



T.C.

**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

MARKA HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARI

Yüksek Lisans Tezi

Elif Rumeysa ERSERT

Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Kasım 2023



T.C.

**ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

MARKA HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVALARI

Yüksek Lisans Tezi

Elif Rumeysa ERSERT

Fikri Mülkiyet Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Salih Polater

Kasım 2023

İÇİNDEKİLER TABLOSU

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ	1
1.BÖLÜM	3
MARKA.....	3
1.1.Genel Olarak Marka Kavramı ve Markanın Korunması	3
1.2.Markanın Unsurları	7
1.2.1 İşaret	8
1.2.2 Ayırt Edicilik.....	8
1.2.3 Açıklık ve Kesinlik.....	9
1.3. Fonksiyonları	10
1.3.1. Ayırt Etme Fonksiyonu	10
1.3.2. Köken (Kaynak) Gösterme Fonksiyonu.....	11
1.3.3. Reklam Fonksiyonu.....	11
1.3.4. Garanti Fonksiyonu	12
2.BÖLÜM	14
MARKA HUKUKUNDA TAZMİNATIN ŞARTLARI.....	14
2.1. Genel Olarak.....	14
2.2. Fiil.....	16
2.2.1. Genel Olarak	16
2.2.2 Marka Hakkına Tecavüz Oluşturan Fiiller	20
2.2.2.1. Marka Sahibinin İzni Olmaksızın, Markayı SMK m. 7 ‘de Belirtilen Biçimlerde Kullanmak.....	20
a. Tescilli Marka ile Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin, Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde Kullanılması	21
b. Tescilli Marka ile Aynı veya Benzer Olan İşaretin İlişkilendirilme ve Karıştırılma İhtimali Oluşturması	21
c. Tanınmış Markanın Aynısının veya Benzerinin Markanın İtibarından Haksız Bir Yarar Elde Edecek veya İtibarına Zarar Verecek veya Ayırt Edici Karakterini Zedeleyecek Şekilde Kullanılması	22
2.2.2.2. Markayı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerini Kullanmak Suretiyle Markayı Taklit Etmek.....	23
2.2.2.3. Markayı Taklit Edildiğini Bildiği veya Bilmesi Gerektiği Hâlde Tecavüz Yoluyla Kullanılan Markayı Taşıyan Ürünleri Ticarete Kullanmak.....	24
2.2.2.4. Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletmek veya Bu Hakları Üçüncü Kişilere Devretmek	25
2.2.3. Haksız Kullanım Şekilleri	27
2.2.3.1. İşaretin, Mal veya Ambalajı Üzerine Konulması	27
2.2.3.2. İşareti Taşıyan Malların Piyasaya Sürülmesi, Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi, Bu Amaçlarla Stoklanması veya İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması ya da Sunulabileceğinin Teklif Edilmesi.....	28

2.2.3.3. İşareti Taşıyan Malın İthal ya da İhraç Edilmesi.....	29
2.2.3.4. İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması.....	31
2.2.3.5. İşareti Kullanan Kişinin, İşaretin Kullanımına İlişkin Hakkı veya Meşru Bağlantısı Olmaması Şartıyla İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Biçimde Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük ya da Benzeri Biçimlerde Kullanılması.....	32
2.2.3.6. İşaretin Ticaret Unvanı ya da İşletme Adı Olarak Kullanılması	35
2.2.3.7. İşaretin Hukuka Uygun Olmayan Şekilde Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılması.....	37
2.3. Hukuka veya Ahlaka Aykırılık.....	38
2.4. İlliyet Bağı.....	40
2.5. Kusur.....	41
2.6. Zarar	49
2.6.1. Maddi Zarar.....	50
2.6.2. Manevi Zarar	51
3. BÖLÜM	53
MARKA HUKUKUNDA TAZMİNATIN HESAPLANMASI	53
3.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması	53
3.1.1.Genel Olarak	53
3.1.2. Tazminat Miktarını Etkileyen Hususların Genel Değerlendirilmesi ve Marka Hakkına Tecavüzden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Bilirkişinin Yeri	57
3.1.3. Fiili Zararın Hesaplanması	62
3.1.4. Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması	65
3.1.4.1. Genel Olarak.....	65
3.1.4.2 Seçimlik Hakların Kullanılmasına Yönelik Usuli Tartışmalar.....	67
3.1.4.3. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tüm Hesaplama Yöntemleri İçin Esas Alınacak Kriterler	71
3.1.4.4. Marka Hakkına Saldırıda Bulunanın Rekabeti Olmasaydı Marka Hakkı Sahibinin Elde Edeceği Muhtemel Gelire Göre Tazminatın Belirlenmesi.....	74
3.1.4.5. Markaya Saldırıda Bulunanın Elde Ettiği Net Kazanca Göre Tazminatın Belirlenmesi.....	78
3.1.4.6. Markaya Saldırıda Bulunan Markayı Bir Lisans Sözleşmesi ile Hukuka Uygun Bir Şekilde Kullansa İdi Ödeyecek Olduğu Lisans Bedeline Göre Tazminatın Belirlenmesi.....	82
3.1.5 Tazminat Hesaplamasında Zararın ve Faizin Belirlenme Anı	86
3.1.6. Tazminatın Yabancı Para Üzerinden Belirlenip Belirlenemeyeceği Sorunu	90
3.1.7. Maddi Tazminatın Artırımı	92
3.1.8. Maddi Tazminatın İndirimi ve Denkleştirilmesi	94
3.2. Manevi Tazminatın Hesaplanması.....	95
3.2.1 Genel Olarak Manevi Zarar ve Manevi Tazminat Kavramının Değerlendirilmesi	95
3.2.2. Tüzel Kişiler ve Ayırt Etme Gücü Olmayanlar Yönünden Manevi Tazminat....	98
3.2.2 Manevi Tazminatın Belirlenmesi ve Manevi Tazminat Davası.....	100
3.3. İtibar Tazminatı	104
3.3.1. Genel Olarak İtibar Tazminatı ve Şartları	104
3.3.2. İtibar Tazminatı Hakkında Hukuki Sorunlar ve Tartışmalar.....	106
3.3.3. İtibar Zararı ve İtibar Zararının Belirlenmesi.....	108

3.4. Zamaşıımı.....	109
4. BÖLÜM	112
MARKA HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVASINDA USUL	112
4.1. Davanın Tarafları	112
4.1.1. Davacı.....	112
4.1.1.1. Marka Sahibi.....	112
4.1.1.2. Marka Tescil Başvurusu Yayıımını Takiben Başvuru Sahibi	113
4.1.1.3. İnhisari Lisans Alan.....	113
4.1.1.4. Basit (İnhisari Olmayan) Lisans Alan	114
4.1.1.5. Rehin Hakkı Sahibi.....	116
4.1.2. Davalı	117
4.1.2.1. Tecavüz Fiillerini İşleyenler (Mütecavizler)	117
4.1.2.2. Lisans Alan	117
4.1.2.3. Marka Hakkına Tecavüzden Kaynaklanan Fiillere İştirak, Yardım ve Teşvik Edenler.....	118
4.1.3. Dava Açılmayacak Kişiler (SMK m.153)	118
4.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme	119
4.2.1. Görev	119
4.2.2. Yetki	124
4.3. Dava Şartı Arabuluculuk	126
SONUÇ.....	128
KAYNAKÇA	132

ÖZET

Marka, sınai mülkiyet hakları içerisinde yer alan ve niteliği itibariyle mutlak haklardan biridir. Marka hakkı; sahibine münhasıran markayı kullanma, başkasının kullanımına izin verme ve engelleme yetkilerini verir. Marka hukukunda tazminat hakkının doğabilmesi için marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin işlenmesi gerekmektedir. Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 7. ve 29. maddelerinde belirtilmiştir.

Marka hukukundaki tazminat davalarının hukuki dayanağı temel olarak Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 150. ve 151. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler gereğince marka hakkına tecavüzde bulunan kişiler, marka hakkı sahibinin uğramış olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuştur. Marka hakkı sahibi; maddi zararını, manevi zararını, yoksun kalınan kazancını ve itibar zararını tazminat olarak talep edebilmektedir. Maddi tazminat, manevi tazminat ve itibar tazminatının hesaplanması için kanunda özel bir hesaplama yöntemi belirtilmemişken yoksun kalınan kazancın hesaplanabilmesi için kanun bazı hesaplama metotları öngörmüştür. Madde hükmüne göre yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka hakkı sahibinin seçimine göre 3 farklı yöntemle hesaplanabilir. Bunlar; “sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç ve sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli” olarak kanunda sayılmıştır. Marka hakkının soyut bir hak olmasından bahisle tecavüze elverişli olması sebebiyle özel koruma ihtiyacının bulunması ve marka hukukunda zararın ve zarar miktarının ispatının ve hesaplanmasının güçlüğü karşısında kanun koyucu bu zorlukların aşılabilmesi adına kanunda belirtilen bu alternatif hesaplama yollarını kabul etmiştir.

Bu çalışmanın amacı marka hakkına tecavüz fiillerinin olması durumunda marka hakkı sahibinin tazminat talep ettiği durumda, tazminatın esaslarının belirlenmesi ve ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde göz önüne alınacak kriterlerin sistematik biçimde ortaya konmasıdır.

ANAHTAR KELİMELER

Marka hakkı, marka hakkına tecavüz, marka hakkına tecavüz sebebiyle tazminat, maddi tazminat, yoksun kalınan kazanç.

ABSTRACT

Trademark is one of the absolute rights within the industrial property rights due to its nature. Trademark right; It gives the owner the exclusive authority to use the trademark and to allow and prevent the use of the trademark by others. In order for the right to compensation to arise in trademark law, acts that are considered infringement of trademark rights must be committed. Acts deemed to be infringement of trademark rights are specified in Articles 7 and 29 of the Industrial Property Law.

The legal basis of compensation cases in trademark law is basically regulated in Articles 150 and 151 of the Industrial Property Law. In accordance with these provisions, persons who infringe the trademark right are obliged to compensate the damage suffered by the trademark right owner. Trademark right owner; can claim as compensation for material damage, moral damage, lost earnings and reputational damage. While the law does not specify a specific calculation method for calculating material compensation, non-pecuniary damage and reputational compensation, the law provides some calculation methods for calculating the lost earnings. According to the provision of the article, the lost income can be calculated in 3 different ways according to the choice of the owner of the damaged trademark right. These; It is defined in the law as "the possible income that the right owner could have earned if there was no competition of the infringer of the industrial property right, the net profit obtained by the infringer of the industrial property right, and the license fee that the infringer of the industrial property right should pay if he had used this right in accordance with the law with a license agreement". has been counted. In the face of the need for special protection due to the trademark right being an abstract right and being susceptible to infringement, and the difficulty of proving and calculating the damage and the amount of damage in trademark law, the legislator has accepted these alternative calculation methods specified in the law in order to overcome these difficulties.

The purpose of this study is to systematically set forth the criteria to be taken into account in determining the principles of compensation and the amount of compensation to be paid in cases where the trademark right owner requests compensation in case of acts of trademark infringement.

KEYWORDS

Trademark right, trademark infringement, compensation due to trademark infringement, financial compensation, lost income.

KISALTMALAR

BAM: Bölge Adliye Mahkemesi

Bknz.: Bakınız

Dn: Dipnot

E.: Esas

HD: Hukuk Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

Hk.: Hakkında

HMK: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HUAK: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu

HUMK: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

K.: Karar

Kanun: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

KHK: Kanun Hükmünde Kararname

m.: Madde

s.: Sayfa

SMK: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TDK: Türk Dil Kurumu

TMK: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

TTK: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

Yar.: Yargıtay

GİRİŞ

İşletmelerin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerinkilerden ayıran işaretler marka olarak adlandırılmaktadır. Günümüzde internetin yaygınlaşması, ticaretin gelişmesi, büyümesi ve küreselleşmesiyle marka kavramının önemi gitgide artmaktadır. Nitekim birçok işletme kendi markasını oluşturarak hem diğer işletmelerin sunduğu mal ve hizmetlerden kendilerininkini ayırmakta, hem marka sayesinde bilinirliği, akılda kalmayı sağlamakta bu sayede ürün ve hizmetlerine yönelik devamlılığın ve sürekliliğin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır.

Markanın işletmeler için öneminin böylesine büyük olduğu bir düzende markanın korunmasının gerekliliği de artmaktadır. İşletmeler, uzun süreler boyunca büyük emek ve masraflarla inşa ettikleri markasından başkalarının haksız ve izinsiz olarak yararlanmasının önüne geçme ve markasını koruma isteği içerisinde olmaktadır. Nitekim marka sahibinin büyük emek ve masrafla oluşturduğu markasının üçüncü kişilerce aynısının veya benzerinin kullanılmasıyla marka hakkı ihlal edilerek tüketicilerin algısının ve iradesinin yanıltılmasına sebep olmakta ve seçimleri yanlış yönlendirilmektedir. Bu sayede ihlal fiillerini gerçekleştirenlerin haksız kazançları oluşurken, marka hakkı sahibinin ise zararı oluşmaktadır. Bu noktada hem kişisel düzeyde marka hakkı sahibinin zararının oluşmaması, hem haksız bir şekilde başkalarının emeğinden faydalanılmaması, geniş çerçevede ise yatırımların boşa gitmemesi, emeğin korunması, harcanan emek ve masrafın karşılığının alınabildiği bir düzende yeni yatırımlara yönelik teşvikin artacağı ve bu sayede ticaretin gelişeceği hususları da gözetildiğinde markanın etkin bir şekilde korunmaya ihtiyacı bulunmaktadır.

Markanın ihlal fiillerine karşı ne kadar etkin bir koruması olursa hem işletmeler hem ülke ekonomisi adına o ölçüde faydası oluşmaktadır. Etkin bir koruma neticesinde marka hakkının ihlaline yönelik yaptırımların kuvvetli olması ihlal fiillerine yönelik caydırıcılığı da sağlamaktadır.

Marka hakkının ihlal fiillerinden korunmasının en etkili yaptırımlarından biri de tazminat yükümlülüğüdür. Nitekim ihlal fiillerini gerçekleştiren ve marka hakkını ihlal eden kişiler marka hakkından izinsiz ve haksız olarak yararlanmaları sonucu haksız kazanç elde etmektedirler. Başkasının emek ve birikiminden daha az zaman ve daha az para harcayarak

faaydalanmaktadırlar. Oysaki bu dürüstlük kuralına da aykırı fiillere mutlak bir şekilde devam edemeyecekleri ve tazminat ödeme durumuyla karşı karşıya gelmelerinin caydırıcı işlevi bulunmaktadır. Nitekim markayı haksız olarak kullanmaları halinde Kanun bu zararın hem maddi hem manevi yönden giderilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Tazminatın caydırıcı işlevinin yanı sıra marka hakkı sahibinin zararını giderme işlevini de görmesi sebebiyle adaleti sağlamaya yönelik etkisi bulunmaktadır. Marka hakkı sahibinin zararının giderilmesi ancak tazminat sisteminin etkin bir şekilde uygulandığı halde mümkün olabilir. Emek ve yatırımlarının boşa gitmeyeceği ve etkin bir koruma sağlanarak zararının giderileceğinin bilincinde olan marka sahibi markasına daha çok yatırım yapacağı gibi bu durum ekonomideki rekabet ortamını geliştirerek pazar verimliliğini de arttıracaktır.

Çalışmamızda tazminat davasının genel nitelikleri üzerinde durularak marka hukuku bağlamında tazminat davasının gösterdiği özellikler ele alınmış ve markaya tecavüzün mevcut olduğu hallerde tazminat miktarının belirlenebilmesi için hangi kriterlerin esas alınması gerektiği, bu kriterlerin tazminat miktarını ne şekilde etkilediği, tazminat hesabı yapılırken dikkate alınması gereken hususlar sistematik bir biçimde incelenmeye çalışılmıştır.

Bu kapsamda çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır:

Çalışmamızın ilk bölümde, marka hukukuna ilişkin temel bazı kavramlar ve markanın fonksiyonlarına kısaca değinilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümde marka hakkına tecavüz durumunda tazminata hükmedilebilmesi için aranan temel şartlar belirtilerek bu şartlardan biri olan marka hakkına tecavüz sayılan fiiller ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise tazminat hesaplama yöntemleri ve bu kapsamdaki tartışmalar, maddi tazminat, manevi tazminat, yoksun kalınan kazanç ve itibar tazminatı kapsamında ayrı ayrı incelenmiştir.

Tezin son kısmı olan dördüncü bölümde ise marka hukukunda tazminat davalarına ilişkin usule kısaca değinilerek görev, yetki, davanın tarafları gibi hususlar aydınlatılmaya çalışılmıştır.

1.BÖLÜM

MARKA

1.1. Genel Olarak Marka Kavramı ve Markanın Korunması

Günümüzde sanayi ve teknolojinin gelişmesine bağlı olarak üretim ve tüketim yaygınlaşmış olup aynı sektörde hizmet veren veya ürün sunan çok sayıda işletme bulunmaktadır. Tüketicilerin bu ürünler arasında seçim yapabilmesi ve almak istedikleri ürün veya hizmeti birbirinden ayırt edebilme noktasında markalar karar verici bir role sahiptir¹. Marka, aynı zamanda işletmelerin ürünlerini/hizmetlerini tanıtarak diğer işletmelerinkilerden ayırt edilebilmesini sağlamaları ve ürünlerine/hizmetlerine yönelik talepleri sürdürülebilir kılabilmesi² için en temel unsurlardan biridir. Marka, aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere³, ticaret unvanı ve işletme adından farklı fonksiyonlara sahiptir. Marka doğrudan ürün ve hizmetleri ayırt etmeye yararken; ticaret unvanı tacirleri, işletme adı ise işletmeyi ayırt etme işlevine sahiptir⁴.

Türk Dil Kurumu'na (TDK) göre marka: *“Bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret”*⁵ olarak tanımlanmıştır. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) markanın doğrudan tanımı yapılmamış olsa da m.4'te dolaylı olarak tanımı belirtilmiştir. Bu maddeye göre marka, *“Bir teşebbüsün⁶ mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi*

¹ Cahit Suluk, Rauf Karasu ve Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2018), 159.

² Salih Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü,” *Terazi Hukuk Dergisi* 11, No. 116 (Nisan 2016): 41.

³ Bknz: 2.2.3.6 numaralı bölüm.

⁴ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku* (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016), 277.; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Ankara: Adalet, 2021), 25.

⁵ Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: 28 Eylül 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁶ Tanımda teşebbüs kavramı yerine kişi kavramının kullanılmasının daha yerinde olacağına dair bknz: Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Ankara: Turhan, 2004), 33.

olmak üzere her tür işareten oluşabilir.” Kanunda yer alan bu hüküm bize marka olabilecek işaretleri ve markanın unsurları hakkında yeterli bilgiyi vermektedir⁷.

Bu hükme göre; kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi gibi birçok işaret marka olabilir. Burada sayılanlar sınırlayıcı olmayıp, Kanun örnekleme olarak belirtmiştir⁸. Önemli olan husus işaretin marka olabilmesi için söz konusu ürün veya hizmete yönelik; ayırt ediciliği sağlaması, koruma konusunun açık ve kesin anlaşılması ve sicilde gösterilebilir olmasıdır⁹.

SMK anlamında marka koruması kural olarak¹⁰ tescil ile başlamaktadır¹¹. Nitekim bu durum SMK m. 7/1’de: “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” hükmüyle belirtilmiştir. Tescil, burada kurucu¹² etki doğurmakta olup SMK kapsamında korumanın olabilmesi için tescil şarttır. Tescil ilkesi olarak adlandırılan bu ilke gereğince, marka olarak tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş bir işaret, sonradan başkası tarafından marka olarak tescil ettirilemez¹³. Koruma, kural olarak tescil kapsamındaki ürün/hizmetle sınırlıdır¹⁴. Ülkemizde tescil konusunda yetkili makam Türk Patent ve Marka Kurumudur (TÜRKPATENT).

Markanın tescil ettirilmediği durumda da tescilsiz markalara ilişkin korunma imkânları mevcuttur¹⁵. SMK koruması genel olarak tescilli markalara ilişkin düzenlemeleri içerirken, tescilsiz markalara yönelik nadir düzenlemeler yapılmıştır. Tescilsiz markalara ilişkin yapılan bu düzenlemelerin çoğu ise marka hakkının ihlaline yönelik olmayıp, tescilsiz marka sahibinin tescil ve itiraz hakkını düzenlemektedir¹⁶. Kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanan tescilsiz markaların da SMK kapsamında korunma imkânı bulunmakla¹⁷ beraber bu korumanın kapsamı yine bu markaların tescil sürecindeki korunmasıyla ilgili

⁷ İlhami Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik* (Ankara: Seçkin, 2023), 29.

⁸ Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: On İki Levha, 2015), 349.

⁹ Kuralın istisnalarına dair ayrıntılı bilgi için bkz: İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Ankara: Seçkin, 2021), 151.

¹⁰ İstisnaları için bkz: Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6.

¹¹ Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 6.

¹² Uzunallı, *Marka Hukuku*, 28.

¹³ Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması* (Ankara: Seçkin, 2015), 37.

¹⁴ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 28.

¹⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz: İbrahim Arslan, “Tescilsiz Markaların Korunması”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, No. 1 (Haziran 2008): 29-46.; Çağrı Uluslu, “Tescilsiz Markaların Korunması”, *İstanbul Barosu Dergisi* 88, No. 2 (Mart 2014): 361-411.

¹⁶ Örneğin bu düzenlemelerden biri SMK m. 6/3 hükmüdür. Bu hükme göre tescilsiz markanın kanunda belirtildiği haliyle hak elde ettiği durumda tescilsiz marka sahibinin itiraz hakkı bulunmakta olduğunu düzenlemektedir. Bu düzenleme nispi ret nedeni açısından olup marka hakkına tecavüz açısından bir koruma sağlamamaktadır. Arslan, “Tescilsiz Markaların Korunması”, 33

¹⁷ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Ankara: Adalet, 2013), 25.

olup marka hakkının ihlaline yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Tescilsiz markaların korunmasının bir diğer yolu Paris Sözleşmesi kapsamındadır. Paris Sözleşmesi 1.mükerrer 6. Maddesinde tanınmış markanın aynısının veya benzerinin kullanılması halinde bu durumun ret sebebi olduğunu düzenlenmiştir¹⁸. Bu yönüyle bakıldığında tescilsiz markaya yönelik ihlal fiillerinin mevcut olduğu durumda tazminat taleplerinin SMK hükümlerine göre değil, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.54 vd. haksız rekabet hükümlerine göre olması gerekmektedir¹⁹. Markanın TTK hükümlerine göre korunması için tescil edilmesi şart olmamakla beraber²⁰, tescil edilip SMK hükümlerine göre korunmanın sağlanması, haksız rekabet hükümlerine göre daha avantajlı hükümler içermesi sebebiyle daha güçlü bir koruma sağlamaktadır²¹.

SMK m. 23'e²² göre tescilli markanın koruma süresi 10 yıl olup bu süre başvuru tarihinden itibaren geçerlidir. Sürenin onar yıllık periyotlar halinde yenilenebileceği hükmün devamında belirtilmiştir. Yenileme sayısının bir sınırı bulunmamaktadır²³. Markanın devir gibi hukuki işlemlere konu olması ise işleyen sürenin yeniden başlamasına sağlamaz. Devir alan veya hukuki işlem sonucu hak sahibi olan kişilere kalan süre kapsamında koruma sağlanır²⁴.

Marka hukukunda, ülkesellik ilkesi hakimdir²⁵. Bu ilkeye göre, marka koruması kural olarak²⁶ sadece tescil edildiği ülke ile sınırlıdır yani hangi ülkede markaya koruma sağlanması isteniyorsa o ülkede o marka tescil edilmelidir.²⁷ Türkiye’de tescil edilen bir markaya İtalya’da koruma sağlanamayacağı gibi İtalya’da tescil edilen bir marka da tescilsiz markaya ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla SMK kapsamında Türkiye’de korunmaz²⁸.

¹⁸ Uluslu, “Tescilsiz Markaların Korunması”, 371.

¹⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 8.

²⁰ Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*, 6.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7.

²¹ Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (İstanbul: On iki Levha, 2023),13.

²² SMK m.23: “Tescilli markanın koruma süresi başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler hâlinde yenilenir.”

²³ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 35.

²⁴ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 10.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 376.

²⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 11.; Hayri Bozgeyik, “Markalarda Rüçhan Hakları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 7, No.1 (2007): 50.

²⁶ Kuralın istisnaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Murat Cangül, “Marka Hakkının Ülkeselliği ve İstisnaları,” *Doktora Tezi, (Selçuk Üniversitesi, 2020)*, 146-309.; Fatma Karaman, “Marka Hukukunda Markanın Ülkeselliği İlkesi,” *Yüksek Lisans Tezi, (Marmara Üniversitesi, 2008)*, 85-148.

²⁷ Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması* (Ankara: Seçkin, 2003), 270.; Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 6. Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 11.

²⁸ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 63.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 11.

Ülkesellik ilkesinin bir diğer sonucu olarak her devlet, kendi ülke sınırları içinde marka korumasının kapsamı ve ihlali halinde hukuki sonuçlarının neler olacağını kendi belirler²⁹. Başka bir ifadeyle tek bir hukuk sistemiyle tüm dünyada geçerli bir koruma sağlanması öngörülmemiştir³⁰.

SMK'nın 3. maddesinde bu kanunla getirilen korumadan kimlerin yararlanabileceği 3 grup halinde belirtilmiştir. Bu hükme göre; Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları veya bu sınırlar içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri kapsamında başvuru hakkına sahip kişiler ve karşılıklılık ilkesi gereğince başvuru hakkı bulunan kişiler SMK kapsamında marka korumasından yararlanabilirler. Kanunda korumanın "kişilere" yönelik olduğu belirtildiğinden tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık benzeri toplulukların SMK korumasından yararlanmaları mümkün değildir³¹.

SMK kapsamında marka korumasından yararlanılmasının kapsamı Kanunun 7. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre marka hakkı sahibi, kanunda belirtilen şekilde bazı fiillerin önlenmesini ve yasaklanmasını talep edebilmektedir. Bu hususa dair ayrıntılı açıklama ikinci bölümde yapılacaktır.

Marka hakkı SMK m.148'de belirtildiği üzere bir takım hukuki işlemlere konu olabilir. Buna göre marka hakkı, devredilebilir, miras yolu ile intikal edebilir, rehin verilebilir, teminat gösterilebilir, haczedilebilir ve lisansa konu olabilir. Buradaki hukuki işlem türleri sınırlı olmayıp kanun örnekleyici olarak saymış olup marka, burada sayılanlar haricinde de hukuki işlemlere konu olabilir³². Örneğin markalar üzerinde intifa hakkı kurulabilmektedir. Kanunun aynı maddesinin 4. fıkrasında hukuki işlemlerin yazılı şekle tabi olduğunu belirtmiştir. Burada aranan şekil şartı geçerlilik koşulu olarak dikkate alınmalıdır³³. Yani markanın rehin, lisans, intifa hakkı gibi hukuki işlemlere konu edilmesi halinde işlemin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması şarttır.

Marka hakkı lisans sözleşmesinin konusu olabilir. Lisans sözleşmesi ile marka hakkı sahibi markanın kullanımını devretmekteyken lisans alan da karşılığında belli bir bedel ödemeyi üstlenir³⁴. Lisans sözleşmesi ile markanın mülkiyeti devredilmemekte sadece

²⁹ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7.

³⁰ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 7.

³¹ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 15.

³² Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 327.

³³ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 328.

³⁴ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 343.

markanın kullanım hakkı bir başkasına geçmektedir³⁵. Lisans sözleşmesi, basit lisans olarak düzenlenebileceği gibi inhisari lisans olarak da düzenlenebilir. Basit lisansın söz konusu olduğu durumda marka hakkı sahibi basit lisans verdiği kişiden başka kişilerle de lisans sözleşmesi yapma hakkına sahip olduğu³⁶ gibi markayı kendisi de kullanmaya devam edebilir³⁷. Inhisari lisansta ise marka hakkı sahibi sözleşmede belirtilmediği sürece markayı kendisi kullanamayacağı gibi başka kişilere de lisans veremez. Sözleşmede aksi belirtilmediği sürece lisans sözleşmeleri basit lisans sayılmakta, inhisari lisans olabilmesi için bu hususun sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekmektedir³⁸.

SMK m. 24/3'e göre sözleşmede aksi belirtilmediği sürece lisans alan kişiler, alt lisans veremez veya kendi haklarını başka kişilere devredemez. Bunun için lisans verme ve devretme haklarını sözleşmede açıkça saklı tutmaları gerekmektedir.

Lisans, mal veya hizmetlerin tamamına ilişkin verilebileceği gibi sözleşmeyle sınırlı da tutulabilir³⁹. Coğrafi olarak belirli bir yer ile de sınırlandırılabilir. Eğer böyle bir sınırlandırma yapılmamışsa bütün Türkiye'de geçerli olmak üzere verildiği kabul edilir⁴⁰. Sınırlandırmalara uyulmaması halinde marka hakkından kaynaklanan talepler ihlal edene karşı ileri sürülür⁴¹.

Marka kavramının nitelendirilmesinin yapılması, ihlal ve tecavüz hallerinde büyük öneme sahip olduğu için bir işaretin marka olarak nitelendirilebilmesi için taşıması gereken unsurlar burada kısaca ele alınacaktır.

1.2. Markanın Unsurları

Markadan bahsedebilmesi için gerekli üç unsur bulunmaktadır. Bunlar: bir işaret bulunmalı, bu işaret ayırt edici olmalı ve işaretin sağladığı koruma konusunun açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilir olması gerekmektedir.

³⁵ Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (İstanbul: Beta, 2004), 431.; Lisans hakkının mutlak veya nispi niteliği hakkındaki tartışmalar için bkz: Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 450-452.

³⁶ Çağlar Özel, *Marka Lisansı Sözleşmesi* (Ankara: Seçkin, 2015), 50.

³⁷ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 399.

³⁸ Zeynep Özcan ve Yaren Koç, "Marka Lisans Sözleşmesi ve Sözleşmenin Taraflarının Yükümlülükleri," *Terazi Hukuk Dergisi* 15, No. 168 (Ağustos 2020): 1645.

³⁹ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 452.

⁴⁰ Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, 2 Cilt, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997-1998), 194.

⁴¹ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 453.

1.2.1 İşaret

Türk Dil Kurumu'na göre işaret: “*Bir anlam yükletilen ve bir şeyi bildirmeye, anlatmaya yarayan şekil*”⁴² olarak tanımlanmıştır. Marka hukuku bağlamında işaret ise teşebbüsü anımsatan, tüketicinin teşebbüsle mal/hizmet arasında bağ kurmasını sağlayan şekildir⁴³. İşaret markadan daha geniş bir kavramdır. Her marka bir işaret iken her işaret bir marka değildir. Bir işaretin marka olabilmesi için diğer unsurları da taşıması gerekir. Yani söz konusu işaretin hem ayırt edici olması hem de hak sahibine tanınan korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek ölçüde sicilde gösterilebilmesi şartıyla o işaret marka vasfına haiz olabilir⁴⁴. SMK m.4’e göre marka; kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi⁴⁵ olmak üzere her tür işareten oluşabilir⁴⁶. Buradaki sayım sınırlı sayım olmayıp Kanun marka olabilecek işaret çeşitlerini örnekleyici olarak hükme bağlamıştır⁴⁷.

1.2.2 Ayırt Edicilik

Bir işaretin marka olabilmesi için aranan ikinci koşul, ayırt edici olmasıdır. Ayırt ediciliği olmayan işaretler marka olarak nitelendirilemez ve bu sebeple tescil edilemezler. Nitekim SMK m.5/1-b, ayırt ediciliği olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceğini mutlak ret nedenleri arasında hükme bağlamıştır⁴⁸.

“Ayırt edicilik” kavramı SMK’da tanımlanmamıştır⁴⁹. Ayırt ediciliğin özellikleri dokrindeki görüşler ve yargı kararları ile şekillenmiştir.

Ayırt edicilik; somut ayırt edicilik ve soyut ayırt edicilik olmak üzere ikiye ayrılır. Soyut ayırt edicilik bir işaretin diğer işaretlerden ayrılmasını sağlayacak ölçüde genel bir ayırt ediciliğinin olmasıdır. Eğer bir işaretin hiçbir mal ve hizmet açısından ayırt ediciliği

⁴² Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: 16 Ekim 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁴³ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 160.

⁴⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 28.

⁴⁵ Marka olarak tescil edilebilecek işaretler hakkında bkz: A. Lerzan Yılmaz, *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri* (İstanbul: Aristo, 2017).

⁴⁶ Uygulamadan örnekler için bkz: Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 32-36.

⁴⁷ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 340.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 29.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 350.

⁴⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 344.

⁴⁹ Dilek İmirlioğlu, “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, No. 2 (Temmuz 2017): 89.

bulunmuyorsa o işaretin soyut ayırt ediciliğinden de bahsedilemez⁵⁰. İşaretin soyut ayırt ediciliği yoksa marka olabilmenin temel şartı da sağlanamadığından işaret marka olarak tescil edilemez⁵¹. Somut ayırt edicilik ise, tescili istenen mal ve hizmetler yönünden işaretin ayırt ediciliğinin olup olmamasıdır⁵². Eğer işaret tescile konu mal ve hizmeti diğerlerinden ayırmaya elverişli ise somut ayırt ediciliğinin var olduğu kabul edilir⁵³.

1.2.3 Açıklık ve Kesinlik

Markanın üçüncü unsuru, işaretin “*marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması*”dır. 556 sayılı KHK’nın 5. maddesinde bu durum SMK’dan farklı olarak “*çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen*” olarak ifade edilmişti. SMK’nın ile bu koşul esnekleştirilerek çizimle görüntülenme şartı kaldırılmış ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir her tür işaretin marka olarak korunabileceği hükme bağlanmıştır. Madde gerekçesinde⁵⁴ de belirtildiği üzere bu değişiklik sayesinde maddenin kapsamı daha genişletilmiş ve böylece hareket ve ses markaları gibi marka türlerinin de tescili kolaylaşmıştır⁵⁵. Bu yönüyle değişikliğin Avrupa Birliği düzenlemeleri doğrultusunda olumlu bir adım olduğu söylenebilir.

Marka korumasının açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilir olması koşuluyla ayırt edici her işaret marka olabilir⁵⁶. Burada önemli olan husus, ortalama bir kişi tarafından markanın koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi sağlanacak şekilde markanın sicilde gösterilebilir olmasıdır. Sicilde gösterilme çizimle olabileceği gibi, ses

⁵⁰ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 161.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 12.; Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 29.

⁵¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 31.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 12.

⁵² Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 161. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 30.

⁵³ İmirlioğlu, “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti”, 94.

⁵⁴ “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede yer alan çizimle görüntülenebilme şartı yerine yeni marka türlerinin tesciline de imkân verebilecek şekilde işaretin, marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartı eklenmiştir. Böylelikle pek çok ülkede tescili kabil görülen ses markaları, hareketli markalar gibi geleneksel olmayan marka çeşitlerinin tescili açısından zorluk yaratan çizimle görüntülenebilme şartı yerine, mehz AB düzenlemesindeki esnek yaklaşım benimsenmiştir.”

⁵⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 69.

⁵⁶ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 6.

kaydı, video gibi herhangi bir yöntem de kullanılabilir⁵⁷. Açıklık ve kesinlik kriterinden maksat, işaretin değişmeden sicilde tutulabilmesini ve marka tescili yapacak kişilerin var olan işaretlerden haberinin olması sağlanarak belirliliğin sağlanması ve ihlal iddiaları bakımından da tecavüzün tespitin sağlanması ve öngörülebilirliğinin gerçekleşmesidir⁵⁸.

1.3.Fonksiyonları

1.3.1. Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın asli fonksiyonu ayırt ediciliktir⁵⁹. Nitekim yukarıda markanın tanımında da belirtildiği üzere, marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan bir işarettir⁶⁰. Marka ayırt ediciliğinin hem tüketiciler hem teşebbüsler hem de ülke açısından sonuçları vardır⁶¹. Marka sayesinde tüketiciler, yönelmek istedikleri ve tercih ettikleri ürün konusunda ayırtım gücüne sahip olurlar. O mal ve hizmeti yeniden almak istedikleri takdirde marka sayesinde tanıyarak tercihlerini belirlerler⁶². Ürün veya hizmet alırken emek ve zaman harcamadan neticeye ulaşmak isteyen tüketiciler bildikleri markaya yönelirler⁶³. Kendi ürünleri diğerlerinden ayrılan teşebbüsler ise bu sayede mal ve hizmete yönelik kendi politikalarını belirleyerek ticaret hayatında da rekabetin oluşumunu sağlarlar. Markanın ayırt ediciliği sayesinde teşebbüsler, ürün veya hizmetlerinin taklidine karşı korunması imkânına da sahip olurlar⁶⁴. Öte yandan ayırt ediciliği yüksek ve güçlü markaların varlığı, ülkeye ekonomisini ve imajını olumlu yönde etkileyen en önemli unsurlardan biridir⁶⁵.

⁵⁷ RG. 24.04.2017, S.30047. Sınai Mülkiyet Kanunu Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 7.

⁵⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 69.

⁵⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 6.; Mehmet Emin Bilge, “Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 23, No. 1: (Haziran 2005): 130.; Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 12.; Erdal Noyan, *Marka Hukuku* (Ankara: Adalet, 2009), 46.

⁶⁰ Hayri Bozgeyik, “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, No. 2 (Ocak 2014): 94.

⁶¹ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 40-41.; Ömer Camcı, *Marka Davaları* (İstanbul: Ufuk, 1999), 7.

⁶² Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 11.

⁶³ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 41.

⁶⁴ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 41.

⁶⁵ Güneş, *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*, 41.

1.3.2. Köken (Kaynak) Gösterme Fonksiyonu

Markanın köken gösterme fonksiyonu; mal ve hizmetin geldiği kaynağı, hangi işletmeden geldiğini ifade etmektedir⁶⁶. Markanın bu fonksiyonu sayesinde tüketiciler aynı markalı ürünlerin aynı işletmeden geldiği yönünde bilgi sahibi olurlar⁶⁷. Bu halde tüketicilerin işletmelerin adını bilip bilmemesi önemli değildir⁶⁸. Önemli olan o markayı taşıyan ürünlerin aynı işletmeden geldiğine yönelik algılamalarının varlığıdır.

Markanın köken gösterme fonksiyonu önceki dönemlerde oldukça önemli iken gelişen teknoloji ve ticaretin yaygınlaşması ve kolaylaşmasıyla beraber önemi eskiye göre azalmıştır⁶⁹. Günümüzde aynı markalı ürün lisans yoluyla birbirinden çok farklı ülkelerde üretilmektedir. Örneğin “Zara” markası temelde İspanya’ya ait bir marka iken ürünleri Hindistan, Türkiye, Vietnam gibi birçok ülkede üretilmektedir. Farklı farklı yerlerde üretilmesi ürünlerin o markaya ait olması hususunu değiştirmezken bu durumun markanın kaynak gösterme işlevinin zayıflamasına sebep olmaktadır⁷⁰. Artık tüketiciler açısından önemli olan ürünün hangi işletmeden geldiği değil, malın kalitesi ve özellikleri konusunda beklentilerinin karşılanmasıdır⁷¹.

1.3.3. Reklam Fonksiyonu

TDK’ya göre reklam: “Bir şeyi halka tanıtmak, beğendirmek ve böylelikle sürümünü sağlamak için denenen her türlü yol” olarak tanımlanmıştır⁷². Reklamın amacı tüketicilerin tercihlerini yönlendirmektir⁷³.

Marka, mal veya hizmetlerin piyasada tanınmasını gerçekleştirerek tüketicilerin satın alma tercihlerini etkiler. Bu durum markanın reklam fonksiyonu olarak adlandırılır. Bir marka ne kadar tanınmış ve tüketicilerin satın alma tercihlerinde ne kadar artırıcı bir etki

⁶⁶ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 344.; Coşku Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi* (İstanbul: On İki levha, 2011), 15.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 17.

⁶⁷ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 162.

⁶⁸ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 13.

⁶⁹ İlhami Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku (Ankara: Adalet, 2021), 48.

⁷⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 17

⁷¹ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 13.

⁷² Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: 7 Kasım 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁷³ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 18.

sağlıyorsa o marka reklam fonksiyonunu o derece yerine getiriyordur⁷⁴. Tüketiciler, reklamı iyi yapılan, daha çok bildikleri, daha çok duydukları ve güvendikleri markaya yönelmek isterler ve satın alma tercihlerinde bu markalara yönelirler⁷⁵. Bununla birlikte her markanın reklam fonksiyonunun olması gibi bir zorunluluğu da bulunmamaktadır⁷⁶. Markanın reklam işlevi zaten kendiliğinden oluşmamaktadır. Marka sahibinin uğraş ve çabalarıyla maddi yatırımları sonucu kazanılmaktadır⁷⁷.

1.3.4. Garanti Fonksiyonu

Tüketiciler daha önce satın alıp deneyimledikleri markanın sunduğu ürün ve hizmetin kalitesi hakkında bir izlenime sahip olurlar ve sonraki deneyimlerinde de aynı markalı ürün veya hizmeti aldıklarında aynı standartlarda bir kalitenin olacağına güvenirler⁷⁸. Bu izlenim sayesinde marka ile tüketiciler arasında bir bağ kurularak tüketicilerin sonraki tercihlerinde aynı markayı almaya yönelik bir istekleri mevcut olur⁷⁹. Bu durum markanın garanti fonksiyonunu ifade eder. Buradaki garanti ürün veya hizmetin “kalitesine”⁸⁰ yönelik bir garantidir⁸¹.

Markanın garanti fonksiyonu olmasına rağmen, marka sahibine markasının kalitesini aynı standartlarda tutma yükümlülüğü yüklenmemiştir. Yani marka sahibi uzun yıllar yüksek kalitede üretip sattığı ya da sunduğu hizmetin kalitesini düşürebilir. Bu durumun hukuken bir yaptırımı olmasa da marka sahibinin satışlarının azalmasına, müşteri çevresini kaybetmesine ve diğer şekillerde⁸² ekonomik olarak olumsuz etkilenmesine sebep olabilir.

Garanti fonksiyonunun SMK’daki yansımalarından biri de SMK m. 152/2 hükmüdür. Marka hakkı sahibi, SMK m. 152/1’de düzenlenen tükenme ilkesine göre kendi izni ile piyasaya sunulan ürünlere yönelik fiillere müdahale edemeyecektir⁸³. Ancak bu

⁷⁴ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 163.

⁷⁵ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 49.

⁷⁶ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 18.

⁷⁷ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 19.

⁷⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 19.

⁷⁹ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 49.

⁸⁰ Garanti işlevinin sadece kalite açısından değil, malların miktarları ve ebatları açısından da olduğuna dair görüş için bkz: Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 15.

⁸¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 19.

⁸² Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 15.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 15.

⁸³ Sabih Arkan, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan* (Ankara, 1998): 197-208.

ilkenin bir istisnası olarak marka hakkı sahibinin satıştan sonra dahi, ürünlerinin üçüncü kişiler tarafından kötüleştirilerek ve kalitesi bozularak ticari amaçlı kullanılmasına engel olma hakkı mevcuttur⁸⁴.



⁸⁴ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 49.

2.BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA TAZMİNATIN ŞARTLARI

2.1. Genel Olarak

SMK m. 150’de markaya tecavüz fiillerinin işlenmesi durumunda, tecavüz fiilini işleyen kişi veya kişilerin hak sahibine tazminat ödeme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre: “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.*” Marka hakkına tecavüz fiilleri kural olarak borçlar hukuku anlamında haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan tazminat yükümlülüğünü meydana getirir. Başka bir anlatımla marka hakkına tecavüz aslında kural olarak tipik manada bir haksız fiil sorumluluğudur⁸⁵ ve genel hatlarıyla TBK hükümleri çerçevesinde haksız fiilin unsurlarının bulunması gereklidir⁸⁶. Kural bu şekilde olmasına rağmen marka hukukundan kaynaklanan ilişkiler üçüncü kişi ile hak sahibi arasında kurulan sözleşmeden de kaynaklanabildiği için marka hakkına tecavüz fiillerinden doğan hukuki sorumluluk, haksız fiil dışında sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinden de kaynaklanabilir⁸⁷. Bu durumun tipik örneği SMK’nın marka hakkına tecavüz fiilleri arasında saydığı m. 29/1-ç’ye göre “marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletme veya bu hakları üçüncü kişilere devretme” durumunda ortaya çıkar. Her ne kadar doktrinde marka hakkına tecavüz durumunda tazminat sorumluluğunun dayanağı hakkında haksız fiil olarak genel bir niteleme yapılıyor olsa da⁸⁸; sorumluluğun dayanağını tespit edebilmek için⁸⁹ her

⁸⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 27.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 125. Camcı, *Marka Davaları*, 143.

⁸⁶ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 516.

⁸⁷ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 51.

⁸⁸ Hamdi Yasaman, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin: 2021), 3055.

⁸⁹ Yoksun kalınan kazanç istemi ile tazminat talep edildiğinde kusurun varlığı asıl olmakla beraber kusurun olmaması halinde yine tazminat istenebileceği fakat bu takdirde hukuki sorumluluğun dayanağının markaya saldırıda bulunanın elde ettiği net kazançla göre hesaplama istendiğinde vekaletsiz iş görme hükümlerine göre; lisans bedeline göre talep edildiği halde ise sebepsiz zenginleşme hükümlerinin olacağı ileri sürülmüştür. Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, (Ankara: Adalet, 2012), 334.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 51.; Aksi görüş her halde tazminatın doğabilmesi için kusurun şart olduğun belirtmiştir. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3094.

somut olayı ayrı değerlendirmek gereklidir. Bu bölümde aksi belirtilmediği sürece haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan tazminat ele alınacaktır.

TBK m. 49’da haksız fiilden kaynaklı bir tazminat alacağının doğması için gereken unsurlar hükme bağlanmıştır. Buna göre:

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”

TBK m. 49’a göre haksız fiilden kaynaklı bir tazminat borcunun doğabilmesi için bir fiilin bulunması, bu fiilin hukuka veya ahlaka aykırı olması, zararın söz konusu olması, zararın kusurlu bir fiil sonucu meydana gelmesi ve fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması gereklidir⁹⁰.

Marka hakkına tecavüzün varlığı halinde tazminat isteminin temel dayanağı SMK m.150 hükmüdür. Bu maddeler haricinde somut olayın kendine has özellikleri ve ileri sürülen taleplerin çeşidine göre TTK m.54 vd. maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümlerine⁹¹ ve TBK m.49 vd. hükümlerine göre de tazminat talep edilebilir⁹². Nitekim marka hakkına tecavüz fiilleri haksız rekabet de teşkil edebilmektedir. Bu durumda marka hakkı ihlal edilen kişinin haksız rekabet hükümlerine göre de talepte bulunabilmesi mümkündür⁹³. Bu sebeple yeri geldikince haksız rekabet hükümlerine göre tazminat taleplerine ilişkin düzenlemelere de yer yer değinilecektir.

Bu bölümde haksız fiile ilişkin genel hükümler olması ve SMK m. 150 ile olan sıkı bağı dolayısıyla, TBK m.49 vd. ve SMK m. 150 birlikte ele alınacaktır. İlk olarak haksız fiilin unsurlarından olan ve marka hakkına tecavüz oluşturan “fiil” kavramı ele alınacaktır.

⁹⁰ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat, 2019), 12.

⁹¹ Örneğin tescilli marka, tescil kapsamı haricindeki mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda bu hal SMK m. 7 ve 29 anlamında tecavüz oluşturmayaacağından hak sahibi haksız rekabet hükümlerine dayanarak tazminat talebinde bulunabilecektir. Banu Aliye Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” *Yüksek Lisans Tezi, (Dokuz Eylül Üniversitesi, 2006)*, 127.

⁹² Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 51.

⁹³ Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 127.

2.2. Fiil

2.2.1. Genel Olarak

Marka, tescil ile beraber sahibine birtakım haklar sağlamaktadır. Tescil edilen markanın kullanım hakkı münhasıran marka sahibine ait iken, marka sahibi tescilli markasının üçüncü kişi tarafından kullanılmasını önleme hakkına ve tecavüzden kaynaklanan zararlarının tazminini isteme hakkına da sahiptir⁹⁴.

Marka hakkına tecavüz en genel tanımıyla; tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından marka sahibinin izni olmaksızın hukuka aykırı olarak kullanılması⁹⁵ ve kanunda sayılan diğer fiillerin gerçekleştirilmesidir. Kanunun 7. maddesinde marka sahibinin hangi fiillerin önlenmesini ve yasaklanmasını talep edebileceği açıkça düzenlenmiştir. SMK m. 29'da da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller hükme bağlanmıştır. Marka hakkına tecavüz konusu irdelenirken iki maddenin birlikte ele alınması gereklidir⁹⁶. SMK m. 29'da öngörülen fiiller, aşağıda ayrıntılı olarak irdelenecektir⁹⁷. Bununla beraber madde sayılan fiillerin tahdidi mi yoksa örnekleyici mi olduğuna dair doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre maddede sayılan tecavüz fiilleri sınırlı sayıda olmayıp örnekleme yoluyla belirtilmiştir⁹⁸. Oysa doktrinde belirtilen diğer bir görüşe göre maddede sayılan fiiller, örnekleyici değil tahdididir⁹⁹. Kanaatimizce sayılan fiiller tahdidi olmayıp örnekleme mahiyetinde kaleme alınmıştır. Kanundaki marka hakkının ihlaline yönelik düzenlemelerin amacı marka hakkının en etkin şekilde korunmaya çalışılmasıdır. Tecavüz oluşturan ve yasaklanması talep edilebilecek fiiller de kanunda örnek mahiyetinde sayılarak korumaya yönelik genel bir çerçeve oluşturulmuştur. Bu fiillerin tahdidi olarak sayıldığıının kabulü durumunda kanun koyucu tarafından sayılmayan veya tecavüz fiili olarak

⁹⁴ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 229.

⁹⁵ Ülgen Aslan Düzgün , "İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, No. 36, (Ekim 2018): 143.

⁹⁶ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 631.

⁹⁷ Bknz: 2.2. numaralı bölüm.

⁹⁸ Sabih Arkan, "Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 20, No. 3 (Haziran 2000): 11.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 29.; Fatih Aydın, "Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, No. 133 (Kasım 2017): 533.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 411. Arkan, *Marka Hukuku*, 211, dn.9.

⁹⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 407. Kemal Atasoy, "Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması" *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, No.1 (Ocak 2015): 33.

Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 492.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 54.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 454.

öngörülmeven fakat uygulamada çıkabilecek olası bir marka ihlali durumunda bu fiillerin yaptırımsız kalmasına neden olacaktır. Bu sonuç ise marka hakkının tecavüze karşı korunması hükümleriyle uyuşmamaktadır.

Kanunda sayılan fiillerin markaya tecavüz olarak nitelendirilebilmesi için aranan şartlardan biri, markayı kullanımın ticari nitelikte olmasıdır¹⁰⁰. Ticari kullanım şartı, SMK m. 7/3 hükmünde düzenlenmiştir. SMK m.7/3'e göre marka sahibinin izni olmaksızın "işaretin ticaret alanında kullanılması halinde" SMK m. 7/2'de belirtilen fiillerin önlenebilmesi mümkündür. Bu unsur doktrinde bazı yazarlar¹⁰¹ tarafından "ekonomik amaçla kullanım" olarak da nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre ekonomik amacın gerçekleşebilmesi için illaki kazanç olması gerekmemektedir. Bir firmanın reklam olarak bedavaya ürün vermesi de ekonomik amaç olarak örneklendirilmiştir¹⁰². Yine markanın ticaret alanında kullanılmış sayılması için kullanan kişinin tacir sıfatının bulunmasına da gerek yoktur¹⁰³. Tacir olmayan kişiler de markayı ticaret alanında kullanabilir. Önemli olan markanın kullanılmasının ekonomik bir çıkar taşımasıdır¹⁰⁴. Ekonomik çıkar taşımadan kişisel kullanımlar markaya tecavüz oluşturmaz¹⁰⁵.

Markanın ticaret alanında kullanılması ile işaretin markasal kullanımı birbirinden farklıdır¹⁰⁶. Markaya yönelik ihlal fiillerinin tecavüz olarak nitelendirilebilmesi için işaretin aynı zamanda markasal olarak da kullanılması gerekir¹⁰⁷. Markasal kullanım, ortalama bir tüketicinin algısına göre değerlendirilmektedir. Buna göre tüketici nezdinde o işaret ürün veya hizmetin markası olarak algılanıp, malın veya hizmetin kökenini gösteriyorsa o işaretin markasal kullanıldığı kabul edilir¹⁰⁸. Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar ise tecavüzün oluşabilmesi için işaretin markasal olarak kullanılması gerekmediği ekonomik çıkarla

¹⁰⁰ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 28.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 108.

¹⁰¹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 161. Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 456.

¹⁰² Uzunallı, *Marka Hukuku*, 161. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 633.

¹⁰³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 632.

¹⁰⁴ Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 30.

¹⁰⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 153.

¹⁰⁶ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 635.

¹⁰⁷ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 33.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 108. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 401.; Camcı, *Marka Davaları*, 103.

¹⁰⁸ Mehmet Emin Bilge, "Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas", *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, No. 2 (Kasım 2015): 12.

kullanılması koşuluyla her türlü kullanımın tecavüz olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir¹⁰⁹.

Marka hakkına tecavüzün mevcut olabilmesi için marka sahibinin izninin bulunmaması gereklidir¹¹⁰. Nitekim marka sahibinin açık veya örtülü izni bulunduğu takdirde eylemin tecavüz oluşturduğundan da bahsedilemez. Yine marka hakkına tecavüzün mevcut olabilmesi için denetlenmesi gereken diğer şart SMK m. 7/5 kapsamında bir kullanımın olup olmadığıdır. Marka hakkını ihlal eden fiillerin bulunmasına rağmen SMK m. 7/5 hükmünde özel olarak belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde söz konusu fiiller marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmeyecektir¹¹¹. Kanunda tescilli markanın belirtilen şekliyle üç durumda, üçüncü kişilerce dürüstçe ve ticari hayatın olağan seyrinde kullanılması şartıyla¹¹², marka sahibinin bu kullanımı engelleyemeyeceğini belirtmiştir¹¹³. Bunlardan ilki “gerçek kişilerin¹¹⁴ kendi ad veya adresini belirtmesi”dir¹¹⁵. Yani tescilli bir markanın aynı zamanda bir gerçek kişinin kendi adı veya adresi olması halinde, tescilli marka sahibi gerçek kişinin bu kullanımını engelleyemez¹¹⁶. İkinci durum olarak kanunda üçüncü kişi tarafından markanın “malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması” halinde bu kullanımın yasaklanamayacağını belirtmiştir¹¹⁷. Doktrinde bu kullanıma “tanımlayıcı

¹⁰⁹ Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?”, 11.; Arslan Kaya, *Marka Hukuku* (İstanbul: Arkan, 2006), 229-230.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 456.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 411.

¹¹⁰ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 108.

¹¹¹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 124.

¹¹² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 845.

¹¹³ Füsün Nomer, “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve Vw-Audi Örneği (İsviçre Federal Mahkemesinin 30 Ocak 2002 Tarihli Kararı ile Değerlendirmesi)”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22, No. 2 (Haziran 2011): 1126. Muhammet Mekin Durceylan, “Ticaret Unvanının Türk Ticaret Kanunu’na ve Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Marka Hükümlerine Göre Korunması,” *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20, No.41 (Eylül 2021): 1005. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 844.

¹¹⁴ 556 sayılı KHK döneminde gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerin de adını kullanması hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmişken SMK döneminde sadece gerçek kişilerin adını kullanması hukuka uygunluk sebebi olarak istisna tanınmıştır. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 749. Tüzel kişiler açısından kullanımın marka ihlali oluşturmaması için ise SMK m.7/3-e hükmüne dikkat edilmesi gerekmektedir.

¹¹⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 124. Konuya ilişkin detaylı bilgi ve örnekler için: Adem Yaşar, “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (m. 12) ve İlgili Yargıtay Kararları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, No. 2 (Mart 2016): 909-929.

¹¹⁶ Burcu Bozkurt, “Markanın Dürüst Kullanımı”, *Yüksek Lisans Tezi*, (Ankara Üniversitesi, 2020), 64.; Camcı, *Marka Davaları*, 104.

¹¹⁷ Bu kullanıma somut örnek olarak bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 9. Maddesi uyarınca marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için davalının ürün ambalajında kullandığı kompozisyonun, ürünün nihai tüketicileri nezdinde davacı markası ile iltibasa neden olacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bu bakımdan, marka ve ambalajın kullanıldığı ürünlerin tüketici tarafından algılanış biçimi ve bu algılama sonucunda karışıklığa sebebiyet verilerek

kullanım¹¹⁸” veya “bilgilendirme amaçlı kullanım¹¹⁹” adı verilmektedir. Maddede sayılan son hal ise markanın “Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.” durumunda bu kullanımın engellenemeyeceği hükme bağlanmıştır¹²⁰. Bu duruma örnek olarak örneğin “Philips” marka ütülerin tamirini yapan bir tamircinin “Philips” markasını kullanması gerekli olup bu kullanım hukuka uygun kullanım olması sebebiyle marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilmeyecektir¹²¹.

Kanunda sayılan markaya tecavüz fiillerine geçmeden önce iltibas ve iktibas kavramlarının da açıklanmasında yarar bulunmaktadır. İktibas marka hukukunda, marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin kullanılmasıdır¹²². Daha sade bir ifadeyle ticari yaşamdaki sahte ve taklit ürünler olarak düşünülebilir¹²³. Tecavüz fiillerinin oluşabilmesi için tescilli marka ile aynı ürün ve hizmet sınıfında iktibas meydana gelmeli ve tescilli marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bir işaret kullanılmalıdır¹²⁴. Bu kullanım neticesinde tüketicinin iradesi mal ve hizmetin kökeni açısından yanıltılmaktadır¹²⁵.

Bir ürünün sahte olarak nitelendirilebilmesi için; markanın aynısı ya da ayırt edilmesi mümkün olmayacak derecede benzerinin markanın sahibinin onayı olmadan

tüketicinin davacının ürününü aldığı konusunda yanılgıya düşürülerek davalı ürünlerini satın almasına yol açılmış olmalıdır. O halde, davacı markalarını oluşturan işaretler ile davalı ürünlerine ait ambalaj kompozisyonları karşılaştırılır iken, bu amaç gözetilerek işaretlerin bir bütün olarak bıraktıkları izlenim değerlendirilmelidir. Davalıya ait “süt kremalı çikolata kalsiyumlu” ürün ambalajı dışında kalan “süt kremalı çikolata kalsiyumlu çilekli”, “çikolatalı pasta bisküvi”, “kakaolu içecek tozu vitamin deposu B C D vitaminli” ve “Disney” ibarelerini taşıyan ürün ambalajları bakımından ise bu ambalajlarda mevcut çikolata, çilek ve pasta bisküvi şekli, dökülmüş süt görüntüsü, renk ve yazıdan oluşan kompozisyon ile tüketiciye verilen mesai, ambalaj içinde satılan ürünün içeriğinin kolayca algılanıp satın almalarını sağlamaya yöneliktir. Davacıya ait şekil markasında benzer şekil ve renkler mevcut ise de; az önce açıklandığı üzere herhangi bir iltibas tehlikesi yaratılmayacak şekilde ambalaj içinde satılan ürünün niteliklerinin ön plana çıkartılmasının amaçlandığı kuşkuyla yer vermeyecek bir şekilde açıkça anlaşılmaktadır. Bu durumda sırf dalgali renk karışımından oluşan davacı markasının varlığından bahisle marka hakkına tecavüzden söz edilmesi mümkün olmadığından davanın reddine karar verilmek gerekir iken yazılı gerekçeyle kabulüne karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 11. HD, E.2008/8075, K.2010/3930, 08.04.2010. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 15/12/2023.

¹¹⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 851.

¹¹⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 128.

¹²⁰ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 124.: Konu hk. ayrıntılı bilgi için bkz: Nomer, “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve Vw-Audi Örneği (İsviçre Federal Mahkemesinin 30 Ocak 2002 Tarihli Kararı ile Değerlendirmesi)”, 1030-1033.

¹²¹ Yaşar, “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (m. 12) ve İlgili Yargıtay Kararları”, 913-914.

¹²² Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 174.

¹²³ Zahit Yılmaz, “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi* 16, No. 178 (Haziran 2021): 1182.

¹²⁴ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 414.

¹²⁵ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 414.

kullanılmış olması gerekir. Bu bakımdan ürünün veya hizmetin kalitesi, satışa sunulduğu fiyatın yüksekliği sahtelik konusunda tespit için yetersizdir¹²⁶. Buradaki temel kriter marka hakkı sahibinin, markanın kullanılmasında izninin olup olmadığıdır¹²⁷.

İltibas ise karıştırılma ihtimali olarak da adlandırılmakla birlikte¹²⁸, tüketicilerin ürünlerin markasını birbirinden ayırt etme noktasında yanılgısına sebep olacak şekilde benzer olması nedeniyle karıştırılma ihtimalini ifade eder¹²⁹. İltibasın; marka hukukunda tecavüz olarak nitelendirilebilmesi için tescilli markanın aynısı veya benzeri kullanılmalı ve tescilli markanın tescil edildiği aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması gerekir¹³⁰. Burada aranan diğer bir şart ise tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile tecavüze konu marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimalinin mevcut olmasıdır. Burada orta seviyedeki bir tüketicinin algısına göre bir değerlendirme yapılmaktadır¹³¹. Eğer ortalama bir tüketici, kullanılan işareti bütün haliyle veya ses, şekil anlamında tescilli bir markayla karıştırıyorsa veya o markayla ilişkili sanıyorsa iltibasın mevcut olduğu sonucu çıkmaktadır¹³².

2.2.2 Marka Hakkına Tecavüz Oluşturan Fiiller

2.2.2.1. Marka Sahibinin İzni Olmaksızın, Markayı SMK m. 7 'de Belirtilen Biçimlerde Kullanmak

SMK m. 29'da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller hükme bağlanmıştır. SMK m.29/1-a, marka sahibinin izni olmadan markanın SMK m.7'de belirtilen şekilde kullanılmasını tecavüz fiili olarak nitelendirmiştir. SMK m.7/1 'de marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği öngörülmüştür. SMK m.7/2, tescille sağlanan korumanın münhasıran

¹²⁶ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 62.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 642.

¹²⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 642.

¹²⁸ Kavramların birbiriyle aynı anlama gelmediği ve anlamlarının örtüşmediğine yönelik görüşler de ileri sürülmüştür. Aslan Düzgün, "İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz", 150.

¹²⁹ Yılmaz, "Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu", 1183.

¹³⁰ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 403.; Yılmaz, "Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu", 1183.; İltibasın tespitinde esas alınacak kriterlerle ilgili detaylı bilgi için bkz: Bilge, "Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas", 10-11.

¹³¹ Bilge, "Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas", 10.; Çetin Arslan ve Didar Özdemir, "Türk Hukukunda Marka Suçları-Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, No:4 (Aralık 2016): 1095.

¹³² Sami Karahan, "Markalarda İltibas", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, No. 1 (Haziran 1990): 216.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 403.

marka sahibine ait olduğunu ve marka sahibinin kendi izni olmadan üçüncü kişilerin maddede sayılan fiilleri önlenme yetkisine sahip olduğunu düzenlenmiştir. SMK m.7/3’de ise markanın yine marka sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişilerce ticaret alanında kullanıldığı durumda, marka sahibinin yasaklanmasını isteyebileceği fiiller hükme bağlanmıştır.

a. Tescilli Marka ile Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin, Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde Kullanılması

SMK m. 7/2-a’ya göre marka sahibi, tescilli markasıyla aynı olan bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. Buna göre üçüncü kişilerce markanın aynısının, aynı ürün ve hizmet sınıfında kullanılması marka hakkına tecavüz oluşturur¹³³. Dikkat edilirse burada hem marka açısından aynı olma hem de markanın tescil edildiği sınıf açısından aynı olma kriteri birlikte aranmaktadır. Örneğin KLT şeklinde tescil edilip kalemler üzerinde kullanılan bir markanın, marka sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişilerce üretilip KLT markası altında yine kalemler üzerinde kullanılması halinde söz konusu madde kapsamına giren bir tecavüz hali söz konusudur¹³⁴.

b. Tescilli Marka ile Aynı veya Benzer Olan İşaretin İlişkilendirilme ve Karıştırılma İhtimali Oluşturması

Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, önlenmesini talep etme hakkı olduğu ikinci durum; marka sahibinin kendi tescilli markasıyla aynı veya benzer olan işaretin, halk tarafından karıştırılma veya ilişkilendirilme ihtimali olması halinde, tescil ettirdiği aynı veya benzer sınıfta kullanılmasını önleme hakkıdır¹³⁵. Bu hükme göre tecavüzün oluşabilmesi için üç şartın bir arada gerçekleşmesi gerekir: Aynı veya benzer bir işaret bulunmalı; bu işaret, aynı veya benzer mal ve hizmet sınıfındaki ürünler üzerinde

¹³³ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 460. Camcı, *Marka Davaları*, 95.

¹³⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 635.

¹³⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 40.

kullanılmalı ve halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali mevcut olmalıdır¹³⁶.

Burada madde metninde geçmesi sebebiyle “ilişkilendirilme ihtimali” ve “karıştırılma ihtimali” kavramlarına değinmekte yarar görüyoruz. Karıştırılma ihtimali¹³⁷, tescilli markayla benzerliği olan işaretin ortalama bir tüketici nezdinde aynı olduğu düşünülerek markalar karıştırılıp tüketicinin almak istediği ürünü değil de yanılarak karıştırılan işareti tercih etmesi halinde ortaya çıkar. Tüketici eğer markayı karıştırmıyorsa, yanılarak aldığı ürünü almayacak olması halinde bu durum söz konusu olur¹³⁸. İlişkilendirilme ihtimalinde ise ortalama tüketici, işletmelerin farklı olduğunu bildiği halde markaların genel izlenimiyle aynı veya benzer olması sebebiyle birbiriyle bağ kurmaktadır¹³⁹. İlişkilendirilme ihtimalinde çoğunlukla tüketici bilinç dışı olarak diğer markayı hatırlamaktadır¹⁴⁰.

Karıştırılma ihtimali, ilişkilendirilme ihtimalini de kapsar şekilde üst bir kavram olduğu için SMK m.7/2-b’e göre ilişkilendirilme ihtimali veya karıştırılma ihtimalinden birinin mevcut olması tecavüzün varlığı için yeterlidir.¹⁴¹

c. Tanınmış Markanın Aynısının veya Benzerinin Markanın İtibarından Haksız Bir Yarar Elde Edecek veya İtibarına Zarar Verecek veya Ayırt Edici Karakterini Zedeleyecek Şekilde Kullanılması

SMK m. 7/2-c tanınmış markalar¹⁴² açısından gerçekleşebilecek marka ihlallerine ilişkin bir düzenleme öngörmektedir. Buna göre:

“Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır...”

¹³⁶ Camcı, *Marka Davaları*, 96.

¹³⁷ İlişkilendirilme ve karıştırılma ihtimali kavramları hk. ayrıntılı bilgi için bkz: Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 403-410.; Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 163 vd.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 43-46.

¹³⁸ Sarıgül, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları”, 66.

¹³⁹ Gamze Sarıgül, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları,” *Yüksek Lisans Tezi*, (Afyon Kocatepe Üniversitesi, 2022), 63-66.

¹⁴⁰ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 167.

¹⁴¹ Aynı yönde; Sarıgül, “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları”, 66.

¹⁴² Tanımı için bkz: Nilüfer Kargı, “Tanınmış Marka Kavramı ve Tanınmışlık Kriterleri”, *Yüksek Lisans Tezi*, (Marmara Üniversitesi, 2006), 22-26.

c) Aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.”

Kural olarak bir markanın aynısının veya benzerinin tescil edildiği sınıf haricinde kullanılmasını marka sahibinin önleme yetkisi bulunmazken bu madde ile bu duruma tanınmış markalar açısından bir istisna getirilmiştir¹⁴³. Hükme göre “*aynı, benzer veya farklı mal ve hizmetlerde olmasına bakılmaksızın*” tescilli ve tanınmış markanın aynı veya benzerinin, farklı mal ve hizmet sınıfında olduğu durumda dahi haklı bir sebep olmadan kullanılması halinde marka hakkı ihlal edilmiş sayılır¹⁴⁴.

SMK m. 7/2-c’ye göre marka sahibinin, üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak gerçekleştirilen fiilleri önleyebilmesi için aşağıdaki iki şartın varlığı gereklidir:

İlk şart, tescilli ve tanınmış markanın aynısının veya benzerinin kullanılması gereklidir. İkinci şart olarak bu kullanımın tanınmış markanın itibarına zarar verici ya da itibarından haksız yarar elde etme veya ayırt edici karakterine zarar verici nitelikte haksız bir kullanım olması gerekmektedir.

2.2.2.2. Markayı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzerini Kullanmak Suretiyle Markayı Taklit Etmek

SMK m.29/1-b’ye göre: “*Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” marka hakkına tecavüz sayılmaktadır.

Markayla aynı yahut ayırt edilmesi mümkün olamayacak kadar benzeri işaretlerin haksız olarak mal yahut ambalajın üstünde kullanımı durumunda meydana gelen hukuka aykırılığa markanın taklit edilmesi denir¹⁴⁵. Markanın kendisi taklit edilmeden malın yahut hizmetin aynısının veya benzerlerinin sunulması -haksız rekabet oluşturmamak kaydıyla-

¹⁴³ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 110.

¹⁴⁴ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 116. Camcı, *Marka Davaları*, 96.

¹⁴⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 61.

hukuka aykırılık oluşturmamaktadır¹⁴⁶. Örneğin çikolatalı lokma tatlıları A markası üzerinden satıldığı halde A markası olmadan ürünlerin B markasıyla başka bir kişi tarafından servis edilmesinde marka hakkının ihlali gündeme gelmemektedir. Bu halde başka bir fikri mülkiyet hakkının ihlaline sebep olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır.

Öte yandan taklit edilerek haksız kullanılan markanın, daha iyi yahut daha kaliteli mal ve hizmet üzerinde kullanılması marka hakkının ihlalini engellememektedir¹⁴⁷. Malın taklit olup olmadığı belirlenirken gerekli hallerde bilirkişi incelemesine de başvurulabilmektedir¹⁴⁸.

2.2.2.3. Markayı Taklit Edildiğini Bildiği veya Bilmesi Gerektiği Hâlde Tecavüz Yoluyla Kullanılan Markayı Taşıyan Ürünleri Ticarete Kullanmak

SMK m. 29/1-c'ye göre, markanın taklit edildiğini bildiği veya bilebilecek olduğu halde markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanarak; taklit ürünleri satan, dağıtan, herhangi bir şekilde ticari alana çıkaran veya ticari amaçla elde tutan, ithal veya ihraç eden, bu ürünlere yönelik sözleşme yapmayı öneren kişinin eylemi markaya tecavüz fiili oluşturmaktadır.

Bu maddeye göre marka hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için üç unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlardan ilki, “taklit edilmiş bir marka” bulunmalıdır. Hükümde geçen “markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri” ve “markanın taklit edildiği” ifadelerinden bu sonuca ulaşmaktayız. Eğer somut olayda taklit edilmiş bir markadan bahsedilemiyorsa tecavüz de oluşmayacaktır¹⁴⁹. Bu halde taklit olmadan iltibasın olması dahi tecavüz fiilini bu madde açısından oluşturmayacaktır¹⁵⁰.

İkinci unsur markanın taklit olduğunun “bilinmesi veya bilinebilecek durumda olması” gerekmektedir. Bilmek, ürünün taklit olduğu konusunda kişinin bilgisinin olmasını; bilebilecek durumda olmak ise ürünün taklit olduğu konusunda bilgiye ulaşabilecek

¹⁴⁶ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 61-63.

¹⁴⁷ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 62.

¹⁴⁸ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 62.

¹⁴⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 454.

¹⁵⁰ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 493.

imkânda olmayı ifade etmektedir¹⁵¹. Bu şart her somut olayda ayrı ayrı incelenmeli¹⁵² ve eğer kişi markanın taklit olduğunu bilmiyorsa ve bilebilecek durumda da değilse bu madde bakımından markaya yönelik bir tecavüzün varlığından bahsedilemeyecektir. Markanın taklit olduğunun bilindiği veya bilebilecek durumda olduğuna yönelik ispat yükü, davacının üzerindedir.¹⁵³ Bu madde açısından da tecavüzün oluşup oluşmadığını belirlemede etkili olan husus kişinin kusurlu olup olmadığıdır. Bu sebeple çalışmanın kusura ilişkin bölümünde¹⁵⁴ bu konu detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Markaya tecavüzün oluşabilmesi için üçüncü unsur, Kanunda sayılan fiillerin gerçekleştirilerek taklit işaretli ürünlerin “ticaret alanında” yer aldırılmasıdır. Kanunda sayılan fiiller örnekleyici¹⁵⁵ mahiyette olup, Kanunda belirtilenler dışında başka şekillerde taklit ürünlerin ticari amaçla bulundurulması sonucu da markaya tecavüz oluşabilir. Ticari amaç, ekonomik menfaat sağlama gayesidir¹⁵⁶. Ticari amaç olmaksızın sadece tüketim amacıyla ürünlerin bulundurulması markaya tecavüz oluşturmamaktadır¹⁵⁷.

Bu bent kapsamında taklit malı üreten kişiden başka taklit malla ilişkili üçüncü kişilerin eylemi düzenlenmiştir. Bunun da amacı, üçüncü kişilerin de yeterli özeni göstermesi sağlanarak marka hukukunda tecavüze karşı daha etkin korumanın sağlanmak isteysidir¹⁵⁸.

2.2.2.4. Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletmek veya Bu Hakları Üçüncü Kişilere Devretmek

Marka sahibi, markasının lisans yoluyla kullanılmasına izin verirken bazı sınırlandırmalar yapabilmektedir. Bu sınırlandırmalara aykırı olarak markanın kullanılması veya lisans hakkı sahibinin sahip olduğu bu kullanma hakkını izinsiz veya haksız olarak bir başkasına devretmesi marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır¹⁵⁹.

¹⁵¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 661.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 73.

¹⁵² Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 76.

¹⁵³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 454.; Hamdi Yasaman ve Tolga Ayoğlu, *Marka Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004), 1015.

¹⁵⁴ Bknz: 3.1.4. numaralı bölüm s.39-47.

¹⁵⁵ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 118.

¹⁵⁶ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 661.

¹⁵⁷ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 454.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 661.

¹⁵⁸ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 492.; Arkan, *Marka Hukuku*, 218.

¹⁵⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 78.

Lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek birkaç şekilde gerçekleşebilmektedir. Marka hakkı sahibi, lisans verirken yer, süre kullanma tarzı, malların ve hizmetlerin türü, miktar ve benzeri açılardan¹⁶⁰ sınırlandırma yapabilmektedir. Bu sınırlandırmaların dışına çıkarak markanın kullanılması sözleşmeyle verilen bir hakka dayanmadığı için markaya tecavüz oluşturmaktadır. Örneğin; marka hakkı sahibi lisansı sadece belli bir yerle sınırlandırarak sadece Ankara’da kullanılmasını izin vermişken, markanın İstanbul’da kullanılması izinsiz genişletme anlamına gelerek markaya tecavüz oluşturmaktadır. Bir başka örnekte lisans veren lisans süresini bir yıl ile sınırlandırmışken, lisans alanın bu süreyi izinsiz genişleterek bir yıldan sonra da kullanması markaya tecavüz olacaktır. Marka hakkı sahibi lisansa konu ürünleri de belirleyerek sınırlandırmış olabilir. Örneğin markasının sadece puding ürünlerinde kullanılmasına izin vermişken lisans alanın izinsiz ve haksız biçimde markayı makarna ürünlerinde de kullanması markaya tecavüz oluşturmaktadır.

Lisansa konu hakları izinsiz genişletmek gibi bu hakları izinsiz şekilde devretmek de markaya tecavüz olarak belirtilmiştir. Bu hüküm, lisansı düzenleyen SMK m.24/3 ile de uyumludur. SMK m.24/3’te lisans alanın aksi kararlaştırılmadığı sürece lisans hakkını üçüncü kişilere devredemeyeceği ve alt lisans veremeyeceği hükme bağlanmıştır¹⁶¹. Bu hükme aykırı davranmanın yaptırımı SMK m. 29/1-ç anlamında markaya tecavüz olarak belirlenmiştir¹⁶². Burada tecavüzün olup olmadığının tespitinde sözleşme hükümlerinin tespiti önem taşımaktadır. Nitekim sözleşmede, lisans alanın alt lisans verebileceği açıkça saklı tutulmuşsa markaya tecavüz oluşmayacaktır¹⁶³. Doktrinde “devir” ifadesinin geniş yorumlanarak çeşitli yollarla markanın üçüncü kişilere kullandırılmasını devir olarak nitelendirilmesinin gerektiği ifade edilmiştir¹⁶⁴.

Doktrindeki bir görüşe göre bu maddede sayılan hallerin aslında tipik bir sözleşmeye aykırılık olduğunu ve sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilen bir durumun tecavüz kapsamında düzenlenmemesi gerektiği savunulmuştur¹⁶⁵. Doktrindeki diğer bir görüş ise¹⁶⁶, bu maddede sayılan tecavüz halleriyle sözleşmeye aykırılık hallerinin birbirinden farklı eylemler olduğuna yönelik bir ayırım yapmıştır. Buna göre Kanunda sayılan hallerin mevcut

¹⁶⁰ Sınırlandırmaya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz: Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 455.; Yasaman ve Ayoğlu, *Marka Hukuku*, 1017-1018.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 79-81.

¹⁶¹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 81.

¹⁶² Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 497.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 78.

¹⁶³ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 82.

¹⁶⁴ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 455.

¹⁶⁵ Arkan, *Marka Hukuku*, 218.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 119.

¹⁶⁶ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 183.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 762.

olduğu durumda markaya tecavüzün oluşacağı; kanunda sayılan fiiller dışında sözleşmeye aykırı bir durum yaşandığında ise bunun marka hukukuna dayalı tecavüz hükümlerine göre değil TBK m.112 kapsamında sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre karara bağlanması gerektiği ifade etmiştir. Örneğin yukarıda açıklandığı üzere lisansın süre olarak izinsiz genişletildiği durumda markaya tecavüz hükümlerine dayanılması gerektiği halde, lisans bedelinin ödenmediği halde ise TBK m.112 gereğince sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talepte bulunabileceği belirtilmiştir. Kanımızca da bu görüş isabetlidir. Somut olay açısından sözleşmeye nasıl aykırılık oluşturulduğu ve Kanunun markaya tecavüzü engelleme amacı dikkate alınarak hangi hükümlere dayanılacağı tespit edilmelidir.

2.2.3. Haksız Kullanım Şekilleri

SMK m. 7/3'e göre, maddede sayılan fiillerin ticari olarak SMK m.7/2 kapsamında kullanılması durumunda bu fiillerin markaya tecavüz oluşturduğunu ve tecavüz oluşturan bu fiillerin marka hakkı sahibi tarafından yasaklanmasının talep edilebileceği belirtilmiştir. Bu fiiller tahdidi değil örnekleyici olarak sayılmıştır¹⁶⁷.

2.2.3.1. İşaretin, Mal veya Ambalajı Üzerine Konulması

Haksız kullanım şekillerinden ilki SMK m.7/3-a bendinde ifade edilen “işaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması”dır. Markanın mal veya ambalaj üzerinde nasıl konulduğu önem taşımamaktadır. Kazıma, baskı vb. şekillerde konulabilir¹⁶⁸. Önemli olan o marka ile ürün/hizmet arasında bağ kurabilecek bir şekilde kullanılmasıdır¹⁶⁹. Markanın bu şekilde kullanılmasıdaki amaç diğer bütün hallerde de ifade ettiğimiz gibi ticari amaçla olmalıdır¹⁷⁰.

Bu hükümdeki tecavüz halinin oluşabilmesi için ürünün piyasa sürülmesinin gerekli olmadığı nitekim malın piyasaya sürülmeden de depolamasının da tecavüz hali olarak

¹⁶⁷ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 461.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 411.

¹⁶⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 411.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 96.

¹⁶⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 96.

¹⁷⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 663.

belirtildiği doktrinde ileri sürülmüştür¹⁷¹. Burada markanın doğrudan ürün üzerine ya da ambalaj üzerinde konulması açısından kanun bir ayırım yapmamıştır. Her iki halde de tecavüz fiili oluşmaktadır.

Hizmet markaları yönünden ise, sağlanmış olan hizmetin ürünlerinin burada tabir edilen “mal” kavramının içine dahil edilerek geniş düşünülmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir¹⁷². Örnek olarak da sigortacının vermiş olduğu hizmete yönelik evrakların veya bankaların kredi işlemlerine yönelik verdikleri hizmetin bu kapsamda hizmetin ürünü olduğu belirtilmiştir¹⁷³.

2.2.3.2. İşareti Taşıyan Malların Piyasaya Sürülmesi, Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi, Bu Amaçlarla Stoklanması veya İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması ya da Sunulabileceğinin Teklif Edilmesi

SMK m. 7/3-b bendinde: “İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi” haksız kullanım şekli olarak ifade edilmiştir. Doktrinde bu hükmün SMK m.29/1-c ile benzer olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁴.

Malın piyasaya sürülmesinin geniş anlamda anlaşılması gerektiği; malın satılması, bayilere verilmesi, bağışlanması, kiralama veya takas işlemine konu edilmesinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁷⁵.

Malın teslim edileceğine yönelik teklif sunulması da tecavüz oluşturmaktadır. Burada malın henüz üretilmemiş olması önem taşımamaktadır¹⁷⁶. Önemli olan markayı haksız taşıyan ürünlerin teslim edileceğine yönelik teklif edilmesi tecavüzü oluşturmak için

¹⁷¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 663.

¹⁷² Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 261.

¹⁷³ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 462.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 261.

¹⁷⁴ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 111.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 463.

¹⁷⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 65.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 412.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 111.

¹⁷⁶ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 69.

yeterlidir¹⁷⁷. Teklifin belirli kişilere ya da belirsiz bir gruba yapılması tecavüzün oluşabilmesi için önem taşımamaktadır¹⁷⁸.

Malın stoklanması da tecavüz oluşturmaktadır. Burada yine dikkat edilmesi gereken husus malın ticari amaçlarla stoklanması gerekliliğidir. Kişisel kullanımı sebebiyle ürünün stoklanması markaya tecavüz oluşturmamaktadır¹⁷⁹. Burada stokta kaç tane ürün bulundurulduğu tecavüzün olduğu açısından önem taşımamaktadır. Ticari amaçla olduğu sürece az ya da çok ürünün stoklanması tecavüz oluşturmaktadır. Buna karşılık ürünün sayısı kusurun belirlenmesi ve tazminat miktarı açısından önem taşımaktadır¹⁸⁰.

Maddede belirtilen son haksız kullanım şekli hizmet markaları açısından dır. Hükme göre, haksız kullanılan işaret altında hizmetlerin sunulması veya sunulabileceğinin teklif edilmesi de markaya tecavüz oluşturur. Teklif açısından yukarıda ürünlerin teklifi açısından yaptığımız açıklamalar hizmetler açısından da geçerlidir. Örneğin bir tur şirketinin markası kullanılarak tüketicilerin yurtdışı turlarına götürülmesi ya da teklif edilmesi de marka hakkına tecavüz oluşturur ve marka hakkı sahibi bu fiillerin yasaklanmasını talep edebilir.

2.2.3.3. İşareti Taşıyan Malın İthal ya da İhraç Edilmesi

Marka hakkı sahibi işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesini SMK m. 7/3-c maddesi gereği yasaklama hakkına sahiptir. Sözlük¹⁸¹ anlamına göre ithal etmek: “*bir ülkeye başka ülkelerden mal getirmek*” iken ihraç etmek ise: “*yurt dışına mal veya hizmet satmak*” olarak tanımlanmıştır. Türkiye’de tescilli markası bulunan marka sahibi kendi markasıyla aynı veya benzer olan ürünün Türkiye’ye getirilmesini engelleyebileceği gibi, kendi markasını taşıyan ürünlerin başka ülkelere satılmasını da yasaklama hakkı mevcuttur¹⁸².

556 sayılı KHK döneminde bu bent, “*işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*” olarak farklı şekilde ifade edilmişti. Yapılan bu değişiklikle transit geçen malların tecavüz oluşturup oluşturmayacağı

¹⁷⁷ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 412.

¹⁷⁸ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 166.

¹⁷⁹ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 112.

¹⁸⁰ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 166.

¹⁸¹ Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: 29 Ekim 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

¹⁸² Uzunallı, *Marka Hukuku*, 168.

tartışmalı olmuştur¹⁸³. Ürünlerin bir ülkeden başka bir ülkeye sevk edilirken iç piyasaya girmeden Türkiye’den geçmesi “transit geçiş” olarak adlandırılır¹⁸⁴. 556 sayılı KHK döneminde transit geçiş yapan ürünler de marka hakkına tecavüz oluşturmalarına karşılık kanunda yapılan bu değişikliğin sonucu olarak madde metninde sadece ithal ve ihrac işleminden bahsetmesi sebebiyle tecavüz oluşturmayaacağı doktrinde ileri sürülmüştür¹⁸⁵. Yargıtay ‘da önüne gelen somut uyuşmazlıkta kanunda “malların herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulmasından bahsedilmediğinden” transit geçiş yapan ürünlerin marka hakkına tecavüz oluşturmadağı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir¹⁸⁶.

Öte yandan bununla birlikte, SMK m.159/2-b hükmü SMK m. 7/3-c hükmüyle beraber düşünüldüğünde tereddüde sebep olabilecek konumdadır. SMK m.159/2-b hükmünde ihtiyati tedbir olarak taklit ürünlere bulundukları yerde el konulabileceğini düzenlemiştir. Hükümde bu durum şu şekilde belirtilmiştir:

“İhtiyati tedbirler özellikle aşağıda belirtilen tedbirleri kapsamalıdır: ...Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalarla ... tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde el konulması ve bunların saklanması.”

SMK m. 7/3-c’ye göre transit geçen taklit ürünlere yönelik marka hakkı sahibinin yasaklama yetkisi bulunmazken SMK m.159/2-b hükmünde transit geçiş yapan malların taklit olması halinde ihtiyati tedbir olarak bu ürünlere el konulabileceğini düzenlemiştir. Bu noktada iki madde arasında çelişki ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu iradesinin; 556 sayılı KHK’dan farklı olarak SMK’da transit geçişin kapsam dışı bırakılması olduğu yönüyle de

¹⁸³ Çolak, Türk Marka Hukuku, 666.; Karan ve Kılıç, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, 263-265.

¹⁸⁴ Uzunallı, Marka Hukuku, 168.; Çolak, Türk Marka Hukuku, 669.

¹⁸⁵ Çolak, Türk Marka Hukuku, 672.

¹⁸⁶ “10/01/2017 tarihinde yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 29/1-c maddesinde, malların herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulmasından bahsedilmeyip, malın ithal veya ihracının marka hakkına tecavüz olarak görüldüğü, davacı vekilinin istinaf dilekçesinde yer verdiği Yargıtay kararlarının 556 sayılı KHK’nın yürürlükte olduğu dönemde verilmiş olduğu, KHK 9/2-c maddesinde “İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasının” marka sahibi tarafından yasaklanacağını düzenlendiği, ancak KHK 9/2-c hükmü 6769 sayılı Kanun 9. Maddesine alınmadığından, davalının transit işlemlerine yönelik fiilinin markaya tecavüz teşkil etmediği kanaatine varıldığı, mahkemenin davanın esastan reddine karar vermesi gerekirken pasif husumet yokluğundan reddine karar verilmesi yerinde değilse de, istinaf yoluna başvuranın sıfatına göre bu hususa değinilmekle yetinilmiş, davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK 353/1-b-1 maddesi gereğince reddine karar verilmiştir.” Yargıtay da kararı onamıştır. Yar. 11. HD, E.2021/1014, K.2022/4799, 13.06.2022. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 25/12/2023.

düşünüldüğünde SMK m.159/2-b hükmünün unutulur taslak metinde kaldığı doktrinde ileri sürülmüştür¹⁸⁷.

2.2.3.4. İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması

SMK m. 7/3-ç maddesi gereğince “işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması”nı marka hakkı sahibi yasaklayabilir. İş evrakı tanımından birçok belge anlaşılabilir. Bunlar; mektup, yazılı evrak, fatura, katalog, fiyat listesi, menüler¹⁸⁸ gibi birçok türde olabilir. İşaretin iş evrakında kullanılmasını yanı sıra teşebbüsün reklamlarında da kullanılması markaya tecavüz oluşturur. Burada reklam kavramı da geniş yorumlanarak; televizyonda, radyoda, billboardlarda, filmlerde, taşıtların üzerinde ve her türlü reklam mahiyetinde olabilecek yerlerde kullanılması bu kapsama dahildir¹⁸⁹. SMK m. 7/5 hükmünde¹⁹⁰ belirtilen şekilde markanın dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun olarak maddede sayılan hallerde markayı kullanmakta olan kişiler örneğin bayiler, dağıtıcılar veya perakendeciler markayı reklamlarda kullanabilirler¹⁹¹. Bu kişilerin SMK m.7/5 hükmüne uygun olarak markayı reklamda kullanması marka hakkının tükenme ilkesi gereği tecavüz oluşturmamaktadır¹⁹².

¹⁸⁷ Çolak, Türk Marka Hukuku, 675.

¹⁸⁸ Çağlar, Marka Hukuku Temel Esaslar, 113.; Uzunallı, Marka Hukuku, 168.; Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 97.

¹⁸⁹ Uzunallı, Marka Hukuku, 168.; Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 98.

¹⁹⁰ SMK m.7/5: “Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez: a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi. b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması. c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”

¹⁹¹ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 298.; Uzunallı, Marka Hukuku, 169.

¹⁹² Bozbel, Fikri Mülkiyet Hukuku, 469.

2.2.3.5. İşareti Kullanan Kişinin, İşaretin Kullanımına İlişkin Hakkı veya Meşru Bağlantısı Olmaması Şartıyla İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Biçimde Alan Adı, Yönlendirici Kod, Anahtar Sözcük ya da Benzeri Biçimlerde Kullanılması

SMK m. 7/3-d maddesi gereğince marka hakkı sahibi, kendi markasıyla aynı veya benzer olan; alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya elektronik ortamda benzer bir türde kullanılmasını, kullanan kişinin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması koşuluyla, yasaklayabilir.

Maddede “alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da ‘benzeri biçimlerde’ kullanılması” denilerek bu sayılanlar haricinde başka türlü internette kullanımların da yasaklanabileceğini belirtmiştir. Önemli olan husus işareti kullanan kişinin “işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması” ve “kullanımın ticari etki yaratacak şekilde” olması şartlarının bulunmasıdır¹⁹³.

Kullanımın ticari etki¹⁹⁴ olmasından maksat sitenin genelinde ticari faaliyet görülüyorsa, reklam amaçlı bir kullanım varsa veya kullanan kişinin tacir ve kişisel amaçlı kullanımın olmadığı durumlar kastedilir¹⁹⁵. Kullanıma ilişkin “hak veya meşru bağlantı” ifadesinden ise örneğin kişinin kendi ad soyadını kullanması veya uzun süreden beri alan adı olarak kullanılan işaretin ayırt edicilik vasfını kazanmasından sonra bir başkası tarafından marka olarak tescil edilmesi halinde alan adının kullanan kişinin hakkı üstün hak olarak kabul edilir¹⁹⁶.

Burada hükümde geçen bazı teknik kavramların ele alınması yerinde olacaktır. İnternet Alan Adları Yönetmeliğine¹⁹⁷ göre internet alan adı: “İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya İnternet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan İnternet protokol adresini tanımlayan adlar”ı ifade etmektedir. Daha kısa bir deyimle teşebbüslerin internetteki ad ve adresleridir¹⁹⁸. Artık günümüzde elektronik ticaretin gelişmesiyle beraber birçok firma internet ortamında ticari faaliyetlerini yürütmektedir. Markanın alan adı olarak

¹⁹³ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 105.

¹⁹⁴ Kavrama dair ayrıntılı bilgi için bkz: Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali* (İstanbul: On İki Levha, 2020), 174-186, 296-316, 374-378.

¹⁹⁵ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 483.

¹⁹⁶ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 484.

¹⁹⁷ RG. 07.10.2010, S. 27752.

¹⁹⁸ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 170.

kullanıldığı her durum marka hakkının ihlaline sebep olmamaktadır¹⁹⁹. Markanın alan adı olarak kullanılması halinde bu durumun marka hakkına tecavüz olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartların sağlanması gerekmektedir²⁰⁰. Öncelikle markanın aynısının yahut benzerinin “*ticaret alanında*” ve “*ticari etki yaratacak biçimde*”²⁰¹ kullanılması gerekmektedir²⁰². Bir diğer şart olarak doktrinde alan adının “mal veya hizmetlerle alakalı” olarak kullanılması gerektiği yani “markasal” kullanım halinde ancak ihlalin mevcut olabileceği belirtilmiştir²⁰³. Madde kapsamında markaya tecavüzün oluşabilmesi için markanın aynısının veya benzerinin, markanın tescil edildiği sınıf ile aynı veya benzer sınıfta kullanılması gereklidir²⁰⁴. Tanınmış markalar açısından²⁰⁵ yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde marka hakkına tecavüzün mevcut olabilmesi için alan adının kullanıldığı sektörün, tescilli markanın faaliyet gösterdiği sektör ile aynı veya benzer olabileceği farklı bir sektör olabilmesi de mümkündür²⁰⁶. Tescilli bir markanın, izinsiz olarak üçüncü bir kişi tarafından alan adı olarak kullanılması halinde bu durum tüketicilerin yanılgısına sebep olarak markanın kaynak gösterme işlevine zarar vermektedir. Nitekim ayakkabı sınıfında tescilli KLD markasının sahibi internet üzerinden satış yapmak istediği zaman alan adı olarak da örneğin www.kld.com.tr adresini almak isteyecektir. Oysaki üçüncü bir kişinin alan adı olarak bu adresi kullanması halinde tüketiciler KLD markasına ait bir site olarak algılayıp satın alma tercihleri etkilenecektir. Bu halde yukarıda sayılan şartlar kapsamında, kullanımın ticari etki oluşturacak şekilde ve mal ve hizmetlerle alakalı olduğu takdirde markaya tecavüz oluşmaktadır.

Bir diğer kavram olan yönlendirici kod ise: “Bir web sitesinin kaynak kodları arasında yer aldığından web sitesine bakıldığında görünmeyen, bulunduğu web sitesinin internet arama motorları tarafından tasnifine yardımcı olan anahtar kelimelerdir.”²⁰⁷ Yönlendirici kodların kullanılmasının amacı, sayfaya yapılan yönlendirilmenin arttırılarak arama motorunda üst sıraya çıkılmasını sağlamaktır²⁰⁸. Başkasına ait bir markanın yönlendirici kod olarak kullanılması halinde örneğin tanınmış ve herkesçe daha çok aranan

¹⁹⁹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 108.

²⁰⁰ Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 173.

²⁰¹ Her iki kavram açısından da detaylı bilgi için bkzn: Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 174-186.

²⁰² Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 173.

²⁰³ Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 187.

²⁰⁴ Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 191.

²⁰⁵ Buradaki tanınmış markalar açısından yapılan açıklama alan adı haricinde, anahtar sözcük ve yönlendirici kod için de geçerlidir. Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 358-360, 395-398.

²⁰⁶ Aynı yönde: Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 247.

²⁰⁷ Ömer Korkut, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, No.2 (Aralık 2007): 502.

²⁰⁸ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 116.

bir marka olduğunda o markayı daha çok kişi aradığı için o web sitesi de daha çok ziyaretçi çekecek ve bu durum satışlarını etkileyecektir. Bu halde de markadan haksız yararlanma durumu meydana gelebilecektir²⁰⁹. Bir markanın izinsizce yönlendirici kod şeklinde kullanılması halinde marka hakkına tecavüzün oluşabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bu şartlar alan adında olduğu gibi “*ticaret alanında*” ve “*ticari etki yaratacak biçimde*” yönlendirici kodun kullanılması ve kullanımın mal ve hizmetlerle ilişkili olması gerekmektedir²¹⁰.

Anahtar sözcük ise, “arama motorları tarafından satışa çıkarılan yönlendirici kodlar”²¹¹ olarak tanımlanır. Günümüzde arama motorları belirli kelimelerin aranmasıyla belirli reklamları yayınlamaktadır²¹². Her tıklama başı ücretlendirme uygulanmakta olup bu sistem arama ağı reklamcılığı olarak tanımlanmaktadır²¹³. Başkasına ait bir markanın izinsiz şekilde kullanılması ile o markanın aranmasından faydalanılarak²¹⁴ haksız yere menfaat elde edilme durumu gündeme gelmektedir²¹⁵. Anahtar sözcük kullanılarak marka hakkının ihlal edilmesi için yukarıda sayılan şartlarla benzer olarak, “*ticaret alanında*” ve “*ticari etki yaratacak biçimde*” anahtar sözcüğün kullanılması ve kullanımın mal ve hizmetlerle ilişkili olması gerekmektedir²¹⁶.

Acente veya bayi gibi ara satıcıların markayı içeren alan adını kullanıp kullanamayacakları doktrinde tartışılmıştır²¹⁷. Buna göre alan adının devamında ek tanım getiren bir ifadenin de yer alması koşuluyla ara satıcıların markayı alan adı olarak kullanabileceği belirtilmiştir.

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için: Korkut, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, 501-519.: Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 373.

²¹⁰ Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 374.

²¹¹ N. Berkay Kırıcı, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı* (Ankara: Turhan, 2009), 109.

²¹² Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 116

²¹³ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 175.

²¹⁴ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 116.

²¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Tamer Soysal, “Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, No.12 (Aralık 2018): 693-722.

²¹⁶ Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 295. Şartlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz: Yasaman, *İnternette Marka Hakkının İhlali*, 295-365.

²¹⁷ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 487.

2.2.3.6. İşaretin Ticaret Unvanı ya da İşletme Adı Olarak Kullanılması

SMK m. 7/3-e maddesinde tescilli bir markanın ticaret unvanı ya da işletme adı olarak izinsiz kullanılması durumunda marka hakkı sahibinin bunu yasaklayabileceği belirtilmiştir. 556 sayılı KHK döneminde m. 9 ve 61. hükümlerinden yola çıkılarak yorum yapılmakta²¹⁸ ve yaygın uygulama olarak tescilli bir markanın, tescilli bir ticaret unvanı olarak “unvan” işlevinde kullanıldığı²¹⁹ durumda bu kullanımın hukuka uygun kullanım olarak kabul edildiği fakat unvan niteliğinde kullanımın sınırının aşılmasıyla kullanımın “markasal” kullanıma²²⁰ dönüştüğü halde marka hakkının ihlali olarak görülmekte olduğu ifade edilmiştir.²²¹ SMK m.7/3-e hükmü uyarınca konu açıkça düzenlenmiştir. Bu kapsamda markanın ticaret unvanı içinde yer aldığı durumlarda bu kullanımın marka hakkını ihlal edip etmediğinin tespitine yönelik doktrinde her somut olay bazında araştırılması gereken bazı kriterler ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki kullanımın markasal nitelikte olup olmadığıdır. Doktrinde tescilli bir marka hakkına yönelik ihlalin mevcut olabilmesi için, unvanın markasal olarak kullanılması²²² gerekmekte olduğu ifade edilmiştir²²³. Yargıtay’da bu görüşle benzer biçimde madde metninde aranan “*ticaret alanında kullanılması*” ibaresinin “markasal kullanım” olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğine karar vererek marka hakkına ihlalin mevcut olabilmesi için unvanın markasal kullanılması gerektiğini belirtmiştir²²⁴. Öte yandan doktrindeki diğer görüş marka hakkına ihlalin oluşabilmesi için markasal kullanımın zorunluluk olmadığını ileri sürmüştür²²⁵. Bu görüş uyarınca aynı sektördeki kullanım halinde markasal kullanım olmasa dahi markadan haksız çıkar elde ediliyorsa ve markanın fonksiyonları zarara uğruyorsa ihlalin mevcut olduğu çıkarımının yapılabileceğini belirtmiştir²²⁶.

²¹⁸ Muhammet İkbâl Karadaş, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, *Yüksek Lisans Tezi*, (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2020), 68.

²¹⁹ Doktrinde unvansal kullanım olarak adlandırılmaktadır. Detaylı bilgi için bkz: Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 12.

²²⁰ Markasal kullanım hk. detaylı bilgi için bkz: Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 12-13.

²²¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 749.

²²² Unvanın markasal etkiye sebep olabilecek nitelikte kullanılmasının örneği olarak doktrinde; ürünler üzerinde, tabela olarak, ürün kataloğu veya reklamlarda kullanılması durumları gösterilmiştir. Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 14-15.

²²³ Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 13.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 750.

²²⁴ Yar. 11. HD, E.2019/1692, K.2020/3293, 29.06.2020, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 19/12/2023.

²²⁵ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 217.; Karadaş, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, 69.

²²⁶ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 217.

Marka hakkına yönelik tecavüzün mevcudiyetinin tespiti için araştırılması gereken bir diğer kriter, unvanın kullanımının markanın fonksiyonlarına zarar verip vermediğidir. Nitekim marka hakkına ihlalin oluşmaması için unvan kullanımının neticesinde markanın fonksiyonlarının zarara uğramamış olması gerekmektedir²²⁷. Markanın fonksiyonlarının zarara uğraması için markanın mal ve hizmetlerin ayırt edilmesini sağlamak amacıyla kullanılması gerekmektedir²²⁸.

Markanın tescil edildiği mal ve hizmet sınıfıyla, unvanın faaliyet gösterdiği sektörün birbirinden tamamen farklı olduğu halde²²⁹, bu durumun karıştırılma ihtimalini azaltacağından ayıksı somut durumlar haricinde marka hakkının ihlaline de sebep olmayacağı belirtilmiştir²³⁰. Marka hakkı sahibi ancak işaretin tescilli olduğu mal ve hizmet sınıfında kullanılan ticaret unvanı ya da işletme adının kullanılmasını engelleyebilir²³¹. Söz gelimi kozmetik markasında tescilli “Didem Keskin” markasının, otomobil sektöründe ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasını yasaklayabilmesi mümkün değildir. Tabi burada tecavüzün oluşup oluşmadığının tespit edilmesinde markanın tanınırlığı veya markanın fonksiyonlarının zarara uğrayıp uğramadığının da tespit edilmesi gerekir.

Burada da tecavüzün oluşup oluşmadığı denetlenirken somut olay irdelenerek hukuka uygun kullanım şekilleri de dikkate alınmalıdır. Örneğin bir gerçek kişinin kendi adı ve soyadını ticaret alanında ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanmasını, marka hakkı sahibi kendi markasıyla aynı olsa dahi SMK m.7/5-a²³²’da belirtildiği üzere engelleyemez²³³.

²²⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 750.

²²⁸ Karadaş, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, 74.

²²⁹ Tanınmış markalar için ihlalin oluşabilmesi için sektör benzerliğinin markalarda olduğu gibi unvanlar açısından da aranmaması gerektiğine dair görüş için bkz: Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 11.

²³⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 750.; Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 10.; Karadaş, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, 72.

²³¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 750.

²³² “Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez: a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.”

²³³ Bilge, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas”, 16.; Karadaş, “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi”, 82.

2.2.3.7. İşaretin Hukuka Uygun Olmayan Şekilde Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılması

SMK m. 7/3-f'ye göre marka hakkı sahibi markasının hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını engelleyebilir. *“Rakibin şahsı yahut ürettiği mal veya hizmet ile açık veya kapalı bağlantı kurulmak suretiyle kendisinin, yahut mal veya hizmetlerinin rakibinkinden daha üstün veya onun ayarında olduğunun belirtilmesi şeklinde”*²³⁴ yapılan reklama karşılaştırmalı reklam denmektedir. Karşılaştırmalı reklamın mevcut olabilmesi adına önemli olan husus rakip işletmenin mal ve hizmetiyle bağlantı kurulmuş olmasıdır²³⁵. Bu bağlantı açık, örtülü veya dolaylı olabilir.

Karşılaştırmalı reklama hukukumuzda belirli sınırlar içinde izin verilmekle beraber bu sınırların ihlal edildiği durumda marka hakkına tecavüz oluşmaktadır. Markanın hukuka uygun şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması halinde ise marka hakkına tecavüz bulunmayacaktır.

Hukuka uygun bir karşılaştırmalı reklamdan bahsedebilmek için bazı kriterler mevcuttur. Bu kriterler genel manada reklamın *“dürüstlük kuralına uygun olması, gerçeğe aykırı bilgilerin yer almaması ve rakibi gereksiz yere incitici ve onun şöhretinden haksız yere yararlanıcı olmaması”*²³⁶ şeklinde olup aksi halde bu durumun haksız rekabete de yol açacağı gözden kaçmamalıdır.

Ticari reklam ve haksız ticari uygulamalar yönetmeliğinin²³⁷ 8. maddesinde de karşılaştırmalı reklamın hukuka uygun olabilmesi için taşınması gereken kriterler ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Yönetmeliğin m.8/1-a bendinde de karşılaştırmalı reklamların hukuka uygun sayılabilmesi için reklamda marka gibi ayırt edici unsurlara yer vermemesi gerektiği

²³⁴ Erdoğan Moroğlu, “Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, (Aralık 1994): 4.

²³⁵ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 485.

²³⁶ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 310.

²³⁷ RG. 10.01.2015, s.29232. 8. Maddesi: “karşılaştırmalı reklamlar, ancak; Rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi, Aldatıcı ve yanıltıcı olmaması, Haksız rekabete yol açmaması, Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin aynı ihtiyaçları karşılaması ya da aynı amaca yönelik olması, Tüketicie fayda sağlayacak bir hususun karşılaştırılması, Karşılaştırılan mal veya hizmetlerin, fiyatı da dahil, bir ya da daha fazla maddi, esaslı, doğrulanabilir ve tipik özelliğinin objektif olarak karşılaştırılması, Nesnel, ölçülebilir, sayısal verilere dayanan iddiaların; bilimsel test, rapor veya belgelerle ispatlanması, Rakiplerin (...) mallarını, hizmetlerini, faaliyetlerini veya diğer özelliklerini kötülememesi veya itibarsızlaştırmaması, Menşei belirtilmiş mal veya hizmete ilişkin karşılaştırmada, mal veya hizmetlerin aynı coğrafi yerden olması, Reklam veren ile rakibinin markası, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer bir ayırt edici işareti ya da mal veya hizmetleri ile ilgili karışıklığa yol açmaması, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere aykırı olmaması koşullarıyla yapılabilir.”

belirtilmiştir²³⁸. Markanın marka sahibinin izni ve rızası bulunmadığı halde karşılaştırmalı reklamda kullanılması marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır.

2.3. Hukuka veya Ahlaka Aykırılık

Marka hukukunda tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırılık unsurunun bulunması gereklidir. Hukuka aykırılık kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde çeşitli tanımlar yapılmakla beraber geniş anlamda hukuka aykırılığı, hukuk düzeni tarafından korunan ve başka kişiye zarar vermeyi yasaklayan emredici kuralların ihlal edilmesi olarak tanımlayabiliriz²³⁹. Doktrinde hukuka aykırılığı açıklamak üzere sübjektif ve objektif hukuka aykırılık teorileri geliştirilmiştir. Sübjektif hukuka aykırılık teorisine göre zararlı sonuca yol açan her davranış hukuka aykırıdır²⁴⁰. Türk doktrininde çoğunlukla benimsenen objektif hukuka aykırılık teorisine göre ise hukuka aykırılık unsurunun oluşabilmesi için mutlak bir hakkın ihlal edilmesi ya da mutlak hak haricindeki menfaatin ihlalinin hukuka aykırılık oluşturabilmesi için aynı zamanda “özel koruma normunun” ihlal edilmesi gerekir²⁴¹. Örneğin yalnızca malvarlığı zararının olduğu bir fiil neticesinde bu fiilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit ederken malvarlığını koruyan özel koruma normlarının²⁴² var olup olmadığı tespit edilerek karar verilir²⁴³.

Başkasına zarar vermeyi yasaklayan ve ihlali halinde hukuka aykırılık oluşturan hukuk kuralları kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı olabileceği gibi örf adet kuralları ve genel hukuk ilkeleri gibi yazılı olmayan kurallar da olabilir. Adaletin tam ve hakkaniyetli

²³⁸ Marka adının belirtilmesinin daha yararlı olacağı yönünde: İlhami Güneş, “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markanın Kullanılması”, *Terazi Hukuk Dergisi* 3, No. 27 (Kasım 2008): 73.

²³⁹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), 662.; Ömer Ergün ve Coşkun Çaldağ, *Borçlar Hukuk Ders Notları*, (Ankara: Seçkin, 2018), 170.

²⁴⁰ Nilgün Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, No.1 (2019): 293.

²⁴¹ Çiğdem Kırca, *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk* (Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004), 16-17.; Pınar Çağlayan Aksoy, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, (İstanbul, On İki Levha, 2016), 171.; Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler,” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, No.2 (Haziran 2013): 37.; Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, No.1 (Mayıs 2017): 474-475.; Eren, *Borçlar Hukuku*, 662-676.

²⁴² “Özel koruma normları kişilerin malvarlıklarını korumayı amaçlayan davranış normlarına karşılık gelmektedir.” Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler,” 303.

²⁴³ Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler,” 302.

bir şekilde sağlanabilmesi adına kanun ahlaka aykırı olarak başka birisine kasıtlı zarar veren kişinin davranışını da hukuka aykırı fiille eş tutarak tazminat sorumluluğunun doğacağını belirlemiştir²⁴⁴. Burada kişiden kişiye değişen ahlak anlayışı değil toplumun genelinde kabul edilen objektif olarak kabul edilmiş ahlak anlayışının ölçüt alınması gereklidir²⁴⁵. Kanunda açıklıkla belirtildiği üzere tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için ahlaka aykırı fiille ve kasıtlı olarak başkasına zarar verilmesi gereklidir.

SMK m. 29’da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller belirtilmiştir. Bu fiillerin somut olayda var olması tazminat sorumluluğu anlamında hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğini gösterir²⁴⁶. Nitekim maddenin amacında bu fiillerin marka sahibinin izni olmaksızın marka sahibine karşı işlenmesi yasaklanmıştır. Bu davranışların gerçekleştirilmesi ise yasaklayan bir hukuk normunun ihlali anlamına geldiğinden hukuka aykırılık oluşturur.

Hukuka aykırılığın oluşabilmesi için 2 unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar emredici hukuk kuralına aykırı davranışın var olması ve hukuka uygunluk sebebinin bulunmamasıdır²⁴⁷. Eğer hukuka aykırı bir davranış yoksa ya da hukuka aykırı davranış var olduğu halde somut olayda hukuka uygunluk sebebi var ise tazminat sorumluluğu da doğmayacaktır. TBK m. 63’te hukuka uygunluk sebepleri sayılmıştır. Bu maddeye göre: *“Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”* Yani maddede sayılan bu durumların somut olayda var olması halinde fiil kanun gereği hukuka aykırı olmaktan çıkacağı için hakim somut olayın değerlendirmesi sonucu tazminata hükmetmeyecektir. Örneğin marka sahibinin izninin (rızasının) bulunması bir hukuka uygunluk sebebidir. Nitekim maddede sayılan davranışların marka sahibinin izni ile gerçekleştirilmesi durumunda hukuka aykırı bir davranış bulunmayacağı için tazminat sorumluluğundan da bahsedilemez. Burada rızanın ne zaman verildiği hukuki olarak önem taşımaktadır. Marka hakkına tecavüz fiillerine, marka hakkı sahibi tarafından önceden gösterilen rıza bir hukuka uygunluk sebebi olarak söz konusu eylemi hukuka aykırı olmaktan çıkarırken, tecavüz fiillerinden sonra gösterilen rıza fiili hukuka aykırı olmaktan çıkarmayıp sadece tazminattan

²⁴⁴ Hasan Tahsin Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2016), 41.

²⁴⁵ Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 41.

²⁴⁶ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 517.

²⁴⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 663.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 53.

feragat anlamına gelmektedir²⁴⁸. Öte yandan SMK m.7/5 hükmünde belirtilen hukuka uygunluk sebeplerinin de özel olarak dikkate alınması gerekir.²⁴⁹

Marka hakkı mülkiyet hakları çerisinde yer alan mutlak haklardan olduğu için marka hakkının kanunda sayılan fiillerle ihlal edilmesi durumunda mutlak bir hakkın ihlali söz konusu olacağından hukuka aykırılık unsurunun bu yönüyle de oluşacağı açıktır.

2.4. İlliyet Bağı

Tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için hukuka aykırı fiil ile gerçekleşen zarar arasında illiyet bağı bulunması zorunludur. Eğer zarar ve fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmuyorsa o takdirde tazminat sorumluluğundan da bahsedilemez²⁵⁰. Yani tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için ortaya çıkan zararın marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin işlenmesi neticesinde meydana gelmesi gereklidir²⁵¹.

İlliyet bağı tespit edilirken olağan hayatın tecrübelerine göre eğer meydana gelen zararın söz konusu fiil neticesinde gerçekleştiği objektif olarak kabul edilebiliyorsa illiyet bağının var olduğu sonucu çıkacaktır²⁵². Örneğin markanın taklit edilmesi suretiyle taklit ürünlere olan talebin artması ve marka sahibinin ürünlerindeki satışın azalması arasında objektif şekilde sebep sonuç ilişkisi kurulabiliyorsa uygun illiyet bağı var kabul edilir.

Doktrinde marka hukukunda zarar ve tecavüz fiilleri arasındaki illiyet bağının ispatının zor olduğu bu noktada dolaylı illiyet bağının da yeterli olacağı belirtilmiştir. Bu görüş, marka hakkında genellikle illiyet bağının dolaylı olduğunu, öncelikle marka hakkının zarara uğrayıp markanın ayırt etme gücünün zedelenmesinin akabinde malvarlığında zararın meydana geldiğini belirterek illiyet bağını belirlemede hâkimin geniş takdir yetkisi olduğunu ifade etmiştir²⁵³.

Bazı durumlarda fiil sonucu zarar doğmuş olsa bile illiyet bağını kesen sebeplerin bulunması halinde kişi sorumluluktan kurtularak tazminat yükümlülüğü doğmaz. Bu

²⁴⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 683.; Bilge Aytuğar ve Sultan Küçük, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, No.1 (Haziran 2020): 114.

²⁴⁹ Bknz: 2.2.1 numaralı bölüm.

²⁵⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 335.

²⁵¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 607.

²⁵² Yasaman, *SMK Şerhi*, 3091.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 56.

²⁵³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 356.

sebepleri; mücbir sebep halinin varlığı, zarar görenin ağır kusurunun bulunması ve üçüncü kişinin ağır kusurunun olması²⁵⁴ olarak sıralanmaktadır.

2.5. Kusur

Marka hakkına tecavüz sayılan bir fiilin tazminat sorumluluğu doğurabilmesi için kusurun bulunması şarttır²⁵⁵. Mülga 556 sayılı KHK zamanında kusurun varlığının şart olup olmadığı tartışma konusu²⁵⁶ olmuş iken SMK'nın yürürlüğe girmesiyle bu tartışma ortadan kalkmıştır²⁵⁷. Bu tartışmanın sebebi, 556 sayılı KHK m.64/1 hükmünde tazminat talep edebilmek için kusurla ilgili herhangi bir ifade yer almazken aynı maddenin ikinci fıkrasında taklit markayı kullanan kişi açısından yapılan düzenlemede kusurun varlığını açıkça hükme bağlamıştır²⁵⁸. Fıkralar arasında farklılığın bulunması KHK m.64/1 hükmünde kusursuz sorumluluğun mu düzenlendiği yönünde yorumlamalara sebebiyet vermiştir²⁵⁹. SMK ile yapılan düzenlemede ise kusur ifadesinden hiç bahsetmeyerek fıkralar arasında oluşan tereddüt giderilmiştir²⁶⁰. Haksız fiil tazminat sorumluluğu açısından kusur şartının asıl olduğu gerekçede vurgulanarak durum netleştirilmiştir²⁶¹. Nitekim bilindiği üzere kusursuz sorumluluk halinin mevcut olabilmesi için bunun ayrıca kanunda belirtilmesi gerekmektedir.

Kusurun tanımı Kanunda yapılmamakla birlikte doktrindeki hakim görüşe göre “*hukuk düzeni tarafından kınanan ve hukuka aykırı olan davranışa kusur denir*”²⁶². Kusur kast veya ihmal olarak ikiye ayrılır. Hukuka aykırı neticenin failce bilinip istenmesi kast,

²⁵⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 629.

²⁵⁵ Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 474.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 57.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 516.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 178.

²⁵⁶ Konu hk. detaylı bilgi için: Salih Polater, “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2, No. 1 (Mayıs 2016): 51-65.

²⁵⁷ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 526 vd.; Yasaman, *SMK Şerhi*, 3002.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 154.; Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 472.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 333-334.

²⁵⁸ Polater, “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, 56.

²⁵⁹ Polater, “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, 56.

²⁶⁰ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 531.

²⁶¹ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 532.

²⁶² Eren, *Borçlar Hukuku*, 643.; Bir başka tanıma göre kusur: “*Hukuk düzenince belirli durumlarda beklenen ortalama hareket tarzına uyulmamasıdır.*” Gökcan, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 51.

hukuka aykırı neticenin istenilmeyip buna rağmen hukuka aykırılıktan sakınma iradesinin gerekli özende kullanılmayışı ise ihmal olarak tanımlanır²⁶³. Marka hukuku anlamında somutlaştırmak gerekirse kast, kişinin sergilediği fiillerin markaya tecavüz olduğunu bilmesi ve markaya tecavüz etmeyi istemesi iken; ihmal, markaya tecavüzün oluşmasını engellemek için yeterli çabayı göstermemektir²⁶⁴. Bir diğer ifadeyle fail, hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bundan kaçınmak için gerekli dikkati ve özeni göstermemektedir²⁶⁵.

Somut olayda fiildeki kusurun derecesinin kast veya ihmal olarak değişmesi diğer şartların varlığı halinde tazminata hükmedilmesi gerekliliğini değiştirmezken yalnızca tazminat miktarının belirlenmesine etki eder²⁶⁶. Nitekim bir davranış ne kadar kusurlu ise hükmedilecek tazminat miktarı da doğru orantılı olarak artacaktır. Bu sebeple tazminat miktarı hesaplanırken kanunda sayılan ve marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerdeki kusur oranları tespit edilmelidir. Nitekim hukuka aykırı davranışı bilerek ve isteyerek yapan kişi ile gerekli özeni göstermemesi sonucu hukuk aykırı sonuç doğuran kişinin davranışlarındaki kusuru eşit tutmak mümkün değildir. Kusur oranı ne kadar yüksek ise tazminatın hesaplanmasında da bu hususun mutlaka göz önünde tutulması gerekir.

Bu noktada marka hukukunda kusur ve kast kavramını nitelendirme açısından yerel mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur:

“Davalının, dava konusu markaları kullanmasında hukuka uygun bir sebebinin bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla kusurunun incelenmesi gerekmektedir. Kusur şartı, mütecavizin marka sahibinin hakkından haberdar olması, markasını kullanmasının tecavüz oluşturduğunu bilmesi ve buna rağmen tecavüz konusu markayı kullanmaya devam etmesi ile gerçekleşir.”²⁶⁷

Kusur şartının varlığı ve derecesi her somut olay açısından ayrı ayrı titizlikle incelenmelidir. Bir ürün veya hizmet, üretiminden tüketicilere ulaşana kadar birçok basamaktan geçmekte ve bu geçiş sürecinde birçok aktör rol oynamaktadır. Bu süreçte rol

²⁶³ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 525.; Eren, *Borçlar Hukuku*, 649-656.; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 52.

²⁶⁴ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 56.

²⁶⁵ Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 43.

²⁶⁶ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 335.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 525.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 517.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 57.

²⁶⁷ İstanbul 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/175, K.2019/449, 05.11.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023.

oyunayan üreten, satan, ithal eden kişilerin de araştırma imkanları, bilgileri ve dolayısıyla yükümlülüklerinin bir olması da beklenemez²⁶⁸. Bu durum da kişilere atfedilecek kusurun birbirinden farklı olması sonucunu doğurur.

SMK m. 29/1-c’de sayılan fiiller açısından “bilmek veya bilmesi gerekme” kriterinin varlığı, şart olarak açıkça belirtilmiştir. Buna göre markanın üzerinde bulunduğu ürünleri satım, dağıtım, ticaret alanına çıkarım, ithalat ve ihracat işlemlerine tabi tutum, ticari saiklerle elde bulundurma ve sözleşme kurmak için öneride bulunma faaliyetlerini gerçekleştiren kişilerin davranışlarının marka hakkına tecavüz oluşturabilmesi için bu kişilerin markanın taklit edildiğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerektiğine²⁶⁹ açıkça vurgu yapılmıştır. Burada “bilmek veya bilmesi gerekme” şartı markaya tecavüz eyleminin kusur noktasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda taklit olduğunu bilmeyen ve bilmesi kendinden beklenemeyen kişinin yukarıda sayılan davranışları gerçekleştirmesi kusurlu olarak nitelendirilemeyeceğinden marka hakkına tecavüz oluşturmayacaktır. Tecavüz oluşturmayan fiil neticesinde tazminat hakkı doğmayacaktır.

Bilmek veya bilmesi gerekme durumu kişinin fiilinde kusurun olup olmadığını belirlemek adına önem taşımaktadır. Nitekim tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için kusur şarttır. Bu noktada akıllara çeşitli tartışma soruları gelebilir; örneğin markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanan kişi, aslında öyle bir marka olduğunu bilmezse bile her durumda baştan kusurlu olarak kabul edilecek midir, araştırma yükümlülüğü var mıdır ya da “bilmek” ve “bilmesi gerekme” fiillerini nasıl değerlendirmeliyiz? Bu sorunun cevabında özen yükümlülüğü²⁷⁰ kavramı devreye girmektedir. Özen yükümlülüğüne uygun davranılması kişiye kusur atfedilebilmesinin de önüne geçmektedir. Öngörülmesi mümkün bir hukuka aykırılıktan sakınabilmek için kişinin davranışlarını sergilerken kendisinden objektif şekilde beklenebilir tüm tedbirleri alarak gereken dikkatin gösterilmesine özen yükümlülüğü denir²⁷¹. Kusuru tespit edebilmek için yapılan değerlendirmede özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığının tespiti yapılır. Örneğin “bilme eylemi” bir kişinin somut olayda gerekli özeni göstermesi halinde kendisinden beklenebilir bir

²⁶⁸ Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 42.

²⁶⁹ Polater, “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, 60-61.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 75.

²⁷⁰ Konu hakkında detaylı bilgi için; Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 43.

²⁷¹ Betül Tiryaki, “Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, No. 3-4 (Aralık 2008): 271.

olgu²⁷² ise özen yükümlülüğünü yerine getirmeyerek bilmediğinden bu davranışı kusurlu olarak nitelendirilir. Kusurun belirlenmesinde her somut olayı kendi içinde değerlendirmeli ve tecavüz fiilini işleyen kişinin mesleği, çalıştığı iş kolu, faaliyet alanı, hukuki durumu, markaya tecavüz fiili öncesindeki araştırma imkanı²⁷³ dikkate alınmalıdır.

Doktrinde²⁷⁴ marka hukukunda özen yükümlülüğü açısından yüksek kriterlerin arandığı, bir markayı seçip kullanan kişinin var olan tüm araştırma kaynaklarının kullanması gerektiği ve günümüzde internet olanaklarının çok gelişmiş olması sebebiyle araştırma olanaklarının da gelişmiş ve bilgiye ulaşımın sağlanabildiğinin göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir. Bu noktada tek başına marka vekilinden danışmanlık alındığının kusursuzluğu sağlamayacağı²⁷⁵ bunun haricinde marka sicili ve veri bankalarının incelenmesinin yanı sıra fuar, katalog, reklam, televizyon gibi kaynaklarla da pazar araştırmasının yapılması gerektiğini belirtmiştir. Hatta yazar, tecavüz eden kişinin kusurunun olmadığı bir marka hakkına tecavüz fiilinin oldukça nadir rastlanabilecek bir durum olduğunu belirtmiştir.

Özen yükümlülüğü ve kusuru tacirler açısından da ele almak gerekir. TTK m. 18/2'ye göre “*Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir*”. Burada aranan objektif özen kriteri olup aynı ticari alanda faaliyette bulunan tedbirli ve öngörülü bir tacirden²⁷⁶ beklenene ne ise o özenin gösterilmesidir. Yani tacir, ticari iş ve işlemlerini yürütürken herhangi bir kişiye kıyasla daha dikkatli ve özenli olmalıdır²⁷⁷. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, tacirin faaliyet gösterdiği konuda basiretli iş adamı gibi davranması gerekliliğidir²⁷⁸. Örneğin inşaat işleri ile uğraşan bir tacirin tekstil sektöründeki gelişmeleri ya da o alanın dinamiklerini bilmesi beklenemez. Kendisinden objektif olarak beklenemeyen bir durumun gerçekleşmesi halinde ise davranış kusurlu olarak nitelendirilemez. Tacirin basiretli davranıp davranmadığı her olay açısından

²⁷² Kusur belirlenirken olayın şartlarının dikkate alınması gerektiğini ve normal bir insanın değil o olayla ilgili olan bir insan tipinin esas alınması gerektiğini bu yüzden de tecavüz eyleminde bulunan kişinin cinsiyetinin ve mesleğinin önemli olacağı ileri sürülmüştür. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 335.

²⁷³ Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 44.

²⁷⁴ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 338-339.

²⁷⁵ Konu hakkında benzer yönde detaylı açıklamalar için: Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 47.

²⁷⁶ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 142.

²⁷⁷ Tamer Bozkurt, *Ticari İşletme Hukuku*, (Ankara: Legem, 2018), 197.

²⁷⁸ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 143.; Camcı, *Marka Davaları*, 137. Bu konuya ilişkin durum Yargıtay kararında şu şekilde belirtilmiştir: “*Bu durum karşısında, davacı ile aynı alanda faaliyet gösteren davalı tacirin, ticaret unvanını nasıl kullanması gerektiğini bilebileceği*” Yar. 11. HD, E.2005/13781, K.2007/565, 22.1.2007, Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

ayrıca irdelenmesi gerekli olup tacirlerin özen yükümlülüğünün daha fazla olduğu dikkate alınmakla birlikte kişinin sırf tacir olması sebebiyle diğer hususlar araştırılmadan kusurlu olarak nitelendirilmemesine de dikkat edilmelidir²⁷⁹.

Özetle gerek markanın taklit edilmesinde gerekse de kanunda sayılan diğer fiillerin işlenmesi neticesinde marka hakkına tecavüz mevcutsa burada kusurun belirlenebilmesi adına özen yükümlülüğüne bakılır. Eğer özen yükümlülüğü çerçevesinde somut olayının özelliklerine göre kişiye kusur atfedilebiliyorsa tazminat yükümlülüğü doğar ve kusurun derecesi ölçüsünde tazminatın miktarı arttırılır. Kişinin tacir olması durumunda ise diğer kişilere göre kanunda belirlenen “basiretli tacir gibi hareket etme yükümlülüğü gereğince” daha dikkatli ve özenli olması gerekli olup kusur oranı da buna göre diğer kişilere nazaran daha yüksek olacaktır²⁸⁰. Yine küçük perakendecilerden ziyade ithalatçı firmalar veyahut geniş çaplı perakendecilerin daha yüksek araştırma²⁸¹ yükümlülükleri bulunmaktadır.

Yargıtay’ın taklit markalı ürünlerin satımını gerçekleştiren tacirin TTK m. 18/2 gereğince taklit ürün olduğunu bilmesi gerektiği ve bilmediği savunmasına itibar edilemeyeceği yönünde çok sayıda kararı bulunmaktadır²⁸².

Yargıtay’ın karar verdiği şekliyle tacirin, tacir olması sebebiyle her durumda basiretli tacir kavramı öne çıkarılarak sorumlu tutulmasına hükmetmesi doktrinde²⁸³ eleştirilmiştir. Nitekim bu uygulama tabiri caizse “kusursuz sorumluluk” haline neden

²⁷⁹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 338.; Tekin Memiş, “Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı- Yargıtay Karar İncelemeleri”, *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2011*, (2010): 343 vd.

²⁸⁰ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3056.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 336.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 75.

²⁸¹ Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 119.

²⁸² Karar hakkında ayrıntılı bilgi için Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 336: “Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış olan “SCOTCH-BRİTE” marka bulaşık süngerlerinin üreticisi olduğunu, davalıya ait işyerinde satışa hazır çok sayıda sahte “SCOTCH-BRİTE” bulaşık süngeri bulunduğunu, davalının eyleminin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 61 ve devamı maddeleri uyarınca marka hakkına tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek, şimdilik 1.000.000.000.-TL maddi, 1.000.000.000.-TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı, davaya yanıt vermemiştir. Mahkemece, iddia ve tüm dosya kapsamına göre, davalıya ait işyerinde 807 adet sahte sünger bulunduğu, bu halin 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 61 inci maddesine uyduğu gerekçesiyle, tecavüzün tespitine, hesaplanan 108.460.800.-TL maddi tazminat ile takdir edilen 500.000.000.-TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davalı şirket temsilcisinin hazırlık soruşturması sırasında dava konusu ürünlerin taklit olduğunu benimsemiş bulunmasına ve TTK’nun 20 nci maddesine göre tacir olan davalının ürünlerin taklit olduğunu bilmediği savunmasının dinlenmesinin mümkün olmamasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” Yar. 11. HD, E.2005/5091, K.2006/4635, 25/04/2006. Benzer yönde: Yar. 11. HD, E.2014/16190, K.2015/2521, 25.2.2015; Yar. 11. HD, E.2015/4149, K.2015/10867, 21.10.2015; Yar. 11. HD, E.2015/6886, K.2016/2162 29.2.2016; Yar. 11. HD, E.2015/14052, K.2017/2707, 08.05.2017. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

²⁸³ Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 50.

olmaktadır. Oysaki kusursuz sorumluluk halleri yalnızca kanunla düzenlenebilir. Öte yandan perakendecilerin de basiretli tacir olduğu öne sürülerek her durumda kusurlu olmaları hakkaniyetli değildir. Nitekim açıktan bir ihlal şüphesi olmadığı sürece her ürün açısından marka incelemesinin yapılmasının ve uzmandan görüş alınması olağan akışa aykırı olup ticaret hayatının dinamikleriyle bağdaşmamaktadır. Her somut olay açısından ayrı değerlendirme yapılmalı ve örneğin perakendecinin, ürünü yetkili satıcı haricinde başka bir satıcıdan çok düşük bir bedelle satın aldığı anda marka incelemesi yapılması gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda da yine bir ayırım yaparak birden fazla şehirde şubesi bulunan büyük perakendecilerin organizasyon yapısı gözetilerek satın alma birimleri başta olmak üzere her basamağı yürüten birimlerinin, deneyimli sektörü bilen uzman çalışanlarının olduğu gözetildiğinde; aldığı, satışa sunduğu her bir ürünün marka incelemesini detaylı yapması gerekmektedir²⁸⁴. Bu konuda genel geçer kriterler yerine her somut olayın kendi içinde titizlikle değerlendirilmesi gerekir.

Yargıtay başka bir kararında kişinin araştırma yükümlülüğünün olduğuna vurgu yaparak, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişi aleyhine tazmin yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir:

“Davaya konu ürünlerin taklit olduğu ve davacının markasının kullanıldığının tespit edildiği, her ne kadar davalı tarafça bu ürünlerin fatura karşılığında chicco yetkilisi olduğunu söyleyen ihbar olunan firmadan satın alındığı ve ürünlerin taklit olup olmadığını anlayabilecek bilgi ve tecrübeye sahip olmadıkları savunulmuş ise de; tekstil alanında faaliyet gösteren davalının 1992 yılından beri piyasada bulunan davacı markasını bilmiyor olması mümkün olmadığı gibi basiretli bir tacir olarak satın aldığı ürünlerin taklit olup olmadığını araştırma yükümlülüğünü de yerine getirmediği, 556 Sayılı KHK'nın 64. maddesi uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan veya başka şekilde ticaret alanına çıkaran hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olduğuna²⁸⁵” karar vermiştir.

Araştırma yükümlülüğü ne zaman başlar sorusunun cevabını SMK m. 7/4 bize açıklamıştır. Bu madde uyarınca *“Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bülte de yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat*

²⁸⁴ Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 51.

²⁸⁵ Yar. 11. HD, E.2014/17982, K.2015/3203, 09.03.2015. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.” Yani başvurunun Bültende yayımlanmasıyla beraber araştırma yükümlülüğü de başlamış kabul edilmektedir.

SMK m. 7/4 hükmüne ilişkin doktrinde²⁸⁶, kusurun yüklenebilmesi ve tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için ikili ayırım yapılmasının daha hakkaniyetli olacağı belirtilmiştir. Eğer bir ürün marka tescil başvurusu yapılmadan önce de piyasada kullanılıyor ve bilinirlik kazandıysa o zaman ilgililerin markadan haberdar olabilecekleri kabul edilerek kusur atfedilebilir. Öte yandan hükmün sadece lafzına bakarak yorumlandığında, ilgililerin her zaman Bültende yayımlanan markalardan anında haberdar olamayacağı nitekim Bültende yayımlandığı aynı gün markasını iyi niyetle kullanan kişinin de Bültende yayımlanan markadan haberdar olamayacağı ve bu durumda başvurudan önce markanın piyasada kullanılıp kullanılmadığına ve markadan ilgililerin haberdar olup olmayacaklarına bakılması ve eğer önceden piyasada kullanılmadıysa ilgililerin de haberdar olamayacakları kabul edilerek kusur yönünden de somut olayın şartlarına göre karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Kusur şartının her somut olay açısından özellikleri kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin “bardak” markasının ayakkabı sektöründe tescilli olduğu bir örneği düşünelim. Bu markaya benzer şekilde sonradan “mardak” markası da bir başka kişi tarafından tescil edilmiş olsun. Bu iki marka arasında aslında benzerlik bulunmaktadır. Bu halde, “mardak” markasını tescil ettiren marka sahibinin markasını tescile sadık kalarak ve iyi niyetle tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerde kullanması halinde, bu fiil tecavüz kapsamında bir benzerliğe yol açsa bile kullanımının tescile dayalı yasal kullanım olması sebebiyle kusurun varlığından bahsedilemeyecektir²⁸⁷. Fakat tescile sadık kalmadan marka hakkı sahibinin markasını tescil ettirdiğinden farklı bir stilde kullanması halinde bu durum kusurlu bir davranış olup marka hakkı ihlal edilmiş olmaktadır²⁸⁸. Konuyu iki farklı Yargıtay kararıyla somutlaştırmak gerekirse ilk durum açısından yani tescil kapsamında iyi niyetle markasını kullanan kişi açısından tecavüz fiili oluşmayacağından Yargıtay tazminat taleplerini reddetmiştir:

²⁸⁶ Polater, “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”, 49.

²⁸⁷ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 474.; Camcı, Marka Davaları, 104.

²⁸⁸ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 475.

“Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre; davalının “...+Şekil” ibareli markasının bulunduğu, davalının kullanımının markanın tescilli olduğu sınıflarda olduğu, bu nedenle tescile uygun kullanımın yasal olması nedeniyle marka haklarına tecavüzün söz konusu olamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”²⁸⁹”

İkinci durum açısından ise, yani tescile sadık kalmadan tescilli şeklinden farklı olarak renk, yardımcı unsurlar ve tertip tarzı itibarıyla farklı kullanıldığı durumda tecavüzün var olduğuna hükmetmiştir:

“Davalının 2010/59713 sayılı “CARLA” ibareli markası eğik el yazısı karakteri ile, kırmızı renkte, baş harfi büyük yazılmış bir tek sözcükten oluştuğu, başka bir unsur içermediği, anılan markanın kullanıldığı ürünün ve diğer kullanımların tanınmış olan davacı markası gibi yanına “COLA” ibaresiyle kullanıldığı, bu haliyle ortalama tüketici nezdinde karıştırılma ihtimalinin bulunduğu, davacının “CARLA” ibareli markasının, tescilli şeklinden farklı olarak renk, yardımcı unsurlar ve tertip tarzı itibarıyla davacı markaları ile iltibas yaratacak kompozisyonda kullanıldığı, markanın fiili kullanımının iltibas ve haksız rekabet oluşturduğu ... “CARLA” ibareli markanın fiili kullanımının davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespiti”²⁹⁰” karar verilmiştir.

Özen yükümlüğü ve kusur belirlenirken ayrıca SMK m. 154/1 göz önünde tutulmalıdır. SMK m. 154/1’e göre: “Menfaati olan herkesin Türkiye’de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin... sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebilir... Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi tarafından

²⁸⁹ Yar. 11. HD, E.2016/6790, K.2018/731, 05/02/2018. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 04/07/2023.

²⁹⁰ Yar. 11. HD, E.2018/3476, K.2019/3949, 20.05.2019. Benzer yönlü: “Davalının markasını, tescile aykırı olarak davacı markasında olduğu gibi kullandığı, davalının çay ürünleri ambalajında davacı markasına ait şekil unsurunu kullanmak suretiyle marka hakkına tecavüzde bulunduğu, eylemin aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiği, davalının fiili kullanımını davanın açılmasından sonra 18/06/2013 tarihli başvuru ile endüstriyel tasarım olarak tescil ettirmiş ise de, davanın açıldığı tarih itibarıyla tecavüzün sabit olduğu anlaşılmakla, davanın kısmen kabulü ile...5.000,00 TL maddi tazminat ile 20.000,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline ve hükmün ilanına karar verilmiştir.” Yar. 11. HD. E.2016/5652, K.2017/7147, 12.12.2017. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Erişim tarihi: 04/07/2023.

kabul edilmemesi hâlinde, menfaat sahibi, hak sahibine karşı fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle dava açabilir.”

Burada Kanun menfaati olan herkese hak sahibinin görüşünü alma veya dava açma hakkı tanımıştır. Bu durum tazminat davaları açısından göz önünde tutulmalıdır. Nitekim menfaati olan kişi, hak sahibinden görüş talep ettiği halde hak sahibi süresi içinde cevap vermediği ve sonrasında tecavüz sebebiyle tazminat davası açması durumunda hak sahibinin TMK m. 2 ve m. 3 gereğince iyiniyetli bir şekilde hareket edip etmediği ve dolayısıyla menfaati olan kişinin de kusurunun ortadan kalkıp kalkmadığı tartışılabilir. Tabi bu durumun kötüye kullanımın da önüne geçilmesi gereklidir. Kanundan kaynaklanan bu durumdan yararlanarak hak sahibinden görüş talep edip süresinde cevap vermedi diye her durumda kişiyi kusursuz olarak nitelendirmek de her somut olay açısından uygun düşmeyecektir. Burada durumun hal ve esaslarına göre hâkim tarafından değerlendirme yapılması gerekmektedir. Doktrinde bir görüş ise, bu hüküm çerçevesinde araştırma imkânı varken bunun yapılmamış olması hafif ihmal iddialarını engellediğini belirtmektedir²⁹¹.

Sonuç olarak markanın taklit edildiği bir durum varsa ve taklit eden kişi tacirse Yargıtay kararlarına göre araştırma yükümlülüğü bulunmakta olup bilmediği savunmasını kural olarak yapamamaktadır. Kişi tacir değil ise gerekli araştırmaları yaptığı halde bilmediğini ispatlayarak²⁹² kusursuzluğunu ispatlaması sonucu tazminat yükümlülüğünden kurtulabilir.

2.6. Zarar

Tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için bir zararın meydana gelmesi gereklidir. *“Kişinin malvarlığı veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeye”*²⁹³ zarar denir. Eğer zarar doğmamışsa tazminattan da bahsedilemez. Nitekim tazminat hukukunun amaçlarından biri de zarara uğrayanın zararının giderilmesi ve telafi edilmesidir²⁹⁴. Zarar, zarar verici olay olmasaydı malvarlığının bulunacağı durum ile zarar

²⁹¹ Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 119.

²⁹² Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 536.

²⁹³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 589.

²⁹⁴ Günhan Gönül Koşar, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, No.3 (Aralık 2020): 1439-1440.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 343.;

verici olay sonucu malvarlığının bulunduğu durum arasındaki farktır²⁹⁵. Zarar maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir.

2.6.1. Maddi Zarar

Maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeye denir²⁹⁶. Zararın doğabilmesi için bir kimsenin malvarlığında yani *bir kişiye ait para ile ölçülebilen hakların bütününde*²⁹⁷ bir azalma olmalı ve bu azalma kişinin iradesi dışında meydana gelmelidir. Bu zarar malvarlığının aktifinin azalış göstermesi olabileceği gibi pasifinin artış göstermesi şeklinde de gerçekleşebilir²⁹⁸. Zararın tespit edilebilmesi ve belirlenebilmesi için doktrinde çeşitli teoriler ortaya atılmıştır. Bu teorilerden Türk hukukunda kabul edilen “tabii zarar” görüşüdür. Tabii zarara göre, zarar miktarı hesaplanırken yani malvarlığında zarar verici olay olmadan önce ve olduktan sonraki durumu arasındaki fark belirlenirken “*ihlal edilen malvarlığı değerinin hem zarar gören için taşıdığı ekonomik önem hem de bunun malvarlığının diğer unsurlarıyla birlikte meydana getirdiği bütünlük göz önünde tutulmalıdır*²⁹⁹.” Bu durum marka hukuku açısından tazminatın belirlenmesinde önem taşımaktadır. Nitekim çoğu durumda salt markanın taşıdığı ekonomik değerin tespit edilmesi tazminatın hakkaniyete uygun belirlenmesi için yeterli olmamaktadır. Buna göre örneğin marka hakkının sahibi olan ticari şirketin ilgili sektördeki durumu, markayı ihlal eden eylemin büyüklüğü gibi kriterlerin de tazminatın belirlenmesinde göz önünde tutulması gerekir³⁰⁰.

Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtan oluşur³⁰¹. Fiili zarar, zarar verici olay neticesinde zarar görenin malvarlığında fiilen oluşan zarardır³⁰². Yoksun kalınan kazanç ise zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının hayatın olağan akışına göre ulaşabileceği miktardan yoksun kalınan kısmını ifade eder. Yani eğer zarar verici olay

²⁹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 591. Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 472.

²⁹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, 590.

²⁹⁷ Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: 21 Ocak 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

²⁹⁸ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 461. Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 519.

²⁹⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 593.

³⁰⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1045.

³⁰¹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 344.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 524.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 49.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 178.

³⁰² Eren, *Borçlar Hukuku*, 595.; Ergün ve Çaldağ, *Borçlar Hukuk Ders Notları*, 163.

gerçekleşmeseydi olağan hayatın koşullarına göre malvarlığının muhtemel olarak artması gerekirdi fakat zarar verici olay neticesinde bu artma yaşanmamış olur ve aradaki bu farazi farka yoksun kalınan kazanç denir³⁰³.

2.6.2. Manevi Zarar

Manevi zararın tanımı kanunda bulunmamaktadır. Doktrinde ise manevi zararı tanımlamak için sübjektif ve objektif olarak iki farklı teori benimsenmiştir. Sübjektif teoriye³⁰⁴ göre manevi zarar, zarar verici olay neticesinde kişinin kişilik haklarının ihlal edilmesi ve bu ihlal dolayısıyla kişinin yaşamış olduğu acı, elem ve yaşama sevincinin azalmasıdır³⁰⁵. Objektif teoriye göre³⁰⁶ manevi zarar ise bir kişinin zarar verici olay neticesinde şahıs varlığı haklarında iradesi dışında meydana gelen azalmadır³⁰⁷. Bu ayrım tüzel kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyeceği noktasında önem taşır. Nitekim sübjektif teori kabul edilirse tüzel kişilerin zarar verici olay neticesinde acı duymayacağı ya da yaşama sevinci azalmayacağından bu durumda manevi zararı da oluşmamıştır sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan objektif teori kabul edilirse her kişinin kişilik hakkı var olduğundan zarar verici olay neticesinde kişilik değerlerinde eksilme olabilir ve buradan sonuçla tüzel kişiler de manevi tazminat talep edebilirler. Doktrinde, sübjektif teorinin tek başına kabul edilmesi ve sadece kişinin yaşadığı acı ve eleme göre tazminat miktarının belirlenmesi eleştirilmiştir³⁰⁸. Zira kişinin çektiği elem ve azabın derecesini hâkim net olarak belirleyemeyeceği gibi aynı olay karşısında hissedilen acı ve elemin şiddeti de kişiden kişiye değişebilecektir. Yine aynı eleştiri kapsamında bir diğer nokta ise yaşadığı haksız fiil sebebiyle bilinç kaybı yaşamış bir kişi acı ve elem çekmediği için bu durumda sübjektif teoriye göre manevi tazminata hak kazanamaması sonucu doğuracak ve bu sonuç da hakkaniyetli olmayacaktır. Aynı sebeplerle tüzel kişiler de bu durumda manevi acı duymadıkları için manevi zararı oluşmayacaktır. Oysaki bu kişilerin de kişilik haklarına

³⁰³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 596.

³⁰⁴ Sami Narter, *Manevi Tazminat* (Ankara: Adalet, 2022), 7-8.

³⁰⁵ Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2016).; Eren, *Borçlar Hukuku*, 601. Turgut Uyar, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin, 2012), 444.

³⁰⁶ Narter, *Manevi Tazminat*, 9-10.

³⁰⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 602. Mustafa Reşit Karahasan, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Beta, 2003), 84.; Gökean, *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 56.

³⁰⁸ Konu hk. Detaylı bilgi için Eren, *Borçlar Hukuku*, 602 vd.

sahip olduğu izahtan varestedir. Acıyı hissetme kavramı sübjektif bir değerdendirme gerektirdiğinden bu görüş eleştirilmiş olup biz de bu görüşe katılmamaktayız.

Yargıtay da objektif teoriyi benimseyerek tüzel kişilerin kişilik haklarının koruma altında olduğunu ve bu sebeple tüzel kişilerin lehine de manevi tazminata hükmedilebileceğini³⁰⁹ karara bağlamıştır. Hatta Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 01.02.2012 tarihli ve 2011/687 Esas, 2012/26 Karar sayılı kararında objektif teorinin kabul edildiğini belirtmiş ve tüzel kişilere de manevi tazminat verilebileceğine hükmetmiştir:

“Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk süjesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre (TMK. m. 48), tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmek gerekir. Zaten manevi zarar, salt üzüntünün varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bunun içindir ki, gerek Türk Medeni Kanunu ve gerekse Borçlar Kanunu (m. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerinde kişisel haklarını korumaktadır.”

³⁰⁹ Yar. 9. HD, E.2022/6929, K.2022/8687, 5.7.2022. <https://www.kazanci.com.tr/> Erişim Tarihi: 21/01/2023.

3. BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA TAZMİNATIN HESAPLANMASI

3.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması

3.1.1.Genel Olarak

Maddi tazminatın hesaplanabilmesi için zararın net bir biçimde ortaya konulmuş olması gerekir. TBK m. 50/1'e göre: *“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.”* Nitekim ortada bir zarar yok ise tazminat sorumluluğundan da bahsedilemez. Fakat bu durum marka hukukunda her zaman adaletli ve hakkaniyetli sonuçlar doğurmamaktadır. Marka hakkının ihlalinde uğranılan zararın ispatı, birçok olayda zordur. Nitekim eşyaya verilen zarar ve zarar miktarı dahi her zaman kolaylıkla ispat edilemezken gayri maddi bir niteliğe sahip olan marka hakkına tecavüz dolayısıyla ortaya çıkan zararı ispat daha da güçtür. Burada ortaya çıkabilecek haksız sonuçları önleyebilmek için marka hukukunda bazı durumlarda zarar meydana gelmese bile hukuka aykırı eylemin yapılmasından kaynaklı tazminata hükmedilmesi gerekebilecektir³¹⁰. Bu her ne kadar görünürde temel tazminat ilkeleriyle çelişiyor olsa da tazminat hukukunun amacı gözetildiğinde uyum içerisinde olduğu görülecektir.

Tazminat hukukunun asıl amacı, zarar görenin zararını giderip telafi etmek olmakla birlikte diğer bir amacı, hukuka aykırı fiillerin işlenmesinin önüne geçerek zararın ortaya çıkmasının önlenmesidir³¹¹. Örneğin taklit markalı ürünleri satmak hukuka aykırı bir fiildir. Marka sahibinin markasının taklit edilerek satılması durumunda marka sahibinin bir zarar ispat edilemese dahi somut olayın şartlarına göre kendisine karşı hukuka aykırı bir fiilin gerçekleşmesinden dolayı tazminata hükmedilebilir. Burada sadece zarar görme/zararın

³¹⁰ Yar. 11. HD, E.2003/14157, K.2004/8512, 20/09/2004. Yar. 11. HD, E.2003/2585, K.2003/8782, 06/10/2003. Yar. 11. HD, E.2001/44 K.2001/2072, 19/03/2001. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21/01/2023.

³¹¹ Koşar, “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”, 1439.; *“Hukuka aykırı ve kusurlu davranış sonucu hakkı ihlal edilenin zararının giderilmesi, menfaatinin denkleştirilmesi hukukun temel ilkesidir.”* Yar. 2. HD, E.1996/11110, K.1996/13467, 18.12.1996. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22/01/2023.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 343.

doğmuş olması değil daha geniş olarak “zarar görme ihtimalinin de” hesaba katılması gerekir³¹². Böylece tazminatın önleme fonksiyonuna³¹³ da işlerlik kazandırılmış olur. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında zarar tehlikesini tazminat için yeterli saymış marka hakkına tecavüzün sabit olduğu durumda zarara uğradığının kabul edilmesi gerektiğine³¹⁴ ve tazminata hükmedebilmek için zararın değil kusurun varlığına odaklanmıştır³¹⁵. Bir başka deyişle marka hakkına tecavüz eden bir fiilin varlığı durumunda zarar miktarı ispatlanamamış³¹⁶ olsa da ortada marka hakkına tecavüz fiili bulunduğu sabit olduğundan ve bu durumun marka sahibinin pazar payını etkileyeceğini kabul ederek tazminat verilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bu husus, bir Yargıtay kararında şöyle belirtilmiştir:

“Dava, marka hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece, her ne kadar maddi tazminata esas alınacak bir miktarın tespit edilemediği gerekçesiyle maddi tazminat talebinin reddine karar verilmişse de, davalının eyleminin marka hakkına tecavüz oluşturduğu mahkemece kabul edildiğine göre, davalının bu tecavüzünün her halükârda davacının sahip olduğu pazar payına olumsuz etkisinin bulunacağı nazara alınarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 50 ve 57. maddeleri uyarınca uygun bir maddi tazminata hükmedilmesi

³¹² Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 538.: Camcı, *Marka Davaları*, 139.

³¹³ Doktrinde benzer yönde ifade edilen görüşe göre marka hukukuna dair mevzuatın incelenmesinde koruma hükümlerinden genel anlamda çıkan sonuca göre marka hakkı sahibini hakların olağan ölçüyü aşarak koruma çabası içinde olduğunu ve bu şekilde taklit markanın kullanımının caydırıcılığının sağlanmak istendiği sonucuna ulaşılmıştır. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 459.; Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 472.

³¹⁴ “Yapılan yargılama sonunda davalın eyleminin “Metropol” markasına tecavüz olduğu kabul edilerek, bu eylemin önlenmesine karar verilmiştir. O halde davacının bundan dolayı bir zarara uğradığı kabul edilmelidir. Mahkemece, davacının markasını kendi izni ile davalıya kullandırması halinde talep edebileceği ücretin onun zararının oluşturacağı gözetilip, 556 sayılı KHK'nin 62. ve TTK'nin 58. maddeleri dikkate alınarak ve gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna uygun bir tazminat takdir edilmek gerekirken, bu hususlar gözönüne alınmadan yazılı şekilde tazminat isteminin reddi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”. Yar.11. HD, E.1999/2716, K.1999/4582, 31.5.1999. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21/01/2023.; Tekinalp ise bu durumu taklit markayı kullanımının caydırma amacı olarak tanımlamıştır. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 459.

³¹⁵ “Mahkemece iddia, savunma, kısmen benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının işyerinde bulunan ürünlerde davacının garanti markası olan TSE ibaresinin izinsiz olarak kullanıldığı, her ne kadar davalı taraf davaya konu edilen ürünlerin piyasaya sürülmesinin söz konusu olmadığını, imal edildikten sonra gereken testleri geçemediği için atıl bir vaziyette imha edilmek üzere bekletilirken tespit edildiğini savunmuş ise de davalının basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiği, davalının izinsiz olarak davacıya ait markayı kullanmasının kusur teşkil ettiği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüyle markaya tecavüzün durdurulmasına, 6.500,00 TL maddi, 5.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmiştir.” Yar. 11. HD, E.2015/544, K.2015/1666, 11.2.2015. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21/01/2023.

³¹⁶ Burada tazminata hükmedilebilmesi için zarar şartının bulunması gerektiğini yalnızca zarar miktarının somut olarak ispatı aranmadığı ifade edilmiştir. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 349. Yani burada zarar miktarının ispatı ile zararın varlığının ispatının birbirine karıştırılmaması önem arz etmektedir.

*gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, davacı yararına bozmayı gerektirmiştir.*³¹⁷

Kanaatimizce burada dikkat edilmesi gereken husus, zarar doğma tehlikesinin var olduğu her durumda tazminata hükmedilmemesi gereğidir. Bu durum tazminat hukukunun amacı ile bağdaşmayıp sakıncalı neticelere yol açabilir. Bu noktada somut olayın şartlarını iyi değerlendirerek, marka hukukunun kendi has dinamikleri dikkate alınmalı özellikle soyut bir hak olması, maddi bir şeyden ziyade fiziki olarak korunup önlem alınamaması sebebiyle koruma oranının yükseltilmesi³¹⁸ gerekliliği ve tazminat hukukunun esasları gözetilerek menfaatler dengesi analiz edilerek karar verilmelidir.

Zarar miktarının ispatlamanın çok zor veyahut zarar görenden beklenemeyeceği durumlarda TBK m.50/2 hükmü uygulama alanı bulur³¹⁹. Bu hüküm gereğince: *“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler*³²⁰.” Bu fıkra da hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Burada hâkime tanınan yetkinin hem zararın varlığı hem de zararın miktarı açısından olduğunun kabulü gerekir³²¹. Hâkimin bu yetkiyi kullanabilmesi için zararı ve zarar miktarının objektif olarak tespit edilememesi ve büyük olasılıkla zararın oluştuğunun kanaatinde olması gerekir³²². Yani ispat yükü kendisine düşen taraf zarar ve zarar miktarını net olarak ispatlayamasa bile bu hususta kanaat oluşturabilecek bilgi ve belgeleri sunması gereklidir. Böyle bir kanaat oluşmadıysa hâkimin takdir yetkisini kullanmasından da bahsedilemez³²³. Hâkim takdir yetkisini kullanırken ve zararı ve zarar miktarını tespit ederken keyfi olarak hareket

³¹⁷ Yar. 11. HD, E.2015/7266, K.2016/1398, 15.2.2016. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 21/01/2023.

³¹⁸ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 346.

³¹⁹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 461.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 49.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 518.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 181.

³²⁰ “Somut olaya dönüldüğünde; davacının sunmuş olduğu emsal lisans sözleşmelerinin raporda da değerlendirilemediği, somut uyumsuzluğa uygulanabilecek nitelikte olmadığı, davalı firmanın gerek stoklarını ham madde olarak takip etmesi gerekse satışlarında “14 ayar takı ve işçilik” gibi açıklamalar ile satış yapması nedeniyle davalı faturalarından ve ticari kayıtlarından satılan ürünlerin türleri ile ilgili bir kanaate ulaşmanın mümkün olmadığı raporda tespit edildiği, yine davalı satışlarında elde ettiği kazançta davaya konu markaların ne miktarda etkili olduğu hususunun tespitinin mümkün olmadığı dikkate alındığında davacının SMK 151/2-c kapsamındaki tazminat talebinin TBK 50. maddesi gereği takdire belirlenmesi gerektiği anlaşılmakla davalının kullanım durumu, sunulan deliller hak ve nesafet izahı yapılan değerlendirmeler kapsamında takdire 4.000,00 TL üzerinden talebin kabulüne...”. İstanbul 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/554, K.2021/75, 18.02.2021 www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023.

³²¹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 822.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 539.

³²² Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, (Vedat: İstanbul, 2010), 263.

³²³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 823.

etmekten kaçınmalıdır. Hâkim tespitlerini objektif temellere dayandırarak *olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak* miktar belirlemesi yapmalıdır.

Örneğin ilk derece mahkemesinin kararında da yer aldığı üzere hesaplamanın davalı tarafın sunacağı delillere göre net olarak belirlenebildiği durumlarda davalı taraf yapılan ihtarlara rağmen delilleri sunmadığı halde de hâkim TBK m.50'ye göre belirlenebilir. Bu konuda İstanbul 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi şu şekilde karar vermiştir:

“6100 sayılı HMK'nın "Usul Ekonomisi İlkesi" başlıklı Madde 30-(1)Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür." hükmüne amirdir.

Alınan tespit raporu dikkate alındığında tekrardan inceleme yapılmasının esasa etkili olmadığı usul ekonomisine uygun düşmeyeceği anlaşılmakla tekrardan inceleme yapılmaksızın yargılamaya devam olunmuş olup, tazminat taleplerinin değerlendirilmesi yönünden yine davalının yapılan ihtarata rağmen ticari kayıtlarını sunmadığı dolayısıyla mali inceleme yapılarak tazminat hesaplanmasının mümkün olmadığı anlaşılmakla BK 50 gereği tazminat talepleri takdiren değerlendirilmiştir.”³²⁴

Tazminata dair genel kabul edilen görüşe göre hükmedilecek tazminat miktarı ortaya çıkan zararla sınırlı olup, zarardan daha yüksek miktarda tazminata hükmedilemez³²⁵. Nitekim Yargıtay'a göre de: *“Tazminat miktarı haksız eylemi özendirilmeyecek ayrıca mağdur açısından zenginleştirme aracı da olmayacak seviyede tutulmalıdır.”³²⁶* Genel kabul gören kural bu olmakla beraber marka hukukunda yukarıda bahsedilen sebeplerle bu kuraldan ayrılma gerektiren noktalar olabilmektedir³²⁷. Örneğin yoksun kalınan kazanç talep edilirken kanunda *“sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç”*ın talep edilebilme imkânı getirilmiştir. Bu durumda zarar miktarı karşı tarafın elde ettiği kazançtan düşük olsa bile seçilen maddeye göre marka hakkı ihlal edilen kişiye zarardan daha yüksek miktarda tazminat ödemesi yapılabilmektedir. Öte yandan yukarıda bahsedildiği üzere marka hakkına tecavüz fillerinin gerçekleştiği sabit olduğu durumda zarar doğmasa bile *“zarar ihtimali”*nin bulunduğu halde tazminata hükmedilebileceği

³²⁴ İstanbul 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2017/692, K.2021/35, 28.01.2021. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023.

³²⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 821.; Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 472.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 343.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1007.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 50.

³²⁶ Yar. 2. HD, E.1996/11110, K.1996/13467, 18.12.1996. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

³²⁷ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3063.

açıklanmıştı. Bu ihtimalde de zarar miktarından yüksek hatta zarar olmadan da tazminata hükmedilmesi durumları karşısında marka hukukunun kendine özgü dinamikleri sebebiyle genel kuraldan ayrıldığı noktalar olmaktadır. Örneğin hâkim, haksız rekabet hükümlerine göre TTK m. 56/1-e’de “*davacı lehine ve (d) bendi hükmünce tazminat olarak hâkim, haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığına da karar verebilir.*” Bu durumda da davalının elde ettiği menfaat yine zarar miktarından çok olabildiği halde zarar miktarından yüksek tazminata hükmedilebilecektir³²⁸.

Bu durumun gerekçesi doktrinde³²⁹ birkaç sebep gösterilerek açıklanmıştır. Bunlardan ilki tazminatin caydırıcı işlevi olması sebebiyledir. Nitekim yukarıdaki örneklerde açıklandığı üzere zararın doğmadığı ya da çok düşük olduğu veya da miktarın tam olarak ispatlanamadığı hallerde tazminata hükmedilmemesi tazminatin caydırıcı fonksiyonunu göz ardı ettiği gibi, ihlal fiilini gerçekleştiren kişiler için ise bu durum markayı hukuka uygun kullanmaktan daha avantajlı hale getireceği için ihlal fiillerini istenebilir hale getirecektir. Öte yandan Avrupa Birliği’nin 2004/48 nolu yönergesinin m.13/1-a bendinde tazminat hesaplamasında ekonomik faktörler haricinde diğer kriterlerin de esas alınması gerektiği vurgusunun tazminatin zararlarla sınırlı olmadığına dayanağı olarak belirtmiştir³³⁰.

Maddi tazminatin hesaplanabilmesi için birçok kriterin göz önüne alınması gereklidir. Tazminatin belirlenebilmesi için tazminata etki eden faktörlerin iyi değerlendirilmesi, somut verilerle ortaya konulması ve genel kriterlerin somut olaya iyi uygulanması gereklidir. Tazminatin belirlenebilmesine etki eden faktörleri Yargıtay kararları ışığında somutlaştırarak aşağıda izah etmeye çalışacağız.

3.1.2. Tazminat Miktarını Etkileyen Hususların Genel Değerlendirilmesi ve Marka Hakkına Tecavüzden Kaynaklanan Tazminat Davalarında Bilirkişinin Yeri

Tazminat miktarı hesaplanırken hakim ortaya konan delillerin değerlendirilmesi ve TBK m.50/2 ve TBK m. 51/1’in kendine verdiği yetkiye dayanarak bir belirleme yapar. Bu belirlemeyi yapmak çoğu zaman oldukça karmaşık ve güç olmasına rağmen hâkim dava

³²⁸ Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 127.

³²⁹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 343.

³³⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 343.

konusu uyuşmazlığı çözerek karar vermeli ve sonuçlandırmalıdır. İşte bu noktada konunun özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi halinde hâkim hakkaniyete ve adalete uygun belirlemenin yapılabilmesi için bilirkişiye başvurulur³³¹.

Yargılama sırasında uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan özel ve teknik bilgi sahibi olan ve görüşüne başvurulmuş uzman kişiye bilirkişi denir³³². Marka hukukundan kaynaklanan davalar ihtisaslaşmayı gerektiren bir alan olmakla uygulamada bu alana dair tazminat hesaplamaları yapılırken çoğunlukla bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir. Bilirkişinin görevi uyuşmazlığı sonuçlandırmak değil hâkimin kendisine vermiş olduğu yetki çerçevesinde özel ve teknik bilgiyi gerektiren hesaplamaların yapılması konusunda hâkime yardımcı olmaktır³³³. Öte yandan marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davalarında tarafların kendi iddia ve savunmalarını desteklemek için bilirkişiliğe benzer bir kurum olan uzman görüşünden de yararlanarak dosyaya katkı sağlamaları mümkündür. Nitekim uzman görüşü de bir tür bilirkişilik faaliyeti olup, tarafların kendi iddialarını desteklemek için başvurdukları bir delil değerlendirme aracıdır.³³⁴ Bu yönüyle tarafların hâkimin bilirkişiye başvurmasını beklemeden talep sonucunu tam ve eksiksiz bir biçimde ortaya koymak için uzman görüşünden faydalanabilmeleri mümkündür. Uzman görüşüne ilişkin değerlendirmenin bilirkişi raporunda olduğu gibi yine hakimnin takdirinde olduğu göz ardı edilmemelidir.

Bilirkişilerin marka hakkına tecavüzden kaynaklanan maddi ve manevi tazminatın hesaplamalarını yaparken göz önünde tutması gereken birçok nokta bulunmaktadır³³⁵. Hesaplama yapılırken sadece uğranılan zarar miktarı değil birçok kriter esas alınmaktadır. Örneğin tecavüz fiillerinin ağırlık³³⁶ ve boyutunun ne kadar olduğu ve dolayısıyla kusur oranı, tazminat miktarını etkileyen kriterlerden biridir. Tecavüz fiili ne kadar ağır olursa tazminat miktarı o kadar yüksek olacaktır. Bir markayı kasıtlı olarak taklit eden birinin davranışındaki kusur ile iltibas yaratacak şekilde kullanan kişinin davranışı aynı ağırlık ve boyutta olmadığından tazminat miktarlarının da aynı olması beklenemeyecektir³³⁷.

³³¹ Hasan Elyıldırım, *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi)*, (Ankara: Adalet, 2021), 67.

³³² Elyıldırım, *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi)*, 68.

³³³ Elyıldırım, *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi)*, 67.

³³⁴ Uzman görüşünün hukuki niteliği hakkında detaylı bkz: Elyıldırım, *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi)*, 47-57.

³³⁵ Bilirkişi raporunun afaki hesaplamalara dayanmaması gerektiğine dair bkz: Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 181-182.

³³⁶ Yar. 11. HD, E.2009/14498, K.2011/6852, 06.06.2011. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 13/02/2023.

³³⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 335.

İhlal edilen markanın tanınmışlık derecesi de tazminata etki eden faktörlerden biridir³³⁸. Nitekim tanınmış bir marka söz konusu olduğunda tecavüz fiilleri neticesinde marka hakkının ihlal edilmesinde, ihlal eden kişinin tanınmış markayı bilmiyordum savunmasına çoğu zaman itibar edilmemekte olup kusur oranı daha yüksek olmaktadır. Ayrıca tanınmış markaların satışları diğer markalara nazaran daha kolay ve daha yüksektir. Bu sebeple üçüncü kişiler alelade markalardan ziyade daha çok tanınmış markaları izinsiz kullanarak tanınmış markanın ününden haksız yararlanmakta ve marka hakkını ihlal etmektedirler. Bu durum tanınmış markaların üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlal fiillerine daha çok maruz kalmalarına sebep olmaktadır.³³⁹.

Nitekim tanınmış marka söz konusu olduğunda şartları olduğu takdirde (tazminat talebinin SMK m. 151/1 a ve b bendine dayalı olarak talep edildiği halde) SMK m. 151/4 hükmünün uygulama alanı bularak tazminata “hakkaniyete uygun bir payın daha” eklenebileceği kanuni bir düzenleme olarak da yer almaktadır.

Tazminat hesaplamaları yapılırken özellikle yoksun kalınan kazanç miktarı belirlenirken seçilen yöntemle göre tek bir kritere dayanılmadan; markanın ekonomik değeri, markaya ait lisansların sayısı ve çeşidi³⁴⁰, uygulanmakta olan pazarlama metotları, kadro, satıştan sonraki hizmetler³⁴¹, taklit edilen veya iltibasa yol açan tespit edilmiş ürünün miktarı veya hizmetin niteliği ve süresi, tecavüz fiilinde bulunan kişinin önceki yıllara ait ticari performansı, genel ekonomik şartlar, emsal lisanslar, marka hakkının ihlal edilme süresi, davalının kar marjı, dava konusu ürünün satış hacmi, piyasa hacmi, satış performansı, davacının pazar payı gibi çok sayıda husus dikkate alınarak adaletli ve hakkaniyete uygun bir belirleme yapılmalıdır³⁴². Tazminat objektif verilere dayanılarak hesaplanmalıdır³⁴³. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında somut veriler yerine afaki oranların dikkate alınarak tazminat hesaplaması yapılması bozma nedeni olarak görülmüş olup karar içeriğinde

³³⁸ Tanınmışlık derecesinin tazminata etki ettiğine dair: “...markanın, satışa sunulan ürün ya da verilen hizmete olan etkisi somut olarak hesaplanamasa da, teamüllere göre markanın tanınmışlık kriterleri de göz önüne alınarak, satışlara olan etkisinin %15 ile %25 arasında değiştiğine yönelik genel kabul görmüş uzman görüşlerinin bulunduğu, davalı tarafın, 2015 yılından başlayarak, dava tarihine kadar olan süre içerisinde, mali tablolarında beyan ettiği Faaliyet Kazancı üzerinden, dava konusu markanın etkisinin %20 civarında olduğu varsayılarak yapılan hesaba göre..” Bakırköy 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2021/245, K.2021/265, 22.12.2021. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023.

³³⁹ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 494.

³⁴⁰ Nilgün Soydan Bal, “Marka Davalarında Bilirkişilik”, *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 20, No.2018/1 (2018): 120.; Camcı, *Marka Davaları*, 142.

³⁴¹ Soydan Bal, “Marka Davalarında Bilirkişilik”, 121.

³⁴² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1040-1041.

³⁴³ Yar. 11. HD. E.2003/1774, K.2003/7915, 18.09.2003. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 13/02/2023.

tazminat hesabı yapılırken dikkate alınması gereken hususlara yönelik önemli tespitler de yapılmıştır:

“Mahkemece, taraflarca sunulan belge ve kayıtlar ile davalı defterleri üzerinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapora itibar edilerek yazılı şekilde maddi tazminatın tahsiline karar verilmiştir. Ancak, davacının kazanç kaybının tespitine ilişkin olarak temel alınan bu rapor, hüküm vermeye yeterli değildir. Davacı tarafın yoksun kalınan kazanç tercihi, 556 sayılı'nın 66/1-b maddesine dayalı olup, davalının dava konusu ürünler nedeniyle elde ettiği karın belirlenmesi gereklidir. Bu yöntemde mütecavizin malvarlığında markanın haksız kullanımı sonucu meydana gelen artış hesaba katılmaktadır. Kazanç hesaplanırken, mütecavizin sadece haksız markalı ürünlerden elde ettiği kazançca bakılır. Mahkemece alınan 07.01.2013 tarihli bilirkişi raporunda kar marjı hesaplanırken “..!..+” olarak adlandırılan sosya-ekonomik gruba yönelik tekstil/konfeksiyon ürünleri üreten şirketlerin kar oranının ortalamasını kullanmanın uygun olacağı belirtilerek dava dışı ... ve.... firmalarının bilançolarındaki brüt kar oranı dikkate alınarak ortalamasına göre hesaplama yapılmıştır. İtiraz üzerine alınan ikinci heyet raporu ve ek raporda ise Türkiye'de tekstil sektöründeki perakende satış mağazacılığında kar oranının %15 ila %40 arasında değiştiği, davalı tarafça yapılan üretim miktarının 12.700 adet olduğu kabul edilerek, davalının dava konusu mallar nedeniyle elde edebileceği net gelirin % 30 kar marjı üzerinden 108.845,22 Euro olabileceği belirtilmiştir. Davalı vekili, söz konusu rapora tazminat hesabının somut veriler yerine afaki oranlar baz alınarak yapıldığını, satış fiyatını düşüren faktörlerin dikkate alınmadığını belirterek itiraz etmiştir. Bu durumda mahkemece davalının dava konusu ürünler nedeniyle elde ettiği karın belirlenmesinde dosyaya ibraz edilen sipariş formları, davalı tarafça kesilen faturalar ve satış fiyatını etkileyen diğer hususlar nazara alınıp dava konusu ürünlerin üretim giderleri de düşülmek suretiyle davalının satışa sunduğu 12.700 adet ürün üzerinden hesaplama yapıp sonucuna göre maddi tazminatta karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.³⁴⁴”

Yargıtay'ın bir kararında tazminat olarak lisans bedeline göre yoksun kalınan kazanç bedeli hesaplanırken davacı ve davalının mali büyüklüklerinin ve üretim/satış³⁴⁵ kapasitesinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır:

³⁴⁴ Yar. 11. HD, E.2015/5115, K.2016/2672, 10.03.2016. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> Erişim Tarihi: 06/07/2023.

³⁴⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1045.

“Lisans bedeli hesaplanırken sadece davacının ihlalin yapıldığı yıldaki cirosu göz önüne alınmış, buna göre davalının ödemesi gereken lisans bedeli belirlenmiştir. Lisans bedeli hesaplanırken sadece marka hakkı sahibinin cirosu, elde ettiği kazancın değil, davalının cirosu, üretim ve satış kapasitesi, satabileceği ürün miktarı da nazara alınarak davalının ticari iş ve işlem hacmine uygun bir bedelin belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla, somut olayın özelliklerine, davalının cirosuna, üretim ve satış kapasitesine, elde ettiği gelire göre ödemesi gerekli, hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun, makul bir miktarın lisans bedeli olarak tespiti ile hüküm altına alınması gerekirken eksik incelemeye dayalı bilirkişi raporları dayanak alınarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yönden taraflar yararına bozulması gerekmiştir.”³⁴⁶”

Tazminat hesabı yapılırken sadece ekonomik faktörlerin değil diğer kriterlerin de dikkate alınması gerektiği³⁴⁷ Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanması Hakkındaki 29/04/2004 tarih ve 2004/48/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi 13/1-a maddesinde: “...kaybedilen karlar da dahil zarar gören tarafın maruz kaldığı negatif ekonomik sonuçları, ihlal eden tarafından elde edilen haksız karları ve uygun olduğu hallerde hak sahibine sebep olunan ahlaki zarar gibi ekonomik faktörler dışındaki unsurlar gibi bütün uygun yönleri hesaba katarlar...” şeklinde vurgulanarak tazminatın hesaplanması açısından uygulanması gereken yöntemi belirtmiştir.

Konuya ilişkin bu noktada genel kriterlere değinmekle yetiniyoruz. Tazminatın belirlenebilmesi ile ilgili ayrıntılı açıklamalara her konu başlığı özelinde aşağıda yer verilecektir.

³⁴⁶ Yar. 11. HD, E.2013/6117, K.2013/21847, 02.02.2013. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 13/02/2023. Benzer yönlü, Yar. 11. HD, E.2013/5020, K.2014/10820, 06.06.2014. “556 sayılı KHK’nın 66/c bendi uyarınca lisans bedeli hesaplanırken markanın ekonomik önemi, marka hakkı sahibinin cirosu ve elde ettiği kazancın yanında davalının cirosu, üretim ve satış kapasitesi, satabileceği ürün miktarı da nazara alınarak davalının ticari iş ve işlem hacmine uygun bir bedelin belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla somut olayın özelliklerine, davacının ve davalının cirosuna, davalının üretim ve satış kapasitesine, davalının elde ettiği gelire göre ödemesi gerekli, hakkaniyete ve menfaatler dengesine uygun, makul bir miktarın lisans bedeli olarak tespiti ile hüküm altına alınması gerekirken, davalının bu konuda ileri sürdüğü itirazlar nazara alınmadan aralarında yazılım konusunda uzman bulunmayan bilirkişi heyeti tarafından hazırlanan ve somut olayın özelliklerine uygun düşmeyen bilirkişi raporuna itibar edilerek dava dışı S.. Eğitim Bilgi Tek. AŞ’nin davacıya kestiği fatura bedeli kadar maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yönden davalı yararına bozulması gerekmiştir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04/07/2023.

³⁴⁷ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 473.

3.1.3. Fiili Zararın Hesaplanması

Fiili zarar, zarar verici olay neticesinde zarar görenin malvarlığında fiilen oluşan zarardır³⁴⁸. Fiili zararı kişinin malvarlığında oluşan gerçek anlamda zarar olarak da tanımlayabiliriz. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda geçen ifadeye göre ise “fiili zarar, zarara uğrayanın ticari defterlerinin incelenmesi sonucunda ortaya çıkan zarardır.”³⁴⁹ Fiili zarar, aktifin azalması ya da pasifin artması şeklinde ortaya çıkabilir. Bu zararın hesaplanabilmesi için SMK’da özel bir metot öngörülmediğinden³⁵⁰ bu konuda TBK’nın tazminata ilişkin genel hükümlerinden yararlanılarak hesaplama yapılmaktadır³⁵¹.

Marka sahibinin tecavüzü gidermek için yapmış olduğu tüm masraflar fiili zarardır³⁵². Marka hukukunda oluşabilecek fiili zararları örneklendirmek gerekirse; marka hakkına tecavüz olduğu durumda tecavüzün tespit edilmesi, önlenmesi ve giderilmesi için yapılan hukuki süreçlere ait masraflar (dava masrafı, delil toplamak için yapılan giderler, ihtarname için yapılan masraflar vb.) fiili zarar örneklerinden biridir³⁵³. Tecavüz sebebiyle ilgili sektörde pazar kaybının oluşması ve bundan kaynaklanan zarar ile bu kaybı telafi etmek için harcanan giderler; taklit veya iltibas sonucu meydana gelen karışıklığın giderilmesi için yapılan masraflar örneğin reklam verilmesi için yapılan giderler, ilan, tanıtım ve broşür masrafları sayılabilir³⁵⁴. Pazarda karışıklığa yol açılması, müşterinin yanıltılmasına sebebiyet verilmesinden kaynaklanan zararlar fiili zarar kapsamındadır³⁵⁵. Örneğin tüketiciler nezdinde karışıklığın giderilmesi için bilgilendirme amacıyla SMS veya mail yolu tercih edilmiş olabilir. Bu yoldan kaynaklanan işlemlerin yapılması için oluşan giderler de fiili zarar kapsamındadır. Bu kapsamda yeni kişilerin istihdam edilmesi dolayısıyla harcanan giderler veya işçilere fazla mesai yaptırılması sonucunu doğuruyorsa bu giderler de fiili zarar kapsamındadır.

³⁴⁸ Eren, *Borçlar Hukuku*, 595.; Ergün ve Çaldağ, *Borçlar Hukuk Ders Notları*, 163. Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 520.

³⁴⁹ İstanbul 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2018/175 K.2019/449, 5.11.2019, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023.

³⁵⁰ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 40.

³⁵¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1010.

³⁵² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 344.

³⁵³ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 41.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 344.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1010.

³⁵⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1010.; Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 72.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 542.; Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 474.; Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 307.; Arkan, *Marka Hukuku*, 24.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 344.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 520.

³⁵⁵ Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 524.

Markaya tecavüz fiilleri ve oluşan karışıklık sonucu marka sahibinin yatırımları boşa gitmiş olabilir bundan kaynaklanan zararlar da fiili zarar kapsamındadır³⁵⁶. Karışıklığın giderilmesi için ürünlerin ambalaj veya paketlerin değişimi, logoların tasarımının farklılaştırılması³⁵⁷ için yapılan masraflar örnek olarak verilebilir.

Yargıtay kararında fiili zarar örnekleri şu şekilde sayılmıştır:

“Maddi zarar” iki kalemden oluşmakta olup, hem meydana gelen “fiili kaybı” hem de marka hakkı sahibinin tecavüz dolayısıyla “yoksun kaldığı kazancı” içermektedir. Kural olarak miktarı zarar gören tarafından ispatlanmak şartıyla her iki maddi zarar kaleminin de tazmini talep olunabilir (Karan, Hakan/ Kılıç Mehmet; Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi, Ankara, 2004, s. 520). Fiili kayıp, marka hakkına tecavüz nedeniyle marka sahibinin malvarlığında meydana gelen net azalmayı ifade eder. Malvarlığındaki azalma aktifin azalması şeklinde olabileceği gibi pasifin artması suretiyle de gerçekleşebilir. Fiili kaybın ne şekilde hesaplanacağı madde metninde açıkça yer almamaktadır. Ancak “fiili kaybın” değerinin belirlenmesinde genel hüküm olan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 42-44. maddeleri kıyas yoluyla uygulanır. Mahkeme bu hükümler gereğince tazminatı 818 Sayılı BK'nın 43/1. maddesine göre tayin eder (Tekinalp, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s. 501). Fiili kayıp kalemlerine örnek olarak; marka hakkına tecavüzün önlenmesi için yapılan masraflar, dava masrafları, mal veya hizmet pazarında pazar kaybı, yatırımların bu süreçte boşa gitmesi, istihdam edilenlere bu süreçte ödenen fazla paralar ile bunun telafi edilmesi için yapılan masraflar (promosyon, kalıp ve ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vs.) gösterilebilir.³⁵⁸”

İlk derece mahkemesi ve Yargıtay kararları incelendiğinde uygulamada tarafların fiili zarar ve yoksun kalınan kazancı talep ettikleri fakat bu hususu özellikle fiili zarar anlamında somutlaştırmadıkları görülmektedir. Mahkemeler dosyayı bilirkişiye göndermekte ve bilirkişiler de SMK m.151'de öngörülen hesaplama usullerine göre hesaplama yapmaktadırlar. Bu sebeple taleplerde her ne kadar fiili zarar belirtilmiş olsa da uygulamada hesaplamalar yoksun kalınan kazanç üzerinden yapılmakta ve karar verilmektedir.

SMK m. 150/3'e göre *“Hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış*

³⁵⁶ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1010.

³⁵⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 344.

³⁵⁸ Yar. HGK, E.2017/11-66, K.2019/480, 18.4.2019. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023.

olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.” Bu hüküm marka hukukunda zararın varlığını ve miktarını ispat etmenin güçlüğü karşısında ispatı kolaylaştırabilmek amacıyla getirilmiştir³⁵⁹. Bu hüküm karşısında zarar veren, Mahkeme kararı gereği zarar verici olay ile ilgili elinde olan belgeleri Mahkemeye sunmak zorundadır, aksi takdirde³⁶⁰ bu durum kendi aleyhine olarak değerlendirilebilecektir. Bu durum doktrinde kimsenin kendi aleyhindeki belgeyi mahkemeye ibrazla yükümlü tutulamayacağı ilkesine³⁶¹ bir istisna olarak değerlendirilse³⁶² bile biz bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim HMK sistemine göre zaten hukuk yargılamasında bu ilke günümüzde uygulanmamaktadır. HMK m. 219/1’e göre: “*Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar.*” Eğer taraf mahkeme tarafından istenen elindeki belgeyi ibraz etmezse HMK m.220/3 gereği *mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir*. HMK’nın bu ilgili hükümleri gereğince SMK m.150/3’te belirtilen durumu bir istisna olarak değerlendirmemekte ve HMK ve hukuk yargılaması genel ilkeleriyle paralel bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz³⁶³. Bu sebeple SMK’da bu yönüyle özel hüküm bulunmasa bile genel hükümlere göre tarafın elinde olan belgenin Mahkemeye sunulması talep edilebilir.

Burada taraftan ibrazı istenecek belge dava konusu ile ilgili *zarar miktarının belirlenebilmesi için* davayı aydınlatmaya yetecek olan belge olup daha fazlasını içeren ve davayı ilgilendirmeyen ticari belgeler istenemeyecektir³⁶⁴. Müşteri ve dağıtıcıların listesi³⁶⁵ gibi ticari sır içeren belgelerin istenip istenemeyeceği ise doktrinde tartışmalı olup sunulması istenen belge mahkeme tarafından ticari sır olarak niteleniyor fakat dava konusu olayda zararı ve zarar miktarını belirlemeye esaslı ölçüde etki ediyorsa bu belgenin davacıya

³⁵⁹ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3064.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 543.; Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 496.

³⁶⁰ Tecavüzde bulunan kişinin istenen SMK m. 150/3’e göre istenen belgeleri vermemesi halinde bu durumun yaptırımının düzenlenmediği ancak belgeleri temin edebilmek için Mahkemeden delil tespiti istenebileceği belirtilmiştir. Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 75.; Arkan, *Marka Hukuku*, 2:248.

³⁶¹ “*Memo contra se edere tenetur*” (Kimse kendi aleyhinde olan belgeyi ibrazla mecbur tutulamaz) ilkesi.

³⁶² Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 461; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 543.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1011.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 518.

³⁶³ Öte yandan 556 sayılı KHK döneminde yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK m.330-331-322. maddelerinde de HMK m.220 ile benzer yönlü düzenleme bulunmaktaydı.

³⁶⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1011.; Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 464.

³⁶⁵ Müşteri, dağıtıcıların adreslerinin, unvanlarının, listelerinin, yazışmalarının istenebileceği hükmün kapsamında bu belgelerin de olduğu yönünde Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 463-464.

gösterilmeden bilirkişi incelemesinden geçirilmesi gerektiği ve Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu belirtilmiştir³⁶⁶.

Doktrinde bu hükmün ancak maddi tazminat davası açmadan önce kullanılabileceğini belirtmiştir. Çünkü her ne kadar hükümde “*tazminat davası açmadan önce*” olarak belirtilmişse de manevi tazminatın belgelere dayanmaması sebebiyle manevi tazminat davalarında SMK m. 150/3 hükmüne dayanılarak belge istenemeyeceği belirtilmiştir³⁶⁷.

3.1.4. Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması

3.1.4.1. Genel Olarak

Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi SMK³⁶⁸ m. 151/1’e göre uğradığı zarar olarak fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı talep edebilir³⁶⁹. SMK m. 151/2 hükmünde yoksun kalınan kazancın hak sahibinin seçimine bağlı olarak hükümde belirtilen üç yöntemden herhangi biri ile hesaplanabileceği belirtilmiştir. Buna göre hak sahibi yoksun kaldığı kazancın:

“Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir” e göre veya

“Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç” a göre veya

“Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli” ne göre hesaplanmasını tercih edebilir.

Marka hakkının tecavüze elverişli olması sebebiyle özel koruma ihtiyacının bulunması³⁷⁰ ve marka hukukunda zararın ve zarar miktarının ispatının ve hesaplanmasının

³⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için, Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1012.

³⁶⁷ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3065.

³⁶⁸ Marka hakkına tecavüz eylemlerinin TTK m. 55 hükmü gereğince haksız rekabet hali oluşturacağı ve bu kapsamda da tazminat taleplerinin ileri sürülebileceği hakkında detaylı açıklamalar için bakınız: Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 50. Nitekim bu durumda sebeplerin yarışması gündeme gelmiş olur ve TBK m.60 gereğince “*hakim zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*”

³⁶⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1010.

³⁷⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 394.

güçlüğü karşısında kanun koyucu bu zorlukların aşılabilmesi adına kanunda belirtilen alternatif hesaplama yollarını kabul etmiştir³⁷¹.

Kanun koyucu bu alternatif yolları belirlemeseydi yoksun kalınan kazanç *sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire* göre hesaplanacaktı³⁷². Fakat bu tecavüz eylemi olmasaydı hak sahibinin elde edeceği gelirin hesaplanması her somut olay açısından mümkün olmayacak ve kimi zaman ihlal fiilleri neticesinde marka hakkından haksız yararlanan kişi, hukuka uygun olarak kullanan kişiden daha avantajlı konuma gelerek adalete ve hakkaniyete uygun olmayan sonuçlara sebep olacaktı. Bu yöntemlerin getirilmesiyle beraber tazminat hukukunun yaptırım kuvveti de güçlenerek³⁷³ önleme ve caydırma amacı da işlerlik kazanmaktadır.

Yoksun kalınan kazanç zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının hayatın olağan akışına göre ulaşabileceği miktardan yoksun kalınan kısmını ifade eder³⁷⁴. Hâlihazırda meydana gelen neticeler fiili zarar kapsamında talep edilirken geleceğe yönelik muhtemel sonuçlar yoksun kalınan kazanç kapsamında talep edilir³⁷⁵. Örneğin marka hakkına tecavüz edilmeden önce net gelirinde düzenli bir şekilde artış olan marka hakkı sahibinin tecavüz fiilleri dolayısıyla bu karın artışının duraklaması veya kar oranını azalması yoksun kalınan kazançtır. Tecavüz fiilleri dolayısıyla stoklarında kalan ürünleri zararına satmak zorunda kalan davacının uğradığı zarar³⁷⁶ da yoksun kalınan kazanç kalemlerine örnek verilebilir. Marka hakkının ihlali sebebiyle ürünlerin fiyatlarının düşürülmesi de yoksun kalınan kazanç³⁷⁷ olarak nitelendirilebilir fakat bu halde bu fiyat düşümünün sebebi yani nedensellik bağının iyi araştırılması gerekmektedir. Fiyatların düşmesinin sebebi ekonomik yaşamdaki genel sorunlar olması veya pazar ağının daralması gibi sebeplerden kaynaklanıyorsa ihlal ile zarar arasında nedensellik bağından bahsedilemeyeceği için bu husus yoksun kalınan kazancın değerlendirilmesinde esas alınamayacaktır³⁷⁸.

³⁷¹ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 520.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 48-49.

³⁷² Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 64.

³⁷³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 346.

³⁷⁴ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 520.

³⁷⁵ Yar. HGK, E.2017/66 E, K.2019/480, 18.04.2019.

³⁷⁶ Yar. 11. HD, E.2020/6153, K.2022/3132, 19.4.2022. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 24/02/2023.

³⁷⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 347.

³⁷⁸ Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 49-50.

Yoksun kalınan kazançta zarar, ihlal fiili sebebiyle kazanç imkanlarının azalması veya yok olması sebebiyle ortaya çıkmakta olup malvarlığının normalde artış göstermesi gerekirken göstermemesi yönüyle kayıp yaşanmaktadır³⁷⁹. Örneğin marka sahibinin normalde işlem yaptığı ya da yapma ihtimali olan muhataplarının/alıcılarının, ihlal fiilleri neticesinde davacı marka sahibi yerine rakip firmalarla işlem yapmaya başlaması halinde, davacının bu kişilerle işlem yapamaması ya da miktarının azalması durumunda yoksun kalınana kazanç meydana gelir³⁸⁰.

Genel kural olarak iddia edenin iddiasını ispat etmesi gerektiğinden somut durum ve seçilen hesaplama yöntemi uygunsa davacı taraf zarar miktarını ispat etmek amacıyla elinde bulunan delilleri örneğin fiş ve faturaları dosyaya sunar³⁸¹. Zarar miktarı hesaplanırken fiş ve faturalar haricinde tarafların ticari defter ve mali / muhasebe kayıtları³⁸² ve gelir tablosu hesapları üzerinde inceleme yapılır. Zararın varlığı ve zarar miktarı ispat edilirken, davalının ticari satış bilgileri, bilanço bilgileri, gümrük ve ambar kayıtları, lisans listeleri³⁸³ de delil olarak kullanılabilir. İspat yükü kendisine düşen taraf, zarar miktarını kesin olarak ortaya koyamıyorsa bile hakim TBK m.50/2’de verilen yetkisini kullanabilmesi için gerekli bilgi ve belgeleri dosyaya sunması gereklidir³⁸⁴.

3.1.4.2 Seçimlik Hakların Kullanılmasına Yönelik Usuli Tartışmalar

Marka hakkı sahibi, yoksun kalınan karın hesaplaması bakımından Kanunda sayılan üç yöntemden birini seçmek mecburiyetinde³⁸⁵ olup Kanunda belirtilen bu üç yöntem dışında başka bir yöntemle dayanılarak hesaplama yapılamaz³⁸⁶. Davacı, bu üç yöntemden birini serbestçe seçebilir³⁸⁷. Davacının dava dilekçesinde hangi yöntemi seçtiğini açıkça

³⁷⁹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 346.

³⁸⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 346.

³⁸¹ Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 476.

³⁸² Camcı, *Marka Davaları*, 142.

³⁸³ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 503.

³⁸⁴ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 359.; Zeynep Coşkun, “Patent Hakkına Tecavüz Halinde Tazminat Davaları”, *Yüksek Lisans Tezi, (Hacettepe Üniversitesi, 2022)*, 112-113.

³⁸⁵ Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 486. Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 64.

³⁸⁶ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 461.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 64.

³⁸⁷ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 520.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 546.; Bu konu hk ilgili Yargıtay kararında şöyle belirtilmiştir: “markaya tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hangi yöntemin kullanılacağı markası tecavüze uğrayan marka sahibinin ihtiyarındadır. 556 sayılı KHK’nin 66 ncı maddesinde de yoksun kalınan kazancın

belirtmesi gerekir³⁸⁸. Hâkim, belirtilen seçime uymak zorundadır yani örneğin SMK m.151/2-b'ye göre tecavüz edenin elde ettiği net kazanca göre hesaplama yapılmasını talep eden davacının bu talebi karşısında hâkim, SMK m.151/2-c'de öngörülen varsayılan lisans bedeline göre hesaplama yapamaz, davacının yapmış olduğu seçimle bağlıdır. Bu durum, medeni yargılamanın temel ilkelerinden olan taleple bağlılık ilkesinin de bir gereğidir. Yargıtay bu konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda³⁸⁹; davacı yoksun kalınan kazanç isteminde tecavüz edenin elde ettiği kazanca göre hesaplama yapılmasını talep ettiği halde mahkeme lisans bedeline göre miktarı tespit edip hüküm kurmasını bozma nedeni yapmıştır.

Davacının hangi yöneme göre hesaplama yapılmasını talep ettiğini belirtmediği halde hâkim resen bir seçim yapamaz³⁹⁰. Eğer davacı seçimi yapmamışsa veya hangisini seçtiği dava dilekçesinden net olarak anlaşılamıyorsa doktrindeki bir görüşe göre hâkim, usul ekonomisi ilkesini gözeterek ve davayı aydınlatma yükümlülüğü gereğince davacıya süre vererek hangi yolu seçtiğini açıklattırarak tazminat miktarını belirlemeli³⁹¹ buna

istenme ve hesaplama usulleri belirtilmiş olup, bu kazanç, marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, tecavüz edenin elde ettiği kazanç veya lisans bedeline göre tespit edilebilecektir. Davacı vekili, 04.12.2006 tarihli dilekçesinde maddi tazminatın hesabında davalının elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığının hüküm altına alınmasını istemiştir. Lisans bedeline göre bir talebi bulunmamaktadır. Bu durum karşısında, maddi tazminatın belirlenmesi noktasında davacı vekilinin 556 sayılı KHK'nin 66/b maddesine dayandığı kabul edilip, gerektiğinde davalı defter ve kayıtları üzerinde bu yönüyle inceleme yaptırılıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Yar. 11. HD, E.2007/13021, K.2009/1996, 23.02.2009. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 24/02/2023.

³⁸⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1013.; Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası* (İstanbul: On İki Levha, 2013), 405. Aksi yönde görüşe göre, davacının hangi yöntemi seçtiğini dava dilekçesinde belirtme zorunluluğu yoktur. Zira SMK m. 150/3 gereğince davacının gerek yargılamadan önce gerek yargılama esnasında davalının marka ihlali oluşturmaya neden olabilecek belgelerini mahkemeye sunmasını talep edebilmesi mümkündür. Söz konusu belgelerin mahkemeye tesliminin ardından davacının hesaplama yöntemi tercihinin yapılabilmesi mümkündür, bu aşamada mahkemenin davacıya tercihinin sorması gerektiği yönünde bkz. Aydın, "Marka Hukukunda Tazminat", 546. Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 520. Davacının davanın başında herhangi bir hesaplama yöntemi seçmek zorunda olmadığı ve tazminatın kullanılmasına yönelik seçim hakkının belgelerin mahkemeye sunulması ve bilirkişi incelemelerinin ardından bildirmesi yahut değiştirmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 372-374.

³⁸⁹ Yar. 11. HD, E.2007/13021, K.2009/1996, 23.02.2009. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 24/02/2023.

³⁹⁰ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 65.; Kaya, *Marka Hukuku*, 293.; Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Ankara: Seçkin, 2003), 274.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 371, 383.; Salih Polater, "Patent Hakkının Birden Fazla Kişi Tarafından İhlali ve Açılabilir Davalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 28, No.119 (Temmuz 2015): 420.; Yoksun kalınan kazancın hesabı için belirlenen hesaplama yöntemlerinden bir tanesinin açıkça tercih edilmediği halde sadece maddi bir tazminat talebi bulunan davacının a bendinde belirlenen yöntemle hakkını kullandığının kabulü gerektiği yönünde bkz. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3099. Mahkeme tarafından verilen süreye rağmen davacının seçim yöntemlerinden herhangi birini tercih etmemesi halinde mahkemenin somut olay bakımından en uygun yöneme göre zararı hesaplayabilmesi gerektiği yönünde bkz. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 373.

³⁹¹ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 520.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 65.; Bu yönde Yargıtay kararı: "Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda davacılar vekilinin belirttiği yasal düzenlemeye ifade edilen üç usulden hangisine dayandığı açıklattırdıktan sonra maddi tazminatın tespitinin yapılacağı belirtilmiştir. İsteminin açıklaması için kendisine süre verilen davacılar vekili, aynı zamanda bilirkişi raporuna karşı beyanlarını içeren dilekçesinde bu husustaki tercihinin

rağmen davacı verilen süre içerisinde talebini açıklamıyorsa bu takdirde dava usulden reddedilmelidir³⁹². Yargıtay kararlarında davacının tazminat talep etmekle beraber bu talebin dayanağı olarak hangi yöntemi seçtiğini belirtmediği halde davacıya hangi yöntemi seçtiğini açıklattırıp ona göre inceleme yapıp karar verilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Nitekim bir kararında³⁹³ bu durumu şu şekilde ifade etmiştir:

“Davacı dava dilekçesinde maddi tazminat talep etmekle birlikte bu talebinin dayanağı olan 52. maddede sayılan alternatiflerden hangisini talep ettiğini belirtmemiştir. O halde, mahkemece HUMK.nun 75. maddesi uyarınca davacıya, talep ettiği tazminatın 554 sayılı Kanunun 52. maddedeki tazminata yönelik değerlendirmelerden hangisine dayandığını açıklattırıp o yönde inceleme yapılarak belirecek sonuca göre hüküm verilmesi, bu yöndeki incelemelerin sonuç vermemesi halinde, BK.nun 42, 43. maddelerine göre bir karar vermesi gerekirken, olaya uygun olmayan bilirkişi raporu doğrultusunda maddi tazminat isteminin reddine karar verilmesi nedeniyle hükmün bozulması gerekmiştir..”

Doktrindeki bir diğer görüş, davacıya hangi yöntemi seçtiğini açıklaması istenmesine rağmen davacının seçtiği yöntemi yine de belirtmemesi halinde TBK’nın hakime tanımış olduğu takdir yetkisi kapsamında tazminatın belirlenmesi gerektiğini savunmuştur³⁹⁴.

tam olarak ifade etmiş değildir. O halde mahkemece, davacılar vekiline 556 sayılı KHK’nin 66 ncı maddesinde yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin usullerden hangisine dayandığını tereddütsüz şekilde açıklattırılması, maddi tazminat bakımından uzman bilirkişi vasıtasıyla inceleme yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” Yar. 11.HD. E.2005/5758, K.2004/7923. 16.05.2004.

³⁹² “Dosyanın tetkikinde; birleşen ... esas sayılı dosya üzerinden 21/07/2022 tarihli ele alma tutanağı ile davacı vekiline maddi tazminat seçimlik hakkını sunmak üzere iki haftalık kesin süre verildiği, verilen kesin süre içerisinde seçimlik hak sunulmadığı takdirde davanın maddi tazminat yönünden usulden reddedileceğinin ihtar edildiği, ele alma tutanağının davacı vekiline 27/07/2022 tarihinde tebliğ edildiği, ancak kesin süre içerisinde seçimlik hakkını sunmadığı, bu itibarla talebini somutlaştırma yükümlülüğü altında bulunan davacının maddi tazminatın SMK 151/2-a-b-c fıkralarında belirtilmiş hesap yöntemlerinden birini seçmeyerek söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılmakla, davacının davasının usulden reddine karar vermek gerekmiş...” Bakırköy 2. Fikrî ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E.2023/14, K.2023/10, 10.1.2023. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/02/2023, Benzer yönlü olarak Yar. 11. HD, E.2016/11426, K.2018/3859, 23.05.2018. sayılı kararında: “davacının HMK 31. maddesi uyarınca davasını açıklamak zorunda olduğu, davacı vekiline KHK 66. maddesindeki seçimlik hakkını bildirmesi gerektiğinin hatırlatıldığı, seçimlik hakkın bildirilmemesi nedeniyle davacının açmış olduğu tazminat davasının reddine” karar verilmiş ve bu kararı Yargıtay onamıştır.

³⁹³ Yar. 11. HD, E.2003/8468, K.2004/3076, 25.3.2004. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 11/02/2023.; Benzer Yönde: Yar. 11. HD, E. 2004/7923, K.2005/5758, 2.6.2005. Kazancı İçtihat Bankası, Yar. 11. HD, E.2006/122, K.2006/1085, 7.2.2006.

³⁹⁴ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 486.; Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 373.

Hangi yöntemi seçtiğini belirten davacının yargılamanın ilerleyen aşamalarında bu seçimi değiştirerek başka bir yöntemi seçip seçemeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda doktrindeki bir görüş³⁹⁵; davacının yaptığı seçimi karşı tarafın rıza göstermesi halinde değiştirebileceğini eğer rızası bulunmuyorsa ancak ıslah yoluna başvurarak değiştirebileceğini savunmaktadır.

Doktrindeki diğer görüş ise³⁹⁶ davacının ilk seçiminden vazgeçerek başka bir yöntemle hesaplama yapılabilmesini isteyebileceğini savunmaktadır. Özellikle davalının elde ettiği kazanca göre (SMK m.151/1-b) hesaplama yapılmasının talep edildiği davalarda davalının ticari kayıtlarının sağlıklı olmadığı durumlarda hesaplamanın güç olması karşısında seçilme yönteminin serbestçe değiştirilmesinin önemli olduğu doktrinde vurgulanmıştır³⁹⁷.

Doktrinde bir başka görüşe³⁹⁸ göre, SMK m. 151’de belirtilen yöntemlerden birisinin seçim hakkının tercihi kurucu yenilik doğuran hakkın kullanımı niteliğindedir. Bu nedenle yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle artık bu hak tükenecek ve karşı tarafın kabul etmemesi halinde bundan dönülemeyecektir. Yenilik doğuran hak görüşünü savunan bir başka görüşe³⁹⁹ göre, söz konusu seçim hakkı değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir.

³⁹⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1013-1014.; Yasaman, *SMK Şerhi*, 3094-3095.; Yargıtay’ın da bu doğrultuda kararı için bkz. “556 sayılı KHK’nın 66’ncı maddesinde marka hakkının ihlali halinde yoksun kalınan kazancın temini için talep edilebilecek tazminat talebi 3 ayrı seçenek halinde belirtilmiş olup, davacı marka hakkı sahibi başlangıçtaki tercihi itibarıyla bunlardan lisans bedeline ilişkin (c) bendine dayalı talepte bulunduğu göre, karşı tarafın muvafakati olmaksızın bu talebini değiştiremeyeceği gibi ıslah sureti ile de söz konusu tazminata dair 66’ncı maddesindeki seçeneklerden bir diğerine dayanılmadığından, artık mahkemece 556 sayılı KHK’nın 66/1- (c) bendi yani lisans bedeli dışında bir başka tazminat seçeneğine dayalı olarak maddi tazminata hükmedilemez.” Yar. 11. HD, E.2010/10672, K.2012/2762, 27.02.2012.

³⁹⁶ Arkan, *Marka Hukuku*, 245.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 371-372.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 127.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 66. Uzunallı’ya göre, hesaplama yönteminin değişimiyle beraber talep sonucunun değiştiğinden bahsedilemez. Hesaplama yöntemi değiştirilemese de tazminat davasının görüldüğü esnada talep sonucu belirli değildir. Yeni HMK ile belirsiz alacak davası düzenlenmiş ve alacak belirli hale geldiğinde ıslaha gerek olmaksızın alacağın kalan kısmının talep edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle seçim hakkının değiştirilmesi bakımından usul hukuku yönünden bir engel kalmamıştır. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 371-372. Uzunallı’nın belirsiz alacak davasını esas alarak yaptığı görüşün eleştirileri için bkz. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3095; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 547-549. Simil’e göre, hesaplama yöntemi ve talep sonucu arasında önemli bir bağlantı vardır ve hesaplama yönteminde meydana gelecek bir değişiklik talep sonucunda da bir değişiklik meydana getirebilecektir böyle bir durumun aşılması ise ancak ıslah yahut karşı tarafın açık muvafakatiyle gerçekleşebilir. Bu durum HMK’ya belirsiz alacak davası kurumunun gelmesiyle de herhangi bir değişiklik yaratmaz. Belirsiz alacak davasının açılmış olduğu durumlarda da yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hangi yöntem tercih edilmişse yine tercih edilen yöntemle göre talep sonucu rakamsal olarak belirlenecektir, bu nedenle belirsiz alacak davası talep sonucunun serbest biçimde değiştirilmesini sağlamaz. Yani davacı seçmiş olduğu hesaplama yöntemini ancak karşı tarafın açık rızası yahut ıslahla değiştirebilecektir. Simil, *Belirsiz Alacak Davası*, 405-406.

³⁹⁷ Arkan, *Marka Hukuku*, 2:245.

³⁹⁸ Ahmet Kılıçoğlu, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar* (Ankara: Turhan, 2021), 401.

³⁹⁹ Atasoy, “Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması”, 36-37.

Bahse konu görüş, yenilik doğuran hakkın kullanılmakla tükenmemesi gerektiği özellikle hak sahibinin hakkını kullanırken hataya düşmesi halinin dikkate alınması gerektiği ve dava görülürken tercihini hatalı yapan hak sahibi temel saik yanılmasından dolayı irade beyanıyla birlikte başka bir alternatif de sahip olacağını ve yenilik doğuran hakların değiştirilememesinin yoksun kalınan kazancın talep edilememesine neden olacağını kabul edilemeyeceğini de belirtmiştir.

Yoksun kalınan kazanç talebi aynı zararın meydana geldiği hallerde zarar gören marka hakkı sahibinin tercihi göre belirlenecek hesaplama yöntemlerinden birisine göre hesaplanır. Bu halde hesaplama yöntemlerinin birleştirilip bir hesaplamanın yapılması mümkün değildir. Zira öngörülen hesaplama yöntemleri talep edilebilecek tazminatın farklı yollarla araştırılmasını sağlar⁴⁰⁰. Yani birden fazla hesaplama yöntemi ile zarar tazmininin talep edilmesi mümkün olmaz. Nitekim Yargıtay da birden fazla hesaplama yöntemine tazminat talep edildiği bir olayda mahkemenin davacının talebinin usulünce açıklattırılması gerektiğine karar vermiştir⁴⁰¹.

Davacının dava dilekçesinde üç hesaplama yönteminin tamamına göre zararın hesap edilmesini ve hangisinin lehine olacaksa ona göre bir karar verilmesini de talep edebilmesi mümkün olmamalıdır⁴⁰². Diğer yandan doktrinde davacının davasını bu yönüyle terditli talep edebilmesinin mümkün olduğu ileri sürülmüştür⁴⁰³. Söz konusu görüş, hesaplama yöntemlerine göre talep edilip zararın belirlenmesi için belgelerin farklılaşabildiği ve bu belgelerin elde edilemediği durumlarda ispatın imkansızlaşacağını belirtmiş ve bu durumda örneğin davacının b bendi uyarınca zararın miktarının belirlenememesi halinde c bendine göre tazminatın belirlenebileceğini ifade etmiştir.

3.1.4.3. Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tüm Hesaplama Yöntemleri İçin Esas Alınacak Kriterler

Marka hakkına tecavüz eylemlerinin olması, marka hakkı sahibinin emek ve yatırımlarından haksız yararlanılmasına ve marka sahibinin zararının oluşmasına sebebiyet

⁴⁰⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 383.

⁴⁰¹ Kararı aktaran: Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 384.

⁴⁰² Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 549.

⁴⁰³ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3099.

verir⁴⁰⁴. Tecavüz eylemleri neticesinde marka hakkı sahibinin müşteri ve pazar kaybı oluşur bu da beraberinde kazanç kaybına sebep olur⁴⁰⁵.

SMK m.151/3⁴⁰⁶ metnine baktığımızda niteliğine uygun düştüğü ölçüde hangi hesaplama yöntem seçilirse seçilsin⁴⁰⁷ hesaplama yapılırken dikkate alınması gereken kriterler açıklanmıştır. Bu maddeye göre “Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur.” Burada sayılan etkenler tahdidi olmayıp kanun koyucu örnekleme biçiminde saymıştır⁴⁰⁸. Hesaplama yapılırken marka hakkı sahibinin kazancının yanı sıra davalının kazancı, ticari işlemlerinin hacmi ile üretim ve satış kapasitesi, tecavüz edenin eyleminin boyutu, kullanım süresi⁴⁰⁹ davalının iştirak alanı⁴¹⁰ da hakkaniyetli bir bedelin belirlenebilmesi adına önem taşımaktadır.

Bu hususa ilişkin bir Yargıtay⁴¹¹ kararında konuyu detaylı şekilde izah edecek şu tespitlere yer verilmiştir:

“556 sayılı KHK’nın 66/2-a maddesine göre yapılacak hesaplama esas itibarıyla marka hakkı sahibinin ticari kayıt ve defterleri, ticari faaliyetinin hacmi ve markasının değeri gibi unsurlara dayanacaktır. Öte yandan marka sahibi, markayı kullanarak gelir elde ederken, pazarlama becerisini, işletme verimliliğini, satış sonrası servis hizmetlerini ve benzeri unsurları da kullanmaktadır (Tekinalp, s. 502). Bununla birlikte marka sahibinin elde edeceği muhtemel gelir hesaplanırken mütecavizin ticari faaliyetinin boyutunun da incelenmesi gerekebilecektir. Zira marka hakkı sahibinin muhtemel geliri, mütecavizin eyleminin boyutu ile de ilgilidir. Sözgelimi taklit ürünlerin mütecavizin işyerinde ele geçirilmesi durumunda marka sahibinin muhtemel geliri, bu ürünlerin niteliğinin ve miktarının belirlenmesinin yanında mütecavizin ticari kayıtlarına veya sipariş fişlerine göre ne miktarda üretim yaptığının, ele geçirilenler dışında önceden satış yapıp yapmadığının, başka yerde stoklarının bulunup bulunmadığının, bu ürünleri hangi fiyattan sattığının da

⁴⁰⁴ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 489.

⁴⁰⁵ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 489-490.

⁴⁰⁶ Konu hakkında detaylı bilgi için: Gönen, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, 81-83.

⁴⁰⁷ Yasaman, SMK Şerhi, 3099.

⁴⁰⁸ Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 384.; Gönen, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, 80.

⁴⁰⁹ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 488-496.

⁴¹⁰ Yar. 11. HD, E.2014/917, K.2014/8693, 07.05.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04/07/2023.

⁴¹¹ Yar. HGK, E.2017/66, K.2019/480, 18.4.2019. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 22/02/2023.

tespitinde fayda vardır (Çolak, s. 786). Dolayısıyla 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesine göre hesaplama yapılırken gerekirse her iki tarafın ticari kayıtları uzman hesap bilirkişilerince incelenerek öncelikle tecavüzün boyutu belirlenmeli, bu belirlemeden sonra marka sahibinin geçmiş yıllardaki ticari faaliyeti ürün fiyatları, satış performansı, kâr marjı gibi unsurlara göre marka sahibinin muhtemel gelirinin hesaplanmasına çalışılmalıdır.”

Marka hakkının hangi tescil sınıfında tescil edildiği ve markaya tecavüzün hangi mal ve hizmet kapsamında gerçekleştiği tazminatın belirlenebilmesi adına önem taşımaktadır. Nitekim tescil kapsamına girenler bakımından tecavüz oluşacağı için tazminat hakkı da bununla sınırlı olacaktır⁴¹². Konuya ilişkin Yargıtay kararında⁴¹³ tazminat hesabı yapılırken nakliye hizmetinden elde edilen gelirin dikkate alınması gerekirken araç satışından elde edilen cironun esas alınmaması gerektiğini belirtmiştir.

Marka hakkı sahibi ve marka hakkına tecavüz eden kişi/işletmenin farklılıkları dikkate alınmadan tazminat hesaplaması yapılması hakkaniyetli sonuçlar doğurmamaktadır. Davacının ticari kapasitesi dikkate alındığı gibi davalının da ticari kapasitesi, konumu, bulunduğu şehir, ticari kayıtları dikkate alınmalıdır⁴¹⁴.

Yargıtay kararları ve doktrinde belirtilen kriterlere göre tazminat hesabı yapılırken markanın tescil belgesi, ticari iş hacmi, itibarı, değeri, lisansa ilişkin belgeler, tespit evrakları, fiyat listeleri, irsaliye ve faturalar, ticari defter ve kayıtlar, tarafların ticari ve ekonomik durumu, eylemin işleniş şekli dikkate alınarak⁴¹⁵ hakkaniyete uygun bir belirlemenin yapılması gerekmektedir.

Marka hukukunda zararın ve zararın miktarının ispatının zor olduğu gözetilerek davacı tarafından zararın varlığını ispatlayabilecek yeterli bilgi ve belgelerin mahkemeye verilmesiyle zarar miktarı tam olarak ispat edilememiş olsa da hakim TBK m. 50/2 hükmü gereğince olayların olağan akışına göre uygun bir tazminat miktarı belirlemelidir. Yargıtay kararında⁴¹⁶ bu durum şu şekilde belirtilmiştir:

⁴¹² Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 490.

⁴¹³ Yar.11. HD, E.2016/8247, K.2018/882, 08/02/2018. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/09/2023.

⁴¹⁴ Yar. 11. HD, E.2012/14674, K.2013/13300, 25.06.2013. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/09/2023.

⁴¹⁵ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 497.; Yar. 11. HD, E.2006/14555, K.2008/1498, 12.02.2008. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 13/09/2023.

⁴¹⁶ Yar. 11. HD, E.2008/1536, K.2009/5629, 11.05.2009. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/09/2023. Aynı yönlü: Yar. 11. HD, E.2006/14542, K.2008/1612, 14.02.2008 T.; Yar. 11. HD, E.2006/14552, K.2008/1397, 11.02.2008.

“Kural olarak davacı maddi zararını ve tutarını ispat etmek zorundadır. Davalı ihracatçı firmanın defter ve kayıtları ile elde ettiği kazancın tespit edilmesi mümkündür. Şayet maddi zarar tutarı ispat edilemez ise, zarara uğradığı sabit olan davacının talep edebileceği tazminat tutarının BK.nun 42 nci maddesi uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir. Bu durum karşısında, davacı vekilinin maddi tazminat isteminin reddi yönünde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”

3.1.4.4. Marka Hakkına Saldırıda Bulunanın Rekabeti Olmasaydı Marka Hakkı Sahibinin Elde Edeceği Muhtemel Gelire Göre Tazminatın Belirlenmesi

Zarar gören hak sahibi, SMK m. 151/2-a’da düzenlenen *“sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir”*e göre yoksun kalındığı zararın hesaplanmasını talep edebilir. Marka hakkına tecavüz fiilleri neticesinde marka sahibinin satışlarındaki azalma, sürekli olarak mal veya hizmet alımı yapan bayilerin sayısındaki ciddi düşüşler⁴¹⁷ veya tecavüz fiilleri sebebiyle marka sahibinin fiyatları düşürmek zorunda kalması⁴¹⁸ yoksun kalınan kazanç kalemlerine örnek olarak verilebilir. Bu yöntemin varsayımsal olması sebebiyle uygulamada hesaplama yapılırken zorluklarla karşılaşmaktadır⁴¹⁹. 556 sayılı KHK döneminde madde metninde *“markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel gelir”* ibaresi bulunmaktaydı⁴²⁰ bu sebeple hesaplamalar sadece markanın etki ettiği gelir hesaplanarak yani marka dışındaki gelire etki eden pazarlama yöntemleri, satıştan sonraki hizmetler vs. ayrıştırılarak hesaplama yapılmaktaydı. Bu durum ise marka hakkı zarara uğrayan kişiler için tatmin edici sonuçlar vermemekteydi. Nitekim bu değişikliğin amacı olarak madde gerekçesinde şöyle izah edilmiştir:

“Önceki düzenlemede tecavüz suretiyle yapılan satışlardan elde edilen kazanç, markanın katkısı oranında tazminata hükmedilmekte ve bu durum oldukça düşük tazminat hükmedilmesine sebep olduğundan, zarar gören hak sahipleri buradaki hüküm yerine TTK’da yer alan haksız rekabet hükümlerine başvurarak daha etkin bir koruma elde etmekteydi. Bu ibarenin kaldırılmasıyla tecavüz suretiyle elde edilen gelire sadece sınai

⁴¹⁷ Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 79.

⁴¹⁸ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 393.

⁴¹⁹ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 67.

⁴²⁰ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 472.

mülkiyet hakkının sağladığı katkı anlamının çıkmasının önüne geçilmiştir. Bu değişiklikle beraber daha etkin bir tazminat sorumluluğunun olacağı amaçlanmıştır⁴²¹.”

Bu yöntemle hesaplama yapılırken davacı yoksun kalınan kazanç miktarını net olarak ortaya koyamasa bile tecavüz fiili olmasaydı kazanabileceği ihtimalini yeter düzeyde ortaya koyması beklenir⁴²². Burada kastedilen sadece genel açıklamalar olmayıp zararın miktarını takdire elverişli ve mal/hizmet ile bağlantılı açıklamalar olmalıdır⁴²³.

Hesaplama yapılırken, zarar gören hak sahibinin ticari kayıtları ve defterleri incelenir. Ticari faaliyetinin boyutu araştırılır⁴²⁴. Nitekim SMK m. 151/3’te “*sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi*” etkenlerin göz önünde tutulacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Öte yandan burada sadece zarar gören hak sahibinin değil marka hakkına tecavüz eden davalının da ticari faaliyetlerinin hacmi, kar marjı, üretim kapasitesi ve pazar payı gibi hususların da incelenmesi daha hakkaniyetli tazminat hesabı yapılabilmesi için önem taşımaktadır⁴²⁵. Bu sebepten davacının ticari defterlerinin yanı sıra davalının da ticari defterleri incelenmelidir. Örneğin Yargıtay bir kararında⁴²⁶ davalınıninkileri dikkate almadan; sadece davacının içinde bulunduğu şartları, ticaret hacmini ve karını esas alarak tazminata hükmedilmesini bozma sebebi olarak görmüştür. Anılan kararda şu şekilde gerekçe kurulmuştur:

“Davacı taraf, maddi tazminat talebi hakkında 556 Sayılı KHK’nın 66/a bendindeki seçeneğe dayanarak, yoksun kalınan kazancın tahsilini istemiştir. Mahkemece, anılan madde hükmü uyarınca maddi tazminatın belirlenmesinde davacı şirketin markasını franchise sistemiyle kullandığı İstanbul Yenibosna ve Ataşehir Şubelerinin 2010-2011 yılı franchise karı ve mal satış karı ortalamasının, tespit tarihiyle dava tarihi arasındaki izinsiz kullanım süresine göre hesaplanan 19.738,46 TL’ye hükmedilmiştir. Bu hesaplama şeklinde markanın ekonomik öneminin yanı sıra, davalı işletmesinin konumu ticari faaliyetlerinin ve tecavüz eyleminin boyutuyla ticari kayıtlarının da dikkate alınması gerekir. Bu durumda, 556 sayılı KHK’nın 65. maddesi de dikkate alınmak suretiyle gerektiğinde davalı işletmenin ticari kayıtları üzerinde inceleme yapılmaksızın ve davalı

⁴²¹ Savaş Bozbel, Gereğçeli Sınai Mülkiyet Kanunu, Erişim Tarihi: 16.11.2023. /<https://bozbel.files.wordpress.com/2018/05/gerekc3a7eli-sc4b1nai-mc3bclkiyet-kanunu.pdf>.

⁴²² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 389.

⁴²³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 390.

⁴²⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1028.

⁴²⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1028.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 390.

⁴²⁶ Yar. 11. HD, E.2012/14673, K. 2013/13300. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04/07/2023.

işletmenin faaliyette bulunduğu Batman ili ile farklı ticari konumda bulunan İstanbul'daki bazı işyerlerinin faaliyet karları emsal alınmak suretiyle yapılan hesaplamaya dayalı maddi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu bakımdan davalı yararına bozulması gerekmiştir.”

Marka hakkına saldırıda bulunanın rekabeti olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelir hesaplanırken, hak sahibinin gelirinde mutlaka bir azalmanın varlığı gerekmemektedir. Diğer bir deyişle marka hakkına saldırının var olmasına rağmen marka sahibinin geliri artabilir. Bu durum, hak sahibinin kazançtan yoksun kalmadığı anlamı taşımaz⁴²⁷. Nitekim tecavüz fiili olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelir daha da çok olabilirdi. Tecavüz fiili neticesinde hak sahibinin ürün satışında azalma değil artış söz konusu olduğu durumda da Yargıtay uygun bir tazminata karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴²⁸. Kanaatimce bu durumda satışlardaki ve dolayısıyla gelirdeki artış oranı gözetilerek TBK m.52/1 gereğince tazminattan uygun bir indirim yapılması gerekmektedir. Doktrindeki bir görüş⁴²⁹, tecavüz fiilleri neticesinde marka sahibinin gelirinin arttığı durumda yasada sayılan diğer yöntemlerden biri tercih edilerek hesaplama yapılması veya TBK m.51 gereğince hâkimin uygun bir tazminat belirlemesi gerektiğini savunmuştur.

Hesaplama yapılırken kanaatimizce en makul ve somut verilere ulaşılmasını sağlayan metot; marka hakkı sahibinin ticari defterleri üzerinden yapılacak bilirkişi incelemesi neticesinde tecavüz fiilleri öncesi ve sonrasında yıllara göre kar oranlarının tespiti yapılarak makul bir artış oranının bulunması ve bulunan orana göre eğer tecavüz fiili olmasaydı o sene kar miktarı ne kadar olacaksa yoksun kalınan kazancın da aradaki farka göre belirlenmesidir⁴³⁰.

Tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak en önemli faktörlerden birisi de illiyet bağının uygun olmasıdır. Nitekim zarar gören hak sahibinin karı eğer kendisinden

⁴²⁷ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3002.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 208.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 393.

⁴²⁸ “Mahkemece, alınan raporlar uyarınca davacıya ait ticari defterler üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi neticesinde davacının maddi zararının ispatlanamadığı davacının Sivas İlinde 2010-2011 yıllarında satış kaybı yaşamadığı, aksine satışlarının arttığı gerekçesiyle maddi tazminat istemlerinin reddine karar verilmiştir. Mahkemece; dosyada mevcut deliller, iddia ve savunma gözönüne alınıp, davalının eylemleri sebebiyle davacının her halükarda maddi zararının olacağı, adalete uygun bir maddi tazminata hükmetmek gerekirken yazılı gerekçeyle bu istemin reddi doğru olmamış, kararın temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.” Yar. 11. HD, E.2014/6714, K.2014/12541, 30.6.2014.

⁴²⁹ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 553.

⁴³⁰ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 68.; Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 79.

kaynaklanan bir durum sebebiyle örneğin satış politikasını değiştirmesi, fiyatlarında indirim yapması gibi nedenlerle azalma yaşandıysa bu yoksun kalınan kazanç olarak nitelendirilemez⁴³¹. Bir diğer durum olarak zarar görenin tecavüze uğrayan markasının gelirinde değil de bir diğer markasının gelirinde azalma ve yoksun kaldığı kazancın ortaya çıkması halinde tecavüz fiiliyle oluşan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı için tazminat doğmayacaktır⁴³². Yine aynı şekilde gelirdeki azalma; tecavüz fillerinden bağımsız olarak pazar doygunluğu, konjonktürel düşüş, eğilimin değişmesi, hasılatın yasal rakip firmaların ürünlerine/hizmetlerine kayması sebepleriyle de gerçekleşebilir⁴³³. Bu gibi durumlarda da illiyet bağı kesileceği için tazminat hesabında dikkate alınmalıdır.

Çolak⁴³⁴, davacının muhtemel geliri hesaplanırken karşılaşılabilen zorluklardan biri olarak bayiler vasıtasıyla satış yapıldığı durumu belirtmiştir. Bayi aracılığı ile satış yapıldığı durumda, bayiler olmaksızın kendi kazanabileceği bedelin mi yoksa bayilere satış yaptığı bedel üzerinden mi gelirin hesaplanması gerektiğine konusunda yazara göre somut olayda bayiler aracılığıyla satış yapıldığı ortada iken bayiler yokmuş gibi varsayılarak hesaplama yapılmasının hakkaniyetli olmayacağını belirtmiştir.

Bilindiği üzere yoksun kalınan kazanç lisans alan tarafından da talep edilebilir⁴³⁵. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça inhisari lisans alan ya da kanundaki şartları taşıdığı şekilde dava açmaya hak kazanan inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin açmış olduğu davada tazminat miktarı tespit edilirken lisansa konu markanın ekonomik önemi, lisans verilen bölgenin sınırlandırılmış olup olmadığı, lisansın süresi, aynı bölge içindeki lisansların sayısı dikkate alınmalıdır⁴³⁶.

⁴³¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 502.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 68.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 551.

⁴³² Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 552.

⁴³³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 391.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 551.

⁴³⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1029.

⁴³⁵ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 69.

⁴³⁶ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 69.

3.1.4.5. Markaya Saldırıda Bulunanın Elde Ettiği Net Kazanca Göre Tazminatın Belirlenmesi

Zarar gören hak sahibinin seçimine göre yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemlerinden ikincisi SMK m. 151/2-b’de yer verilen: “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*”a göre hesaplama yapılmasıdır. Burada zarar, tecavüz edenin elde ettiği gelir üzerinden belirlenmektedir⁴³⁷. SMK m. 151/2-a bendine göre tazminat belirlenmesinde varsayımsal bir hesaplama yapılırken bu yöntemde gerçekleşmiş kazanç hesaplanır⁴³⁸. Bu halde mütecavizin, marka hakkını ihlal ettikten sonraki malvarlığının durumu ile ihlal fiilleri olmasaydı malvarlığının olacağı durum arasındaki fark dikkate alınarak tazminat hesabı yapılır⁴³⁹. Öte yandan, marka hakkını ihlal etmesinden dolayı mütecavizin gelirinde herhangi bir artış olmamış da olabilir; ancak bu durum gelirinin azalmasının önüne geçtiyse “*kayıptan tasarruf*” olarak dikkate alınarak tazminat gerektirir⁴⁴⁰.

Aslında bu yöntemle hesaplamada tecavüz eden kişinin hak sahibinden haksız olarak faydalanmasının⁴⁴¹ önlenmek istediğine yönelik kanun koyucunun iradesinin yansımaları görmektediriz. Nitekim hak sahibinin somut bir zararı ortaya konmasa da bu yöntemle beraber mütecavizin haksız olarak kazandığı kısım hakkaniyet gereği talep edilmektedir⁴⁴². Bir başka ifade ile burada amaç marka hakkı sahibinin somut zararının karşılanması olmayıp; hiç kimsenin, başkasının emeğinden haksız yere yararlanmaması gerektiğinden yola çıkılarak marka hakkı sahibinin zararının hakkaniyet esasları doğrultusunda denkleştirilmesidir⁴⁴³.

Düzenlemenin önceki halinde (556 KHK m.66/1-b) aynı SMK m. 151/2-a’da yer verdiğimiz açıklamalar doğrultusunda burada da “markayı kullanmakla ibaresi” bulunmaktaydı. Önceki düzenlemede net kazançtan marka dışındaki kazanca etki eden tüm faktörler ayrıştırılarak hesaplama yapılmakta iken madde metnindeki değişiklik ile birbirinden ayrıştırılması oldukça zor olan bu husus kolaylaştırılmış ve daha yüksek

⁴³⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 395.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 554.

⁴³⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1032.

⁴³⁹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 395.

⁴⁴⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 398.

⁴⁴¹ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 557.

⁴⁴² Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 557.

⁴⁴³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 395.

tutarlarda ve daha caydırıcı etki sağlayabilen tecavüz edenin elde ettiği net kazancı esas alan hesaplama yöntemi getirilmiştir⁴⁴⁴.

Her ne kadar markayı kullanmakla ibaresinin madde metninden kaldırılmış olması sebebiyle hesaplama yapılırken markanın kazanca etkisinin ayrıştırılmasının gerekli olmadığı gibi bir intiba bıraksa da tazminat hukukunun genel prensiplerinden olan tazminatın doğabilmesi için zarar ile tecavüz eylemi arasında illiyet bağının mevcut olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu kapsamda mütecavizin elde ettiği tüm gelir ile marka ihlali arasında bir illiyet bağı bulunmayacağı için marka kullanımının mütecavizin elde ettiği gelire olan etkisinin; bir başka ifade ile marka hakkına tecavüz ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağının tespit edilmesi gereklidir. Ayrıca illiyet bağı kesen hususlar ayıklanmalıdır. Örneğin, farklı marka kullanılmasıyla elde edilen gelirler veya taşınmazların satışı veya bunlardan sağlanan kira geliri⁴⁴⁵ ya da tecavüz fiilinden önceki durumlardan kaynaklanan kar artışı veya satışı önce gerçekleştiği halde vadesi sebebiyle sonradan yapılan ödemeler⁴⁴⁶ gibi marka kullanımından bağımsız hususların oluşan zarar ile illiyet bağı bulunmadığından hesaba katılmaması gerekir. Yani davalının gelirine yönelik hesaplama yapılırken sadece tecavüze konu mal/hizmet dolayısıyla edindiği gelir dikkate alınmalıdır⁴⁴⁷. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda⁴⁴⁸, davalının ticari faaliyetindeki tüm kazancının davalının geliri olarak esas alınmaması gerektiği sadece marka hakkının ihlali sebebiyle gerçekleşen kazançtan kaynaklanan gelirin esas alınması gerektiğini aksi durumda davalının hiçbir ticari iş yapamayacağı sonucu çıkacağını ki bunun da hayatın olağan akışına aykırı olduğuna karar vermiştir.

Madde metninde açıkça net kazancın esas alınması gerektiği vurgulanmıştır⁴⁴⁹. Elde edilen gelirden maliyetlerin çıkarılmasıyla net kazanç tespit edilir. Burada hangi gider kalemlerinin mahsup edilmesi gereken maliyetler içerisinde olduğunu belirlerken esas alınacak kriter, marka hakkını ihlal eden mal/hizmet üretilmeseydi veya verilmeseydi bu maliyet yine de ortaya çıkıyor ise o takdirde mahsup edilmeyecektir⁴⁵⁰. Yani söz konusu maliyetin doğrudan ihlal edilen marka ile bağının tespiti gerekecektir. Örneğin hammadde, paketleme ve satış giderleri gelirden düşülecekken; işletmenin genel masrafları (kira, ısıtma,

⁴⁴⁴ Aydın, "Marka Hukukunda Tazminat", 555.

⁴⁴⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1033.

⁴⁴⁶ Kocasoy, "Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini," 80.

⁴⁴⁷ Aydın, "Marka Hukukunda Tazminat", 558.

⁴⁴⁸ Yar. 11. HD, E.1999/5330, K.1999/1042, 15/02/1999 aktaran: Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 404.

⁴⁴⁹ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3103.

⁴⁵⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 397.

aydınlatma gibi), personellerin gideri, reklam için harcanan giderler gelirden düşülmeyecektir⁴⁵¹.

Bu yöntemle hesaplama yapılırken kayıt dışı üretim ve satışların mevcut olması sebebiyle zorluklar yaşanmakta ve tazminat tutarları tam olarak belirlenememektedir⁴⁵². Nitekim bu yöntemde tecavüz edenin kazancı esas alındığı için tazminat miktarı belirlenirken tecavüz edenin kendisinin tuttuğu kayıtlara da dayanılmaktadır. Kayıtların sağlıklı olmadığı veya tutulmadığı durumda yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında sıkıntı yaşanmaktadır⁴⁵³. Bu halde uygulamada çözüm olarak en az üretim hesabı yapılarak varsayımsal bir hesaplama yolu seçilmektedir⁴⁵⁴. Bu yöntemin somutlaştırması adına verebileceğimiz örnek olarak Yargıtay, davalının iş yerinde sadece 7 adet ele geçirilen taklit gömleklere dayalı olarak bu sayı esas alınarak tazminat hesabı yapılamayacağını, bu sayının hayatın olağan akışı ve hakkaniyete de uygun olmayacağını belirterek uzman bilirkişilerce dava konusu gömleği üretebilmek için en az bir top kumaş alınması gerektiğini ve 1 top kumaştan da en az 90 tane gömlek çıkacağını varsayarak tecavüz eden davalının kazancını buna göre hesaplamıştır⁴⁵⁵.

Kanaatimizce hâkim bu varsayım ile birlikte davalının ticari faaliyetinin boyutunu, markanın ekonomik önemini ve diğer verileri de göz önüne alarak uygun bir bedeli hakkaniyete göre takdir etmelidir. Yukarıda ele alındığı üzere SMK m. 151/2-b'ye göre yapılacak hesaplamada da davacı ve davalının piyasada ne kadar etkin olduğu, ürün çeşitlerinin ne olduğu ticaret hacminin büyüklüğü,⁴⁵⁶ stokta ne kadar ürün bulundurduğu,

⁴⁵¹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 397.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 556.

⁴⁵² Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 129.

⁴⁵³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 395.

⁴⁵⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1034.

⁴⁵⁵ Yar. 11. HD, E.2015/4309, K.2015/12738, 30/11/2015. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1034. “Davalı işyerinde ele geçirilen gömleklerin üzerindeki kılıçbalığı logolarının davacının tescilli markaları ile aynı olduğu, bu logolardan dolayı 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri kapsamında marka hakkına tecavüzün sabit olduğu, logoların yer aldığı kısımdaki rakam bayrak ve yazıların yerleşim ve tasarımının, davacı ürünleri ile hemen hemen aynı olduğu ve ürün benzerliği yoluyla iltibasın ve TTK anlamında haksız rekabetin gerçekleştiği, davalının mavi kırmızı ve yeşil renkli gömleklerden üretim ve satış yaptığı gözetilerek her bir renk için en az 90 adetten dava konusu gömleklerden en az 270 adet üretilmiş olduğu ve en az üretim hesaplamalarına göre davalının bu gömlek satışlarından elde ettiği vergi öncesi net karın 15.865 TL olabileceği, taklit ürünlerin üretim dikiş ve işçilik kalitesinin iyi olması sebebiyle marka itibarının zarar görme şartlarının gerçekleşmediği gerekçesiyle davalının eyleminin davacının markalarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine, haksız rekabetin men' ine, tecavüzün devamının önlenmesine, takdiren 15.865,20 TL maddi, 5.000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, itibar tazminatı isteminin reddine karar verilmiştir.” <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 20/07/2023.

⁴⁵⁶ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 557.

satış fiyatlarının ve kar oranının ne olduğu gibi hususların⁴⁵⁷ dikkate alınması gerekir ve hesaplanacak rakam davalının net kazancı olmalıdır⁴⁵⁸.

Doktrinde tazminat hesaplamasında uygulamada karşılaşılabilecek zorluklara ilişkin olasılıklardan iki ihtimal⁴⁵⁹ üzerinde durulmuştur. Bunlardan ilki davalının tecavüze konu eylemde hem kendi markasını hem de davacının markasını kullandığı durumdur. Örneğin davalı kendisine ait “Yeşil” markası ile davacının “Fgh” markasını beraber kullanarak “Yeşil Fgh” olarak kullandığı durumda elde ettiği gelirin ne kadarının kendi markasından ne kadarının davacının markası sebebiyle olduğunun belirlenebilmesi oldukça güçtür.

Doktrindeki görüşe göre markanın tanınırlık ölçüsü, markalardan hangisinin daha öne çıkarak kullanılmış olduğu, markanın ne zaman tescil edildiği, ürün veya hizmetin satın alınmasında markanın ne derece etki ettiği gibi hususların göz önünde tutulması gereklidir. Eğer tazminat hesabında davacının markasının etkisi belirlenemiyor ise bu durumda yazar alıcıların seçimlerinde o tür mal veya hizmet çeşidinde alıcıların markaya ne kadar önem verdiğine, markanın sektördeki değerine, satın alırken hangi markanın alıcılar için daha çekici olduğuna, hangisinin kalite ve güven algısının alıcılar nezdinde yüksek olduğuna, alıcıların iki markayı beraber gördüklerinde tercihlerinin hangisi olacağına ve her marka açısından ayırt edicilik unsurunun her somut olay açısından ayrı ayrı incelenerek oran belirlenmesi ve hakkaniyete uygun bir bedelin tespit edilmesi gereklidir⁴⁶⁰.

Tazminat hesabı yapılırken karşılaşılabilecek zorluk olasılıkları olarak doktrinde belirtilen ikinci örnekte; davalının satış yaparken sattığı ürünlerin bir kısmının orijinal bir kısmının ise taklit olduğu veya bir kısmının lisans sözleşmesine dayalı olarak bir kısmının ise lisans ilişkisi sona erdiği dönemde yapıldığı durum ele alınmıştır. Bu halde satışların birbirinden ayırt edilerek orijinal ve taklit ürünlerin veya lisans kapsamı dahilinde olan ve olmayan ürünlerin birbirinden ayırt edilerek hesaplama yapılması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin orijinal mallar satan bir firma aynı zamanda taklit ürün satışı yapıyorsa zarar miktarı hesaplanırken orijinal mallar olduğu da gözetilerek orijinal ürünlerin taklit mal satışına ne derece etki ettiğinin belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

⁴⁵⁷ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 522.

⁴⁵⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1032.

⁴⁵⁹ Örnekler hakkında detaylı açıklama için bkz: Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1035-1036.

⁴⁶⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1035.

3.1.4.6. Markaya Saldırıda Bulunan Markayı Bir Lisans Sözleşmesi ile Hukuka Uygun Bir Şekilde Kullansa İdi Ödeyecek Olduğu Lisans Bedeline Göre Tazminatın Belirlenmesi

Yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemlerinden üçüncüsü SMK m. 151/2-c’de yer verilen “*sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli*”ne göre hesaplama yapılmasıdır. Bu yöntem marka hakkı sahibinin SMK m. 151/2-a ve SMK m. 151/2-b’ye göre yoksun kalınan kazancın tespit edilmesindeki güçlüklerin aşılabilmesi adına getirilmiştir. Bu zorluklara örnek olarak⁴⁶¹ ülkeye girmeden gümrükte el konulan ürünler açısından SMK m. 151/2-a’ ya göre marka sahibinin muhtemel gelirine veya SMK m. 151/2-b’ye göre tecavüz edenin net kazancına göre bir hesaplamanın yapılması çok zor olacak veya mümkün olamayacak iken SMK m. 151/2-c’de yer verilen lisans bedeline göre hesaplamanın yapılması mümkün olabilecektir.

Markayı kullanan kişinin, marka hakkı sahibine markayı kullanmasının karşılığı olarak sözleşmeyle karşılaşılan uygun bir lisans bedelini ödemesi gerekirken, tecavüzde bulunarak markayı haksız kullanan kişi bu bedeli ödememektedir. Ödenmeyen bu bedel marka sahibinin zararını oluşturmaktadır⁴⁶².

Bu hesaplama yönteminde emsal lisans bedelleri araştırılarak objektif bir varsayımsal lisans bedeli belirlenmeye çalışılır⁴⁶³. Objektif ve makul bedel tespitinde çok sayıda kriter göz önüne alınırken tecavüz eden kişinin, markayı hukuka uygun şekilde lisans sözleşmesiyle kullanan kişiden daha avantajlı hale gelmemesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır⁴⁶⁴. Kanaatimizce hukuka uygun lisans sözleşmesiyle markayı kullanan kişinin somut olayın özelliklerine göre ödeyeceği lisans bedelinden durumun hal ve şartlarına göre daha yüksek bir bedel belirlenmesi gerekmektedir⁴⁶⁵. Zira burada tazminatın caydırıcı ve cezalandırıcı etkisinin de göz önüne alınması ve hukuka uygun kullanan kişinin haklarının da korunması gerekir. Bir diğer ifadeyle tecavüz ederek markayı kullanan kişi,

⁴⁶¹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 412.

⁴⁶² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 413.

⁴⁶³ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1039.

⁴⁶⁴ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 522.

⁴⁶⁵ Aksi yönde Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 79. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3106.

lisans alarak markayı kullanan kişiye kıyasla kullanma aşamasında birçok avantaj⁴⁶⁶ elde ettiği gibi birçok masraftan da tasarruf ederek kullanmaktadır. Marka hakkı sahibinin tecavüz nedeniyle tazminat davası açmayı tercih etmediği ve dolayısıyla tecavüz edenin hiçbir masraf ödemediği halde; tecavüz eden lehine hukuka uygun kullanan kişiye göre daha avantajlı bir durum da ortaya çıkabilir. Bu halde tazminat bedeli olarak; marka hukuka uygun kullanılmışçasına lisans bedelinin artırımı yapılmadan ödenmesine karar verildiği durumda mütecaviz, bahsedilen rizikoları üstlenerek hukuka uygun yolla kullanma çabasını bile göstermeme sonucu doğabilecektir⁴⁶⁷. Tabi burada hakim her olay açısından artırımı yolunu tercih etmemeli somut olayda takdir yetkisini kullanarak menfaatler dengesini kurmalıdır.

Doktrinde⁴⁶⁸ uygun lisans bedelinin belirlenebilmesinde izlenecek yol haritasının ilk basamağı olarak mutat lisans bedelinin belirlenmesi akabinde somut olayın şartlarına uygun olarak tecavüz edenin bu yolla sağladığı avantajların da dikkate alınarak belirlendiği uygun bir lisans bedelinin tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim yukarıda bahsedilen sebeplerle mutat lisans bedeli hükmün amacına ulaşmada ve marka hakkı sahibinin zararını karşılamakta yetersiz kalmaktadır.

Bu yöntemle hesaplama yapılırken; markanın kullanılış biçimi, tanınmışlığı, kullanım alanı⁴⁶⁹, markanın ekonomik önemi, geçerlilik süresi, varsa önceki lisansların sayısı ve çeşidi, emsal lisans bedelleri, dava konusu ürünün özellikleri, sektördeki toplam satış hacmi, piyasa payı, davacının ve davalının mali büyüklükleri, üretim ve/veya satış kapasiteleri⁴⁷⁰, ürünün veya hizmetin niteliği, genel ekonomik koşullar⁴⁷¹, ihlale konu markanın kullanıldığı mal ve hizmetin benzerlik durumu⁴⁷² gibi hususlar dikkate alınarak bir belirleme yapılmalıdır.

Markanın ekonomik değeri belirlenirken, işletmenin bütünü değerlendirerek; markayı taşıyan ürün veya hizmetin sağladığı ciro, ne kadar satış hacmine sahip olduğu, müşteri portföyü, markayı oluşturmak ve reklamına yönelik harcanan giderler tespit

⁴⁶⁶ Mütecavizin, hukuka uygun lisans alarak kullanan kişiye göre elde ettiği avantajlar hakkında detayı bilgi için bkz. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 425-427.

⁴⁶⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 416.

⁴⁶⁸ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 416.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 523.

⁴⁶⁹ Yar. 11. HD, E.2012/16314, K.2013/13888, 01.07.2013.

⁴⁷⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1045.; Benzer yönde; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 561.; Sadece davacının ekonomik durumunun dikkate alınmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açacağına dair Yasaman, *SMK Şerhi*, 3106.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 130.

⁴⁷¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1041.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 78.

⁴⁷² Yasaman, *SMK Şerhi*, 3104.

edilerek bir bedel belirlenir⁴⁷³. Diğer yöntemlerde olduğu gibi bu yöntemde de sadece davacının değil davalının da ticari defterleri incelenerek iki tarafın da cirosu, üretim ve satış kapasitesi, ticari işlem hacminin dikkate alınması gerekir⁴⁷⁴. Sadece davacının ya da sadece davalının rakamlarının belirlenmesi yeterli olmayıp bu durum hakkaniyete aykırı bedellerin belirlenmesini sağlayacaktır.

Bu yöntemin tercih edildiği durumda zarar gören hak sahibi, uğradığı zararın miktarını ispat mecburiyetinde olmasa da tazminat miktarının hesaplanabilmesi için hesaplama yapmaya elverişli olan gerekli belgeleri mahkemeye sunması gerekir⁴⁷⁵. Uygulamada uygun lisans bedelinin belirlenebilmesi için taraflardan emsal lisans sözleşmelerinin sunulması istenmektedir. Burada ifade etmek gerekir ki, sunulan lisans sözleşmeleri mahkeme açısından bağlayıcı değildir, yalnızca hesaplama ve objektif bir değer belirlenmesi adına kolaylık sağlamaktadır⁴⁷⁶. Uygulamada zarar gören hak sahibinden örnek lisans sözleşmesi sunması istenmekte fakat örnek sözleşme bulunmadığı ileri sürülerek bu yükümlülüğün yerine getirilmediği görülmektedir⁴⁷⁷. Bazı durumlarda ise örnek sözleşme sunulsa dahi somut olayla hiç ilgisi bulunmayan veya kıyaslama yoluyla somut olaya uygulanması çok zor olan sözleşmeler sunulmaktadır⁴⁷⁸. Örneğin tekerlek markasının ihlal edildiği bir davada arabaya ilişkin sözleşmeler sunulmakta veya gerçek olmayan muvazaalı sözleşmeler ibraz edilmekte veya da tecavüzü tespit edilen birkaç taklit ürün mevcut iken binlerce ürünü konu alan ve sayısal olarak somut olayla hiç ilgisi olmayan sözleşmeler sunulmaktadır⁴⁷⁹. Bu gibi durumlarda uygun lisans bedeliyle hesaplama yapılmasında güçlüklerle karşılaşmaktadır. Bu hallerde hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak takdir yetkisini hakkaniyete göre kullanması gerekmektedir. Emsal lisans sözleşmesinin sunulmadığı/sunulmadığı durumda mahkeme ticaret ya da ilişkili

⁴⁷³ İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesinin 2001/1256 E dosyasından aktaran Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütaalalar, Bilirkişi Raporları*, (İstanbul-2005)'dan aktaran: Kocasoy, "Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini," 85.

⁴⁷⁴ "Klorak" markasıyla iltibas yaratacak şekilde "Aydora Klor" markasıyla çamaşır suyu ürünü satılması sonucu markaya tecavüz fiilinin oluştuğu sabittir. Zarar hesabı için Lisans bedeli hesaplanırken sadece davacının ihlalin yapıldığı yıldaki cirosu göz önüne alınmış, buna göre davalının ödemesi gereken lisans bedeli belirlenmiştir. Davacının cirosu esas alınarak belirlenen lisans bedelinin 39.948,89 TL olmasına karşın, davalının ihlale konu yılda ihlal ettiği ürüne yönelik cirosu 1.081,69 TL'dir. Bu durumda lisans bedeli hesaplanırken sadece marka hakkı sahibinin cirosu, elde ettiği kazancın değil, davalının cirosu, üretim ve satış kapasitesi, satabileceği ürün miktarı da nazara alınarak davalının ticari iş ve işlem hacmine uygun bir bedelin belirlenmesi gerekmektedir." Yar. 11. HD, E.2011/8982, K.2013/12375, 13.6.2013.

⁴⁷⁵ Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 78.; Yasaman, *SMK Şerhi*, 3107.

⁴⁷⁶ Aydın, "Marka Hukukunda Tazminat", 561.

⁴⁷⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1039.

⁴⁷⁸ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 129.

⁴⁷⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1039.

oda/meslek kuruluşundan sorarak araştırma yapmalı⁴⁸⁰ ve emsal bedeli hakkaniyete uygun olarak belirlemek adına somut ve objektif verileri toplamalıdır⁴⁸¹.

Emsal lisans sözleşmelerinin dikkate alınabilmesi için bu sunulan sözleşmelerin tecavüz fiillerinden önce akdedilmiş olması, emsal lisans sözleşmesiyle kullanımına izin verilen kapsamın tecavüz fiillerindeki ihlale benzer nitelikte olması gerekmekte olup, sadece bir tane yapılmış sözleşmeye de ihtiyatlı yaklaşılması gerekir⁴⁸². Nitekim tek sefer ve hangi şartlarda yapıldığı belli olmayan sözleşme bedellerinin tazminat miktarını belirlemede esas alınması hakkaniyetli olmayacaktır⁴⁸³. Söz gelimi tek sefer şans eseri veya dava tehdidi⁴⁸⁴ altında belirlenen bir lisans bedelinin her olay açısından emsal alınabilecek bir yanı bulunmamaktadır.

Bu noktada tazminatın belirlenebilmesi için uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri olarak doktrinde⁴⁸⁵, belirlenen varsayımsal lisans bedelinin münhasır lisans bedeline göre mi yoksa basit lisans bedeline göre mi belirlenmesi gerektiği sorununa değinilmiştir. Yazara göre somut olayın özelliklerine göre bir belirleme yapılmalı, ilgili markanın iradesi ve bu zamana kadarki genel tavrında tek bir lisans verme yönündeyse hesaplama yapılacak bedel münhasır lisans bedeline göre, eğer birden çok sayıda lisans vermiş ya da genel tavrı verme eğilimindeyse o zaman basit lisans bedeline göre bir belirleme yapılması gerekmektedir. Basit lisansların inhisarı lisanslara kıyasla daha düşük bedelle yapıldığı gözden kaçırılmamalıdır⁴⁸⁶.

Lisans bedeli belirlenirken ihlalin süresi de önem taşımaktadır. İhlalin birkaç yıl boyunca devam ettiği durumda belirlenecek bedel de ihlal süresine göre olmalıdır⁴⁸⁷. Bir başka ihtimalde ihlal bir yıldan az sürdüyse yine bedelin ihlal süresine göre hesaplanması gerekir. Uygulamada emsal lisans sözleşmeleri genelde 1 yıllık sunulması sebebiyle bu hususun da somut olayın özelliklerine göre uyarlaması ve zamanaşımı da dikkate alınarak hesaplama yapılması gerekmektedir⁴⁸⁸. Lisans bedeli belirlenirken her iki tarafın da menfaatleri hakkaniyet gereğince gözetilmelidir. Bir yandan tecavüz eden kişiyi ödüllendirme olarak nitelendirilecek kadar düşük bir bedel belirlenmemeli bir yandan da

⁴⁸⁰ Yar. 11.HD, E. 2003/1774, K.2009/7915, 18.09.2003.

⁴⁸¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1041.

⁴⁸² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 417.

⁴⁸³ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 417.

⁴⁸⁴ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 417.

⁴⁸⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1040.; Ayrıntılı bilgi için Yasaman, *SMK Şerhi*, 3106-3017.

⁴⁸⁶ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 427.

⁴⁸⁷ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 180.

⁴⁸⁸ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1044.

somut olaya uygun olmayan ve davacıyı haksız zenginleştiren yüksek bedellerin belirlenmesinden kaçınılmalıdır⁴⁸⁹. Bu noktada dava dosyasına sunulan verilerle somut olay arasında bağlantı kurularak uyarılama yapılmalı ve bedel öyle tespit edilmelidir. Örneğin 10 tane taklit ürünün ele geçirildiği somut olayda 100.000 ürünün konu olduğu lisans sözleşmesindeki bedel esas alınarak varsayımsal lisans bedelinin belirlenmesi mümkün değildir. Burada sunulan verilerin olabildiğince somut olayla ilişkisi kurularak objektif değere yakın makul bir bedel belirlenmelidir. Doktrinde bu makul bedelin ne olacağı konusunda “*lisans vermeye istekli bir hak sahibi ile lisans alanın markaya tecavüz fiili olmadığı dönemde karşılıklı mutabakatla belirleyeceği bedel olduğu*⁴⁹⁰” ileri sürülmüşse de biz bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim yukarıda da izah edildiği üzere tazminatın caydırıcı ve cezalandırıcı etkisi göz önünde tutularak, hukuka uygun kullanmışçasına hukuka uygun kullanım karşılığı verilen bedele hükmedilmesi hakkaniyetli olmamakta ve hukuka uygun lisansla kullanan kişilerin haklarına zarar vermektedir⁴⁹¹. Bu sebeple hakim hakkaniyet gereği uygun bir payın eklenmesine karar vermesi daha adil sonuçlara sebebiyet verecektir.

Davacı tarafından dosyaya emsal bir lisans sözleşmesi sunulmadığı durumda varsayımsal lisans bedeli belirlenirken uygulamada ciro esas alınarak cironun belli bir yüzdesi kadar lisans bedeline hükmedildiği görülmektedir⁴⁹². Burada dikkate alınması gereken husus yukarıda da izah edildiği üzere sadece davacının değil davalının da cirosunun hesaba katılması gereklidir. Yine burada cironun kaynaklandığı ürünün veya mal ve hizmetin dikkate alınması gerekir. Nitekim sadece tecavüze konu ürün/mal ve hizmet dolayısıyla elde edilen cironun hesaba katılıp, tecavüz konusu ürün/mal ve hizmeti içermeyen cironun bundan ayıklanması gereklidir⁴⁹³.

3.1.5 Tazminat Hesaplamasında Zararın ve Faizin Belirlenme Anı

Marka hakkının ihlal edildiği durumda gerek fiili zarar gerekse yoksun kalınan kazanç açısından zararın tespitinde esas alınması gereken an, ihlalin gerçekleşip tazminat

⁴⁸⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1041.

⁴⁹⁰ Saraç, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, 289.; Aynı yönde Yar. 11. HD. 2010/14829 E. 2012/6085 K. 16.04.2012.

⁴⁹¹ Aynı yönde bkz: Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 522.

⁴⁹² Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 562.; Yar. 11. HD, E.2006/14108, K.2008/964, 04.02.2008. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 421.

⁴⁹³ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 562.

alacağının oluştuğu tarihtir⁴⁹⁴. Tazminat hesaplaması markaya tecavüz fiillerinin gerçekleştiği başlangıç anı ile davanın açıldığı tarih arasındaki süre ile sınırlı yapılacaktır⁴⁹⁵. Yargıtay kararında⁴⁹⁶ bu durumu şöyle belirtmiştir.

“Oysa, davalılar tecavüz teşkil eden eylemlerinin tespit olunduğu tarih ile davanın açıldığı tarih arasındaki süreye ilişkin olarak tazminat ödemekle yükümlüdürler.”

Markaya tecavüzün mevcut olduğu ve tecavüzün başlangıç anının markanın henüz tescil edilmediği ve tecavüz fiillerinden sonra markanın tescil edildiği durumda, tazminatın başlangıç anının markanın tescil tarihinden itibaren mi yoksa tescil tarihinden önceki dönemi de içerir şekilde hesaplanacağı tartışmalıdır. Yargıtay’a göre⁴⁹⁷ marka koruması tescille başladığından dolayı hesaplamanın başlangıç tarihinin Türkiye’de tescil edildiği tarih olması gerektiğine hükmetmiştir. Bu duruma ilişkin bir kararında⁴⁹⁸ konu şu şekilde belirtmiştir:

“556 sayılı KHK’nın 6. maddesi uyarınca anılan KHK ile sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edileceğinin açık olması karşısında, davalının elde ettiği kazancın belirlenmesinde başlangıç tarihi olarak, davacı markasının Türkiye’de tescil edildiği 06.11.1998 tarihinin esas alınması gerekirken, davalının faaliyete geçtiği 1994 yılının hesaplamada esas alınması doğru olmadığı...” şeklinde hüküm kurarak tazminat hesabında başlangıcın Türkiye’de tescil edildiği tarihin esas alınması gerektiğini belirtmiştir.

Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim her ne kadar SMK ile sağlanan koruma tescille başlasa bile tescilsiz markalar da haksız rekabet hükümlerine göre korunabilmekte ve genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunulabilmektedir. Bu sebeple tecavüz halinin varlığı durumunda tazminat hesabının sadece markanın tescil edildiği tarihten itibaren değil; tescil edilmeden önceki dönem için haksız rekabet hükümlerine göre, tescil edildikten sonraki dönem için ise SMK hükümlerine göre hesaplama yapılması gerektiği savunulmuştur⁴⁹⁹. Kanaatimce bu görüş daha isabetli olup marka korumasının haksız

⁴⁹⁴ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 387.

⁴⁹⁵ Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 498.

⁴⁹⁶ Yar. 11. HD. E. 2014/917, K.2014/8693, 07.05.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04.07.2023.

⁴⁹⁷ Yar. 11. HD, E.2011/8618, K.2012/19933, 05.12.2012. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 11/11/2023.

⁴⁹⁸ Yar. 11. HD. E.2005/790, K.2006/2934, 21.3.2006. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22.02.2023.

⁴⁹⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1015.

rekabet hükümlerine göre mümkün olduğu da gözetilerek tescil edilmeden önceki dönem için de tazminat hesabı yapılabilirdir.

SMK hükümlerine göre tazminatın talep edildiği ve tazminatın başlangıç anının markanın tescili ile başladığı görüşte SMK m.7/4 hükmüne dikkat etmek gerekir. Nitekim SMK m.7/4'e göre markanın sahibine tanıdığı haklar marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla başlar. Marka hakkı sahibi, marka tescil başvurusunun bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen tecavüz fiilleri dolayısıyla dava açabilir ve kendisine tanınan SMK korumasından yararlanabilir. Fakat mahkeme tescilin yayımlanmasına kadar bu konuda bir karar veremez⁵⁰⁰. Yani marka hakkının tescili için başvurulduğu fakat henüz tescil edilmediği dönemde ihlal fiillerinde bulunulması halinde bu arada geçen dönem için SMK hükümlerine göre tazminat hesabı yapılması gerekir.

Tecavüz fiilleri özünde bir haksız fiil olduğu için zararın doğduğu andan itibaren bir diğer ifadeyle marka hakkına tecavüz fiillerinin gerçekleştiği andan itibaren marka hakkı sahibi faiz isteyebilir⁵⁰¹.

Tazminat hesabının, aksine bir talep olmadığı durumda dava tarihine kadar olan süre için belirlenmesi gerekir⁵⁰². Talep olmadan dava tarihinden sonraki süreci de içerir şekilde tazminata hükmedilmesi Yargıtay tarafından bozma sebebi olarak görülmüştür. Bu durum Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda istikrarlı bir hal kazanmış olup yakın tarihli kararında⁵⁰³ şu şekilde belirtmiştir:

“Bu durum karşısında, davacının, uyuşmazlık konusu dönemden dava tarihine kadar olan dönem itibarıyla davalının haksız rekabeti nedeniyle talep edebileceği lisans bedelinin tespiti ile bulunan meblağın maddi tazminat olarak hüküm altına alınması gerekirken, yazılı şekilde dava tarihini dahi geçip 2018 yılının sonuna kadar bir süreyi kapsayacak şekilde hesaplanan meblağın maddi tazminat olarak hüküm altına alınması doğru görülmemiş, bu nedenle davalı yararına bozmayı gerektirmiştir.”

⁵⁰⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1016.; Camcı, *Marka Davaları*, 103.

⁵⁰¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1016-1017.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 388.; Camcı, *Marka Davaları*, 143.

⁵⁰² “Kural olarak her davanın açıldığı tarihteki koşullara göre sonuçlandırılması gerekmesine göre maddi tazminatın belirlenmesinde haksız rekabet fiilinin başladığı tarih ile dava tarihine kadar olan dönemde davacının, davalının haksız rekabet fiili nedeniyle uğradığı kazanç kaybının belirlenmesi zorunludur.” Yar. 11. HD. E.2015/7456, K.2016/3511, 31/03/2016.

⁵⁰³ Yar. 11. HD, E.2020/5769 K.2021/4571, 31.5.2021. Benzer Yönlü: Yar. 11. HD, E.2019/2148, K.2019/4473 K. ve 17.06.2023.

Her dava açıldığı tarihteki durum ve koşullara göre değerlendirilip hükme bağlanması gerekmekte olup talep olmadan yoksun kalınan kazancın dava tarihinden sonraki dönemi de kapsayan biçimde hesaplanmaması gerekir⁵⁰⁴. Zaten bu durum yargılamanın temel ilkelerinden olan taleple bağlılığın da doğal bir sonucudur.

Öte yandan marka hakkına tecavüz fiilleri davanın açılmasından önceki bir dönemde son bulmuş olabilir. Bu halde tazminat hesabının, tecavüz fiillerinin sona erme tarihine kadar yapılması gerekir⁵⁰⁵.

Hükmedilecek tazminatın niteliği ise ticari faizdir. TTK m. 4/1-d'ye göre SMK'dan doğan davaların niteliğinin mutlak ticari dava olduğu açıkça hükme bağlanmıştır. Ticari iş kavramı ile ticari dava kavramı birbirinden farklı olmakla beraber⁵⁰⁶ TTK m.4/1-a hükmü gereğince mutlak ticari davalar ticari iş olarak sayılmaktadır⁵⁰⁷. Bu kapsamda ticari iş sayılmanın sonucu olarak hükmedilecek faiz de ticari faiz⁵⁰⁸ olmaktadır. 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un m.1 gereğince TTK'ya göre faiz ödenmesi gereken hallerde ve miktarın sözleşme ile tespit edilmediği halde yasal faiz hükümlerinde belirtilen oran uygulanır⁵⁰⁹. Bu oran kanun hükümleri gereğince yıllık yüzde on iki oranı üzerinden yapılması hükme bağlanmış ve Cumhurbaşkanı tarafından belirlenmesine yetki verilmiştir. Kanuni faiz oranı Bakanlar Kurulu Kararıyla⁵¹⁰ 01/01/2006 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde yüzde dokuza indirilmiştir. Bununla beraber marka hakkına tecavüz sebebiyle açılan tazminat davalarında tazminat borcunun zamanında ödenmemesi sebebiyle uygulanacak temerrüt faiz oranı 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un m.2/2 hükmünde belirtilen ticari işlere uygulanabilen oran üzerinden daha yüksek talep edilebilir⁵¹¹. Yani adi ve ticari işlerdeki temerrüt faiz oranı yıllık yüzde dokuz olmakla beraber Merkez Bankasının önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli avanslar için uyguladığı faiz oranı daha yüksekse ticari işlerdeki temerrüt faizi de bu orandan istenebilmektedir⁵¹².

⁵⁰⁴ İbrahim Gül, "Zararın Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi* 76, No.4-2018/4 (Ocak, 2019): 149-150.

⁵⁰⁵ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 388.

⁵⁰⁶ Levent Börü ve İlker Koçyiğit, *Ticari Dava* (Ankara: Seçkin, 2021), 651.

⁵⁰⁷ Börü ve Koçyiğit, *Ticari Dava*, 658.

⁵⁰⁸ Ticari faiz kavramı için bkz: Alper Çağlar Koyuncu, *Ticari İşlerde Faiz* (Ankara: Seçkin, 2017), 85.

⁵⁰⁹ Murat Oruç, "Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası", *Yüksek Lisans Tezi*, (İstanbul Üniversitesi, 2008), 126.

⁵¹⁰ 19/12/2005 tarihli ve 2005/9831 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

⁵¹¹ Mehmet Helvacı, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* (İstanbul: Beta, 2000), 115.

⁵¹² Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 77.

3.1.6. Tazminatın Yabancı Para Üzerinden Belirlenip Belirlenemeyeceği Sorunu

Bir diğer önemli husus tazminata yabancı para üzerinden hükmedilip hükmedilemeyeceğidir. TBK m. 99'a göre: "Konusu para olan borç Ülke parasıyla ödenir." Bu hüküm emredici hüküm olmayıp taraflarca sözleşme ile aksi kararlaştırılabilir. Sözleşme ile yabancı para ödenmesi kararlaştırılırdıysa davacı yabancı para üzerinden ödemenin yapılmasını isteme seçimlik hakkına sahiptir. Seçimlik hakkını bu yönde kullanan davacının bu seçimi yenilik doğuran hak niteliğinde olup bu seçiminden vazgeçemez⁵¹³. Eğer sözleşme ile böyle bir kararlaştırma yapılmadıysa ve işin mahiyeti de bunu gerektirmiyorsa tazminatın Türk Lirası olarak belirlenmesi gerekir⁵¹⁴. Marka hakkına tecavüzden kaynaklanan durumun haksız fiil olarak meydana geldiği durumda ortada sözleşme olmadığı için zaten Türk parasıyla belirlemenin yapılması gerekir. Yargıtay da bu konuda benzer şekilde Türk parası üzerinden tazminata hükmedilmesi gerektiğinin genel kural olduğu gerekçesiyle karar vermektedir:

"Tazminat talebinin amacı, zarar gören kişinin zararının karşılanmasıdır. Burada tazminatın konusu olan para, zararın karşılanması için bir araçtır. Paranın miktarı ise zarar görenin, zararı ortadan kaldırmak için yapacağı harcamaya göre belirlenir. Zarar gören ve zarar veren ülke içinde oturan kişiler ise tazminatta ülke parasına göre belirlenecektir. Ancak zarar görenin yabancı olması ya da zararını yabancı para ile karşılaması halinde hangi para biriminin uygulanacağı sorunu ile karşılaşmaktadır. Bu konuda Alman Federal Mahkemesi kararlarında tazminat talepleri hakkında yabancı paraya değil ülke parasına hükmedileceği belirtilmiştir. Zararın yabancı para ile giderilmesi halinde de yabancı paranın sadece zararın ve zarar miktarının tespitinde rol oynayacağı kabul edilmiştir. Bu kabul şekli Fransız Hukukunda da benimsenmiştir.

Türk hukukunda da bazı özel hallerde sözleşmeye bağlı olarak yabancı para ile ödeme kabul edilmişse de haksız fiilden kaynaklanan alacaklar konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme hukukunda taraflar tabi olacakları kuralları bilir ve aralarında aksini kararlaştırabilirler. Özellikle kasta dayalı olmayan haksız fiillerde ise tarafların bu şartları belirleme ve değiştirme olanakları yoktur. Haksız eylem mala ilişkin ise zarar da haksız fiilin gerçekleştiği anda gerçekleşir. ...Şu durum karşısında; davacı zararının haksız

⁵¹³ Yar. 11. HD, E.2018/4145, K.2020/1212, 11.2.2020.

⁵¹⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1046.

fiil tarihinde ve memleket parası üzerinden gerçekleştiğinin kabulü ile buna göre hüküm kurulması gerekir.”

Bir başka Yargıtay kararında Paris Sözleşmesi'nin kapsamında dünyaca tanınan markanın iltibas suretiyle ihlal edilmesi halinde yabancı marka olsa dahi markayı kullanarak elde edilen kazancın Türk Lirası olması karşısında Türk Lirası olarak tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵¹⁵:

“Davalının markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancın Türk Lirası olması, davacının yabancı para üzerinden doğmuş bir zararın da söz konusu olmaması nedeniyle yabancı para üzerinden tazminata hükmedilmesi de doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenlerle davalı yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir”.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁵¹⁶ ise bu içtihatlarından farklı olarak, zarar bir haksız fiilden kaynaklanıyor olsa da tazminatın amacının zararı gidermek olduğunu ve zararı giderirken zarar görenin gerçek zararının tam olarak giderilmesi gerektiği ve bunun sağlanması için zarar hangi para biriminden doğmuşsa ona göre tazminat talep edilmesinin amaca uygun olduğuna karar vermiştir:

“...Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacaklarda yabancı para üzerinden zararın ne şekilde giderileceği konusunda açık ve net bir hüküm bulunmamakla birlikte, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan davalarda oluşan zararın yabancı para üzerinden ödenmesine engel emredici ve yasaklayıcı bir hüküm de yer almış değildir. Bu konuda yasada bir boşluk bulunduğu şüphesizdir....Tazminatın amacı, zarar gören kişinin gerçek zararını karşılama olmalıdır. Zararın giderilmesinde hangi para biriminin esas alınacağı sorusu da, zararın hangi para birimi ile tam olarak karşılanabileceği şeklinde olmalıdır. Yasanın amacı, zararın tamamen giderilmesine yöneliktir. Sözleşme dışı tazminat taleplerinde doğru ve hakkaniyete uygun bir sonuca varılabilmesi gerekir. Böylece ileride munzam zarar ve kur farkı davalarına (BK m.105) meydan verilmemesi ve zararın tam olarak karşılanması için, bu zararın zarar gören açısından tespiti gerekir. Zarar gören açısından zarar, hangi para birimine göre doğmuşsa, o para biriminin tazminat olarak talep edilmesi amaca uygunluk yönünden en uygun olanıdır.”

⁵¹⁵ Yar. 11. HD, E.2005/790, K.2006/2934, 21.3.2006. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22.02.2023.

⁵¹⁶ Yar. HGK, E.2006/4-238, K.2009/493, 11.11.2009. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19/05/2023.

Ayrıca marka hakkının lisans yoluyla verilen hakları izinsiz genişleterek (SMK m.29/1-c) ihlal edildiği durumda veya yoksun kalınan kazanç talebinin SMK m.151/1-c gereğince ödenmesi gereken lisans bedeline göre seçildiği takdirde durumun hal ve şartlarına göre tazminata yabancı para üzerinden hükmedilebileceği göz önüne alınmalıdır⁵¹⁷.

Yabancı para cinsinden hükmedilen tazminata yürütülecek faizde, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanmasına karar vermesi gereklidir. Buna ilişkin Yargıtay kararında bu durum şöyle belirtilmiştir:

“Mahkemece yabancı para cinsinden tazminata hükmedilmiş olmasına rağmen yabancı para üzerinden hükmedilen miktara, TL cinsinden hükmedilen alacaklara yürütülmesi mümkün olan avans faizi uygulanmasına karar verilmiştir. Oysa ki 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun’un “Yabancı para borcunda faiz” başlığını taşıyan 4/a maddesi uyarınca yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranının uygulanmasına karar verilmesi gerekirken, bu husus nazara alınmadan TL üzerinden olan alacaklara uygulanması mümkün bulunan avans faiz oranının yabancı para cinsinden hükmedilen miktarlara uygulanmasına karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir⁵¹⁸.”

3.1.7. Maddi Tazminatın Artırımı

Kanunda özel bir durum olarak, madde metninde sayılan şartların somut olaya uygun olduğu halde hakim belirlenen tazminata uygun bir pay ekleyerek tazminat miktarını artırılabilmesine imkan tanınmıştır⁵¹⁹. SMK m. 151/4 hükmünde bu durum: *“Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, ikinci fıkranın (a) veya (b) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birinin seçilmiş olması hâlinde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici etken olduğu kanaatine varırsa, kazancın*

⁵¹⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1046.

⁵¹⁸ Yar. 11. HD. E.2013/8838, K.2013/22401, 09.12.2013. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 19/05/2023.

⁵¹⁹ Camcı, *Marka Davaları*, 142.

hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir.” Şeklinde yer almıştır. Bu artırım imkanı, normal olarak hesaplanan tazminat ile giderilmeyen zararın giderilmesi amacıyla getirilmiştir⁵²⁰.

Bu maddeye göre tazminatın arttırılabilmesi için öncelikle yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, marka hakkına saldırıda bulunanın rekabeti olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelire göre veya markaya saldırıda bulunanın elde ettiği net kazançta göre hesaplama yöntemlerinden birinin seçilmiş olması gerekmektedir⁵²¹. Varsayılan lisans bedeline göre hesaplamanın talep edildiği durumda bu maddeye göre artırım sağlanamayacaktır.

Bu maddeye göre tazminatın arttırılabilmesi için bir diğer önemli nokta, ürüne yönelik talebin oluşmasında markanın belirleyici etken⁵²² olduğuna hakimın kanaat getirmesidir. Madde metninde sadece ürün olarak bahsedilmiş ise de doktrinde hizmetler yönünden de bu maddenin uygulanabileceği belirtilmiştir⁵²³. Bu şartlar sağlandığı takdirde maddi tazminatın doğrudan arttırımı sonucu doğmayacaktır. Sadece somut olayın hal ve şartlarına göre hakimın tazminat miktarını arttırmasına yönelik takdir hakkı mevcut olacaktır⁵²⁴. Hakim takdir hakkının hukuka ve hakkaniyete uygun olarak kullanır.

Burada öncelikle tazminat normal olarak hesaplanacak ardından uygun bir artırım sağlanacaktır. Bu yönüyle zarardan daha fazla tazminata hükmedilme sonucu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu sebeple bu hüküm açısından bir nevi özel hukuk cezası getirildiğini ileri sürmektedir⁵²⁵.

Ayrıca bu madde doktrinde, mükerrer hesaplamalara sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Nitekim SMK m. 151/3 gereğince zaten tazminat miktarı belirlenirken “markanın ekonomik önemi” dikkate alındığından, tekrar bu kapsamda artırım yapılmaması gerektiği belirtilmiştir⁵²⁶.

⁵²⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 386.

⁵²¹ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3108.

⁵²² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 385. Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 85.

⁵²³ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 531.

⁵²⁴ Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 85.

⁵²⁵ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3109.

⁵²⁶ Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, 291.; Arkan, *Marka Hukuku*, 2:246.

3.1.8. Maddi Tazminatın İndirimi ve Denkleştirilmesi

TBK m. 51 ve 52. maddelerinde tazminatın belirlenmesi ve indirilmesine yönelik genel hüküm bulunmaktadır. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde ve aksine bir kural bulunmadığı sürece tüm tazminat davaları açısından uygulanır. TBK m. 51’de hâkimin durumun gereğini ve kusurun ağırlığını dikkate alarak tazminat miktarını belirleyeceğini belirtmiştir. Burada durumun gereği ve kusurun ağırlığı aynı zamanda bir indirim sebebi de olabilecektir. Örneğin mütecaviz ağır kusurlu ise tazminat miktarından indirim yapılmamalıdır. Ancak iltibasın varlığının belirsiz olduğu bir marka hakkının ihlali halinde ise mütecavizin kusuru daha az olduğu kabul edildiğinden kusur miktarı daha az olduğu için hâkim bu hususu da dikkate alarak tazminatın indirilmesine karar verebilir. Tabi burada dikkat edilmesi gereken husus, bu indirimin ikinci kere yapılmaması gerekliliğidir. Nitekim yukarıdaki bölümlerde açıklandığı üzere kusur miktarı zaten tazminat miktarını etkileyen faktörlerin başında yer almaktadır. Tazminatı belirlerken kusurun azlığından dolayı zaten düşük bir miktar hesaplanmışsa tekrar bu durum indirim sebebi yapılmamalıdır.

TBK m. 52’de. *“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”* hükmü bulunmaktadır. Buna göre zarara yönelik gösterilmiş bir rıza varsa veya zararın artmasında marka sahibinin de kusuru mevcutsa⁵²⁷ ya da hafif kusurlu mütecaviz tazminatı ödemekle yoksulluğa düşecekse hâkimin tazminatı indirme konusunda takdir hakkı bulunmaktadır. Tazminatın indirilme sebepleri sadece kanunda sayılanlarla sınırlı değildir hâkim hakkaniyet gereği de somut olayın şartlarını dikkate alarak ve gerekçesini göstermek şartıyla tazminattan indirim yapabilir⁵²⁸.

Bazen zarar verici olay, zarara uğrayan için zararın yanında ekonomik zarara da sebep olmuş olabilir. Bu durumda tazminat hukukunun asıl amacının gerçek zararı gidermesi olduğu düşünülerek gerçek zararı tespit edebilmek için söz konusu bu yararların

⁵²⁷ Örneğin marka sahibinin dürüstlük kuralına aykırı olarak, tecavüze uğradığını bildiği halde tecavüzü önlemek için ya da zararın artmasını engellemek için hiçbir girişimde bulunmaması. Konu hk. detaylı açıklama için Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 430-431.

⁵²⁸ Coşkun, “Patent Hakkına Tecavüz Halinde Tazminat Davaları”, 137.

zarar miktarından düşülmesi gereklidir. Buna denkleştirme denir⁵²⁹. Hâkim zarardan indirilmesi gerekli bir yararın farkına vardığında bunu resen gözeterek tazminat miktarını buna göre belirleyecektir.

Tazminat hukukunun genel prensiplerinden olan denkleştirmenin özel bir görüntüsü SMK m. 149/2’de yer almıştır. SMK m.149/1-d bendine göre, tecavüz oluşturan ürünlere veya bu ürünleri üretmeye yarayan cihaz, makine gibi araçlara el konulabilir. El konulan bu ürünler üzerinde SMK m.149/1-e bendine göre marka hakkı sahibi kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını isteyebilir. İşte bu noktada marka hakkı sahibinin mülkiyet hakkı talebinin kabulü durumunda SMK m. 149/2 gereği, bu ürün/cihaz/makinelerin değeri tazminattan düşülecektir. Eğer ürün/cihaz/makinelerin değeri tazminat miktarından daha yüksekse marka hakkı sahibi aşan kısmı karşı tarafa ödemekle yükümlüdür⁵³⁰.

3.2. Manevi Tazminatın Hesaplanması

3.2.1 Genel Olarak Manevi Zarar ve Manevi Tazminat Kavramının Değerlendirilmesi

Bir kimsenin kişilik değerinde iradesi haricinde oluşan eksilme manevi zarar⁵³¹ olarak adlandırılır⁵³². Kişilik değeri kavramı geniş bir ifade olup; yaşam, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, özel hayat ve aile hayatı, cinsel dokunulmazlık, isim, resim, şeref ve haysiyet, ticari itibar gibi değerlerin tamamı kişilik hakkını oluşturur⁵³³. Bir kişinin, kişi varlığına yönelik bu hakların ihlal edilmesi dolayısıyla uğradığı kayıp manevi zararı oluşturmaktadır. SMK m.149/1-ç’ye göre marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, manevi zararın tazminini de isteyebilmektedir. Marka hakkı ihlale uğradığında, marka hakkı sahibinin moral anlamında etkilendiği belirtilmektedir⁵³⁴.

⁵²⁹ Eren, *Borçlar Hukuku*, 827.

⁵³⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 431.

⁵³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz: 3.1.6.2 numaralı bölüm.

⁵³² Eren, *Borçlar Hukuku*, 601.; Narter, *Manevi Tazminat*, 6.

⁵³³ Eren, *Borçlar Hukuku*, 601.

⁵³⁴ Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 508.

Manevi tazminatın amacının ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁵³⁵. Bunları tatmin, ceza ve telafi amacı şeklinde sıralayabiliriz. Manevi tazminatın tatmin amacı olduğunu ileri süren görüşe göre sübjektif teoriyi esas alarak, manevi zarara uğrayan kişinin çekmiş olduğu acıyı, maddi ödeme ile gidermeyi çalışmaktadır. Telafi görüşüne göre ise objektif bir yaklaşım benimsenerek zarar görenin duygularından bağımsız olarak uğradığı manevi zararın parasal olarak bir nebze de olsa giderimini sağlamaya çalışılır. Ceza görüşüne göre ise yüksek miktarlarda tazminata hükmedilerek kişilik hakkını ihlal eden fiillerin tekrar olmasını engelleme amacı bulunmaktadır. Manevi tazminatın amacının ne olduğunun belirlenmesi hükmedilecek tazminat miktarının belirlenmesinde de önem taşımaktadır. Yargıtay⁵³⁶ telafi ve tatmin amacını bir arada değerlendiren karma bir görüşü benimseyerek kararında şu şekilde belirtmiştir:

“BK.nun 47.maddesi hükmüne göre, hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı aslında ne tazminat, ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi, kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinin dolayısıyla yapılan bir kötülük de değildir. Aksine olarak zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmaktadır. Aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir.”

Bu amacın marka hukuku özelinde biraz daha farklılaştığını görmekteyiz. Marka sahibinin büyük emeklerle oluşturduğu markası ve markasına duyulan güvenin tecavüz fiilleri neticesinde karışıklığa veya güven kırıklığına yol açması sonucu marka hakkı sahibinin manevi acı duyması sebebiyle zararı oluşmaktadır⁵³⁷. Yargıtay marka hakkının ihlali durumunda kusurlu olmak şartıyla talep edildiği takdirde diğer koşulları aramaksızın

⁵³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Eren, *Borçlar Hukuku*, 887-890.; Kübra Demir, “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, No.1-2 (Mayıs, 2021): 70-78. Gökhan Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması -Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-“, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan)* 22, No. 3 (Aralık 2016): 233-238.; Narter, *Manevi Tazminat*, 44-52.

⁵³⁶ Yar. 17. HD, E.2012/5182, K.2013/1314, 11.02.2013. <https://karararama.yargitay.gov.tr/index>, Erişim Tarihi: 02/08/2023. Benzer yönde Yar. 11. HD, E.2011/9323, K.2013/12117, 11.06.2013.

⁵³⁷ Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 130.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 564.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 524.

ihlal fiillerinin varlığını yeterli sayarak⁵³⁸ manevi tazminata hükmetmektedir⁵³⁹ ve kararlarında manevi tazminatın diğer amaçlarının yanında caydırıcı/cezalandırıcı amacı olduğunu da belirtmektedir:

“Manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olması ve hukuka aykırı eylemin yapılmasını istenir hale getirecek aşırı miktarlarda olması kabul edilmemekte ise de, takdir edilecek miktarın zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı, tecavüzü yapanda da başkalarının manevi değerlerine zarar verdiği takdirde somut olayın özelliğine göre, kimi zaman maddi tazminatın çok üstünde bir bedeli ödemek zorunda kalacağı düşüncesini sağlamaya yönelik olmalıdır.”⁵⁴⁰

Doktrinde Yargıtay’ın bu uygulamasının hatalı olduğu yönünde eleştiriler yer almaktadır⁵⁴¹. Her marka hakkının ihlali durumunda manevi tazminata hükmedilmesinin doğru olmadığı, manevi tazminata hükmedilmesi için kanunda yazılı şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinden sonra şartları sağladığı takdirde manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

SMK m. 149/1-ç hükmünde marka hakkına tecavüz halinde hak sahibinin manevi tazminat isteyebileceğini belirtmiş ise de buna ilişkin şartlara yer vermemiştir. Bu durumda genel hüküm mahiyetinde olan TBK m. 58 hükmü uygulanacaktır. Ayrıca haksız rekabeti

⁵³⁸ “Dava, maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece davacı Şirketin ticari itibarına zarar verilmediği ve/veya bu durumun ispat edilemediği gerekçesiyle manevi tazminat talebi reddedilmiş ise de bu yöndeki kabul dosya kapsamına uygun düşmemektedir. Zira hukuk düzeninin, hukuk süjesi olarak tanıdığı tüzel kişilerin, kişilik hakları kanuni koruma altında olup bu bağlamda davacı Şirketin ticari bilgileri; satış ve ürün bazlı hedeflerinin, eczane ve reçete bilgilerinin paylaşılması, davacının kişilik hakkına saldırı mahiyetindedir. Bu bağlamda İlk Derece Mahkemesince manevi tazminat yükümlülüğünün itibara zarar verilmesi kavramı ile sınırlı değerlendirilmesi isabetli değildir. Mahkemece bu maddi ve hukuki olgular nazara alınarak, davacı yararına davalının eylemi ile orantılı ve dosya kapsamına uygun miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yar. 9. HD, E.2022/6929, K.2022/8687, 5.7.2022.; Yasaman, SMK Şerhi, 3057.

⁵³⁹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 441.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 564.; Konuyla ilgili Yargıtay kararında şu şekilde belirtilmiştir: “Ancak, 554 Sayılı KHK 49/c bendine göre tecavüz halinde tecavüzün giderilmesi ve maddi-manevi zararın tazmini talep edilebilecektir. Aynı KHK 50. maddesine göre tecavüz fiilini işleyen kusurlu olması halinde tasarım hakkı sahibinin zararının tazminine karar verilebilecektir. Bu sebeple sıradan olmayan "abiye elbiselerle" ilgili perakende satıcılık ticareti ile iştigal eden davalının yaptığı işi gereği tasarım hakkına tecavüz niteliğinde sayılabilecek eylemleri bilebilecek durumda ve kusurlu olduğunun kabulü gerekir. (C.Suluk, A.Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku*, Cilt 3, Tasarımlar, sayfa 463). Davalı bu eylemde kusursuz olduğunu kanıtlayacak herhangi bir delil ibraz etmediği gibi, olayda 554 Sayılı KHK'nin 56. maddesinin uygulanması koşullarının bulunmadığı da anlaşılmıştır. Yine tecavüz edenin manevi tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için davalı eylemi sebebiyle tasarım hakkı sahibinin ticari kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların varlığı yeterli olduğu halde, mahkemece 818 Sayılı BK 49. maddesinin uygulanması koşulları oluşmadığından bahisle manevi tazminat isteminin reddi dahi yerinde değildir.” Yar. HGK. E.2017/11-2, K.2018/923, 18.4.2018.

⁵⁴⁰ Yar. 11. HD. E.2004/122156, K.2005/9680, 13/10/2005.

⁵⁴¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1059.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 438-441.

düzenleyen TTK m.56/1-e hükmü de marka hakkının ihlali halinde manevi tazminatın kanuni dayanaklarından biri oluşturarak hükmün içeriğinde “*Türk Borçlar Kanununun 58 inci maddesinde öngörülen şartların varlığında manevi tazminat verilmesini*” isteyebileceğini belirterek genel hüküm olan TBK m. 58’e atıf yapmaktadır.

TBK m. 58’e göre: “*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*” Hükmünde manevi tazminatın şartlarını belirtmiştir. Buna göre manevi tazminatın doğabilmesi için; kişilik haklarına yönelik yapılan hukuka aykırı bir ihlal fiilinin bulunması, bu fiil sebebiyle manevi zarar oluşması, oluşan zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunması ve ihlal fiilini gerçekleştiren kişinin kusurlu olması gerekmektedir⁵⁴². Bu şartların gerçekleşmesi halinde, davacı tarafından talep edildiğinde hâkim uygun bir manevi tazminata hükmeder. Manevi tazminat bir miktar para olabileceği gibi TBK m.58/2’ye göre hâkim başka bir tazmin yöntemi de kararlaştırabilir. TMK m.24 ve m.25’de de manevi tazminata ilişkin olarak “*hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını*” isteyebileceği ve buna ilişkin maddi ve manevi tazminat haklarının bulunduğu ifade edilmiştir.

3.2.2. Tüzel Kişiler ve Ayırt Etme Gücü Olmayanlar Yönünden Manevi Tazminat

Objektif ve sübjektif teorinin hangisinin kabul edildiğine göre tüzel kişiler ve ayırt etme gücü olmayanlar yönünden manevi tazminata hak kazanıp kazanamayacağı değişmektedir⁵⁴³. Yukarıdaki bölümde bu konu hakkında ayrıntılı açıklamalar yapılmıştı⁵⁴⁴. TMK m. 48’e göre:“*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildir.* Buna göre örnek olarak sayılan *cins, yaş, hısımlık gibi* ayrık haller haricinde tüzel kişilerin hak ehliyeti açısından gerçek kişilerle arasında bir fark bulunmamaktadır. Tüzel kişilerin de kişilik hakkı değerlerinden olan, şeref ve haysiyeti, ismi, mesleki itibarı ve gizlilik alanı

⁵⁴² Narter, *Manevi Tazminat*, 6.

⁵⁴³ Narter, *Manevi Tazminat*, 16.

⁵⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: 2.6.2 numaralı bölüm.

bulunmaktadır⁵⁴⁵. TBK m. 58'e göre: "*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.*". Hükümde kişilik hakkı zarar görenlerin manevi tazminat isteyebileceği belirtilmiş olup, gerçek kişi veya tüzel kişi ayrımı yapılmamıştır⁵⁴⁶. Tüzel kişilerin de kişilik haklarına sahip olduğu ve bu sebeple ihlali halinde manevi tazminatın doğacağı izahtan varestedir⁵⁴⁷. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunda vermiş olduğu kararda⁵⁴⁸ bu konu hakkında görüşünü net biçimde ortaya koymuştur. Bu karara göre:

"Tüzel kişinin ekonomik faaliyetini yürütürken kazandığı saygınlık, onun kişisel değerleri içinde yer alır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir. Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişiliğe sahip bir şirketin ödeme gücüne ilişkin değerlendirmeler, o tüzel kişinin toplumsal şeref ve haysiyeti ile yakından ilgilidir. Kredi toplum tarafından ödeme gücü ile ilgili olarak izafe edilen bir değer olması nedeniyle, bu değeri azaltan veya ortadan kaldıran kişiliği ihlale yönelik açıklamalar şeref ve haysiyete tecavüz niteliği taşır. Tüzel kişinin kişilik haklarından olan onur ve saygınlığı onun korunan değerlerinin başında gelir. Bu nedenle tüzel kişi onur ve saygınlığından vazgeçemeyeceği gibi, bu değerlerini hukuka ve ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz...

...Hukuk nizamı tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre, kişisel varlıklara yapılan saldırı nedeniyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevî tazminat adı ile bir paranın ödetilmesi davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşer. Çünkü, gerek Medenî Yasa ve gerekse Borçlar Yasası (md. 49) yalnız gerçek kişilerin değil, aynı zamanda tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır. Yargıtay ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de nitelikçe gerçek kişilere özgü olanların dışında kalan, kişisel haklarına saldırı halinde manevî tazminat namı altında özel

⁵⁴⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 605.; Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 508.; Narter, *Manevi Tazminat*, 930.

⁵⁴⁶ Doruk Gönen, "Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması", *Doktora Tezi, (İstanbul Üniversitesi, 2011)*, 185.

⁵⁴⁷ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 185.; Eren, *Borçlar Hukuku*, 605.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 438.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 524.; Aksi görüş için; Ahmet Kılıçoğlu, "Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, (1983): 287-294.

⁵⁴⁸ Yar. HGK, E.2011/4-687, K.2012/26, 01.02.2012. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01/08/2023.

bir giderim isteyebilecekleri yolundadır (Mustafa Reşit KARAHASAN, Tazminat Hukuku, 1996, s. 967-68; Kemal Tahir GÜRSOY, “Manevi Zarar ve Tazmini”, AÜHFD., C. 30, S. 1- 4, s. 12)...

...Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) neden olacağı bir gerçektir. Gerçi, duyguları olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırıp duymaları düşünülemez. Ancak bu onların kişilik değerlerinin saldırıya uğramadığı sonucunu doğurmaz. Hukuk düzeni tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref, onur ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre (TMK. m. 48), tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmek gerekir.” Yargıtay’ın güncel tarihli kararlarında⁵⁴⁹ da bu görüşünü devam ettirdiği görülmektedir.

Ayırt etme gücü olmayanlar yönünden ise yukarıda yaptığımız açıklamalara benzer biçimde, sübjektif görüşün kabul edildiği durumda ihlal fiili nedeniyle ayırt etme gücü bulunmayan kişi acı ve elem çekmeyeceğinden manevi tazminat hakkı da bulunmayacağı, objektif görüşün kabul edildiği durumda ihlal fiilinin kişilikte meydana getirdiği zararı yeterli gördüğünden ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin manevi tazminata hak kazanacağı görüşü savunulmaktadır⁵⁵⁰. Yukarıda yer verilen kararlar doğrultusunda Yargıtay objektif görüşü kabul ettiğinden dolayı ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin kişilik hakkı ihlal edildiğinde manevi tazminat hakları bulunmaktadır. Kanaatimce acı ve elem çekip çekmemesine bakılmaksızın ayırt etme gücü bulunmayanların da kişilik haklarının hukuk düzenince korunması sebebiyle manevi tazminat hakkı bulunduğu kabul edilmelidir.

3.2.2 Manevi Tazminatın Belirlenmesi ve Manevi Tazminat Davası

Manevi tazminatın belirlenebilmesi için SMK m. 151’deki yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemleri gibi belirli bir yöntem bulunmamaktadır. Manevi tazminatı belirlenmesinde hakime geniş takdir yetkisi tanınmış olup TBK m. 51 ve 52. hükümleri gereğince hakim hakkaniyete uygun bir bedel belirleyecektir. Bu bedel belirlenirken hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak objektif olarak en makul bedeli belirlemeye

⁵⁴⁹ Yar. 9. HD, E.2022/6929, K.2022/8687, 05/07/2022. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 01/08/2023.

⁵⁵⁰ Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi”, 230.

çalışmalıdır⁵⁵¹. Manevi tazminat miktarı, sonucunda çok yüksek bir tazminat alırım düşüncesiyle marka ihlali fiillerinin olmasını istetecek kadar yüksek bir bedel olmaması gerektiği gibi ihlale maruz kalmış hak sahibinin manevi huzursuzluğunu dindirmeyecek kadar az bir miktar da olmamalıdır⁵⁵². Hâkimin takdir hakkını etkileyen sebepleri gerekçede göstermesi zorunludur⁵⁵³.

Manevi tazminat miktarı belirlenirken tazminatın amacı da gözetilerek⁵⁵⁴; somut olayın gerçekleşme biçimi, manevi zararın ağırlığı, ihlalin süresi, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, davacının ticari iş hacmi ve itibarı, taklit ürünlerin miktarı, ihlal fiilinin oluşturduğu etki, kusurun yoğunluğu, ihlal fiilinin etki ettiği süre, markanın tanınmış olup olmadığı gibi hususlar dikkate alınacaktır⁵⁵⁵. Doktrinde manevi tazminat miktarı belirlenirken tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını göz önüne alınması gerektiği belirtilmiş⁵⁵⁶ ise de bazı yazarlar zarar görenin malvarlığının dikkate alınarak manevi tazminatın hesaplanmasını “sosyal adaleti sağlamada eşitlik ilkesine” aykırı olarak nitelendirmişlerdir⁵⁵⁷. Bu görüşe göre zengine daha yüksek fakire daha düşük tazminat verilmesini mümkün görmemektedir. Bu halde, zarar görenin acısı para ile telafi edilemiyorsa hâkimin TBK m.58/2 gereğince diğer giderim şekillerinden birini belirleme yetkisi olduğunu hatırlatmaktadır. Buna göre: “Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”

Uğranılan manevi zararın ağırlığı ne kadar büyük ise hükmedilecek tazminat miktarı da o kadar yüksek olmalıdır⁵⁵⁸. Örneğin taklit markalı ürünler neticesinde markasına

⁵⁵¹ Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 185.

⁵⁵² Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 451.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 566.; Yargıtay kararında manevi tazminatın amacını ve ölçüsünü şu şekilde belirtmiştir: “...Manevi tazminat ceza değildir. Bununla beraber kişinin mal varlığındaki eksilmeyi telafiye yönelik tazminat olarak da düşünülemez. Parasal olarak değerlendirilmeye alınması üzüntünün tam olarak karşılanmasını amaçlamaz. Temel düşünce bozulan ruhi dengenin onarılıp kısmen olsun düzeltilmesidir. Tazminatı cezaya dönüştürmeden, ... fiilin ağırlığı, sosyal ve ekonomik seviyeleri esas alınarak hüküm kurulmalıdır. Tazminat miktarı haksız eylemi özendirmeyecek ayrıca mağdur açısından zenginleştirme aracı da olmayacak seviyede tutulmalıdır.” Yar. 2. HD, E.1996/11110, K.1996/13467, 18.12.1996. Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

⁵⁵³ Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 232.; Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 185.

⁵⁵⁴ Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 232.; Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 450.; Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 185.

⁵⁵⁵ Çolak, Türk Marka Hukuku, 1059.; Demir, “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, 79. Yar. 11. HD. E.2005/12156, K.2005/9680, 13.10.2005.

⁵⁵⁶ Hülya Atlan Kazan, “Manevi Zararı Tazmin Yolları”, Doktora Tezi, (Marmara Üniversitesi, 2015), 84.

⁵⁵⁷ Antalya, “Manevi Zararın Belirlenmesi”, 240-241.

⁵⁵⁸ Pınar Çetin, “Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi”, Yüksek Lisans Tezi, (Gazi Üniversitesi, 2007), 91.

duyulan güvenin ciddi ölçüde azalması sonucu marka sahibinin bundan kaynaklanan manevi zararı da o kadar yoğundur. Aynı şekilde tecavüz eylemlerinde bulunan kişinin kusuru ne kadar fazla ise hükmedilecek tazminat miktarı da o kadar yüksek olacaktır⁵⁵⁹. Yukarıda örnekleme usulü sayılan kriterler doğru orantılı olarak tazminat miktarının belirlenmesine etki edecektir.

Yargıtay bir kararında⁵⁶⁰ hakimın manevi tazminat miktarını belirlerken dikkate alınması gereken hususları şu şekilde belirtmiştir:

“Manevi tazminat miktarı belirlenirken marka hakkını ihlal eden eylemin özelliği ve yoğunluğu, markanın tanınmışlığı, tarafların kusur oranı ve ihlalin boyutu gibi hususların gözetilmesi gerekmektedir.”

Manevi tazminatın miktarı açısından Ankara Bölge Adliye Mahkemesi’nin verdiği bir kararda⁵⁶¹ da manevi tazminat miktarını belirlerken *“davalının satış konusu yaptığı ürün sayısı, ürünlerin niteliği ve değerleri ile tecavüzün süresi”*nin dikkate alınarak belirleme yapılması gerektiğine karar vermiştir.

TSE garanti markasının ihlali halinde, kurum TSE Belgelendirme Yönergesi⁵⁶² m.45/2’de belirtilen tutarlar uyarınca tazminat talep etse de hakim bu miktarlarla bağlı olmadan manevi tazminat miktarını hukuka ve somut olayın şartlarını gözetererek takdir etmektedir⁵⁶³.

TBK m. 52 gereğince zarar gören, ihlal fiiline razı olduysa veya zararda yahut zararın artmasında kendi kusuru da varsa, zarar veren tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek ise veya somut olayın şartlarına göre hakkaniyet de bunu gerektiriyorsa hakim bu durumların değerlendirmesini yaparak tazminatta indirim yapabilir⁵⁶⁴.

Manevi tazminat sübjektif unsurlara dayandığından miktarı her somut olaya göre farklılaşabilmekte ve standart bir ölçüt getirilememektedir. Ancak bu durum uygulamada benzer durumlara farklı hakimlerin farklı miktarlar hükmetmesine yol açarak eşitsizlik

⁵⁵⁹ Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, No.1 (Mart 1973): 29.

⁵⁶⁰ Yar. HGK, E.2017/135, K.2020/546, 08.07.2020. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

⁵⁶¹ Ankara BAM 20. HD, E.2020/433, K.2021/1732, 30.12.2021. www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 22/01/2023.

⁵⁶² Türk Standartları Enstitüsü Yönetim Kurulu, Karar No: 29/04/2014 tarih ve XIX/50/236 numaralı, Yürürlük Tarihi: 05/05/2014

⁵⁶³ Güneş, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku, 510.

⁵⁶⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 901.

oluşturmaktadır. Doktrinde manevi tazminatın belirlenebilmesi için ortak ve objektif bir ölçütün getirilmesi gerektiği ifade edilmiş ve bazı analiz yöntemleri önerilmiş olsa da⁵⁶⁵ Yargıtay uygulamasında geçerliliği olan ortak ve objektif bir ölçüt henüz bulunmamaktadır.

Manevi tazminatın belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı tartışmalıdır⁵⁶⁶. Doktrinde bir görüşe göre manevi tazminatın miktarının davacı tarafından belirlenmesi mümkün olmayıp hakim tayin edeceğinden dolayı manevi tazminat istemi belirsiz alacak davası olarak açılabilirdir⁵⁶⁷. Diğer görüşe göre ise HMK m. 107 düzenlemesi manevi tazminatın belirsiz alacak davası olarak açılmasına engeldir. Çünkü HMK m. 107/2'ye göre belirsiz alacak davasında davacı talebi belirlenebilir olduğu anda talebini arttırabilir oysa manevi tazminat davasında miktarı hakim belirleyecek olduğundan davacının hiçbir zaman tam miktarı bilebilmesi mümkün olmadığından manevi tazminat davası belirsiz alacak davası olarak açılmayacağını savunmuştur⁵⁶⁸. Belirsiz alacak davası olarak açılmayacağına ilişkin bir diğer görüşün gerekçesinde ise, kişinin yaşamış olduğu manevi zararı en iyi kendisinin bilebileceği gerekçesiyle belirsiz alacak davasına konu olamayacağını belirtmiştir⁵⁶⁹. Yargıtay da⁵⁷⁰ vermiş olduğu kararlarında manevi tazminatın tek ve bölünemez olduğu⁵⁷¹ gerekçesiyle belirsiz alacak davasına ve kısmi davaya manevi tazminat hakkının konu olamayacağını belirtmiştir:

“Manevi tazminat, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat, bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmının açılacak kısmi dava ile, kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer (Yargıtay Hukuk Genel

⁵⁶⁵ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz: Demir, “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”, 83-85.

⁵⁶⁶ Konu hakkında detaylı bilgi için bkz: Varol Karaaslan, “Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılabilir Mi?”, *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 10, No. 29 (2014/3): 37-58.

⁵⁶⁷ Konu hk detaylı bilgi için bkz: Hakan Pekcanitez, “Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?”, *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 11, No. 30 (2015/1): 21.

⁵⁶⁸ Karaaslan, “Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılabilir Mi?”, 52-53.

⁵⁶⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1065.

⁵⁷⁰ Yar. 17. HD, E.2016/14192, K.2019/6322, 02.05.2019. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 04/08/2023.

⁵⁷¹ Ahmet Buğra Şimşek, “Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Hakkı”, *Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2023)*, 66.

Kurulu'nun 01.03.2006 tarih ve ... E, 2006/26 K. sayılı ilamı). Yerleşik Yargıtay uygulamalarında, manevi tazminatın tekliği ve bölünmezliği ilkesi kabul edilmiş olup, manevi tazminatın anılan mahiyeti de dikkate alındığında, belirsiz alacak davasına konu edilebilmesi, kısmi dava olarak açılıp sonradan miktarının artırılması mümkün değildir.”

3.3. İtibar Tazminatı

3.3.1. Genel Olarak İtibar Tazminatı ve Şartları

SMK m.150/2 hükmünde maddi ve manevi tazminattan başka olarak kanunda sayılan şartların gerçekleşmesi halinde ayrıca (ek)⁵⁷² bir tazminat daha talep edilebileceği belirtilmiştir. Bu tazminat türü doktrinde itibar tazminatı olarak ifade edilmiştir⁵⁷³. İtibar⁵⁷⁴ sözlük⁵⁷⁵ tanımına göre “saygınlık” anlamına gelmekte olup, marka hukukunda ise markaya duyulan güveni, kalite algısını ifade etmektedir. Bir markanın tüketiciler nezdinde kalite ve güven algısı ne kadar yüksekse, yatırım isteği ne kadar çoksa, reklam değeri ne kadar yüksekse, edindiği imaj ne kadar iyiye itibarı da o kadar yüksektir⁵⁷⁶.

SMK m. 150/’de itibar tazminatı şu şekilde hükme bağlanmıştır: “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat istenebilir.*” şeklinde belirtilmiştir.

İtibar tazminatının doğabilmesi için kanunda ek şartlar aranmış olup⁵⁷⁷, markanın kötü şekilde kullanılması, üretilmesi, temin edilmesi veya piyasaya sürülmesi sonucunda marka hakkının itibarının zarara uğraması gerektiği belirtilmiştir. Buradaki sayım

⁵⁷² Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 131.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 567.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 525.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 189-190.

⁵⁷³ Ünal Tekinalp, “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan*, (1999): 589.

⁵⁷⁴ Kavramın anlamı hk. detaylı bilgi için bkz: Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 147-155.

⁵⁷⁵ Türk Dil Kurumu, Erişim Tarihi: 10 Ağustos 2023, <https://sozluk.gov.tr/>.

⁵⁷⁶ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1068.

⁵⁷⁷ Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 514.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 45.; Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, 131.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 188.

sınırlayıcı olmayıp örnekleme mahiyetindedir⁵⁷⁸. Yani başka bir ifade ile markanın kötü şekilde kullanımı veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme eylemleri sonucunda marka hakkı sahibinin uzun sürede ve emekle oluşturduğu tüketicilerin zihnindeki markaya duyulan kalite ve güvenin azalması veya yok olması⁵⁷⁹ itibar tazminatını talep edebilme hakkı verir.

Doktrinde “kötü şekilde kullanımdan” ne anlaşılması gerektiğinin açık olmadığı belirtilmiştir⁵⁸⁰. Bu kapsamda da SMK m. 7’deki marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerle markayı kullanmak, taklit etmek, izinsiz olarak lisans verilen hakları genişletmek veya başka kişilere devretmek kullanma fiilini oluştururken,⁵⁸¹ markanın kötü üründe/hizmette, kötü hammadde kullanılarak kötü ambalajla kullanılmasında ve kötü satış şartlarında örneğin ürünün yer aldığı sektör haricinde cinsel içerikte kullanılması⁵⁸² kötü kullanma⁵⁸³ halini oluşturur. Kötü kullanım kavramının geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁵⁸⁴. Bununla beraber doktrinde her taklit ürünün belli oranda orijinaline kıyasla kötü üretim olacağı belirtilmiştir⁵⁸⁵. Öte yandan bu kalite farklılığının sadece laboratuvarında incelemeyele tespit edilen bir farklılık olması halinde herhangi bir zarar oluşmayacağı için itibar tazminatının da istenemeyeceği belirtilmiştir⁵⁸⁶. Uygun olmayan tarzda piyasaya sürülme haline doktrinde örnek olarak, fiyatın itibar ile ilişkili olduğu durumlarda söz konusu malın markanın itibarını azaltacak şekilde ucuz satılması verilmiştir⁵⁸⁷.

İtibar tazminatına karar verilmeden önce itibar zararının doğup doğmadığının tespit edilebilmesi için mahkemelerce; markanın kalite standardının ne olduğunu, müşterilerde ne derece güven oluşturduğunu, saygınlığının ve güvenin nasıl zarara uğradığının, kötü kullanım ile itibarın zarara uğraması arasında illiyet bağının mevcut olup olmadığının⁵⁸⁸, kullanımın hangi sebeple kötü ve uygun olmayan kullanım olarak nitelendirildiğinin

⁵⁷⁸ Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 115.

⁵⁷⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1068.

⁵⁸⁰ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1067.

⁵⁸¹ Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 116.

⁵⁸² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1067.; Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 116.

⁵⁸³ Dirikkan, *Tanınmış Markaların Korunması*, 218-224.

⁵⁸⁴ Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 525.

⁵⁸⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1067. Aksi görüşte ise marka taklit edildiği halde iyi kalite ve ortamda satılması durumunda itibar tazminatının istenemeyeceğini belirtmiştir. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3060.

⁵⁸⁶ Peter Jung, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., 2016, dpn. 333’ dan aktaran: Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 116. dn. 44.

⁵⁸⁷ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3060.

⁵⁸⁸ Tekinalp, “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, 591.

açıklanması, gerekçede somut ifadelerle belirtilmesi ve ona göre itibar tazminatına hükmedilmesi gerekir⁵⁸⁹.

Her kötü kullanım davranışı itibar tazminatı talep hakkını doğurmaz. Kötü kullanımın ticari nitelikte olması gerekmektedir. Marka hakkının tükenme ilkesi gereğince kişisel kötü kullanımlar itibar tazminatını talep hakkı vermeyecektir⁵⁹⁰.

3.3.2. İtibar Tazminatı Hakkında Hukuki Sorunlar ve Tartışmalar

İtibar tazminatının hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş marka hakkının malvarlığı değerleri⁵⁹¹ içerisinde yer alan bir hak olması sebebiyle markanın itibarının eksilmesi nedeniyle oluşan zararı maddi zarar olarak nitelemiştir⁵⁹². Markanın itibarındaki eksilmenin giderimi sağlanmaya çalışıldığı için bu yönüyle de maddi tazminatın fiili zarar kalemlerinden biri olduğu vurgulanmıştır⁵⁹³. Öte yandan, tecavüz eylemi sonucunda markanın itibarının yanında işletmenin ve marka hakkı sahibinin de itibarının zedelenmesi halinde bu durumun manevi zarara da sebep olduğu belirtilmiştir⁵⁹⁴. Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise itibar tazminatının maddi veya manevi tazminatın özelliklerini içinde taşısa da bunlardan ayrı bağımsız bir tazminat türüdür⁵⁹⁵. Bu görüşe⁵⁹⁶ ilk gerekçe olarak madde metninin kaleme alınışında “ayrıca” ifadesi geçmesi sebebiyle maddi ve manevi tazminata ek olarak⁵⁹⁷ istenebilecek farklı bir tazminat türü olduğu belirtilmiştir. Burada zarara uğrayan marka sahibinin ya da işletmenin itibarı olmayıp doğrudan markanın itibarıdır⁵⁹⁸. Öte yandan ikinci gerekçe olarak; itibar tazminatının, amaç ve zararın kaynağı yönünden de

⁵⁸⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1068.

⁵⁹⁰ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 189. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1068-169.

⁵⁹¹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 434.

⁵⁹² Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1065. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3063. Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 533.

⁵⁹³ Bu yönde bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, 340.

⁵⁹⁴ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 434.; Burada oluşan zararın markanın itibarında oluşan zarar olduğunu marka itibarındaki oluşan zarar kişinin ticari itibarında da zarar meydana getiriyorsa bunun itibar tazminatına değil manevi tazminata konu olacağı yönünde: Ayтуğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 113-114.; Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 533.

⁵⁹⁵ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 465.

⁵⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 465.

⁵⁹⁷ Karan ve Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 533.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 568.

⁵⁹⁸ Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 568.

maddi ve manevi tazminattan ayrıldığını belirtmiştir. Maddi tazminatta malvarlığının zararı, manevi tazminatta kişi varlığına yönelik zararın giderilmesi amaçlanmışken itibar tazminatında amaç markanın uğradığı itibar zararının giderilmesidir. Öte yandan maddi ve manevi tazminatta; tazminatın oluşabilmesi için somut olaya uygun diğer şartlar (kusur, zarar, illiyet bağı vb.) sağlandığı takdirde hukuka aykırılık unsurunun bulunması tazminata hükmetmek için yeterli sayılırken itibar tazminatına hükmedilebilmesi için sadece hukuka aykırılık unsurunun bulunması yeterli olmamaktadır. Fiilin hukuka aykırı olmasının yanı sıra, markanın *kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda* itibarın zarara uğramış olması gerekmektedir. Bu yönüyle itibar tazminatı maddi ve manevi tazminattan farklı olarak özel şartlar gerektiren ek bir tazminat türüdür.

Doktrindeki diğer görüş⁵⁹⁹ ise itibar tazminatını, kanunda şartları özel belirlenmiş olan maddi tazminatın bir türü⁶⁰⁰ olduğunu belirtmiştir. Bu görüşe göre bu tazminatın ayrıca düzenlenmesinin nedeni yeni bir tazminat türü ortaya çıkarmak olmayıp, markanın itibar kaybının da giderilmesinin mümkün olduğunu ve itibar zararını ortaya çıkaracak olan fiil ve uygun illiyet bağına yönelik özel vurgu yapmak olduğunu belirtmiştir.

Doktrindeki bir diğer tartışmalı nokta ise itibar tazminatına hükmedebilmek için itibarı zarara uğrayan markanın tanınmış olması gerekip gerekmediğidir. Doktrindeki bir görüş⁶⁰¹, itibar tazminatına her marka açısından hükmetmenin mümkün olmadığı, zaten her taklit malın orijinaline kıyasla daha düşük kalitede olduğu, burada korunmak istenen değerlerin markanın kalite algısı olması sebebiyle itibar tazminatının kalite algısı yüksek olan tanınmış markalar için söz konusu olacağını ifade etmiştir. Doktrindeki diğer görüş⁶⁰² ise her markanın kendi standardına göre bir itibarı bulunduğundan itibar tazminatına hükmedilirken tanınmış marka ayrımı yapılmamalıdır. Bu ayrım itibar tazminatına hükmetme de değil ancak itibar tazminatının miktarını belirlerken önem taşımakta olduğunu belirtmiştir.

⁵⁹⁹ Aytağar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 113.

⁶⁰⁰ Hamdi Yasaman, “Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan 1*, (2004): 64.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 434.

⁶⁰¹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1067.; Yasaman, *SMK Şerhi*, 3059.; Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 526.

⁶⁰² Güneş, 6769 sayılı *Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 515.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 46.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 435.; Aydın, “Marka Hukukunda Tazminat”, 571. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 508.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 190.

3.3.3. İtibar Zararı ve İtibar Zararının Belirlenmesi

Marka hukukunda itibar zararının konusu, markanın tüketiciler nezdindeki kalite ve saygınlığın azalması sonucu kaybedilen veya eksilen bu imajın giderilmesi için yapılan masraflardır⁶⁰³. İtibar tazminatının belirlenmesi için öncelikle markanın itibarında oluşan zararın belirlenmesi gerekmektedir. Markanın tecavüz fiilleri neticesinde itibarının zedeleneyecek şekilde kötü ve uygun olmayan tarzda kullanıldığının ve bu sebepten itibarında bir eksilme yani zarar meydana geldiğinin kanıtlanması gerekir⁶⁰⁴. Her markaya tecavüz fiili neticesinde “kötü şekilde kullanılan veya üretilen ya da bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda” itibarda bir zarar meydana gelmeyebilir. İstisnai de olsa taklit malın, markanın itibarına zarar vermediği durumda ya da verdiği zararın ispat edilemediği durumda itibar tazminatı da doğmaz⁶⁰⁵. Burada ispat yükü zararın doğduğunu iddia eden davacıda olup, zararın mevcut olup olmadığı her somut olay açısından ayrıca incelenmelidir Her somut olay özelinde itibardaki zararın nasıl doğduğu, bu zararın nasıl giderilebileceği, bu zarar sebep olan eylemin ne olduğu, ne büyüklükte ve ne kadar süre ihlal fiilinin gerçekleştiğinin tespit edilmesi gereklidir⁶⁰⁶.

İtibar, soyut bir kavram olup gerek itibardaki zararın mevcudiyetinin ispatı gerekse itibar tazminatının hesaplanması güçlük arz etmektedir⁶⁰⁷. Uygulamada itibar zararının ortaya konabilmesi adına ürünün kalitesi ve analizine dair teknik raporlar alınmaktadır⁶⁰⁸. Örneğin tüketiciler nezdinde kalite algısı yüksek olan bir içme suyu markasının taklidini sunan üründe pH değerlerinin veya sağlık için izlenen parametrelerinin uygun olmaması neticesinde markanın itibarının zedeleneyeceği kuşkusuzdur.

Zarar miktarının belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. İtibar zararının ve tazminatın tespitinde hâkimin objektif kriterlere dayanması gereklidir. Bu konuda tespit yaparken tüketiciler nezdinde markaya duyulan güvenin ne olduğu, kalite ve saygınlık algısının nasıl olduğunun ilgili sektörün dinamikleri de ele alınarak anketlerle

⁶⁰³ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3059.; Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*, 45.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 187.

⁶⁰⁴ Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 515.

⁶⁰⁵ Coşkun, “Patent Hakkına Tecavüz Halinde Tazminat Davaları”, 156.

⁶⁰⁶ Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 515.; Aytuğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 117.

⁶⁰⁷ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, 435.

⁶⁰⁸ Güneş, *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 515.

belirlenmesi yoluna gidilmesi önerilmektedir⁶⁰⁹. Zarar miktarı belirlenirken ticari defter ve kayıtların da göz önüne alınması gerekmektedir. Bu kayıtlar ve tespiti elverişli diğer veriler de kullanılarak markanın tanınmışlık derecesinin ne olduğunu, nasıl bir müşteri çevresine hitap ettiğini, taklit markalı ürünün ne ölçüde kötü üretildiği, nasıl bir yerde satıldığı gibi hususlar tespit edilmelidir. Tespit edilen bu hususların marka değeri de göz önüne alınarak tüketiciler nezdinde markaya olan rağbeti ve algıyı ne ölçüde kötüleştirip azalttığının tespit edilmesi zararı belirleme noktasında önem taşımaktadır.

Markanın itibarının eski haline gelmesi için yapılan ve yapılması gerekecek olan giderlerin miktarı itibar tazminatın miktarını oluşturur⁶¹⁰. Örneğin itibarın azalmasını telafi edebilmek ve eski haline getirebilmek için yapılan ek tanıtım masraflarının bu kapsamda tazmini sağlanmalıdır⁶¹¹. Öte yandan Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda⁶¹² itibar zararını tanımlarken itibar tazminatının belirlenmesinde itibar kaybının manevi yönünün de dikkate alınarak tazminatın belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir:

“Markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. Zira imaj ve güven oluşturma bir maliyeti vardır. İtibar zararı ise inşa edilen veya edilmekte olan imajın zedelenmesi nedeniyle doğan zarardır. İtibar tazminatı belirlenirken, bir taraftan imaj inşası için gerçekleştirilen giderlerden hareket ederek zararın giderilmesi için yapılması gereken (reklam kampanyası gibi) giderleri dikkate almalı, diğer taraftan da itibar kaybının manevi yönünü göz önünde tutulmalıdır.”

Maddi ve manevi tazminatın belirlenmesi bölümünde izah ettiğimiz gibi burada da şartları oluştuğu takdirde hakim belirlenen tazminat miktarından indirim veya artırım yapabilecektir.

3.4. Zamanaşımı

Zamanaşımı, alacağın talep edilmesine dair hakkın belirli bir süre geçmesi durumunda kısıtlanmasıdır⁶¹³. Zamanaşımı esasen borcu sona erdiren bir sebep olmamakla

⁶⁰⁹ Ayтуğar ve Küçük, “Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, 121.

⁶¹⁰ Bozgeyik, Marka Hakkının Korunması, 190.

⁶¹¹ Uzunallı, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, 435.

⁶¹² Yar. 11. HD, E.2015/8175, K.2016/5114, 05.05.2016. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 24/09/2023.

⁶¹³ Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 619.

birlikte kanun koyucu tarafından zamanın geçmesine alacak hakkının zayıflamasına sebep olan etki vazedilmiş ve bu nedenle borcu nispi sona erdiren bir sebeptir⁶¹⁴. Zamanaşımı borcun doğrudan sona erdirilmesine neden olmamakla beraber borçlunun borcunu ifa etmek istememesi halinde alacaklının elinden talep ve dava hakkını alabilir. Zira zamanaşımı borçluya bir defa hakkı tanır ve zamanaşımı defa ileri sürüldüğü takdirde artık söz konusu alacak eksik borca dönüşür⁶¹⁵. Böylelikle borçlu talep edilen edimi yerine geçirmekten kaçınma hakkına sahip olur⁶¹⁶. Borç eksik bir borç haline gelse dahi borçlunun borcunu ifa etmesi bağışlama olarak görülemez, bu nedenle de sebepsiz zenginleşme yoluyla alacaklıdan geri istenemez⁶¹⁷. Zamanaşımı bir defa olması nedeniyle mahkeme tarafından resen dikkate alınamaz; ancak TBK m. 161 gereği taraflarca ileri sürülmesi gerekir.

SMK'dan kaynaklanan marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat talepleri de zamanaşımına tabidir. Nitekim SMK m.157'ye göre sınai mülkiyet hakkından kaynaklanan özel hukuka ait taleplerin TBK'nın zamanaşımına dair hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir⁶¹⁸. Marka hakkına tecavüzün esasında bir haksız fiil olması nedeniyle burada uygulanacak zamanaşımı hükmü haksız fiillerde zamanaşımını düzenleyen TBK m. 72'dir⁶¹⁹. TBK m. 72'ye göre, tazminat talebi zarar gören kimsenin zararı ve zarar vereni öğrenmesinden itibaren iki ve her halde fiilin işlenmesinin üzerinden on yıl geçmekle zamanaşımına uğramış olur. İki yıllık zamanaşımı süresinin başlama anı fiilen öğrenme anıdır, öğrenebilecek konumda bulunmak yetmez⁶²⁰. Zarara uğrayanın bir tüzel kişi olması halinde davayı açmaya yetkisi bulunan organ yahut kişinin öğrenme anı esas alınır⁶²¹. On yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç anı ise fiilin işlenme anından itibaren başlar. Zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrenememesi ihtimalinde dahi fiilin işlenmesi anından itibaren geçerli olmak üzere on yıllık zamanaşımı süresi işler ve on yıl geçmişse dava açma hakkı zamanaşımına uğrar, aynı şekilde on yılın içerisinde zarar ve zarar verenin öğrenilmesi anının üzerinden iki yıl geçmişse yine dava açma hakkı zamanaşımına

⁶¹⁴ Eren, *Borçlar Hukuku*, 1418.

⁶¹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku*, 1418.

⁶¹⁶ Eren, *Borçlar Hukuku*, 1420.

⁶¹⁷ Eren, *Borçlar Hukuku*, 1439.

⁶¹⁸ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 211.

⁶¹⁹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 240; Yasaman, *SMK Şerhi*, 3340.

⁶²⁰ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 211.

⁶²¹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 211.

uğrayacaktır⁶²² Diğer taraftan haksız fiil aynı zamanda bir suç oluşturmakta ve ceza kanunlarında söz konusu fiil için daha fazla süreli zamanaşımı varsa bu süre uygulanır⁶²³.

⁶²² Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 212.

⁶²³ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 212.

4. BÖLÜM

MARKA HUKUKUNDA TAZMİNAT DAVASINDA USUL

4.1. Davanın Tarafları

4.1.1. Davacı

4.1.1.1. Marka Sahibi

Marka hakkına tecavüz fiilleri nedeniyle SMK hükümlerine dayanılarak açılacak olan tazminat davalarında esas davacı SMK m. 7/1 gereğince tescilli marka sahibidir. Zira söz konusu kanunla sağlanan korumalar tescil sayesinde gerçekleşmektedir⁶²⁴. SMK m. 7/4'e göre markanın, sahibi lehine sağladığı haklar üçüncü kimselere karşı markanın tescilinin yayımı anından itibaren hüküm ifade eder. Bu yüzden markanın tescili yayımlanmadığı sürece marka sahibinin tecavüz fiili nedeniyle SMK hükümleri çerçevesinde tazminat davası açması kural olarak mümkün olmaz⁶²⁵. Diğer yandan SMK m. 7/4 uyarınca marka tescil başvurusunun Bültende yayımlanmasının ardından gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi durumunda yasaklanması söz konusu olabilecek fiillerden kaynaklanan başvuru sahibinin tazminat davası açma hakkı saklıdır⁶²⁶. Marka hakkına sahip olan kimsenin SMK hükümleri çerçevesinde tazminat davasını açabilmesi için tescili ve geçerliliği mevcut bulunan bir markanın olması gerekir, bu nedenle TÜRKPATENT uhdesinde tescilli markası olmayanların SMK uyarınca tazminat talebinde bulunabilmesi mümkün değildir⁶²⁷. Tescilli olmayan markanın haksız fiil, haksız rekabet hükümlerine dayanılarak korunması ve tazminat talepleri için dava açılabilmesi hakkı saklıdır.

⁶²⁴ Serdar Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2020), 47.

⁶²⁵ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 227.

⁶²⁶ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. 4.1.1.2.

⁶²⁷ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1052.

4.1.1.2. Marka Tescil Başvurusu Yayımını Takiben Başvuru Sahibi

SMK'nın markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade edecek olsa da ⁶²⁸ SMK m. 7/4'e göre marka başvurusunun Bültende yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir ⁶²⁹.

SMK m. 7/4'ün son cümlesine göre: “*Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.*” Buna göre her ne kadar marka hakkı sahibi, başvurusunun yayımlanmasının ardından bu davayı açabilse de SMK m. 7/4 uyarınca mahkemenin ileri sürülen talepler hakkında tescilin yayımlanması anından önce karar verebilmesi mümkün değildir, bu husus mahkemece bekletici mesele yapmalıdır⁶³⁰. Mahkemenin tahkikata devam edip tecavüz fiillerini araştırması ve ispatına yönelik delilleri elde etmesi ve incelemesi mümkündür; fakat marka tescilinin yayımlanmasından önce mahkemenin karar verebilmesi mümkün değildir.

Tescil süreci neticesinde başvurunun olumsuz sonuçlanması durumunda tescilden kaynaklanan bir hak doğmayacağı için tecavüzden kaynaklanabilecek taleplerin de reddi gerekecektir⁶³¹.

4.1.1.3. İnhisari Lisans Alan

Marka hakkına karşı gerçekleşen tecavüz nedeniyle marka hakkı sahibinin hakkı etkilendiği gibi lisans alanların da hakkı etkilenmektedir⁶³². Marka hakkına yönelen tecavüzlerin durdurulması ve tecavüz nedeniyle meydana gelen zararların tazmini konusunda lisans alanların da menfaatleri önemli ölçüde etkilenmektedir. Bu sebeple kanun koyucu, SMK m. 158/1'de inhisari lisans alanlara sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı

⁶²⁸ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 228.

⁶²⁹ Sadece tazminat davaları hakkında dava açılabilme hakkı tanınmasının bir eksiklik olduğu yönünde görüş için bkz.: Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 57-58.

⁶³⁰ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 56.

⁶³¹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 228.

⁶³² Yasaman, *SMK Şerhi*, 3349.

sürece marka hakkına tecavüz durumunda kendi adlarına marka hakkı sahibinin açabileceği davaları açabilme fırsatı sunmuştur⁶³³. Sözleşmede tarafların aksini kararlaştırmış olmaları halinde inhisari lisans alanın dava açma hakkı ortadan kaldırılabilir, bu halde inhisari lisans alanın durumu basit lisans alanla aynı durumda olacaktır⁶³⁴. Dava hakkı elinden alınmamış olan inhisari lisans sahibi, SMK m. 149'da düzenlenmiş olan talepleri dava konusu edebilecektir.

Marka hakkına yönelik tecavüzlerin inhisari lisans sahibinin menfaatlerini etkilediği ölçüde marka hakkı sahibinin de menfaatlerini etkileyebilecektir. Bu nedenledir ki lisans alana dava açma hakkı tanınmış olması marka hakkı sahibinin dava açmasına engel olmaz ve SMK m. 149'da gösterilen davaları kendi adına açabilir⁶³⁵. Markaya tecavüz neticesinde ortaya çıkan zararlar yönünden marka hakkı sahibi ve inhisari lisans sahibi yönünden farklı zararlar meydana gelir, bu nedenle oluşan zararlar hakkında ayrı ayrı karar verilmesi gerekir.

Marka hakkı sahibinin ve inhisari lisans sahibinin beraber dava açmasının önünde bir engel yoktur. Bu durumda ihtiyari dava arkadaşlığı şeklinde dava açılabilmesi mümkündür. Diğer taraftan marka hakkı sahibi ve inhisari lisans sahibinin açtıkları farklı davaların birleştirilmesi de hem usul ekonomisi hem de çelişik kararların verilmesinin önüne geçilebilmesi açısından faydalı olacaktır⁶³⁶.

4.1.1.4.Basit (İnhisari Olmayan) Lisans Alan

Basit lisans alanın kural olarak doğrudan dava açma hakkı bulunmamaktadır. SMK m. 158/2'de belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde basit lisans alanın dava açma hakkı bulunmaktadır. Basit lisans alan, marka hakkına tecavüzün meydana gelmesi durumunda marka hakkı sahibine yapacağı bildirimle dava açmasını talep edebilir. Marka hakkı sahibi,

⁶³³ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 193.

⁶³⁴ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3349.

⁶³⁵ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 193-194.; Yasaman, *SMK Şerhi*, 3350.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 229-231.; Arkan, *Marka Hukuku*, 2:255.; Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 65. Uzunallı, inhisari lisans veren marka hakkı sahibinin hangi durumlarda zarara uğrayabileceği yönünden lisans verilmesinin ardından lisans alanın cirosuna bağlı biçimde lisans bedeline sahip olmasını örnek olarak vermiştir. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 230.

⁶³⁶ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 67.

lisans alanın bu talebini kabul etmesi halinde SMK m. 149'da belirtilen davaları açabilir ve hem kendi zararlarını hem de lisans alanın uğramış olduğu zararları talep edebileceği doktrinde belirtilmiştir⁶³⁷. Basit lisans alanın kendi adına dava açtığı halde de marka hakkı sahibinin kendi menfaatlerini muhafaza etmek adına dava açma hakkı ortadan kalkmamaktadır⁶³⁸.

Marka hakkı sahibinin lisans alanın bildirim yönündeki talebi kabul etmemesi durumunda yahut bildirim anından itibaren üç ay içerisinde davayı açmazsa, lisans alan gerçekleştirmiş olduğu bildirim dava dilekçesine eklemek suretiyle kendi namına gerekli olan davaları açabilecektir. Maddede bahsi geçen bildirimin yapılması bir dava şartı olup, mahkemece eksikliğin giderilmesi için HMK m. 115/2 uyarınca davacıya eksikliği tamamlaması için kesin süre vermelidir. Kesin süre içerisinde bildirimin eklenmemesi halinde dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilir. Dava dosyasından lisans alanın bildirim yapmadığı doğrudan anlaşılıyorsa bu halde lisans alana eksikliği gidermesi için süre verilemez ve dava doğrudan usulden reddedilir⁶³⁹.

SMK m. 158/2'de belirtilen bildirim şartı için herhangi bir şekil şartı belirtilmemiştir⁶⁴⁰. 556 sayılı KHK döneminde bildirimin noter vasıtasıyla yapılması zorunluluğu varken söz konusu düzenleme SMK'ya dahil edilmemiştir. Doktrinde bu bildirimin dava açarken eklenmesi gerektiğinden hareketle bu bildirimin yazılı olarak yapılması gerektiği sonucuna varılmış ve bunun da bir geçerlilik değil ispat şartı olduğu belirtilmiştir⁶⁴¹.

Marka hakkı sahibinin lisans alanın yaptığı bildirim üzerine dava açmayacağını bildirmiş yahut üç ay içerisinde dava açmamış olması durumunda, SMK m. 158/2 uyarınca lisans alan açacağı davayı marka hakkı sahibine bildirmelidir. Görüldüğü üzere dava açma

⁶³⁷ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 232.

⁶³⁸ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3352.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 232; Burak Ongan, *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu* (Ankara: Seçkin, 2007), 130.

⁶³⁹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 232.

⁶⁴⁰ Bildirim için herhangi bir şekil şartı belirlenmemiştir; fakat ispat kolaylığının sağlanabilmesi açısından noter aracılığıyla bildirimin yapılmasının tavsiye edildiği yönünde bkz. Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 193.

⁶⁴¹ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 69. Uzunallı'ya göre, bildirimin en azından bir belgeye bağlanabilmesi yeterli olacaktır. Bildirimin sözlü olarak yapılmaması mümkün değilken elektronik posta yoluyla bildirim gerçekleştirilebilecektir. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 232.

hakkını kazanan lisans alan açacağı davayı marka hakkı sahibine bildirme yükümlülüğü taşır⁶⁴².

SMK m. 158/3 uyarınca basit lisans alan, ciddi olacak şekilde zarara uğrama ihtimalinin olduğu durumlarda ve üç aylık süre dolmadan evvel ihtiyati tedbir kararı verilmesi yönünde mahkemeden talepte bulunabilecektir. Söz konusu ihtiyati tedbir kararının verilmesi durumunda; basit lisans alan, HMK'da öngörülen ihtiyati tedbir kararının verildiği andan bir hafta içerisinde ihtiyati kararın icrasını talep etmek ve kararın uygulanmasının talep edildiği andan itibaren de iki hafta içerisinde davasını açmak yönündeki tamamlayıcı merasimleri yerine getirmelidir. Söz konusu sürelerle uygun işlemlerin yerine getirilmemesi halinde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar. İhtiyati tedbire karar verilen bu durumlarda basit lisans alan dava açma hakkına sahip olacaktır. Lisans alanın dava açması durumunda SMK m. 158/2'de aranan bildirim koşulu davanın içerisinde gerçekleştirilecektir. Bildirimin gerçekleşmesi üzerine marka hakkı sahibinin kendisi davayı sürdürebileceği gibi lisans alana da davanın devam ettirilmesi noktasında izin verebilir⁶⁴³.

4.1.1.5.Rehin Hakkı Sahibi

Marka hakkının rehin hakkına konu olabilmesi mümkündür. Marka hakkı sahibi, TMK m. 961/1 uyarınca kendi haklarını koruması ve rehin dolayısıyla meydana gelen özenle yönetime ilişkin borç nedeniyle markaya tecavüz halinde marka hakkının korunması için gereken hukuki yollara başvurmalıdır. Marka hakkı sahibinin gerekli hukuki yollara başvurmaması durumunda özenle yönetim borcunun yeter düzeyde yerine getirilmediği ortaya çıkar. Bu kapsamda da rehin hakkı sahibinin, marka hakkı sahibini gerekli önlemleri alması noktasında zorlaması mümkündür.

Önlemlerin alınması konusunda tartışma olmamakla beraber bu önlemlerin nasıl alınması gerektiği konusu doktrinde tartışmalıdır. İleri sürülen bir görüşe⁶⁴⁴ göre, SMK

⁶⁴² Yasaman, *SMK Şerhi*, 3352.

⁶⁴³ Mahkeme tarafından üç aylık süre bekletici mesele yapılmalıdır, sürenin üç ayı geçmemesi gerekir ve üç ay içerisinde marka hakkı sahibinin cevap vermemesi halinde lisans alan kendi adına dava açabilecektir. Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 70-71. Benzer yönde bkz. Yasaman, *SMK Şerhi*, 3353.

⁶⁴⁴ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 235.

hakkı kapsamında söz konusu hakkın değeri korunmalıdır, bu yönüyle rehin hakkı sahibi TMK'ya göre marka hakkını koruma yetkisiyle donatılmıştır. Bu nedenle rehin hakkı sahibi de SMK m. 149 kapsamında yer alan talepleri ileri sürebilecek ve dolayısıyla tazminat davası da açabilecektir. Rehin hakkı sahibinin, markanın korunması amacıyla talep edebileceği tazminatın en yüksek miktarı rehin sözleşmesi kapsamında olan alacağı kadardır⁶⁴⁵. Başka bir görüşe⁶⁴⁶ göre, marka üzerinde rehin hakkı olan kimselerin sınai haklarına karşı tecavüzün mevcut olduğu halde SMK'ya göre bir koruma değil; ancak genel hükümler doğrultusunda talepte bulunulabilmesi mümkündür. Diğer görüşe⁶⁴⁷ göre, basit lisans alanın durumu ile rehin hakkı sahibinin durumları benzerlik taşır, bundan dolayıdır ki basit lisans alanın dava açma hakkına ilişkin hükümler rehin hakkı sahibi için de uygulanmalıdır. Bu görüşe göre, rehin hakkı sahibi yerine açılacak davalarda marka sahibinin lehine olacak biçimde tazminata karar verilirse, rehin hakkı sahibinin söz konusu tazminatta da rehin hakkı olacaktır⁶⁴⁸.

4.1.2.Davalı

4.1.2.1.Tecavüz Fiillerini İşleyenler (Mütecavizler)

SMK m. 150'ye göre, sınai mülkiyet haklarına karşı tecavüz fiillerini gerçekleştiren kişiler, meydana getirdikleri zararı tazminle yükümlüdür. Bu nedenle açılacak olan tazminat davasının davalısı tecavüz fiillerini gerçekleştirenler olacaktır⁶⁴⁹. Bu fiilleri gerçekleştiren kişiler gerçek yahut tüzel kişi olabilir ve tüzel kişinin özel yahut kamu tüzel kişisi olması arasında da tazminat davası açısından hiçbir fark bulunmamaktadır⁶⁵⁰.

4.1.2.2.Lisans Alan

SMK m. 29/1-ç'ye göre: “*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” marka hakkına tecavüz

⁶⁴⁵ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 73.

⁶⁴⁶ Kaya, *Marka Hukuku*, 308.

⁶⁴⁷ Özlem Tüzüner, *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk* (İstanbul: Vedat, 2007), 64-65.

⁶⁴⁸ Tüzüner, *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*, 70.

⁶⁴⁹ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1053.

⁶⁵⁰ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 76.

sayılır. Buna göre inhisari lisans yahut basit lisans alanın kendisine lisans sözleşmesiyle verilen yetkiyi aşması durumunda verdiği zararı gidermekle yükümlüdür⁶⁵¹.

4.1.2.3.Marka Hakkına Tecavüzden Kaynaklanan Fiillere İştirak, Yardım ve Teşvik Edenler

Markayı hukuka aykırı olacak şekilde taşıyan ürünleri üreten, satan, dağıtan vb. eylemlerle bu fiillerin işlenmesine yardım ve iştirak edenlerin fiilleri de SMK m. 29 ve TBK m. 61 uyarınca tecavüz oluşturur ve bu kimselere karşı da tazminat davası açılabilmesi mümkündür⁶⁵².

4.1.3. Dava Açılamayacak Kişiler (SMK m.153)

SMK m. 153'te kendilerine karşı dava açılamayacak kişilere yer verilmiştir. Nitekim SMK m. 153/1'e göre, marka hakkına karşı tecavüz edenler tarafından piyasaya çıkarılan ürünleri kişisel ihtiyaçları nedeniyle ellerinde muhafaza edenler yahut kullananlara karşı tazminat davası açılamayacaktır. Bu düzenlemeyle birlikte kişisel amaçları nedeniyle kullanma yahut elinde ürün bulundurma tecavüz kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁵³.

SMK m. 153/2'ye göre: “*Sınai mülkiyet hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin elkoymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyetle bulunamaz.*” Görüldüğü üzere marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz fiilini işleyen kişinin tazminat ödemesi durumunda marka hakkı sahibinin elkoymaması dolayısıyla piyasaya sürülen ürünlerin ticari amaçlarla kullanan kimselere karşı tazminat davası açılamayacaktır. Çolak, SMK m. 153/2'nin uygulanabilmesi bakımından üç şartın gerçekleşmesi gerektiğini öne sürmüştür. İlk olarak mütecavizin, marka hakkına verdiği zarar dolayısıyla marka hakkı sahibine tazminat ödemesi gerekir. İkinci olarak marka hakkı sahibinin, tecavüze konu mallar için el koyma talebinde bulunmaması ve son olarak el koymama nedeniyle piyasaya

⁶⁵¹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 236.

⁶⁵² Uzunallı, *Marka Hukuku*, 236.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1053.

⁶⁵³ Yasaman, *SMK Şerhi*, 3241.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, 237.

sürülen tecavüze konu malların piyasaya sürülmesi gerekir⁶⁵⁴. Nitekim yazar, söz konusu hükmün belirsizlikler içerdiğini ve kötüye kullanılabileceğini ifade etmiştir⁶⁵⁵. Söz konusu görüşe göre, marka hakkı sahibinin elkoymamasından bahsetmektedir; fakat bu durum hem uygulamaya hem de hayatın olağan akışına aykırıdır. Hükümde yer alan “*sınai mülkiyet hakkı sahibinin elkoymaması nedeniyle*” ibaresi de yerinde olmamıştır. Zira elkoyma yetkisi tarafın değil mahkemenin yetki alanı içerisindeydir. Bu nedenle söz konusu ibarenin haklı olarak “*el koymama nedeniyle talep etmemesi*” şeklinde anlaşılması daha uygun olacaktır.

4.2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

4.2.1. Görev

Medeni usul hukukunda görev, medeni yargılama alanına giren bir davaya, uyuşmazlık konusu yahut taraflarına göre hangi ilk derece mahkemesinde bakılması gerektiğini belirleyen kuralları ifade eder⁶⁵⁶. Görev, aynı yargı yoluna giren mahkemelerde söz konusu olur. Görev, HMK m. 2 uyarınca kamu düzenindendir ve mahkeme tarafından re’sen gözetilir. Zira HMK m. 114/1-c uyarınca dava şartı olarak öngörülmüştür. Bu yüzden mahkeme tarafından her zaman dikkate alınabilir ve taraflarca her zaman mahkemenin görevsiz olduğu ileri sürülebilir⁶⁵⁷. HMK m. 2 ve AY m. 142 uyarınca mahkemelerin görevi ancak kanunla belirlenebilir, bu yüzden kanun dışında herhangi bir şekilde göreve ilişkin düzenleme yapılabilmesi mümkün değildir. Görevli mahkeme tespit edilirken, ilk olarak göreve ilişkin özel bir düzenlemenin olup olmadığına ve ayrı bir özel mahkemenin görevli kılınıp kılınmadığına bakmak gerekir⁶⁵⁸. Özel mahkemenin görevli kılınmadığı durumlarda asliye ve sulh hukuk mahkemeleri görevli hale gelir. Özel mahkemenin bulunması halinde, özel mahkemenin görevi genel mahkemenin görevinden önce gelecek ve uyuşmazlığı özel mahkeme çözecektir.

Nitekim SMK m. 156/1’de söz konusu kanundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda özel görevli mahkeme olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevli olduğu

⁶⁵⁴ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1056.

⁶⁵⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1054-1057.

⁶⁵⁶ Murat Atalı, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2019), 134.

⁶⁵⁷ Ancak dikkat edilmesi gerekir ki görevsiz bir mahkeme tarafından verilen hüküm kesinleşmişse bu kesin hükmün geçersiz sayılabilmesi mümkün değildir. Mine Akkan ve Hakan Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 240.

⁶⁵⁸ Atalı, Ermenek ve Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku*, 134.

belirtilmiştir⁶⁵⁹. Buna göre SMK kapsamında görülen davalarda ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz davası dolayısıyla açılan tecavüz davalarında görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince bakılır.⁶⁶⁰ Diğer yandan davanın genel hükümlere göre örneğin haksız rekabete dayanması halinde genel görev kuralları geçerli olur⁶⁶¹, yani TTK m. 4/1-a uyarınca mutlak ticari dava olması nedeniyle asliye ticaret mahkemeleri bu davaları incelemekle görevli hale gelir. Asliye Ticaret Mahkemesinin olmadığı yerlerde ise bu davaya Asliye Hukuk Mahkemesi Asliye Ticaret Mahkemesi sıfatıyla bakar.

Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemeleri özel görevli mahkemeler olduğu için her yerde kurulmamıştır. Bu mahkemelerin kurulmadığı yerlerde asliye ticaret mahkemelerinin mi yoksa asliye hukuk mahkemelerinin mi görevli olacağı konusunda tereddütler yaşanabilir. Zira TTK m. 4/1-d gereğince fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak düzenlenmiştir⁶⁶². Bu nedenle fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde asliye ticaret mahkemelerinin görevli olacağı düşünülebilir; fakat SMK m. 156/1’de fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde bu mahkemelerin görev alanına girecek dava ve işlerde asliye hukuk mahkemelerinin görevli olacağı düzenlenmiştir. Bu yüzden fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin olduğu yerlerde fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi, bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri görevli olacaktır.

Görev konusunda önemli olan bir diğer husus ise HSK’nın 30.05.2018 tarih ve 839 sayılı kararıdır. Bahse konu karara göre İstanbul, Ankara ve İzmir’in ilçeleri de dahil olacak biçimde ilin mülki sınırları içerisinde yer alan tüm marka davaları fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülecektir. Özel mahkemelerin bulunmadığı illerin ilçelerinde ise Asliye

⁶⁵⁹ Suluk, Karasu ve Nal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 384.; 556 sayılı KHK m. 71’de de bu yönde bir düzenleme bulunmaktaydı. Bahse konu hükümde 556 sayılı KHK’den kaynaklanan uyuşmazlıkların fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görüleceği belirtilmişti. KHK ile yapılan düzenleme ile mahkemelerin görevinin belirlenmesi tartışmalara neden olmuş ve Anayasa m. 142’ye aykırı olduğu haklı olarak ifade edilmiştir. Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 19, dn. 1.

⁶⁶⁰ Akkan ve Pekcanitez, *Medenî Usul Hukuku*, 198.; Hamdi Yasaman ve Sinan H. Yüksel, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi* (Ankara: Seçkin, 2021), 3293.

⁶⁶¹ Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 207.

⁶⁶² Benzer yönde bkz. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 238.; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1069.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 206.

Hukuk Mahkemeleri marka uyuşmazlıklarına bakacaktır⁶⁶³. Söz konusu karar uyarınca Asliye Hukuk Mahkemelerinin sayısının ikiden çok olduğu yerlerde üç numaralı Asliye Hukuk Mahkemeleri davaya bakacakken bir ya da iki tane Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde bir numaralı Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından davaya bakılacaktır⁶⁶⁴.

Marka hakkına yönelik uyuşmazlıklardan doğan taleplerin dayanağının başka kanunlardan kaynaklanıyor olduğu veya SMK ve HMK’da düzenlenen geçici hukuki koruma tedbirlerine yönelik taleplerin görüldüğü uyuşmazlıklarda da Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır. Örneğin, marka hakkından kaynaklanan tazminat taleplerine yönelik olarak talepte bulunulan itirazın iptali davası⁶⁶⁵, menfi tespit davası ve geçici hukuki koruma tedbirlerinin talebinde de Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi görevli olacaktır.

Açılan tazminat davası marka hakkına tecavüzden değil de başka bir hukuki ilişkiden kaynaklanmaktaysa örneğin şirketin marka değerinin düşürülmesinden bahsediliyorsa bu durumda SMK hükümleri uygulama alanı bulmaz ve davanın konusu ve taraflarına göre asliye hukuk yahut asliye ticaret mahkemesi görevli olur⁶⁶⁶.

Davacının talebinin sadece SMK kapsamında kalan uyuşmazlıklardan kaynaklanması halinde mahkemenin görevinde herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır;

⁶⁶³ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/05/20180531-1.pdf>. Erişim Tarihi: 25.09.2023. Örneğin Ankara Batı adliyesinin yargı alanına dahil bir uyuşmazlıkta Ankara Fikri Ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde dava görülecektir. Antalya’nın Finike ilçesinde ise SMK’dan kaynaklanan uyuşmazlıklarda Finike Asliye Hukuk Mahkemesinde davalar görülecektir. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1071.

⁶⁶⁴ Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3294.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 206. Davanın görülmesi sırasında iki asliye hukuk mahkemesi bulunurken sonradan kurulan asliye hukuk mahkemelerinin geldiği durumda bir veya iki numaralı asliye hukuk mahkemesinde görülen davanın akıbetinin ne olacağı tartışmalıdır. Doktrinde Kale’ye göre, davanın açıldığı zaman görevli mahkemenin sonradan görevinin ortadan kalkması o mahkemeyi görevsiz kılmaz. Zira dava şartlarından olan göreve dair usuli işlemler tamamlanmıştır. Bu nedenle göreve dair yapılacak değişiklik mevcut davanın görevini etkilemeyecektir. Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 21, dn. 3. Yar. 11.HD, E.2015/14737, K.2017/2415 sayılı kararında sonradan görevli hale gelmesi halinde davanın yeni mahkemede görülmesi gerektiğini şu gerekçelerle ifade etmiştir: “*Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 24/03/2005 tarih ve 188 sayılı kararı ile Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmayan yerlerde ikiden fazla asliye hukuk mahkemesi bulunması durumunda (3) numaralı asliye hukuk mahkemesinin Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olarak görevlendirilmiştir. Belirtilen ... kararı uyarınca yargılama sırasında faaliyete geçirilen ... 3. Asliye Hukuk Mahkemesi bu davada ihtisas mahkemesi sıfatıyla görevlidir. Görev hususu re’sen ve davanın her aşamasında incelenmesi gereken hususlardan olduğundan, mahkemece işbu dosya yönünden gönderme kararı verilmesi gerekirken, davanın esası hakkında hüküm tesis edilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.*” Kazancı İçtihat Bankası, Erişim Tarihi: 25.09.2023.

⁶⁶⁵ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1072.

⁶⁶⁶ Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1073.

fakat SMK dışında bulunan taleplerin de davacı tarafından talep edilmesi halinde görevli mahkeme neresi olacaktır? Davacının davalıya karşı birbirinden bağımsız taleplerini aynı davada ileri sürmesi HMK m. 110 kapsamında davaların yığılmasına neden olacaktır. Söz konusu maddeye göre davacının birbirinden farklı olan taleplerini aynı dava içerisinde talep edebilmesi için taleplerin tümünün aynı yargı çeşidinde bulunması ve ortak yetkili olan mahkemenin bulunması gerekir. Bahse konu düzenlemede her ne kadar görevden bahsedilmemiş olsa bile doktrinde davaların yığılmasından bahsedebilmek için görev şartının da bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶⁷.

Doktrinde marka hukuku yönünden davaların yığılması hakkında taleplerden birinin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinin görevinde, diğerinin ise genel görevli mahkemelerin görevine girmesi durumunda genel görevli mahkemede bu davanın görülemeyeceği; ancak özel görevli mahkeme olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülebileceği belirtilmiştir⁶⁶⁸. Katıldığımız karşı görüşe⁶⁶⁹ göre, genel ve özel mahkemelerin görev alanına giren birden çok talep hakkında dava açılması halinde, uyuşmazlık konusunu oluşturan her bir talep hakkında ayrı davalar açılması gerekir. Zira görev kuralları kanunla belirlenir ve aksine bir hüküm düzenlenmediği takdirde davacının tek taleple birden çok mahkemenin görev alanına giren konularda tek mahkemeyi görevli hale getirebilmesi mümkün olmaz.

Diğer yandan taleplerin farklı özel görevli mahkemelerin görev alanına dahil olması halinde, farklı özel görevli mahkemelerin görev alanına giren taleplerin aynı mahkemede görülebilmesi mümkün değildir. Davanın açıldığı mahkeme, görevli olduğu talebi incelemeli görevli olmadığı talebin ayrılmasına ve söz konusu talep bakımından görevsizlik yönünde karar vermesi gerekir⁶⁷⁰. Diğer taraftan uygulamada fikri ve sınai haklar hukuk

⁶⁶⁷ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 22; Uğur Bulut, *Medenî Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)* (Ankara: Adalet, 2017) , 190.; Süha Tanrıver, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2018), 614.

⁶⁶⁸ Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü* (İstanbul: Demir-Demir, 2001), 1498.; İleri sürülen bir görüşe göre asliye ticaret mahkemelerinde haksız rekabetten kaynaklanan bir dava açılması ve hem haksız rekabete hem de 556 sayılı KHK'ya dayanılması halinde asliye ticaret mahkemelerinin 556 sayılı KHK kapsamında kalan uyuşmazlıkları ayırıp görevsizlik kararı verdiği ifade edilmiştir. Yazara göre usul ekonomisi gereği asliye ticaret mahkemesince yapılması gereken her iki talep bakımından da görevsizlik kararı verilip dosyanın fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesine gönderilmesi gerekir. Kocasoy, "Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini," 106-107. SMK döneminde aynı yönde görüşler için bkz. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 238.; Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3296-3297.

⁶⁶⁹ Akkan ve Pekcanitez, *Medenî Usul Hukuku*, 239.

⁶⁷⁰ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 23.

mahkemelerinde SMK'dan doğan taleplerle beraber çoğunlukla haksız rekabetten doğan talepler beraber ileri sürülmektedir ve bu taleplerin incelenmesi yönünde bir engel bulunmamaktadır. Söz konusu uygulamanın temelinde usul ekonomisi ilkesi olsa da usul ekonomisinin usul kurallarının önüne geçmemesi gerektiği doktrinde haklı olarak ifade edilmiştir⁶⁷¹. Kale, haklı olarak bu taleplerin birlikte görülmesinin doğru olduğunu; fakat söz konusu durumun kanuni bir dayanağı olmadığını, olması gerekenin kanun değişikliği yapılarak fiili durumun kanun haline getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁶⁷².

Karşı dava bakımından da görev sorunu ortaya çıkabilecektir. HMK m. 132 karşı davayı düzenlemiş olmakla beraber görev hususuna değinmemiştir. Düzenlemede asıl dava ve karşı davanın aynı sıfattaki mahkemede görülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Burada aynı sıfattan anlaşılması gerekenin uyuşmazlığa ilk derece mahkemelerinden hangisinin bakmakla görevli olduğudur⁶⁷³. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde görülen bir davaya karşı genel mahkemelerin görevine giren bir karşı dava açılması halinde ne olacağı tartışmalıdır. İleri sürülen bir görüşe⁶⁷⁴ göre, özel mahkemelerde görülmekte olan davaya karşı genel mahkemenin görevine giren bir konuda dava açılması halinde özel mahkeme her iki davayı birlikte inceleyip karara bağlayabilir. Diğer görüşe⁶⁷⁵ göre, görev kuralları kamu düzenindendir ve tarafların anlaşmasıyla değiştirilemez. Bu yüzden genel mahkemenin görev alanına giren bir konu hakkında özel mahkemenin karar vermesi hatalı olur. İleri sürülen başka bir görüşe⁶⁷⁶ göre, olması gereken hukuk yönünden açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Aksi bir durum usul ekonomisinin görev kurallarının önüne geçmesine neden olur bu durumun kabulü ise doğru olmaz.

⁶⁷¹ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 23.

⁶⁷² Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 23-24.

⁶⁷³ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 24.

⁶⁷⁴ Ali Cem Budak ve Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku* (Ankara: Adalet, 2019), 148-149.; Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 3893.

⁶⁷⁵ Akkan ve Pekcanitez, *Medeni Usul Hukuku*, 239.

⁶⁷⁶ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 25.

4.2.2. Yetki

Bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirleyen kurallara yetki (salâhiyet) kuralları denir⁶⁷⁷. Mahkemelerin görevleri belirlenirken daha çok dava konusu dikkate alınırken, yetkiyi belirlemede taraflara yönelinir. Yetki kuralları, kesin yetki ve kesin olmayan yetki kuralları olarak ikiye ayrılabilir. Yetkinin kesin yetki olması halinde dava şartından bahsedilir; fakat yetkinin kesin olmaması halinde bir ilk itirazdan bahsedilir. Dava şartları mahkeme tarafından her aşamada dikkate alınıp, taraflarca her zaman ileri sürülebilir. Ancak ilk itirazlar mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmaz taraflarca cevap dilekçesinde ileri sürülebilir, cevap dilekçesi verildikten sonra cevap dilekçesi verme süresi devam etse dahi artık ilk itirazların ileri sürülmesi mümkün olmaz. Diğer yandan kesin olmayan yetki hallerinde taraflarca yetki sözleşmesi yapılabilirken kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılabilmesi mümkün değildir. Zira kesin yetki bir dava şartıdır ve kamu düzeninden kaynaklanır⁶⁷⁸.

Marka hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından yetki de görev düzenlemesinde olduğu gibi SMK m. 156'da düzenlenmiştir. Bu kapsamda marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak olan tazminat davaları bakımından SMK m. 156/3 yetki hususu konusunda önem arz eder. SMK m. 156/3'e göre: "*Sinai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri*⁶⁷⁹ *veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer*⁶⁸⁰ *mahkemesidir.*" SMK m. 156/4'e göre: "*Davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.*" Marka hakkının ihlali halinde mütecavize yöneltilen davaya ilişkin bu kural, HMK m. 16'da haksız fiili düzenleyen yetki kuralına paralel bir düzenlemedir⁶⁸¹. HMK'dan

⁶⁷⁷ Şanal Görgün, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku* (Ankara: Yetkin, 2020), 160.

⁶⁷⁸ Görgün, Börü, Toraman ve Kodakoğlu, *Medenî Usul Hukuku*, 171.

⁶⁷⁹ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, SMK m. 156/3'te yer alan düzenleme olması gereken hukuk açısından yerinde değildir ve davacının yerleşim yerinin esas alınması hatalı bir tercihtir. Zira davacının davasının davalının yerleşim yeri değil de kendi yerleşim yerini esas alarak açması halinde henüz haklılık durumu belli olmayan davacının davasını kendi yerleşim yerinde açmasını haklı kılan bir neden yoktur. Dilek Karademir Aydemir, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi* (Ankara: Adalet, 2019), 205-206.

⁶⁸⁰ İnternet üzerinden bir tecavüzün meydana gelmesi durumunda tecavüzün etkileri her yerde doğabileceğinden marka hakkı sahibi istediği yerde davasını açabilecektir. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1073-1074. Benzer yönde bkz. Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3300-3301.

⁶⁸¹ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 34.

ayrılacak şekilde SMK'da fiilin meydana gelme ihtimalinin olduğu yerin SMK'da düzenlenmemesi doktrinde eksik olarak görülmüştür⁶⁸². Zira marka hakkına tecavüzden doğan davalarda fiilin ilk kez gerçekleşmesi olasılığının olduğu yer yahut tecavüzün tekrarlanma olasılığının bulunduğu yer önem arz eder; ancak bu olasılık soyut verilere değil somut ve inandırıcı verilere dayanmalıdır⁶⁸³.

SMK m. 156/3'te düzenlenen kuralın kesin yetki olmadığına kabulü gerekir⁶⁸⁴. Bu nedenle belirtilen yetkili mahkemelerin yanında genel yetkili mahkemede de dava açılabilir. SMK'da yer alan düzenleme ile birden fazla yetki kuralı belirlenmiş ve davacı korunmaya çalışılmıştır, diğer yandan söz konusu hüküm kamu düzenini ilgilendirmemektedir⁶⁸⁵. Hükümün düzenlenme amacı yetkili mahkeme sayısının artırılması suretiyle mağdura rahat bir şekilde dava açma fırsatı tanımaktır⁶⁸⁶. Bu nedenledir ki SMK m. 156/3'te belirtilen mahkemeler yanında davalının yerleşim yerinde de dava açılabilmesi mümkündür.

Marka hakkı sahibinin üçüncü kişilere yönelteceği davada SMK m. 156/3 hükmünün uygulanabilmesi için hukuki ilişkinin marka tecavüzünden doğması gerekir, aradaki ilişkinin sözleşmeden kaynaklanan bir ilişki olması halinde artık HMK m. 10 uygulanacaktır⁶⁸⁷. Diğer taraftan SMK m. 29/1-ç'de markaya tecavüz sayılan fiiller arasında “marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek” de sayılmıştır. Bu durumda esasında ihlal sözleşmeden kaynaklanmayacaktır, bu nedenle bu halde HMK m. 10 değil SMK m. 156/3 hükmü uygulama alanı bulacaktır⁶⁸⁸.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname m. 63/4'te birden fazla mahkemenin yetkili olduğu hallerde ilk davanın açıldığı mahkemenin yetkili olacağını öngörmüştü; fakat bu

⁶⁸² Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 34.

⁶⁸³ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 34-35; Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3301. Bozgeyik, HMK m. 16'ya atıfla zararın meydana gelme ihtimalinin olduğu yerin de yetkili olabileceğini belirtmiştir. Hayri Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması* (İstanbul: On İki Levha, 2019), 209.

⁶⁸⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, 2:260.; Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3301; Kocasoy, “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,” 109.

⁶⁸⁵ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 35. Tekinalp 556 sayılı KHK m. 63 hükmünde yer alan ifadeler nedeniyle ortada bir kesin yetki hali bulunduğunu bu nedenle de genel yetkili mahkemenin yetkisinin kalkacağını ifade etmiştir. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 478.

⁶⁸⁶ Uzunallı, *Marka Hukuku*, 239.

⁶⁸⁷ Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3301; Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 35.

⁶⁸⁸ Yasaman ve Yüksel, *SMK Şerhi*, 3301-3302.

düzenleme SMK'ya alınmamıştır. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yer alan düzenlemenin amacı esasında marka hakkı ihlaline neden olan fiillerin birden fazla kimse tarafından işlenmesi durumunda davanın tek mahkemede görülmesini sağlamaktı⁶⁸⁹. Bu durumda markayı taklit eden, taklit markayı bilerek dağıtan vb. kimseler aleyhine açılan davaların aynı mahkemede görülmesi hedeflenmekteydi. Bu kişiler bakımından açılacak dava için ortak yetkili mahkemenin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelebilir. Fakat burada ihlali gerçekleştirenlerin fiilleri birbirinden bağımsızdır ve ortak bir fiille işlenmemektedir⁶⁹⁰. Bu durumda HMK m. 7/1 uyarınca davacı, davalıların birden fazla olması halinde ihtiyari dava arkadaşlarına karşı davalılardan birisinin yerleşim yerinde de dava açılabilir.

4.3. Dava Şartı Arabuluculuk

İlk olarak ihtiyari olarak uygulanan arabuluculuk faaliyeti ülkemizde pek fazla rağbet görmemiştir, bunun akabinde arabuluculuk öncelikle iş uyuşmazlıklarında zorunlu bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Bunu takiben tüketici ve ticari uyuşmazlıklar açısından da arabuluculuk zorunlu dava şartı olarak düzenlenmiştir. 6102 sayılı TTK'da 01.01.2019 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere eklenen dava şartı arabuluculuk ticari davalar açısından uygulanmaya başlamıştır. TTK m. 5/A uyarınca ticari davalardan “*konusu bir miktar para olan alacak, tazminat, itirazın iptali, menfi tespit ve istirdat davalarında*” arabulucuya başvurulması bir dava şartı olarak aranmıştır.

TTK m. 4/1-d gereğince fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıklar mutlak ticari dava olarak düzenlenmiştir⁶⁹¹. Bu nedenledir ki mutlak ticari dava olan marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davaları zorunlu arabuluculuğa tabidir⁶⁹². TTK m. 5/A uyarınca dava şartı olarak arabulucuya başvurulması bir özel dava şartıdır.

⁶⁸⁹ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 36.

⁶⁹⁰ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 36-37.

⁶⁹¹ Benzer yönde bkz. Uzunallı, *Marka Hukuku*, 238; Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1069.

⁶⁹² Benzer yönde bkz. Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 1070, 1352; Cafer Eminoğlu ve Ersin Erdoğan, *Ticari Uyuşmazlıklarda İhtiyari ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk* (Ankara: Adalet, 2020), 420.; Bozgeyik, *Marka Hakkının Korunması*, 209

Arabulucuya başvurulmamış olmasının yaptırımı HUAK'ta düzenlenmiştir. HUAK m. 18/A'ya göre davacı davayı açmadan önce arabulucuya başvurmalıdır. Davacı arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin tutanağın aslı yahut onaylı örneğini dava dilekçesinin ekine koymalıdır. Söz konusu tutanak eklenmemişse mahkeme davacıya son tutanağı eklemesi için bir haftalık kesin süre içerisinde tutanağın mahkemeye sunulması gerektiği aksi halde davanın usulden reddedileceğini ihtar eder. İhtarın gereği olarak kesin süre içerisinde bu tutanak mahkemeye ibraz edilmezse dava dilekçesi karşı tarafa tebliğ edilmeksizin dava şartı yokluğu nedeniyle mahkemece davanın usulden reddine karar verilir. Diğer taraftan davacının hiç arabulucuya başvurmadığının anlaşılması halinde davacıya bir haftalık süre verilmez ve herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir⁶⁹³.

⁶⁹³ Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, 44.

SONUÇ

Marka, tescil ile beraber sahibine birtakım haklar sağlamaktadır. Tescil edilen markanın kullanım hakkı münhasıran marka sahibine ait iken, marka sahibi tescilli markasının üçüncü kişi tarafından kullanılmasını önleme hakkına ve tecavüzden kaynaklanan zararlarının tazminini isteme hakkına da sahiptir. Bununla beraber tescil edilmeyen markaların da bazı şartlar dahilinde ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) m.56 vd. haksız rekabet hükümlerine göre korunması sağlanabilmektedir.

Marka hakkına tecavüz eylemlerinin olması, marka hakkı sahibinin emek ve yatırımlarından haksız yararlanılmasına ve marka sahibinin zararının oluşmasına sebebiyet verir. Tecavüz eylemleri neticesinde marka hakkı sahibinin müşteri ve pazar kaybı oluşur bu da beraberinde kazanç kaybına sebep olur. Marka hakkı sahibinin, marka hakkına tecavüz fiili işleyen kişilerden SMK m.150 gereğince tazminat talep edebilme hakkı bulunmaktadır.

Marka hakkına tecavüz en genel tanımıyla; tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından marka sahibinin izni olmaksızın hukuka aykırı olarak kullanılması ve kanunda sayılan diğer fiillerin gerçekleştirilmesidir. Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller kanunun 7. ve 29. maddelerinde belirtilmiştir. Marka hakkına tecavüzün oluşabilmesi için en genel ifadeyle işaretin, ticari amaçla, marka sahibinin izni olmadan ve herhangi bir haklı sebep bulunmadan haksız olarak; tescilli markayla aynı işaretin aynı mal ve hizmet sınıfında ya da tescilli markayla aynı veya benzer işaretin aynı veya benzer mal ve hizmet sınıfında karıştırılma ihtimali olacak şekilde ya da tanınmış markanın aynı veya benzerinin; aynı, benzer ya da farklı mal ve hizmetlerde kullanılmasına bakılmaksızın haksız yarar elde edecek şekilde kullanımın gerçekleşmesi gerekir.

Marka hakkına tecavüz sayılan bir fiilin tazminat sorumluluğu doğurabilmesi için kusurun bulunması şarttır. Fiildeki kusurun derecesinin değişmesi tazminat miktarının belirlenmesine etki eder. Bir davranış ne kadar kusurlu ise hükmedilecek tazminat miktarı da ona göre yüksek olur. Markanın aynısını bilerek taklit eden kişinin davranışı ile bir markayı karıştırılma ihtimali olacak şekilde kullanan kişinin davranışındaki kusur oranları aynı olmadığından hükmedilecek tazminat miktarı da aynı olmamalıdır. Tazminat miktarının en doğru ve hakkaniyetli belirlenebilmesi için kusur şartının varlığı ve derecesi her somut olay açısından ayrı ayrı titizlikle incelenmelidir. Kusuru tespit edebilmek için

yapılan değerlendirmede özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığının tespiti yapılır. Günümüzde bilgiye ulaşmada imkanların çokluğu göz önüne alındığında özen yükümlülüğü açısından yüksek kriterlerin aranmaya başlamıştır. Özen yükümlülüğü tacirler açısından da önem taşımaktadır. Basiretli tacir kavramına yüklenen anlam gereği her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir. Tacir, marka hukuku kapsamındaki ticari iş ve işlemlerinde de herhangi bir kişiye kıyasla daha dikkatli ve özenli olmalıdır.

Tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için bir zararın meydana gelmesi gereklidir. Marka hukuku kapsamında zarar; maddi zarar, manevi zarar, yoksun kalınan kazanç ve itibar zararı şeklinde ortaya çıkabilir. Eğer zarar doğmamışsa tazminattan da bahsedilemez. Tazminata dair genel kabul edilen görüşe göre hükmedilecek tazminat miktarı ortaya çıkan zararlarla sınırlı olup, zarardan daha yüksek miktarda tazminata hükmedilemez. Fakat bu durum marka hukukunda her zaman adaletli ve hakkaniyetli sonuçlar doğurmamaktadır. Marka hakkı soyut bir hak olması sebebiyle zararı ortaya koyabilmek ve ispat edebilmek oldukça güç bazense imkansız olabilmektedir. Buradaki ortaya çıkabilecek haksız sonuçları önleyebilmek için marka hukukunda bazı durumlarda zarar meydana gelmese veya tam olarak miktarı ispat edilemese bile marka hakkına tecavüz fillerinin gerçekleştiği sabit olduğu durumda zarar doğmasa bile “zarar ihtimali”nin bulunduğu halde tazminata hükmedilebilmektedir. Bu her ne kadar görünürde temel tazminat ilkeleriyle çelişiyor olsa da tazminat hukukunun amacı gözetildiğinde uyum içerisinde olduğu görülecektir.

Marka sahibinin tecavüzü gidermek için yapmış olduğu tüm masraflar fiili zarardır. Fiili zararın hesaplanabilmesi için SMK’da özel bir metot öngörülmediğinden bu konuda TBK’nın tazminata ilişkin genel hükümlerinden yararlanılarak hesaplama yapılmaktadır. Yoksun kalınan kazançta zarar, ihlal fiili sebebiyle kazanç imkanlarının azalması veya yok olması sebebiyle ortaya çıkmakta olup malvarlığının normalde artış göstermesi gerekirken göstermemesi yönüyle kayıp yaşanmaktadır. Marka hakkının tecavüze elverişli olması sebebiyle özel koruma ihtiyacının bulunması ve marka hukukunda zararın ve zarar miktarının ispatının ve hesaplanmasının güçlüğü karşısında zorlukların aşılabilmesi adına yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında SMK m. 151/2’de özel hesaplama yöntemleri öngörülmüştür. Bunlar özetle; tecavüz eylemi olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edeceği muhtemel gelire göre hesaplama veya marka hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanca göre hesaplama yahut marka hukuka uygun bir şekilde lisans sözleşmesine göre kullanılsaydı ödenecek lisans bedeline göre hesaplama yapılmasıdır.

Tazminat miktarı hesaplanırken hakkaniyetli bir bedelin belirlenebilmesi adına göz önünde tutulan birçok kriter bulunmaktadır. Bunların bir kısmını özetle; markanın ekonomik önemi veya tecavüz sırasında marka hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, emsal lisans bedelleri, ihlalin nitelik ve boyutu, markanın geçerlilik süresi ve kullanılış biçimi, tanınmışlığı, dava konusu ürünün özellikleri, ihlale konu markanın kullanıldığı mal ve hizmetin benzerlik durumu, marka hakkı sahibinin kazancının yanı sıra davalının kazancı, ticari işlemlerinin hacmi ile üretim ve satış kapasitesi, markayı kullanım süresi, davalının iştirak alanı, davacının ve davalının mali büyüklükleri, ürünün veya hizmetin niteliği, genel ekonomik koşullar olarak ifade edebiliriz.

Hesaplama yapılırken, ülkemizde kayıt dışı üretim ve satışların mevcut olması, hesaplama yöntemlerinin varsayımsal olması, gerçek olmayan muvazaalı lisans sözleşmelerin emsal olarak dosyaya sunulması gibi sebeplerle çeşitli zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu hallerde hakimın somut olayın özelliklerini dikkate alarak takdir yetkisini hakkaniyete göre kullanması gerekmektedir.

Öte yandan marka hakkına tecavüz fiilleri neticesinde maddi zararın yanı sıra, marka sahibinin büyük emeklerle oluşturduğu markası ve markasına duyulan güvenin tecavüz fiilleri neticesinde karışıklığa veya güven kırıklığına yol açması sonucu marka hakkı sahibinin manevi zararı da oluşmaktadır. Manevi tazminatın belirlenebilmesi için SMK m. 151'deki yoksun kalınan kazancın hesaplama yöntemleri gibi belirli bir yöntem bulunmamaktadır. Manevi tazminatı belirlenmesinde hakime geniş takdir yetkisi tanınmış olup, TBK m. 51 ve 52. hükümleri gereğince hakim hakkaniyete uygun bir bedel belirleyecektir. Buradaki kriter, ne marka ihlali fiillerinin olmasını istetecek kadar yüksek bir bedel ne de ihlale maruz kalmış hak sahibinin manevi huzursuzluğunu dindirmeyecek kadar az olmalıdır. Yine yukarıda belirtildiği şekilde manevi tazminatın miktarı belirlenirken; manevi zararın ağırlığı, ihlalin süresi, tarafların ekonomik ve sosyal durumları, davacının ticari iş hacmi ve itibarı, taklit ürünlerin miktarı gibi hususlar dikkate alınır. Uğranılan manevi zararın ağırlığı ne kadar büyük ise hükmedilecek tazminat miktarı da o kadar yüksek olmalıdır.

SMK m.150/2 hükmünde maddi ve manevi tazminatın dışında Kanunda sayılan şartların gerçekleşmesi halinde ayrıca (ek) bir tazminat olarak itibar tazminatının da talep edilebileceği belirtilmiştir. İtibar tazminatının doğabilmesi için kanunda ek şartlar aranmış olup, markanın kötü şekilde kullanılması, üretilmesi, temin edilmesi veya piyasaya sürülmesi sonucunda marka hakkının itibarının zarara uğraması gerektiği belirtilmiştir. Bu

tazminatla markanın imajındaki eksilmenin telafi edilerek giderilmesi amaçlanır. İtibar tazminatının miktarı hesaplanırken, markanın tanınmışlık derecesinin ne olduğunu, nasıl bir müşteri çevresine hitap ettiğini, taklit markalı ürünün ne ölçüde kötü üretildiği, nasıl bir yerde satıldığı gibi durumların tüketiciler nezdinde markaya olan rağbeti ve algıyı ne ölçüde kötüleştirip azalttığının tespit edilmesi ve marka değeri de göz önüne alınarak ticari defter ve kayıtlara dayanılarak zararın tespit edilmesi gerekmektedir.

Marka hakkına karşı tecavüz edenler tarafından piyasaya çıkarılan ürünleri kişisel ihtiyaçları nedeniyle ellerinde muhafaza edenler yahut kullananlara karşı tazminat davası açılmaz. Yani kişisel amaçları nedeniyle kullanma yahut elinde ürün bulundurma fiilleri tecavüz kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun dışında marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz fiilini işleyen kişinin tazminat ödemesi durumunda marka hakkı sahibinin elkoymaması dolayısıyla piyasaya sürülen ürünlerin ticari amaçlarla kullanan kimselere karşı da tazminat davası açılmayacaktır.

Tazminat davasında; marka sahibi, marka tescil başvurusu yayımını takiben başvuru sahibi, inhisari lisans alan, basit lisans alan ve rehin hakkı sahibi somut olayın hal ve şartlarına uygunluğu ölçüsünde davacı sıfatında olabilmektedirler. Öte yandan tecavüz fiillerini işleyenler, lisans alanlar, marka hakkına tecavüzden kaynaklanan fiillere iştirak, yardım ve teşvik edenler somut olayın hal ve şartlarına uygunluğu ölçüsünde davalı sıfatında yer alabilmektedirler.

Marka hukukundan kaynaklanan tazminat davaları SMK kapsamında olduğu için bu uyuşmazlıklarda fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi görevlidir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davaları zorunlu arabuluculuğa tabidir.

KAYNAKÇA

Akkan, Mine ve Hakan Pekcanitez. *Medenî Usul Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Antalya, Gökhan. “Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması - Türk Hukukuna Manevi Zararın İki Aşamalı Olarak Belirlenmesine İlişkin Bir Model Önerisi-“. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz’a Armağan)* 22, No. 3 (Aralık 2016): 221-250.

Arkan, Sabih. “Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 20, No. 3 (Haziran 2000): 5-13.

Arkan, Sabih. “Marka Hakkının Tüketilmesi”. *Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan*. (Ankara, 1998): 197-208.

Arkan, Sabih. *Marka Hukuku*. 2 Cilt. Ankara; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1997-1998.

Arkan, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016.

Arslan, Çetin, ve Özdemir, Didar. "Türk Hukukunda Marka Suçları-Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, No:4 (Aralık 2016): 1085-1110.

Arslan, İbrahim. “Tescilsiz Markaların Korunması”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, No. 1 (Haziran 2008): 29-46.

Aslan Düzgün, Ülgen. "İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz". *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, No. 36 (Ekim 2018): 143-170.

Atalı, Murat, İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2019.

Atasoy, Kemal. “Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması”. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, No.1 (Ocak 2015): 24-49.

Atlan Kazan, Hülya. “Manevi Zararı Tazmin Yolları”. Doktora Tezi. Marmara Üniversitesi. 2015.

Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2016.

Aydın, Fatih. “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 30, No. 133 (Kasım 2017): 517-576.

Aytuğar, Bilge, ve Küçük, Sultan. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, No.1 (Haziran 2020): 110-125.

Balık, İfakat, ve Bektaş, İbrahim. “Markanın Koruma Markanın Koruma Kapsamının Belirlenmesinde Ayırt Edicilik Gücünün Etkisi ve Tanınmış Markanın Zayıf Unsurunun Durumu -Mcdonald’s Kararları Yönünden Bir İnceleme.” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 5, No.1 (Haziran 2019): 1-18.

Başalp Yıldırım, Nilgün. “Haksız Fiil Sorumluluğunda Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Klasik Teoriler Hakkında Bazı Düşünce Ve Eleştiriler.” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, No.1 (2019): 293-332.

Bilge, Mehmet Emin. "Marka ve Ticaret Unvanı Arasında İltibas". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 1, No. 2 (Kasım 2015): 7-22.

Bilge, Mehmet Emin. “Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 23, No. 1: (Haziran 2005): 125-151.

Bozbel, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: On İki Levha, 2015.

Bozgeyik, Hayri. “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, No. 2 (Ocak 2014): 91-102.

Bozgeyik, Hayri. “Markalarda Rüçhan Hakları”. *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 7, No.1 (2007): 49-83.

Bozgeyik, Hayri. *Marka Hakkının Korunması*. İstanbul: On İki Levha, 2019.

Bozkurt, Burcu. “Markanın Dürüst Kullanımı”. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi, 2020.

Bozkurt, Tamer. *Ticari İşletme Hukuku*. Ankara: Legem, 2018.

Börü Levent ve İlker Koçyiğit. *Ticari Dava*. Ankara: Seçkin, 2021.

Budak, Ali Cem, ve Varol Karaaslan. *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Adalet, 2019.

Bulut, Uğur. *Medenî Usul Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)*. Ankara: Adalet, 2017.

Buz, Vedat. “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 29, No.2 (Haziran 2013): 19-57.

Camcı, Ömer. *Marka Davaları*. İstanbul: Ufuk, 1999.

Cangül, Murat. “Marka Hakkının Ülkeselliği ve İstisnaları”. Doktora Tezi. Selçuk Üniversitesi. 2020.

Coşkun, Zeynep. “Patent Hakkına Tecavüz Halinde Tazminat Davaları”. Yüksek Lisans Tezi. Hacettepe Üniversitesi, 2022.

Çağlar, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*. Ankara: Adalet, 2013.

Çağlayan Aksoy, Pınar. *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*. İstanbul, On İki Levha, 2016.

Çetin, Pınar. “Manevi Tazminat Davasının Hukuki Niteliği ve Özellikle Tazminat Miktarının Belirlenmesi”. Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi, 2007.

Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On iki Levha, 2016.

Çolak, Uğur. *Türk Marka Hukuku*. İstanbul: On iki Levha, 2023.

Demir, Kübra. “Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış”. *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, No.1-2 (Mayıs, 2021): s.67-88.

Dirikkan, Hanife. *Tanınmış Markaların Korunması*. Ankara: Seçkin, 2003.

Durceylan, Muhammet Mekin. “Ticaret Unvanının Türk Ticaret Kanunu’na ve Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Marka Hükümlerine Göre Korunması”. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 20, No.41 (Eylül 2021): 984-1014.

Elyıldırım, Hasan. *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü (Özel Bilirkişi)*. Ankara: Adalet, 2021.

Eminoğlu, Cafer, ve Ersin Erdoğan, *Ticarî Uyuşmazlıklarda İhtiyarî ve Dava Şartı (Zorunlu) Arabuluculuk*. Ankara: Adalet, 2020.

Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.

Ergün ,Ömer, ve Çaldağ, Coşkun. *Borçlar Hukuk Ders Notları*. Ankara: Seçkin, 2018.

Gökcan, Hasan Tahsin. *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.

Gönen, Coşku. *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi*. İstanbul: On İki levha, 2011.

Gönen, Doruk. “Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması”. Doktora Tezi. İstanbul Üniversitesi, 2011.

Görgün, Şanal, Levent Börü, Barış Toraman ve Mehmet Kodakoğlu. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2020.

Gül, İbrahim. “Zararın Birliği İlkesinin Tazminatın Hesaplanmasına Etkisi Bakımından Bir Yargıtay Kararının İncelenmesi”. *Ankara Barosu Dergisi* 76, No.4-2018/4 (Ocak, 2019): 145-162.

Güneş, İlhami. “Karşılaştırmalı Reklamlarda Rakip Markanın Kullanılması”. *Terazi Hukuk Dergisi* 3, No. 27 (Kasım 2008): 71-75.

Güneş, İlhami. “Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulama.” *Terazi Hukuk Dergisi* 13, No. 137 (Ocak 2018): 80-87.

Güneş, İlhami. *6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*. Ankara: Adalet, 2021.

Güneş, İlhami. *Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hakkında Öncelik*. Ankara: Seçkin, 2023.

Güneş, İlhami. *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları*. Ankara: Seçkin, 2021.

Gürsoy, Kemal Tahir. “Manevi Zarar ve Tazmini”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 30, No.1 (Mart 1973): 7-56.

Helvacı, Mehmet. *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*. İstanbul: Beta, 2000.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>.

<https://sozluk.gov.tr/>. Türk Dil Kurumu. Erişim Tarihi: 9 Kasım 2023.

<https://www.kazanci.com.tr/>.

<https://www.lexpera.com.tr/>.

İmirlioğlu, Dilek. “Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti.” *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, No. 2 (Temmuz 2017): 87-114.

Kale, Serdar. *Marka Davalarında Yargılama Usulü*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Karaaslan, Varol. “Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Şeklinde Açılabilir Mi?”. *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 10, No. 29 (2014/3): 37-58.

Karadaş, Muhammet İkbâl. “Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi”. Yüksek Lisans Tezi. Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, 2020.

Karademir Aydemir, Dilek. *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*. Ankara: Adalet, 2019.

Karahan, Sami. “Markalarda İltibas”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, No. 1 (Haziran 1990): 215-239.

Karahasan, Mustafa Reşit. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Beta, 2003.

Karaman, Fatma. “Marka Hukukunda Markanın Ülkeselliği İlkesi.” Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, 2008.

Karan, Hakan. ve Mehmet Kılıç. *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Turhan, 2004.

Kargı, Nilüfer. “Tanınmış Marka Kavramı ve Tanınmışlık Kriterleri”. *Yüksek Lisans Tezi*. Marmara Üniversitesi, 2006.

Kaya, Arslan. *Marka Hukuku*. İstanbul: Arıkan, 2006.

Kılıçoğlu, Ahmet. “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi?”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, (1983): 287-294.

Kılıçoğlu, Ahmet. *Sinai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. Ankara: Turhan, 2021.

Kırca, Çiğdem. *Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*. Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004.

Kırcı, N. Berkay. *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*. Ankara: Turhan, 2009.

Kocasoy, Banu Aliye. “Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini.” Yüksek Lisans Tezi. Dokuz Eylül Üniversitesi, 2006.

Korkut, Ömer. “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 24, No.2 (Aralık 2007): 501-519.

Koşar, Günhan Gönül. “Haksız Fiil Hukukunun Amacı”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 69, No.3 (Aralık 2020): 1437-1473.

Koyuncu, Alper Çağlar. *Ticari İşlerde Faiz*. Ankara: Seçkin, 2017.

Kurtulan, Gökçe. “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 23, No.1 (Mayıs 2017): 465-504.

Kuru, Baki. *Hukuk Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: Demir-Demir, 2001.

Memiş, Tekin. “Fikri Mülkiyet İhlallerinde Basiretli Tacir Kavramı- Yargıtay Karar İncelemeleri”. *Fikri Mülkiyet Yıllığı 2011*, (2010): 343-377.

Meran, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*. Ankara: Seçkin, 2015.

Moroğlu, Erdoğan. “Karşılaştırmalı Reklam ve Yargıtay Kararları”. *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*. (Aralık 1994): 3-20.

Narter, Sami. *Manevi Tazminat*. Ankara: Adalet, 2022.

Nomer, Füsün. “Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Reklam Amaçlı Kullanılması ve Vw-Audi Örneği (İsviçre Federal Mahkemesinin 30 Ocak 2002 Tarihli Kararı ile Değerlendirmesi)”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 22, No. 2 (Haziran 2011): 1117-1136.

Noyan, Erdal. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet, 2009.

Oğuzman, M. Kemal, ve Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Vedat, 2019.

Ongan, Burak. *Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmelerinde Tarafların Hukuki Durumu*. Ankara: Seçkin, 2007.

Oruç, Murat. “Haksız Rekabette Maddi Tazminat Davası”, Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi, 2008.

Özcan, Zeynep, ve Koç, Yaren. “Marka Lisans Sözleşmesi ve Sözleşmenin Taraflarının Yükümlülükleri.” *Terazi Hukuk Dergisi* 15, No. 168 (Ağustos 2020): 1641-1650.

Özel, Çağrı. *Marka Lisansı Sözleşmesi*. Ankara: Seçkin, 2015.

Pekcanıtez, Hakan. “Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?”. *Medeni Usul Ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 11, No. 30 (2015/1): 21-41.

Polater, Salih. “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”. *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* 2, No. 1 (Mayıs 2016): 51-65.

Polater, Salih. “Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü”. *Terazi Hukuk Dergisi* 11, no. 116 (Nisan 2016): 41-52.

Polater, Salih. “Patent Hakkının Birden Fazla Kişi Tarafından İhlali ve Açılabilir Davalar”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 28, No.119 (Temmuz 2015): 395-428.

Saraç, Tahir. *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*. Ankara: Seçkin, 2003.

Sarıgül, Gamze. “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları,” Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi, 2022.

Savaş Bozbel, Gerekçeli Sınai Mülkiyet Kanunu, Erişim Tarihi: 16.11.2023. /<https://bozbel.files.wordpress.com/2018/05/gerekc3a7eli-sc4b1nai-mc3bclkiyet-kanunu.pdf>.

Simil, Cemil. *Belirsiz Alacak Davası*. İstanbul: On İki Levha, 2013.

Soydan Bal, Nilgün. “Marka Davalarında Bilirkişilik”. *Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi* 20, No.2018/1 (2018): 103-131.

Soysal, Tamer. "Marka Hukuku Perspektifinden İnternet Ortamında Anahtar Kelime (Meta-Tagging) ve Adwords Reklamcılık Uygulamaları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, No.12 (Aralık 2018): 693-722.

Suluk, Cahit, Rauf Karasu ve Temel Nal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2018.

Şimşek, Ahmet Buğra. "Tüzel Kişilerin Manevi Tazminat Hakkı". Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2023.

Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*. Vedat: İstanbul, 2010.

Tanrıver, Süha. *Medenî Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin, 2018.

Tekinalp, Ünal. "İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar". *Prof. Dr. Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan*, (1999): 589-597.

Tekinalp, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*. İstanbul: Beta, 2004.

Tiryaki, Betül. "Özen Yükümlülükleri ile Sözleşmeden Doğan Koruma Yükümlülüklerinin İspat Yükü Bakımından Karşılaştırılması". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, No. 3-4 (Aralık 2008): 267-279.

Tüzüner, Özlem. *Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk*. İstanbul: Vedat, 2007.

Uluslu, Çağrı. "Tescilsiz Markaların Korunması." *İstanbul Barosu Dergisi* 88, No. 2 (Mart 2014): 361-411.

Uyar, Turgut. *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2012.

Uzunallı, Sevilay. *Marka Hukuku*. Ankara: Adalet, 2021.

Uzunallı, Sevilay. *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*. Ankara: Adalet, 2012.

Yasaman, Hamdi, ve Ayoğlu, Tolga. *Marka Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

Yasaman, Hamdi, ve Yüksel, Sinan H. *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin, 2021.

Yasaman, Hamdi. “Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi- Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan* 1, (2004): 55-67.

Yasaman, Hamdi. *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin: 2021.

Yasaman, Zeynep. *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*. İstanbul: On İki Levha, 2020.

Yaşar, Adem. “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (m. 12) ve İlgili Yargıtay Kararları”. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, No. 2 (Mart 2016): 909-929.

Yılmaz, A. Lerzan. *Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri*. İstanbul: Aristo, 2017).

Yılmaz, Zahit. “Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu”. *Terazi Hukuk Dergisi* 16, No. 178 (Haziran 2021): 1178-1197.