesini sağlayan amacına ve 551 sayılı KHK. nın 133/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği, ayrıca özel yasa düzenlemelerinin bulunduğu hallerde genel hukuk kurallarına başvurulmasının da mümkün olmadığı...”. İhtisas mahkemesinin atıfta bulunduğu 133/2. maddede; “Hakkı sona eren pa-

tentin konusu, sona erme sebebinin gerçekleşmiş olduğu andan itibaren, toplumun malı sayılır” hükmüne yer verilmiştir.

Yargıtay bu kararı şu gerekçelerle bozmuştur: “... 551 sayılı KHK’nin amaç ve kapsamı; buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model belgesi vererek korumak; sınai hakkın tesisine uygun buluşlara patent veya faydalı model belgesi verilerek bunların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsamaktır. Ancak, patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK’nde Türkiye’de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. TTK’nun haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddelerinin varlığı karşısında mahkemenin ilk gerekçesi, hukuka uygun bir gerekçe olarak kabul edilemez”.

Yargıtay’ın bu kararı, modern patent sistemine açıkça aykırıdır. Yargıtay bu içtihadından dönmediği sürece, özel mevzuat hükümleri ile öngörülen fikri mülkiyet sistemi anlamsız hale gelecektir. Bu nedenle de Türkiye’de gerçek anlamda bir fikri mülkiyet sistemi kurulamayacak demektir. Bugün içinde bulunduğumuz durumu tespit etmek gerekirse, tescilsiz buluşların Türkiye’de haksız rekabet hükümleri ile korunduğunu ve bu ayırık uygulama ile hemen tüm gelişmiş ülkelerde uygulanan sistemden uzaklaşıldığını söylemek yerinde olur.

3. TESCİLSİZ TASARIMLAR VE HAKSIZ REKABET

Türkiye’de tasarım korumasına ilişkin ilk düzenleme 1995 tarihinde Tasarım KHK ile yürürlüğe girmiştir. Ancak anılan düzenlemede, mehzazını teşkil eden AB Tasarım Tüzüğü’nün aksine tescilsiz tasarımlar düzenlenmemiş; bunların genel hükümler

çerçevesinde korunacağı kuralı getirilmiştir. Genel hükümlerden maksat; telif ve marka gibi koruma modellerinden başka, esas itibarıyla Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin düzenlemesidir. Haksız rekabete karşı korumanın, süre bakımından herhangi bir sınırı olmadığından, tescilsiz tasarımlar da bu kapsamda şartların varlığı halinde süresiz olarak korunmaktadır.

1995 öncesinde, tasarımlara ilişkin özel düzenlemeler bulunmadığından, uygulamada bu tür fikri ürünlere içtihat hukuku ile çok geniş bir haksız rekabet koruması sağlanmıştır. Yargıtay bu yöndeki içtihatlarını esas itibarıyla emek ilkesine dayandırmaktadır. Sözgelimi, Tasarım KHK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki bir eyleme ilişkin olarak 1995 tarihli bir kararında Yargıtay şu sonuca ulaşmıştır: "... Taraflara ait radyan sobaların bir bütün halinde benzerliğinden söz edilemez ise de, fan ve rezistans bölümünün birbirine benzediği aşîkârdır. Fan ve rezistans bölümünün üstte olması teknik bir zaruret kabul edilebilir. Ancak, bu bölümlerin aynıyet derecesinde benzer bir şekilde davalı tarafından imal edilmesi TTK'nun 57/5. maddesine göre haksız rekabet teşkil eder".

1995 tarihindeki özel düzenlemeler yürürlüğe girdikten sonra Yargıtay'ın emek ilkesine ilişkin görüşünde değişiklik beklenirdi. Zira tasarım geliştirerek emek harcayan kişilerin bu emekleri, belirli şartlar altında tasarım mevzuatında öngörülen sürelerle sınırlı bir şekilde zaten korunmaktadır. Başka bir deyişle uygulama, özel hüküm – genel hüküm ilişkisi gereği özel düzenlemelere öncelik tanınarak şekillendirilmeliydi. Ancak Yargıtay, yeni düzenlemelerden sonra da eski içtihadında hiçbir değişiklik yapmamıştır. Bugün tescilsiz tasarımlar halen haksız rekabet ilkeleri çerçevesinde süresiz olarak korunmaktadır.

Esasen ürün benzeşmesi nedeniyle haksız rekabetten söz edebilmek için iltibasın varlığı aranmalıdır. Nitekim Yargıtay 1989

tarihli bir kararında, müstakar içtihatlarının bu yönde olduğuna vurgu yapmıştır. Ancak konuya ilişkin kararlar kendi içinde tutarlı değildir. Nitekim haksız rekabete ilişkin pek çok kararda, iltibasın varlığı aranmamaktadır. Yargıtay bu tür kararlarında; hiçbir teknik zorunluluk olmadığı halde başkasının ürününe benzerliğin bulunmasını başlı başına haksız rekabet kabul etmektedir. Dolayısıyla bir başkasına ait tescilsiz tasarımın aynen ya da benzer biçimde kullanılması durumunda, iltibas tehlikesi var olmasa dahi, haksız rekabetin varlığı kabul edilmektedir. Bu da haksız rekabet çerçevesinde tescilsiz tasarımlara sağlanan korumanın kapsamını genişletmektedir. Sözgelimi, yukarıda incelenen karara konu olayda rezistans, nihai kullanıcı tarafından görülemeyeceği için iltibasın varlığından söz edilemez. Ne var ki, haksız rekabetin oluşması için Yargıtay benzerliği tek başına yeterli gördüğünden somut olayda haksız rekabetin varlığını kabul etmiştir.

Türk hukukunda tescilli tasarımlar bakımından mutlak yenilik (dünyada yenilik) kriteri benimsenmiştir. Yargıtay’a göre, tasarımın yenilik ve ayırt edici niteliklerinin bulunmaması, yani mevzuatta öngörülen koruma şartlarını taşımaması bu tasarımın haksız rekabet hükümleri ile korunmayacağı anlamına gelmez. Yargıtay’ın 1999 tarihli bir kararına konu olayda, davanın dayanağını teşkil eden tasarım tescili, tasarım yeni olmadığı için hükümsüz kılınmıştır. Tasarım tescili hükümsüz kılınan davacı taraf, haksız rekabet hükümlerine dayanarak tasarımının taklit edildiğini ileri sürmüş ve davası kabul edilmiştir.

2002 yılında Yargıtay’ın kararına konu bir olayda ilk defa yabancı bir firma tarafından yurtdışında piyasaya sunulmuş bir ürün, belirli bir süre sonra Türkiye’de yerli bir firma tarafından ilk defa piyasaya sunulmuştur. Yerli firma Türkiye’de ürünü büyük emek ve para harcayarak tanıtmıştır. Taklit eden firma, ürünün aslında yeni olmadığı, yurtdışında başkalarınca piyasaya sunulduğu savunması yapmıştır. Yargıtay ise, sırf tanınmışlıktan

istifadeye yönelik olarak bu ürünün tasarımının aynen kullanımı-
nı haksız rekabet kabul etmiştir. Ne var ki, 2002 tarihli başka bir
kararında ise, tescilsiz tasarımlar bakımından mutlak/dünyada
yenilik aramıştır. Yargıtay 2008 tarihli başka bir kararında, somut
olayda Türkiye’de yenilik kararına gönderme yapılırken şu ifade-
leri kullanmıştır: “Dairemizin 30.05.2002 tarih ve 2240/5406
sayılı kararında da belirtildiği üzere, ilk defa yurtdışında kamuya
sunulmuş bir tasarımın belli bir süre sonra Türkiye’de kullanıl-
ması durumunda şayet, Türkiye’de bu tasarımı ilk defa kullanan
kişi büyük emek ve para harcayarak bu tasarımın kullanıldığı
ürünü tanıtmış ve bir başkası da sırf bu tanınmışlıktan istifadeye
yönelik olarak bu tasarımı aynen kullanmaya kalkışır ise, bu dav-
ranışın haksız rekabet olduğunun kabulü gerekmektedir... İlk
defa yurtdışında piyasaya sunulan ve Türkiye’de de herhangi bir
tescilli sınai hak ile korunmayan tasarımın uygulandığı ürünün,
Türkiye’de ilk kez piyasaya sunulup, büyük emek ve para harca-
narak tanınmış olması yeterli olmayıp, bir başkasının bu emek
ve tanınmışlıktan haksız surette yararlanmaması ve iltibası ön-
leyecek tedbirleri alması gereklidir”. Sonuç olarak somut olayda
davacıya ait emek ve tanınmışlıktan yararlanma bulunmadığı ge-
rekçesiyle Yargıtay, haksız rekabetin varlığını tespit eden mahalli
mahkeme kararını bozmuştur.

2005 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu (HGK) kararına göre
de tescilsiz tasarımların dünyada ve Türkiye’de ilk kez davacı
tarafından geliştirilip geliştirilmediğine bakılmalı ve davalının
da bu tasarımları taklit edip etmediği incelenmelidir. HGK’ya
göre, tescilli bir tasarıma dayanılmadığı; sadece haksız rekabet
hükümlerine dayanıldığı için dava konusu tasarımların yeni olup
olmadığına da bakılmamalıdır.

Yargıtay 2009 tarihinde verdiği kararlarda da, teknik zorunlu-
luk olmadığı halde tescilsiz bir tasarımın, üçüncü kişilerce kulla-
nımını haksız rekabet kabul eden içtihadını sürdürmüştür. Yar-

gıtay, ihtisas mahkemelerinin, AB düzenlemelerini hatırlatarak, esasen tescilsiz tasarımın mehzaz hukukta üç yılla sınırlı olarak korunduğı, dolayısıyla Türkiye’de de en fazla korumanın bu kadar olması gerektiğı şeklindeki kararlarını da bozmuş ve tescilsiz tasarımların süre sınırı olmaksızın korunacağına hükmetmiştir.

Sonuç olarak, bugün itibariyle tescilsiz tasarımların haksız rekabet hükümleri ile tescilli tasarımlara göre çok daha geniş bir korumaya sahip olduğu söylenebilir. Bu sebeplerle, belki de tescilli tasarım sahiplerinin dava aşamasında haksız rekabet hükümlerine dayalı taleplerde bulunmaları çok daha avantajlı olabilir.

HAKKIMIZDA

Av. Dr. Cahit Suluk tarafından 2001 yılında kurulan ve yerli-yabancı pek çok firmaya Fikri Mülkiyet Hukuku ve Haksız Rekabet alanında hizmet veren Büromuz, 2008 yılında Av. Yasemin Kenaroğlu'nun katılımıyla Suluk & Kenaroğlu Avukatlık Bürosu adını almıştır.

Suluk & Kenaroğlu Avukatlık Bürosu, yüksek lisans ve doktora derecesi bulunan avukatlarıyla İstanbul'daki merkez ve Ankara'daki irtibat bürosunda hizmet vermektedir. Uzmanlık alanımız başta marka, patent, tasarım, telif hakları olmak üzere, alan adları, ıslahçı hakları, entegre devre topografyaları ve coğrafi işaretleri de kapsamaktadır.

Suluk & Kenaroğlu Avukatlık Bürosu, Fikri Mülkiyet Hukukundaki avukatlık ve danışmanlık tecrübesinin yanı sıra, bünyesindeki marka ve patent vekilleri aracılığıyla Türk Patent Enstitüsü nezdindeki her türlü marka, patent, faydalı model ve tasarım dosyalarında da vekillik hizmeti sunmaktadır.

Türkiye'de pek çok üniversitenin lisans ve yüksek lisans programlarında Fikri Mülkiyet Hukuku dersleri veren kurucumuz Av. Dr. Cahit Suluk'un akademik çalışmaları, Türkiye çapında geniş bir kitle tarafından takip edilmektedir. Büromuz bugün üniversitelerde kaynak eser olarak başvurulana, yerli ve yabancı yayınlarda atıflar yapılan ve hukuk pratiğinde sıkça yararlanılan eserleri hukuk dünyasına kazandırmanın mutluluğunu yaşamaktadır.

Suluk & Kenaroğlu Avukatlık Bürosu

ESERLERİMİZ

A. KİTAPLARIMIZ

Av. Dr. Cahit Suluk

1. *Yedek Parça Tasarım Hakkının Korunması*, Yargı, 2001.
2. *Avrupa Topluluğu Hukukunda Tasarımların Korunması - Topluluk Tasarımı*, Seçkin, 2002.
3. *Tasarım Hukuku*, Seçkin, 2003.
4. *Telif Hakları ve Korsanlıkla Mücadele*, Hayat, 2004.
5. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, C. I: Mevzuat, Arıkan, 2005 (Keşli/Orhan ile birlikte).
6. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, C. II: Genel Esaslar, Fikir ve Sanat Eserleri, Arıkan, 2005 (Orhan ile birlikte).
7. *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, C. III: Tasarımlar, Seçkin, 2008.
8. *Yayıncıların Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile İlgili Sorunları ve Çözüm Önerileri*, İTO, 2006.
9. *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, 2. Baskı (Karahana/Saraç/Nal ile birlikte), Seçkin, 2009.

B. MAKALELERİMİZ (Seçilmiş)

Av. Dr. Cahit Suluk

10. “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tescilli Tasarımları Koruma Şartları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* (FMR), 2001.
11. “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması”, FMR, 2001.

12. “Tasarımların Onarım Amaçlı Kullanımı”, BATİDER, 2001.
13. “Tasarım Kavramı ve Hukuksal Korunma”,
İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi, 2001.
14. “Tasarım Tescilinin Önemi ve Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar”, *İstanbul Sanayi Odası Dergisi*, 2001.
15. “AB ve Türk Hukukunda Faydalı Modellerin Korunması (I) ve (II)”, FMR, 2002.
16. “Tasarımcıya Seçenek Bırakmayan Tasarımların Hukuki Durumu”,
Prof. Dr. Ö. Teoman Armağanı, Beta, 2002.
17. “Topluluk ve Türk Hukukunda Görünmeyen Tasarımlar”,
İÜHFM, 2002.
18. “Tasarım Hukukunda ‘Bilgilenmiş Kullanıcı’ ve Uygulamada Bazı Sorunlar”, *Bilgi Toplumunda Hukuk* (Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağanı), Beta, 2003.
19. “Anayasa Mahkemesinin Faydalı Model ve Markalara İlişkin Kararlarının Düşündürdükleri: Anayasaya Aykırılık Sorunu”,
FMR, 2004.
20. “Sınai Mülkiyet Haklarında Hükümsüzlük Kararlarının Etkisi”,
Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (FMHD), 2006.
21. “Fikri Mülkiyet Hukukunda Milli Muamele İlkesi ve Yabancıların Teminat Gösterme Yükümlülüğü”,
Prof. Dr. Hüseyin Ülgen Armağanı, Vedat, 2007.
22. “Tasarımların Kısmi Hükümsüzlüğü”, *Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı* 2009 (Ed. Tekin Memiş), XII Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

Av. Yasemin Kenaroğlu

23. “Patent Hukukunda Zorunlu Lisans”
(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2007.

Av. Bahattin Çarkacı

24. “Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne Entegrasyonu”
(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), 2005.

C. TEBLİĞLER (Seçilmiş)

Av. Dr. Cahit Suluk

25. “Korsanlıkla Mücadele ve Matbaa Sektörü”, TMMOB Kimya Mühendisleri Odası II. Uluslararası Katılımlı.
26. Matbaa Sempozyumu, Bildiriler Kitabı, 2004, İzmir.
27. “Ambalaj ve Grafik Tasarımlarının Hukuken Korunması”, TMMOB Kimya Mühendisleri Odası III. Uluslararası Sempozyumu.
28. Ambalaj Kongresi, Bildiriler Kitabı, 2003, İzmir.
29. “Yedek Parça Tasarımlarının Korunması ya da Otomotiv Yan Sanayinin Var Olma Mücadelesi”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı - Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Bildiriler Kitabı, 2002.
30. “Tasarım ve Faydalı Model Korumasında Yaşanan Sorunlar”, İstanbul Ticaret Üniversitesi 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Sempozyumu, 2005, İstanbul.
31. “Tasarımların Uluslararası Düzeyde Korunması”, III. Ulusal Tasarım Kongresi: Türkiye’de Tasarımı Tartışmak Bildiri Kitabı, 2006, İTÜ Yayınları, İstanbul.

Av. Yasemin Kenaroğlu

32. “Türkiye ve Ortadoğu’da Güncel Marka Sorunları”, Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü 129. Genel Kurul Toplantısı, 29 Nisan - 02 Mayıs 2007, Chicago.



BİZCE TUĞLA

BİZCE LÜKS EN BAŞTAN BAŞLAR,
PARÇALAR BİRLEŞTİKÇE HAYATA VE GELECEĞE DEĞER KATAR.



EXEN İSTANBUL'DA GECE



EXEN REZİDANSTAN
PANORAMİK İSTANBUL GÖRÜNTÜSÜ



EXEN REZİDANS
27. KAT FITNESS CENTER
PANORAMİK İSTANBUL MANZARASI

İSTANBUL'UN ORTASI ÇAMLICA'DA, EXEN İSTANBUL AYRICALIĞINI SİZ DE YAŞAYIN.



SATIŞ OFİSİ: ÇAMLICA BÖLGESİ, TANTAVI MAHALLESİ, MANDIRA CADDESİ
NO: 20 ÜMRANİYE 34764 İSTANBUL T: 0216 316 79 90 (PBX) F: 0216 316 36 72
WWW.EXENİSTANBUL.COM.TR WWW.SURYAPI.COM.TR

SURYAPI
UYGARLIĞIN MİMARİ



BİZCE KUM

BİZCE LÜKS EN BAŞTAN BAŞLAR,
PARÇALAR BİRLEŞTİKÇE HAYATA VE GELECEĞE DEĞER KATAR.



EXEN İSTANBUL'DA GECE



EXEN REZİDANSTAN
PANORAMİK İSTANBUL GÖRÜNTÜSÜ



EXEN REZİDANS
27. KAT FITNESS CENTER
PANORAMİK İSTANBUL MANZARASI

İSTANBUL'UN ORTASI ÇAMLICA'DA. EXEN İSTANBUL AYRICALIĞINI SİZ DE YAŞAYIN.



SATIŞ OFİSİ: ÇAMLICA BÖLGESİ, TANTAVI MAHALLESİ, MANDIRA CADDESİ
NO: 20 ÜMRANİYE 34764 İSTANBUL T: 0216 316 79 90 (PBX) F: 0216 316 36 72
WWW.EXENİSTANBUL.COM.TR WWW.SURYAPI.COM.TR



