

FMR

Ankara Barosu
Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
Yıl: 9 • Cilt: 9 • Sayı: 2009/2

Ankara Barosu Yayınıdır

FMR

Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
© 2009 Ankara Barosu

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulu
ISSN 1302-9215

Bütün hakları saklıdır. Derginin hiçbir kısmı, yayıncının izni olmaksızın hiçbir şekilde kopyalanamaz, çoğaltılamaz veya aktarılamaz. Dergide yayımlanan imzalı ürünlerde açıklanan görüş ve düşünceler yazarlarına aittir, Dergiyi veya Ankara Barosu'nu bağlamaz. FMR, Fikir ve Sanat Eserleri, Sınai Mülkiyet, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku ile ilgili makaleler, ulusal ve uluslararası kararlar ve diğer ürünleri sunan, üç ayda bir yayımlanan hakemli dergidir.

Yayıncı

Ankara Barosu Adına
Başkan Av. V. Ahsen COŞAR

Genel Yayın Yönetmeni
Av. Samiye EYUBOĞLU

Sorumlu Müdür
Av. Makbule ÖZER ARPAĞ

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Sabih ARKAN
Prof. Dr. Aydın AYAN
Prof. Dr. Şafak EREL
Prof. Dr. Fırat ÖZTAN
Prof. Dr. Ünal TEKİNALP
Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK
Prof. Dr. Erdal TÜRKAN
Prof. Dr. Gürsel ÜSTÜN

Yayın Kurulu

Av. Ayşegül AKSAKAL
Av. Özgür Emre AKSOY
Av. Taylan ARIHAN

Av. Başak AYDIN
Av. Ülkü GEDİKLİ
Av. Özge ÖZTÜRK

Yrd. Doç. Dr. Hamdi PINAR
Av. Ersin SOYBAŞ
Av. Eyyüp YILDIRIM

Türkiye içinde yıllık abonelik ücreti tüm masraflar dahil 45,00 TL, tek nüsha fiyatı ise 14,00 TL'dir. Diğer ülkeler için yıllık abonelik ücreti 100 ABD Doları, tek nüsha fiyatı ise 25 ABD Dolarıdır. Abonelik ve FMR hakkındaki diğer soru ve taleplerinizde:

Ankara Barosu Başkanlığı
Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye Ankara
Tel: +90 (312) 416 72 00 (Pbx) Faks: +90 (312) 309 22 37
<http://www.ankarabarusu.org.tr>; e-posta: ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

Sayfa Düzeni
Mustafa HORUŞ

Baskı
Teknoform Basım Yayın Hizm. Ltd. Şti.
Çetin Emeç Bulvarı 6. cad No:
7/9 A. Öveçler / ANKARA
Tel: +90 (312) 478 03 55

• Makaleler •

- Coğrafi İşaretlerin Kullanımı ve Denetimi (Antep Baklavasının Coğrafi İşaret Olarak Tescili Üzerine).....9
Yrd. Doç. Dr. Hayri BOZGEYİK
- Bir 'Engelli İstisnası' Mı Yoksa 'İstisnai Bir Engel' Mi?: FSEK Ek Madde 11 Üzerine Eleştirel Bir İnceleme.....23
Dr. Mustafa ATEŞ
- Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları53
Dr. Mustafa ÖZEN
- Avrupa Birliği'nde İlaçların Yeniden Paketlenmesi ve Paralel İthalatı Açısından 'Sınırlar'77
Barış EKDİ

• Yabancı Mahkeme ve Uluslararası Teşkilat Kararları •

- Hazırlayan.....99
Av. Taylan ARIHAN

• Yüksek Yargı Kararları •

- Hazırlayanlar.....117
Av. Ayşegül AKSAKAL
Av. Başak AYDIN
Av. Özge ÖZTÜRK
Av. Eyyüp YILDIRIM

• Rekabet Kurulu Kararları •

- Hazırlayan.....137
Av. Eyyüp YILDIRIM

• Mevzuat Değişiklikleri •

- Hazırlayan.....153
Av. Ersin SOYBAŞ

FMR Ankara Barosu
Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

MAKALELER

COĞRAFİ İŞARETLERİN KULLANIMI VE DENETİMİ (ANTEP BAKLAVASININ COĞRAFİ İŞARET OLARAK TESCİLİ ÜZERİNE)

Hayri Bozgeyik*

ÖZET

Coğrafi işaretler için öngörülen hukuki koruma çeşitli amaçları vardır. Bunlardan birisi de, belli coğrafi alanların gelişimine katkıda bulunmaktır. Ülkemizde şimdiye kadar tescilli coğrafi işaretler için hukuki korumanın amacı henüz hayata geçirilebilmiş değildir.

Tescil edilen coğrafi işaretlerin kullanım hakkı ve kullanımın denetlenmesi büyük önem taşımaktadır. Mahreç işaretlerinin kullanım hakkının elde edilebilmesi için 555 sayılı KHK 17'de sayılan iki şartın birlikte sağlanması gerekir.

Coğrafi işaretlerin kullanımının denetlenmesi ise en problemlili alanı oluşturmaktadır. Türkiye'deki mevcut uygulamada, denetimin tescili gerçekleştiren kişiye bırakıldığı görülmektedir. Bunun ise tescil ile elde edilmek istenen amaçlara hizmet etmediği açıktır. Bu nedenle 555 sayılı KHK 20 hükmü doğrultusunda denetimin söz konusu ürünün üretimi, işlenmesi veya diğer işlemleri ile uğraşan kişilerden oluşan, yasal kuruluş biçimine bakılmaksızın herhangi bir dernek, birlik veya benzeri örgüt tarafından yapılması gerekmektedir.

* Yrd. Doç.Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Gaziantep Sanayi Odası (GSO), ‘Antep Baklavası’ nı bir coğrafi işaret (mahreç işareti) olarak TPE nezdinde tescil ettirdi. Tescilin, diğer bazı ürünler gibi baklavanın da Rumlar tarafından sahiplenildiğine ilişkin çeşitli haberler üzerine yapıldığını söylemek mümkün. Bugün Türkiye’de yaşayan insanların tarihte geniş bir coğrafyada birçok toplulukla birlikte yaşadığı ve ayrıca Anadolu’nun tarihte çok sayıda uygarlığa aynı veya farklı zamanlarda ev sahipliği yaptığı göz önüne alındığında bu tür tartışmaları oldukça normal karşılamak gerekir. Bu yazı, baklavanın hangi millete ait bir tatlı olduğuna dair tartışmaları bir yana bırakarak, oluşan hamasi atmosfer içinde gözden kaçan bazı noktalara işaret etmeyi amaçlamaktadır. Bu yazıdaki bir takım görüş ve önerilerin, bu tescil ile elde edilmek istenen amaçlara katkı yapmayı hedeflediği, fikri mülkiyet hakları konusundaki bu girişimin de başlı başına takdire şayan olduğu baştan belirtilmelidir. Bu itibarla, baklavayı çıkış noktası alan ve bu eksenle dile getirilen görüşler, aslında onunla bir coğrafi işaret olma noktasında aynı durumda olan birçok şey için de geçerlidir¹. Bu nokta ise, baklavanın veya o ürünün hangi yöreye ait olduğu tartışmalarından daha önemli bir konuma yerleşmektedir.

Coğrafi işaret tescil belgesinin teslim merasiminde GSO Başkanı, *“baklavanın tescilini de alarak Gaziantep’e ait olduğunu ve Türkiye’nin A Milli tatlısı olduğunu”* ilan ederken, *“bu tescille baklavanın kalitesini bozmamak ve aslını korumak adına standart belirleyerek kültürlerini koruma altına aldıklarını”* belirtiyor ve *“baklavanın uluslararası alanda tescili için de gerekli işlemleri başlatacaklarını”* bildiriyordu. Aynı törende Sanayi ve Ticaret Bakanı ise *“verilen tescil belgesinin, son dönemlerde özellikle komşu ülke Yunanistan menşeli tartışmalara son vereceğini, bu belgeyle tüm dünyaya, ‘baklava Antep baklavasıdır ve Türkiye’ye aittir’ dediklerini, bu tescil belgesinin, Gaziantep’in ekonomik değerinin daha da yükselmesine büyük katkı sağlayacağına inandıklarını, hükümet olarak hedeflerinin, Türkiye’nin ekonomik değerinin yükselmesini sağlamak olduğunu, sınıai mülkiyet haklarının sanayi politikası uygulanmasında en önemli faktörlerden birisi olduğunu”* belirterek, *“küreselleşen rekabet ortamında öne çıkmanın ancak özgün tasarımlarla, güçlü markalarla ve teknolojik değeri yüksek patentlerle sağlanabileceğinin”* altını çiziyordu².

Bu ifadeler, bir coğrafi işaretin kayıt altına alınması ile nelerin amaçlandığını da açığa vurmaktadır. Bu açıklamalar ve kural olarak Türkiye sınırları içinde hüküm ifade eden bir tescilin *Antep baklavasının bir Türk tatlısı* olduğunu ifade etmekten daha fazla bir anlam taşıdığına şüphe yoktur. Söz konusu coğrafi işaretin tescili ile öncelikle baklavanın standartlarının belirlenmesi ve korunması ile yörenin ve ülkenin ekonomisine katkı yapılması amaçlanmakta, ayrıca tescil edilen coğrafi işaretin uluslararası ölçekte korumaya kavuşturulması hedef olarak belirlenmektedir.

1 TPE’de tescilli coğrafi işaretler için bkz. <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=431>

2 <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=703&haber=609>

Bu durumda, tescilin ne anlam ifade ettiği, tescil ile ulaşılmak istenen amaçların nasıl elde edilebileceği ve bunun hukuki ve ekonomik boyutlarının neler olduğunun belirlenmesi ile coğrafi işaretlerin kullanılması ve denetlenmesi bakımından mevcut sistemin durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

I. Coğrafi İşaret ve Türleri

Bir ürün yüksek kalitede olsa bile, alıcılar tarafından tanınmadığı takdirde piyasada dışında kalabilmektedir. Çünkü müşterilerin birçok malın satışa sunulmasından önceki özelliklerine ait bilgileri genellikle oldukça sınırlı bir düzeyde kalmaktadır. Bu durum *alıcı ile satıcı arasında bilgi asimetrisi* olarak nitelendirilmektedir³. Bu problemin çözümü için önerilen ve kullanılan önemli araçlardan birisi de o mal veya ürünün ünüdür⁴. Bu noktada coğrafi işaretlerin, üretici/satıcı ile müşteri arasındaki bilgi asimetrisini çözen ve müşterilerin bu işaretleri taşıyan ürünlere daha fazla bir bedel ödemelerine zemin hazırlayan önemli bir araç olduğu görülmektedir.

Bir coğrafi işaretin tescili; buna konu olan ürünün belli bir bölgeye aidiyetinin açıklanması, üretilen mal ve/veya hizmetin belirlenen ayırıcı özelliklere sahip olduğunun garanti edilmesi, kullanımının belli kurallara bağlanması ve o coğrafi işaretin belirlenen özellikleri taşımayan ürünlerde başkaları tarafından kullanılmasının engellenmesi gibi çeşitli amaçlara hizmet etmektedir. Halkın aldatılmasına engel olma düşüncesi de bu amaçlar arasında yer almaktadır⁵. Ancak hepsinin de hedefinde, geçmişten bu yana oluşan ve ekonomik olarak çok yönlü bir anlam ifade eden bölgesel-kültürel değerleri, bunların ilgi çevreleri ile birlikte koruma amacı yer almaktadır. Coğrafi işaretler bölgesel kalkınma bakımından önemli bir potansiyele sahip olup, bu husus coğrafi işaret korumasının ekonomik anlamda en önemli noktasını oluşturmaktadır⁶. Bu nedenle birçok ülke coğrafi işaretleri artık bağımsız bir fikri mülkiyet disiplini olarak yasal düzenlemeler ve/veya ikili ve çok taraflı anlaş-

3 Burrone, Esteban, *Economic Aspects of GIs*, Coğrafi İşaretler Uluslararası Çalıştayı, Türk Patent Enstitüsü, Ankara 3-4 Nisan 2008 (<http://www.tpe.gov.tr>, 1.1.2009).

4 Shapiro, Carl, *Optimal Pricing of Experience Goods*, Bell Journal of Economics, 14 (1983), 2 (Autumn) s. 497-507.

5 Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2004, s.23.

6 Örneğin iş imkanlarını çoğaltmak; üreticiler arasındaki bağı ve karlılığı artırmak, kırsal kesimden göçü azaltmak; turizm gibi bazı sektörlerde katkıda bulunmak vb. de bu kapsamda sayılabilir. Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Gerz, Astrid / Dupont, Franck, "Comté cheese in France: Impact of a geographical indication on rural Development" içinde: *Origin Based Products*, Amsterdam 2006 s.80 vd. Coğrafi işaret koruması konusunda çeşitli yönlerden yapılan hukuki-ekonomik analizler için bkz. Chandola, Harsh V. *Basmati Rice: Geographical Indication or Mis-Indication*, The Journal of World Intellectual Property (2006) Vol. 9, no. 2, s.168 vd.; Cottier, Thomas, *Trade and Intellectual Property Protection In WTO Law*, London 2005; Pugatch, M. Perez, *The Intellectual Property Debates, Perspectives from Law, Economics, and Political Economy*, Cheltenham 2006; Watal, Jayashree, *Intellectual Property rights in the WTO and Developing Countries*, The Hague 2001; Raustiala, Kal / Munzer, Stephen R., *The Global Struggle Over Geographic Indications*, European Journal of International Law, 18 EURJIL 337 (2007).

malarla düzenleme yoluna gitmektedir⁷. Paris⁸, Madrid⁹ ve Lizbon¹⁰ Sözleşmeleri ile TRIPS¹¹ ve AB 510/2006 sayılı Tüzük¹² bu konuda büyük önem taşımaktadır.

Coğrafi işaretler, belirli coğrafi alanlarda yetiştirilen veya üretilen çeşitli ürünlerle (örneğin çay, kahve, peynir, pirinç, patates, soğan veya çeşitli et ürünleri vb.) ilişkin olup, kural olarak herhangi bir ürünün belli bir bölge veya ülke tarafından sahiplenilmesine ilişkin değildir. Bu ürünlerin belli bir bölge (*terroir*¹³) ile birlikte anılmasına etki eden çeşitli faktörler vardır. Bunlar; ürünün başka bir yörede yetişmediği hallerde o bölgenin kendisidir. Belirli bölgedeki insan faktörü vb. nedenlerle kalite de önemli bir etken olabilmektedir. Ürün çeşitli yerlerde üretilse/yetişse bile belli bir bölgede yetiştirilen/üretilen ürünlerin ünü veya üretimdeki bazı veya tüm adımların belli bir bölgede yapılmış olması da birer faktör olabilmektedir. Bu faktörler sayesinde, en geniş anlamıyla coğrafi kaynağı gösteren bir yer adı nitelikli bir coğrafi işaret (*Qualified GIs*) haline gelmektedir¹⁴.

Türk hukukunda coğrafi işaretlerle ilgili temel düzenleme 555 sayılı KHK'dır. 1995 yılında kabul edilen bu KHK'nin 3. maddesi coğrafi işareti "*belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibarıyla kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaret*" şeklinde tanımlamaktadır. Bu tanıma göre coğrafi işaret;

Sadece sicilde belirtilen bölgede üretilen veya sunulan mal ve hizmetler için kullanılabilecek olan '*mense adı*' ve

Bu alan dışında da üretilip sunulsa bile belli özelliklere sahip olması mümkün olan mal ve hizmetler için kullanılabilecek olan '*mahreç işareti*'

7 O'Connor, Bernard, *The EC Need Not Be Isolated On GIs*, EIPR 2007, 29(8), 303 vd.

8 1883 Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

9 1891 Madrid Agreement for the Repression of False and Deceptive Indications of Source on Goods.

10 1958 Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin.

11 http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04b_e.htm#3

12 Council Regulation (EC) No 510/2006 of 20 March 2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, <http://www.wipo.int/clea/en/details.jsp?id=1458>.

13 Kavram için bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Terroir>

14 1883 Paris ve 1981 Madrid Sözleşmelerinde kullanılan *indication of source* (kaynak işareti) kavramı geniş anlamda coğrafi işaret niteliği taşımaktadır. Buna karşı herhangi bir uluslararası sözleşmede kullanılmayan *nitelikli coğrafi işaret*, ürünün kalite ve ününe atıfta bulunan mense ve mahreç işareti gibi bir seviyeye ulaşmış coğrafi işaretler için doktrinde ve bazı yargı kararlarında kullanılan bir kavramdır. Bu konuda bkz. Mühlendahl, Alexander, *Requirements for the Protection of GIs in Countries that do not have Sui Generis Systems – The Issue of Compatibility between Protection in the Country of Origin and Protection of GIs Abroad*, Interregional Workshop on Geographical Indications for OIC Countries, Ankara, April 3- 4, 2008 (www.tpe.gov.tr, 1.1.2009); OLG München 24.01.1985 6 U 3345/83, IIC 1986 6 s. 788; Yıldız, Burçak, *Coğrafi İşaretlere ve Coğrafi Köken Gösteren Diğer İşaretlere İlişkin Olarak Uluslararası Sözleşmelerde ve Avrupa Birliği Hukukunda Kullanılan Kavramların Kapsamı ve Bu Kavramların Hukukumuzda Uyarlanması Sorunu*, Ankara Barosu Fikri mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi FMR 2007/4 s.45 vd.

olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

‘Menşe adı’;

Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan, bölge veya çok özel durumlarda ülkeden kaynaklanan bir ürün olması;

Tüm veya esas nitelik veya özellikleri bu yöre, alan veya bölgeye özgü doğa ve beşeri unsurlardan kaynaklanan bir ürün olması;

Üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinin tümüyle bu yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılan bir ürün olması

halinde söz konusu olmaktadır.

‘Mahreç işareti’ ise;

Coğrafi sınırları belirlenmiş bir yöre, alan veya bölgeden kaynaklanan bir ürün olması,

Belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle bu yöre, alan veya bölge ile özdeşleşmiş bir ürün olması, ve

Üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin belirlenmiş yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılan bir ürün olması

halinde söz konusudur.

555 sayılı KHK m.3/5 anlamında ‘mahreç işareti’, 510/2006 sayılı AB Tüzüğü m. 2.1.b ve TRIPS Bölüm 3’de (m.22 vd.) kullanılan *Geographic Indication* kavramı ile aynı anlama gelmektedir¹⁵.

II. Coğrafi İşareti Kullanım Hakkı

‘Tescilli Coğrafi İşaretin Kullanımı’ başlığını taşıyan 555 sayılı KHK m.17/2 c.2 de:

‘Mahreç işaretlerinin kullanımı için;

Ürünün üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin sicilde belirtilen yöre, alan veya coğrafi bölge sınırları içinde yapılmış olması ve

Ürünün sicilde gösterilen kalite, ün ve diğer özellikleri taşıması şartı aranır’

hükümünü içermektedir. Bu hüküm ile paralel bir şekilde 510/2006 sayılı AB Tüzüğü m. 2.1.b hükmünde de, KHK’da yer alan *mahreç işareti*ne karşılık gelen *geographic indication* kavramının tanımında ‘ürün’ün “*üretimi ve/veya işlenmesi ve/veya hazırlanması işlemlerinin belirtilen coğrafi alan içinde yapılması*” gereği belirtilmektedir¹⁶.

15 Bkz. Yıldız, s.75 vd ve dn.146.

16 “*The production and/or processing and/or preparation of which take place in the defined geo-*

İlgili tescil belgesinde ise ‘Antep baklavası’nın bir ‘mahreç işareti’ olduğu belirtilmekle ve 555 sayılı KHK m.3/5 (a) bendinin gereği coğrafi alan olarak “Gaziantep ili” gösterilmekle birlikte, bu ürünün “*üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin belirlenmiş yöre, alan veya bölge sınırları içinde yapılması*” (555 sayılı KHK m.3/5 c bendi) yönünde herhangi bir kural veya tanımlamanın yer almadığı görülmektedir. Bu nedenle de, tescil belgesine göre, bu belgede belirtilen malzemeleri kullanmak şartıyla, söz konusu ürünün Türkiye’nin –ve dünyanın- her tarafında, herkes tarafından üretilmesi ve satılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Mahreç işaretine konu ürünü ortaya çıkarıcı üç önemli unsur; belli bir coğrafi alan, ürünün imalatında kullanılan malzemeler ile üretim teknikleridir. Coğrafi alanın bir unsur olması, ilgili sektördeki iş gücü, mesleki bilgi birikimi ve deneyimi nedeniyedir. Ancak ‘Antep baklavası’ sicil kaydında, ne üretimde kullanılacak malzemeler ne de iş gücü konusunda kaynağın ve deneyimin doğrulanmasına ilişkin bir sistem öngörülmüştür. Sicil kaydı, ürünün temel malzemelerinden olan “Antep fıstığı” ile ilgili coğrafi işaret (*menşe işareti*) kaydı¹⁷ ile birlikte incelendiğinde, Türkiye’nin herhangi bir yerinde yetiştirilen ‘Antep fıstığı’, herhangi bir yerinde üretilen ‘sade yağ’ ve tescilde belirtilen özelliklere sahip yine herhangi bir yerinde üretilen diğer malzemeleri kullanarak, herhangi bir kimsenin, herhangi bir yerde ‘Antep baklavası’ üretip satması ve dolayısıyla bu coğrafi işareti yasal anlamda kullanması mümkün gibi gözükmemektedir. Oysa bu derece esnek bir yapı içerisinde, tescilde öngörülen denetimin ne denli işlevsiz kalacağı, coğrafi işaretin tescili ile güdülen amacın elde edilmesinin oldukça zor olacağı açıktır.

Daha somut bir şekilde ifade etmek gerekirse, örneğin İstanbul’da faaliyet gösteren herhangi bir uluslararası firmanın, bu tescil belgesinde belirlenen özelliklere sahip olan ‘Antep baklavası’ni üretip Türkiye veya tüm dünyaya, artık oldukça hızlanan ve çeşitlenen dağıtım kanalları üzerinden satması sonucunda, ‘sicil bölgesi’nin ekonomisi ve başta bu bölgedeki üreticiler yani söz konusu ürünle ilgili sektör bundan hiç bir fayda elde edemeyecektir. Tescil belgesinde belirtilen ve bir kısmının denetlenen her firmaya iade edilmesi öngörülen ‘denetim bedeli payı’ ise bu konuda son derece sınırlı, belli belirsiz bir etkiye sahip olacaktır. Özellikle çok sayıda küçük işletmelerden oluşan Antep baklavası sektörü açısından bu hususun önemli olduğu açıktır. Diğer coğrafi işaretler açısından bakıldığında da durum aynıdır. Bu ve benzeri senaryolar karşısında coğrafi işaretlerin hangi dinamik korumalardan yararlanabileceği sorgulanmalıdır.

Kanaatimizce, sicilde gösterilen kalite özelliklerine uygun üretim yapmak ‘Antep baklavası’ coğrafi işaretini kullanma hakkına sahip olabilmek için yeterli değildir. Çünkü yasal düzenleme, genel anlamda baklava kalitesinin yükselmesinden başka

graphical area”. Bkz. Bently, Lionel / Sherman, Brad, *Intellectual Property Law*, Second Edition, Oxford 2004, s.981.

17 <http://www.turkpatent.gov.tr/dosyalar/cografitescil/27-1.jpg; 27-2.jpg; 27-3.jpg> (4.1.2009).

amaçlar gütmektedir. İlin çok önemli sanayi kuruluşlarını bünyesinde barındıran Oda'nın da sansasyonel bir tescil işlemi ile daha kapsamlı ve somut amaçlar güdeceği de açıktır.

KHK hükmü açık bir şekilde, mahreç adının sicil bölgesi dışında kullanılabilmesi için, kalite gerekliliklerine uygun olmasının da ötesinde, ürünün “*üretim, işlenme ve diğer işlemlerinden en az birinin sicilde belirtilen coğrafi bölge içinde yapılmış olmasını*” aramaktadır (555 sayılı KHK m.3). Bu doğrultuda, ‘Antep baklavası’ny meydana getiren şey, onun belirgin niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle Gaziantep ile özdeşleşmiş olması ve üretimi, işlenmesi ve diğer işlemlerinden en az birinin Gaziantep sınırları içinde yapılması gereğidir. Zira diğer coğrafi işaretlerde olduğu gibi bu ürünün de sahip olduğu özellikler, onu meydana getiren hammaddede veya işgücünün toplamından daha fazla bir şeydir.

Tescil belgesi incelendiğinde, ürünün ‘*üretimi, işlenmesi ve diğer işlemleri*’nin ne anlama geldiği yeterince açık değildir¹⁸. Bu açıdan;

Ürünün bütünüyle ilgili coğrafi alanda üretilmesi,

Ürünün kısmen ilgili coğrafi alanda üretilmesi,

Ürünün -ayırt edici nitelikleri belirlenen- malzemelerinin bu bölgeden temin edilmiş olması,

Nitelik ve kriterleri belirlenmek şartıyla, ürünü ortaya çıkaran işgücünün bu bölgede yetişmiş olması

örnek olarak sayılabilir.

Coğrafi işareti kullanma hakkının kapsamı 555 sayılı KHK'ya göre belirlendiğinden, 555 sayılı KHK m.17/2 c.2’de belirtilen **iki şartı bir arada sağlamayan** kullanımlar engellenebilecektir.

18 Kanaatimizce tescil belgesindeki açıklamalar bu konuda yeterli değildir. Örneğin, ‘ürünün tanımı’ başlığı altında “antep fıstığı” da sayılmakta ve bu ürün “coğrafi işarete sahip antep fıstığı” olarak tanımlanmaktadır. “Ürünün ayırt edici özellikleri” kapsamında “antep fıstığı” için sayılan özelliklerin ise bu ürüne ait coğrafi işaret tescil belgesinde özel olarak belirtilmediği, ayrıca söz konusu ürün için çok geniş bir coğrafi alan belirlendiği görülmektedir. Bu durum ise ürünün imalatında kullanılması gereken malzemeler konusunda duraksamaya neden olabilecek niteliktedir. Aynı şekilde, ürünün tanımında yer alan “babadan oğula, ustadan çırağa” ifadesi de yeterince açık değildir. Oysa, nitelikli işgücü, yani sanatkarlık derecesinde bir ustalık, söz konusu ürünün ayırtıcı üç temel öğesinden biridir. Tescilin önemli amaçlarından birisinin de bölgedeki işgücü potansiyelinin değerlendirilmesi olduğu, malzemelerin herhangi bir usta elinde tescille konu ürüne her zaman dönüşmesinin öngörülemeyeceği düşünülmektedir. Bu bakımdan ürün özelliklerinin daha ayrıntılı olması gerektiği düşünülebilir. Karş. uluslararası alanda bazı tescillerde yüz sayfaya yaklaşan ürün açıklamaları ile ilgili bazı örnekler için bkz. Bently/Sherman, s.982. Bir cins portakal için tescilli bir coğrafi işaretin (*PDO, protected designation of origin*) kullanılabilmesi için, üretim usulleri ile birlikte fidanların da menşe ülkesinden temin edilmesi gerektiğine ilişkin bir uygulama örneği için bkz. Neil Wilkof and Shir Uzrad, *In the matter of the appellation of origin for 'JAFFA'*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2008, Vol. 3, No. 1, s. 17-20. Menşe ülkesinin bu yolla, diğer mevsimlerde ve farklı ülkelerde yetişen portakallar üzerinden de ekonomik gelir sağladığı görülmektedir.

III. Coğrafi İşaret Üzerindeki Hakkın Kapsamı

Sicil kaydında da ifade edildiği üzere baklava Türk mutfağına ait geleneksel tatlılardan biridir. Tescil ise ‘baklava’ ürününde ‘Antep baklavası’ coğrafi işaretinin kullanılmasını belli kurallara bağlamaktadır. Tek başına ‘baklava’ veya m.15 (b) bendindeki durumlar hariç olmak üzere yine tek başına ‘antep’ kelimesi bakımından ise bir engel bulunmamaktadır (m.16).

Coğrafi işaret korumasının kapsamını belirleyen m.15’e göre, *coğrafi işaret başvurusu yapma hakkına sahip olan kişiler ile tescil edilmiş coğrafi işareti kullanma hakkına sahip kişiler, üçüncü kişiler tarafından aşağıda sayılan fiillerin yapılmasını önleme hakkına sahiptir:*

a) Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran ya da çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı,

b) Sözcük olarak gerçek coğrafi yeri ifade etmekle birlikte halkta haksız biçimde ürünün başka yer kaynaklı olduğu izlenimini bırakan kullanımı veya korunan adın tercümesinin kullanımı veya ‘stilinde’, ‘tarzında’, ‘tipinde’, ‘türünde’, ‘yöntemiy-le’, ‘orada üretildiği biçimde’ veya benzeri diğer açıklama veya terimlerle birlikte kullanımı,

c) Ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi,

d) Ürünün menşei konusunda halkı yanıltabilecek biçimde ambalajlanması veya yanlış yaratılabilecek diğer herhangi bir biçimde sunulması.

Buna göre, KHK m.17/2 c.2’de yer alan düzenleme saklı kalmak üzere, aşağıda sayılan kullanımların, ‘Antep baklavası’ coğrafi işaretini tescil ettiren veya bunu kullanma hakkına sahip olan kişiler tarafından engellenmesi mümkündür:

Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar. ‘Gaziantep’li ... Usta’ vb. kombinasyonlar veya Gaziantep’e ait veya bu ili temsil eden tarihi ve kültürel değerlerle birlikte kullanım.

Tescil kapsamındaki ürünleri andıran ya da çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı. Gaziantep’i açık bir şekilde çağrıştıran isim ve işaretlerle birlikte baklava satılması. Örneğin ‘Gaziantep Lokantası’, ‘Gaziantep Pastanesi’ vb. gibi yiyecek, içecek ve tatlı sunulan ve satılan yerlerde veya ‘Gaziantep Süpermarket’ gibi bir adı taşıyan işletmenin tatlı reyonundaki kullanımlar.

Sözcük olarak gerçek coğrafi yeri ifade etmekle birlikte halkta haksız biçimde ürünün başka yer kaynaklı olduğu izlenimini bırakan kullanımlar. Örneğin gerçek coğrafi yerle somut hiç bir bağlantısı olmayan kişi veya işletmeler tarafın-

dan kullanılması. Bir işletmenin, bu coğrafi işareti daha önce hiç kullanmadığı ve ürün ve üretim tekniği ile üretim süreçlerinde hiç bir değişiklik yapmadığı halde sonradan kullanmaya başlaması bu kapsamda düşünülebilir.

Korunan adın tercümesinin kullanımı. Özellikle tatil yörelerindeki veya turistik bölgelerdeki kullanımlar. Özellikle Antep veya Gaziantep ismi ile birlikte, yabancılar tarafından da bilinen ve kullanılan ‘baklava’ veya eş anlamlı kelimelerin, örneğin ‘tatlı’ anlamına gelen İngilizce *sweet, dessert, pastry*; pasta veya genel anlamda hamur işi anlamına gelen Almanca *Gebäck* vb. ile birlikte kullanılması.

‘Stilinde’, ‘tarzında’, ‘tipinde’, ‘türünde’, ‘yöntemiyle’, ‘orada üretildiği biçimde’ veya benzeri diğer açıklama veya terimlerle birlikte kullanımı. ‘Antep usulü’, ‘Antep fıstıklı¹⁹’, ‘Antep tarzı’ vb.

Ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiyeye yer verilmesi. Gaziantep’e ait resimlerin, kendisi de ayrıca bir coğrafi işaret olarak korunan ‘antep fıstığı’nın resminin, şeklinin vb. kullanılması. Ayrıca, ‘G.Antep’ vb. kısaltmalar veya bu şehre ait tarihi isimlerle birlikte kullanımlar.

Ürünün menşei konusunda halkı yanıltabilecek biçimde ambalajlanması. Üzerinde Gaziantep’e ait ve tanınmış çeşitli baklava markalarıyla iltibas oluşturan isim ve işaretlerin kullanılması aynı zamanda coğrafi işarete de tecavüz oluşturabilir. Bu noktada, Gaziantep menşeli tanınmış bir ‘Antep baklavası’ markası olan ‘Güllüoğlu’ ile iltibas oluşturan tüm markaların aynı zamanda ‘Antep baklavası’ coğrafi işaretine de tecavüz oluşturduğu söylenebilir.

Yanlış yaratabilecek diğer herhangi bir biçimde sunulması.

Bu engeller, coğrafi işareti KHK m.17/2 c.2 anlamında kullanma hakkına sahip olmayan kişiler bakımından söz konusudur. Coğrafi işareti kullanma hakkına sahip olan, yani KHK m.17/2 c.2’deki şartları sağlayan kişilerin ise m.15’de sayılan kullanımlara yetkili olacağı açıktır. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik’te (Coğr.İş.Yön.) yer alan düzenlemeye göre 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname şartlarını karşılayarak tescil edilen coğrafi işaretler sadece tescil edildiği ürünler üzerinde kullanılır (Coğr.İş.Yön. m.13/1). Söz konusu coğrafi işareti kullanma hak-

19 Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanım kavramı oldukça esnek ve tescilli coğrafi işaretler için öngörülen korumayı güçlendirmektedir. Bazı yargı kararlarında, coğrafi işarete (510/2006 sayılı AB Tüzüğü anlamında PGI, *protected geographic indication*) sahip bir ürün, başka bir ürün karışımının üretiminde gerçekten kullanılmış olsa bile, karışımın etiketinde buna atıfta bulunulmasının başlı başına o coğrafi işaretin ününden yararlanmak şeklinde yorumlandığı görülmektedir. Bkz. ‘*mit Spreewälder Gurken*’ LG Berlin 23.08.2005 - 102 O 60/05, GRUR-RR 2005 s.353. Bu konuya ilişkin olarak bkz. *Hartmann, Malte, Reference to a protected geographical indication on a composite food product*, Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2006, Vol. 1, No. 5, s.306 vd.

kı olanlar, bunu, sadece tescil kapsamına giren ürünler üzerinde kullanabilir. Bu kişinin, örneğin cevizli, sade, sütlü vb. farklı ürünler üzerinde ‘Antep baklavası’ coğrafi işaretini kullanması mümkün olmayacaktır.

IV. Denetim Sistemi

İlgili tescil belgesi incelendiğinde, tescili gerçekleştiren GSO’nun bir denetleme sistemi kurmayı amaçladığı, bu kapsamda *Türkiye genelinde ‘Antep baklavası’ imal eden firmaların esnaf ve ticaret sicil kayıtlarından ve vergi kayıtlarından tespit edileceği, ayrıca TOBB ve tüm odalar aracılığıyla ülke çapında Antep baklavası üreten firmaların tespit edileceği, çeşitli yollarla tespit edilen firmalar ile GSO’ya ‘Antep baklavası’ imal ettiğini bildiren veya bu ürünü imal ettiğini basın ve yayın aracılığı ile duyuran bütün firmaların, oluşturulacak denetim komitesi tarafından denetleneceği* belirtilmektedir. Belgede bu denetleme heyetinin nasıl oluşturulacağı da gösterilmekte ve *denetimin yılda düzenli olarak bir kez olacağı, şikâyet üzerine denetim sisteminin de söz konusu olduğu* ifade edilmektedir. Buna ek olarak *denetlenen firmalardan; muayene, inceleme ve raporlama masrafları için brüt asgari ücretin en fazla beş katı oranında bir denetim ücreti alınması öngörülmekte, bu fiyatın denetleme sonrasında çıkan masraflara göre firmalara bildirileceği, Gaziantep dışında faaliyet gösteren ve denetlenen firmalardan ise heyetin ulaşım ve iâşesi gibi nedenlerle ek masrafların da alınacağı, bu bedellerin ise GSO’ya bildirildikten sonra o ilde denetim geçirmiş firmalara eşit şekilde pay edileceği* dile getirilmektedir. Yani özetle; Türkiye çapında ‘Antep baklavası’ üreten firmalar GSO tarafından oluşturulacak heyet tarafından bu tescil belgesinde belirtilen ürün özellikleri ve imal usulleri açısından denetlenecek, bu denetim kapsamında yapılan masraflara göre her firma için değişebilecek oranda bir denetim bedeli tahsil edilecek, bu paralar ise o ilde denetim geçirmiş olan firmalar arasında eşit olarak paylaşılacaktır. Bir başka ifadeyle, tescil belgesinden okunduğu şekli ile GSO tarafından kurulmak istenen sistem, ‘Antep baklavası’ ibaresini kullananların denetimi ve bundan elde edilecek gelirin denetlenen firmalar arasında eşit oranda paylaşılması esasına dayanmaktadır.

Buna göre; denetim sistemi, firmaların aşağıdaki yollarla belirlenmesini öngörmektedir:

Esnaf ve ticaret sicil kayıtları ile vergi kayıtlarından belirlenen firmalar,

TOBB ve tüm odalar aracılığıyla belirlenen firmalar,

Çeşitli yollarla belirlenen firmalar,

GSO’ya ‘Antep baklavası’ imal ettiğini bildiren firmalar,

Bu ürünü imal ettiğini basın ve yayın aracılığı ile duyuran firmalar.

Bunlardan ilk iki sırada sayılan yöntem pratik olarak işlevsel olmayıp, sistem denetlenecek firmaların tespitine ilişkin olarak kendi içinde oldukça esnek bir yapı arz etmektedir.

555 sayılı KHK'nin "Kullanımın Denetimi" başlığını taşıyan m.20 hükmünde göre, "Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında coğrafi işareti tescil ettiren, söz konusu ürünün üretimi, işlenmesi veya diğer işlemleri ile uğraşan kişilerden oluşan ve yasal kuruluş biçimine bakılmaksızın herhangi bir dernek, birlik veya benzeri örgüt, coğrafi işarete konu olan ürünün üretimi, pazarlanması, tescilli menşe adı veya mahreç işaretinin kullanım biçimi, markalanması, ürün üzerinde belirtilmesi, işaretleme veya etiketleme şekillerini ayrıntılı olarak denetlemek üzere yeterli personel, ekipman ve diğer olanaklara sahip olacak ve söz konusu ürünün üretim durumlarını sürekli kontrol edecektir. Denetim işlemi için konu ile ilgili uzman ve tarafsız kurum veya kuruluşlarla işbirliği yapılabilir" (m.20/1).

'Antep baklavası' tescil belgesinde belirtilen denetim sistemi; 'un, irmik ve makarna sanayi', 'bitkisel yağ, yağlı tohum, kuruyemiş ve şekerleme imalatı', 'işlenmiş buğday, unlu mamuller ve meşrubat imalatı' meslek komitesi grupları ile tescilli yaptıran sanayi odasının yönetim kurulu üyelerinden seçilecek kişilerle birlikte toplam 5-7 kişiden oluşan bir denetim heyetinin oluşturulması, bu heyetin ise üniversite imkânlarını kullanarak denetim yapması esasına dayanmaktadır.

Önerilen denetim sistemine bakıldığında, coğrafi işarete konu ürünün, bunun yapımı için önerilen malzemeler ve kalite özellikleri bakımından denetlenmesi amacının öne çıktığı görülmektedir. GSO'nun üye veritabanı incelendiğinde esas sözleşmesinde faaliyet konuları arasında 'baklava'nın da yer aldığı sadece bir firma bulunduğu görülmektedir²⁰. Bu durum ise, tescil belgesinde önerilen denetleme sisteminin 555 sayılı KHK m.20/1'de öngörülen sistemle örtüşmediğini ve denetimin etkin bir şekilde işleminin pratik olarak oldukça zor ve verimsiz olacağına işaret etmektedir.

Coğrafi işaretlerin tescili için başvuru hakkını düzenleyen m.7'de; a) Söz konusu ürünün üreticisi olan gerçek veya tüzel kişiler, b) Tüketici dernekleri ve c) Konu ve coğrafi yöre ile ilgili kamu kuruluşlarının bu amaçla başvurabileceği ifade edilmekte; m.8'in (g) bendinde ise başvuru şartları arasında "20 nci madde hükümlerine uygun olarak denetleme biçimini ayrıntılı olarak açıklayan bilgiler" de sayılmaktadır. 555 sayılı KHK m.20/1'de hükmündeki, "söz konusu ürünün üretimi, işlenmesi veya diğer işlemleri ile uğraşan kişilerden oluşan ve yasal kuruluş biçimine bakılmaksızın herhangi bir dernek, birlik veya benzeri örgüt..." ifadesi "...coğrafi işareti tescil ettiren" kişi veya kurumu ifade etmemektedir. Kanatımızca 555 sayılı KHK, coğrafi işaretin kullanımı ile ilgili kontrol hak ve yükümünü sadece bu işareti tescil ettirenin inhisar ve inisiyatifine bırakmamaktadır (m.20/1). Ferdi marka sisteminde olduğunun (556 sayılı KHK m.9) aksine, coğrafi işaret üzerinde onu tescil ettiren yararına bir inhisar hakkı oluşmadığı açıktır. Anılan hüküm, denetim sisteminin yeterli personel, ekipman ve diğer olanaklara sahip ve söz konusu ürünün üretim durumlarını sürekli kontrol edebilecek bir yapı olması gereğine işaret

20 <http://www.gso.org.tr/uyelerimiz.asp?syf=ayrinti&id=1612> (04.01.2009).

etmektedir. Objektif ve tarafsız²¹ olması gereken bu yapı ise, aynı hüküm gereğince, ancak *söz konusu ürünün üretimi, işlenmesi veya diğer işlemleri ile uğraşan kişilerden oluşan ve yasal kuruluş biçimine bakılmaksızın herhangi bir dernek, birlik veya benzeri bir örgüt* olabilir²². Örgütün gerekli standartlara sahip herhangi bir kamu veya özel kuruluş olması mümkündür.

Ancak bilindiği kadarıyla Gaziantep’te ‘Antep baklavası’nın üretimi, işlenmesi ve diğer işlemleri²³ ile uğraşan kişilerin oluşturduğu herhangi bir mesleki örgüt bulunmamaktadır. Denetim sisteminin fiilen kurulmuş olması, tescil başvurusunun bir şartı olmamakla birlikte, başvuru yapan kişinin 555 sayılı KHK 20’de belirtilen özellikleri taşıyan böyle bir yapıyı önermesi gerekmektedir²⁴.

Ülkemizde tescilli coğrafi işaretlerin kullanımının denetimi (*monitoring and enforcement of the GIs*) ile ilgili tereddütlerin aslında tescil merci olan TPE’nin bazı uygulamalarından kaynaklanmaktadır. Çünkü, TPE tarafında, “*ülkemizdeki coğrafi işaretler alanında denetim sisteminin bir takım sıkıntılı noktalar içerdiği, başvuru sırasında, tarafsızlığın sağlanması ve daha nitelikli, daha etkin bir denetimin yapılabilmesi için, başvuru sahibinin organizasyonunda, tescile konu ürünle ilgili yeterli bilgiye sahip diğer kuruluşların (özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının) denetim komisyonu içerisinde yer almasının tavsiye edildiği*” görülmektedir. Oysa, Antep baklavası örneğinde, *tarafsız, daha nitelikli, daha etkin bir denetimin* yapılabilmesi için somut etken bir yapının belirlenmediği de açıktır.

Sonuç

Coğrafi işaretlerin korunmasında önemli, kapsamlı ve somut amaçlar yer almaktadır. Ülkemizde TPE nezdinde çok sayıda coğrafi işaret tescil edilmiş olmakla birlikte, sağlanan koruma ile ilgili yeterli somut adımların atıldığını söylemek henüz mümkün değildir.

Mahreç işaretlerinin kullanımı için 555 sayılı KHK m.17/2 c.2 de sayılan iki şartın bir arada sağlanması gerekir. Kalite gereklilikleri veya ürün niteliklerini karşılamadan ve üretim, işleme ve diğer işlemlerden en az birisi sicilde belirtilen alanda yapılmadan bir mahreç işaretini kullanma hakkı doğmayacaktır.

Coğrafi işaretin kullanımının denetlenmesi konusunda, adına tescil yapılan kişi veya

21 Bently/Sherman, s.984.

22 Tescilli bir menşe işareti (*PDO, protected designation of origin*) olan *Parmigiano Reggiano* ile ilgili olarak oluşturulan konsorsiyum yapısı ile ilgili olarak bkz. http://www.parmigiano-reggiano.it/sezione_home/13415/Consortium.aspx; aynı şekilde PDO olan *Grana Padano* ve konsorsiyum için *Consortio per la Tutela del Formaggio Grana Padano*, bkz. <http://www.granapadano.it/ing/consortium/index.htm> ve bağlantılı sayfalar.

23 Bu kapsamda örneğin, üretimde kullanılan malzemelerin kalite ve kaynaklarının doğrulanması, nitelikli iş gücünün yetiştirilmesi ve eğitimi, markalama, reklam, tanıtım ve pazarlama alanlarında çeşitli faaliyetlerin yapılması vb. hususlar sayılabilir.

24 Bently/Sherman, s.984.

kuruluşa terkedilmiş bir inisiyatif bulunmamaktadır. Oysa mevcut uygulamada, denetimin tescili gerçekleştiren kişiye bırakıldığı ve bunun da tescil ile elde edilmek istenen amaçlara hizmet etmediği görülmektedir. Bu nedenle 555 sayılı KHK m.20 hükmü doğrultusunda denetimin *söz konusu ürünün üretimi, işlenmesi veya diğer işlemleri ile uğraşan kişilerden oluşan, yasal kuruluş biçimine bakılmaksızın herhangi bir dernek, birlik veya benzeri örgüt* tarafından yapılması gerekmektedir.

Denetim, aynı hüküm doğrultusunda coğrafi işarete konu olan ürünün üretimi, pazarlanması, tescilli coğrafi işaretin kullanım biçimi, markalanması, ürün üzerinde belirtilmesi, işaretleme veya etiketleme şekillerine ilişkin olarak yapılacaktır. Bu denetimi yapacak organın ise yeterli personel, ekipman ve diğer olanaklara sahip ve söz konusu ürünün üretim durumlarını sürekli kontrol edecek bir yeteneğe sahip olması gerekir. ‘Antep baklavası’ örneğinde de, ‘esnaf’ veya ‘tacir’ olmalarına bakılmaksızın ilgili bölgedeki üreticilerden oluşan bir örgütün kurulması, bu örgütün, tarafsız ve uzman kurum ve kuruluşların da desteği ile söz konusu coğrafi işaretin korunması için gerekli yetkileri kullanabilmesi gerekmektedir.

BİR 'ENGELLİ İSTİSNASI' MI YOKSA 'İSTİSNAÎ BİR ENGEL' Mİ?: FSEK EK MADDE 11 ÜZERİNE ELEŞTİREL BİR İNCELEME

Mustafa Ateş *

ÖZET

FSEK'in Ek Madde 11 hükmü, uygar toplum olmanın ve Anayasa'da yer alan 'sosyal devlet' ilkesinin bir gereği olarak, hukuk sistemimize dâhil olan yeni bir düzenlemedir. Hükmün amacı, herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük ihtiyaçlarını karşılama güçlükleri olan kişilerin, fikir ve sanat ürünlerinden yararlanabilmelerini sağlamaktır. Böylece, diğer bireyler gibi, engellilerin de bilimden pay ve sanattan haz alabilmeleri mümkün olduğu ölçüde kolaylaştırılmak istenmiştir. Ancak, söz konusu madde mevcut haliyle engelli bireylerin fikir ve sanat eserlerinden yararlanmasını kolaylaştırmak yerine, zorlaştırmak gibi bir işlev de görebilecek niteliktedir. Bu makalede maddenin eleştirel bir analizi yapılmakta ve bazı önerilerde bulunmaktadır.

* Dr., Rekabet Kurulu Üyesi.

Bu makalede açıklanan görüşlerin yazarın mensubu olduğu Kurulu ilzam etmez.

I. GİRİŞ

İnsanın fikrî emek ve çalışmalarıyla ortaya koyduğu neticelere ‘fikrî ürün’ denilmektedir. Hukuk kuralları, yalnızca sahibinin özelliğini taşıyan ve kişi ve toplum bakımından değer arzeden fikir ürünlerine koruma sağlamaktadır. Hukuken korunmaya değer bir fikrî ürün meydana getiren kişiye de eser sahibi denilmektedir. Fikrî ürünlerin hukukça korunmasından maksat, bu ürünleri meydana getiren kişilere, onlar üzerinde bir takım yetkiler tanınması demektir. İşte, eser üzerinde hukuken korunmaya değer görülen eser sahibinin yetkilerinin bütününe ‘fikrî hak’ denilmektedir.

Fikri haklar kamu hukuku bakımından temel insan hakları kapsamında mütalâa edilmektedir.¹ Nitekim 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 27. maddesinde, herkesin meydana getirdiği eserler üzerindeki malî ve manevî hakların korunmasını isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Özel hukuk bakımından ise bu haklar “mutlak haklar” grubunda yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle eser sahibi bu haklarını herkese karşı ileri sürebildiği gibi, bu haklar herkes tarafından da ihlâl edilebilen haklardır. Fakat eser sahibi, bu hakların ihlâl edilmemesini herkesten talep edebilir. Hiç kimse, onun iradesi dışında bu haklar üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Buna mukabil, fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahiplerinin dışındaki kişilere tanınmış haklar da vardır. 3. kişilerin eserlerden yararlanma hakkı da niteliği itibarıyla temel insan haklarından. Mamafih, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 27. maddesinde, herkesin toplumun kültürel faaliyetlerine katılmaya, güzel sanatlardan haz almaya, bilim alanındaki ilerleyişe katılmaya ve bunlardan yararlanmaya hakkının bulunduğu ifade edilmekle, fikir ve sanat eserlerinden yararlanmanın bir temel hak olduğu belirtilmiş olmaktadır. O halde herkes öncelikle kendisinin meydana getirdiği eser üzerinde münhasır ve mutlak haklara sahiptir, hem de başkasının meydana getirdiği eserlerinden hukuk düzeninin tayin ettiği şartlar dâhilinde yararlanma hakkına sahiptir.

Eserlerden 3. kişilere tanınmış olan yararlanma yetkisi, eser sahibi yönünden bakılınca, onun haklarının bir istisnası, diğer bir ifadeyle onun haklarının ‘sınırlanması’ görünümü arz eder. Bu sınırlamalar, tüm hakların sınırlanmasında olduğu gibi, ancak kanunla yapılabilir ve bunların sosyal, kültürel, bilimsel, kamu düzeni ve toplum yararı gibi kavramlarla açıklanabilecek gerekçeleri bulunmak durumundadır.

Türk hukukunda eser sahibinin haklarının sınırları 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) ile belirlenmiştir. Bu istisna ve sınırlamalara geniş bir şekilde temas edilmesi bu makalenin amacı değildir.² Bu makalenin konusunu, eser sahibinin hak-

1 **Ayiter, Nuşin**, *Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri*, Ankara 1981, 14; **Tekinalp, Ünal**, *Fikrî Mülkiyet Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2005, 37.

2 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş, Mustafa**, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı ve Sınırlandırılması*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, (Bundan böyle “**Ateş, Kapsam ve**

larına engelli bireylerin fikir ve sanat eserlerinden yararlanabilmelerini sağlamak ve kolaylaştırmak amacıyla FSEK'e getirilen 'istisna' hükümlerinin irdelenmesi oluşturmaktadır. Bu çerçevede, önce 'istisna' kavramının fikir ve sanat hukuku bakımından anlamı ve önemine kısaca değinilecek, daha sonra da 5101 sayılı Kanun'la 2004 yılında FSEK'e dâhil edilen engelli istisnasına ilişkin Ek Madde 11 hükümlerinin kapsamı ve uygulanabilme şartlarına açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

II. FİKİR VE SANAT HUKUKUNDA İSTİSNA KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Eser üzerinde eser sahibine tanınmış haklar, mutlak haklardır. Diğer bir ifadeyle, eser sahibi bu haklarını herkese karşı ileri sürebildiği gibi, bunlar herkes tarafından da ihlâl edilebilen haklardır. Ancak, eser sahibi, bu hakların ihlâl edilmemesini herkesten talep edebilir. Hiç kimse, onun iradesi dışında bu haklar üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Eserin varlık sebebi olarak eser sahibine tekel niteliğinde bir takım hakların tanınmış olması tabii karşılanmakla birlikte, bu haklardan diğer kişilere ve topluma da yararlanma imkânı verilmesi zorunluluk arz etmektedir. Çünkü hiçbir hukuk düzeni, kişilere, *kayıtsız ve şartsız* nitelikte haklar bahşedemez. Aksi halde, hukukun sosyal hayatı tanzim işlevini yerine getirmesi mümkün değildir. İşte bundan dolayı fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibine tanınan haklar da hukuk düzenince sınırlandırılmıştır.

Bir hak üzerinde o hakkın asıl sahibinden başka üçüncü kişilere hukuken tanınmış olan yararlanma yetkisine 'hakkın istisnası' denilmektedir. Bu istisnaî durum, hak sahibini 3. kişilerin kendisine ait olan hakka yönelik müdahalelerine engel olabilmekten alıkoyduğu için, genellikle bu keyfiyet 'hakkın tahdidi' veya 'hakkın sınırlanması' kavramlarıyla da ifade edilmektedir.

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları düzenleyen tüm hukuk metinlerinde; bir taraftan eser sahibinin vücuda getirdiği fikrî ürün üzerinde ne tür yetkileri hâiz olacağı tespit edilirken, diğer taraftan da bu haklardan üçüncü kişilerin ve toplumun ne ölçüde yararlanacağı belirlenmektedir. Fikri hukukta eseri vücuda getiren kişinin dışındaki 3. kişilerin de eserden yararlanmasına izin veren hukuk kurallarını 'fikri hakkın istisnaları' veya 'fikri hakkın sınırları' şeklinde nitelendirmekteyiz.

B. İSTISNA TÜRLERİ

1. Genel Olarak

Hukuk düzeni fikir ve sanat ürünü üzerinde, onu vücuda getiren lehine bir takım inhisarî yetkiler bahşederken, o eserden 3. kişilerin yarar sağlamasını bütünüyle ortadan kaldıracak bir koruma rejimi öngörmemiştir. Diğer bir deyimle, kanun ko-

Sınırlar" kısaltması kullanılacaktır.

yucu eser üzerinde sahibine mutlak nitelikte yetkiler tanıdıssa da, bu yetkilere bazı tahditler de getirmiştir. Bu tahditlerin amacı, toplum ve bireylerin de fikir ve sanat ürünlerinden yararlanmasını sağlamaktır. Ancak bu yararlanma eser sahibinin meşru haklarına zarar vermemek ve normal yaralanma ilkesine aykırı olmamak zorundadır.

Eser sahibinin haklarına getirilen istisnalar açısından hak sahibinin menfaatleri ile toplum yararının sağlanmasında hassas bir denge kurulmaya çalışılmaktadır. Bu açıdan fikir ve sanat hukukuna ilişkin uluslararası düzenlemelerde bu iki grup menfaatin uzlaştırılması bakımından bazı ölçütler getirilmektedir. Bunlar arasında Bern Sözleşmesi'nce getirilen ve 'üç basamak testi' olarak adlandırılan (*three-step test*) kriterler setine göre, fikir ve sanat eserleri üzerindeki münhasır haklar için getirilecek herhangi bir istisnanın; a) belirli ve özel vakıalara uygulanması, b) eser veya hak sahibin ererden normal olarak yararlanılmasına aykırı olmamalı, c) haklı bir sebep olmadıkça eser veya hak sahibinin meşru menfaatlerine zarar vermemesi, gerekir (md. 9/2).³

Ülkemiz de Bern Sözleşmesi'ne taraf ülkelerden biridir.⁴ Dolayısıyla, Bern Sözleşmesi Hükümleri ülkemiz açısından da bağlayıcıdır. Diğer bir ifadeyle iç hukuk düzenlemelerimizin Bern Sözleşmesi Hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Bu amaçla başta AB mevzuatı olmak üzere, hem Bern Sözleşmesi hem de TRIPs gibi tarafı bulunduğumuz uluslararası hukuk normlarına uyum amacıyla 1995 yılından sonra FSEK'te çok önemli değişiklikler ve düzenlemeler yapılmıştır. Kanunda istisnalar anlamında yapılan değişikliklerle de üç basamak testini hayata geçirmeye çalışan düzenlemeler yapılmıştır. Ancak bu makalenin amacı bu konuyu ayrıntılı olarak incelemek olmadığından, burada bu kısa açıklamayla yetinilerek, hukukumuzda istisnalar hakkında kısa bir bilgi verilerek asıl konuya geçilecektir.

Hukukumuz bakımından fikri haklara getirilmiş sınırlar FSEK'in 'Fikri Haklar' adlı 3.Bölüm'ünün 'Tahditler' başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Buna göre, kanunumuz, fikir ve sanat eseri üzerindeki sınırlamaları; 'Amme intizamı mülâhazasıyla' (md. 30), 'Genel menfaat mülâhazasıyla' (md. 31-37), 'Hususî menfaat mülâhazasıyla' (md. 38 - 41) ve 'Hükümete tanınan yetkiler' (md.42 - 46) başlıkları altında düzenlemiştir. Bize göre eser sahibinin hakları bakımından ön-görülen sınırlamalardan biri de süre yönünden sınırlandırılmadır. O nedenle kanun koyucu süre yönünden sınırlandırmaya ilişkin hükümleri 'Malî haklar' kenar başlığı altında düzenlemek yerine 'Tahditler' kenar başlığı altında düzenlenmiş olsaydı kanun yapma tekniği bakımından daha doğru bir iş yapmış olurdu.⁵

Bu itibarla, biz eser sahiplerinin haklarının sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemele-

3 Ayrıntı için bkz. **Ricketson, Sam**, "The Three-Step Test, Deemed Quantities, Libraries and Closed Exeptions", Centre for Copyright Studies, Sydney 2002.

4 Bu konuda bkz. **Ateş, Mustafa**, "Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Türkiye" FMR, C. 6, 2006/1, sh. 15-54.

5 **Ateş, Kapsam ve Sınırlar**, 479-480.

ri üç ana başlık altında ele almaktayız. Bunlardan ilki fikrî haklara ‘süre bakımından getirilen’ sınırlamalardır. İkincisi ‘kamusal mülâhazalar nedeniyle’ getirilen sınırlamalar, üçüncüsü de ‘hususî menfaat mülâhazası’ ile getirilen sınırlamalardır.

2. Süre Yönünden Sınırlama

Eser üzerindeki fikrî hakların korunması bakımından genel süre, eser sahibinin hayatı boyunca ve ölümünden sonra da 70 yıllık bir koruma süresinden ibaret bulunmaktadır (FSEK 26 ve 27). Bağlantılı haklara ilişkin süreler ise FSEK 82’de düzenlenmiştir. Buna göre icralar üzerindeki haklar icranın ilk tespitinin yapıldığı veya aleniyet tarihinden, yapımcıların hakları ilk tespitinin yapıldığı tarihten, radyo-televizyon kuruluşlarının hakları da programın ilk yayınlandığı tarihten itibaren 70 yıl süreyle korunmaktadır.

Bu süre eser üzerindeki malî haklar yönündendir. Manevî haklar yönünden kanunda herhangi bir süre öngörülmemiştir. Ancak FSEK 19’da belirtilen kişiler eser sahibinin ölümünden sonra manevî hakları 70 yıl süreyle kullanma yetkisine sahip kılınmışlardır.⁶

3. Kamusal Mülâhazalara Dayanan Sınırlamalar

Kanunumuzda kamusal mülâhazalar için öngörülmüş bulunan sınırlamalar iki gerekçeye dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki ‘kamu düzeni’, ikincisi ‘toplum menfaati’ veya diğer deyişle ‘kamu yararı’dır.

Kamu düzenine dayanan sınırlandırma FSEK 30’da düzenlenmiştir. Bu maddede biri serbestiyi diğeri de yasaklamayı içeren iki tür sınırlama söz konusudur. Buna göre üzerinde ihtilâf söz konusu olan eserin, mahkeme ve sair resmi mercilerce olayın aydınlatılması yönünde kullanılması serbesttir. Eserin yayılmasını, temsili ve sair surette kullanılmasını yasaklayan bir kamu hukuku kuralının bulunması da kamu düzenine ilişkin sınırlamanın ikinci türünü oluşturmaktadır.

Kamu veya toplum yararı mülâhazasına dayanan sınırlamaların sayısı daha çoktur. Bunlardan ilki resmen yayımlanan kamusal düzenlemelerden yararlanmayla ilgilidir. Resmen yayımlanan ve ilân olunan kanun, tüzük ve sair mevzuat ile mahkeme kararları bakımından tam bir yararlanma söz konusudur (FSEK md. 31). Bunların dışında kalan eserler bakımından ise, mahdut bir yararlanma serbestisi söz konusudur.

Kanun koyucu, eser sahibine tanınan haklarına, onları anlamsız hale getirmeyecek şekilde toplum yararı için bazı sınırlar getirmiştir. Bunların başında, eserin eğitim öğretim amacıyla temsili ve aynı amaçla meydana getirilecek seçme ve toplama eserler için iktibasta bulunma ile eserin okullara mahsus radyo-televizyonlarda temsili serbestisi (FSEK 33 ve 34) gelmektedir.

6 Fikri hakların süre yönünden sınırlandırılması konusunda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Ateş, Kapsam ve Sınırlar*, § 9, sh. 241-267.

Bunların dışındaki çok önemli bir istisna da eserden kültürel ve bilimsel amaçlarla yararlanma yani mevcut bir eserden özellikle bilimsel ve edebiyat eserleri başta olmak üzere diğer eserlere iktibas yapma serbestisidir (FSEK 35). Üçüncü gruba giren istisnalar ise topluma bilgi ve haber verme amaçlıdır. Buna göre, resmi meclisler, kongreler ya da mahkemeler gibi mahallerde yapılan konuşmalar (FSEK 32) ile fikir ve sanat eserleri, topluma haber ve bilgi vermek (FSEK 36 ve 37) amacıyla belli ölçüde serbestçe kullanılabilirler.

Kamu yararı düşüncesine dayanan diğer bir sınırlama da eser üzerindeki hakların devlete maledilmesi yetkisidir. Kanunumuzda eser üzerinde devlete yararlanma yetkisi veren iki ayrı hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki FSEK md. 46, ikincisi ise md. 47'dir. Madde 46 memleket kültürü bakımından önem arzeden eselerden, koruma süresi dolmuş olması kaydıyla, devlete yararlanma yetkisi vermektedir. Madde 47 ise, memleket kültürü bakımından önem arzeden eserin koruma süresi dolmamış olsa bile kamuya maledilmesini, diğer bir ifadeyle, *kamulaştırılmasını* düzenlenmektedir.⁷

4. Hususî Menfaat Mülâhazasına Dayanan Sınırlamalar

Hukuk düzeni, bir takım pratik zaruretlerden ötürü, eser sahibinin haklarına özel yarar gerekçesiyle de sınırlama getirmiştir. FSEK 38/1 hükmüne göre bütün fikir ve sanat eserleri, kâr amacı güdülmeksizin şahsen kullanılmaya mahsus olarak çoğaltılabilecektir.

İşleme hakkının kişisel yarar mülâhazasıyla sınırlandırılmasına ilişkin md 38/2 hükmü, 4630 sayılı Kanun'la ilga edilmiş ise de, tüm fikir ve sanat eserleri, md 38'in ilk fıkrasındaki genel ilkeler muvacehesinde hususî menfaat mülâhazasıyla işlenebilmelidir diye düşünüyoruz. Ancak, hangi eser olursa olsun ticarî gaye veya yayın amacıyla işlenemez. İşleme yetkisi kişisel ihtiyacın karşılanmasıyla sınırlıdır.

Kanun, yayma hakkı bakımından, eser sahibinin sadece 'satım' hakkını sınırlandırmıştır (FSEK 23). Eserin kiralanması veya kamuya ödünç verilmesi şeklindeki yayım hakları kişisel ihtiyaç mülâhazası ile de olsa sınırlandırılmaz. Diğer bir deyimle, eser ilk kez sahibinin rızasına uygun olarak satım ve sair yollarla mülkiyeti devredilerek elden çıkarıldığında, eser sahibinin eserin sonraki tedavülüne müdahale yetkisi bulunmamaktadır. Bununla beraber, eserin hususî menfaat mülâhazasıyla, eser sahibinin izni hilâfına kiraya ve kamuya ödünç verilmesi mümkün değildir.

Kanunda, temsil hakkı (FSEK 24) ve eserin elektronik iletim hakkının (FSEK 25) hususî menfaat mülâhazasıyla sınırlandırılabilmesine dair açık hükümler yoktur. Kanaatimizce, tüm eserler, ticarî amaç güdülmemesi ve kişisel muhit (çevre) içe-

⁷ Kamusal mülâhazalarla ilgili sınırlamalar konusunda daha geniş açıklamalar için bkz. *Ateş, Kapsam ve Sınırlar*, §10, sh. 268-355.

risinde kalınmak kaydıyla temsil edilebilir. Eserlerin elektronik iletim hakkı bakımından aynı şeyleri telâffuz etmek her zaman mümkün olmaz. Ancak, ticarî bir amaç güdülmemesi ve işaret, ses ve görüntü nakline yarayan vasıtalarla yapılan iletimin dar anlamda ‘kişisel muhit’ ile sınırlı kalması kaydıyla, bu hakkın da kişisel ihtiyaç sınırları dahilinde kullanılmasının mümkün olabilmelidir.⁸

III. ENGELLİ İSTİSNASI

A. GENEL OLARAK

Fikir ve sanat eserleri üzerindeki haklara ilişkin istisnalar arasında yakın zamana kadar engellilere özgü bir istisna hükmü bulunmuyordu. Oysa gelişmiş ülkelerin çoğunda, hayatın pek çok alanında olduğu gibi özürlü vatandaşların fikir ve sanat eserlerinden istifade imkânlarının artırılması amacıyla özel düzenlemeler sevk edilmişti.

Bu çerçevede, İngiltere, ABD, Kanada, Avusturya, Yeni Zelanda gibi Anglo-Sakson hukuku (*common law*) kültüründen gelen ülkeler başta olmak üzere,⁹ İsveç, Norveç, Danimarka ve Finlandiya gibi İskandinav ülkeleri ve Almanya, Fransa ve diğer Kıta Avrupası ülkelerinde, engelli bireylerin fikir ve sanat eserlerinden yararlanabilmelerini kolaylaştıracak özel istisnai düzenlemelere yer verilmiştir.

Burada Alman yasasından bir örnek gösterilebilir. 9 Eylül 1965 tarihli Alman Fikri Haklar ve Bağlantılı Haklar Kanunu’nun 52. maddesi, yayımlanmış bir eserin kamuya iletiminin, iletim hizmetini organize edene kazanç sağlanmaması, izleyicilerden ücret talep edilmemesi ve eseri temsil eden sanatçılara özel bir ödeme yapılmamış olması kaydıyla serbest olduğunu hükme bağlamaktadır. Ancak tüm bu hallerde yine de eserin kamuya iletiminden dolayı uygun bir ücret (*equitable remuneration*) ödenmesi öngörülmüştür. Bununla beraber, Alman kanun koyucusu söz konusu organizasyon gençlere, yaşlılara, özürllülere ve mahpuslara yönelik hizmet sunan kurumlar ile okullar tarafından, bu kurumların sosyal ve eğitsel amacına matuf olarak sınırlı sayıda kişiler için düzenlendiği takdirde, uygun bir bedel ödeme yükümlülüğünün uygulanmamasını öngörmektedir.

Yabancı hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, Bern Sözleşmesi’nin 9/2. maddesinde öngörülen üç basamak testindeki kıstaslar da dikkate alınarak konulan engelli istinasına ilişkin düzenlemelerin; a) eserin engelli bireylerce yararlanmaya elverişli ticari nitelikte (*commercially availability*) bir nüshasının bulunmaması gerektiğini, b) kişilere bireysel kullanımları için uygun formatta bir nüsha üretebilme yetkisi tanındığı, c) engelli istisnası kapsamında yararlanmanın kötüye kullanılmasını

8 Hususî menfaat mülâhazasıyla ilgili sınırlamalar konusunda daha geniş açıklamalar için bkz. *Ateş, Kapsam ve Sınırlar*, § 11, sh. 359-431.

9 *Common law* sistemi ve özellikle Avustralya hukukunda engelli istinasına ilişkin bir inceleme için bkz. **Dakin, Helen & Shehana Wijesena**, “Access to Copyright Material by People with a Print Disability” *Copyright Reporter*, Vol. 22, No. 4, (January 2005), sh. 105-135.

engellemek amacıyla da çeşitli tahditlere yer verilen hükümler ihtiva ettikleri görülmektedir. Kötüye kullanmaların engellemesi için öngörülen tedbirlere; engelli bireyin erişebileceği eser formatlarının sınırlanması, istisna kapsamında üretilen eser nüshalarına özel olarak belirlenmiş kişilerin erişim sağlamasına izin verilmesi, engelli bireyin yararlanabileceği formattaki eser nüshalarının üretimi yetkisinin yalnızca belli kişiler veya özel olarak görevlendirilmiş kurumlara tanınmış olması ve bu istisna kapsamında oluşturulmuş eser nüshalarının kullanılmasının sınırlandırılması örnek olarak gösterilebilir.¹⁰

Türk hukukuna gelince; 1951 yılı sonunda yürürlüğe girmiş olan kanunumuzda özür- lülere yönelik özel bir düzenleme bulunmadığı gibi, kanunda sonradan 2000’li yıllara kadar yapılan müteaddit düzenlemelerde de bu yönde bir hüküm yer almamıştı. Fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakların kapsamı ve sınırlarını ayrıntılı bir şekilde ince-lemek amacıyla hazırlayıp 2002 yılında savunduğumuz ve daha sonra da yayımlanan doktora tez çalışmamızda, FSEK’te özür- lülere ilişkin özel bir istisna hükmünün bulun- mamasını eleştirmiş ve bu kanuna bu konuya bir düzenleme konulması temennisinde bulunmuşuk.¹¹

Nihayet bu temennimiz 2004 yılında yerine gelmiş ve TBMM’de 5101 sayılı Kanun’un müzakeresi sırasında bu Kanunun 26. maddesi ile engelliler için özel bir istisna içeren Ek Madde 11 FSEK sitemine dahil edilmiştir.¹² FSEK’in anılan Ek 11. maddesinin hükmü şu şekildedir:

“Ders kitapları dahil, alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa hiçbir ticarî amaç güdülmeksizin bir engel- linin kullanımı için kendisi veya üçüncü bir kişi tek nüsha olarak ya da engellilere yö- nelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar tarafından ihtiyaç kadar kaset, cd, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç veril- mesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir. Bu nüshalar hiçbir şekilde satılamaz, ticarete konu edilemez ve amacı dışında kullanılamaz ve kullandı- rılamaz. Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur.”

Bu makalenin asıl konusunu oluşturan mezkûr maddenin analizine geçmeden önce, maddenin kanundaki yerine ve kanun yapma tekniği açısından bu yerin ne derece

10 Dakin & Wijesena, 105.

11 Bu temennimizi şu şekilde ifade etmiştik: “Birçok yabancı hukuk mevzuatında fikir ve sanat eserlerinden, özür- lülerin topluma kazandırılmaları ve hayatın onlar için daha kolay yaşanır kılınması gibi amaçlarla çeşitli şekillerde yararlanılabileceğine ilişkin açık düzenlemelere yer verilmiştir. Özellikle bunlar arasında İskandinav ülkelerinin kanunlarını zikretmek gerekir. Ka- nunumuzda bu yönde bir düzenlemenin yer alması hem uygulamadaki tereddütleri giderecek, hem de toplumun özür- lülere verdiği değerin bir nişanesi sayılabilecektir.” Ateş, Kapsam ve Sınırlar, 481-482.

12 5101 sayılı Kanun “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” adı altında TBMM tarafından 3.3.2004 tarihinde kabul edilerek 12.3.2004 tarih ve 25400 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

isabetli olduğuna ilişkin eleştiri ve bu doğrultudaki önerimizi de burada ifade etmek gerektiğini düşünüyoruz. Hemen belirtelim ki, engelli istisnasına yer veren özel bir düzenlemenin gecikmiş de olsa kanunumuza girmiş olması son derece sevindirici bir gelişmedir. Ancak burada dikkat çekmek istediğimiz husus, maddenin kanundaki yeridir.

Bilindiği gibi, engelli bireyler, bir toplumda kendilerine özel bir önem gösterilmesi gereken insanlardır. Onlar, diğer insanlar gibi, insan olmaktan kaynaklanan temel haklardan yararlanmaları ve özgürlüklerden faydalanabilmeleri için, yardıma ihtiyacı olan bireylerdir. İçinde yaşadıkları toplumdan kopmamaları, sahip oldukları fiziksel veya ruhsal engelleri dolayısıyla dışlanmamalarına bağlıdır. Bunun sağlanabilmesi için de engelli bireylerin fiziksel veya ruhsal engellerinin ortaya çıkardığı fırsat eşitsizliğinin, özel hukuki düzenlemelerle telafisine ihtiyaç bulunmaktadır.

Bu hususa ilişkin olarak başta anayasa olmak üzere pek çok kanunda özel düzenlemeler vazedilmiştir. Nitekim Anayasanın 50/2. maddesinde “*Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar*” hükmüne yer verilirken, 61/2. maddesinde “*Devlet, sakatların korunmalarını ve toplum hayatına intibaklarını sağlayıcı tedbirleri alır*” denilerek engelli kimseler “özel olarak korunması gerekenler” arasında gösterilmiştir.

Diğer taraftan, özürüllüğün önlenmesi, özürülülerin sağlık, eğitim, iyileştirme, istihdam, bakım ve sosyal güvenliğine ilişkin sorunlarının çözümü ile her bakımdan gelişmelerini ve önlerindeki engelleri kaldırmayı sağlayacak tedbirleri alarak topluma katılımlarını sağlamak ve bu hizmetlerin koordinasyonu için gerekli düzenlemeleri yapmak amacıyla 2005 yılında çıkarılan 5378 sayılı Özürülüler Hakkında Kanun’da (ÖHK); “*Devletin, insan onur ve haysiyetinin dokunulmazlığı temelinde, özürülülerin ve özürüllüğün her tür istismarına karşı sosyal politikalar geliştireceği, özürülüler aleyhine ayrımcılık yapılamayacağı ve ayrımcılıkla mücadelenin özürülülere yönelik politikaların temel esası*” olduğu hükme bağlanmıştır (ÖHK md. 4/a).¹³

Daha diğer pek çok yasada özürülülerle ilgili özel düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler de göstermektedir ki, devletin özürülülere yönelik politikası niteliği itibarıyla diğer pek çok alan gibi bir “kamu politikası” alanıdır. O nedenle, Ek Madde 11 de, esas itibarıyla bu kamu politikası aracı niteliği taşımakta olup, bu maddenin FSEK’in ‘Tahditler’ başlıklı kısmında yer alması gerekirdi.

Bizce Ek Madde 11 hükmü, Kanunun ‘Tahditler’ kısmında ve “Genel Menfaat” mülâhazasına dayanan sınırlamalar arasında müstakil bir madde olarak yer alması mümkün olduğu gibi, hiç değilse, eğitim ve öğretim için seçme ve toplama eserler meydana getirilmesine cevaz veren 34 üncü maddeye yeni bir fıkra olarak da ek-

13 5378 sayılı “Özürülüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” TBMM tarafından 1.7.2005 tarihinde kabul edilerek 7.7.2005 tarih ve 25868 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

lenebilirdi. Bu takdirde 34 üncü maddenin kenar başlığının “Eğitim-öğretim amacı ve engelliler için yararlanma serbestisi” şeklinde tadili gerekecektir. Bu genel açıklamadan sonra şimdi FSEK Ek Madde 11’de engelliler lehine eser sahibinin haklarına getirilen tahditlerin kapsamı ve mahiyetini daha ayrıntılı bir şekilde irdemeye çalışacağız.

B. ENGELLİ İSTISNASININ KAPSAMI

1. Genel Olarak

Fikri hakkın biri *konu*, ikincisi *süje*, üçüncüsü de *yetkiler* olmak üzere üç temel unsuru mevcuttur. Hakkın konusunu, üzerinde çeşitli menfaat ve yetkilerin söz konusu olduğu hukuki varlık ve değerler oluşturur. Dolayısıyla fikri hakkın konusu fikir ve sanat eserleridir. Hakkın süjesi ise, hakkın konusu üzerindeki menfaat ve yetkilerin sahibidir. Yani hukuk düzeni tarafından “hak sahibi” olarak nitelendirilen kimseler hak süjesidir. Üçüncü unsur ise hak konusu üzerinde hak süjesine hukuken tanınmış menfaat ve yetkilidir.

Bu kısa açıklama doğrultusunda, FSEK Ek Madde 11’de yer alan engelli istisnasının kapsamını “süje”, “konu” ve “yetki” olmak üzere üç açıdan ele almak gerekir. Bunlardan ilki anılan maddede tanınan yararlanma yetkisine sahip süje yani kişiler bakımındandır. Buna istisnanın “sübjektif kapsamı” da diyebiliriz. İkincisi engelli istisnası çerçevesinde yararlanılabilecek eser türü bakımındandır. Buna da istisnanın “objektif kapsamı” denilebilir. Sonuncusu ise engelli süje tarafından eser sahibinin izni olmadan kullanılabilecek yetkilerin kapsamıdır. Buna da “yetkisel kapsam” denilebilir.

2. Sübjektif Kapsam

Fikir ve sanat eseri üzerinde eser sahibinin haklarına getirilen istisnalar, hakkın sınırlarını oluşturur. Hakkın sınırlanması, üçüncü kişilere o hak üzerinde tanınmış olan menfaat ve yetkileri ifade eder. Dolayısıyla fikir ve sanat eserleri üzerindeki engelli istisnasının süjesi, eser sahibinin iradesi hilâfına, bu mülâhazaya dayanarak eserden yararlanma yetkisine sahip olan kişiyi ifade eder. FSEK Ek Madde 11’de geçen “*bir engellinin kullanımı için*” ibaresinden, engelli istisnasının süjesinin “özürlü kişiler” olduğu sonucu çıkmaktadır. O halde, Ek Madde 11 hükmünde eser sahibinin haklarına getirilen kısıtlamalardan sadece özürlü kişiler yararlanılabilecektir. Bunların dışındaki bireylerin bu hükme dayanarak bu maddede belirtilen haklardan yararlanması mümkün değildir.

FSEK’te Ek Madde 11 istisnasının süjesi “engelli” kavramıyla ifade edilmiş olmakla birlikte, bu kavramın tanımı yapılmamış ve kimleri kapsayacağı açıklanmamıştır. Bu durumda “engelli kimdir?” sorusu cevabı verilmesi gereken önemli bir sorudur. FSEK’te bir düzenleme bulunmadığına göre, bu kavramın tanımının

engellilerle ilgili diğer mevzuatta aranması gerekmektedir.

Engellilerle ilgili çok sayıda kanun, tüzük ve yönetmelik¹⁴ bulunmakla birlikte, bu alandaki temel yasal düzenleme yukarıda da sözü edilen 5378 sayılı Özürlüler Hakkındaki Kanundur. Bu Kanun FSEK'in aksine “engelli” tabiri yerine “özürlü” tabirini kullanmış ve bu kavramı da; “*Doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişi*” olarak tarif etmiştir (ÖHK md. 3/a).

Şu halde Ek Madde 11 anlamında “engelli” kavramı, 5378 sayılı Kanunun 3/a maddesi anlamında “özürlü” olarak tanımlanmış kişileri ifade eder. Özürlülük durumu; hafif, ağır ve bakıma muhtaç özürlü şeklinde derecelendirilmektedir. Özürlülük derecelendirme ölçütleri, uluslararası temel ölçütler esas alınarak hazırlanmakta ve gerek duyuldukça revize edilmektedir. FSEK'deki engelli istisnası bakımından özürlülüğün derecesi konusunda bir düzenleme yoktur.

Oysa bazı ülke kanunlarında engelli istisnası kapsamında yararlanmaya esas özürlülük dereceleri fikri hukuk mevzuatında açıkça düzenlenmiştir. Mesela Avustralya Telif Hakları Kanunu (*Copyright Act*) yazılı eserlerden istifade bakımından özürlüleri 10/1 inci maddesinde; a) hiç görmeyenler, b) görmesi ileri derece zayıf olanlar, c) kitapları eliyle tutamamak veya kullanamamak gibi özrü olanlar ya da gözlerini hareket ettirebilme yeteneğinden yoksun olanlar, d) algılama ve kavrama yeteneğinden yoksun olanlar, şeklinde dört gruba ayırmıştır.¹⁵

Buna karşılık İngiltere ve Kanada kanunlarında “özürlü” kavramı görme engelliler dışındaki de net olarak kapsayacak şekilde geniş tanımlanmıştır. Bu anlamda Kanada kanunu bir adım ileri de olup, “özürlü” kavramına daha bir geniş tanım getirmiş ve “algılama engeli” gibi daha kapsayıcı (*perceptual disability*) bir kavram kullanmıştır. Buna göre, a) çok ileri derecede veya tamamen görmeyen yahut işitmeyen ya da gözlerini hareket ettiremeyip, bir noktada odaklayamayan, b) bir kitabı eliyle tutamayan veya kullanamayan, c) anlama ve kavrama yeteneği zayıf olan kimseler, engelli istisnası kapsamındadır.¹⁶

Bizim yaşamızda böyle bir tespit bulunmadığı için Ek Madde 11 kapsamında mütalaa olunabilecek özürlülük derecesi uygulamada tereddütlerin yaşanmasına neden olabilecektir. O nedenle, hâkim, Ek Madde 11 kapsamında mütalaa olunabilecek özürlülük derecesini somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek durumundadır. Bunun için bilirkişi yardımı alınmalıdır.

¹⁴ Bu mevzuata erişim için bkz. <<http://www.ozida.gov.tr/>> .

¹⁵ Dakin & Wijesena, 109.

¹⁶ Canadian Copyright Act, Section 2.

Ek Madde 11'in süje bakımından kapsamına yalnızca engelli bireyler girdiği için, engelli olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan kişilerin, bu hükme istinaden fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları kullanmalarını mümkün değildir. Aksi halde bundan dolayı eser veya hak sahiplerine karşı hukuken sorumlu olurlar.

3. Objektif Kapsam

a) Genel olarak

Fikir ve sanat hukukunun konusu fikir ve sanat eserleridir, yani kısaca eserlerdir. Eser, insanın yaratıcı fikri faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan üründür.¹⁷ Üzerinde fikri hak tanınmış olan yani fikri haklara konu olabilecek eserler FSEK'te "*Sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" şeklinde tarif edilmektedir (FSEK md. 1/B-a).

Şu halde bir fikri ürünün fikri hak konusu eser sayılabilmesi için her şeyden önce onu meydana getirenin özelliklerini taşıması (sübjektif unsur), yani eseri var edeninin bireysel üslubunu yansıtmaması gerekir. Ayrıca bu ürünün FSEK'te eser olarak gösterilen fikri ürün kategorilerinden birine dahil olması (objektif unsur) gerekir. Dolayısıyla FSEK'te tanımlandığı şekilde "eser" niteliğine sahip olmayan objelerden bu kapsamda yararlanılamaz.

Kanunumuz fikir ve sanat eserlerini 2 nci ve devamı maddelerinde dört grup altında tasnif etmiştir. Birinci gruba 2 nci maddede düzenlenen ilim ve edebiyat eserleri girer. Bunlar, yazılı veya sözlü olarak ifade olunan her türlü eserlerle, sözsüz ve fakat insan vücudunun hareketleriyle ifade olunan dans, pandomima vb. sahne eserleri, estetik değeri bulunmayan her nevi teknik ve bilimsel nitelikli harita, plan, maket, resim, fotoğraf, proje, tasarım vb. iki ve üç boyutlu fikri mesai mahsullerinden oluşur. Bilgisayar programları da bu gruba girer.

İkinci gruba dahil eserler Kanun 3 üncü maddesinde gösterilmiştir. Bunlar her nevi sözlü ve sözsüz bestelerden oluşmaktadır. Üçüncü gruba giren eserler 4 üncü maddede uzun bir liste halinde yer verilen güzel sanat eserleridir. Bunlarda temel özellik, estetik değere sahip olmaktır. Yani bu eserlerde insanın güzellik hissini tatmine yaramak gibi bir nitelik aranır. Bunlara, tablolar, resimler, heykeller, mimarlık yapıları, fotoğraflar, grafikler gibi iki ya da üç boyutlu eserler örnek olarak gösterilebilir.

Dördüncü grup eserler ise, sinema eserleridir. FSEK'in 5 inci maddesinde bu eserler, tespit edildiği materyale bakılmaksızın elektronik ve benzeri vasıta ile gösterilebilen sesli veya sessiz birbiriyle ilişkili hareketli görüntü dizisi olarak tanımlanmıştır. Sinema eserlerine, başta sinema filmleri olmak üzere, bilimsel, estetik, öğretici veya teknik mahiyetteki filmler ile günlük olayların tespitine ilişkin filmleri

17 Hirsch, Ernst, *Fikri ve Sınai Haklar*, Ankara 1948, 2. "Eser" kavramı konusunda ayrıntı için bkz. Ateş, Mustafa, *Fikri Hukukta Eser*, Turhan Kitabevi Yayını, Ankara 2007, sh. 8 vd (Bundan böyle "Ateş, Eser" kısaltması kullanılacaktır).

örnek olarak göstermek mümkündür.

Eserler dışında fikri haklara konu olabilecek diğer bir ürün gurubu da bağlantılı hak konularıdır. Bunlar Kanunun 80 inci maddesinde düzenlenen; fikir ve sanat eserlerinin icra ve yorumları, eser icraları veya diğer seslerin tespit edildiği fonogramlar (ses taşıyıcıları), radyo ve televizyon yayınları ile sinema eseri niteliğinde olan veya olmayan hareketli görüntülerin ilk tespit edildiği film yapımlarıdır. Bu tür ürünler tam anlamıyla fikri ürün sayılmasa da kanun koyucu bunların fikir ve sanat eserlerinin topluma sunulmasındaki önemi ve işlevlerini dikkate alarak, bunlar üzerindeki hakları fikri haklar gibi koruma gereği görmüştür.

Şu halde Ek Madde 11'in "objektif kapsamı" nedir? Diğer bir deyimle, bu madde kapsamında özürülüler tarafından sahibinden izin alınmaksızın hangi tür eserlerden yararlanılabilecektir?

Bu sorunun cevabı Ek Madde 11'in başlangıcında ifadelerde verilmektedir. Buna göre engelli bireyler anılan madde kapsamında sadece "*ders kitapları dahil, alenilemiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinden*" yararlanılabileceklerdir. Görüldüğü gibi, kanun koyucu müzik eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri bakımından engelli istisnasına yer vermemiştir. O nedenle engelli istisnası kapsamında yararlanmanın konusu ancak bir "ilim ve edebiyat eseri" olabilir. Bunun dışındaki eserlerden bu kapsamda yararlanılması, eser sahibinin haklarına tecavüz teşkil eder.

Amerikan Kanunu ve engelli istisnası konusunda bu ülkeyi takip eden Avustralya kanunu da bizim kanun gibi sadece yayımlanmış edebiyat ve dramatik eserlerden engelli istisnası kapsamında yararlanılabilmektedir. Bu kanun, müzik eserlerinden, güzel sanat eserlerinden ve DVD ve televizyon programları gibi görsel-ışitsel eserlerden yararlanmayı engelli istisnası kapsamında mütalaa etmiştir.¹⁸

Buna mukabil, Kanada kanununa göre, sinematografik eserler hariç olmak üzere, ilim ve edebiyat eserleri, güzel sanat eserleri, müzik eserleri ve dramatik eserler engelli istisnası kapsamında kullanılabilir. ¹⁹ İngiliz kanunu ise, Kanada kadar olmasa da ABD ve Avustralya kanunlarından daha geniş kapsamlıdır. Buna göre, İngiltere'de, yayımlanmış edebiyat ve dramatik eserlere ilaveten, yayımlanmış artistik eserler ile musiki notaları gibi yazılı müzik (*print music*) eserleri de engelli istisnası kapsamındadır. Bununla beraber, İngiliz yasasına göre, veri tabanları, görsel-ışitsel materyaller veya müzikal eserlerin temsil ve icralarını içeren kayıt ve tespitler (fonogram) engelli istisnası dışındadır.²⁰

Örneklerde de görüldüğü gibi, ülkemizde engelli istisnasının şumûlü diğer ülkelerin çoğuna göre son derece dardır. Kanun koyucu engelli istisnasının kapsamını o kadar dar tutmuştur ki, FSEK'in 2 nci maddesinde sayılan ilim ve edebiyat eserle-

18 Dakin & Wijesena, 110 ve 122-23.

19 Dakin & Wijesena, 125.

20 United Kingdom CDPA, Section, 31F(3)

rinin tamamı dahi bu kapsamda yararlanmaya konu olmamaktadır. Bu anlamda ilim ve edebiyat eserleri yönünden getirilen üç sınırlama daha vardır. Bunlardan ilki “*eserin alenîleşmiş veya yayımlanmış*” olması şartıdır. İkinci sınırlama ise, ilim ve edebiyat eserinin “*yazılı nitelikte*” olmasıdır. Üçüncü sınırlama ise “*eserin engelliler için üretilmiş bir nüshasının bulunmaması*”dır.

b) Eserin alenîleşmiş ve yayımlanmış olması

Eserin alenîleşmesi demek, eser sahibinin rızasına uygun olarak kamuya sunulmasıdır (FSEK 7/1). Alenîleşme eserin toplum tarafından idrak edilebilir hale gelmesi demektir. Bir şiirin basılı metin halinde yayımlanmamış olsa bile, umuma açık ortamda okunması alenîleşmedir. Heykelin, tablonun vb. eserlerin müze vb. umumî yerlerde teşhiri, filmin sinema salonu vb mekânlarda gösterimi de alenîleşmedir.

Yayımlanma ise, bir eserin aslından çoğaltma ile elde edilen nüshalarının hak sahibinin rızasıyla satışa veya benzeri yöntemlerle ticarete sunulması veya herhangi bir şekilde dağıtılmasıdır (FSEK 7/2). Yayımlanma, daha çok çoğaltmaya elverişli eserler için söz konusu olan bir kamuya sunum şeklidir. Basılmış kitapların, bilgisayar programlarının, müzik icralarının veya film kaset ve CD’lerinin ilk kez satış veya benzeri bir amaçla tedavüle konulması yayma fiili teşkil eder.²¹

Kanun koyucu, engelli istisnası için eserin alenîleşmesini veya yayın yoluyla kamuya sunulmuş olmasını şart koştuğundan, alenîleşmemiş ve yayımlanmamış eserlerden engelli istisnası kapsamında yararlanılamayacaktır. Bu düzenleme yerindedir ve olması gereken de budur. Çünkü kamuya sunulmamış bir eser, eser sahibinin kişisel çevresinde kaldığı için, bu istisna kapsamından sahibinden izinsiz yararlanmaya konu oluşturmaz. O nedenle henüz alenîleşmemiş bir eserden ne şekil ve tarzda olursa olsun faydalanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir (FSEK 20).

c) Eserin yazılı nitelikte bir ilim ve edebiyat eseri olması

Eserin “yazılı” olmasından maksat, eserin, ifade aracı olarak ‘yazı’ tabir olunan sembol ve işaretlerin kullanılması suretiyle meydana getirilmiş olmasıdır. Bunlara; kitaplar, gazete ve dergiler, yıllıklar, mektuplar, afişler, el ilanları gibi yazı dilinin kullanılmasıyla meydana getirilen tüm eserler örnek olarak gösterilebilir.²² Bu çerçevede, ders kitapları da dahil olmak üzere bilimsel veya edebi yahut sanat içerikli her türlü kitaplar, dergiler, gazeteler yazılı eser niteliğini taşır. Yazılı eser sayılmada kullanılan yazının hangi dile ait olduğunun önemi yoktur.

Yazı esas itibarıyla iletişim için insanlar tarafından kullanılan çeşitli işaret ve semboller olduğu için, işitme engellilerle iletişimde kullanılan bazı el, yüz, göz ve benzeri organlarla yapılan ve herkes için belli anlam taşıyan işaretler kâğıda

21 Alenîleşme ve yayma kavramları konusunda ayrıntı için bkz. **Ateş, Mustafa**, “Fikir ve Sanat Eserlerinin Kamuya Sunulması: Alenîleşmemiş ve Yayımlanmamış Eserler Fikrî Hukuka Göre Korunamaz mı?” *BATIDER*, C. XXII, 2006/3, sh. 225-253.

22 **Ateş, Eser**, ayrıntı için bkz. 129-139.

dökülerek işitme engelli fertlere özgü bir alfabe oluşturulabilir. Dolayısıyla, bu gibi işaretler kullanılarak “yazılı iletişim” yapılması mümkün ise, bunları dahi yazı saymak gerekir. Bu çerçevede kanaatimize göre bilgisayar programları dahi mahiyeti itibarıyla yazı kullanılarak meydana getirilmiş eser niteliği taşır.²³ Bundan dolayıdır ki, başta 1991/250 sayılı AB Direktifinde olmak üzere, Dünya Ticaret Örgütünün (WTO) TRIPs Anlaşması ve Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilâtının (WIPO) Fikri Haklar Anlaşması gibi uluslararası sözleşmelerde bilgisayar programlarının Bern Sözleşmesi anlamında “edebiyat eseri” (*literary works*) olarak nitelendirilmesi öngörülmüştür.²⁴

Kanun koyucu, engelli istisnası kapsamında sadece “yazılı” nitelikteki eserlerin kullanılmasına izin verdiğinden, kural olarak bu kapsama sadece FSEK md. 2’nin 1 inci bendinde belirtilen eserler girer. Bu bentte bilgisayar programları da yer almaktadır. Anılan bentteki “*her biçim altında ifade edilen bilgisayar programları*” şeklindeki ifadeden, bilgisayar programlarının yazılı eser sayılmayacağı gibi bir anlam çıkıyorsa da, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bilgisayar programlarının yazılı eser olduğu konusunda şüphe yoktur. Bunun dışında 2 nci maddenin 2 nci bendinde belirtilen ve “yazılı koreografi” olarak isimlendirilen sahne eserleri de mahiyeti itibarıyla özel bir yazı ile ifade edildikleri için, bunları da Ek Madde 11 istisnası kapsamında mütalâa etmek gerekir.

İlim ve edebiyat eserlerinin üçüncü grubunu oluşturan ve md. 2/3’te sözü edilen eserler ise, yazılı eser niteliği taşımazlar. Bunlar estetik değeri bulunmadığı için güzel sanat eseri olarak değerlendirilemeyen ve fakat ilmi ve teknik bir konuyu açıklama ve öğretme gayesiyle meydana getirildikleri için kanun koyucu tarafından himayesinde yarar görülen eserlerdir. Ancak hemen belirtelim ki, ilim ve edebiyat eserleri bakımından kanun koyucunun engelli istisnası kapsamında sadece yazılı eserlerden yararlanılmasına izin vermesinin makul ve mantıklı bir gerekçesinin olmadığını düşünüyoruz. Bize göre, ilim ve edebiyat eserlerinin tümü bu istisna kapsamında olmalıydı.

Hatta bir adım daha ileri giderek ifade edelim ki, bu istisnanın sadece ilim ve edebiyat eserleriyle sınırlandırılmış olması dahi doğru olmamıştır. Çünkü engelli bireyler her alanda özel olarak korunması gereken insanlardır. Bir insan olarak onlar da sanattan ve edebiyattan haz alma, bilimden pay alma hakları vardır. Ruhsal veya bedensel engellerden dolayı onlar zaten bu anlamda diğer bireylere göre dezavantajlı durumdadırlar. Devletin ve toplumun görevi ise onların bu dezavantajını asgariye indirmektir. Yukarıda örneklerini verdiğimiz ülkelerden bazılarında fikir ve sanat eserlerinin çoğunun engelli istisnası çerçevesinde yararlanmaya konu yapıldığı görülmektedir. O nedenle bize göre ülkemizde de FSEK Ek Madde 11 uyarınca, engelli bireyler sadece yazılı ilim ve edebiyat eserlerinden değil, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserlerinden de, sınırları açık ve net bir şekilde belir-

23 Ateş, *Eser*, 127. Ayrıca bkz. age, sh. 142 vd.

24 Ateş, *Eser*, 145-146.

lenmesi kaydıyla, serbestçe yararlanabilme imkânına sahip olmalıdırlar.

Sözgelimi, gözleri gören bir işitme engelli birey, sinema eserini izleme imkânına sahip olduğu halde, sesleri duyamadığı için filmde geçen diyalogları anlayamaz, dolayısıyla da bu kişinin sinema eserinden haz alması mümkün olmaz. Bu durumda, işitme engelli bireylerin de sinema eserlerinden yararlanabilmeleri için, sözel diyalogların alt yazı şeklinde filmin akışı içinde ekranda görülebilmesi gerekir. Çünkü bu anlamda yazılı ilim ve edebiyat eseriyle sinema eserleri arasında bir ayırım yapılmasının haklı bir gerekçesi yoktur.

Ek Madde 11 hükmü mevcut haliyle sinema eserinden bu şekilde yararlanılmasına imkân vermemektedir. Oysa seslendirmesi Türkçe bile olsa, filmlerin işitme engelli bireylerin istifadesine uygun alt yazılı bir nüshası piyasada yoksa, bu engel grubuna dahil bireylerle ilgili dernekler, vakıflar, resmi kurumlar yahut okullar sinema eserlerini kendi ihtiyaçları için kullanılma amacıyla sınırlı olmak üzere alt yazılı hale getirebilmelidirler. Ayrıca, FSEK Ek Madde 11 çerçevesinde kullanılacak fikri ürünler sadece yazılı eserlerle de sınırlandırılmamalıdır. Bize göre, FSEK md. 80’de düzenlenen bağlantılı hak konuları da Ek Madde 11 kapsamında engelli istisnasına konu olabilmelidir.

d) Eserin engellilerce istifade edilebilecek bir nüshasının bulunmaması

İlim ve edebiyat eserleri, mahiyetleri itibarıyla genel olarak insanın duyma veya görme idrakine hitabeden eserlerdir. Diğer bir ifadeyle bu eserlerden istifade edilebilmesi için bunların insan tarafından duyulması veya görülmesi gerekir. Duyu organıyla istifade şekli sözel olarak ifade edilen eserlere, görme organıyla istifade şekli ise “harf” denilen şekil ve sembollerle ifade edilen eserlere ihtiyaç gösterir. Dolayısıyla, bir ilim ve edebiyat eserinden görme engelli bireyin yararlanabilmesi için eserin ‘ses formatına’ sahip olması gerekirken, işitme engelli birey için eserin yazı, çizgi, resim, fotoğraf ve hareketli imaj niteliğinde olması yani ‘görsel formata’ sahip bulunması gerekir.

İncelenen yabancı ülke hukuklarının hemen hemen tamamında, engelli istisnasından yararlanabilmenin en temel şartı, istifade edilecek eserin engelli birey tarafından kullanılabilir nitelikte bir formatının ticari olarak edinilemiyor (*commercial inavailability*) olmasıdır. Eğer bir eserin engelli bireyin istifade edebileceği nitelikte formata sahip nüshasını piyasada varsa bu istisnaya sınırlanamaz.

Ek Madde 11 ile getirilmek istenen engelli istisnasının temelinde, esas itibarıyla, eserin engelli bireyin istifade edebileceği niteliğe sahip bir formatının bulunmaması olgusu yatar. Maddede geçen “*alenileşmiş veya yayımlanmış yazılı ilim ve edebiyat eserlerinin engelliler için üretilmiş bir nüshası yoksa*” şeklindeki ifadeden çıkan sonuç budur. Dolayısıyla, yayımlanmış bir ilim ve edebiyat eserinin engelli bireyin de istifade edebileceği formatları mevcutsa bu istisnadan yararlanılmaz. Söz gelimi eseri yayımlayan yayınevi, bir kitabın kâğıt baskısını yaparak engelsiz bireyler için ürettiği nüshalara ilave olarak, eseri görme engelli bireyin el yordamıyla okuyabileceği bir yazı formatında ya da kulağıyla dinleyebileceği bant, ka-

set, CD gibi taşıyıcı ortamlara tespit ederek ses formatında üretip yayınlamış ise bu hüküm uygulanmaz. Çünkü görme engelli kişiler, kendi istifade edebilecekleri şekilde hazırlanmış eser nüshalarını edinmek suretiyle ihtiyaçlarını giderebilirler.

Bir eserin piyasada engellilerin istifade edebileceği formata sahip nüshaları varsa, bunların ücretli veya ücretsiz olarak edinilebiliyor olmasının önemi yoktur. Ücreti mukabili satılıyorsa, engelli bireyler ücretini ödeyerek bunları temin etmek zorundadır. Uygun formata sahip eser nüshasının mevcut olması halinde, bunların ücreti mukabilinde edinilebiliyor olması, Ek Madde 11 istinasına dayanılmasını haklı göstermez. O halde EK madde 11 istinasından yararlanmak isteyen kişi ve kurumlar, yararlanmak istedikleri ilim ve edebiyat eserinin uygun bir formatının ticari olarak piyasada bulunup bulunmadığını araştırmaları gerekir. Makul bir süre içinde uygun formatın bulunamaması halinde, eserin uygun bir formatta dönüştürülmesi, hukuka uygundur.

FSEK'te Ek Madde 11 çerçevesinde ilim ve edebiyat eserinin dönüştürülebileceği format açısından bir tahdit öngörülmemiştir. Maddede '*kaset, CD, brail alfabesi*' denilerek örnek kabilinden format çeşitlerine yer verilmiştir. Aynı şekilde '*vb. formatlarda*' ifadesiyle de format çeşitlerinin sınırlandırılmadığı ifade edilmiştir. Oysa engelli birey tarafından yararlanılabilecek eser formatları neler olduğu yabancı ülkelerden bazılarının yasalarında açıkça gösterilmiştir. Mesela Avustralya hukukuna göre, a) ses kayıtlarını içeren ortamlar (konuşan kitaplar), b) kabartma yazı (brail) formatı, c) büyük puntolu yazı versiyonları, d) fotoğraf versiyonu, e) elektronik nüshalar, engelli bireylerce yararlanılabilir formatlar olarak belirtilmiştir.²⁵

Buna karşılık, Yeni Zelanda'da bizim yasamızda olduğu gibi engelli istisnası kapsamında yararlanılabilecek eserlerin dönüştürülebileceği formatlar açısından bir tahdit getirilmemiştir.²⁶ Kanaatimizce, engelli bireyler için yararlanılabilecek formatların yasada sınırlayıcı şekilde yer alması doğru değildir. Bu açıdan Yeni Zelanda ve bizim kanunun düzenleme tarzı daha isabetlidir.

4. Kullanılabilecek Yetkiler Bakımından Kapsam

a) Genel olarak

Fikir ve sanat eserleri üzerinde eser sahibine tanınmış olan haklar FSEK'in 13 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, eser sahibi eseri üzerinde; eserin umuma arzı yetkisi (FSEK 14), eser sahibin adının eserinde belirtilmesini isteme yetkisi (FSEK 15), eserde değişiklik yapılmasının men edilmesi (FSEK 16) ve eserin aslına erişim yetkisinden (FSEK 17) oluşan manevî haklara sahiptir.

Eser sahibi, ayrıca, bir eserden işleme (FSEK 21), onun aslından veya kopyalarından çoğaltmak suretiyle yeni nüshalar üretme (FSEK 22), eserin aslı veya çoğaltılmış nüshalarını kiralama, ödünç verme veya satışa çıkarma suretiyle yayma (FSEK

²⁵ Dakin & Wijesena, 111.

²⁶ Dakin & Wijesena, 126.

23), eserin doğrudan veya dolaylı olarak temsil edilmesi (FSEK 24) ve eserin işaret ses ve görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletimi (FSEK 25) yetkilerinden oluşan malî haklara sahiptir.²⁷

Eser sahibinin eseri üzerindeki manevî ve malî hakları mutlak nitelikte inhisari yetkiler içerir. Eser sahipleri eser üzerindeki manevî hakları devredemezlerse de, malî hakların üçüncü kişilere devri ve intikali mümkündür. Malî hakları FSEK hükümlerine uygun bir şekilde devralan hak sahibi de tıpkı eser sahibi gibi devraldığı haklar üzerinde mutlak nitelik taşıyan yetkilere sahiptir. Malî hak sahibi olan kişi, eser sahibi de dahil kim tarafından ihlâl edilirse edilsin, bu haklarının korunması için hukuk düzeninin öngördüğü koruma araçlarının tümünden yararlanabilir.

Eser sahibine hukuken tanınmış bulunan hak ve yetkilere kısaca değinildikten sonra, şimdi Ek Madde 11’de hükme bağlanan istisnanın özürlü kişilerce kullanılacak yetkiler bakımından kapsamını tartışabiliriz.

Hemen belirtelim ki, tekrar hatırlanacak olursa Ek Madde 11 hükmünde, yazılı ilim ve edebiyat eserlerinden engelli bireyin veya bireylerin ihtiyacı kadar kaset, CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda ‘çoğaltılma’ yapılması ve ‘ödünç’ verilmesi için bu kanunda öngörülen izinlerin alınmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre engelli istisnası kapsamında kullanılacak yetkiler kanun koyucu tarafından ‘çoğaltma’ ve ‘ödünç verme’ yetkileri ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. O halde, yasamıza göre engelli istisnasına çerçevesinde kullanılacak yazılı ilim ve edebiyat eserleri üzerindeki haklardan sadece ‘çoğaltma’ ve eseri veya nüshasını ‘ödünç verme’ hakları kullanılabilir. Yukarıda belirtilen diğer haklar ise bu madde kapsamında eser veya hak sahibinden izinsiz kullanılamayacaktır.

b) Çoğaltma yetkisi

Ek Madde 11 kapsamında eser sahibinden izinsiz kullanılacak yetkiler bakımından önemli olan çoğaltma yetkisidir. O nedenle burada FSEK anlamında çoğaltmanın neyi ifade ettiğine ve mezkûr madde hükümleri bakımından kullanılacak çoğaltma yetkisinin kapsamı ve sınırlarına biraz daha ayrıntılı olarak değinmek gerekmektedir.

Kanun çoğaltma kavramını “*Eserlerin aslından ikinci bir kopyasının çıkarılması ya da eserin işaret, ses ve görüntü nakil ve tekrarına yarayan, bilinen ya da ileride geliştirilecek olan her türlü araca kayıt edilmesi, her türlü ses ve müzik kayıtları ile mimarlık eserlerine ait plan, proje ve krokilerin uygulanması da çoğaltma sayılır. Aynı kural, kabartma ve delikli kalıplar hakkında da geçerlidir*” şeklinde tarif etmektedir (FSEK 22/2).

Buna göre en basit tanımıyla çoğaltma, eserin aslından veya kopyasından çeşitli araç ve gereçlerin kullanılması suretiyle yeni nüshalar üretilmesidir.

27 **Ateş**, *Kapsam ve Sınırlar*, manevi haklar için bkz. § 5 (sh. 125–152), mali haklar için bkz. § 6 (sh. 156–198).

Bu tanıma göre çoğaltmada kullanılan araç ve yöntemin önemi yoktur. Nitekim 22. maddenin ilk fıkrasında bu husus teyit eder şekilde “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir*” denilmektedir. Kullanılan araç ve yöntem ne olursa olsun bir eserden yararlanmaya elverişli ikinci bir nüsha üretilebilen her eylem çoğaltmadır. Çoğaltma sayılabilmesi bakımından üretilen nüsha sayısının da önemi yoktur; eserin aslından veya kopyasından tek bir nüsha üretilmiş olsa bile çoğaltma yapılmış demektir.

FSEK’in 11. ek maddesinde engelli istinası kapsamında eserin çoğaltılabileceği formatlar açısından bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu husus maddede “*kaset, cd, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması*” şeklinde ifade edilmiş olup, “*kaset, cd, brail alfabeti*” şeklindeki sayım sınırlandırmak için değil, örnek vermek içindir. Yukarıda da ifade olunduğu üzere “*ve benzeri formatlarda çoğaltılması*” şeklindeki ibare bu yargıyı teyit eder mahiyettedir.

Buna göre, bir eser görme engelli bir birey için teyp kasetine veya CD’ye okunmak suretiyle kaydedilebilir. Burada eser sesli kitap formatına dönüştürülmektedir. Ya da eserin el yordamıyla yani dokunularak okunabilecek şekilde kabartma harf tekniği ile yeni şekle sokulması mümkündür. Kanun ‘ve benzeri formatlarda’ ifadesi ile burada bir sınırlama getirmediği için, kişinin engelinin nitelik ve derecesine göre eser, ondan istifadenin gerektirdiği her türlü formata sokulabilir. Meselâ işitme engelli bir birey için okuma-yazma bilmiyorsa, eserin görsel formatta ifadesini sağlayacak şekilde bir formatla işaret diline uygun şekillerin kâğıda tespiti yahut hareketli biçimdeki görüntülerin videokaset, CD veya VCD gibi ortamlara kaydı ve bu suretle görsel nitelikli bir ‘elektronik kitap’ haline dönüştürülmesi mümkündür. Aynı şekilde görme zorluğu çekilen bir kitabın daha büyük puntolar halinde fotokopi makinesi veya benzeri vasıtalarla yeniden basımı mümkündür.

Burada eserin internet ortamına aktarılmasının da çoğaltma olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine de değinmek gerekir. Zira eserin internete aktarılması aynı zamanda farklı bir formata dönüştürülmesini ifade eder. Bu takdirde, acaba internete aktarıldığı takdirde eserin bu yeni formatı, Ek Madde 11’de belirtilen ‘ve benzeri formatlarda çoğaltılması’ ifadesi kapsamında mütalâa edilebilir mi?

Bir eserin internet ortamında erişime sunulması, bu eserin yeni ve farklı bir formata sokulmasını gerektirmektedir. Bu yeni formatı ‘dijital’, ‘elektronik’ veya ‘sayısal’ kelimeleriyle nitelendirmekteyiz. Diğer bir deyimle internetteki bir eser artık kâğıt formatında değil, elektronik formata bürünmektedir. Bu ne demektir? Bu, eserin yeni bir ortamda ‘çoğaltılması’ demektir. Çoğaltma, eserin aslından veya kopyasından yararlanılarak yeni nüshalar üretilmesidir. Örneğimizde kâğıda basılmış bir eser nüshası ‘tarayıcı’ (*scanner*) denilen elektronik bir âlet yardımıyla, sayısal bir formata dönüştürülmektedir.

Eğer bu şekilde yapılan dönüşüm neticesinde, eser aktarıldığı yeni ortamda insanlar

tarafından istifade edilebilir olma niteliğini kaybetmemiş ise, çoğaltma fiili gerçekleşmiş olur. Şu sebeple ki; Kanun'un çoğaltma hakkını düzenleyen 22. maddesinin ilk fıkrasına göre “*Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı münhasıran eser sahibine aittir.*” İkinci fıkrada eserin işaret, ses veya görüntü nakline yarayan her türlü araca kayıt edilmesi çoğaltma olarak nitelendirildiğine göre, bir eserin bilgisayarın sabit veya taşınabilir hafızasına yahut internet ortamına aktarılması, sadece FSEK 25’deki elektronik iletim hakkını değil FSEK 22’den kaynaklanan çoğaltma hakkını da ilgilendirir. Bu sebeple, eserin izinsiz olarak internete konulması, her iki maddenin de ihlâli sonucunu doğurur.

O halde internet ortamını Ek Madde 11 hükmündeki ‘*ve benzeri formatlar*’ kapsamında düşünmek mümkündür. Ancak, eserin bulunduğu elektronik ortama, yani web sayfasına giriş sınırlandırılmadığı takdirde, anılan maddedeki ‘*eserden çoğaltılacak nüsha*’ ve ‘ *bunları kullanacak kişi*’ sayılarının sınırlı olması şartları yerine gelmeyecektir. Zira internet tüm dünyayı saran bir ağ niteliğindedir. İlgili web sayfasına girişte bir sınırlandırma söz konusu değilse, o eserin sonsuz sayıda çoğaltılmasına kapı açılmış demektir. Buna karşılık eserin bulunduğu web sayfası, engelli olup sadece sınırlı sayıda ve kimlikleri belli kişilerin erişime açık kılınıyorsa, Ek Madde 11 istisnasından yararlanmak mümkün olabilecektir.

c) Kamuya ödünç verme yetkisi

Ödünç verme “*bir eserin belli bir süre için doğrudan ya da dolaylı olarak ekonomik ve ticarî kâr sağlama amacı gütmeksizin üçüncü kişilerin kullanımına sunulması*” şeklinde tanımlanabilir. Ancak fikir ve sanat hukukunda asıl olan kamuya ödünç vermedir. Diğer bir ifadeyle kütüphane vb. kamuya açık kurumlar tarafından fikir ve sanat eserlerinin, belirsiz ve sınırlandırılmamış kişilere sınırlı bir sürede kullanmaları için ekonomik ve ticarî herhangi bir menfaat elde etmeksizin verilmesidir.²⁸

Burada konumuz bakımından önem arzeden yetki çoğaltma yetkisidir.

Kanunda her ne kadar “*ihtiyaç kadar kaset, cd, brail alfabeti ve benzeri formatlarda çoğaltılması veya ödünç verilmesi bu Kanunda öngörülen izinler alınmadan gerçekleştirilebilir*” deniliyor ise de, ödünç verme bakımından uygulamada pek fazla bir sorun yaşanacağını sanmıyoruz. Zira ödünç verme hakkı kanunda yayma hakkı kapsamında yer alan yetkilerden biri olarak düzenlenmiştir (FSEK 23). Kanun, ödünç vermeyi eser sahibinin ‘*münhasır hakları*’ arasında saymakta ise de, uygulamada eser sahibinin bu hakkını nasıl kullanacağı belli değildir. Mesela bir yazar bu maddeye göre kendisine ait kitapların kütüphaneler tarafından kamuya ödünç verilmesini yasaklayabilir. Ancak, bu tamamen teoride böyledir; pratikte bu mümkün olmamaktadır.

²⁸ Ayrıntı için bkz. Ateş, *Kapsam ve Sınırlar*, 170 vd.

Kaldı ki, FSEK 23 ün 3. fıkrası bu maddenin 1. fıkrasıyla çelişir bir durum arz etmektedir. Çünkü 3. fıkra hükmünden eser sahibinin kiralama ve ödünç verme yetkisinin ‘münhasır olmadığı gibi’ bir anlam da çıkmakta, bu fıkrada kira ve ödünç verme haklarının kullanılmasına ilişkin hususların Kültür Bakanlığı’na çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmektedir. Ancak bu yönetmelik henüz çıkarılmamıştır.

Bazı gelişmiş ülkelerde kamuya ödünç verme eser sahibinin ‘münhasır hakkı’ olarak düzenlenmemiştir. Diğer bir deyimle eser sahibine bu konuda ödünç vermeyi yasaklama yetkisi verilmemiş, buna mukabil, eserin kamuya ödünç verilmesi halinde kendisine uygun bir bedel (*equitable remuneration*) ödenmesi öngörülmüştür. AB’ de kamuya ödünç verme konusunda üye devletleri, bu hakkı ‘münhasır hak’ veya ‘uygun bedel ödenmesini talep yetkisi’ şeklinde düzenlemeyi tercihte serbest bırakmıştır.²⁹

Kaldı ki, buradaki ‘ödünç vermek’ ile Ek Madde 11’de engelli istisnası çerçevesinde çoğaltılmış nüshaların mı ödünç verilebileceği, yoksa engelli bireylerin gerek duyduğu formatta olmak üzere, eser sahibince oluşturulan nüshaların ödünç verilebilmesinin mi kastedildiği belli değildir. Birinci ihtimal kastediliyorsa, maddedeki ifade biçiminden bunu anlamak mümkün değildir. İkinci ihtimal kastedilmiş ise buna zaten gerek yoktur. Çünkü bu maddenin vazediliş gerekçesi, eserin engelli bireyin yararlanabileceği formatta nüshasının bulunmamasıdır. Bu nitelikte nüsha varsa zaten Ek Madde 11 uygulanmayacaktır.

O halde bu maddede geçen ‘ödünç vermeyi’ engelli bireyin kendisinin veya eser sahibi dışındaki kişi ve kurumların engelli istisnası kapsamında ürettikleri eser nüshalarının ödünç verilmesi şeklinde anlamak gerekir. Bunun sonucu olarak, görme engellilerle ilgili bir dernek, kendi üyelerinin bireysel ihtiyacı için *braille* alfabesi formatında ürettiği kitabı, eser sahibinden izin almaksızın başka bir görme engelliye ödünç olarak verebilecektir. Bize göre, kanunda böyle bir hüküm olmasa bile, *braille* alfabesi formatında bir kitabın görme engelli bir kişiye ödünç olarak verilebilmesi için eser sahibinden izin alınmasına gerek yoktur. Bu tarz bir kullanım için bu kadar ‘hassasiyet’ yersizdir diye düşünüyoruz.

d) Diğer malî haklar bakımından durum

Kanunda engelli birey istinasının sadece çoğaltma ve ödünç vermeyle sınırlandırıldığı için FSEK Ek Madde 11 kapsamında; eser üzerindeki işleme hakkı (FSEK 21), yayma hakkı (FSEK 23), temsil hakkı (FSEK 24), eseri radyo-televizyon ve internet gibi elektronik vasıtalarla kamuya sunma hakkı (FSEK 25) kullanılamayacaktır.

Bizce engelli istisnasının sınırlarının bu derece dar tutulması isabetli değildir. Çün-

²⁹ Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights Related to Copyright in The Field of Intellectual Property (Bkz. md. 5).

kü engelli bireylerin fikir ve sanat eserlerinden istifadesi için eser sahibinin diğer haklarından da yararlanma zarureti ortaya çıkabilir. Kanun koyucunun bu istisna kapsamında diğer yetkilerin de kullanılabilmesine izin vermesi daha şık olurdu diye düşünüyoruz.

Bir örnek vermek gerekirse, okuma yazma bilmeyen işitme engelli bir bireyin sadece işaret diliyle iletişim kurabildiğini düşünelim. Bu durumda bir hikâye kitabı, okuma yazma bilmeyen işitme engeli bir bireyin anlayacağı şekilde resim formatında veya işaret lisanı formatına çevrilemeyecektir. Çünkü bir hikâyenin yazı formatının resim formatına çevrilmesi, hukuken eserin işlenmesi olarak nitelendirmekte ve böyle bir işlem FSEK 21’de düzenlenen işleme hakkını alakadar etmektedir. Bu takdirde, Ek Madde 11’de sadece çoğaltma hakkının kullanılmasına izin verildiği için, eser sahibinin izni olmadan bir eserin işitme engelli bireyin istifade edebileceği çizgi veya resim formatına dönüştürülmesi mümkün olmayacaktır.

Aynı şekilde, eserin okunması, çalınması, oynanması, gösterilmesi gibi yöntemlerle eserden yararlanma hakkı münhasıran eser sahibine aittir ve eserden bu şekilde istifade edilmesine ‘eserin temsili’ denilmektedir. Kanun eser sahibinin temsil yetkisini “umumî mahallerde temsil” ile sınırlandırmış gibi görünüyorsa da, ‘umumî mahal’ kavramı genellikle dar şekilde tanımlandığından, meselâ bir eserin engelliler haftasında engelliler için düzenlenmiş bir konserde, giriş ücrete tabi olmasa bile, çalınması, söylenmesi veya sahneye konulması için eser sahibinden izin alınması gerekecektir. Hatta bu konser, sözgelimi, sadece görme engelli bireyler için düzenleniyor olsa bile, eser sahibinden izin almadan yapılan temsilden dolayı sorumluluktan kaçınılamayacaktır.

Böyle bir olayda FSEK 33’deki genel istisna akla geliyorsa da, bu maddedeki temsil serbestisi sadece eğitim-öğretim amacıyla ve eseri yalnızca eğitim-öğretim kurumlarında temsili için öngörülmüş bir serbestidir. Dolayısıyla verdiğimiz örnekteki gibi bir olayda haklı sebep teşkil etmez. Oysa yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, Alman hukukunda bu istisna sadece eğitim-öğretim amacıyla sınırlandırılmamış; gençlerin, yaşlıların, sakatların ve mahpusların korunması amacıyla yürütülen hizmetler için de uygulanabilen bir istisna olarak düzenlenmiştir (Alman FSEK 52).

Engelli istisnasının, FSEK md. 25’te düzenlenen eseri radyo-televizyon ve internet gibi elektronik araçlarla kamuya iletim hakkı bakımından belli ölçüde genişletilmesine ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz. Zira internet günümüzün en etkin bireysel iletişim aracı haline gelmiştir. Bu çerçevede internet imkânı, gerek engelli bireylerin topluma kazandırılması için onlara verilmesi gereken özel eğitimde, gerekse bunların genel kültür ve bilgilerinin artırılmasına çok faydalı ve etkili bir araç olarak kullanılabilir. O nedenle, engelli bireylerin yararlanabileceği uygun eser formatı yoksa sınırlı sayıda ve sadece engelli bireyin seçtiği yer ve zamanda erişebilmesine imkân sağlamak amacıyla, elektronik eser nüshalarının belli web sayfalarına konulabilmesine imkân sağlanmalıdır.

C. ENGELLİ İSTİSNASININ UYGULAMA ŞARTLARI

Engelli istisnasının kapsamını yukarıda sunmaya çalıştık. Tekrar hatırlanacak olursa, kanun koyucu, engelli istisnası kapsamında sadece eser sahibinin sadece çoğaltma hakkına sınırlama getirmiştir. Ancak bu hakkın engelli istisnası çerçevesinde kullanılabilmesi için kanunda bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şartlar yerine gelmediği veya getirilmediği takdirde, Ek Madde 11 istisnasından yararlanılamayacaktır.

Burada söz konusu şartlara değinilecektir. Ancak buna göre şartları; amaç, çoğaltmayı yapacak kişi, çoğaltılabilecek nüsha sayısı ve şekli şartlar başlıkları altında ele alabiliriz.

1. Amaç Bakımından

Ek Madde 11'in amacı, engelli bireylerin ilim ve edebiyat eserlerinden yararlanmalarını kolaylaştırmaktır. O nedenle eserler bu madde kapsamında ancak engelli bireyin kişisel ihtiyacının karşılanması amacıyla *kaset, CD, brail alfabeti ve benzeri formatlarda* çoğaltılabilir. Kanunda açıkça belirtilmediği için bu madde kapsamında kullanım amacı engelli bireyin eğitim ve öğretimi gibi bir amaçla sınırlandırılmaz. Dolayısıyla engelli kişi Ek Madde 11 kapsamında yayımlanmış ve alenilemiş yazılı ilim ve edebiyat eserlerini, bilgi genel bilgi veya özel bir bilimsel amaç çerçevesinde kullanabileceği gibi, kültürel ve eğlencesel amaçlarla da kullanabilecektir.

Ek Madde 11'de yasak olan amaç, ticarî menfaat sağlama amacıdır. O nedenle ticarî amaç güdülen yapılmış çoğaltmalar hiçbir şekilde bu kapsama girmez. Kanun, açıkça Ek Madde 11 kapsamında meydana getirilen nüshaların hiçbir şekilde *satılamayacağını, ticarete konu edilemeyeceğini ve amacı dışında kullanılamayacağını ve kullandırılmayacağını* hükme bağlanmıştır. Buna göre, bir kimsenin kendisi için veya bir vakıf veya derneğin kendi üyeleri için yahut bir engelliler okulunun kendi öğrencilerinin ihtiyacı için çoğaltmış olduğu eser nüshaları, satılamaz, amacı dışında kullanılmaz ve engelli olmayanların kullanımına da sunulamaz.

Kanunda bunların "kiralanamayacağından" söz edilmemiş ise de, kanaatimizce bu eselerin kiralanması da mümkün değildir. Çünkü kiralamada ticarî amaç söz konusudur. Fakat bu tür eserlerin hazırlanış maksatlarına matuf olarak ihtiyaç sahibi engellilere ödünç verilmesi veya bağışlanmaları mümkündür. Zira ödünç verme ve bağışlamada ticarî amaç yoktur.

2. Çoğaltmayı Yapacak Kişi

Kanunda bu madde kapsamında yapılacak çoğaltmayı yapmaya yetki verilen kişiler sınırlandırılmıştır. Buna göre ancak engelli *bireyin kendisi* bunu yapabilir. Genellikle bu kişilerin engeli bu tarz bir çoğaltma yapmaya imkân vermediğinden kanun koyucu *engellinin ihtiyacı için üçüncü kişiye* de bu müsaadeyi vermiştir. Üçüncü kişinin gerçek kişi olması şart değildir. Tüzel kişiler de bu işlemi yapar-

bilirler. Kanunda üçüncü kişilere örnek olarak ‘engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar’ sayılmaktadır. Bu kuruluşların özel hukuk veya kamu tüzel kişisi olması arasında fark yoktur. Körler veya sağır okulu kendi öğrencilerinin ihtiyacı için, işitme engelliler veya görme engellilerce kurulmuş vakıf ve dernekler de münhasıran kendi mensuplarının ihtiyacı için bunu yapabilirler.³⁰

Burada hemen belirtelim ki, üçüncü kişilerce bu maddeye göre engelli bireylerin ihtiyacına matuf olarak eser çoğaltma ticareti yapılamaz. Diğer bir ifadeyle A isimli şahıs yazılı ilim ve edebiyat eserini kasete veya CD’ye okuyarak ya da brail alfabetesine dönüştürerek *belirsiz* kişilerin ihtiyacını karşılamak üzere ticarî amaçla bunları piyasaya süremez. Burada kişisel kullanım istisnası söz konusu olduğundan, bu istisnaya dayanılarak ticarî faaliyette bulunulamaz. Bu işi yapan kimseler, sadece kendilerine bu amaçla yönelmiş taleplere cevap verecek şekilde hareket edebilirler.

Bununla beraber, bu yasak eser sahiplerinden izin alınmak suretiyle eserlerin engelli bireylerin yararlanabileceği formatlara dönüştürmeyi ticarî uğraş alanı yapmaya engel değildir. Hatta kanaatimizce buna ihtiyaç da vardır. Çünkü genellikle bu tür işlemler kârlı görülmediği için eser sahibi veya eser üzerinde çoğaltma ve yayma hakkına sahip yayıncılar tarafından yapılmamaktadır. O nedenle eserlerin engelli bireylerin istifade edebileceği formata dönüştürülmesi işinin ticarî bir faaliyet olarak yürütülüyor olması, medeni toplum olmanın önemli bir göstergesidir. Bunun yegâne şartı, eser veya hak sahiplerine ücretini ödeyerek izinlerini aldıktan sonra bu tür bir ticari faaliyette bulunmaktır.

O halde, eser veya hak sahiplerinden izin almak kaydıyla, bir ilim ve edebiyat eseri *brail* alfabesi formatında çoğaltılıp satılabilir. Veya bir ders kitabı, örneğin, görme engelli hukuk öğrencilerinin dinleyerek ondan yararlanmasını sağlamak amacıyla, bir teyp kaseti veya CD’ye okunabilir. Bu şekilde çoğaltılmış “konuşan kitap” olarak adlandırılacak kaset ve CD’ler satılabilir veya taraflar arasındaki sözleşmede izin verilmiş ise kiraya dahi verilebilir. Hak sahiplerinden izin alınarak yapılan bu tür bir faaliyet, bir kitapçının basılmış kitap nüshalarını raflarında satışa sunmasından farkı olmayan, meşru bir ticarî faaliyettir.

5378 sayılı Özürlüler Kanunu, özürlülerin eğitimi bakımından eğitim materyallerinin özürlü bireylerin yararlanabileceği formatta hazırlanması ödevini devlete yüklemiştir.³¹ Dolayısıyla, ders kitabı vb eğitim materyali niteliğindeki eserler,

30 Aynı görüş, **Kılıçoğlu, Ahmet**, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara 2006, sh. 346.

31 5378 sayılı Özürlüler Hakkında Kanunun “**Madde 15.-** Hiçbir gerekçeyle özürlülerin eğitimi alması engellenemez. Özürlü çocuklara, gençlere ve yetişkinlere, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, bütünleştirilmiş ortamlarda ve özürlü olmayanlarla eşit eğitim imkânı sağlanır. Özürlü üniversite öğrencilerinin öğrenim hayatlarını kolaylaştırabilmek için Yükseköğretim Kurulu bünyesinde araç-gereç temini, özel ders materyallerinin hazırlanması, özürlülere uygun eğitim, araştırma ve barındırma ortamlarının hazırlanmasının temini gibi konularda çalışma yapmak üzere Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Merkezi kurulur.

FSEK'in 33 ve 34. maddelerinin izin verdiği kapsamda, hem devlet tarafından hem de bireylerce meydana getirilebilecektir. FSEK madde 33 ve 34 istisnası kapsamında değerlendirilebilen eserlerin çoğaltılabilmesi bakımından bir problem yoktur. Ancak, eğitim-öğretim kapsamını aşan eserlerin (roman, hikâye, diğer bilimsel eserler) eser sahibinden izinsiz kullanımı, yalnızca Ek Madde 11 istisnası kapsamında mümkün olabilir.

İngiliz hukukunda görme engelli bireyin kendisi tarafından veya onun adına üçüncü bir kişi tarafından, eserin orijinali veya yasal olarak edinilmiş nüshasından, kişisel ihtiyaç için sadece bir kopya çıkarılabileceği öngörülmüştür. Engelli kişi için eğer üçüncü bir kişi çoğaltma yapacaksa alınacak ücret, eserin çoğaltılma maliyetinin üzerinde olamaz. Diğer bir ifadeyle, maliyeti üzerinde bir para ile bu nüshayı engelliye satamaz.³² Amerikan hukukunda görme engellilerin şahsi ihtiyacı yapılacak çoğaltmalar 'meşru yararlanma' veya 'yasal kullanım' olarak da nitelendirilebilen 'fair use' kapsamında mütalaa olunmaktadır.

Amerikan ve İngiliz hukuklarında engelli istisnası kapsamında kullanılmak için gerekli eser formatlarının üretimi konusunda özel yetkilendirilmiş kurumlar (*approved bodies*) mevcuttur. Bunlar eğitim kurumları ile ticari amaç gütmeksizin engellilere hizmet maksadıyla çalışan müesseselerden oluşmaktadır. Özel yetkilendirilmiş kurumlar, hukuka uygun olarak zilyetliğinde bulundukları bir eserden görme engelli bireyler için çok sayıda nüsha üretme yetkisine sahiptirler.³³

3. Çoğaltılacak Nüsha Sayısı

Kanun koyucu, yayımlanmış ilim ve edebiyat eserinin eser sahibinden izinsiz olarak kaset, CD, *braille* alfabesi vb. formatlarda çoğaltılması istisnasını, engelli kişinin bireysel ihtiyacı için tanımıştır. Dolayısıyla, mezkûr eserlerden engelli bir bireyin kişisel kullanımı için, belirtilen formatlarda *sadece tek bir nüsha* yapılabilir. *Yani engelli birey sayısından fazla çoğaltma yapılamaz.*

Aynı şekilde, çoğaltmayı engelliler adına yapacak gerçek ve tüzel kişiler de anılan sınırlamaya tabidir. Dolayısıyla, engellilere yönelik hizmet veren eğitim kurumu, vakıf veya dernek gibi kuruluşlar da öğrencilerinin veya mensuplarının sayısı kadar

Özürlüler Danışma ve Koordinasyon Merkezi'nin çalışma usul ve esasları, Sağlık Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Yükseköğretim Kurumu ile Özürlüler İdaresi Başkanlığınca müştereken hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

İşitme özürlülerin eğitim ve iletişimlerinin sağlanması amacıyla Türk Dil Kurumu Başkanlığı tarafından Türk işaret dili sistemi oluşturulur. Bu sistemin oluşturulmasına ve uygulanmasına yönelik çalışmaların esas ve usulleri Türk Dil Kurumu Başkanlığı koordinatörlüğünde, Millî Eğitim Bakanlığı, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü ile Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nca müştereken çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Özürlülerin, her türlü eğitim ve kültürel ihtiyaçlarını karşılamak üzere kabartma, sesli, elektronik kitap, alt yazılı film ve benzeri materyal üretilmesini teminen gerekli işlemler, Millî Eğitim Bakanlığı ve Kültür ve Turizm Bakanlığı'nca müştereken yürütülür."

32 United Kingdom, *Copyright Design and Patent Act* (CDPA), Section 31A(5).

33 **Dakin & Wijesena**, 119 ve 123.

çoğaltma yapabilirler. Buna göre, meselâ, bir körler okulu bir eserden okuldaki öğrenci sayısından fazla sayıda çoğaltma yapamaz. Keza, vakıf ve dernek gibi engelli kişilere hizmet vermek amacıyla kurulmuş tüzel kişiler de, çoğaltılmasına yasal olarak izin verilen formattaki esere gerçekten ihtiyacı bulunan üyelerinin sayısınca çoğaltma yapabilirler. Bu itibarla, görme engeli olmadığı halde körler derneğine üye olmuş diğer kişiler için çoğaltma yapılamaz.

Başkalarının ihtiyacı için Ek Madde 11 kapsamındaki istisnadan yararlanılarak sayıları ve kim oldukları bilinmeyen kişiler için çoğaltma yapılamaz. Bu sebeple, ister gerçek kişiler ister dernek ve vakıflar gibi tüzel kişilerle, Çocuk Esirgeme Kurumu, Özürlüler İdaresi veya Milli Eğitim Bakanlığı gibi kamusal birimler, sayısı sınırlandırılmamış bir özürlüler topluluğu için, Ek Madde 11'e dayanarak eser sahibinden izin almadan eseri çoğaltamaz ve ödünç veremezler. Çünkü bu istisna "bireysel kullanım" istisnasıdır. Dolayısıyla, önceden belli olmayan sayıda bir grup için bu istisnadan yararlanılamaz. Aksi takdirde, böyle bir kullanım bireysel yararlanma sınırlarını aşarak '*umumen yararlanma*' boyutuna ulaşır ki, bu tarz bir yararlanmayı eser sahibinin meşru menfaatleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Böyle bir kullanım, eser sahibinin haklarına katlanılamayacak derecede zarar verdiği için, hukuk düzenince himaye görmez (MK 2).

O nedenle hem özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri, hem de Özürlüler Kanunu'nda (md. 15) sözü edilen kamu kurum ve kuruluşları, *belirsiz sayıda bir engelliler grubunun ihtiyaçları için fikir ve sanat eserlerini farklı bir formatta da olsa çoğaltmadan evvel eser sahibinin iznini almak zorundadır*. Bu çerçevede söz gelimi, Kültür Bakanlığı, Orhan Pamuk'un Kar isimli romanını, Türkiye'deki tüm görme engelli bireylerin istifadesine sunmak amacıyla bir CD'ye okutarak 'sesli kitap' veya 'konuşan kitap' haline getirmek istiyorsa, eser veya hak sahibinden izin alacaktır. Keza, Özürlüler İdaresi, *Ömer Seyfeddin*'in Kaşığı isimli eserini, okur-yazar olmayan işitme engelli tüm bireylerin yararlanabileceği resim veya işaret lisanı formatında basıp çoğaltmak ve belirsiz sayıda işitme engelliler kitlesinin hizmetine sunmak istiyorsa, eser üzerinde malî hak sahibi olanlar kimlerse, onlardan izin alması gerekir. Bu tür olaylarda FSEK Ek Madde 11'in uygulanmasına imkân yoktur.

4. Şekli Şartlar

Ek Madde 11'de, bu hüküm kapsamındaki istisnaya konu eserlerin engelli bireyler için oluşturulmuş yeni eser formatı bakımından, kanunda mevcut çok temel bir ilkenin tekrarına yer verilmiştir. Buna göre, tıpkı FSEK'in kamusal yarar ve kişisel yarar mülâhazasıyla 31 ve devamı maddelerinde getirdiği istisnalarda olduğu gibi, Ek Madde 11'e göre meydana getirilecek farklı formattaki eser nüshalarında, eser sahibinin adı ve varsa malî hak sahiplerine ilişkin bilgilerin bulundurulması gerekir. Bu zorunluluğun temelini anılan maddedeki "*Ayrıca bu nüshalar üzerinde hak sahipleri ile ilgili bilgilerin bulundurulması zorunludur*" şeklindeki ifade oluşmaktadır.

Burada geçen 'hak sahibi' kavramı üst kavramdır; hem eser sahibini hem de eser

üzerinde çoğaltma ve yayma gibi malî haklara sahip olanları ifade eder. Diğer bir deyimle eser sahibi yanında istifade olunan ilim ve edebiyat eserinin nüshasını basan, çoğaltan ve yayanın bilgilerine de yer verilmesi gerekir.

Kanun hak sahipliğine ilişkin bilgi dışında başka bir bilginin de bu maddeye göre çoğaltılan eser nüshasında yer almasını şart koşmaktadır. Bu bilgi de eserin çoğaltım amacıdır. Çünkü maddede açıkça eser nüshası üzerinde “*çoğaltım amacının belirtilmesi zorunludur*” denilmiştir. Bu itibarla eserin FSEK Ek Madde 11 uyarınca orijinal şeklinden farklı bir formatta çoğaltılma amacı belirtilmelidir. Mesela “*Bu eser görme engelli bireylerce okunabilmesi/dinlenebilmesi amacıyla bu formatta hazırlanmıştır*” gibi bir ifadeye yer verilebilir.

Ek Madde 11’de açıkça belirtilmemekle birlikte, bu madde çerçevesinde cevaz verilen işlemler yapılırken eser sahibinin manevî haklarına da zarar verilmemelidir. Buna göre, eser sahibinin adı asıl nüshada ne şekil yer almışsa, eserin yeni formata aktarılmış nüshalarında da aynı şekilde yer almalıdır.

Buna göre, eser sahibinin adında veya soyadında kısaltma, ekleme veya değişiklik yapılmamalı, eserin adı da yeni nüshaya aynen aktarılmalıdır. Eserin yeni nüshaya aktarımının gerektirdiği teknik zaruretler dışında eserin bütünlüğüne zarar verilmemeli, eserin şekil ve içeriği mümkün olduğu ölçüde aynen korunmalıdır. Nihayet, eserin yeni formata aktarılış şekli ve bu şekliyle kamuya sunulma tarzı eser sahibinin kişilik haklarına zarar vermemelidir. Aksi halde, eser sahibi, eserin Ek Madde 11 kapsamında kullanılmasına itiraz edip engel olabilir.

IV. SONUÇ YERİNE

FSEK’in Ek Madde 11 hükmü, uygar toplum olmanın ve Anayasa’da yer alan ‘sosyal devlet’ ilkesinin bir gereği olarak, biraz gecikmeli de olsa hukuk sistemimize dahil olan yeni bir düzenlemedir. Bu hükmün amacı, doğuştan veya sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılama güçlükleri olan kişilerin, fikir ve sanat ürünlerinden yararlanabilmelerinin sağlamaktır. Böylece, diğer bireyler gibi, engellilerin de bilimden pay ve sanattan haz alabilmeleri mümkün olduğu ölçüde kolaylaştırılmak istenmiştir.

Ancak kanun koyucu, hem yararlanılabilecek eser türleri bakımından hem de yararlanılabilecek yetkiler bakımından, madde uygulamasının kapsamını çok dar tutmuştur. Buna göre maddenin uygulanabilmesine ilişkin yukarıda ayrıntılı şekilde verilen çerçeveyi özetlersek, bu madde kapsamında yararlanılacak eserin;

- 1) ilim ve edebiyat eseri olması,
- 2) yazılı olması,
- 3) alenîleşmiş veya yayımlanmış olması,

- 4) engellilerin istifade edebileceği şekilde üretilmiş bir nüshasının bulunmaması,
- 5) eserden sadece çoğaltma yapılabilmesi,
- 6) çoğaltmanın engelli bireyin eserden istifade edebileceği kaset, CD, brail alfabesi ve benzeri formatlarda yapılması,
- 7) çoğaltmanın engelli kişinin bireysel ihtiyacı için yapılması,
- 8) gerçek veya tüzel kişilerce çoğaltılabilecek nüsha adedinin belirli bir grup engelli sayısı ile sınırlı olması,
- 9) çoğaltılan nüshaların amacı dışında ve özellikle ticarî gaye ile kullanılmaması,
- 10) çoğaltılmış eser nüshalarında eser sahibi adının ve varsa malî hak sahiplerine ilişkin bilgilerin bulundurulması ve çoğaltım amacının belirtilmesi,
- 11) bu maddede cevaz verilen işlemler yapılırken eser sahibinin manevî haklarına zarar verilmemesi

gerekmektedir.

Bu şartların hepsi bir arada gerçekleştiği takdirde, eserden bu kapsamda yararlanılması eser sahibinin haklarını ihlâl etmez. Bunun için eser sahibinin iznini almaya da gerek yoktur. Eser sahibi bu maddeye göre eserin yeni bir formata aktararak çoğaltılmasına engel olamayacağı gibi, bu maddeye göre çoğaltılmış eserin nüshalarının ödünç verilmesini yasaklayamaz.

Kanun koyucunun bu hükmü FSEK'e dahil etmesi alkışlanacak bir tutum olmakla birlikte, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, engelli istisnası kapsamında kullanılacak eserlerin 'ilim ve edebiyat eserleri' ile sınırlandırılması ve bu eserler üzerinde kullanılacak yetkilerin de 'çoğaltmaya' ve 'ödünç vermeye' inhisar ettirilmesi de tenkide değer bir vakıa oluşturmaktadır. Çünkü Ek madde 11'in mevcut haliyle bugün uygulanabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Bu maddeye güvenerek fikir ve sanat eserlerinden yararlanmak isteyen engelli bireyler için adeta bir 'tuzak' niteliğini taşımaktadır. Çünkü engelli bireylerin bu maddeye göre yararlanabilecekleri eser formatları üretmeleri mümkün değildir. Onlar tarafından kurulmuş dernek ve vakıfların insan ve teknik donanımı da bu tür işleri başarabilecek kapasiteye sahip değildir. Nitekim bu maddeden yararlanma çabası ile yapılan hatalardan dolayı onbinlerce liralık tazminat talebiyle muhatap bir görme engelli derneği bunun en somut örneğini oluşturmaktadır.

Bu sebeple, FSEK ek md 11 bu haliyle, makalemizin başında da ifadesini bulduğu gibi "bir engelli istisnası"ndan ziyade, adeta 'istisnai bir engel' gibidir. Bu sebeple biz mevcut düzenlemenin olması gereken hukuk bakımından gözden geçirilmesinin gerektiğini savunuyoruz ve şu öneride bulunuyoruz:

Buna göre öncelikle, Ek Madde 11'in içeriği gözden geçirilmeli ve kapsam hem yararlanılabilecek eserler bakımından hem de yetkiler bakımından genişletilmelidir.

Buna göre FSEK Md. 2-4 arasında düzenlenmiş tüm fikir ve sanat eserleriyle, FSEK 80'de yer alan tüm bağlantılı hak konularından engelli istisnası kapsamında ve FSEK 21-25'te düzenlenen tüm haklardan yararlanılabilmelidir. Bu yapılırken de eser sahiplerinin haklarına amacı aşacak derecede zarar verilmemesini temin için kesin ve sınırları belli bir çerçeve çizilmelidir.

O nedenle biz Kanuna 'Engelli İstisnası' kenara başlığı altında genel bir düzenleme konularak, bu istisnanın uygulama şartlarının ayrıntılı bir şekilde yönetmelikle düzenlenmesini önermekteyiz. Bu yönetmelik hazırlanırken de, gelişmiş ülkelerdeki düzenlemelerden yararlanılmalı ve ülkemiz şartlarına uygun düşecek kurallar geliştirilerek, yönetmeliğe konulmalıdır.

Şekli yönden önerimiz ise şu şekildedir: Bu madde bir istisna hükmü olarak kanunun ek maddeleri arasında değil, konu bütünlüğü bakımından istisnaları düzenleyen asıl hükümler arasında yer almalıdır. Bunun için de maddenin kanunun 'Tahditler' kenar başlıklı bölümüne taşınması gerekmektedir. Bu madde, 'Tahditler' bölümünde ise 'Engelli İstisnası' kenar başlığı altında 'Madde 34/A' şeklinde düzenlenebilir.

MARKA HAKKINA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR VE YAPTIRIMLARI

Mustafa ÖZEN*

ÖZET

Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı KHK'nin marka hakkına tecavüz niteliği taşıyan düzenlemeleri olan m. 9/I(b), 9/II (b), 61/(a) ve 61/(c) hükümlerini aynı tarihli kararda Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa'ya aykırılık gerekçesi olarak da suçta ve cezada kanunilik ilkesi belirtilmişti. Bu iptal kararlarının yürürlüğü, kanunda boşluk doğabileceği gerekçesiyle altı ay ertelenmişti. 6 aylık geciktirici yürürlük süresinin dolması halinde söz konusu fiillerin cezai anlamda nasıl korunacağı sorunu ortaya çıkmıştı. Kanun koyucu, bu nedenle, (Kanun Tarihi: 21.01.2009, R.G: 28.01.2009, Sayı: 27124) 556 sayılı KHK'nin ilgili maddelerini değiştiren 5833 sayılı Kanun'u kabul etti.

Söz konusu 5833 sayılı Kanun, m. 61/A'da suç ve ceza içeren hükümleri tek madde altında toplamış bulunmaktadır. Bu nedenle, tam bir ceza normu içermekte olup, suçta ve cezada kanunilik ilkesi sağlanmış bulunmaktadır.

Çalışmamızda, 5833 sayılı Kanun değişikliğinden önceki 556 sayılı KHK'nin ilgili maddelerine ilişkin iptal kararı, bu konuda öğretileri sürülen görüşler ve 5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen yeni düzenlemeye yer verilecektir.

* Dr. Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı

I – Giriş

Marka hakkına karşı işlenen suçlar, 24.6.1995 Tarih ve 556 Sayılı (R.G. Tarihi: 27.6.1995, No: 22326) Marka Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinde düzenlenmişti.

Marka hakları 556 sayılı KHK ile düzenlenmiş olup, bu haklara karşı gerçekleştirilen ihlallere karşı yaptırımlar, 3/11/1995 - 4128/1 md.; Değişik:22/6/2004 – 5194/2 maddeler ile düzenlenmişlerdi. Suçun maddi unsurlarının KHK ile yaptırımlarının Kanun ile düzenlenmiş olması, başta Anayasa olmak üzere Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler açısından bazı sorunlar doğurmaktaydı. Bu düzenleme şekli, uygulamada suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesine iptal davasına konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi 61. maddedeki düzenlemelerden bazılarını iptal etmişti. İptal edilmeyen diğer düzenlemeler de, iptal edilen düzenlemelere benzer oldukları için, iptal davasına konu oldukları zaman iptal edilecekleri kanaatini güçlendirmekteydi. Özellikle, iptal edilen hükümlerin iptal edilme nedeniyle doğacak kanun boşluğunun doğuracağı sakıncaları ertelemek amacıyla Anayasa Mahkemesi tarafından öngörülen yürürlük tarihinin dolması üzerine, söz konusu hükümlerin ortadan kalkması, önemli sorunlar meydana getirmeye başlamıştı. Özellikle, söz konusu hükümlerle düzenlenen cezai yaptırımların artık mümkün olmaması, ciddi sorunları beraberinde getirmişti. Bu sorunların ortadan kalkabilmesi için, kanun koyucunun KHK ile düzenlenmiş olan 61. maddenin kanunla düzenlemesi gerekmekteydi. Kanun koyucu, bu sorunu gidermek amacıyla, 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Tarihi: 21.01.2009, R.G: 28.01.2009, Sayı: 27124) ile söz konusu boşluğu doldurmuştur.

Bu çalışmada ilk önce, söz konusu KHK ile getirilmiş olan düzenlemeler, bu düzenlemelerin suçta ve cezada kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesi, bu düzenlemelere karşı açılan iptal davaları ve bu davalara ilişkin Anayasa Mahkemesinin kararlarına değineceğiz. Daha sonra, artık Marka Hukukunda yeni bir dönemi ifade edecek olan 5833 sayılı Kanunun ilgili düzenlemelerine değineceğiz.

II – Marka Kavramı ve Marka Hakkı

Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir (556 KHK m. 5). Bu düzenlemeye göre, bir teşebbüsün (işletmenin) mal veya hizmetlerini, bir başka teşebbüsün (işletmenin) mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayıcı nitelikte olan işaretlere marka denilir¹.

1 ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997, s. 35 vd.; TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülki-

Marka bir işaret olup, bu işaretin özelliği, ayırt edici olmasıdır².

Marka hakkı, mutlak bir haktır. Bu nedenle, hak sahibine, markasının başkası tarafından kullanılmasını yasaklama, inhisari (tekel) haklar ve yetkiler sağlar³. Markasını tescil ettiren hak sahibi, bu tescilden doğan haklarını herkese karşı ileri sürebilmektedir⁴. Marka hakkı, hem olumsuz yani yasaklama yetkileri ile olumlu yani kullanma hakkını içerir⁵. Marka hakkı sahibinin, başkalarının marka hakkına karşı saldırılarını önleme yetkisi ile marka hakkından doğan haklarını kendi menfaati doğrultusunda kullanma hakkı bulunmaktadır.

Marka hakkının korunması, tescil ile elde edilir (556 KHK m. 6). Ancak, Anglo – Amerikan hukukunda, marka hakkının korunması, markayı kullanma şekliyle elde edilmektedir⁶.

Marka hakkının sahibine marka sahibi denilir. Marka hakkı; tescil, miras ve bir hukuki ilişkiye dayanılarak devren elde edilir⁷.

III – Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlarda Kanunilik İlkesi

Kanunilik ilkesi, Anayasanın 38. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilke ile, ceza hukukunun uygulanmasında, devletin bireye karşı keyfi bir şekilde davranmasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁸. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi (nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege), hangi fiillerin suç olduğu ve suç kabul edilen fiillerin yaptırımlarının neler olduğunun önceden kanunla açıkça düzenlenmesini ifade eder. Kanunilik ilkesinde, iki unsur bulunmaktadır. Bunlar; suçta kanunilik ilkesi ve cezada kanunilik ilkesidir.

A) Beyaz Hüküm (Çerçeve Kanun), İdarenin Düzenleyici İşlemi ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinde, iki unsur olduğunu belirttik. Bunlardan biri, suçta kanunilik ilkesidir. Suçta kanunilik ilkesi, hangi fiillerin suç olduğunun kanunda açık bir şekilde düzenlenmesini ifade eder⁹. Hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle düzenlenip, yaptırımların kanun hükmüyle

yet Hukuku, İstanbul, 2004, s. 339.; KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 28 vd.; KAYA, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s. 13 vd.

2 ARKAN; (1997), s. 36.; TEKİNALP; (2004), s. 339, 344.; KARAN/KILIÇ; (2004), s. 28.; KAYA; (2006), s. 13, 24.

3 ARKAN; (1997), s. 124.; TEKİNALP; (2004), s. 354.

4 KARAN/KILIÇ; (2004), s. 63.; POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 356.

5 TEKİNALP; (2004), s. 354.

6 KARAN/KILIÇ; (2004), s. 62.

7 TEKİNALP; (2004), s. 354.

8 ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 1991, s. 109.

9 ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 105.

düzenlenmesi, sadece suçta kanunilik ilkesinin ihlali anlamına gelir. Bu tür düzenlemelere beyaz hüküm veya çerçeve kanun denilmektedir¹⁰. Bugün hala yürürlükte olan 20.2.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, bu tür düzenlemenin en tipik örneklerinden biriydi¹¹. 24.12.2008 tarih ve – 5827 sayılı Kanununun 1. maddesiyle yapılan değişiklikle, bu özelliği ortadan kaldırılmıştır. Beyaz hüküm veya çerçeve kanun olarak adlandırılan bu durum, idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza koyamayacağı anlamına gelir. Nitekim bu konu, TCK'nun 2. maddesinin 2. fıkrasında, 'İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz' şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin varlığına rağmen, TCK'nun 297. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenleme, beyaz hüküm niteliğindedir¹².

Marka hakkını düzenleyen 556 sayılı KHK'nin 61. ve 61/A – c bendini, kanunilik ilkesi açısından değerlendirdiğimiz zaman, söz konusu hükümlerin kanunilik ilkesi bakımından sorun taşıdığı görülmekteydi. 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, marka hakkına karşı yapılacak ihlaller düzenlenmişti. 556 sayılı KHK'nin 61/A – c bendi ise, 556 sayılı KHK'de yer alan marka hakkına saldırı niteliği taşıyan hareketlere ilişkin yaptırımları düzenlenmekteydi. Bu haliyle, suçun maddi unsurlarını düzenleyen hükümler idarenin düzenleyici işlemleriyle, yaptırımı düzenleyen m. 61/A, 4128 Kanun ile sonradan değişiklik getiren 5194 sayılı Kanun ile düzenlenmişti. Bu düzenlemelere bakıldığında, 556 sayılı KHK'nin suçun maddi unsuru bakımından beyaz hüküm ya da çerçeve Kanun olduğu, bu nedenle de suçta kanunilik ilkesine uymadığı, ancak, yaptırım bakımından cezada kanunilik ilkesine uygun olduğu görülmekteydi¹³. Ancak, bu düzenleme, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile suçta kanunilik ilkesine uygun hale getirilmiştir.

556 sayılı KHK'nin 61. maddesi, Anayasanın 38. maddesinde yer alan kanunilik ilkesi ve yine 91. maddesinde yer Kanun Hükmünde Kararnameler ile suç konulmayacağı kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle dava konusu olmuştu¹⁴. Bu dava neticesinde Anayasa Mahkemesi, beyaz hüküm

10 TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005, s. 11.; İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, I. Kitap, İstanbul, 1999, s. 58, 105.

11 Bu Kanununun 3. maddesi, (**Değişik:** 24.12.2008 – 5827/1 md.) tarih ve kanun maddesiyle değiştirilip, Bakanlar Kurulu Kararıyla uygulanacak yaptırım İdari Para Cezası haline getirilmiştir. Bu nedenle, bu Kanun, artık, Beyaz Hüküm olmaktan çıkmıştır.

12 HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007, s. 50.

13 ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul, 2003, s. 836.

14 Dava, 556 sayılı KHK'nin m. 61/d ve 61/A – c bendlerine ilişkin açılmıştır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu dava üzerine, 556 sayılı KHK'nin m. 61/A – c bendinin 61. maddede düzenlenen bütün hareketlere ilişkin genel bir düzenleme olduğu, somut olayda davanın sadece, 61. maddenin (d) bendine yönelik olduğu, dolayısıyla, itiraz incelemesinin sadece, 61. maddenin (d) bendiyle sınırlı şekilde inceleneceğine karar vermiştir. Bu karar üzerine, işin esas görüşülüp, m. 61/d bendinin Anayasanın 38 ve 91. maddeleri karşısında Anayasaya aykırı olduğuna, m. 61/A – c bendinin ise Anayasaya aykırı olmadığına karar verip, iptal edilen m.61/d açısından, doğacak hukuksal boşluğun kamu düzenini tehdit edici nitelikte gördüğü için, yürürlüğüne 1 yıl sonrasına ertelenmesine karar vermiştir. AyMK, 02.03.2004 gün ve 2002/92 esas ve 2004/25 sayılı

niteliği taşıyan 61. maddenin (d) bendini, Anayasanın 38 ve 91. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir. 556 sayılı KHK'nin m. 61/A (c) maddesi 4128 sayılı Kanun ile getirildiği için, Anayasaya uygun bulunmuştur. Daha sonra m. 61/ (a) ve (c) bendleri ile m. 9/I (b) ve 9/II (b) bendleri de suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁵.

Anayasa Mahkemesi'nin 556 sayılı KHK'nin m. 61/a, c ve d bendlerine ilişkin olarak, bu hükümlerin kanunilik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle verdiği iptal kararı, öğretide eleştiri konusu olmuştu. Eleştirinin temeli, 61. maddede yer alan hükümlerin, ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme mi yoksa ticaret hukukuna yani özel hukuka ilişkin bir düzenleme mi olduğuydu. Anayasa Mahkemesi, uygulama ve öğretide bir kısım yazarlar, 61. maddede yer alan hükümlerin, ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul etmekteydi¹⁶. Öğretide bir kısım yazarlar ise, 556 sayılı KHK'nin m. 61/a, c ve d bendlerinde yer alan hükümlerin ceza hükmü değil, bir özel hukuk hükmü olduğu, eğer, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir durum varsa, bu durumun, m. 61/A – c hükmü olduğu görüşünü ileri sürmekteydi¹⁷. Bu görüşe göre, m. 9 ve 61'deki hükümler, tescilli markaya sağlanan tek haklarının kapsamını ve marka hakkına tecavüz hallerini belirleyen özel hukuk normlarıydı. Cezai yaptırım öngören m. 61/A – c bendinin m. 61'e atfı yapması, m. 61'de yer alan hükümlerin cezai nitelikte olduğunu göstermez. M. 61'de yer alan hükümleri suç haline getiren ve ceza öngören norm, m. 61/A – c hükmüydü¹⁸.

Anayasa Mahkemesini iptal kararı verdiği tarihten itibaren görülmekte olan bütün davalar, beraat kararıyla sonuçlanmaktaydı. Bu durum karşısında, m. 61'de yer alan haksız saldırı niteliğindeki hareketlerin nasıl cezalandırılacağı, sorun taşımaktaydı. Öğretide Arkan'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, bu alandaki hareketlerin cezasız kalmaması için, bir an evvel kanun ile bu boşluğun doldurulması gerekmektedir¹⁹.

Karar. Anayasa Mahkemesinin 61. maddenin (f) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kararına katılmayan üyeler, karşı oy gerekçelerini; özetle, 'Yasa koyucu, 61. maddenin A fıkrasının (c) bendinde yer alan; **61. maddede yazılı fiillerden birini işleyenler** şeklindeki ifade, sadece, ceza hükmü koymamakta, bunun yanı sıra, 61. maddede suç sayılan fiilleri de içermekte, yasa koyucunun tekrardan kaçınmak için, böyle bir düzenlemeye gittiği görüşünü ileri sürerek, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bir düzenlemenin bulunmadığını ifade etmişlerdir.

15 AyMK, 03.01.2008 tarih ve Esas 2005/15, Karar 2008/2.

16 AyMK, 18.06.2003 tarih ve Esas 2000/38, Karar 2003/66; 2.3.2004 tarih ve Esas 2002/92, Karar 2004/25; 03.01.2008 tarih ve Esas 2005/15, Karar 2008/2. ALICA, Türkyay; Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007, s. 153 vd., ÖZGENÇ; (2007), s. 111. Yazar, m. 61'de yer alan düzenlemelerin suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğunu ifade etmektedir.; ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, s. 838.

17 AYOĞLU, Tolga; Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 61. maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 8, Cilt 8, Sayı 4, s. 29, 34.

18 AYOĞLU; s. 36, 37.

19 ARKAN, Sabih; Marka Hakkına Tecavüz Halleri – Anayasa Mahkemesinin 2.3.2004 Tarihli Kararı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004/I, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e

5833 sayılı Kanun, bu boşluğu doldurmak için kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 556 sayılı KHK'nin m. 61/ a, c ve d bendleri hakkında vermiş olduğu iptal kararlarına rağmen, konu hala gündemde bulunmaktaydı. Çünkü, konunun gündemde bulunmasının birkaç nedeni bulunmaktaydı. Bunlardan ilki, 556 sayılı KHK'nin m. 61/A – c bendindeki hükmün 5194 sayılı Kanunun 16. maddesiyle değiştirilmiş olmasıydı²⁰. Çünkü, Anayasanın m.152/son ve 2949 sayılı Kanunun m.28/son fıkralarına göre, esasa ilişkin red kararlarına karşı, kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren 10 yıl geçmedikçe tekrar dava açılmamaktadır. Ancak, bir görüşe göre Anayasa Mahkemesinin kararından sonra hüküm değiştirildiği için, tekrar dava açılabilirdi²¹. Bize göre, bu değişiklik, m. 61/A – c bendine yer alan ceza miktarına ilişkin olduğu için, itiraz konusu ancak, hukuk devleti ilkesinin önemli bir unsuru olan, 'suç ile cezalar arasında ölçülülük' ilkesine dayandırılabilirdi. Bu dayandırma da, 61. maddenin iptal edilmeyen (b) bendi için söz konusu olabilirdi²². İkincisi, neredeyse aynı düzenlemeleri içeren 551 sayılı Patent Haklarının Korunmasına yönelik KHK'nin m. 73/A- c bendi ile 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK'nin m. 48/A- c bendinin yürürlükte olmasıdır²³. Üçüncü neden ise, Anayasa Mahkemesinin sadece, 61. maddenin (a), (c) ve (d) bendlerini iptal etmiş bulunmasıdır. Bu durumda, 61. maddenin (b) bendi hala yürürlükte bulunmaktaydı²⁴.

D) Görüşümüz

556 sayılı KHK'nin m. 9, 61 ve 61/A – c hükümleri konusunda ortaya çıkan sorunlar; ilk olarak, m. 61'de yer alan hükümlerin bir ceza normu mu yoksa özel hukuk normu mu olduğuydu. İkinci olarak, ceza hükmü olduğu kabul edildiği takdirde, bu hükmün suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle bağdaşır bağdaşmadığıydı.

İlk soruna ilişkin olarak, bir hükmün ceza normu mu yoksa özel hukuk normu mu olduğunun tespitinde, ceza normundan ne anlaşılması gerektiğinin tespiti yapılması gerekir. Tam ceza normu, suç oluşturan hareketler ile bu hareketlere öngörülen yaptırımların açık ve seçik bir biçimde kanunla öngörülmesini ifade eder²⁵. Eğer, hareketler başka bir yerde, yaptırım başka bir yerde düzenlenmişse, bu düzenleme, eksik / tam olmayan ceza normudur²⁶. Hareketler, idarenin düzenleyici işlemi ile

Armağan Özel Sayısı, Cilt I, s. 4.

20 ALICA; s. 151.

21 ALICA; s. 151.

22 METİN, Yüksel; Ölçülülük İlkesi – Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara, 2002, s. 69 vd.

23 ALICA; s. 151. Nitekim, söz konusu KHK'lerin ilgili maddelerinin Anayasaya Aykırı olduğuna ilişkin Ankara Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi, 2004/ esas sayılı dosyasında 31.01.2005 tarihinde Anayasaya aykırılık itirazında bulunmuştur.

24 ALICA; s. 152.

25 TOROSLU; s. 32.

26 TOROSLU; s. 34.

yaptırımlar kanunla düzenlenmişse, bu norm, beyaz hüküm / çerçeve kanundur.

Bize göre, 556 sayılı KHK'nun m. 61'de yer alan hükümler, ceza normuydu. Çünkü, m. 61/A – c hükmünde yer alan yaptırımların dayanağını m. 61'de yer alan fiiller oluşturmaktadır. Aksi bir yorum, m. 61/A – c hükmünün maddi unsuru olmayan yaptırım hükmü haline getirirdi. Bu ise, kanun koyucunun abesle iştigal etmeyeceği özdeyişini akla getirmektedir. Başka bir ifadeyle, m. 61/A – c hükmü, m. 61'de yer alan fiilleri içermemekte, sadece, m. 61'de yer alan fiillere ilişkin yaptırımları öngörmektedir. Bu durum karşısında, m. 61'de yer alan fiiller, ceza normu niteliği taşımaktaydı.

İkinci soruna ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen m. 61/ a, c ve d bendleri, idarenin düzenleyici işlemleriyle oluşturulmuşlardı. Yani, 556 sayılı KHK ile düzenlenmişlerdi. Bu düzenlemeler, marka hakkını ihlal edecek hareketleri içermektedir. Dolayısıyla, maddi unsurdular. Suçun maddi unsurlarının KHK ile düzenlenmesi, suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı yerindeydi. Burada, önemle belirtmek gerekir ki, iptal kararına karşı oy kullanan üyelerin görüşlerine katılmak mümkün değildi. Çünkü, m. 61/A – c bendi, sadece, m. 61'de yer alan hareketlerin ihlali halinde uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Eğer, üyelerin ifade ettiği gibi, m. 61'de yer alan hareketleri de düzenlemiş olsaydı, kanun koyucu, bu durumu açıkça belirtirdi. Başka bir ifadeyle, kanun koyucu, 61. maddeyi de değiştirerek, söz konusu hareketleri kanunla düzenlerdi²⁷.

61. maddenin kanunilik ilkesi bakımından diğer sorunu, **açık ve seçik** olmamasıydı²⁸. M. 61/A – c bendinin, hukuk devletinin bir unsuru olan suçta ve cezada kanilik ilkesi olması dikkate alındığında, kanunilik ilkesinin bir özelliği olan **suç ve suç karşılığı uygulanacak cezada ölçülülük ilkesine** uymadığı görülmektedir²⁹.

Anayasa Mahkemesi'nin 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin bendlerine ilişkin farklı tarihlerde iptal kararı vermişti. İptal kararına konu olan bendlerin iptal kararları ve bu kararların yürürlüğe girdiği tarih ile 5833 sayılı Kanun değişikliğinin yürürlüğe girdiği 28.01.2009 tarihine kadar geçen süre içinde, iptale konu olan bend kapsamında işlenen fiillere nasıl bir cezai yaptırım uygulanacağı sorunu ortaya çıkmış bulunmaktadır. TCK'nin zaman bakımından uygulamayı düzenleyen 7. maddesi, 'İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşse infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar' şeklindedir. Bu düzenlemeye göre, 5833 sayılı Kanun, ancak, 28.01.2009 tarihinden sonra işlenen

27 ALICA; s. 155.

28 ALICA; s. 153.

29 METİN; s. 69 vd.; ALICA; s. 155.

fiillere uygulanabilecektir. Dolayısıyla, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarih ile 28.01.2009 tarihine kadar geçen süre içinde işlenen fiillere, ancak, TTK'nin haksız rekabeti düzenleyen hükümlerinde yer alan hükümler uygulanabilir.

5833 sayılı Kanun ile suçta kanunilik ilkesine aykırılık giderilmiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmamış olan m. 61/ (b) (e) ve (f) bendleri, 5833 sayılı Kanun ile yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. 5833 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararının doğurduğu boşluk sırasında işlenen fiiller dolayısıyla, 5833 sayılı Kanuna göre işlem yapmak, ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması ilkesi gereğince, aleyhe hüküm geriye yürümeyeceğinden mümkün değildir. Bu düzenlemenin, 551 sayılı Patent hakkında KHK ve 554 sayılı Endüstriyel Tasarım hakkında KHK'da yer alan düzenlemeler için yapılması gerekmektedir. Çünkü, bu KHK'lerde yer alan haklara saldırı niteliği taşıyan hareketler, KHK ile düzenlenmişlerdir.

IV – Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar

Marka hakkına karşı işlenen suçlar, ilk önce, 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 'Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller' başlığı altında düzenlenmişlerdi.

Anayasa Mahkemesi, farklı tarihlerde verdiği kararlarla, 556 sayılı KHK'nin m. 9/I (b) ve 9/II (b) bendleri ile m. 61/ (a), (c) ve (d) bendlerini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bularak iptal etmişti. Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı neticesinde m. 9/I, (a), (c), m.9/II, (a), (c), (d) ile m. 61/ (b) ve (f) bendleri yürürlükte kalmıştı.

556 sayılı KHK'nin m. 9/I (b) ve 9/II (b) bendleri ile m. 61/ (a), (c) ve (d) bendlerini suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilip, bu iptal kararları yürürlüğe girdikten sonra ortaya çıkan boşluğu doldurmak için, kanun koyucu, 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Tarihi: 21.01.2009, R.G: 28.01.2009, Sayı: 27124) kanunu kabul etti³⁰.

30 **MADDE 1** – 24/6/1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 9 – Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibi, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep edebilir: a) Markanın tescil kapsamına giren **aynı mal ve/veya hizmetlerle** ilgili olarak, **tescilli marka ile aynı olan** herhangi bir işaretin kullanılması. b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, **karıştırılma ihtimali** bulunan herhangi bir işaretin kullanılması. c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınırlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir:

a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması. b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması. c) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması. d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve

5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile 556 sayılı KHK'den farklı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu nedenle, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller, cezai değil hukuki koruma altındadır. Ancak, bu maddelerde yer alan fiiller, örneğin m. 61/A'nın 1. fıkrasında cezai bakımdan koruma altına alınan fiillerin 9. maddedeki fiilleri de kapsadığı gibi, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiillerin hepsini veya bazılarını da korumakta ise, dolaylı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller de cezai korumadan yararlanacaklardır. 5833 sayılı Kanun değişikliği, kanunilik ilkesi açısından suçta kanunilik ilkesine uygundur. Çünkü, hangi fiillerin suç teşkil ettiği, kanun hükmüyle konulmuş olmaktadır.

reklamlarında kullanılması. e) İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması.

Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.”

MADDE 2 – 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**MADDE 61** – Aşağıda sayılan fiiller marka hakkına tecavüz sayılır:

a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 9 uncu maddede belirtilen biçimlerde kullanmak.
b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya **ayırt edilmeyecek derecede benzerini** kullanmak suretiyle markayı taklit etmek. c) Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın **taklit edildiğini** bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak. d) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.”

MADDE 3 – 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3/11/1995 tarihli ve 4128 sayılı Kanunla eklenen 61/A maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“**Ceza hükümleri**

MADDE 61/A – Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para** cezası ile cezalandırılır.

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan **kaldıran** kişi hakkında **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para** cezasına hükümlenir.

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi **iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para** cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir **tüzel kişinin faaliyeti** çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara **özgü güvenlik tedbirlerine** hükümlenir.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın **Türkiye’de tescilli olması şarttır.**

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların **soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.**

Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini **bildirmesi** ve bu suretle üretenlerin **ortaya çıkarılmasını** ve üretilmiş mallara elkonulmasını **sağlaması** halinde hakkında cezaya hükümlenmez.”

MADDE 4 – Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 5 – Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile, 556 sayılı KHK'den farklı olarak, hem suçun maddi unsurları hem de yaptırımları aynı madde içinde düzenlenerek tam bir ceza normu oluşturulmuştur. Bu nedenle, 556 sayılı KHK'deki gibi, cezai yaptırımların uygulanacağı fiillere ilişkin yollama ortadan kaldırılmıştır.

5833 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde yapılan değişiklikteki hükümler ile yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin a, b, c ve d bendleri aynı özelliklere sahiptir.

Bu değişikliklerle, yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin (e) ve (f) bendleri de yürürlükten kaldırılmıştır. Bu durumda, 61. maddenin (e) bendinde, suça iştirak niteliği taşıyan fiiller düzenlenmişti. Bu düzenleme zaten gereksizdi. Çünkü iştirake ilişkin sorumluluk, TCK'nin 37. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

Yine bu değişikliklerle, 61. maddenin (f) bendi, yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, tescilli bir markanın veya ticaret alanına çıkartılan malın nereden alındığının veya nasıl sağlandığının bildirilmemesi suç olmaktan çıkmıştır. Ancak, **şahsi cezasızlık nedeni** olarak kabul edilmiştir. Çünkü, m. 61/A'nın son fıkrasına göre, 'Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlamaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz'. Ancak, yeni yasa ile aralarındaki fark, yeni yasada satışa arz veya satma hareketini yapan şahsi cezasızlık kapsamında iken m. 61/ (f) bendinde, sadece elinde bulunduran kişi olmak ve niçin elinde bulundurduğunu bildirmemek suçun oluşması için yeterlidir.

V - 556 sayılı KHK'nin m. 61/A Maddesinde Yer Alan Fiiller

556 sayılı KHK'nin m. 61/A maddesi, 5833 sayılı Kanun değişikliğinin 3. maddesinin ceza hükümleri başlığı altında,

'Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır' şeklinde düzenlenmiştir.

1) Suçun Unsurları

a) Maddi Unsur

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 1. fıkrası, 'Başkasına ait marka hakkına **iktibas veya iltibas** suretiyle tecavüz ederek mal

veya hizmet **üreten, satışa arz eden veya satan...** şeklinde düzenlenmiştir.

Daha önceki yürürlükten kaldırılan KHK'nin 61. maddesinin (b) bendindeki taklit etme durumu, aslında 61. maddenin (a) bendinin 9. maddeye yaptığı yollama nedeniyle düzenlenmiş olduğu bu nedenle de, ayrıca 61. maddenin (b) bendinde tekrar bir düzenlemeye yer verilmesinin yersiz olduğu ifade edilmiştir³¹. 5833 sayılı Kanun değişikliği ile yeniden düzenlenen m.61/ (a) hükmü 9. maddeye yollama yapmaktadır. 9. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi iktibas, (b) bendi iltibas düzenlemektedir. 61. maddenin (b) bendi de iltibasın 'ayırt edilmeyecek derecede benzeri'ni, yani, yine iltibas düzenlemektedir. Sonuç olarak, 61. maddenin (a) bendindeki 9. maddeye yapılan yollama ile, 61. maddenin (b) bendine gerek bulunmamaktadır. Önceki KHK'nin 61. maddesinin (b) fıkrasına ilişkin eleştiriler, şuan için de geçerlidir. Kısaca, 61. maddesinin (b) fıkrası, (a) fıkrası karşısında gereksizdir.

Bu düzenlemede, iki unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar; daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın iktibas (aynen taklit) veya iltibas (karıştırılabilir şekilde taklit) edilmesi ve bu taklit markalar ile mal veya hizmet üretme, satışa arz etme ve satmadır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 1. maddesi gereğince m. 9/I (a) iktibas, (b) iltibas) fıkraları, marka hakkına iktibas ve iltibas yoluyla tecavüzü düzenlemektedir.

Benzer ifadesi; (a) Ayırt edilemeyecek kadar benzer (m. 7/1(b), m. 61/(b)), ve karıştırılabilir kadar benzer (m. 8/1(b), m. 9/(b)) olarak iki farklı şekilde tanımlanabilir. Ayırt edilemeyecek kadar benzer ifadesi, taklit edilen marka ile birebir aynı olmamakla beraber titiz bir inceleme yapılmadan aradaki farkın tespitinin zor olduğu benzerlik şekilde anlaşılmalıdır. Karıştırılabilir kadar benzer ifadesi, tescilsiz işaretin, daha önce tescil edilmiş marka ile şekil, görünüş, ses genel izlenim gibi, sebeplerle aynı olduğu izlenimi uyandırması tehlikesi şekilde anlaşılmalıdır³². Bu ihtimalin, kişiye, yere, olaya, duruma göre farklı derecede olması mümkündür. Dolayısıyla, suçun oluşması, bu tür bir ihtimale göre belirlenecektir.

Öğretide Tekinalp, markanın benzerinin kullanılması halinde iltibas, ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması halinde taklit oluşacağını ifade etmektedir³³. Ancak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile böyle bir ayırımın, suçun oluşması bakımından bir farkı bulunmamaktadır. Çünkü, her iki durumda da suç oluşmaktadır.

556 sayılı KHK'nin 9. ve 61. maddelerinin yürürlükte olduğu dönemde kaleme aldığı makalesinde, Özgeçen'e göre, **taklit etmek kullanmak anlamına gelmektedir**. Bu nedenle de, m. 9'da yer alan **kullanma fiilleri** bu kapsamda değerlendirilebileceğinden, iptal edilen m.61/ (a) bendi ile m. 9'a yollama yapılmasına gerek

31 TEKİNALP; (2004), s. 453.; YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004, s. 1076.

32 TEKİNALP; (2004), s. 403.

33 TEKİNALP; (2004), s. 453.; YASAMAN; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004, s. 1076.

yoktu.³⁴ Bize göre, taklit fiili kullanma anlamına gelmez. Taklit edilmek ile kullanmak farklı kavramlardır. Taklit, gerçek olan bir nesneye gerçek olmayan bir başka nesnenin benzetilmesidir. Taklit edilmek, kullanmadan önce gelir. Dolayısıyla taklit edilip kullanılmayan bir nesne, eğer kanunda açıkça, sadece, taklit edilme durumu suç olarak düzenlenmemişse, cezalandırılmaz. Özellikle, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen m. 61/A'nın 1. fıkrası açısından konuya bakıldığında, bu fark daha açık bir şekilde görülmektedir. Örneğin, bir A markası taklit edildi ve kullanılmadan masaya bırakıldı. Bir saat sonra arama yapılarak masada bulundu. Bu olayda, A markası taklit edilmiştir ama kullanılmamıştır.

Bu durum karşısında, m. 61/ A'nın 1. fıkrasında yer alan suçun işlenebilmesi için; a) daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın iktibas (aynen taklit) veya iltibas (karıştırılabilecek şekilde taklit) edilmesi, b) Bu taklit markalar ile mal veya hizmet üretme, satışa arz etme ve satma fiillerinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu suçun oluşabilmesi için, (a) ve (b) koşulunun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu nedenle, sadece taklit edilmesi, suçun oluşması bakımından yeterli olmayacaktır. Taklit edilen markanın, hizmet üretme, satışa arz etme ve satma şekillerinde kullanılması gerekmektedir. Çünkü, bu iki unsur arasında 've' bağlacı bulunmaktadır. (B) koşulu seçimlik hareket içermektedir. Dolayısıyla bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur³⁵.

Markanın taklit edilmesi, bu madde kapsamında başlı başına bir suç oluşturmamaktadır. Ancak, marka resmi bir belge olması³⁶ ve resmi belgenin taklit edilmesinin başlı başına bir suç olması (TCK m. 204) durumu karşısında, markanın sadece, taklit edilmesi halinde, TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezai sorumluluğun doğup doğmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Markanın sadece taklit edilmesi (iktibas) TCK'nın 204. maddesi anlamında suçtur. Ancak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç değildir. Çünkü, 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç olabilmesi için, taklit edilen markanın mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması gerekmektedir. 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında ancak, teşebbüs söz konusu olabilir. Bunun için de, söz konusu taklit markanın, mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması amacını taşıdığıının ispatı gerekecektir.

Bir markanın taklit edildikten sonra ve fakat satışa arzedilmeden önce yakalanması halinde, hem TCK m. 204 anlamında Resmi Belgede Sahtecilik hem de 556 sayılı

34 ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, s. 847.

35 KESKİN, Serap; Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara, 2003 s. 141.

36 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 633.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s. 413, 414.; SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006, s. 413.; ERMAN, Sahir; Sahtekarlık Cürümler, İstanbul, 1970, s. 344 vd.

KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında teşebbüs söz konusu olur. Bu fiil, fikri içtima kapsamında değerlendirilip, en ağır cezayı gerektiren fiile göre ceza uygulanmalıdır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 2. fıkrası, 'Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş **marka koruması** olduğunu belirten **işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi** hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu fıkra, yürürlükten kaldırılan m. 61/A'nın (a) bendi içinde de yer almaktaydı.

Yetki, kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanabilir. Kişi, kaldırdığı işaretin marka koruması olduğunu bilmesi gerekmektedir. Çünkü 2. fıkrada, marka olduğunu belirten işaret ifadesi kullanılmıştır. Yani, işaretin üzerinde marka koruması olduğu bilgisi bulunmaktadır. Bu bilgiyi kişinin bilmediğini söylemesi, geçerli bir mazeret kabul edilemez. Ancak, bilmesi gerektiği halde bilmemesi, taksir derecesinde kusuru olduğunu gösterir. Dolayısıyla bu suç, hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Ancak, kusursuz (objektif) sorumluluk söz konusu değildir³⁷.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 3. fıkrası, 'Yetkisi **olmadığı** halde başkasına ait marka hakkı üzerinde **satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek** suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu fıkra, yürürlükten kaldırılan m. 61/A'nın (b) bendi içinde de yer almaktaydı.

Buradaki yetki, marka hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasındaki temsil sözleşmesi kapsamında oluşan yetki şeklinde anlaşılmalıdır. Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Suçun oluşması için, satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek ifadesi, bu işlemlerin/sözleşmenin gerçekleşmesi gerekir. Ancak, satılan, devredilen, kiralanan veya rehnedilen marka hakkının karşı tarafın tasarrufuna geçmesi gerekmez. Yani, bu işlemler için geçerli bir sözleşmesinin yapılması yeterlidir. Geçerli olmayan bir sözleşme, fiile teşebbüsü oluşturur.

b) Manevi Unsur

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 1. fıkrası, kasten işlenebilir. Buradaki kast, doğrudan kasttır. Özel kast aranmamıştır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 2. fıkrası, kasten işlenebilir. Kasten işlenme, doğrudan kastla olabileceği gibi, dolaylı kastla da olabilir. Ancak, özel kast aranmamıştır.

37 KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s. 478. Yazarlar, bu fıkranın objektif suç olarak işlenebileceğini ifade etmektedirler. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü, TCK'nun 23. maddesiyle, objektif sorumluluk kaldırılmıştır. Yine TCK'nun 5. maddesi gereği, TCK'nun genel hükümleri, suç hükmü içeren bütün kanunlara uygulanacaktır.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı değişik 3. maddesi gereğince m. 61/A'nın 3. fıkrası, kasten işlenebilir. Buradaki kast, doğrudan kasttır. Özel kast aranmamıştır.

c) Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Somut Olayda Bulunmaması

Bu suç bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldıran nedenlerin bulunması halinde, suç oluşmayacaktır. Örneğin, tescilli marka veya daha önce tescil başvurusu yapılmış marka sahibinin temsilcinin marka hakkını başkasına satması, devretmesi, kiralaması ve rehnetmesi konusunda rıza göstermesi, suçun oluşmasını engelleyecektir. Bunun için, geçerli bir rıza açıklaması bulunmalıdır.

2) Fail

Bu suçun faili, herkes olabilir. Bu nedenle özgü suç değildir. Bu suçun failinin bir tüzel kişinin organı veya temsilcisi olması halinde, cezai yaptırım bakımından TCK'nin 45. maddesinde belirtilen **hapis ve adli para cezası** uygulanacaktır. Tüzel kişi bakımından, tüzel kişinin cezai sorumluluğu bulunmadığı için, sadece, TCK'nin 60. maddesinde tüzel kişiler için öngörülmuş bulunan iznin iptali ve müsadere hükümleri uygulanabilecektir. Çünkü, TCK'nin 60. maddesinin 4. fıkrasında, 'Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır' ifadesine yer verilmiştir. 5833 sayılı Kanunun m. 61/A'yı değiştiren 3. madde, 'Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir **tüzel kişinin faaliyeti** çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara **özgü güvenlik tedbirlerine** hükmolunur' şeklindedir.

3) Mağdur

Bu suçun mağduru, herkes olabilir. Suçun mağduru, doğrudan mağdur ve dolaylı mağdur şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilebilir. Bu suçun doğrudan mağduru, marka hakkı sahibidir. Dolaylı mağduru, toplumdur³⁸. Çünkü bu suç, marka hakkının taklit edilmesi şeklinde de gerçekleşebilmektedir. Taklit, evrakta sahtekârlığın gerçekleştiriliş şekillerinden biridir³⁹. Gerçek kişiler gibi, tüzel kişiler de bu suçun mağduru olabilirler.

4) Suçun Konusu

Suçun konusu, suçun maddi konusu ve hukuki konusu olarak ikiye ayrılır. Bu suçun **maddi konusu**, daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya benzer olarak **taklit** edilmiş veya **kaldırılmış işarettir**. Hukuki konusu, hem mülkiyet hakkının hem de kamu güveninin korunmasıdır⁴⁰. Çünkü, marka bir mülkiyet hakkıdır⁴¹.

38 ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2006), s. 413, 414.; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 628

39 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 628.;

40 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007, s. 628.; ARTUK/GÖKCEN/ENİDÜNYA; Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2006), s. 413, 414.; SOYASLAN; Ceza Hukuku Özel Hükümler, (2006), s. 402.

41 TEKİNALP; (2004), s. 3, 7.; KAYA; (2006), s. 39.

5) Hata

5237 TCK'nda hata, 30. maddede düzenlenmiştir. Bu düzenlemede hata; maddi hata (fiili hata) ve hukuki hata olarak iki farklı şekilde kabul edilmiştir. Maddi hata, 30. maddenin 1. fıkrasında, 'Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır', hukuki hata ise, 4. fıkrada, '(Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz' şeklinde düzenlenmiştir.

Tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer şekilde taklit edilmiş işareti kullanan **kişi**, söz konusu işaretin, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer olduğunu bilmiyor ise ve bu bilmemesinde kendisine kusur yüklenemiyorsa **hatasından yararlanacak** ve ceza uygulanmayacaktır. Ancak, bunun için mutlaka, **hataya düşmesi kaçınılmaz** olması gerekir.

6) Suçun Özel Görünüş Şekilleri

a) Teşebbüs

Teşebbüs, 5237 sayılı TCK'nun 35. maddesinde, 'Kişi, işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, teşebbüste, suçun tamamlanamaması, failin iradesi dışındaki bir engelden kaynaklanması gerekir. Bu suç açısından konuya bakıldığında, fail, suçun maddi unsurlarını gerçekleştirmek için doğrudan doğruya icra hareketine başladıktan sonra elinde olmayan nedenlerle, suçu gerçekleştiremezse, bu suça teşebbüsten sorumlu olacaktır. Örneğin, kişi, tescilli veya daha önce tescil başvurusu yapılan marka ile aynı veya benzer olarak taklit edilmiş işareti satışı arz etmek isterken yakalanması halinde, teşebbüs oluşacaktır.

Bu suç bakımından etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecektir. 5237 sayılı Kanun, etkin pişmanlığı, suç tamamlandıktan sonra kabul etmektedir⁴². Etkin pişmanlık, genel indirim nedeni olmayıp, özel indirim nedeni olarak kabul edildiği için, ancak, ilgili suç tipinde açıkça düzenleme bulunduğu takdirde uygulanabilecektir⁴³. 556 sayılı KHK'de değişiklik yapan 5833 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 556 sayılı KHK'nin m. 61/A maddesinde, 'Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka

42 HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Ankara, 2007, (2007), s. 328.; SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2005, s. 298.; ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Ankara, 2005, s. 410.

43 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem Yenerer; Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 482.; ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 410.; ÖZBEK; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, (2005), s. 410.

taklit edilerek üretilmiş malı satışı arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini **bildirmesi** ve bu suretle üretenlerin **ortaya çıkarılmasını** ve üretilmiş mallara elkonulmasını **sağlaması** halinde hakkında cezaya hükmolunmaz' şeklinde hüküm eklenmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu düzenleme, yürürlükten kaldırılan 556 sayılı KHK'nin yürürlükten kaldırılan 61. maddesinin (f) bendinde suç olarak düzenlenmişti. 5833 sayılı Kanun değişikliği işe etkin pişmanlık kapsamında cezayı ortadan kaldıran bir durum olarak düzenlenmiştir.

b) İştirak Durumu

İştirak, 5237 sayılı TCK'nin 37. maddesinde, 'Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur'. 40. maddesinde ise, 'Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye göre, bir suçta iştirakın bulunabilmesi için; kasten işlenebilen bir suç olmalı, suçun icra hareketlerine başlanmış olmalı, iştirak iradesi olmalı, hareketler arasında nedensel değer bulunmalıdır⁴⁴.

Bu suç açısından konuya bakıldığında, bu suçta iştirak mümkündür. Örneğin, bir kişi, tescilli markayı taklit eden işareti hazırlar, diğeri bu taklit işaretli mal veya hizmeti satar.

Bu suç, ancak belirli sığfata sahip kişiler tarafından işlenebilen bir suç olmadığı için (gerçek görev suçu) özel kişiler bu suçun faili olabilecekleri gibi, kamu görevlileri de olabilirler.

7) Suçların İçtimai

Suçların içtimai, 5237 sayılı TCK'nun 42. maddesinde Bileşik Suç, 43. maddesinde Zincirleme Suç ve 44. maddesinde Fikri İçtima olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 5. maddesi, 'Bu kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır' şeklinde düzenlenmiştir. Suçların içtimai kapsamında düzenlenen bu üç farklı kurum, TCK'nun genel hükümleri içinde düzenlenmişlerdir. Bu nedenle, koşulları gerçekleştiği takdirde, bu suç açısından da suçların içtimai hükümleri uygulanabilecektir. Özellikle, suçların içtimai kapsamında yer alan ve uygulanma alanı daha geniş olan zincirleme suç hükümleri, bu suç bakımında da uygulanabilecektir.

44 DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 443 vd.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 336 vd.; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara, s. 800 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 517 vd.; ÖZBEK; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, (2005), s. 419.

8) Yaptırımlar

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı Kanunun 3. maddesiyle değişik m. 61/A için öngörülen yaptırım, 'Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi **bir yıldan üç yıla kadar hapis** ve **yirmibin güne** kadar **adli para** cezası ile cezalandırılır.

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan **kaldıran** kişi hakkında **bir yıldan üç yıla kadar hapis** ve **beşbin güne** kadar **adli para** cezasına hükmolunur.

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi **iki yıldan dört yıla kadar hapis** ve **beşbin güne** kadar **adli para** cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir **tüzel kişinin faaliyeti** çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara **özgü güvenlik tedbirlerine** hükmolunur' şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeye bakıldığında, hapis cezasının yanında adli para cezasının da öngörüldüğü görülmektedir. Bu durum, kanun koyucunun bu suçun ekonomik çıkar amacıyla işlenebileceğini kabul ettiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişilere özgü (TCK m. 60) güvenlik tedbiri olan **iznin iptali** uygulanabilecektir.

Önemle belirtmek gerekir ki, iznin iptali şeklindeki güvenlik tedbirinin, suça ilişkin mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden sonra uygulanması gerekir. Bu nedenle kanunda geçen mahkûmiyet (TCK m. 60/1) ifadesi, kesinleşmiş mahkûmiyet anlaşılmalıdır.

9) Erteleme

Hapis cezasının ertelenmesi, TCK'nin ertelemeyi düzenleyen 51. maddesinde, 'İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır' şeklinde düzenlenmiştir.

'Hapis cezasına mahkûm edilen' ifadesinden, somut cezanın esas alınacağı anlaşılacaktır⁴⁵.

Erteleme sadece hapis cezaları için kabul edilmiştir. Bu nedenle, hem hapis hem de adli para cezası kabul edildiği zaman, sadece, hapis cezası ertelenebilecektir⁴⁶.

45 ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 556.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 678.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 415.; ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 187.

46 ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 556.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 678.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 414.; ÖZTÜRK/ERDEM; Ceza Hukuku, (2005), s. 186.

Bu düzenlemeye göre, m. 61/A'nın 1. fıkrasındaki suç için öngörülen yaptırımlar; **'bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası'**dir. Bu fıkrada kapsamında işlenen suçlar ertelenebilecektir. Üst sınırdan ceza verildiği zaman, sadece, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler ertelemeyen yararlanabilecektir.

M. 61/A'nın 2. fıkrasındaki suç için öngörülen yaptırımlar; **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası'**dir. 1. fıkrada yer alan ifadeler bu fıkra için de geçerlidir.

M. 61/A'nın 3. fıkrasındaki suç için öngörülen yaptırımlar; **iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası'**dir. Somut ceza iki yıl olarak kabul edildiği zaman, onsekiz yaşını doldurmuş, altmışbeş yaşından küçük olan kişiler, ertelemeyen yararlanabilecektir. Somut ceza üç yıl olarak kabul edildiği zaman, onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler ertelemeyen yararlanabilecektir.

10) Dava Zamanaşımı

Dava zamanaşımı, kanunda belirtilen süre içinde kamu davasının açılmaz veya açılmakla birlikte dava sonuçlanmaz (kesin hüküm verilmez) ise, artık söz konusu davaya devam edilememesi anlamına gelir⁴⁷. Bu suç bakımından dava zamanaşımı, TCK'nin 66. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine göre, sekiz yıldır. Sekiz yıllık sürenin başlangıcı, 66. maddenin 6. fıkrasına göre belirlenecektir. Buna göre, suç, teşebbüs aşamasında kalmış ise, son hareketin yapıldığı günden, zincirleme suç şeklinde işlenmişse, son suçun işlendiği günden, diğer durumlarda ise, suçun işlendiği günden itibaren başlayacaktır. Dava zamanaşımının süresinin belirlenmesinde soyut ceza esas alınacaktır⁴⁸.

Durma ve kesilme nedenleri hariç olmak üzere, sekiz yıllık süre içinde, bu suç ile ilgili davanın açılıp hükmün kesinleşmesi gerekir. Aksi takdirde, suç dava zamanaşımına uğrar ve suça ilişkin dosya hakkında, CMK'nun 223. maddesinin 8. fıkrasına göre **düşme kararı** verilecektir.

11) Şikâyet

556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 6. fıkrası, 'Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların **soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır**' şeklinde düzenlenmiştir.

Şikâyet süresi, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden itibaren altı aydır (TCK m. 73/1, 2).

47 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 637.; ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 657.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 450.

48 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT; Türk Ceza Hukukuna Giriş, (2005), s. 639.; ÖZGENÇ; Genel Hükümler, (2006), s. 660.; SOYASLAN; Genel Hükümler, 2005, s. 585.; HAKERİ; Ceza Hukuku, (2007), s. 450.

Şikâyet hakkı, suçtan doğrudan doğruya mağdur olan kişi olan marka hakkı ihlal edilen kişidir.

Kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı suçlarda kanunda aksi yazılı olmadıkça suçtan zarar gören kişinin vazgeçmesi davayı düşürür ve hükmün kesinleşmesinden sonraki vazgeçme cezanın infazına engel olmaz (TCK m. 73/4). İştirak halinde suç işlemiş sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçme, diğerlerini de kapsar (TCK m. 73/5).

12) Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi, 171. maddesinin 2. fıkrasında, ‘253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması **şikâyete bağlı** olup, **üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis** cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir’ şeklinde düzenlenmiştir.

Bu düzenleme karşısında, bu suç bakımından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemeyecektir. Çünkü, bu suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırı, üç (m. 61/A /1, 2) ve dört yıldır (m. 61/A /3).

13) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMK’nin 231. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, hükmolunan ceza, **iki yıldan az hapis cezası veya adli para cezası** olmalıdır. Bu düzenlemeye göre, bu suç açısından konuya bakıldığında, m. 61/A’nın 1. ve 2. fıkraları bakımından iki yıla kadar hapis cezalarına mahkûmiyet kararı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Çünkü, bu madde hükmündeki ceza somut cezadır⁴⁹. M. 61/A’nın 3. fıkrası açısından ise, alt sınır olan iki yıldan hapis cezalarına mahkûmiyet kararı için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, adli para cezaları hakkında da uygulanabilecektir. Buradaki adli para cezasının miktarının iki yıl hapis cezası karşılığı olan adli para cezası mı yoksa, süresi ne olursa olsun bütün adli para cezaları mı olduğu açık değildir. Bize göre, buradaki adli para cezasının üst veya alt sınırı açıkça belirtilmediği için, herhangi bir süreyi kapsayan adli para cezalarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Çünkü, kanun koyucu, isteseydi, adli para cezalarında da gün sınırlaması yapabilirdi. Nitekim, hapis cezasında yapmıştır. Yapmadığına göre, sınırlama bulunmamaktadır.

49 GÜNDÜZ, Bilal; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, 2008, s. 160.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği, ara karardır⁵⁰. Bu nedenle, temyiz değil itiraz kanun yoluna başvurulabilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, sanık lehine getirilmiş bir kurumdur. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ara karar olması nedeniyle, hükümde yer alan ceza kesinleşmez. Bu karar sadece, cezanın infazını geciktirir. Sanık hakkında hüküm verilmiştir. Ancak bu hüküm açıklanmamaktadır. Cezanın ertelenmesinden farkı, Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında hüküm verilmekte ve fakat açıklanmamaktadır. Cezanın ertelenmesinde ise hüküm verilip açıklanmakta ve fakat belirli koşulların gerçekleşmesiyle cezanın infazı ertelenmektedir. Yine bu karar bir ara karar olduğu için, verilen hüküm için kanun yoluna başvurulmamıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının hukuki niteliği, ara karar olduğu için, tüzel kişi için uygulanacak güvenlik tedbiri olan iznin iptali kararı uygulanamaması gerekir. Çünkü, mahkumiyet hükmü açıklanmamıştır. Kaldı ki, **bize göre**, hüküm açıklanmış olsa bile güvenlik tedbirinin uygulanabilmesi için, hükmün kesinleşmesi gerekir. Kusurlu iradeye uygulanacak güvenlik tedbiri için de masumluk karinesi geçerli olmalıdır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanma süresince dava zamanasını durmalıdır CMK.md.231/(8, son cümle).

14) Uzlaşma

Uzlaşma, CMK'nin 253. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye bakıldığında, bu suç bakımından uzlaşma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü, CMK'nin 253. maddesinin 2. fıkrasına göre, 'Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaşma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir'. Bu düzenleme gereğince, uzlaşma yoluna gidebilmek için, 556 sayılı KHK'de bu yönde bir hüküm bulunması gerekmektedir.

556 sayılı KHK'nin 5833 sayılı Kanununun 3. maddesiyle değişik m. 61/A maddesinin 6. fıkrası, 'Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır' şeklindedir. Bu nedenle, bu suçlar uzlaşmaya tabidir. Ancak, CMK'nin m. 253/3'te yer alan 'Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez' hükmü gereğinde, satışa arz ve satış suretiyle iktibas veya iltibas suçunda etkin pişmanlık öngörüldüğü için, bu suç açısından uzlaşma mümkün olmayacaktır.

15) Kanun Yolları

Bu suçla ilişkin olarak kanun maddesinde gidilebilecek kanun yolları ve süresi be-

50 KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s. 1314, 1393.

İrtilmemiştir. Bu durumda, başta temel ceza kanunu olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki suçlar olmak üzere, özel ceza kanunları ve kanunlarda suç ve ceza hükmü içerecek kanun maddeleri hakkında uygulanacak olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun **İkinci Kısım** başlığı altında düzenlenen **Olağan Kanun Yollarına** başvurulabilecektir. 5271 sayılı CMK ile getirilen **İstinaf** kanun yolu, olağan kanun yolarından gidilecek ilk kanun yoludur. **Temyiz**, istinaf kanun yoluna göre daha sınırlı gidilebilecek kanun yolu haline getirilmiştir. Başka bir ifadeyle, istinaf kanun yolu kural, temyiz kanun yolu istisna haline gelmiştir. Dolayısıyla, bu suça ilişkin olarak ilk derece mahkemesinden verilen karara karşı, 7 gün içinde İstinaf kanun yoluna gidilebilecektir. Çünkü, İstinafın düzenlendiği CMK'nun 272. maddesinin 2. fıkrasında, '... başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümler birlikte istinaf kanun yoluna gidilir' hükmü yer almaktadır. Yine, 272. maddenin 3. fıkrasında, istinaf kanun yoluna gidilmeyecek durumlar tek tek belirtilmiştir. Bu düzenlemedeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde, bu fıkradaki suç için, istinaf kanun yoluna gidileceği sonucu çıkmaktadır. Ancak, halen Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmamış olmasından dolayı, **temyiz kanun yoluna gidilmektedir**. Temyiz başvurusu, Yargıtay 7. Ceza Dairesine yapılmaktadır. M. 61/A'nın 1. ve 2. fıkralarında öngörülen hapis cezalarının üst sınırı üç yıl hapis cezası, 3. fıkarda öngörülen hapis cezasının üst sınırı dört yıldır. Eğer her bir fıkra için üst sınırdan mahkûmiyet kararı verilirse, bu karara karşı temyiz kanun yoluna gidilecektir. Üst sınırı iki yıldan az olan hapis cezalarında hüküm açıklanmışsa temyiz kanun yoluna gidilecektir. Hüküm açıklanmayıp, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kararı verilir ise, ortada son karar niteliğinde bir hüküm olmadığı, sadece bir ara karar olduğu için, itiraz kanun yoluna gidilecektir.

16) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu suçlarda yetkili mahkeme, işaretlerin kullanıldığı yer mahkemesidir. Çünkü, suç, işaretin kullanıldığı yerde işlenmiş sayılır (CMK m.12/1). Ancak, bu suçlarda madde yönünden görevli mahkeme, özel görevli Fikri ve Sinaî Haklar Mahkemesi olduğu ve bu mahkeme her yerde bulunmadığı için, yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer bakımından yetkili olan Fikri ve Sinaî Haklar Mahkemesidir.

VI – Sonuç

1) Anayasa Mahkemesinin değişik tarihlerde iptal ettiği ve iptal gerekçesi olarak cezada kanunilik ilkesine aykırı olan 556 sayılı KHK'nin 61/A – c bendi, 5833 sayılı Kanunun değişik 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kanun değişikliği ile, suçta kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

2) 556 sayılı KHK'nin yürürlükten kaldırılan 9. ve 61. maddelerinde yer alan fiiller, m. 61/A – c bendi gereğince, ceza yaptırımına tabiydiler. Dolayısıyla, suç teşkil etmekteydiler. 5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile 556 sayılı KHK'den farklı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller suç olmaktan çıkarılmış-

tır. Bu nedenle, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller, cezai değil hukuki koruma altındadır. Ancak, bu maddelerde yer alan fiiller, örneğin m. 61/A'nın 1. fıkrasında cezai bakımdan koruma altına alınan fiillerin 9. maddedeki fiilleri de kapsadığı gibi, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiillerin hepsini veya bazılarını da korumakta ise, dolaylı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller de cezai korumadan yararlanacaklardır.

3) 5833 sayılı Kanunun değişik 2. maddesiyle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddenin (e) bendi, yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Bu düzenleme yerindedir. Çünkü, 556 sayılı KHK'nin 61. maddenin (e) bendi, suça iştirak eden kişilerin de cezalandırılmasını düzenlemekteydi. İştiraka ilişkin TCK'nun 37 ve devamı maddelerindeki temel düzenleme, bütün suçlar için geçerli olacağından, bu düzenlemenin kaldırılması yerinde olmuştur.

4) 5833 sayılı Kanunun değişik 2. maddesiyle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddenin (f) bendi, yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Bu durum karşısında, tescilli bir markanın veya ticaret alanına çıkartılan malın nereden alındığının veya nasıl sağlandığının bildirilmemesi suç olmaktan çıkmış, etkin pişmanlık haline getirilmiştir.

5) Daha önceki yürürlükten kaldırılan KHK'nin 61. maddesinin (b) bendindeki taklit etme durumu, aslında 61. maddenin (a) maddesinin 9. maddeye yaptığı yollama nedeniyle düzenlenmiş olduğu, bu nedenle de, ayrıca 61. maddenin (b) bendinde tekrar bir düzenlemeye yer verilmesinin yersiz olduğu ifade edilmişti⁵¹. 5833 sayılı Kanun değişikliği ile yeniden düzenlenen m.61/ (a) hükmü **yine** 9. maddeye yollama yapmaktadır. 9. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi iktibas, (b) bendi iltibas düzenlemektedir. 61. maddenin (b) bendi de iltibasın 'ayırt edilmeyecek derecede benzeri'ni, yani, yine iltibas düzenlemektedir. Sonuç olarak, 61. maddenin (a) bendindeki 9. maddeye yapılan yollama ile, 61. maddenin (b) bendine gerek bulunmamaktadır. Önceki KHK'nin 61. maddesinin (b) fıkrasına ilişkin eleştiriler, şu an için de geçerlidir.

7) Markanın taklit edilmesi, bu madde kapsamında başlı başına bir suç oluşturmamaktadır. Ancak, marka resmi bir belge olması⁵² ve resmi belgenin taklit edilmesinin başlı başına bir suç olması (TCK m. 204) durumu karşısında, markanın sadece, taklit edilmesi halinde, TCK'nın ilgili hükümlerine göre cezai sorumluluğun doğup doğmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Markanın sadece taklit edilmesi (iktibas) TCK'nın 204. maddesi anlamında suçtur. Ancak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç değildir. Çünkü, sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası anlamında suç olabilmesi için, taklit edilen markanın mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması gerekmektedir. 556 sayılı KHK'nin m. 61/A'nın 1. fıkrası

51 TEKİNALP; (2004), s. 30.; YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004, s. 1076.

52 TEZCAN/ERDEM//ÖNOK; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, (2007), s. 633.

anlamında ancak, teşebbüs söz konusu olabilir. Bunun için de, söz konusu taklit markanın, mal ve hizmet üretiminde kullanılması, üretilen bu mal ve hizmetin satışa arz edilmesi veya satılması amacını taşıdığıının ispatı gerekecektir.

KAYNAKÇA

ALICA, Turkey; Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007.

ARKAN, Sabih; Marka Hakkına Tecavüz Halleri – Anayasa Mahkemesinin 2.3.2004 Tarihli Kararı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004/I, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Özel Sayısı, Cilt I.

ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Cilt I, Ankara, 1997.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara.

AYOĞLU, Tolga; Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 ve 61. maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 3.1.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 8, Cilt 8, Sayı 4.

DEMİRBAŞ, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.

ERMAN, Sahir; Sahtekârlık Cürümler, İstanbul, 1970.

GÜNDÜZ, Bilal; Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 66, Sayı 1, 2008.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007.

İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl; Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, Genel Kısım, I. Kitap, İstanbul, 1999.

KARAN, Hakan/KILIÇ, Mehmet; Markaların Korunması, 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004.

KAYA, Arslan; Marka Hukuku, İstanbul, 2006.

KESKİN, Serap; Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara, 2003.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008.

- ÖNDER, Ayhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul, 1991.
- ÖZBEK, Veli Özer; Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Cilt I, Ankara, 2005.
- ÖZGENÇ, İzzet; Marka Hakkına Tecavüz ve Cezai Sorumluluk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt III, İstanbul, 2003.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.
- ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2007.
- ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku, Ankara, 2005.
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi; Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004.
- SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2006.
- TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2004.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2007.
- TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Genel Kısım, Ankara, 2005.
- YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2004.

AVRUPA BİRLİĞİ'NDE İLAÇLARIN YENİDEN PAKETLENMESİ VE PARALEL İTHALATI AÇISINDAN 'SINIRLAR'

Barış EKDİ*

ÖZET

Marka hakkı, tescile konu markanın sahibinin izni olmaksızın başka ürünler veya ambalajlar üzerinde kullanılmasını, orijinal ürünlerin ambalajların değiştirilmesini ve hak sahibi tarafından başka ülkelerde piyasaya sunulan ürünlerin ithal edilmesini engellemektedir. Avrupa Birliği'nde "bölgesel tükenme ilkesi" benimsenmiş, Topluluk piyasasında dolaşıma sunulan ürünlerin üye devletler arasında dolaşımını engelleyecek eylemler ATAD tarafından yasaklanmıştır. Özellikle ilaç sektöründe üretici firmalar ürünleri farklı üye ülkelerde farklı markalar altında ve farklı ambalajlarla sunarak paralel ithalat yasağını dolanmak istemişlerdir.

ATAD'ın verdiği bir dizi karar bakıldığında, hak sahiplerinin marka tescilinden doğan haklarını kullanmalarının AT Antlaşması'nın 28. maddesi çerçevesinde sınırlandırıldığı; hak sahipleri ambalajları ve etiketleri üçüncü kişilerce değiştirilen ürünlerinin paralel ithalatını engelleme haklarından mahrum bırakıldıkları görülmektedir. Dolayısıyla, serbest dolaşım, ilke olarak sını hakların üzerinde tutulmaktadır. Bu çerçevede temel tartışma konusu, üye devletler arasındaki ticaretin sınırlandırılmasını engellemek amacıyla marka hakkının kullanımına getirilebilecek sınırlamaların sınırıdır. Üye Devletlerin sosyal politikaları da AB tarafından yönlendirilip tektipleştirilmediği müddetçe bu belirsizliğin devam etmesi kaçınılmaz görünmektedir.

* LL.M.(Cambridge), Rekabet Uzmanı. Bu makalede yer alan görüşler tamamen eser sahibine ait olup Rekabet Kurumu görüşü olarak değerlendirilemez.

1. Giriş

Ticari markalar, patentler ve sınai tasarımlarla birlikte sınai hakların en önemli alanlarından birini oluşturmaktadır. Günümüzde markalar, kaynak belirtme işlevlerinin yanı sıra kendi başlarına da değer kazanmışlar, başlı başına yatırım ve ticaret konusu olmuşlardır. Bu nedenle markaların korunması marka sahipleri açısından önemlidir. Diğer yandan, ürünlerin kaynağını belirttikleri ve belirli kalite, garanti, statü, güvenilirlik vb. niteliklere işaret ettikleri için markaların korunması tüketiciler açısından da önemlidir. Toplumsal refah açısından yukarıda değinilen önemlerine binaen markalar, hemen hemen bütün ülkelerde çeşitli şekillerde korunmaktadır. Bu çerçevede marka sahiplerine, markalarının kendi rızaları dışında başka mal veya ambalajların üzerinde kullanılmasını engelleme hakkının yanı sıra söz konusu markayı taşıyan malların ithalat veya ihracatını da engelleme hak ve yetkisi verilmektedir.

Marka sahibinin hakları mutlak haklardandır. Ancak, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte, çeşitli nedenlerle hak sahiplerinin haklarını kullanmalarına yönelik olarak çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Bu bağlamda fikri mülkiyet haklarının (FMH) kullanımına getirilen sınırlamalardan birisi de ‘**hakın tükenmesi ilkesi**’ (*exhaustion principle*)’dir. Bu ilke en genel anlamıyla, “*hak sahibinin, sahibi olduğu hakkı içeren bir ürünün, kendisi ya da izin verdiği herhangi bir kişi tarafından ticari olarak piyasaya sürülmesi sonrasında, bu ürünün özel ya da ticari amaçlı olarak dağıtımına hiçbir şekilde müdahale edemeyeceğini*” belirtmektedir¹. Bu ilke çerçevesinde, hak sahibi markaya ilişkin haklarını değil, yalnızca piyasaya sunmuş olduğu malların ticaretine ilişkin tasarruf hakkını kaybetmektedir.

Hakkın tüketilmesi ilkesinin en önemli sonuçlarından birisi ise ‘**paralel ithalat**’ olarak adlandırılan durumdur. Paralel ithalat, “*fikri mülkiyet koruması altında bulunan ve bir ülkede yasal yollardan piyasaya sürülen orijinal malların buradan satın alınarak, herhangi bir kimseden izin almadan, hakkın korunduğu ve piyasasında aynı malların bulunduğu bir başka ülke pazarına ticari amaçla sokulması hadisesidir*”.² Paralel ithalat, tükenme rejimi ile doğrudan bağlantılı olduğu için paralel ithalata yönelik politikalar da ülkeden ülkeye değişmektedir³.

Tükenme ilkesini uygulandığı alana göre, ‘ülkesel’, ‘bölgesel’ ve ‘uluslar arası’ tükenme olarak üçe ayırmak ve paralel ithalatı da bu çerçevede değerlendirmek mümkündür. Ülkesel tükenme ilkesine göre hak sahibinin ülkesi dışında piyasaya sunma halinde haklar tükenmemektedir. Bu nedenle, hak sahibi yurtdışında ürettiği veya sattığı ürünlerin kendi ülkesine (yeniden) ithalatını engelleyebilmektedir. Bölgesel tükenme ilkesinin benimsendiği rejimlerde ise, bölgeye dâhil ülkeler arasında paralel ithalat mümkün iken 3. ülkelerden yapılacak paralel ithalatın engellenmesi mümkündür.

1 YALÇINER, Uğur G. *Sınai Mülkiyetin İlkeleri*, Ankara – 2000, s.243

2 ASLAN, Adem, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2004, s. 93

3 TEKDEMİR, Yaşar, “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi Ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi Bir Yaklaşım”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 13, 2003.

Uluslararası tükenme ilkesinin benimsendiği ülkelerde ise, dünya tek bir pazar olarak kabul edilir ve ürün hangi ülkede piyasaya sunulursa sunulsun hak tüketilmiş sayılır⁴. Dolayısıyla bu ülkelerde paralel ithalatın engellenmesi söz konusu olmayacaktır.

Bu açıdan bakıldığında, Avustralya, Kanada, İsviçre gibi ülkelerin ise 'uluslararası tükenme' ilkesini, Avrupa Birliği'nin ise 'bölgesel tükenme' ilkesini benimsediğini görmekteyiz⁵.

Türkiye'nin kabul ettiği tükenme rejimi açısından ise konu bir hayli tartışmalıdır: Markalar alanındaki temel düzenleme olan 556 sayılı *Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*'nin 13. maddesinde “*Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır.*” hükmü yer almaktadır.

Ancak Pınar, söz konusu düzenlemenin mehzazının Avrupa Konseyi'nin Ticari Markaları Uyumlaştırma Yönergesi (Yönerge)⁶ olduğu, düzenlemenin Avrupa Birliği'ne uyum sürecinde ve bu sürecin bir koşulu olarak kabul edildiği, bu nedenle 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'ndaki AT Antlaşması'nın 28–30. maddelerine paralel 5–7. maddeleri ile çelişmemesi gerektiğini belirterek bu düzenlemenin *bölgesel tükenme ilkesi* dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir⁷.

Diğer yandan Arıkan, anılan 556 sayılı KHK'nin ilgili hükümlerinin “... hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde 'ulusal tükenme' esasını getirdiğinden; Mahkemelerin veya diğer kurumların, yasal olarak Parlamento'nun benimsediği bu yaklaşımı, değiştirmekten ziyade uygulamaları”nın beklenmesi gerektiği görüşündedir⁸.

Avrupa Birliği açısından, Avrupa Konseyi'nin Ticari Markaları Uyumlaştırma Yönergesi çerçevesinde ticari marka sahibi, markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını engelleme hakkına sahiptir⁹. 3. kişilerce kullanılma, markanın ürünler veya ambalajlar üzerinde kullanılmasını, bu markaya sahip ürünlerin ithal edilerek piyasaya sunulmasını da kapsamaktadır¹⁰. Yönerge'nin 7(1). madde-

4 PINAR, Hamdi, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 23, 2005, s.30-86.

5 OECD, “*Synthesis Report on Parallel Import*” *Joint Group on Trade and Competition* www.oecd.org/..128903.DOC, 2002. [23.01.2008]

6 *First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks*, OJ L 040 , 11/02/1989 p.1 –7.

7 PINAR, Hamdi, “*Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri*” Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s. 704-711.

8 ARIKAN, Ayşe Saadet, “*Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku – Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikri Haklar ve Rekabet Hukuku Ankara 2002, s. 666-714.

9 Yönerge, md.5(1)a.

10 Yönerge, md.5(3)a.

si ile hak sahiplerinin topluluk sınırları içinde kendi rızaları ile piyasaya sundukları ürünlere ilişkin olarak hakkın tüketilmesi ilkesi benimsenmekte; 7(2). maddede ise, piyasaya sunulan ürünlerin durumunda kötüleşmeye yol açacak nitelikteki yeniden satışlar gibi meşru gerekçelerin olması durumunda maddenin ilk paragrafının uygulanmayacağı belirtilmektedir.

Bu nedenle, bir paralel ithalatçının AB’de tescilli olan bir ticari markayı taşıyan ürünleri herhangi bir (üçüncü) ülkeden temin ederek üye ülkelerde piyasaya sunması ilke olarak marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilebilir. Diğer yandan aynı paralel ithalatçının ürünleri yeniden paketlemesi veya tescilli markayı ürünlerin üzerine yeniden yapıştırması da ayrı ayrı ihlaller olarak değerlendirilir¹¹.

Anılan Yönergenin ve ilkelerin dayanak noktasını Avrupa Toplulukları Anlaşması’nın tarife dışı engellerin yasaklanmasına ilişkin 28. maddesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin sınırları çizen 30. maddesi oluşturmaktadır: Anlaşmanın 28. maddesine göre “Üye devletler arasındaki ithalatta uygulanan miktar kısıtlamaları ile her türlü eş etkili tedbirler yasaklanmakta” iken, Anlaşmanın bu maddenin uygulanmasının sınırlarını çizen 30. maddesi uyarınca “sınai ya da ticari mülkiyetin korunması amacıyla malların ithalinin, ihracatının veya transit geçişinin engellenmesi veya kısıtlanması” mümkün kılınmaktadır. 30. maddede yer alan ve ithalatın engellenmesine cevaz veren istisnanın sınırları ise ancak ATAD nezdinde gündeme gelen bir dizi dava sonucunda çizilmiş ve paralel ithalatın engellenmesi yasaklanmıştır. ATAD tarafından ortaya konan içtihat hukuku, marka sahiplerinin münhasır haklarından bir kısmının AT Anlaşması’nın 30. maddesi kapsamında ve orantısallık ilkesi çerçevesinde de değerlendirilebileceği yönündedir¹². Avrupa Birliği’nin bölgesel tükenme ilkesini benimsemesi, bir yandan üye devletler arasındaki sınırları kaldırıp tek pazarı oluşturmak, bir yandan üye olmayan ülkelere karşı bir korunma sağlamak amacını taşımaktadır. Dolayısıyla, ürünün AB üyesi ülkelere herhangi birinde piyasaya sürülmesi durumunda, hak tükenmiş sayılacak ve üyeler arasındaki dolaşımı engellenemeyecektir. Ürünlerin AB dışında piyasaya sürülmesi durumunda ise hak sahiplerinin ürünün AB’ye ithal edilmesini engelleme hakkına sahip olup olmadığı konusu ise, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı’nın (ATAD) *Silhouette*¹³ kararı ile hak sahipleri lehine ve bölgesel tükenme ilkesinin kabulüyle sonuçlanmıştır. Bir yıl sonra ATAD *Sebago*¹⁴ kararında, hakkın markayı üzerinde taşıyan ve bölgesel tükenme sınırları içinde piyasaya sunulmuş olan somut mallar açısından tükenmiş olduğunu belirtmiş; dolayısıyla da marka hakkının soyut olarak tükenmesinin söz konusu olamayacağı da hüküm altına alınmıştır. 2001 tarihli *Zino Davidoff*¹⁵ kararı ile de bölgesel tükenme ilkesi pekiştirilerek

11 Advocate General Jacobs’un *Boehringer Ingelheim* davasındaki görüşü.

12 PINAR, Hamdi, *Uluslararası Rekabette Fikri Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No: 2004-71, İstanbul 2004, s. 91 vd.

13 *Case C-355/96, Silhouette Int’l Schmied GmbH & Co. v. Harlauer Handelsgesellschaft GmbH*, ECR. I-4799 (1998) 2 CMLR. 953.

14 *Case C-173/98 Sebago and Maison Dubois* ECR I-4103(1999)

15 *Joined Cases C-414/99 to C-416/99, Zino Davidoff SA v A & G Imports Ltd and Levi Strauss &*

İngiliz mahkemelerinin aksi kararlaştırılmadığı takdirde hak sahibinin paralel ithalata zimnen izin vermiş olduğu yönündeki kararları reddedilmiştir¹⁶.

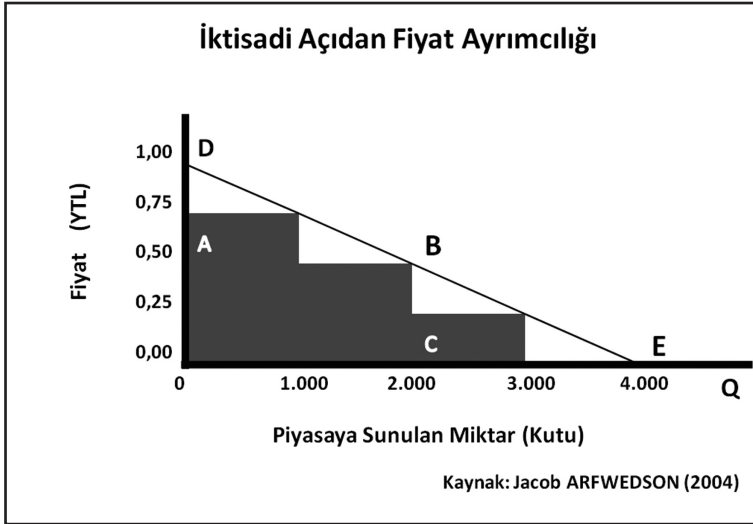
Bu makalenin amacını, ilaç sektöründeki paralel ithalata ilişkin olarak ATAD tarafından alınan bir dizi kararın incelenmesi oluşturmaktadır. Kararların ortak noktası ilaçların paralel ithalat sürecinde yeniden paketlenmesidir. Paralel ithalat sürecinde yeniden paketlemeye izin verilmesi yalnızca AB'ye özgü bir uygulama olup dünya üzerinde başka bir örneği yoktur. Bu nedenle, bu uygulamanın iktisadi ve hukuki boyutunun tartışılmasında fayda görülmektedir.

2. İktisadi Açından Paralel İthalat

Paralel ithalat, marka sahibinin ürününü farklı ülkelerde farklı fiyatlardan satışa sunması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Üçüncü kişiler de bu fiyat farkını görerek ürünleri daha ucuz fiyattan satın almakta ve bunları daha yüksek fiyattan satılan piyasalarda müşterilere sunarak aradaki fiyat ve/veya kur farkından kazanç sağlamaktadır. Bu çerçevede akla ilk gelen soru şudur: Üreticiler neden bu tür bir fiyat farklılaştırmasına gerek duymaktadır ve bunun iktisadi gerekçesi nedir?

İlk bakışta, **fiyat ayrımcılığı** sözcüğü kulağa hoş gelmemekle birlikte fiyat ayrımcılığının temelinde, şirketin alıcıların söz konusu ürün için biçtikleri değere (alım gücüne) göre fiyatlandırma yaparak kârını maksimize etmesi yatmaktadır. Bu marka sahipleri için olduğu kadar tüketiciler açısından da önemlidir¹⁷.

Bunu aşağıdaki şekil yardımıyla şöyle açıklayabiliriz: Eğer firma markanın yanı sıra ilacın patentine de sahip ise, ürününü sunduğu piyasalar açısından tekel konumunda olacaktır ve her bir piyasada aşağıdaki şekilde talep eğrisi ile karşılaşacaktır:



Co. and Others v Tesco Stores Ltd and Others, ECR I-08691(2001).

16 PINAR (2002), s. 666-714.

17 Daha derin bir analiz için bkz. BOHLUND, Mark, *The Price Effects of Differential Pricing and Parallel Trade in Pharmaceuticals*, University of Uppsala, 2005.

Fiyat ayrımcılığı yapabilmesi sayesinde marka sahibi A ülkesinde 0.75 YTL'den bin kutu, C ülkesinde de 0.25 YTL'den 3 bin kutu ilaç satarak toplamda 4 bin kutu ilaç satacak, bir başka deyişle ilacı 4 bin kişiye ulaştırma imkânı bulacaktır. Ancak fiyat ayrımcılığı yapmasına izin verilmediği takdirde, tek bir fiyat uygulamak zorunda kalacak, bu nedenle de ürünün fiyatını kârını maksimize edecek bir noktada tutmaya çalışacaktır ki bu da birim başına 0.50 YTL fiyat uygulayarak toplamda 2 bin kutu satmakla yetinmesi anlamına gelecektir.

Firma açısından bu kaybın sosyal anlamda yansımaları ise şu şekildedir: A ülkesinde tüketiciler ilacı daha ucuza, C ülkesindekiler de daha pahalıya almak durumunda kalacak, ama daha da önemlisi, toplam üretim miktarında düşme görülecektir. Bu da daha az kişiye ilaç ulaşması anlamına gelecektir. Diğer yandan da firma patent ile kendisine tanınan haktan tam anlamıyla yararlanamayacak, daha düşük kâr elde etmesi nedeniyle bundan sonraki araştırma ve geliştirme harcamalarına ayırabileceği kârların bir kısmından da mahrum kalacaktır.

Bu çerçevede, paralel ithalatın engellenmesini savunanların temel savları şunlardır:

- i) Her ülkede farklı fiyat uygulanması refahı arttırıcı niteliktedir¹⁸. Bir başka deyişle ülkeler (ve müşteriler) alım gücüne göre para ödemektedir ve bu sayede ilacın satın alma gücü düşük ülkelerdeki hastalara da ulaştırılması sağlanmaktadır. Aksi takdirde söz konusu ilaçlar daha bu hastalara ulaşmadan zengin ülkelere yönlendirilmiş olacaktır.
- ii) Paralel ithalat, marka ve özellikle de patent ile tanınan hakların kullanılmasını engellemekte, bu hakları kısmen anlamsız kılmaktadır¹⁹. Bu da üreticilerin yeni buluşlar yapmaları yönündeki şevkini kırmakta, ya da markalarına yatırım yapmayı, dolayısıyla kaliteyi geliştirmelerini engellemektedir.
- iii) (İlaç açısından geçerliliği tartışılabilir) Paralel ithalat nedeniyle bedavacılık gündeme geldiği için, tüketicilere sunulan hizmetin kalitesinde düşme görülecektir²⁰.
- iv) Paralel ithalat nedeniyle ilaçlar üreticinin kontrolünden çıkıp birkaç el değiştirdiği ve bu çerçevede zaman zaman manipülasyona maruz kaldığı için, ilaçların olumsuz koşullarda saklanması, son kullanma tarihlerinin değişmesi gibi

18 FINK, C., "Entering the Jungle of Intellectual Property Rights: Exhaustion and Parallel Imports", *World Bank* -1999.

19 BOCK, C. "Laissez faire too far? An Analysis Of United States And European Union Intellectual Property Exhaustion Regimes And Parallel Trade Restrictions" www.law.wfu.edu/students/IPLA/2002winter/05.pdf, (2002) [23.01.2008]

20 MASKUS, K.E. ve LAHOUEL, M., "Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries: Interests in Unilateral Initiatives and a WTO Agreement" Prepared for the World Bank Global Conference on Developing Countries and the Millenium Round, Geneva, www.worldbank.org/research/abcde/washington_12/pdf_files/maskus.pdf, 1999 [23.01.2008]

nedenlerle tüketicinin zarar görmesi riski vardır.

- v) Paralel ithalat sürecinde, korsan ürünlerin de piyasaya sunulması ve bunun hem üreticilerin satışlarına ve şöhretine (korsan ürünün kalitesinin düşük olması nedeniyle) hem de kullanıcıların sağlığına zarar vermesi riski vardır²¹.

Yukarıda yer verilen savların karşısında ise üç temel görüş bulunmaktadır:

- i) Paralel ithalat, tarife dışı engellerden farklı değildir ve bu nedenle uluslararası ticaretin etkin bir şekilde gerçekleşmesini engellemektedir²². Bundan hem ithalatçı ülkeler hem de ihracatçı ülkeler dolaylı olarak zarar görmektedir; çünkü paralel ithalat ülkeler arası piyasaları böldüğü gibi ülke içi piyasaları da bölme ve marka içi rekabeti sınırlandırma riski taşımaktadır; bu da söz konusu her iki ülkenin vatandaşlarının zarar görmesi anlamına gelmektedir.
- ii) Paralel ithalata izin verilmediği takdirde, marka sahipleri her ülkedeki pazarı ayrı ayrı kontrol etme olanağı bulacak, bu da üreticiler arasındaki rekabeti sınırlayıcı anlaşmaları (kartellerin kurulmasını ve uygulanmasını) ve hakim durumun kötüye kullanılmasını kolaylaştıracaktır. Dolayısıyla paralel ithalat rekabet hukukunun tamamlayıcısı olarak görülmelidir²³.
- iii) Paralel ithalatın engellenmesinin marka ve patent ile sağlanan hakkın korunması için gerekli olduğu, bunun fikri ve sınai mülkiyet haklarının doğal bir sonucu olduğu iddiası ise kabul edilebilir değildir; çünkü ürünlerin piyasaya sunulması ile hak tükenmektedir²⁴. Bunun uluslararası değil de ulusal ölçekte olması gerektiği argümanı hukuki bir argüman değil, ancak politik bir karar olarak değerlendirilebilir.

3. Avrupa Birliği Açısından Olayın Ekonomik Boyutu

İlaçların paralel ithalatı, Avrupa Birliği'nde tümüyle yasal bir durumdur ve bir sonraki bölümde de görüleceği üzere AB'nin tek pazara geçişi ve ülkeler arası piyasa farklılıklarının giderilmesini destekleme amacı açısından özellikle desteklenmektedir. AB Komisyonu, 1998 tarihinde yayınladığı *İlaçların Paralel İthalatına İlişkin Duyuru*'sunda²⁵ bunu açıkça belirtmiştir.

21 KENNY, P ve Patrick McNUTT, “*Competition, Parallel Imports&Trademark Exhaustion:Two Wrongs from a Trademark Right*” No:8 Irish Competition Authority, Dublin. www.tca.ie/reports/1999.doc [23.01.2008]

22 O'TOOLE, F. ve Colm TREANOR, “The European Union's Trade Mark Exhaustion Regime” *World Competition* 25 (3) , 2002 ,s.279-302.

23 MASKUS, K.E. ve Yongmin CHEN “*Parallel Imports In A Model of Vertical Distribution: Theory, Evidence, And Policy*”, <http://spot.colorado.edu/~maskus/papers/Perpaper-May01.doc>, 2001. [23.01.2008]

24 BOCK, a.g.m.

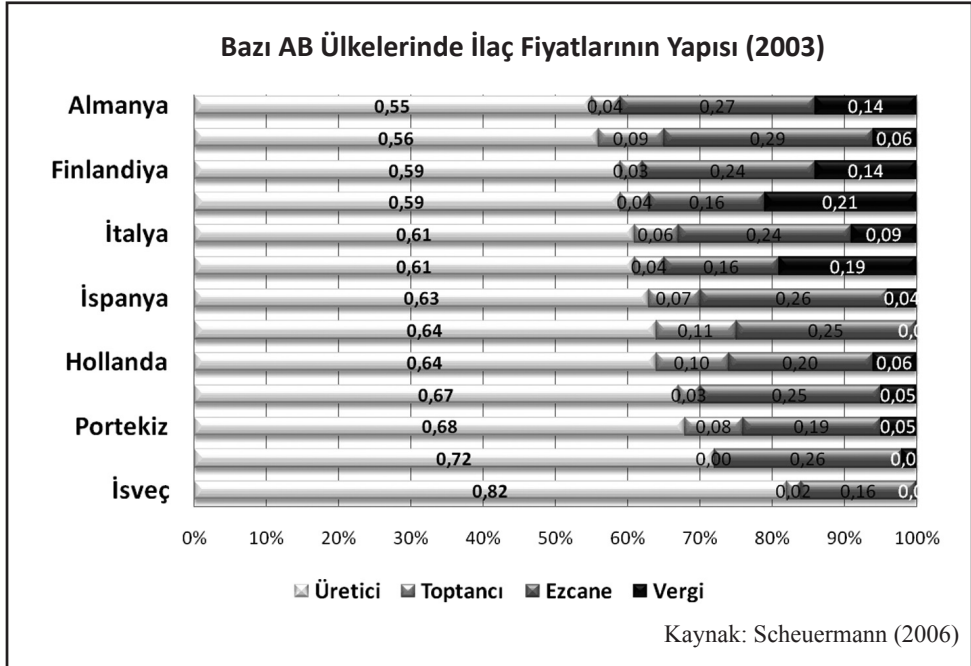
25 Commission Communication on the Single Market in Pharmaceuticals COM (98)588 final, 25 November 1998, p 20

AB'nin yukarıda yer verilen yaklaşımı doğrultusunda birçok şirket paralel ithalat yapma amacıyla "paralel ithalatçı lisansı" almaya başlamıştır. Söz konusu eğilim aşağıdaki tabloda da görülmektedir:

PARALEL İTHALATÇILARA TANINAN YENİDEN İTHALAT LİSANSLARI					
	1997	1998	1999	2000	2001
<i>Belçika</i>	4	5	11	7	18
<i>Hollanda</i>	3.156	3.237	3.555	3.173	3.104
<i>Norveç</i>	99	48	189	144	84
<i>İsveç</i>	45	227	341	320	135
<i>İngiltere</i>	541	757	1.378	1.363	639

Kaynak: Scheuermann (2006)

Yukarıdaki tabloya baktığımızda paralel ithalata ilişkin lisansların giderek arttığını görmekteyiz. Bunun sebebi ise, temel olarak ülkeler arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. AB'de her ne kadar birçok ürün için tek pazara geçilebilmiş olsa da sağlık konusundaki düzenlemeler hâlâ ülkelerin ulusal politika alanındaki yetkileri çerçevesindedir. Bu nedenle ülkeler arası sosyal sigorta sistemlerinin farklılaşmasına paralel olarak ilaç fiyatlarının farklılaşması da kaçınılmaz olmaktadır: Örneğin, İsviçre'de reçeteli ilaçlardan vergi alınmazken, Almanya'da tüm ilaçlar 16%'lık



vergiye tabidir, İspanya'da ise vergi oranı %4'tür²⁶. Bazı AB ülkeleri için söz konusu farklılıklar aşağıdaki tabloda listelenmiştir.

Tablodan da anlaşılacağı üzere, ülkelerin uyguladıkları fiyatlar, ilacın o ülkede-ki fiyatı üzerinden üreticilere, yeniden satıcılara, dağıtıcılara ve eczanelere farklı marjlar tanımaktadır. Paralel ithalatın temelinde de söz konusu marjların farklılığı yatmaktadır.

Söz konusu marjlar, ilaca göre değişmekle beraber ilaç fiyatları üzerinde toplamda %84'e varan farklılaşmalara neden olmaktadır. Aşağıdaki tabloda da görüleceği üzere, belirli bir kategoride aynı etken maddeye sahip ilacın fiyatı Almanya ile Danimarka arasında %26 oranında fark göstermektedir. Aynı şekilde *Risperidon*'un Danimarka'daki satış fiyatı, İngiltere'deki satış fiyatına oranla %38 daha fazladır.

YEREL MARKALAR İLE PARALEL İTHALAT YOLUYLA GELEN ÜRÜNLER ARASINDAKİ FİYAT FARKLILAŞMASI

	Danimarka	Almaya	Hollanda	Norveç	İsveç	İngiltere
HMG CoA Reductase Inhibitors (Statins)						
<i>Atorvastatin</i>	26%	0%	6%	6%	12%	6%
<i>Pravastatin</i>	0%	9%	12%	2%	6%	12%
<i>Simvastatin</i>	6%	5%	22%	1%	0%	22%
Atypical Anti-Psychotics						
<i>Clozapine</i>	6%	0%	8%	4%	17%	0%
<i>Olanzapine</i>	0%	6%	15%	1%	13%	0%
<i>Risperidone</i>	38%	10%	7%	1%	14%	0%

Kaynak: Kanavos et al 2004

Yukarıda yer verilen farklılıklar ve ülkelerin politikaları neticesinde paralel ithalat oldukça kârlı bir sektör olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, bazı ülkelerde paralel ithalat yoluyla ülkeye giren ilaçların oranı piyasadaki aynı grup ilaçların %60'ına kadar varabilmektedir. Aşağıdaki tabloda çeşitli ürün grupları açısından paralel ithalatın pazar payı gösterilmektedir.

ÇEŞİTLİ ÜRÜN GRUPLARI BAZINDA

PARALEL İTHALATIN TOPLAM PAZAR PAYI

	Danimarka	Almaya	Hollanda	Norveç	İsveç	İngiltere
HMG CoA Reductase Inhibitors (Statins)						
<i>Atorvastatin</i>	5%	0%	12%	2%	17%	54%
<i>Pravastatin</i>	0%	1%	7%	14%	19%	38%
<i>Simvastatin</i>	56%	9%	51%	36%	0%	65%
Atypical Anti-Psychotics						
<i>Clozapine</i>	13%	0%	10%	58%	74%	0%
<i>Olanzapine</i>	0%	63%	8%	11%	24%	47%
<i>Risperidone</i>	25%	65%	33%	42%	32%	45%

Kaynak: Kanavos et al 2004

26 AB ülkeleri arasındaki sosyal güvenlik sistemi farklılıklarının ilaç sektörüne etkisi için ayrıca bkz. SCHEUERMANN, Anna, *Parallel Import of Pharmaceuticals in the EU*, Lunds Universitet, 2006.

Söz konusu paralel ithalatın yoğun olmasının ve bu konuda birçok tartışma bulunmasının temelinde AB'deki mevzuat uyumlaştırması eksikliği yatmaktadır. Bilindiği üzere, normal şartlar altında üye devletler arasındaki ticarete ilişkin düzenleme yapma yetkisi, başta Konsey ve Komisyon olmak üzere AB makamlarının tekelindedir. Ancak, sağlık ve sosyal güvenlik uygulamaları açısından üye devletler tam bir serbesti içindedir. Dolayısıyla bu alandaki ulusal düzeydeki farklılaşmalar, ilaç konusundaki paralel ithalatın diğer ürünlere oranla çok daha fazla olmasına ve bu konuda bir sürü anlaşmazlık çıkmasına neden olmaktadır.

İleride de değinileceği üzere, paralel ithalatın yapılması aşamasında markalara ilişkin olarak birçok sorunun ortaya çıkmasının temel nedeni, paralel ithalat sürecinde ilaçların ambalajlarının değiştirilmesidir.

Yeniden paketleme yöntemleri kabaca üç kategori altında değerlendirilebilir. Bunlardan ilki, üreticinin orijinal kutusunun üzerine mevcut markayı engellemeyecek şekilde yeni markanın (ve diğer zorunlu bilgilerin) yapılandırılması ve kutunun içine de paralel ithalatın yapılacağı ülkenin dilinde prospektüs konulmasından ibarettir.

Bir diğer tür yeniden paketleme ise, ürünlerin orijinal kutularından çıkarılıp ithalatçı tarafından hazırlanan ve ithalatçı tarafından üretilen yeni kutulara konulmasını kapsamaktadır. Bu durumda ithalatçı yeni kutunun üzerine ülkedeki ticari markanın yanı sıra kendi ismini de değişik boyutlarda basmaktadır. Hatta bazı paralel ithalatçılar daha da ileri giderek kendi markalarını geliştirmişler ve yeni kutularda –kutular orijinal üreticinin ürünlerini içermesine rağmen- kendi markalarını kullanmışlardır. Örneğin Swingward, orijinal markayı da kutunun bir köşesinde bulundurmakla birlikte ilaçları kendine özgü, ayırıcı nitelikler taşıyan kutulara koymakta ve kendi markasını ön plana çıkarmaktadır.

Bu çizgideki bir başka gelişme ise, paralel ithalatçı Dowellhurst tarafından yaratılan ve 'Concept Generics' olarak adlandırılan 'marka'dır. Dowellhurst, orijinal markaya gönderme yapmaksızın kendi markasının reklâmını yapmakta, kutuların üzerinde yalnızca kendi markasını bulundurmakta; ancak kutunun içinde orijinal markalı ürünler yer almaktadır.

Söz konusu üç tür yeniden paketlemenin farklı alt çeşitleri de bulunmaktadır. Bunlardan en yaygın olanı, yeniden paketleme esnasında kutuların içindeki tabletlerin miktarının değiştirilmesidir. Örneğin, eğer ithalatın yapıldığı ülkedeki kutular ve düzenlemeler kutularda on iki tablet bulunmasını gerektiriyorsa, paralel ithalatçı onar tabletlik orijinal kutuların içinden on ikişer tabletlik yeni kutular oluşturmaktadır. Bir sonraki bölümde, yeniden paketlemeye ne dereceye kadar izin verildiği ve bunun gerekçeleri ayrıntılı olarak tartışılacaktır.

4. Avrupa Birliği'nde İlaçların Paralel İthalat Sürecinde Yeniden Paketlenmesinin Hukuki Boyutu

Avrupa Birliği'nde ilaçların paralel ithalatına ilişkin olarak gündeme gelen ilk da-

valardan birisi olan *Peijper*²⁷ davasında ATAD, marka sahibinin paralel ithalatı önlemesini kolaylaştırmak amacıyla buna uygun idari düzenlemeler yapan Hollanda hükümetini uyarmıştır. 70'li yılların ortalarında gündeme gelen diğer *Centrafarm* davalarında²⁸ da ATAD sürekli olarak, marka hakkının paralel ithalatı önlemek amacıyla kullanılamayacağına hükmetmiştir.

Bunlardan *Centrafarm v. Winthrop* davasında ATAD, 'ticari marka hakkının özü'nün markayı taşıyan ürünlerin Topluluk'ta piyasaya sunulması ile sınırlı olduğuna, ürünlerin piyasaya sunulmasından sonra bu hakkın tüketilmiş olacağına ve marka sahibinin piyasaya sürdüğü ürünlerin dolaşımı üzerinde marka hakkına dayanarak hak iddia edemeyeceğine hükmederek topluluk piyasası için geçerli olacak bir tür 'bölgesel tükenme ilkesi'ni benimsemiştir. Bu dava bölgesel tükenme ilkesinin ilk olarak telaffuz edilmesi açısından önemlidir.

Ancak hak sahipleri gerek *Centrafarm v. Winthrop* davasının etkisi gerekse üye devletlerdeki pazar koşullarına uyum sağlama stratejisi çerçevesinde aynı ürünü farklı ülkelerde farklı ticari markalar altında piyasaya sunmaya başlamışlardır. Bunun en önemli sonucu, ürünün her ülkede farklı markayla tanınması ve içeriği aynı olsa bile paralel ithalat yoluyla gelen ürünün pazarda tutunma şansının olmaması ve dolayısıyla paralel ithalatın fiilen engellenmesidir.

Paralel ithalatçılar ise söz konusu stratejiye karşı strateji geliştirerek, ithal ettikleri orijinal ürünün üzerine ürün için o ülkede tescil edilmiş olan markayı da yapıştırarak söz konusu fiili durumu aşmaya çalışmışlardır. Bu olay ilk olarak *American Home Products*²⁹ davasında karşımıza çıkmaktadır.

Ancak *American Home Products* davasında ATAD, İngiltere'den '*Serenid*' adıyla ithal edilen ilacın markasının Hollanda'ya satış aşamasında '*Serestra*' olarak değiştirilmesini onaylamamış, Centrafarm'ın bilinmeyen yabancı ismin üzerine yerel ismi taşıyan bir bant yapıştırmasına izin vermemiştir. İçerdikleri kimyasallar ve potansiyel zehirlenme riskleri nedeniyle ilaçların orijinalliğinin garanti altına alınmasının tüketiciler açısından önemli olması ve bu orijinalliği ancak üreticinin garanti edebileceği, karara gerekçe olarak gösterilmiştir.

*Hoffmann-La Roche v Centrafarm*³⁰ [*Hoffmann-La Roche*] davasında ise ATAD, söz konusu tutumunu kısmen değiştirmiştir:

Centrafarm'ın İngiltere piyasasından aldığı *Valium*'u daha küçük paketler halinde yeniden paketleyerek Almanya'da satışa sunmasının değerlendirildiği bu davada ATAD, markalı ürünlerin yeniden paketlenmesi ve söz konusu ürün için ithalatın

27 Case 104/75 *Officier van Justitie v Adriaan Peijper* [1975] ECR 613

28 Case 15/74 *Centrafarm, BV v. Sterling Drug, Inc.*, [1974] E.C.R. 1147, ECJ; Case 16/74 *Centrafarm, BV v. Winthrop, BV* [1974] E.C.R. 1183, ECJ.

29 Case 3/78 *Centrafarm BV v American Home Products Corp.* [1978] ECR 1823

30 Case C-102/77 *Hoffmann-La Roche & Co. v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse, GmbH*, [1978] E.C.R. 1139, ECJ.

yapıldığı ülkede tescil edilmiş olan markanın pakete yapıştırılmasının, ticari markaların temel işlevini (orijin belirtme) engelleyici nitelikte olduğunu ilke olarak kabul etmiştir: ATAD'a göre ticari markanın temel işlevi, ürünü üretenin kimliğini ve ürünün üçüncü kişilerin müdahalesine maruz kalmaksızın orijinal haliyle kendilerine sunulduğunu tüketiciye bildirmektir. Bu nedenle ATAD, marka hakkının, yeniden ambalajlanmış ürünlerin ithalatını engellemeyi de kapsadığını özellikle belirtmiştir.

Ancak diğer yandan ATAD, hak sahibine, ürünlerin kaynağının açıkça belli olduğu ve ürünlerin orijinalliğinin bozulmadığı durumlarda bile yeniden paketlenmiş ürünlerin ithalatının engellenmesi hakkının tanınmasının, üye devletler arasındaki ticaretin kısıtlanması sonucunu doğuracağına ve bu durumun AT Anlaşmasının 30. maddesine aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir. ATAD'ın vurguladığı üzere, marka hakkının kullanılmasına sınırlama getirilmediği takdirde, hak sahipleri ürünlerini her üye devlette ayrı markalar altında ve farklı paketlerde piyasaya sunmak ve yeniden paketlenen ürünlerin paralel ithalatı önleme hakkını kullanmak suretiyle üye devletler arasındaki ticareti kısıtlama imkânına kavuşacaklardır.

ATAD, marka hakkının kullanılması ile ticaretin kısıtlanmasının engellenmesi açısından bu ikilemi gidermek üzere, aşağıdaki koşullarda marka sahibinin hakkını kullanmasına sınırlama getirilebileceğini karara bağlamıştır³¹:

- i) Uyguladığı pazarlama sistemi ile birlikte dikkate alındığında, ticari marka sahibinin marka hakkını kullanması, Topluluk pazarının suni olarak bölünmesine neden olmalıdır.
- ii) Yeniden paketleme, ürünün orijinal durumunu olumsuz yönde etkilememelidir.
- iii) Marka sahibine yeniden paketlenmiş ürünün piyasaya sürüleceğine ilişkin önceden bildirimde bulunulmuş olmalıdır.
- iv) Yeni ambalajın üzerinde, yeniden paketlemeyi kimin yaptığı açıkça belirtilmelidir.

Söz konusu davalar sonrasında “bölgesel tükenme ilkesi” AB Konseyi'nin Ticari Markaları Uyumlaştırma Yönergesi'nin 7(1). maddesine de aktararak düzenleme haline getirilmiştir. Buna göre, markanın hak kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile toplulukta piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalmaktadır.

Bu çerçevede hakkın tükenmesi ilkesi ile marka hakkının kullanılmasına sınırlama getirilmiş olmaktadır. Hak sahibi, bundan sonra üye devletlerden herhangi birinde piyasaya sunduğu ürünün kendi ülkesine ithaline veya bir başka üye devlette de piyasaya sunulmasına karşı çıkamayacaktır.

31 Ayrıca bkz. Pınar (2002), s.702-703.

Her ne kadar *Hoffmann-La Roche* davasının ve Yönerge'nin paralel ithalata yönelik ilkeleri belirlediği ve sorunun çözüldüğü düşünülse de, söz konusu ilkelerin ve Yönerge'nin ilgili maddelerinin yorumlanması yine bir dizi davaya konu olmuştur. Örneğin, "Topluluk piyasasının suni olarak bölünmesi" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği *Paranova*³² davalarında tartışılmıştır:

Yönerge sonrasında konu ile ilgili olarak ATAD'a ulaşan ilk dava *Bristol-Myers Squibb v. Paranova* davasıdır. Bu davada Yönerge'nin, "malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılması gibi haklı gerekçeler bulunması durumunda [hakkın tükenmesine ilişkin] 7(1). maddenin uygulanmayacağını" belirten 7(2). maddesi öne sürülmüştür.

ATAD, Yönerge'nin 7(2). maddesinin *Hoffmann-La Roche* koşulları ile birlikte yorumlanması gerektiğine, hak sahibinin ancak ve ancak yeniden paketleme ve yeniden markalama gerçekleştirilmiş ve anılan davada belirtilen dört koşul da gerçekleşmemiş ise ithalatı önleme hakkını kullanabileceğine karar vermiştir.

Bunun yanı sıra ATAD birinci *Hoffmann-La Roche* koşulunu aşağıdaki şekilde netleştirmiştir: Marka sahibinin aynı ürünü farklı ülkelerde farklı ambalajlarda piyasaya sürmesi ve söz konusu piyasalara girmek için yeniden ambalajlamanın elzem olması durumunda, marka sahibinin yeniden ambalajlanmış ürünün ithalatına karşı çıkmasının piyasaların suni olarak bölünmesine yol açacağı kabul edilmeli ve yeniden paketlemeye izin verilmelidir. Ürünün ithal edildiği ülkedeki genel uygulama, sosyal güvenlik kurumunun gerekleri ve doktorların reçeteleme alışkanlıkları farklı miktarlarda paketlemeyi gerekli kılıyorsa bu durumda da yeniden paketleme olmaksızın piyasaya girmek imkansız olarak görülebilir. Ancak, ithalatçının yalnızca kutuların üzerine o ülkede geçerli olan markayı yapıştırması ve o dildeki prospektüsü eklemesi piyasaya giriş için yeterli ise hak sahibi yeniden paketlenen ürünün ithalatını engelleyebilir.

Özetle, hak sahibinin marka hakkı çerçevesinde paralel ithalatı önlemeye çalışması tek başına topluluk kurallarına aykırılık teşkil etmez; bunun için daha başka şeylere de bakmak gerekmektedir. Kararı, mefhum-u muhalifinden yorumlarsak, hak sahibi ürünü farklı ülkelerde farklı ambalajlarda piyasaya sürmediyse, paralel ithalatçının ürünü yeniden ambalajlamasına engel olabilir. Eğer hak sahibi ambalaj farklılaştırmasına gitmiş ise, bu kez de yeniden ambalajlamanın paralel ithalatçının piyasaya girmesi için gerekli olup olmadığına bakılacaktır.

Kararda ayrıca, hak sahibine paralel ithalat yapılacağına dair önceden bildirimde bulunmuş olmanın, hak sahibinin onayını alma anlamına gelmediği, makul bir süre

32 Joint cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93, *Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S, and C H Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S, and Bayer AG and Bayer Danmark A/S v Paranova A/S* [1996] ECR I-3457.

içinde bildirimde bulunulmasının yeterli olduğu belirtilerek üçüncü *Hoffmann-La Roche* koşuluna da açıklık getirilmiştir.

Kararda yer alan başka bir husus da şudur: Eğer yeniden paketleme nedeniyle markanın zarar görmesi, yeni ambalajın marka sahibinin şöhretine halel getirmesi söz konusu ise, – tüketicinin yanıltılması söz konusu değilse bile – marka sahibinin yasal hakkı ihlal edilmiş sayılacak ve marka sahibi yeniden paketlemeye karşı çıkma hakkına sahip olacaktır.

Bu anlamda söz konusu davanın, öne sürülen açıklamaların aynı zamanda marka değerinin korunmasına yönelik bir ara formül olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Bu davayı izleyen *Eurim-Pharm*³³ davasının konusu ise Eurim-Pharm’ın ilaçları orijinal markası ve logosu da görünecek şekilde saydam pencereler içeren kutulara koymasındır. Bu sayede orijinal ilaca ve paketlemeye dokunulmadığı için, yukarıda belirtilen koşullardan ikincisinin gerçekleştiği varsayılmıştır.

ATAD’ın yeniden paketlemeye ancak gerekli olduğu takdirde izin verilebileceği yönünde *Bristol-Myers Squibb v. Paranova* davasında ortaya koyduğu gereklilik koşulu ise *Pharmacia & Upjohn SA v Paranova A/S*³⁴ davasında tartışılmıştır. Ancak bu kez davanın ana konusu yeniden paketlemeden ziyade ‘yeniden markalama’dır: Paranova’nın Yunanistan’da ‘*Dalacin C*’, Fransa’da ‘*Dalacine*’ ve Danimarka’da ‘*Dalacin*’ markası altında satılan bir antibiyotiği, Yunanistan ve Fransa’dan alıp ‘*Dalacin*’ markası altında Danimarka’da satması dava edilmiştir. Davada davalı tarafından Danimarka’daki düzenlemeler gereğince (C vitamini ile karıştırılma riski bulunduğundan) söz konusu antibiyotiğin ‘*Dalacin C*’ adı ile ithalatının mümkün olmaması nedeniyle gereklilik koşulunun gerçekleştiği, yeniden markalamanın zorunlu olduğu savunulmuştur. Ancak ATAD, paralel ithalatçının ürünlere ‘*Dalacin*’ markasını yapıştırmasının objektif bir gereklikten ziyade paralel ithalatçının ticari avantaj sağlamak için uyguladığı bir strateji olduğuna ve buna izin verilmemesi gerektiğine karar vermiştir.

Aynı davada ayrıca, ‘marka sahibinin marka hakkını pazarları bölme amacıyla kullandığının (*subjektif niyet*) kanıtlanmasının gerekip gerekmediği’ değerlendirilmiştir. Davanın yeniden paketleme ile değil yeniden markalama ile ilgili olduğu, ortada –özellikle de marka sahibinin stratejisi nedeniyle – yeniden paketlemeyi gerektirecek bir durum olmadığı, yeniden markalama gereksiniminin ise ürünün ithal edildiği ülkedeki düzenlemelerden kaynaklandığı dikkate alındığında, marka sahibinin piyasaları bölme yönünde subjektif niyeti bulunduğu iddiasının kanıtlanamadığına ve değerlendirme açısından “*objektif niyet*”in dikkate alınması ve yeterli olması gerektiğine karar vermiştir.

33 Case 1/81 Pfizer Inc v Eurim-Pharm [1981] ECR 2931.

34 Case C- 379/97 Pharmacia Upjohn SA v Paranova A/S [1999] ECR I-6927

Bu karar, uzunca bir aradan sonra hak sahipleri lehine verilen ilk karar olma özelliğini taşıması nedeniyle önemli görülmektedir. Nitekim Roma Anlaşması'nın 28. maddesinin “Üye Ülkeler arasındaki ticaretin kısıtlanması sonucunu doğuracak eylemleri” konu aldığı, ancak bu tür eylemlere ‘niyet etmenin’ yaptırımı konu olmadığı dikkate alındığında, kararın Topluluğun amaçlarına uygun olduğunu da söylemek mümkündür³⁵.

*Aventis Pharma Deutschland v. Kohlpharma*³⁶ kararında da ATAD yeniden paketlemenin hangi durumlarda gerekli olduğuna açıklık getirmiştir: Dava konusu olayda, ilaçla ilgili idari otoritenin paralel ithalatçının ‘Insuman’ yedeklerini 2x5 birimlik paketlerde satışa çıkarmasına izin vermemesi ve paketlerin 10 birimlik olmasını şart koşması nedeniyle paralel ithalatçı ürünleri yeniden paketlemek durumunda kalmıştır. ATAD bunun piyasaya girebilme açısından objektif bir gereklilik olduğunu onaylamıştır.

ATAD’ın *Merck*³⁷ ve *Böehringer Ingelheim*³⁸ kararlarının konusunu ise sırasıyla, Avusturya ve İngiliz Yüksek Mahkemeleri’nin ATAD’dan istediği görüşler oluşturmaktadır. Söz konusu davalarda ‘ticari markanın özü ve yeniden paketleme’ ‘yeniden paketlemenin ne zaman gerekli sayılacağı ve izin verilebilecek yeniden paketleme şekilleri’ ve ‘bildirimde bulunma gerekliliği’ konuları bir kez daha masaya yatırılmıştır:

İngiliz Yüksek Mahkemesi Yargıcı Mr. Laddie’ye göre, ticari markanın özü (koruduğu amaç) ve işlevi aynıdır: Ürünün kaynağını belirtmek. Eğer ürünün kaynağı konusunda tüketicinin yanıltılması söz konusu değilse, yeniden paketlemenin gerekli olup olmadığına bakılmaksızın ticari markanın özüne dokunulmadığı varsayılmalı ve hak sahibinin paralel ithalatı engellemesi engellenmelidir. Dolayısıyla, yeniden paketlemenin koşula bağlanması ve hak sahibinin AT Anlaşması’nın 30. maddesine dayanarak yeniden paketlemeye karşı çıkmasına izin verilmesi makul değildir. Ancak ATAD, bu konuda Yargıç Laddie’den farklı bir doğrultuda karar vermiştir: ATAD’a göre, yeniden paketleme aşamasında 3. kişilerin araya girmesinin ürünün menşei konusunda tereddüde yol açması nedeniyle yeniden paketleme tek başına markanın özüne zarar verecek bir unsur olarak değerlendirilebilir.

Dolayısıyla ATAD açısından, yeniden paketleme her halükarda marka hakkının özüne zarar veren bir uygulamadır; bu nedenle sorun marka hakkına hanel getirilip getirilmediği değil, üye devletler arasındaki ticaretin sınırlandırılmasını engellemek amacıyla marka hakkının ne kadar sınırlandırılabiliridir. Ayrıca, hak sahi-

35 SUBIOTTO, Romano ve Claudia ANNACKER, ‘Free Movement of Goods and the Protection of Trademarks: Current Issues Concerning Repackaging, Relabelling and Rebranding in EC Law’, *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 5, 2002, p. 933-964.

36 Case C-433/00, *Aventis Pharma Deutschland v. Kohlpharma*

37 Case C-443/99 *Merck, Sharp & Dohme* [2002] ECR I-3703

38 Case C-143/00 *Boehringer Ingelheim and Others* [2002] ECR I-3759

binin hakkını korumasını engellemek ile paralel ithalatçının marka hakkına zarar vermesini engellemek birlikte ele alındığında, paralel ithalatçıya yeniden paketlemenin gerekliliğini ispatlama yükümlülüğü getirilmelidir.

Yargıç Laddie aynı zamanda ATAD’ın “tüketicilerin büyük bir bölümünün yeniden etiketlenmiş ürünleri satın almada isteksiz olmaları durumunda yeniden paketlemenin gerekli sayılabileceğine ve buna karşı çıkılmayacağına” dair kararını da eleştirerek, bunun her üye ülke tarafından farklı algılanacağını ve Topluluk politikasında tutarsızlık yaratacağını savunmuştur. Buna paralel olarak, yeniden paketlemeye ne dereceye kadar izin verileceği de sorulan sorular arasındadır; çünkü davacı yeniden paketlemeye izin verilse bile bunun minimum düzeyde olması gerektiğini savunmaktadır. Buna paralel olarak, Raportör Jabos da yeniden paketlemenin paralel ithalatçılara bunu sıçrama tahtası olarak kullanma imkânı vermemesi ve pazara girmenin ötesinde bir avantaj sağlayacak paketlemenin kabul edilmemesi gerektiğini belirtmiş, ancak ATAD bu konuda sessiz kalmıştır. Diğer yandan, ATAD’ın yeniden paketlemenin marka hakkının özüne zarar verdiğini ilke olarak kabul etmesi nedeniyle, bazı akademisyenler bu tür bir davada ATAD’ın bu görüşe katılacağını belirtmektedir³⁹. Dolayısıyla bu dava ile birlikte *Hoffmann-La Roche* davasındaki ikinci koşul da değişmiştir.

Böhringer Ingelheim davası ile netlik kazanan bir diğer husus da, *Hoffmann-La Roche* davasında karar bağlanan “marka sahibine, yeniden paketlenmiş ürünün piyasaya sürüleceğine ilişkin önceden bildirimde bulunulması” koşulunun gereği, şekli ve süresine ilişkindir. Bildirim gereğinin temelinde, yeniden paketlemenin aslında marka hakkına zarar verdiği ve hak sahibine gerekli koşullar varsa buna karşı çıkma olanağının tanınması yatmaktadır. Süre konusunda ise ATAD, bildirim ürünlerin piyasaya sürülmesinden en az 15 takvim günü öncesinden yapılması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıca, bildirimün İlaç Ruhsat Otoritesi gibi üçüncü bir kişi tarafından yapılmış olması yeterli değildir: Bildirimün bizzat paralel ithalatçı tarafından yapılmış olması ve talep ettiği takdirde marka sahibine bildirimün yanı sıra paralel ithalat yoluyla piyasaya sürülmek üzere yeniden paketlenmiş ürünün numunesinin verilmesi de gerekmektedir. Bu karar ile birlikte bildirim yükümlülüğü önemli bir şekil şartı haline gelmiştir.

Yukarıda yer verilen ATAD kararları ışığında şunları söylemek mümkündür: “Ürünü yeniden paketlemek, ancak ve ancak piyasaya giriş için zorunlu olduğu takdirde izin verilebilir bir davranıştır. Aksi takdirde ve özellikle de paralel ithalatçının amacı yeniden paketleme suretiyle piyasaya girmenin ötesinde marka sahibinin ticari avantajından yararlanmak ise kabul edilebilir bir eylem olmayacaktır. Örneğin, paralel ithalatçının –herhangi bir yasal zorunluluk yokken- yalnızca ilacı daha kolay satabilmek için ilacın jenerik adı olan ‘*Sildenafil*’ yerine ‘*Viagra*’ markasını

39 GROSS, Naomi ve Lucy HARROD, ‘Fighting For Pharmaceutical Profits’, E.I.P.R. 2002, 24(10), 497-503.

kullanmaya çalışmasına izin verilmeyecektir⁴⁰. Dolayısıyla yeniden paketleme ve marka yapıştırma ticari bir avantaj yaratmak için kullanılamaz; yeniden paketleme ve markalama için 'objektif gereklilik' bulunmalıdır.

Şu ana kadar ATAD'ın almış olduğu kararlar çerçevesinde objektif gereklilik ilkesini şu şekilde özetlemek mümkün görünmektedir⁴¹:

- Marka sahibinin hakkı ancak paralel ithalatçının piyasaya girmek için başka bir olanağı yoksa ve piyasaya girmek için yeniden paketleme ya da markalama gerekli ise kısıtlanabilir.
- Söz konusu olanaksızlık, paralel ithalatçının reklâm bütçesinin azlığı, dağıtım ağının etkinsizliği gibi nedenlerden değil de ithalatçı ülkenin ilaçla ilgili düzenlemeleri gibi paralel ithalatçının elinde olmayan nedenlerden kaynaklanmalıdır. Eğer ihracatçı ülkedeki ambalaj ya da markanın ithalatçı ülkede de kullanılması mümkün ise yeniden paketleme ya da markalama marka sahibinin şöhreti üzerinden haksız kazanç sağlama olarak yorumlanmalı ve engellenmelidir.
- Objektif gerekler söz konusu ise, paralel ithalatçının ürünlerin ihraç edildiği ülkedeki ambalaj boyutunu ithal edilen ülkedeki ambalajlara uygun şekilde değiştirmesine izin verilmelidir. Aksi bir durum, üye devletler arasındaki ticaretin engellenmesi olarak değerlendirilmelidir.
- Diğer yandan, paralel ihracatçının yalnızca marka sahibinin şöhretinden yararlanmak ve ticari avantaj sağlamak amacıyla ürünü yeniden paketlemesine veya markalamasına izin verilmemelidir.

Söz konusu davalar bir yandan daha eski davalarda açık kalan noktaları çözüme kavuştururken bir yandan da yeni soruların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bunlardan birisi de yine *Böehringer Ingelheim* davası ile gündeme gelen 'tüketici direnci sorunu'dur. ATAD anılan kararda tüketicilerin yeniden markalanmış⁴² ürünleri satın alma konusunda mütereddit olduğu konusundaki iddialara yanıt verirken, "...tüketici direncinin, piyasaya girişi engelleyecek ve yeniden paketlenmesini gerekli kılacak derecede büyük bir engel olarak görülmemesi gerektiğini..." ancak, "...tüketicilerin büyük bir bölümünden kaynaklanan güçlü bir direncin piyasanın tamamına ya da önemli bir bölümüne girişi engellemesi durumunda, yeniden paketlemenin ticari avantaj sağlama amacıyla değil de piyasaya girebilme amacıyla yapıldığının varsayılabilirliğini" belirterek bundan sonrası için gündeme damgasını vuracak tartışma konularını da belirlemiştir:

40 SCHEUERMANN, Anna, *Parallel Import of Pharmaceuticals in the EU*, Lunds Universiteti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2006, s.44 (<http://www.fek.lu.se/...FEK-00012720.pdf> – 10.01.2008)

41 SUBIOTTO ve ANNACKER, a.g.m.

42 Burada kastedilen ürünün ambalajı değiştirilmeden yapışkan etiketler vasıtasıyla yalnızca markasının değiştirilmesidir.

Örneğin, tüketicinin direncini ispat yükü paralel ithalatçının üzerinde mi olacaktır? Eğer öyle ise paralel ithalatçı tüketici direnci nedeniyle piyasanın ne kadarına giremediğini mi göstermek durumunda kalacaktır? Bunu yapmak zorunda ise, bu tür bir işlem için anlamlı eşik / pazar payı ne olmalıdır? Paralel ithalatçının pazardan ‘yeterli’ bir pay alamamasının nedenin ne kadarının tüketici direncinden kaynaklandığı ne kadarınınsa paralel ihracatçının dağıtım ve satış ağındaki yetersizliklerden kaynaklandığı nasıl anlaşılacaktır?

Söz konusu sorular dikkate alındığında, bundan sonraki yıllarda da ATAD’ın paralel ithalat ve yeniden paketleme ile ilgili birçok davaya bakmak durumunda kalacağı ve geliştireceği içtihatlarla yeni çözümler ve sorunlar ortaya koyacağı beklenmektedir.

5. Sonuç

Avrupa Birliği’nde ilaçlara ilişkin üye devletler arasında paralel ithalat yapılmasının yaygınlaşması ve diğer ürünlere oranla çok daha fazla olmasının nedeni, ilaçlara ilişkin düzenlemelerin ticari mallardan farklı olarak AB tarafından Topluluk düzeyinde değil, üye devletlerin ulusal politikaları bağlamında belirlenmesidir. Bir başka deyişle, herhangi bir ticari maldan alınan vergilerin düzeyi ve buna ilişkin standartlar AB tarafından belirlenirken, ilaç söz konusu olduğunda üye devletlerin sağlık ve sosyal güvence sistemleri devreye girdiğinden ilaçların fiyatının bir ülkeden diğerine %38’lere varan oranda değiştiği gözlemlenmektedir. Söz konusu fiyat marjı, paralel ithalatçılar açısından oldukça verimli bir faaliyet alanı olarak görülmekte ve bazı ülkelerde paralel ithalat yoluyla ülkeye gelen ilaç, marka sahibinin doğrudan izin verdiği kanallarla ülkeye gelen veya ülkede üretilen ilaçları aşmakta, hatta pazarın %60’na kadar çıkmaktadır. Marka sahiplerinin buna karşı geliştirdiği en temel strateji, ürünlerin farklı ülkelerde farklı markalar ve ambalajlarla piyasaya sunulması ve bir anlamda paralel ithalatın fiilen imkânsız hâle getirilmeye çalışılmasıdır. Ancak, bu durumda da marka sahipleri paralel ithalatçıların kendi ürünlerini alıp, üzerinde ürünün ithal edildiği ülkede geçerli olan markanın bulunduğu kutularda piyasaya sunulduğunu görmüşler ve marka hakkına dayanarak bunu engellemeye çalışmışlardır. Fakat marka haklarını kullanmaları, AT Antlaşması’nın 28. maddesi çerçevesinde sınırlandırılmış; hak sahipleri ürünlerinin ambalajları ve etiketleri değiştirilmiş olmasına rağmen paralel ithalatı engelleme haklarından mahrum bırakılmıştır. Dolayısıyla, serbest dolaşım, ilke olarak sınai hakların üzerinde tutulmaktadır. Gelişen noktada görülen şudur: ATAD’a göre, yeniden paketleme her halükarda marka hakkının özüne zarar veren bir uygulamadır. Bu nedenle sorun marka hakkına hale getirilip getirilmediği değil, üye devletler arasındaki ticaretin sınırlandırılmasını engellemek amacıyla marka hakkının ne kadar sınırlandırılabiliridir. Ancak, ticari sınırları ortadan kaldırmak amacıyla marka hakkının kullanımına getirilebilecek sınırlamaların sınırı konusundaki belirsizlik hâlâ devam etmektedir ve üye devletlerin sosyal politikaları da AB tarafından yönlendirilip tektipleştirilmediği müddetçe bu belirsizliğin devam etmesi kaçınılmaz görünmektedir.

KAYNAKÇA

ARFWEDSON, Jacob, *Re-importation (Parallel Trade) in Pharmaceuticals*, Institute for Policy Innovation: Policy Report #182, 2004

ARIKAN, Ayşe Saadet, “*Fikri ve Sınai Hakların Tükenmesi ve Rekabet Hukuku – Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirme*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikri Haklar ve Rekabet Hukuku Ankara 2002, s. 754-771.

ASLAN, Adem, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, 1. Baskı, İstanbul, Beta Basım, 2004.

BOCK, C. “*Laissez faire too far? An Analysis Of United States And European Union Intellectual Property Exhaustion Regimes And Parallel Trade Restrictions*” www.law.wfu.edu/students/IPLA/2002winter/05.pdf, (2002)

BOHLUND, Mark, *The Price Effects of Differential Pricing and Parallel Trade in Pharmaceuticals*, University of Uppsala, 2005.

FINK, C., “*Entering the Jungle of Intellectual Property Rights: Exhaustion and Parallel Imports*”, *World Bank* -1999.

FORRESTER, Ian S. ve Anne N. NIELSEN, ‘*Pharmaceuticals: Test Bed for European Themes on Trademarks and the Free Movement of Goods*’ *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.j.*, Vol. 8:11, 1997

FORRESTER, Ian S., ‘*The Repackaging Of Trade Marked Pharmaceuticals In Europe: Recent Developments*’ *European Intellectual Property Review*, 22(11), 512-519, 2000

GROSS, Naomi, ‘*EU: Trade Marks - Parallel Imports - Repackaging - Requirement of Necessity - Requirement of Notice*’, *European Intellectual Property Review*, 24(2), 93-96, 2002.

GROSS, Naomy, ‘*Trade Mark Exhaustion: The Final Chapter*’, *European Intellectual Property Review*, 24(10), 497-503, 2002.

GROSS, Naomy, ‘*Trade Mark Exhaustion: The U.K. Perspective*’, *European Intellectual Property Review*, 23(5), 224-237, 2001.

GROSS, Naomy ve Lucy HARROD, ‘*Fighting for Pharmaceutical Profits*’, *European Intellectual Property Review* 2002, 24(10), 497-503.

KANAVOS, Panos ve Joan COSTA-FONT, *Pharmaceutical Parallel Trade in Europe: Stakeholder and Competition effects*, Economic Policy October, 2005.

KANAVOS, Panos ve Paul HOLMES, *Pharmaceutical Parallel Trade in the UK*, Institute for the Study of Civil Society, London -2006

KENNY, P. ve Patrick McNUTT, “*Competition, Parallel Imports & Trademark Ex-*

haustion: Two Wrongs from a Trademark Right” No:8 Irish Competition Authority, Dublin. www.tca.ie/reports/1999.doc

MASKUS, K.E. ve LAHOUEL, M., “*Competition Policy and Intellectual Property Rights in Developing Countries: Interests in Unilateral Initiatives and a WTO Agreement*” Prepared for the World Bank Global Conference on Developing Countries and the Millenium Round, Geneva, www.worldbank.org/research/abcde/washington_12/pdf_files/maskus.pdf, 1999.

MASKUS, K.E. ve Yongmin CHEN “*Parallel Imports In A Model of Vertical Distribution: Theory, Evidence, And Policy*”, <http://spot.colorado.edu/~maskus/papers/Perpaper-May01.doc>, 2001.

NORLING, Elisabeth ve Paulina RAUTIO, *Counterfeiting and Parallel Trade of Pharmaceuticals - Free movement of goods versus consumer protection*, Graduate Business School of GÖTEBURG UNIVERSITY, 2006.

O'TOOLE, F. ve Colm TREANOR, “The European Union’s Trade Mark Exhaustion Regime” *World Competition* 25 (3) , 2002 ,s.279-302.

OECD, “*Synthesis Report on Parallel Import*” *Joint Group on Trade and Competition* www.oecd.org/..128903.DOC, 2002.

PINAR, Hamdi, “*Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Alanında Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin Gümrük Birliğinde Malların Serbest Dolaşımına İlişkin Kararları ve Türk Hukukuna Etkileri*” Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002: Fikrî Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s. 666-714.

PINAR, Hamdi, *Uluslararası Rekabette Fikrî Mülkiyet Haklarının Önemi ve Türkiye*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, No: 2004-71, İstanbul 2004, s. 91 vd.

PINAR, Hamdi, “Fikri Mülkiyet Hakları ve Rekabet Hukuku”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 23, 2005, s.30-86.

RYAN, Andrew J.G., *Pharmaceuticals Manufacturers Strategies to Parallel Importation in the EU: A Strategic Update in the Light of Recent Rulings*, Lund University, 2004.

SCHEUERMANN, Anna, *Parallel Import of Pharmaceuticals in the EU*, Lunds Universitet, 2006.

SUBIOTTO, Romano ve Claudia ANNACKER, ‘Free Movement of Goods and the Protection of Trademarks: Current Issues Concerning Repackaging, Relabelling and Rebranding in EC Law’, *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 5, 2002, p. 933-964.

TEKDEMİR, Yaşar, “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi Bir Yaklaşım”, *Rekabet Dergisi*, Sayı 13, 2003.

YALÇINER, Uğur G. *Sınai Mülkiyetin İlkeleri*, Ankara – 2000.

DAVALAR

- Case 15/74 Centrafarm, BV v. Sterling Drug, Inc., [1974] E.C.R. 1147, ECJ; Case 16/74 Centrafarm, BV v. Winthrop, BV [1974] E.C.R. 1183, ECJ.
- Case 104/75 Officier van Justitie v Adriaan Peijper [1975] ECR 613
- Case C-102/77 Hoffmann-La Roche & Co. v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse, GmbH, [1978] E.C.R. 1139, ECJ.
- Case 3/78 Centrafarm BV v American Home Products Corp. [1978] ECR 1823
- Case 1/81 Pfizer Inc v Eurim-Pharm [1981] ECR 2931.
- Joint cases C-427/93, C-429/93 and C-436/93, Bristol-Myers Squibb v Paranova A/S, and C H Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG and Boehringer Ingelheim A/S v Paranova A/S, and Bayer AG and Bayer Danmark A/S v Paranova A/S [1996] ECR I-3457.
- Case C-355/96, Silhouette Int'l Schmied GmbH & Co. v. Harlauer Handelsgesellschaft GmbH, ECR. 1-4799 (1998) 2 CMLR. 953.
- Case C- 379/97 Pharmacia Upjohn SA v Paranova A/S [1999] ECR I-6927
- Case C-173/98 Sebago and Maison Dubois [1999] ECR I-4103
- Case C-443/99 Merck, Sharp & Dohme [2002] ECR I-3703
- Case C-433/00, Aventis Pharma Deutschland v. Kohlpharma
- Case C-143/00 Boehringer Ingelheim and Others [2002] ECR I-3759

FMR Ankara Barosu
Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

YABANCI MAHKEME VE ULUSLARARASI TEŞKİLAT KARARLARI

Hazırlayan

Av. Taylan ARIHAN

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARI
(Altıncı Daire)*
9 Aralık 2008**

(Topluluk Markası – Geçersizlik Adli Kovuşturmaları – VISIBLE WHITE (GÖRÜNÜR BEYAZ) Topluluk Sözcük İşareti – Mutlak Ret Sebebi– Betimsel Özellik – (EC) No 40/94) Sayılı Yönetmeliğin 7(1)(c) Maddesi

T-136/07 sayılı Davada,

New York’da Kurulu, New York (Amerika Birleşik Devletleri), avukatlar M. Zintler, H. Harmeling ve K.-U. Plath tarafından temsil edilen **Colgate-Palmolive Şirketi**,
Başvuru sahibi (davacı),

v

A. Folliard-Monguiral tarafından temsil edilen, Acente olarak hareket eden **İç Pazar Uyumlaştırma Dairesi (Markalar ve Tasarımlar) (OHİM)**,
davalı,

OHİM Temyiz Kurulu nezdindeki adli kovuşturmaların diğer tarafı olan,
Köln’de (Almanya) kurulu **CMS Hasche Sigle**,

CMS Hasche Sigle ve Colgate-Palmolive Şirketi arasındaki geçersizlik adli kovuşturmaları ile ilgili olarak OHİM Dördüncü Temyiz Kurulunun 15 Şubat 2007 tarihli kararına (Dava R 165/2005-4) karşı açılan DAVA,

AVRUPA TOPLULUKLARI İLK DERECE MAHKEMESİ (Altıncı Daire),

Başkan A.W.H. Meij, V. Vadapalas (Raportör) ve Hakim I. Labucka’dan oluşan,
Kayıt Memuru: N. Rosner, İdareci,

30 Nisan 2007 tarihinde İlk Derece Mahkemesinin Kayıt Defterinde bildirilen başvuru göz önüne alınarak,

Mahkeme Kayıt Defterinde 24 Temmuz 2007 tarihinde bildirilen cevap göz önüne alınarak,

* İlgili mahkeme kararı <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi> adresinden alınmıştır.

** Davanın dili: İngilizce.

İlk Derece Mahkemesi Dairelerinin değiştirilmiş birleşimi göz önüne alınarak, Üyelerinden birisinin katılımı engellendiği için, Dairenin tamamlanması amacıyla diğer hâkimin belirlenmesi göz önüne alınarak,

6 Haziran 2006 tarihli duruşmanın ötesinde,

Aşağıdaki

Kararı

Vermektedir.

Uyuşmazlığın Geçmişi

1) 20 Nisan 1998 tarihinde, başvuru sahibi (davacı) Colgate-Palmolive Şirketi, İç Pazar Uyumlaştırma Dairesine (Markalar ve Tasarımlar) (OHIM) bir Topluluk Markasının (OJ 1994 L 11, p. 1), Topluluk Markaları ile ilgili 20 Aralık 1993 tarihli ve (EC) No 40/94 sayılı Konsey Yönetmeliği (değişik) tahtında tescili için bir başvuru yapmıştır.

2) Tescili talep edilen marka, VISIBLE WHITE (GÖRÜNÜR BEYAZ) kelime işaretidir.

3) Tescili istenen husus kapsamındaki ürünler 15 Haziran 1957 tarihli, Markaların Tescil Edilmesi Amaçlarına Yönelik Olarak Ürünlerin Uluslararası Sınıflandırılması ile ilgili değişik Nice Anlaşması (“Nice Anlaşması”) (3. Sınıf) kapsamına dâhil olup, şu tarife karşılık gelmektedir: “Diş Macunu ve Ağız Çalkalama Suyu”.

4) 3 Kasım 1999 tarihinde, VISIBLE WHITE (GÖRÜNÜR BEYAZ) kelime işareti, bir Topluluk Markası olarak tescil edilmiştir.

5) 8 Ekim 2003 tarihinde, CMS Hasche Sigle, söz konusu Topluluk Markasının geçersiz olduğunu beyan eden bir başvuru yapmış ve söz konusu başvuruda tescilin 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (b) maddesini ihlal ettiğini, zira söz konusu markanın ayırıcı ve betimleyici bir özelliğinin bulunmadığını iddia etmiştir.

6) 10 Aralık 2004 tarihinde, İptal Kurulu, geçersizlik iddiasıyla yapılan söz konusu başvuruyu, “visible” (görünür) ve “white” (beyaz) kelimelerinin yan yana bulunmasının, söz konusu ürünlerin kullanımı veya kullanım amaçları açısından ele alındığında, İngilizce konuşan halk tarafından kullanılan gramer açısından doğru ifadeler ile farklılık gösterdiği gerekçesiyle reddetmiştir.

7) 4 Şubat 2005 tarihinde, CMS Hasche Sigle, İptal Kurulunun kararına karşı temyiz başvurusu yapmıştır.

8) 15 Şubat 2007 tarihli kararı ile Dördüncü Temyiz Kurulu temyiz başvurusunu kabul etmiş ve İptal Kurulunun Kararını (“itiraz edilen karar”), 40/94 sayılı Yönetmeliğin 51 (1) (a) maddesine uygun biçimde hükümsüz kılmıştır. Temelde, itiraz edilen markanın, tescil edildiği ürünlere yönelik olarak 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7

(1) (c) maddesine aykırılık kapsamında betimleyici bir özelliğinin bulunduğu ifade edilmiştir. “Visible” (görünür) ve “White” (Beyaz) öğelerinin münferiden betimleyici olduğu, söz konusu iki kelimenin kombinasyonunun da betimleyici olduğu ve bu kapsamda diş macunu veya ağız çalkalama suyunun kullanımının arzu edilen sonuçlara ulaşma açısından betimleyici bir özelliğinin bulunduğu ve bu şekilde anlaşılacağı öngörülmüştür. Temyiz Kurulu ayrıca markanın itiraz konusu yapılan ayırt edici özellikten yoksunluğunun, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (b) maddesinin anlamı dâhilinde, söz konusu markanın betimleyici yapısından kaynaklandığını da belirtmiştir.

Talepler

9) Davacı, Mahkemeden aşağıdaki hususları talep etmektedir:

- itiraz edilen kararın hükümsüz sayılması;
- masrafların OHIM tarafından ödenmesine hükmedilmesi.

10) OHIM ise Mahkemeden aşağıdaki hususları talep etmektedir:

- davanın reddi;
- masrafların davacı tarafından ödenmesine hükmedilmesi.

Mevzuat

11) Davacı iddialarını mevzuattaki iki hususa dayandırmaktadır: 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) ve 7 (1) (b) maddelerinin ihlali.

Tarafların tartışmaları

12) 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) maddesinin ihlal edildiğine yönelik birinci iddia ile ilgili olarak, davacı, söz konusu markanın bir bütün olarak ve müstakilen düşünüldüğünde, hiçbir şekilde 3 numaralı sınıfta yer alan ürünler açısından betimleyici bir özelliğinin bulunmadığını ileri sürmektedir.

13) İlk olarak, bu husus ile Temyiz Kurulunun, “visible” (görünür) sıfatı ve “white” (beyaz) isminin diş macunu ve ağız çalkalama suları açısından betimleyici bir özelliğinin bulunduğu yönündeki kararına karşı çıkmaktadır.

14) “Visible” (görünür) kelimesi, diş macununun arzu edilen amacı ile ilgili olmadığı için betimleyici değildir. Diş macununun tüketici tarafından kullanım sebebi görünür olmak değil, diş ve diş etlerini temizlemek ve bunları sağlıklı tutmaktır. Benzer şekilde, bir ağız çalkalama suyunun arzu edilen amacı görünür olmak değil, kötü nefes kokusuna karşı savaşmak ve dişleri, diş etlerini ve ağız hijyenik tutmaktır.

15) “White” (Beyaz) kelimesi de betimleyici değildir; zira diş macununun çeşidi, kalitesi veya temel bir özelliği ile ilgili değildir. Diş macunu esasen beyaz renginden ziyade nane yeşili, yeşil, açık veya açık mavi, sarı ve pembe veya hatta söz konusu renklerin kombinasyonu gibi farklı renklerde piyasaya sunulmaktadır. Aynı

gerekçe ağız çalkalama suyu için de geçerlidir; zira söz konusu ürün de genel olarak mavi, portakal rengi, kırmızı veya yeşil rengindeki açık, şeffaf bir sıvı biçiminde piyasaya sunulmaktadır. Son olarak, davacı, Temyiz Kurulu tarafından belirtilenin aksine, “white” (beyaz) kelimesinin, dişlerin beyazlığı ile olan ilgisi ve ağız temiz ve sıhhi tutulması açısından, hiçbir diş macununa yönelik olarak arzu edilen bir etkisinin olmadığını ifade etmektedir, zira sağlıklı dişler dahi beyaz olmaktan ziyade fildişi rengi doğal görünümündedir.

16) İkinci olarak, davacı, “visible white” (görünür beyaz) ibaresinin bir bütün olarak betimleyici olduğunu kabul etmemektedir.

17) Davacı, beyan ve iddialarında, Temyiz Kurulunun “visible” (görünür) ve “white” (beyaz) kelimelerinin farklı bir biçimde yan yana bulunduğunu hesaba katmadığını, bu hususu atladığını ifade etmiştir.

18) Temyiz Kurulunun “beyaz” kelimesinin hem bir isim hem de bir sıfat olarak kullanılmasının gramer açısından doğru olduğunu belirtirken, “görünür” kelimesinin betimleyici bir özelliğinin bulunduğunu tartıştığı zaman, bunu bir sıfat olarak kabul ettiğini davacı ifade etmekte, bu sebeple Temyiz Kurulunun gerekçelendirmesinde tutarlı olmadığını belirtmektedir.

19) Davacıya göre, konuya sözdizimsel bir bakış açısıyla yaklaşıldığında, “beyaz” kelimesinin diş macunu veya ağız çalkalama suyu ile ilgili olacak şekilde bir isim olarak kullanımı ender ve olağan dışıdır.

20) Bu doğrultuda, “görünür beyaz” kombinasyonu, kelimelerin şaşırtıcı ve olağan dışı bir biçimde bir araya getirilmesi ve sözcüksel bir buluş olup, bu kullanım ilgili kesimin –İngilizce konuşan tüketici topluluğunun- ortak konuşma tarzının bir parçası olmadığı gibi gerçek dışı ve saçma bir ifadedir.

21) Davacı ayrıca, “görünür” ve “beyaz” kelimelerinin kombinasyonunun, rengi “görünür” olarak tanımladığı için laf kalabalığı yarattığını da iddia etmektedir. GÖRÜNÜR BEYAZ ibaresi, “beyaz” rengi, “görünür” kelimesinin tanımlanması ile oluştuğu için gereksiz yere tekrarlama yapmaktan ibarettir.

22) Söz konusu laf kalabalığı, “görünür beyaz” ibaresini belirli olarak ayırt edici ve hatta gizemli yapan ve “görülebilir durumda olan beyaz” mesajını veren hayal ürünü ve düşsel bir öge ile eş anlamlıdır. Söz konusu kombinasyonun soyut ve anlaşılmaz (belirsiz) anlamı herhangi belirli bir ürün ile ilişkilendirilemez.

23) Davacı, ayrıca “görünür beyaz” ibaresinin hedef kitlenin itiraz edilen marka ile söz konusu ürünleri derhal ve daha fazla düşünmeden ilişkilendirdiğini göstermediğini iddia etmektedir. İbare, hatırlatıcı ve anlam verici bir konsept oluşturmaktan ziyade açık bir anlama sahip değildir.

24) Somut olayda, davacıya göre, tüketici “görünür beyaz” ibaresinin gerçekten ne anlama geldiğini anlamak için çaba sarf etmek zorundadır; zira söz konusu ibare, sadece beyaz renginin kendisinin “görünür” olduğunu akla getirmektedir.

25) Davacı, “görünür beyaz” ibaresinin kesin bir anlamı olmadığı için, marka ile söz konusu ürünler arasında söz konusu ürünlerin muhtemel kullanımı ve potansiyel etkileri açısından herhangi bir ilişkinin kurulması için söz konusu ürünler (diş macunu ve ağız çalkalama suyu) ile ilgili olarak ancak bir düşünceler ve değerlendirilmeler zinciri oluşturulmasının zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Kelimelerin söz konusu kombinasyonu, bir ürünün potansiyel etkisini ima edebilir, bu önemsiz bir olaydır zira bu, 40/94 sayılı Yönetmeliğin amaçları kapsamında marka ile ürünün kendisi arasında doğrudan bir bağlantı kurmak için yeterli değildir.

26) Nihayet, davacı, itiraz edilen kararda, “görünür beyaz” ibaresinin diş macunu ve ağız çalkalama suyu ile ilgili doğrudan ayırt edici karakterinin sebeplerinin belirtilmediğine dikkat çekmektedir. Sebeplerin belirtilmesi son derece gereklidir; zira benzer kelime kombinasyonları, İngilizce konuşan kesim açısından, örneğin Birleşik Krallık’ta bir Topluluk Markası olarak tescil edilmesi amacıyla ile ilgili olarak değerlendirildiği zaman bunların tescile elverişli olduğunun ispatlanması zorunludur.

27) İkinci bir iddia olarak, davacı, Temyiz Kurulunun GÖRÜNÜR BEYAZ markasının ayırt edici herhangi bir özellikten yoksun olduğu yönündeki değerlendirmesine, böyle bir karakteri olduğunu iddia ederek karşı çıkmaktadır.

28) OHIM, itiraz edilen kararda, Temyiz Kurulu tarafından benimsenen yaklaşımı desteklemekte ve davacının iddialarının temelsiz olduğunu ifade etmektedir.

Mahkemenin Tespitleri

29) 49/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) maddesi altında, ticarete, cinsin, niteliğin, niceliğin, niyet edilen amacın, değer, coğrafi kaynağının veya ürünlerin üretildiği veya hizmetin yerine getirildiği zamanın veya ürün veya hizmetlerin diğer özelliklerinin belirlenmesinde münhasıran işaretler veya imlerden oluşan markaların tescillerinin reddedileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (2) maddesi, bir numaralı paragrafın, tescil edilemezlik sebeplerinin sadece Topluluğun bir kesiminde geçerli olduğuna bakılmaksızın uygulanacağını belirtmektedir.

30) Yerleşik içtihatlar göre, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) maddesi, bu kapsamdaki işaret ve imlerin marka olarak tescil edildikleri için, yalnızca bir işletmeye bırakılmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla, söz konusu hüküm, bunun gibi işaret ve imlerin herkes tarafından serbestçe kullanılmasını gerekli kılan, kamu yararına yönelik bir amaç gütmektedir. (bkz Dava T-334/03 *Deutsche Post EURO EXPRESS -- OHIM (EUROPREMIUM)* [2005] ECR II-65, paragraf 23 ve alıntı yapılan içtihat).

31) Buna ek olarak, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) maddesi kapsamındaki işaretler, bir markanın esas işlevini yerine getirmesi mümkün olmayan, buna muktedir olmayan işaretlerdir, şöyle ki, ürün ve hizmetlerin ticari kaynağını tanımlama ve böylelikle ürün veya hizmeti iktisap eden müşteriye geçmişteki tecrübeleri çerçevesinde olumlu veya olumsuz hareket etmesini, alma veya almama yönündeki tercihini bu çerçevede kullanması imkânını vermektен yoksundurlar. (Dava T-219/00 *Ellos --- OHIM (ELLOS)* [2002] ECR II-753, paragraf 28).

32) 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) maddesi kapsamındaki işaret ve imler, tüketicinin bakış açısına göre, tescili talep edilen işaret veya imler ile ilgili ürün veya hizmetlerin normal kullanımına hizmet edebilen ve bunların esaslı özelliklerinin belirlenmesi ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili olan işaret ve imlerdir. (Dava C-383/99 P *Procter & Gamble --- OHIM* [2001] ECR I-6251, paragraf 39).

33) Bu doğrultuda, bir işaretin ayırt ediciliği, sadece ilgili ürün veya hizmetlere ilişkin olarak ve belirli bir ilgili kesim tarafından anlaşıldığı şekilde değerlendirilebilir (bkz yukarıda alıntı yapılan *EUROPREMIUM*, paragraf 26 ve alıntı yapılan içtihat).

34) Nihayet, bir kelime işaretinin tescili, şayet mevcut anlamlarından en az bir tanesi ilgili ürün veya hizmetlerin bir özelliğini tanımladığı (belirlediği) takdirde reddedilmezdir (Dava C-191/01 P *OHIM - Wrigley* [2003] ECR I-12447, paragraf 32 ve Dava C-326/01 P *Telefon & Buch - OHIM* [2004] ECR I-1371'daki hüküm, paragraf 28).

35) Somut olayda, markanın tescil edildiği ürünler halkın kullanımına yönelik ve Nice Anlaşmasının 3ncü sınıfına dâhil olan diş macunu ve ağız çalkalama suyudur.

36) Dahası, söz konusu kelime işareti iki adet İngilizce kelimeden oluştuğu için, Temyiz Kurulu, sadece İngilizce konuşan kesim açısından her hangi bir ret sebebi bulunup bulunmadığını göz önünde bulundurmıştır. Nitekim, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (2) maddesi tahtında, mutlak ret sebebi kapsamında değerlendirmesi ve incelenmesi gereken kesim, İngilizce konuşan orta seviyedeki (vasat) kesimdir. (bkz, bu kapsamda, *ELLOS*, paragraf 31 ve *EUROPREMIUM*, paragraf 28).

37) “Görünür beyaz” ibaresinin anlamına gelince; itiraz edilen kararın 22nci ve 23ncü paragrafları, söz konusu ibarenin sık kullanılan iki adet İngilizce kelimeden oluştuğunu ve anlamlarının herhangi bir açıklama gerektirmeyecek biçimde yeterli derecede açık olduğunu işaret etmektedir. Temyiz Kurulunun itiraz edilen kararının 24ncü paragrafı uyarınca, söz konusu ibare bu şekilde bir bütün olarak yaratılmış ve düşünülmekte olup, ilgili kesim tarafından ilgili ürünlerin ayırt edici bir referansı veya esaslı özelliği olarak kolayca anlaşılacaktır.

38) Bu doğrultuda, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) maddesinin amaçları kapsamında, ilgili kesimin bakış açısı çerçevesinde, “görünür beyaz” ibaresi ile tescil kapsamındaki ürünler arasındaki yeterli bir biçimde doğrudan ve spesifik bir ilişkinin olup olmadığının göz önünde bulundurulması gereklidir. (Dava T-222/02 *HERON Robotunits --- OHIM (ROBOTUNITS)* [2003] ECR II-4995, paragraf 38).

39) Bu münasebetle, ilk olarak, “görünür” kelimesi, Temyiz Kurulunun itiraz edilen kararının 23ncü paragrafında doğru bir şekilde bu meyanda “gözle algılanabilen; akılla algılanabilen; açık” anlamında İngilizce dilindeki bir sıfat olarak değerlendirilmiştir.

40) Bu münasebetle, markanın tescilli olduğu, Nice Anlaşmasının 3ncü sınıfına dâhil olan ürünler olan diş macunu ve ağız çalkalama suyu ile ilgili olarak, Mahkeme tarafından “görünür” kelimesinin ilgili ürünlerin etkilerinin tüketiciler ve etra-

findaki insanlar tarafından görülmesinin mümkün olduğunun bildirilmesi, onların bu durumdan haberdar edilmesi amacıyla kullanıldığı tespit edilmektedir. Devamla, Mahkeme “görünür” kelimesinin ayırt edici olduğu sonucunu çıkartmaktadır.

41) “Beyaz” kelimesine dönüldüğünde ise, Temyiz Kurulu tarafından itiraz konusu kararında doğru bir biçimde ifade edildiği üzere, söz konusu kelimenin rengi işaret eden bir sıfat veya bir şeyin beyaz veya açık renkli bir parçasını simgeleyen bir isim olarak kullanılması mümkündür.

42) Dahası, genel olarak kabul gördüğü üzere, tüketiciler, beyaz veya mümkün olduğu kadar beyaz olan dişlerle gülümsemeyi arzu etmektedirler. Bu husus sadece diş macunları değil, ağız çalkalama suları ile de ilgili olup, özellikle beyazlatıcı içerdikleri ve oral hijyen amacıyla kullanıldığı takdirde, dişlerin beyazlamasına hizmet etmektedirler. Devamla, Mahkeme “beyaz” kelimesinin ayırt edici olduğu sonucunu çıkartmaktadır.

43) Nitekim, “görünür” ve “beyaz” kelimeleri, ilgili kesimin ilgili ürünlerin temel özelliklerini anında ve başkaca bir araştırma yapmaya gerek olmaksızın, başka bir ifadeyle ürünlerin kullanımlarının beyaz renkli dişleri görünür yaptığını algılamalarına imkân vermektedir.

44) Ancak söz konusu kelime işareti birden fazla öğeden oluşmakta olduğundan, bileşenlerinin sahip olduğu ayırt edici niteliğin aynı zamanda kelime işaretinin bütünü için de geçerli olup olmadığının da araştırılması ve tespit edilmesi gereklidir. (Dava T-19/04 *Metso Paper Automation --- OHIM (PAPERLAB)* [2005] ECR II-2383, paragraf 26).

45) Somut olayda, Mahkeme, ilk olarak, “görünür” sıfatının İngilizce söz dizimine uygun biçimde “beyaz” kelimesinin önüne yerleştirildiğini, böylelikle iki kelimenin ilişkilendirilmesinin yapısal olarak olağan dışı olmadığını tespit etmektedir. (bkz, bu kapsamda, *ROBOTUNITS*, paragraf 39) ve bunun aksine, söz konusu iki kelimenin ilişkilendirilmesi, ilgili ürünlerin belirlenmesi veya temel özelliklerinden bir tanesinin gösterilmesi açısından İngiliz diline yabancı olmayan bir ifade tarzı yaratmakta olup, başka bir ifadeyle, söz konusu ürünlerin dişlerin beyaz renginin görünür yaptığını belirtmektedir (bkz paragraf 43).

46) Temyiz Kurulu, böylece, itiraz konusu kararının 26ncı paragrafında yer alan söz konusu ibarenin ilgili müşteriler nezdinde ilgili ürünlerin amaçlanan kullanım ve özelliklerini derhal ve açık bir biçimde çağrıştırdığı şeklindeki tespitlerinde haklıdır.

47) Devamla, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, GÖRÜNÜR BEYAZ ibaresi söz konusu markanın kapsadığı ürünler ile yeterli bir biçimde doğrudan ve özellikli bir ilişkiye sahiptir.

48) Benzer işaretlerin belirli ürünler için tescil edildiği ve bu durumun bir çelişki yarattığına ilişkin itiraza gelince, Mahkeme, yerleşik içtihatlarla göre, bir işaretin Topluluk Markası olarak tescil edilebilirliğinin, OHIM’in Mahkeme huzurundaki

derdest adli kovuşturmaların konusunu teşkil etmeyen kurum ve kuruluşlar hakkındaki daha eski hükümlerine göre değil, Topluluk Mahkemesi tarafından da yorumlandığı şekilde, sadece 40/94 sayılı Yönetmelik kapsamında değerlendirilmesinin gerekli olduğu konusunda dikkat çekmektedir. (bkz Dava T-339/05 *MacLean-Fogg --- OHIM (LOKTHREAD)*, 12 Haziran 2007 tarihli karar, Avrupa Mahkemeleri Kararları Dergisinde yayınlanmamıştır, paragraf 56 ve alıntı yapılan içtihat).

49) Yukarıdakilerin ışığında, Mahkeme, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (c) sayılı maddesinin ihlal edildiği yönündeki ilk itiraz sebebinin reddedilmesi gerektiği düşüncesindedir.

50) Bu koşullar altında, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) (b) maddesinin ihlal edildiğine yönelik ikinci iddianın göz önünde bulundurulması gerekli değildir. Yerleşik içtihadı göre, 40/94 sayılı Yönetmeliğin 7 (1) maddesinde listelenen mutlak ret sebeplerinden bir tanesinin dava konusu ibarenin bir Topluluk Markası olarak tescil edilmesinin mümkün olmadığını gerektirmesi yeterlidir. (Dava C-104/00 P *DKV --- OHMI* [2002] ECR I-7561, paragraf 29; Dava T-28/06 *RheinfelsQuellen H. Hövelmann --- OHIM (VOM URSPRUNG HER VOLLKOMMEN)* [2007] ECR I-0000, paragraf 43).

51) Dava bu doğrultuda reddedilmelidir.

Masraflar

52) İlk Derece Mahkemelerinin Yargılama Usulü Hakkındaki Kanunun 87 (2) maddesi tahtında, davayı kaybeden taraf, davayı kazanan tarafın iddialarına karşı dava açmışsa masrafları ödemeye mahkûm edilmektedir. Davacı davayı kaybettiği için, OHIM'in talepleri çerçevesinde masrafların ödenmesine hükmedilmesi gerekmektedir.

İLK DERECE MAHKEMESİ (Altıncı Daire)

İşbu kararı ile:

- 1. Davayı reddetmekte;**
- 2. Colgate-Palmolive Şirketinin masrafları ödemesine hükmetmektedir**

Meij	Vadapalas	Labucka
------	-----------	---------

Lüksemburg'da 9 Aralık 2008 tarihinde yapılan açık yargılamada verilmiştir.

[İmzalar]

**JUDGEMENT OF THE COURT OF FIRST INSTANCE
(Sixth Chamber)
9 December 2008***

IMPORTANT LEGAL NOTICE - The information on this site is subject to a disclaimer and a copyright notice.

(Community trade mark – Invalidity proceedings – Community word mark VISIBLE WHITE – Absolute ground for refusal – Descriptive character – Article 7(1) (c) of Regulation (EC) No 40/94)

In Case T-136/07,

Colgate-Palmolive Co., established in New York, New York (United States), represented by M. Zintler, H. Harmeling and K.-U. Plath, lawyers,
applicant,

v

Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM), represented by A. Folliard-Monguiral, acting as Agent,
defendant,

the other party to the proceedings before the Board of Appeal of OHIM being

CMS Hasche Sigle, established in Cologne (Germany),

ACTION brought against the decision of the Fourth Board of Appeal of OHIM of 15 February 2007 (Case R 165/2005-4) relating to invalidity proceedings between CMS Hasche Sigle and Colgate-Palmolive Co.,

THE COURT OF FIRST INSTANCE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
(Sixth Chamber),

composed of A.W.H. Meij, President, V. Vadapalas (Rapporteur) and I. Labucka,
Judges,

Registrar: N. Rosner, Administrator,

* Language of the case: English.

having regard to the application lodged at the Registry of the Court of First Instance on 30 April 2007,

having regard to the response lodged at the Court Registry on 24 July 2007,

having regard to the altered composition of the Chambers of the Court of First Instance,

having regard to the designation of another judge to complete the Chamber as one of its members was prevented from attending,

further to the hearing on 6 June 2008,

gives the following

Judgment

Background to the dispute

- 1 On 20 April 1998, the applicant, Colgate-Palmolive Co., filed an application with the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM) for registration of a Community trade mark under Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1), as amended.
- 2 The mark in respect of which registration was sought is the word sign VISIBLE WHITE.
- 3 The goods in respect of which registration was applied for fall within Class 3 of the Nice Agreement Concerning the International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks of 15 June 1957, as revised and amended ('the Nice Agreement'), and correspond to the following description: 'Toothpaste and mouthwash'.
- 4 On 3 November 1999, the word sign VISIBLE WHITE was registered as a Community trade mark.
- 5 On 8 October 2003, CMS Hasche Sigle applied for a declaration that that Community trade mark is invalid, claiming that it had been registered in breach of Article 7(1)(b) and (c) of Regulation No 40/94, since it was non-distinctive and descriptive.
- 6 On 10 December 2004, the Cancellation Division dismissed the application for a declaration of invalidity on the basis that the juxtaposition of the words 'visible' and 'white' differed from the grammatically correct expressions used by the English-speaking public to describe the results from using, or the intended purpose of, the goods in question.
- 7 On 4 February 2005, CMS Hasche Sigle filed notice of appeal against the decision of the Cancellation Division.

8 By decision of 15 February 2007, the Fourth Board of Appeal allowed the appeal and annulled the decision of the Cancellation Division, pursuant to Article 51(1)(a) of Regulation No 40/94 ('the contested decision'). It essentially held that the contested trade mark was descriptive of the goods for which it had been registered, in breach of Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94. It considered that the elements 'visible' and 'white' were individually descriptive, and that the combination of the two words was also descriptive in that it would be understood as a descriptive reference to the desirable result of using the toothpaste or mouthwash. The Board of Appeal also stated that the contested trade mark's lack of distinctive character, within the meaning of Article 7(1)(b) of Regulation No 40/94, derived from the descriptive nature of that mark.

Forms of order sought

9 The applicant claims that the Court should:

- annul the contested decision;
- order OHIM to pay the costs.

10 OHIM contends that the Court should:

- dismiss the action;
- order the applicant to pay the costs.

Law

11 The applicant relies on two pleas in law, alleging infringement of Article 7(1)(c) and of Article 7(1)(b) of Regulation No 40/94.

Arguments of the parties

12 With regard to the first plea, alleging infringement of Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94, the applicant submits that the trade mark in question, considered as a whole and per se, is by no means descriptive of the goods falling within Class 3.

13 First, it challenges the Board of Appeal's finding that the adjective 'visible' and the noun 'white' are descriptive of toothpaste and mouthwash.

14 The word 'visible' is not descriptive, as it does not refer to the intended purpose of toothpaste. The reason why toothpaste is used by the consumer is not to be visible, but to clean teeth and gums and keep them healthy. Similarly, the intended purpose of a mouthwash is not to be visible, but to fight bad breath and to keep teeth, gums and mouth hygienic.

15 Nor is the word 'white' descriptive, since it does not refer to the kind, or the quality or an essential characteristic of toothpaste. Toothpaste is not primarily white but rather comes in all different colours, such as mint, green, clear or

light blue, yellow and pink, or even a combination of those colours. The same reasoning applies to mouthwash, which is generally presented in the form of a clear, transparent liquid which is blue, orange, red or green in colour. Lastly, the applicant submits that, contrary to what was stated by the Board of Appeal, the word ‘white’, by its reference to the whiteness of teeth, does not designate a desirable effect either of toothpaste – since even healthy teeth are never white but rather a natural shade of ivory – or of mouthwash, the purpose of which is to keep the mouth fresh and hygienic.

- 16 Secondly, the applicant denies that the expression ‘visible white’ as a whole is descriptive.
- 17 In the applicant’s submission, the Board of Appeal omitted to take into account the unusual juxtaposition of the words ‘visible’ and ‘white’.
- 18 The applicant observes that the Board of Appeal is inconsistent in its reasoning, where it holds that the word ‘visible’ is used as an adjective, when arguing that it is descriptive, whilst the word ‘white’ can be used grammatically correctly both as an adjective and as a noun.
- 19 According to the applicant, from a syntactical point of view, the use of the word ‘white’ as a noun to refer to toothpaste or mouthwash is rare and remarkable.
- 20 Accordingly, the combination ‘visible white’ is a surprising and unusual juxtaposition of words and a lexical invention that is not part of common parlance for the relevant public – the English-speaking consumer – and is a nonsense expression, and as such fanciful.
- 21 The applicant also argues that the combination of the words ‘visible’ and ‘white’ creates a pleonasm, since it describes the colour as ‘visible’. The sign VISIBLE WHITE is also tautologous since the colour ‘white’ is by definition ‘visible’.
- 22 That pleonasm amounts to an imaginative, fanciful element which renders the expression ‘visible white’ particularly distinctive and even mysterious, giving the message: ‘a white that can be seen’. The vague, abstract meaning of that combination cannot be associated with any specific goods.
- 23 The applicant also argues that the expression ‘visible white’ does not show that the target public immediately and without further reflection associates the contested mark with the goods in question. The expression does not have an obvious meaning but rather constitutes a suggestive concept.
- 24 In the present case, according to the applicant, the consumer has to make an effort in order to find out what ‘visible white’ could actually mean, since the expression suggests only that the colour white is itself ‘visible’.
- 25 The applicant observes that as the expression ‘visible white’ has no obvious meaning, any relationship between that trade mark and the goods in question

has to be established by operating a chain of considerations as to the goods (toothpaste and mouthwash), their possible use and potential effects. The mere fact that the combination of words may allude to a potential effect of a product is not sufficient to establish a direct link between the trade mark and the product itself for the purposes of Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94.

26 Lastly, the applicant notes that reasons are not given in the contested decision for its conclusions regarding the direct descriptive character of ‘visible white’ in relation to toothpaste and mouthwash. Reasons would have been all the more necessary, since similar combinations of words have proved to be eligible for registration when assessed in relation to an English-speaking public, for example, with a view to their registration in the United Kingdom or as Community trade marks.

27 In a second plea, the applicant challenges the Board of Appeal’s assessment that the mark VISIBLE WHITE is devoid of any distinctive character, arguing that it does have such a character.

28 OHIM supports the approach adopted by the Board of Appeal in the contested decision and submits that the applicant’s arguments are unfounded.

Findings of the Court

29 Under Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94, registration is to be refused for ‘trade marks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin or the time of production of the goods or of rendering of the service, or other characteristics of the goods or service’. Furthermore, Article 7(2) of Regulation No 40/94 states that ‘paragraph 1 shall apply notwithstanding that the grounds of non-registrability obtain in only part of the Community’.

30 According to settled case-law, Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94 prohibits the signs and indications referred to therein from being reserved to one undertaking alone because they have been registered as trade marks. That provision therefore pursues an aim in the public interest, which requires that such signs and indications may be freely used by all (see Case T-334/03 *Deutsche Post EURO EXPRESS v OHIM (EUROPREMIUM)* [2005] ECR II-65, paragraph 23, and case-law cited).

31 Furthermore, the signs referred to by Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94 are signs regarded as incapable of performing the essential function of a trade mark, namely that of identifying the commercial origin of the goods or services, thus enabling the consumer who acquired the product or service to repeat the experience, if it proves to be positive, or to avoid it, if it proves to be negative, on the occasion of a subsequent acquisition (Case T-219/00 *Ellos v OHIM (ELLOS)* [2002] ECR II-753, paragraph 28).

- 32 The signs and indications referred to in Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94 are those which may serve in normal usage from a consumer's point of view to designate, either directly or by reference to one of their essential characteristics, the goods or services in respect of which registration is sought (Case C-383/99 P *Procter & Gamble v OHIM* [2001] ECR I-6251, paragraph 39).
- 33 Accordingly, a sign's descriptiveness can only be assessed by reference to the goods or services concerned and to the way in which it is understood by a specific intended public (see *EUROPREMIUM*, cited above, paragraph 26, and case-law cited).
- 34 Lastly, it should be borne in mind that a word sign must be refused registration if at least one of its possible meanings designates a characteristic of the goods or services concerned (Case C-191/01 P *OHIM v Wrigley* [2003] ECR I-12447, paragraph 32, and order in Case C-326/01 P *Telefon & Buch v OHIM* [2004] ECR I-1371, paragraph 28).
- 35 In the present case, the goods for which the mark was registered are toothpaste and mouthwash within Class 3 of the Nice Agreement, which are intended for the general public.
- 36 Moreover, since the word sign at issue is composed of two English words, the Board of Appeal considered whether there was a ground for refusal only in relation to the English-speaking public. Thus, under Article 7(2) of Regulation No 40/94, the relevant public in relation to which the absolute ground for refusal should be assessed is average English-speaking consumers (see, to that effect, *ELLOS*, paragraph 31, and *EUROPREMIUM*, paragraph 28).
- 37 As to the meaning of the word element 'visible white', paragraphs 22 and 23 of the contested decision indicate that that sign is composed of two commonplace English words, the meaning of which is sufficiently clear for no explanation to be required. According to the Board of Appeal in paragraph 24 of the contested decision, the word element thus created, considered as a whole, will be readily understood by the relevant public as a descriptive reference to the goods concerned or their essential characteristics.
- 38 Accordingly, for the purposes of Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94 it is necessary to consider whether, from the point of view of the relevant public, there is a sufficiently direct and specific association between the word element 'visible white' and the goods in respect of which the mark was registered (Case T-222/02 *HERON Robotunits v OHIM (ROBOTUNITS)* [2003] ECR II-4995, paragraph 38).
- 39 As regards, first, the word 'visible', it is clear, as rightly observed by the Board of Appeal in paragraph 23 of the contested decision, that it is an English adjective meaning inter alia 'capable of being perceived by the eye; capable of being

perceived by the mind; evident’.

- 40 As regards the goods in Class 3 of the Nice Agreement for which the mark was registered, toothpaste and mouthwash, the Court finds that the word ‘visible’ is intended to inform consumers that the effects of the goods concerned can be seen by those consumers and the people around them. It follows that the word ‘visible’ is descriptive.
- 41 Turning next to the word ‘white’, as rightly noted by the Board of Appeal in paragraph 23 of the contested decision, it can be used as an adjective, indicating colour, or as a noun, denoting the white or light-coloured part of something.
- 42 It is, moreover, generally acknowledged that consumers seek to have a smile with teeth which are white, or as close as possible to white. Not only toothpaste but also mouthwash, especially when it contains whiteners, may serve to whiten teeth, when used in oral hygiene. It follows that the word ‘white’ is descriptive.
- 43 Thus, the words ‘visible’ and ‘white’ allow the public concerned to detect immediately and without further reflection the description of a fundamental characteristic of the goods concerned, namely that their use makes the white colour of teeth visible.
- 44 Since the word mark at issue is composed of a number of elements, however, it is necessary to ascertain whether the descriptive character which the components have been found to have is also established for the word element as a whole (Case T-19/04 *Metso Paper Automation v OHIM (PAPERLAB)* [2005] ECR II-2383, paragraph 26).
- 45 In the present case, the Court finds, first, that the adjective ‘visible’ is placed before the word ‘white’, in keeping with English syntax, so that the association of the two words is not unusual in its structure (see, to that effect, *ROBOTUNITS*, paragraph 39) and, on the contrary, makes up a familiar expression in English for designating the goods concerned or presenting one of their essential characteristics, namely the fact that they make the white colour of teeth visible (see paragraph 43).
- 46 The Board of Appeal was thus right in finding, in paragraph 26 of the contested decision, that the expression in question informs the relevant consumer, clearly and immediately, of the intended use and characteristics of the goods concerned.
- 47 It follows that, viewed as a whole, the sign VISIBLE WHITE does have a sufficiently direct and specific relationship with the goods covered by the mark at issue.
- 48 As regards the argument alleging a contradiction resulting from the fact that similar signs have been registered for certain goods, the Court notes that, according

to settled case-law, the registrability of a sign as a Community trade mark must be assessed solely on the basis of Regulation No 40/94, as interpreted by the Community judicature, and not on the basis of earlier decisions of the OHIM adjudicating bodies which are not the subject-matter of the present proceedings before the Court (see Case T-339/05 *MacLean-Fogg v OHIM (LOKTHREAD)*, judgment of 12 June 2007, not published in the ECR, paragraph 56, and case-law cited).

49 In the light of the foregoing, the Court finds that the first plea, alleging infringement of Article 7(1)(c) of Regulation No 40/94, must be rejected.

50 In those circumstances, it is not necessary to consider the second plea, alleging infringement of Article 7(1)(b) of Regulation No 40/94. According to settled case-law, it is sufficient that one of the absolute grounds for refusal listed in Article 7(1) of Regulation No 40/94 applies for the sign at issue not to be registrable as a Community trade mark (Case C-104/00 P *DKV v OHMI* [2002] ECR I-7561, paragraph 29; Case T-28/06 *RheinfelsQuellen H. Hövelmann v OHIM (VOM URSPRUNG HER VOLLKOMMEN)* [2007] ECR I-0000, paragraph 43).

51 The action must accordingly be dismissed.

Costs

52 Under Article 87(2) of the Rules of Procedure of the Court of First Instance, the unsuccessful party is to be ordered to pay the costs if they have been applied for in the successful party's pleadings. Since the applicant has been unsuccessful, it must be ordered to pay the costs in accordance with the form of order sought by OHIM.

On those grounds,

THE COURT OF FIRST INSTANCE (Sixth Chamber)

hereby:

1. Dismisses the action;

2

Meij

Vadapalas

Labucka

Delivered in open court in Luxembourg on 9 December 2008.

[Signatures]

Orders Colgate-Palmolive Co. to pay the costs.

YÜKSEK YARGI KARARLARI

Hazırlayanlar

Av. Ayşegül AKSAKAL
Av. Başak AYDIN
Av. Özge ÖZTÜRK
Av. Eyyüp YILDIRIM

YÜKSEK YARGI KARARLARI

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi - 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 5. maddeleri

Sanık hakkında 556 sayılı KHK'nin 61/A-c maddesi uyarınca cezalandırılması için kamu dava açılmıştır. Bu maddenin atıf yaptığı 61. maddede ise kararname hükmüyle suç tanımları düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5/1 ve 2. maddesinin birinci fıkrası gereğince; sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olduğundan, 5. maddede sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmaktadır. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nun 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. 556 Sayılı KHK'nin suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımni olarak ilga edildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 Sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır. Bununla birlikte; tescilli markalara hukuki ve cezai koruma getiren 551 Sayılı Kanundaki düzenleme TTK'nun 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun da 556 Sayılı KHK'nin değişik 82. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış bulunduğu ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır. Atılı eylem 01.01.2009 tarihinden itibaren suç olmaktan, aynı tarih itibariyle bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç konusu eşya olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle dava konusu eşyanın da iadesine karar verilmesi gerekmekte olup, bu nedenlerle mahkûmiyet hükmünün BOZULMASINA ve suç oluşturmayan atılı fiilden sanığın BERAATİNE, el konulan eşyanın sanığa İADESİNE karar verilmiştir.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi Başkanlığı
23 Şubat 2009 Esas No:2007/14317 Karar No: 2009/2264

Yurtdışında Tescilli Patent- Türkiye’de Tescil Edilmemiş Olan Buluşların Korunması -551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 133/2. maddesi – Türk Ticaret Kanunu’nun 56. maddesi

Davacı taraf, davalı şirketin ABD’de tescilli, patent hakları kendine ait olan 4400/4500 model etiketleyicileri kendilerinin rızası olmadan aynen taklit ederek, Türkiye ve Ortadoğu’ya sattığını, davalının üretim ve satışını yaptığı makinenin tasarım olarak davacı makinasının aynısı olduğunu, kendilerine ait patente konu olan buluş hakkında faydalı model başvurusunda bulunduğunu ileri sürerek, davalı eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğinin tespit ve önlenmesine, haksız rekabetin neticesi olan durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabet ve yanlış beyanların düzeltilmesine, davalının ürettiği makinelerin üretim ve satışının durdurulmasına, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK. nde Türkiye’de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. TTK.’nun haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddeleri de dikkate alındığında, tarafların iddia ve savunmaları üzerinde durularak, davalı taraf adına tescil edildiği anlaşılan faydalı modelin hükümsüzlüğü istemi ile açılan dava sonucu da gerektiğinde beklenilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hüküm bu nedenle davacı yararına bozulmuştur.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

4 Mart 2008 Esas No: 2006/11131 - Karar No: 2008/2607

Faydalı Model Belgesi- Faydalı Model Belgesi ile Korununan Buluşun Taklit Edilmesi-Faydalı Model Belgesine Tecavüz-Maddi ve Manevi Tazminat Talebi-551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 136 ve 137. Maddeleri

Faydalı model belgesinde yer alan istem veya istemlerin ve sonraki kullanım konusu olan üründe aynı işlevi aynı biçimde yapacak unsurların olup olmadığının tespit edilmesi ile buna göre faydalı model belgesinde 1 numaralı istemde korunan unsurun hayvanın dört ayak bileğine takılan halkalı kemer olduğu halde davalı üründe daha iptidai biçimde öteden beri kullanıla gelen herkes tarafından bilinen zincirlerin kullanıldığı, bu nedenle bu kullanımın faydalı model belgesine tecavüz olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

11 Şubat 2008 Esas No: 2006/14373 - Karar No: 2008/1437

4054 sayılı Rekabetin korunması hakkında kanunun 6. maddesinin a ve d bendleri

İlgili pazarda hâkim durumda olan TDİ'nin malî kaynaklarından gelen avantajıyla, Çanakkale Boğazı hatlarında yıkıcı fiyat uygulayarak rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı, hâkim durumunu kötüye kullandığı, böylece 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (d) bendlerinde belirtilen davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, TDİ'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki şikâyetin reddine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Danıştay 13. Daire Kararı

07 Ocak 2008 Esas No : 2006/2508 - Karar No : 2008/156

YARGITAY

7. Ceza Dairesi Başkanlığı

23/02/2009

Esas No:2007/14317 Karar No: 2009/2264

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi - 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 ve 5. maddeleri

Sanık hakkında 556 sayılı KHK'nin 61/A-c maddesi uyarınca cezalandırılması için kamu dava açılmıştır. Bu maddenin atıf yaptığı 61. maddede ise kararname hükmüyle suç tanımları düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5/1 ve 2. maddesinin birinci fıkrası gereğince; sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olduğundan, 5. maddede sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmaktadır. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nun 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. 556 Sayılı KHK'nin suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımnî olarak ilga edildiğinin kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 Sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır. Bununla birlikte; tescilli markalara hukuki ve cezai koruma getiren 551 Sayılı Kanundaki düzenleme TTK'nun 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun da 556 Sayılı KHK'nin değişik 82. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olduğundan ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır. Atılı eylem 01.01.2009 tarihinden itibaren suç olmaktan, aynı tarih itibarıyla bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç konusu eşya olmaktan çıkmıştır. Bu nedenle dava konusu eşyanın da iadesine karar verilmesi gerekmekte olup, bu nedenlerle mahkûmiyet hükmünün BOZULMASINA ve suç oluşturmayan atılı fiilden sanığın BERAATİNE, el konulan eşyanın sanığa İADESİNE karar verilmiştir.

5252 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi ve buna bağlı olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesinin 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi sonucu ve aynı kanunun 2. maddesi hükmü karşısında dava konusu eylemin atılı suçu oluşturup oluşturmayacağı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda sanığa atılı tescilli marka hakkına tecavüz eylemleri ve bu fiilleri işleyenlere uygulanacak yaptırımları düzenleyen mevzuat tarihsel olarak incelendiğinde;

11 Mayıs 1888 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi ile bu konuda hükümler getirildiği, 03.03.1965 tarihli 551 Sayılı Markalar Kanunu ile yeni bir düzenleme yapıldığı ve kanunun 54. maddesiyle Alamenti Farika Nizamnamesi ile ek ve değişikliklerinin yürürlükten kaldırıldığı, 24.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren ve tescilli markalarla ilgili cezai koruma hükümleri getiren 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 4128 Sayılı Kanun'la değişen 82. maddesiyle 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun yürürlükten kaldırıldığı görülmektedir.

Tescilli markaların cezai korunması konusunda ülke mevzuatımızla ilgili olarak yapılan hukuki değişikliklere işaret edildikten sonra somut olay değerlendirildiğinde:

Sanık hakkında 556 sayılı KHK'nın 61/A-c maddesi uyarınca cezalandırılması için kamu davası açılmıştır. Bu maddenin atfı yaptığı 61. maddede ise kararname hükmüyle suç tanımları düzenlenmiştir. 5252 Sayılı Yasanın geçici 1. maddesinde "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. Kitabı'nda yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır." 5237 sayılı TCK'nın 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5/1. maddesinde "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır" ve aynı kanunun genel hükümleri arasında bulunan 2. maddesinin 1.fikrasında ise "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanmaz..." hükümleri yer almaktadır.

Olayımızda sanığa atılı eylem, ceza içeren özel bir hukuk düzenlemesi olup 5. maddede sözü edilen özel ceza kanunları ya da ceza içeren kanunlar kapsamında bulunmaktadır. O halde atılı eylem, TCK'nın 2. maddesi hükmü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu duruma göre, KHK hükmüyle getirilen bu düzenleme TCK'nın 2. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine uygun bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 gün ve 2005/15 E, 2008/2 K sayılı iptal kararı gerekçesinde Kanunsuz suç ve ceza konulamayacağını, Kanun Hükmünde Kararname hükmüyle suç ve ceza getirilemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Bu durum karşısında, 5252 Sayılı Kanunun geçici birinci maddesi ile TCK'nın 2. maddesi ve 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; 556 Sayılı KHK'nin suç tanımlayan hükümlerinin tümüyle zımni olarak ilga edildiğinin (örtülü olarak yürürlükten kaldırıldığı) kabulü gerekmektedir. Bu hukuki değerlendirmeye göre atılı eylem 556 Sayılı KHK hükümleri kapsamında suç oluşturmayacaktır.

Öte yandan 556 Sayılı KHK'ye göre suç oluşturmayan eylemin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen haksız rekabet suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunun da bu noktada ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre, 1474. maddesi gereğince 01.01.1957 tarihinde yürürlüğe giren 6762 Sayılı TTK'nın 57. maddesinin 5. fıkrasında; başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, işaret gibi

tanıtma vasıtaları haklarına tecavüzün yanında, tescilli ve tescilsiz ayırımı yapmadan marka hakkına tecavüz de haksız rekabet suçu olarak tanımlanmış ve cezası 64. maddede belirtilmiştir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra 3 Mart 1965 tarihinde yürürlüğe giren 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesinde de tescil edilmiş marka hakkına tecavüz halleri ayrı ayrı tanımlanmış ve yaptırımı da 51 ve 52. maddelerde belirtilmiştir. Her iki düzenlemede de tescilli marka kullanma haklarına tecavüz halleri belirlenmekte ve yaptırıma bağlanmaktadır. Bu nedenle gerek Türk Ticaret Kanunu ve gerekse 551 Sayılı Markalar Kanunu'ndaki düzenlemeyle korunan ortak değer, marka kullanma hakkından doğan haklardır. Marka hakkına tecavüz fiillerinin unsurları her iki düzenlemede de aynıdır ve iki yasa birlikte uygulanamayacağından tam olarak oluşan yasa çatışması kuralları uyarınca sonradan yürürlüğe giren, tescilli markalara hukuki ve cezai koruma getiren 551 Sayılı Kanun'daki düzenleme TTK'nın 57/5 fıkra hükmünü tescilli markalarla sınırlı olmak üzere örtülü olarak yürürlükten kaldırmıştır. Bu kanun da (551 sayılı kanun) 556 Sayılı KHK'nin değişik 82. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış olduğundan ve yürürlükten kalkan eski düzenlemeler canlanamayacağından sanığa atılı eylem haksız rekabet suçunu da oluşturmamaktadır.

El konulan dava konusu eşyanın müsaderesi ya da iadesi konusunun değerlendirilmesine gelince: Yukarıda açıklandığı şekilde atılı eylem 01.01.2009 tarihinden itibaren suç olmaktan, aynı tarih itibariyle bu tür eylemler nedeniyle el konulan eşyalar da suç konusu eşya olmaktan çıkmıştır. İnceleme tarihi itibariyle söz konusu eşyaların bulundurulmasını bizatihi suç sayan herhangi bir yasa hükmü de bulunmamaktadır. Bu nedenle dava konusu eşyanın da iadesine karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan bu gerekçelerle,.....teyiz itirazları yerinde görüldüğünden mahkumiyet hükmünün BOZULMASINA, 5237 Sayılı TCK'nın 7/1 maddesi ve 5320 Sayılı Yasanın 8. maddesi gereğince yürürlükte bulunan 1412 Sayılı CMUK'un 322. maddesi uyarınca suç oluşturmayan atılı fiilden sanığın BERAATİNE, el konulan eşyanın sanığa İADESİNE 23. 02.2009 gününde beraat yönü ile oybirliğiyle, eşyanın iadesinde oy çokluğu ile karar verildi.

Not: Muhalefet şerhi eklenmemiştir. Eşyanın müsaderesi gerekir yönündedir.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi Başkanlığı

4 Mart 2008

Esas No: 2006/11131 - Karar No: 2008/2607

Yurtdışında Tescilli Patent- Türkiye’de Tescil Edilmemiş Olan Buluşların Korunması -551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 133/2. maddesi – Türk Ticaret Kanunu’nun 56. maddesi

Patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK’de Türkiye’de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamakta olup, TTK’nin haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddeleri de dikkate alındığında, tarafların iddia ve savunmaları üzerinde durularak, davalı taraf adına tescil edildiği anlaşılan faydalı modelin hükümsüzlüğü istemi ile açılan dava sonucu da gerektiğinde beklenilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hüküm bu nedenle davacı yararına bozulmuştur.

Karar:

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 2.Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi’nce verilen 18/04/2006 tarih ve 2004/893–2006/120 sayılı kararın Yargıtay’ca incelenmesi duruşmalı olarak davacı vekili tarafından istenmiş olmakla, duruşma için belirlenen 04.03.2008 gününde davacı avukatı geldi, davetiye tebliğine rağmen davalı vekili duruşmaya gelmediğinden, temyiz dilekçesinin de süresinde verildiği anlaşıldıktan ve duruşmada hazır bulunan davacı avukatı dinlenildikten sonra, duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakılmıştı. Dava dosyası için Tetkik Hâkimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, merkezi Minnesota’da bulunan davacının 1970’li yıllardan beri özellikle ilaç, kozmetik, gıda ürünleri için basınca duyarlı etiketleme makineleri tasarımı ve üreten, dünya lideri bir firma olduğunu, davalı şirketin ise patent hakları müvekkiline ait olan 4400/4500 model etiketleyicileri müvekkilinin rızası olmadan aynen taklit ederek, Türkiye ve Ortadoğu’ya sattığını, davalının üretim ve satışını yaptığı makinenin tasarım olarak davacı makinesinin aynısı olduğunu, davalının ayrıca bazı firmalara teklif verirken teklifinde ‘Trine 400’ ibaresini kullandığını ve sanki Trine ile bağlantısı olduğu kanısını uyandırmaya çalıştığını, öte yandan davalının, müvekkiline ait patente konu olan buluş hakkında faydalı model başvurusunda bulunduğunu ileri sürerek, davalı eyleminin haksız rekabet teşkil et-

tiğinin tespit ve önlenmesine, haksız rekabetin neticesi olan durumun ortadan kaldırılmasına, haksız rekabet ve yanlış beyanların düzeltilmesine, davalının ürettiği makinelerin üretim ve satışının durdurulmasına, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacının sahibi olduğunu iddia ettiği patentlerin ABD’de tescilli olduğunun dava dilekçesinde açıkça belirtildiğini, patentlerin korunmasında ülkellik ilkesinin geçerli olup, Türkiye’de bu hakkına dayanarak koruma isteyemeyeceğini, ayrıca müvekkilinin üretimini gerçekleştirdiği makinenin kendi tasarımı olduğunu, müvekkilince geliştirilen makineye TPE nezdinde faydalı model tescil müracaatının kabul edildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, davacı ürününün ABD’de tescilli beş adet patente konu olduğunun belirtildiği, etiketleme makineleri için davacının TPE nezdinde tescilli tasarım veya patent belgesinin bulunmadığı, o halde yalnızca ABD’de geçerli patent belgesinden doğan hakların Türkiye’de ihlalinden bahsetmenin söz konusu olamayacağı, ayrıca bu buluşun veya ürünün Türkiye’de haksız rekabet yolu ile korunmasının da talep edilemeyeceği, aksi düşüncenin TPE’ne hiçbir bedel ödemedi ve ülkemizde geçerliliği bulunmayan bir buluşa veya ürüne koruma verilmesi anlamına geleceği, bu hususun patent belgesinin sürelili olması ve 20 yıllık sürenin sonunda buluşun tüm insanlığın hizmetine sunulması ve herkesin bundan istifade etmesini sağlayan amacına ve 551 sayılı KHK. nın 133/2. maddesine aykırılık teşkil edeceği, ayrıca özel yasa düzenlemelerinin bulunduğu hallerde genel hukuk kurallarına başvurulmasının da mümkün olmadığı, kaldı ki davalının 08.09.2004 tarihinden geçerli olacak şekilde faydalı model belgesi aldığı ve haksız rekabetin bulunmadığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacı vekili, ABD’de tescil edilerek patent hakları müvekkiline ait olan makinenin davalı tarafından taklit edildiğini ve adına faydalı model başvurusunda bulunduğunu iddia etmiştir. Davalı ... Makine San ve Tic Ltd Şti 08.09.2004 tarihinde, TPE nezdinde faydalı model başvurusunda bulunmuş olup, 18.04.2006 tarihli dilekçesinde davacı vekili, davalı adına olan faydalı modelin hükümsüzlüğü istemi ile İstanbul 1.Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nde 2006/162 Esas numarası ile dava açtıklarını belirtmiştir. Mahkemece, dava konusu buluşun Türkiye’de 551 sayılı KHK gereğince davacı adına tescilli olmadığı, ayrıca değişik iş tespit dosyasında resimler üzerinden yapılan inceleme ile düzenlenen bilirkişi raporuna itibar edilemeyeceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 1.maddesine göre, 551 sayılı KHK’nin amaç ve kapsamı; buluş yapma faaliyetini özendirme, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model

belgesi vererek korumak; sınai hakkın tesisine uygun buluşlara patent veya faydalı model belgesi verilerek bunların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsamaktır. Ancak, patent ve faydalı model hakkında düzenleme getiren 551 sayılı KHK'de Türkiye'de tescil edilmemiş olan buluşların korunmayacağı yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. TTK'nin haksız rekabete ilişkin 56 vd. maddelerinin varlığı karşısında mahkemenin ilk gerekçesi, hukuka uygun bir gerekçe olarak kabul edilemez. Bu durumda mahkemece, tarafların iddia ve savunmaları üzerinde durularak, davalı taraf adına tescil edildiği anlaşılan faydalı modelin hükümsüzlüğü istemi ile açılan dava sonucu da gerektiğinde beklenilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile kararın davacı yararına **BOZULMASINA**, takdir edilen 550,00 YTL duruşma vekillik ücretinin davalıdan alınarak davacıya verilmesine, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 04.03.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi Başkanlığı

11 Şubat 2008

Esas No: 2006/14373 - Karar No: 2008/1437

Faydalı Model Belgesi- Faydalı Model Belgesi ile Korununan Buluşun Taklit Edilmesi-Faydalı Model Belgesine Tecavüz-Maddi ve Manevi Tazminat Talebi-551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 136 ve 137. Maddeleri

Faydalı model belgesinde yer alan istem veya istemlerin ve sonraki kullanım konusu olan üründe aynı işlevi aynı biçimde yapacak unsurların olup olmadığının tespit edilmesi ile buna göre faydalı model belgesinde 1 numaralı istemde korunan unsurun hayvanın dört ayak bileğine takılan halkalı kemer olduğu halde davalı ürününde daha iptidai biçimde öteden beri kullanıla gelen herkes tarafından bilinen zincirlerin kullanıldığı, bu nedenle bu kullanımın faydalı model belgesine tecavüz olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile hükmün onanmasına karar verilmiştir.

Karar:

Davacı vekili, müvekkili adına tescilli faydalı model belgesi ile koruma altına alınan buluşun davalı tarafından taklit edilerek üretilip satışa sunulduğunu, davalı eyleminin müvekkilini zarara uğrattığını ileri sürerek, 1.000,00 YTL maddi ve 5.000,00 YTL manevi tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkili tarafından üretilerek satışa sunulan ürün ile davacının faydalı model belgesine sahip buluşunun çalışma sistemlerinin farklı olduğunu ve faydalı model belgesi alınmadan daha önce üretildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, önemli olanın faydalı model belgesinde yer alan istem veya istemlerin tespiti ile sonraki kullanım konusu olan üründe aynı işlevi aynı biçimde yapacak unsurların olup olmadığının tespiti olduğu buna göre yargılama konusu faydalı model belgesinde 1 numaralı istemde korunan unsurun hayvanın dört ayak bileğine takılan halkalı kemer olduğu halde davalı ürününde daha iptidai biçimde öteden beri kullanıla gelen herkes tarafından bilinen zincirlerin kullanıldığı, bu nedenle bu kullanımın faydalı model belgesine tecavüz olarak değerlendirilemeyeceği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.

Karar, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde da-

yanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 1.80 YTL. temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 11.02.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DANIŞTAY

13. Daire Kararı

07 Ocak 2008

Esas No : 2006/2508 - Karar No : 2008/156

4054 sayılı Rekabetin korunması hakkında kanunun 6. maddesinin a ve d bendleri

İlgili pazarda hâkim durumda olan TDİ'nin mali kaynaklarından gelen avantajıyla, Çanakkale Boğazı hatlarında yıkıcı fiyat uygulayarak rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı, hâkim durumunu kötüye kullandığı, böylece 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (d) bendlerinde belirtilen davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, TDİ'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki şikâyetin reddine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

İstem Özet i : Feribot ile yolcu ve araç taşımacılığı yapan Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş. (TDİ)'nin, hâkim durumda bulunduğu Eskişehir-Topçular hattındaki teknolojik, finansal ve ticari avantajlardan yararlanarak, rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkartmak amacıyla başka bir hizmet piyasası olan Çanakkale Boğazındaki hatlarda maliyetin altında fiyat uygulamak suretiyle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin 24.01.2006 tarih ve 06-03/51-11 sayılı Rekabet Kurulu kararının; uyuşmazlık konusu olayda TDİ'nin rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkartmak amacıyla düşük fiyat uyguladığı, bu şekilde hâkim durumunu kötüye kullandığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

Savunmanın Özet i : Rekabetçi bir pazarda faaliyet gösteren teşebbüsten, rekabete kapalı pazarlardaki pazarlama ve fiyat politikalarını beklemenin mümkün olmadığı, diğer bir deyişle, TDİ'den tekel konumunda bulunduğu dönemdeki fiyat uygulamasını sürdürmesinin beklenemeyeceği, TDİ'nin savunmasında yer verdiği üzere, hatlar arasındaki arz-talep farklılıkları nedeniyle, çok yoğun çalışılan hatlarda fiyatı yüksek tutup, zarar eden hatlarda müşteri sayısını artırmak amacıyla fiyat düşürme şeklindeki bir uygulamanın, yıkıcı fiyat söz konusu değilse, 4054 sayılı Kanun'a aykırılık oluşturmayacağı, bu noktada hiçbir yıkıcı fiyat uygulamasının yıllarca sürmeyeceği, çünkü hiçbir teşebbüsün davacının belirttiği büyüklükte bir zararı göze alamayacağı, olaya davacı yönünden bakıldığında, iddiaların doğruluğu halinde, söz konusu teşebbüsün yıllar boyu maliyetin altında fiyatla faaliyet gösteren rakibinin fiyatının da altında fiyat belirlemek suretiyle, sürekli zarar etmeyi göze

alarak çalışmalarını sürdürdüğü, bu durumun rekabet hukuku ve ekonomi bilimi ve ticari hayatın işleyişi açısından gerçekçi bir yaklaşım olduğunu söylemenin mümkün olmadığı, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bakımından bir ihlâl bulunmadığı belirtilerek davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hâkiminin Düşüncesi: Dava dosyasının işlem dosyasında bulunan soruşturma raporuyla birlikte incelenmesinden; ilgili pazarda hâkim durumda olan TDİ'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (d) maddelerinde gösterilen Çanakkale Boğazı hatlarında yıkıcı fiyat uygulayarak rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırmak ve malî kaynaklarından gelen avantajıyla Çanakkale Boğazı hatlarında yıkıcı fiyat uygulamak davranışlarıyla hâkim durumunu kötüye kullandığı görülmektedir.

Bu durumda, TDİ'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki şikâyetin reddine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu işlemin iptal edilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı Emin Celâlettin ÖZKAN'ın Düşüncesi: 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanununun 3. maddesinde hâkim durum, belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmış ve Kanununun hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde de, bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş, 6. maddede kötüye kullanmanın tanımı yapılmamakla birlikte uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır.

Hâkim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasını, yani teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme veya istediği stratejiyi pazara kabul ettirme gücüne sahip olmasını ifade eder.

Dava dosyasındaki soruşturma raporunun incelenmesinden; TDİ'nin ilgili coğrafi pazarlardan Eskişehir - Topçular hattında tekel durumunda, Gelibolu - Lapseki ve Çanakkale -Eceabat hatlarında ise %60-70 oranında piyasadaki hâkim durumda bulunduğu, TDİ'nin 2002-2004 yıllarında Çanakkale - Eceabat hattında maliyetinin %27, %30 ve %27; Gelibolu -Lapseki hattında ise %30, %28 ve %25 oranlarında maliyetin altında fiyatlar belirlediği, rekabet ortamının mevcut olmadığı Eskişehir - Topçular hattında ise belirlediği yüksek fiyatlarla aşırı kâr elde ettiği, anılan yıllardaki kâr oranının sırasıyla %214, %192 ve %254 olarak gerçekleştiği, Çanakkale - Eceabat ile şikâyete konu Gelibolu - Lapseki hattında son yıllarda uy-

gulanan tarifeler itibarıyla TDİ'nin sürekli zarar ettiği, uygulanan fiyat tarifelerine bakıldığında Çanakkale Boğaz hattındaki tarifelerin 29.8.2003 tarihinden 2005 yılı başına kadar haklı bir gerekçe bulunmaksızın sürekli olarak indirildiği ve maliyetlerin altında fiyatlar uygulandığı, TDİ'nin fiyat indirimi yaparak zararına çalıştığı pazarda rakip teşebbüslerin de genel olarak zararına ya da çok düşük kârlarla çalışmak zorunda bırakıldıkları tespitlerine yer verildiği görülmektedir.

Ayrıca soruşturma raporunda, yıkıcı fiyat değerlendirmesinde ilk ortaya konan fiyat-maliyet analizlerine göre TDİ'nin, özel sektör firmalarıyla rekabet ettiği ve hâkim durumda bulunduğu Gelibolu - Lapseki ve Çanakkale - Eceabat arabalı vapur hizmetlerinde son üç yılda %30 civarında maliyetin altında aşırı düşük ve zararına fiyatlarla hizmet sunarak rakip teşebbüslerin faaliyetini zorlaştırdığı ve rekabetin gelişimine zarar verdiği, TDİ'nin kılavuzluk hizmetlerinden, liman hizmetlerinden ve Eskihisar-Topçular arası arabalı vapur hizmetlerinden elde ettiği kaynaklarla ilgili pazarda çok düşük fiyatlar dolayısıyla oluşan zararlarını sübvans ettiği saptanmıştır.

Bu itibarla, ilgili pazarda hâkim durumda olan TDİ'nin malî kaynaklarından gelen avantajıyla yıkıcı rekabeti uygulayarak rakip teşebbüsleri piyasa dışına çıkarmayı hedeflediği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yazılı rekabet ihlali fiilini işlediği sonucuna varılmaktadır.

Öte yandan, şikayetçi teşebbüsün ilgili pazarda belirlediği fiyat tarifesinin TDİ'nin fiyat tarifesinin altında olmasının, sahip olduğu feribotun TDİ'nin arabalı vapurlarına göre geri teknolojik özelliklere sahip olmasından ve müşteri tercihinin azlığından kaynaklandığı ve zararına piyasada faaliyet göstermesinin ise batık maliyetlerle piyasadaki çıkış yapma zorluğundan kaynaklandığı hususları dikkate alındığında, davacı teşebbüsün TDİ'den düşük fiyatlarla taşımacılık yapmasının TDİ'nin hâkim durumunu kötüye kullandığı gerçeğini ortadan kaldırmayacağı da kuşkusuzdur.

Belirtilen nedenlerle davacının şikayet başvurusunun reddine ilişkin Rekabet Kurulu Kararının iptaline karar verilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay 13. Dairesi'nce Tetkik Hâkimi'nin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüldü:

Dava, feribot ile yolcu ve araç taşımacılığı yapan TDİ'nin, hâkim durumda bulunduğu Eskihisar-Topçular hattındaki teknolojik, finansal ve ticari avantajlardan yararlanarak, rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkartmak amacıyla başka bir hizmet piyasası olan Çanakkale Boğazı'ndaki hatlarda maliyetin altında fiyat uygulamak suretiyle 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlâl ettiğinden bahisle yapılan şikâyetin reddine ilişkin 24.01.2006 tarih ve 06-03/51-11 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptali istemiyle açılmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum,

belirli bir piyasadaki bir veya birden fazla teşebbüsün, rakipleri ve müşterilerinden bağımsız hareket ederek fiyat, arz, üretim ve dağıtım miktarı gibi ekonomik parametreleri belirleyebilme gücü olarak tanımlanmış ve Kanun'un hâkim durumun kötüye kullanılmasını yasaklayan 6. maddesinde de bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyahasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması halinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtilmiş 6. maddede kötüye kullanmanın tanımı yapılmamış, uygulamada sık rastlanılan kötüye kullanma halleri örneklemek suretiyle sayılmıştır.

Bunlar;

- a) Ticari faaliyet alanına başka bir teşebbüsün girmesine doğrudan veya dolaylı olarak engel olunması ya da rakiplerin piyasadaki faaliyetlerinin zorlaştırılmasını amaçlayan eylemler,
- b) Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması,
- c) Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasını veya aracı teşebbüsler durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın veya hizmetin, diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanması ya da satın alınan bir malın belirli bir fiyatın altında satılmaması gibi tekrar satış halinde alım satım şartlarına ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- d) Belirli bir piyasadaki hâkimiyetin yaratmış olduğu finansal, teknolojik ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir mal veya hizmet piyahasındaki rekabet koşullarını bozmayı amaçlayan eylemler,
- e) Tüketicinin zararına olarak üretimin, pazarlamanın ya da teknik gelişmenin kısıtlanması” olarak sıralanmıştır.

Yasaya ve öğretiyeye göre hâkim durum, bir ya da birden fazla teşebbüsün pazarda güçlü bir konumda bulunmasını, yani teşebbüsün pazarda rekabeti önleme veya serbestçe davranabilme ya da istediği stratejiyi pazara kabul ettirme gücüne sahip olmasını ifade etmektedir.

Dava dosyasının incelenmesinden; feribot ile yolcu ve araç taşımacılığı yapan TDİ'nin hâkim durumda bulunduğu Eskişehir-Topçular hattındaki teknolojik, finansal ve ticari avantajlardan yararlanarak başka bir hizmet piyasası olan Çanakkale Boğazı'ndaki hatlarda maliyetin altında fiyat uyguladığı iddiasıyla yapılan şikâyeti değerlendiren Rekabet Kurulu tarafından ilgili ürün pazarının, feribot ile arabalı vapurlarıyla yolcu taşımacılığı hizmeti pazarı olarak tespit edildiği, ilgili coğrafi pazar konusunda ise, birbirine ikâme oluşturan ve Çanakkale Boğazı'nda karşılıklı kıyıları arası ulaşımı sağlayan Çanakkale-Eceabat ve Gelibolu-Lapseki arası feribot ve arabalı vapur hatlarının bulunduğu Çanakkale Boğazı bölgesinin, Gökçeada'nın

ana karaya ulaşım bağlantısını sağlayan hatlardan Kabatepe-Gökçeada hattının ve Eskihisar-Topçular hattının ilgili coğrafi pazarlar olarak değerlendirildiği, soruşturmada TDI'ye ilişkin iddiaların, bir pazardaki hâkim durumun diğer pazarda yıkıcı fiyat uygulama suretiyle kötüye kullanılması ve rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı eylemler olarak özetlenebileceği, ilgili coğrafi pazarlardan Eskihisar-Topçular ve Kabatepe-Gökçeada hattında TDI'nin tek teşebbüs olarak faaliyetlerini yürüttüğü, soruşturmanın ana konusunu oluşturan Çanakkale Boğazı hatlarında ise yaklaşık %70 oranındaki pazar payı ile tartışmasız hâkim durumda bulunduğu, dosyada mevcut bilgilerden, TDI'nin Eskihisar-Topçular hattı ile Çanakkale Boğazı hatlarında farklı fiyat politikaları uyguladığının anlaşıldığı, bununla birlikte, söz konusu fiyat farklılığının tek başına TDI'nin rakiplerine yıkıcı fiyat uyguladığının göstergesi olamayacağı, bu çerçevede, dört yıl süren iddia konusu uygulamanın sonucunda şikâyetçilerin halen pazarda bulunmalarının ve TDI'nin fiyatlarının altında fiyat belirliyor olmalarının anlamlı olduğu, öte yandan, bir şikâyetçinin ve TDI'nin açıklamalarının tarafların maliyetlerinin aynı olmadığını gösterdiği, TDI'nin personel, yakıt gibi maliyette önemli yer tutan kalemlerini daha fazla fiyatla elde etmesinin yanı sıra, kamu kuruluşu olmasından ve tarifeli çalışmasından kaynaklanan maliyetlerinin de bulunduğu, Gökçeada-Kabatepe arası yolcu ve araç taşımacılığında kendisine ait iskeleleri ilgili teşebbüse kullandırmayarak hâkim durumunu kötüye kullandığı iddiasıyla ilgili olarak, dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, aksi bir tespit de bulunmadığından TDI'nin açıklamalarının yeterli görüldüğü, TDI tarafından, fahiş miktarda iskele ve palamar ücreti talep edildiği iddialarına ilişkin olarak ise yargı sürecinin devam ettiği, şikâyetçilerden M.Ersin Eken'in TDI'nin feribot taşımacılığı yaptığı Çanakkale-Eceabat ve Gelibolu-Lapseki hatlarında rakip teşebbüsleri pazar dışına çıkartmak amacıyla sunduğu hizmetin fiyatını maliyetin altında belirlediğini iddia ettiği ilk şikâyetinin 13.06.2001 tarih, 2547 sayı ile Kurum'un kayıtlarına girdiği, Kurul'un 21.05.2002 tarih, 02-30/344-140 sayılı kararında, yıkıcı fiyat uygulamasının söz konusu olmadığı, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ihlâl edilmediği gerekçesiyle soruşturmanın açılmadığı, bu karara karşı şikâyetçi tarafından Danıştay'da açılan iptal davasında, Danıştay 13. Dairesi'nin 22.06.2005 tarih ve E:2005/955, K:2005/3246 sayılı kararı ile davanın reddine karar verildiği, kararda şikâyetçinin uygulamış olduğu fiyatın yıkıcı denilen fiyatın da altında olmasının davanın reddedilmesine gerekçe olarak gösterildiği, şikâyetçi tarafından İstanbul Asliye Ticaret Mahkemesi nezdinde açılan davada da, TDI savunmalarında belirtildiği üzere, mahkemenin Rekabet Kurulu kararını ve bilirkişi mütalaasını gerekçe göstererek davayı reddettiği, her iki davanın da temyiz aşamasında olduğu, ilgili dilekçede TDI'nin 2000-2004 yıllarındaki uygulamalarının şikâyet edildiği, buna göre, söz konusu dönemin bir bölümünün (2000, 2001 ve 2002 yılının bir kısmı) Kurul'un 21.05.2002 tarih, 02-30/344-140 sayılı kararına konu olduğu, soruşturma döneminde yapılan tespitlerin söz konusu kararın dayanağını oluşturan dosyada bulunanlardan farklı, yeni deliller sunmadığı, diğer yandan,

şikâyete konu olan dönemin 4 yıllık bir dönem içerdiği, bu süre içinde yıkıcı fiyat uyguladığı iddia edilen TDİ'nin de oldukça altında fiyatlarla anılan firmaların faaliyetlerini sürdürmesinin ekonomik olarak anlamlı bulunmadığı, bu durumun da kurulun 21.05.2002 sayılı kararını destekler nitelikte olduğu, soruşturmaya konu olan rakiplerin faaliyetlerini zorlaştırıcı iki eylemden birisi için yargı sürecinin devam ettiği, diğerine ilişkin olarak ise yeterli delilin bulunmadığı tespit ve değerlendirilmeleri ışığında dava konusu Rekabet Kurulu kararıyla, TDİ'nin ilgili pazardaki 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki şikâyetin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır.

İşlem dosyasında bulunan soruşturma raporunun incelenmesinden; TDİ'nin son üç yılda (2002-2004) Çanakkale-Eceabat hattında sırasıyla maliyetlerin %27, %30 ve %27 altındaki oranlarda; Gelibolu-Lapseki hattında ise aynı dönemler itibarıyla %30, %28 ve %25 oranlarında maliyetin altında fiyatlar belirlediği, bu iki hattın aynı zamanda TDİ'nin rekabetle karşılaştığı hatlardan ikisi olduğu, buna karşın rekabet ortamının mevcut olmadığı Eskihisar-Topçular hattında ise, belirlenen yüksek fiyatlarla aşırı kâr elde ettiği, anılan yıllardaki kâr oranının sırasıyla %214, %192 ve %254 olarak gerçekleştiği, Çanakkale-Eceabat ile şikâyete konu Gelibolu-Lapseki hattında son yıllarda uygulanan tarifeler itibarıyla TDİ'nin sürekli zarar ettiği, uygulanan fiyat tarifelerine bakıldığında Çanakkale Boğaz hattındaki tarifelerin 29.08.2003 tarihinden 2005 yılı başına kadar haklı bir gerekçe bulunmaksızın süreklilikle indirildiği ve maliyetlerin altında fiyatlar uygulandığı, TDİ'nin fiyat indirimi yaparak zararına çalıştığı pazarda rakip teşebbüslerin de genel olarak zararına ya da çok düşük kârlarla çalışmak zorunda bırakıldıkları tespitlerine yer verildiği görülmektedir.

Ayrıca soruşturma raporunda, yıkıcı fiyat değerlendirilmesinde ilk ortaya konan fiyat-maliyet analizlerine göre TDİ'nin, özel sektör firmalarıyla rekabet ettiği ve hâkim durumda bulunduğu Gelibolu-Lapseki ve Çanakkale-Eceabat arabalı vapur hizmetlerinde son üç yılda %30 civarında maliyetin altında aşırı düşük ve zararına fiyatlarla hizmet sunarak rakip teşebbüslerin faaliyetini zorlaştırdığı ve rekabetin gelişimine zarar verdiği, tarife indirimlerinin yapıldığı tarihler itibarıyla TDİ'nin indirimlerini haklı gösterecek başka herhangi bir maliyet azalması ya da verimlilik artışının da bulunmadığı kaldı ki, TDİ'nin rekabetle karşılaşmadığı diğer hatlarda aynı tarihler itibarıyla sürekli fiyat artışları, buna karşın rekabetle karşılaşmış olduğu hatlarda ise süreklilik arz eden indirimler yaptığı, TDİ'nin kılavuzluk hizmetlerinden, liman hizmetlerinden ve Eskihisar-Topçular arası arabalı vapur hizmetlerinden elde ettiği kaynaklarla ilgili pazarda çok düşük fiyatlar dolayısıyla oluşan zararlarını sübvansede ettiği saptanmıştır.

Bu itibarla, ilgili pazarda hâkim durumda olan TDİ'nin malî kaynaklarından gelen avantajıyla, Çanakkale Boğazı hatlarında yıkıcı fiyat uygulayarak rakiplerinin piyasadaki faaliyetlerini zorlaştırdığı, hâkim durumunu kötüye kullandığı, böylece

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (a) ve (d) bendlerinde belirtilen davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Bu durumda, TDİ'nin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumunu kötüye kullandığı yönündeki şikâyetin reddine ilişkin dava konusu Rekabet Kurulu kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davacı şikâyetinin reddine ilişkin 24.01.2006 tarih ve 06-03/51-11 sayılı Rekabet Kurulu kararının iptaline, aşağıda dökümü gösterilen 63,70-YTL yargılama giderinin davalı İdareden alınarak davacıya; yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca davacı vekili için takdir olunan 500,00-YTL avukatlık ücretinin de davalı idareden alınarak davacı vekiline verilmesine, artan posta ücretinin istemi halinde davacıya iadesine 07.01.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

FMR Ankara Barosu
Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

REKAET KURULU KARARLARI

Hazırlayan

Av. Eyyüp YILDIRIM

REKABET KURULU KARARLARI

MKEK'nin ticari patlayıcılara yönelik olarak imzaladığı anlaşılan bayilik sözleşmeleri Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. ve 5. maddesindeki koşulları taşımamaktadır. Bu tebliğin sunduğu grup muafiyetinden yararlanmayacaktır.

Sözleşme hükümleri uygulamada tamamen dikkate alınmamaktadır.

MKEK ticari patlayıcılar pazarında %(...) gibi düşük bir paya sahiptir.

Bu aşamada MKEK'nin bayilik sözleşmelerine ilişkin olarak Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca işlem yapılması ve MKEK'ye 60 gün içerisinde ticari patlayıcılara ilişkin sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi yönünde yazı gönderilmesi yerinde ve yeterlidir.

Rekabet Kurulu Kararı

04 Aralık 2008

Dosya Sayısı : 2008-1-124 (İlk İnceleme) Karar Sayısı : 08-69/1112-429

Bildirim konusu işlem, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı 'Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ' kapsamında izne tabidir.

İşlem sonucunda aynı kanun maddesinde belirtilen nitelikte hâkim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu değildi

Rekabet Kurulu Kararı

27 Kasım 2008

Dosya No: 2008-1-137 (Devralma) Karar No: 08-67/1094-426

Rekabet Kurulu Kararı¹

04 Aralık 2008

Dosya Sayısı : 2008-1-124 (İlk İnceleme) Karar Sayısı : 08-69/1112-429

MKEK'nin ticari patlayıcılara yönelik olarak imzaladığı anlaşılan bayilik sözleşmeleri Kanun'un 4. maddesi kapsamındadır.

2002/2 sayılı Tebliğ'in 4. ve 5. maddesindeki koşulları taşımamaktadır. Bu tebliğin sunduğu grup muafiyetinden yararlanmayacaktır.

Sözleşme hükümleri uygulamada tamamen dikkate alınmamaktadır.

MKEK ticari patlayıcılar pazarında %(...) gibi düşük bir paya sahiptir.

Bu aşamada MKEK'nin bayilik sözleşmelerine ilişkin olarak Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca işlem yapılması ve MKEK'ye 60 gün içerisinde ticari patlayıcılara ilişkin sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi yönünde yazı gönderilmesi yerinde ve yeterlidir.

A. DOSYA KONUSU: Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu (MKEK)'nun tek taraflı olarak başvuru sahibinin bayiliğini iptal ettiği ve yeni bayilik talebini reddettiği iddiası ile adı geçen teşebbüsün bayilik sözleşmelerinin belirsiz süreli olduğunun tespiti.

B. İDDİALARIN ÖZETİ: Patsan Patlayıcı Maddeler San. ve Tic. A.S. (PATSAN) adına Namık Kemal SAĞLAM tarafından gönderilen şikâyet başvurusunda özetle,

• Şikâyetçinin patlayıcı madde satışı yapan ILCI Patlayıcı Maddeler Sanayi ve Ticaret A.S.'de (ILCI) çalıştığı sırada ILCI ile MKEK arasında bir bayilik sözleşmesi imzalandığı, ancak söz konusu sözleşmenin MKEK tarafından nedensiz ve uygunuz olarak feshedildiği,

• Şikâyetçinin daha sonra PATSAN ile çalışmaya başladığı, bu dönemde PATSAN tarafından MKEK'ye yapılan bayilik başvurusunun da neden belirtilmeksizin reddedildiği ifade edilmekte ve gereğinin yapılması talep edilmektedir

B. DOSYAEVRELERİ: Kurum kayıtlarına 19.9.2008 tarih, 6294 sayı ve 10.10.2008 tarih, 6630 sayı ile giren yazılar üzerine hazırlanan 28.11.2008 tarih, 2008-1-124/II-08-MÖ sayılı İlk İnceleme Raporu, 1.12.2008 tarih, REK.0.05.00.00-110/126 sayılı Başkanlık Önergesi ile 08-69 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

C. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; şikâyet başvurusunun redde-

¹ www.rekabet.gov.tr adresinden alınmıştır.

dilmesi gerektiği, MKEK'nin bayilik sözleşmelerine ilişkin olarak bu aşamada Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca işlem yapılmasının, bu bağlamda, tarafa 60 gün içerisinde ticari patlayıcılara ilişkin sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğinin bildirilmesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.

D. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

D.1. Şikâyet Başvurusu

Dosya mevcudunun incelenmesinden, ILCI ve MKEK arasında ticari patlayıcılara ilişkin olarak bir bayilik sözleşmesi imzalandığı, ancak ILCI'nin sözleşme konusu ürünlerin üretimine başlaması üzerine MKEK'nin 19.10.2008 tarihli yazısıyla sözleşmedeki rekabet yasağını gerekçe göstererek bu sözleşmeyi feshettiği anlaşılmaktadır. Yine PATSAN tarafından yapılan 7.7.2008 tarihli bayilik başvurusunun MKEK'nin 30.7.2008 tarihli yazısıyla reddedildiği görülmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, rekabet hukuku kural olarak teşebbüsleri talepte bulunan herkesle anlaşma yapmaya veya mevcut anlaşmaları her hal ve karda sürdürmeye zorlamamaktadır. Anlaşma yapmayı veya mal vermeyi reddetme halleri, istisnai olarak ve ancak hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından gerçekleştirildiğinde Kanun'un 6. maddesi kapsamında incelemeye konu olabilecektir. Böyle bir durumda dahi peşinen 6. maddenin ihlal edildiğini öne sürmek mümkün olmayıp değerlendirmenin dosyaya özgü koşulların gözetilerek yapılması gerekmektedir.

Mevcut dosya özelinde, feshedilen bayilik sözleşmesinin konusunu ticari patlayıcılar oluşturmaktadır. Kurul'un ticari patlayıcılar alanında faaliyet gösteren Nitro-Mak'a ilişkin olarak almış olduğu 29.3.2007 tarih, 07-29/268-98 sayılı kararında, söz konusu pazar ayrıntılı olarak değerlendirilmiş ancak kesin bir pazar tanımı yapılmamıştır. Diğer yandan yine Nitro-Mak'a ilişkin olarak alınan sırasıyla 24.1.2008 tarih, 08-8/85-26 sayı ve 24.7.2008 tarih, 08-47/652-249 sayılı Kurul kararlarında ilgili ürün pazarı genel olarak 'ticari patlayıcılar pazarı' olarak tanımlanmıştır. Bahsi geçen üç karar incelendiğinde, ticari patlayıcılar pazarında MKEK'nin pazar payının seneler itibarıyla %(...-...) aralığında bulunduğu ve 2007 yılı pazar payının %(...) olarak gerçekleştiği, aynı pazarda MKEK'nin rakipleri olan Nitro-Mak ve Orica'nın pazar paylarının ise %(...) aralığında olduğu anlaşılmaktadır. Gerek MKEK'nin düşük pazar payı gerekse pazarda güçlü rakiplerin varlığı, ticari patlayıcılar pazarında MKEK'nin hakim durumda olmadığına işaret etmektedir. Bu itibarla, hakim durumda bulunmayan MKEK'nin şikâyet konusu eylemleri ile Kanun'un 6. maddesini ihlal ettiğini iddia etme imkânının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, bir an için MKEK'nin ilgili pazarda hâkim durumda olduğu varsayılsa dahi rakip bir teşebbüs ile bayilik sözleşmesi imzalamamasını, tek başına, hâkim durumun kötüye kullanımı olarak nitelemek mümkün olmayabilecektir. Böyle bir ihtimal, bayilik anlaşması yapamayan teşebbüsün MKEK'den ürün temin edememesi ve bu ürünlerin de kendi üretimi için zorunlu mahiyette olması halinde akla gelebilecektir.

Mevcut dosya özelinde ise MKEK'nin ürünlerinin şikâyetçinin üretimi bakımından zorunlu bir unsur olduğuna yönelik bir işaret olmadığı gibi, MKEK'nin ürün taleplerini reddettiğine yönelik bir iddia da mevcut değildir. Aksine, MKEK'nin ILCI'ye gönderdiği 19.10.2008 tarihli yazısında, bayilik sözleşmesi feshedilmiş olmakla birlikte talep edilmesi halinde ILCI ile aralarındaki ticari faaliyetlerin özel sözleşmeler yapılmak suretiyle devam edebileceğinin, bir başka deyişle bayisi olmasa dahi teşebbüse ürün temin edilebileceğinin belirtildiği görülmektedir. Dolayısıyla, MKEK'nin şikâyete konu fiillerinin MKEK hakim durumda olsaydı dahi Kanun'un 6. maddesinin ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak yukarıda yer verilen tespit, değerlendirme ve açıklamalar çerçevesinde, şikâyet konusunun reddedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

D.2. MKEK'nin Bayilik Sözleşmeleri

Şikâyet başvurusunun ekinde, MKEK'nin ticari patlayıcılara ilişkin olarak imzalamış olduğu görülen iki adet bayilik sözleşmesi yer almaktadır. Bu husus şikâyet başvurusunda dile getirilmemiş olmakla birlikte, biri diğeri ile benzer hükümleri ihtiva eden ve 'MKE Kurumu Patlayıcı Maddeler Bayilik Sözleşmesi' ile 'Anlaşmalı Satıcılık Sözleşmesi' başlıklı bu sözleşmelerin çeşitli maddelerinin 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği ile uyumlu olmadığı tespit edilmiştir.

Bilindiği üzere bir anlaşmayı 2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında değerlendirebilmek için anlaşmanın 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğunun gösterilmesi gerekmektedir. 'MKE Kurumu Patlayıcı Maddeler Bayilik Sözleşmesi'nin 4,2 maddesinde "*Bayi sözleşmenin konusunu teşkil eden ve kurum tarafından üretilen ve kurum tarafından ithal edilen ticari patlayıcıların dışında, hiçbir kuruluşa ait patlayıcı maddeyi ithal edemez, deposunda bulunduramaz, pazarlayamaz ve satamaz*",

Anlaşmalı Satıcılık Sözleşmesi'nin 4,3. maddesinde ise "*Anlaşmalı Satıcı, resmi ve resmi olmayan kurum ve kuruluşlara, gerçek kişilere miktara bağlı olmaksızın perakende fiyatın altında satış yapabilir. Ancak bu indirim hiçbir zaman peşin satıştaki %3 indirimden sonra tespit edilen kurum birim satış fiyatının altında olamaz.*" denildiğinden, dosya mevcudundaki sözleşmelerin Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu görülmektedir.

4. madde kapsamındaki bahse konu sözleşmeler pazarın farklı seviyelerinde faaliyet gösteren teşebbüsler arasında gerçekleştiğinden 2002/2 sayılı Tebliğ'in 2. maddesi çerçevesinde birer dikey anlaşma olarak tanımlanmalıdır. O halde söz konusu sözleşmeler yine aynı maddede belirtildiği üzere ancak tebliğde belirtilen koşulları sağlamak kaydıyla grup muafiyetinden yararlanabilecektir. Bu koşullardan pazar payına ilişkin genel kurala Tebliğ'in 2. maddesinde, özel koşullara ise Tebliğ'in 4. ve 5. maddelerinde yer verilmiştir. Dosya özelinde ilgili sözleşmelerin Tebliğ'in 4.

ve 5. maddeleri çerçevesindeki değerlendirmesi aşağıda yapılmaktadır.

Sözleşmelerin 4,3. maddesinde, “*Bayi haksız ve kırıcı rekabet yapamaz, kurum tarafından tespit edilen fiyat ve politikalarına aykırı davranamaz.*”, 4,4. maddesinde “*Bayi, Resmi ve Resmi olmayan Kurum ve Kuruluşlara, Gerçek Kişilere miktara bağlı olmaksızın perakende fiyatın altında satış yapabilir. Ancak bu indirim hiçbir zaman peşin satıştaki %(...) indirimden sonra tespit edilen kurum birim satış fiyatının altında olamaz.*”, 4,5. maddesinde, “*Kurum haksız ve kırıcı rekabeti önlemek için gerekli gördüğü her türlü önlemi alır. Bayiinin satış fiyatlarını, ticaret defterlerini denetler, denetim altına alabilir. Bayi bu önlemlere uymayı ve defterlerinin incelenmesini koşulsuz kabul eder.*” ve 5,5. maddesinde ise “*Bayi Kurumca saptanan ve duyurulan resmi kurum ve perakende satış fiyatlarını duyuru gününden itibaren uygulamak zorundadır.*” hükümleri yer aldığından, bu hükümlerin Tebliğ’in 4. maddesindeki koşulları karşılamadığı açıktır. Zira sözleşmelerin 4,3. 4,4. ve 5,5. maddeleri, alıcının satış fiyatını belirleme hakkını doğrudan sınırlamaktadır. 4.3. ve 4,5. maddelerde ise ‘*haksız ve kırıcı rekabet yapmama*’ gibi genel ve belirsiz bir yasaklama getirilmektedir ve bu genel ve belirsiz yasaklamanın da Tebliğ’in 4. maddesindeki koşulları sağlamayabileceği değerlendirilmektedir.

Sözleşmeler Tebliğ’in 5. maddesi çerçevesinde dikkate alındığında ise ‘Sözleşmenin Yürürlüğe Girmesi ve Süresi’ başlıklı 7. maddenin incelenmesi yerinde olacaktır.

Anılan maddede “*Sözleşme, her iki taraf yetkililerinin sözleşmeyi imzalaması ile yürürlüğe girer ve taraflarca feshedilmediği sürece sözleşme yürürlükte kalır.*” ifadesi yer almaktadır. Bu ifade, sözleşmeyi belirsiz süreli kılmaktadır ve dolayısıyla Tebliğ’in 5. maddesindeki koşulu sağlamamaktadır.

Özetle, MKEK’nin ticari patlayıcılara yönelik olarak imzaladığı anlaşılan ve dosya mevcudunda yer alan bayilik sözleşmelerinin Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğu, 2002/2 sayılı Tebliğ’in 4. ve 5. maddesindeki koşulları sağlamadığı ve dolayısıyla bu haliyle anılan tebliğin sunduğu grup muafiyetinden yararlanmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Söz konusu şikâyet başvurusunda, MKEK’nin şikâyetçi dışındaki pek çok bayiinin sözleşme hükümlerine aykırı davranışlarını görmezden geldiği, hatta diğer bayiliklerin devamının sağlanması amacıyla “*bayilik sözleşmesinde yer alan ve bayiinin uyması gereken tüm yükümlülükleri*” kaldırdığı ifade edilmektedir. Bu iddialar, yukarıda yer verilen sözleşme hükümlerinin uygulamada tamamen dikkate alınmadığına işaret etmektedir.

Diğer yandan, MKEK’nin ticari patlayıcılar pazarında diğer iki önemli rakibi karşısında önemli bir pazar payına ve pazar gücüne sahip olmadığı hatırlatılmalıdır. Dolayısıyla MKEK tarafından yapılan bayilik sözleşmelerinin hâlihazırda pazar kapama gibi bir risk unsuru içermediği ve sadece, uygulanması halinde rekabet

hukuku yönünden ikincil bir endişeyi -bayiler arasındaki rekabeti kısıtlama ihtimalini- taşıdığı görülmektedir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmelerin fiilen uygulanmadığına yönelik iddialar bizzat şikâyetçi tarafından dile getirilmektedir.

Netice itibarıyla, ticari patlayıcılar pazarında %(...) gibi düşük bir paya sahip olan MKEK'nin bayilik sözleşmelerine ilişkin olarak bu aşamada Kanun'un 9/3. maddesi uyarınca işlem yapılmasının, bu bağlamda, tarafa 60 gün içerisinde ticari patlayıcılara ilişkin sözleşmelerin 2002/2 sayılı Tebliğ ile uyumlu hale getirilmesi yönünde görüş yazısı gönderilmek üzere Başkanlığa yetki verilmesinin yerinde ve yeterli olacağı kanaatine ulaşılmıştır.

E. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre;

1- Patsan Patlayıcı Maddeler San. ve Tic. A.S. adına Namık Kemal SAGLAM tarafından gönderilen ve kurum kayıtlarına 19.9.2008 tarih, 6294 sayı ile intikal eden şikâyetin reddine,

2- Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca; MKEK tarafından 60 gün içinde ticari patlayıcılara ilişkin sözleşmelerinin 2002/2 sayılı 'Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği' ile uyumlu hale getirilmesi yönünde görüş yazısı gönderilmek üzere başkanlığa yetki verilmesine,

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu Kararı¹

27 Kasım 2008

Dosya No: 2008-1-137 (Devralma) Karar No: 08-67/1094-426

Bildirim konusu işlem, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı 'Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ' kapsamında izne tabidir.

İşlem sonucunda aynı kanun maddesinde belirtilen nitelikte hâkim durum yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılması söz konusu değildir.

A. DOSYA KONUSU: Dr. F. Frik İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin ortaklık paylarının %17'sine tekabül eden bölümünün İş Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı A.Ş.'ye devredilmesi işlemine izin verilmesi talebi.

B. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 10.11.2008 tarih ve 7345 sayı ile giren bildirim üzerine, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ'in ilgili hükümleri uyarınca yapılan inceleme sonucunda düzenlenen 20.11.2008 tarih, 2008-1-137/Öİ-08-HHÜ sayılı Devralma Ön İnceleme Raporu, 20.11.2008 tarih, REK.0.05.00.00-120/206 sayılı Başkanlık önergesi ile 08-67 sayılı Kurul toplantısında görüşülerek karara bağlanmıştır.

C. RAPORTÖRLERİN GÖRÜŞÜ: İlgili raporda; bildirim konusu işleminin 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir devralma işlemi olduğu, bununla birlikte söz konusu devralmanın, ilgili pazarda hakim durum yaratan veya güçlendiren bir nitelik arz etmediği ve işleme izin verilmesinde bir sakınca bulunmadığı ifade edilmektedir.

D. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

D. 1. Taraflar

D. 1.1. Devralnan: Dr. F. Frik İlaç Sanayi ve Ticaret A.Ş. (Frik İlaç)

Frik İlaç 1968 tarihinde, Dr. Feridun Frik ve Mehmet Güner Frik tarafından İstanbul merkezli olarak kurulmuş olup, 2004 yılında anonim şirket statüsüne kavuşmuştur.

Şirket, Ana Sözleşmesi'nde yer alan iştiğal konuları dahilinde aktif olarak ruhsatlandırma mevzuatına uygun olarak beşeri tıbbi ürünler ile gıda takviyesi niteliğindeki ürünler ithal etmekte ve yine aynı mevzuata uygun olarak fason şirketlere beşeri tıbbi ürünler üretirmekte ve tüm bu ürünlerin satışını yapmaktadır.

¹ www.rekabet.gov.tr adresinden alınmıştır.

Frik İlaç tarafından kontrol edilen herhangi bir iştirak bulunmamaktadır. Frik İlaç'a ait ortaklık yapısını gösteren tablo aşağıda yer almaktadır:

Tablo-1; Frik ilaç ortaklık yapısını gösterir tablo

Ortak	Pay Âdedi	Pay Oranı (%)
Hatice Fahire Frik	(...)	(...)
Ömer Erol Frik	(...)	(...)
Deniz Laila Frik	(...)	(...)
Hakan Frik	(...)	(...)
Fatma Berrin Erdiñ Frik	(...)	(...)
Murat Çelikkanat	(...)	(...)
Ahmet Hüsnü Güreli	(...)	(...)
Asuman Güreli	(...)	(...)
Şakir Yaman Törüner	(...)	(...)
Toplam	40.000.000	100,00

D.1.2. Devralan: İş Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı A.Ş. (İş Girişim)

İş Girişim, Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca “Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklığı” olarak faaliyet göstermektedir. Bu kapsamda İş Girişim, Türkiye’de kurulmuş veya kurulacak olan, gelişme potansiyeli taşıyan ve kaynak ihtiyacı olan şirketlere yatırım yapmak; belirli bir süre sonra da bu payları satmak suretiyle gelir elde etmektedir. İş Girişim genel olarak kimyasal maddeler, dayanıklı ve dayanıklı olmayan tüketim malları, enerji, sağlık, perakende, gıda, teknoloji, telekomünikasyon, medya ve lojistik gibi sektörlerde faaliyet gösteren yeni veya büyük pazar yaratabilme potansiyeline sahip şirketlere yatırım yapmaktadır.

İş Girişim, sağlık sektöründe Ortopro Tıbbi Aletler Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye ve Türkmed Diyaliz ve Böbrek Sağlığı Kurumları A.Ş.’ye iştirak etmektedir. Türkiye İş Bankası T.A.Ş.’nin grup şirketlerinden olan İş Girişim’in sermaye yapısı aşağıdaki tabloda yer almaktadır:

Tablo-2: İş Girişim’in ortaklık yapısını gösterir tablo

Pay Sahipleri	Pay Adedi	Pay Oranı (%)
iş Yatırım Menkul Değerler A.Ş. (A Grubu)	(...)	(...)
iş Yatırım Menkul Değerler A.Ş. (B Grubu)	(...)	(...)
TSKB (B Grubu)	(...)	(...)
TTGV(BGrubu)	(...)	(...)
Anadolu Sigorta (B Grubu)	(...)	(...)
Milli Reasürans (B Grubu)	(...)	(...)

İş Factoring (B Grubu)	(...)	(...)
Diğer (B Grubu)	(...)	(...)
TOPLAM	23.400.000	100,00

D.1.3. Devreden: Ömer Erol FRİK, Murat ÇELİKKANAT

Ömer Erol FRİK ve Murat ÇELİKKANAT tarafından Frik İlaç'ta sahip olunan toplam %17 oranındaki hisse devredilecektir.

D.2, İlgili Pazar

D.2.1. İlgili Ürün Pazarı

Farmasötik ihtisas ürünleri, Avrupa Farmasötik Pazarlama Araştırma Derneği (European Pharmaceutical Marketing Research Association) tarafından geliştirilen ve EphMRA ile Kıtalararası Tıbbi İstatistikler (Intercontinental Medical Statistics) tarafından farmasötik ürünler pazarı tanımında bir başlangıç noktası olarak kullanılan Anatomik Terapötik Kimyasal (Anatomical Therapeutic Chemical) sınıflandırmasına göre terapötik alt sınıflara bölünebilir. Hiyerarşik bir sınıflandırma sistemi olan ATC'nin ATC-3 olarak adlandırılan seviyesi AB Komisyonu ve ABD Federal Ticaret Komisyonu'nun kararlarında olduğu gibi Rekabet Kurulu tarafından da ilgili ürün pazarının tespitinde kullanılmaktadır.

Frik İlaç, genel olarak beşeri tıbbi ürünler ile gıda takviyesi niteliğindeki ürünlere ilişkin olarak faaliyet göstermektedir. Bildirim Formu'ndaki bilgiler çerçevesinde, Frik İlaç'ın faaliyette bulunduğu ATC-3 seviyesindeki;

- N5A Antipsikotikler
- MSB Merkezi Etkili Kas Gevşeticiler
- M2A Antiromatizmal Topikaller
- R5D Sedatif Öksürük Preparatları
- G4C BPH Ürünleri
- G4D Üriner Antispazmotikler
- ASA Antispazmotikler ve Antikolinergikler
- A9A Dijestifler (Enzimler dahil)
- A3D Analjezikler ile Kombine Antispazmotikler
- V3X Tüm Diğer Teröpatik Preparatları
- M4A Anti-Gut Ürünleri
- H3B Anti-Tiroid Ürünleri
- C5B Antivarikoz Tedavi

- R5F Diğer Öksürük ve Soğuk Algınlığı Preparatları

ürün grupları, ilgili ürün pazarları olarak tespit edilmiştir.

D.2.2. İlgili Coğrafi Pazar

İşlemin değerlendirilmesinde ilgili ürün pazarları bakımından bölgesel pazar tanımı yapılmasını gerektirecek koşullar var olmadığından, ilgili coğrafi pazar ‘Türkiye’ olarak belirlenmiştir.

D.3. Değerlendirme

D.3.1. Devralma İşleminin Niteliği

İş Girişim ile Ömer Erol Frik, Deniz Laila Frik, Hakan Frik, Fatma Berrin Erdiñ Frik, Hatice Fahire Frik, Şakir Yaman Törtüner, Murat Çelikkanat, Ahmet Hüsnü Güreli, Asuman Güreli ve Frik İlaç arasında 7.11.2008 tarihinde Pay Alım ve Pay Sahipleri Sözleşmesi (Sözleşme) imzalanmıştır.

Sözleşme uyarınca;

- Hatice Fahire Frik, Deniz Laila Frik ve Hakan Frik haricindeki Mevcut Pay Sahipleri’nin tamamının Şirket’e karşı ifa etmekle yükümlü oldukları 21.397.365 YTL tutarında sermaye taahhüdü borcu bulunmaktadır. Taraflar, bu borcun kapatılması konusunda mutabakata varmışlardır. Buna göre İş Girişim tarafından hisse devredenlere aktarılacak hisse bedelinin öncelikle söz konusu borcun kapatılmasına tahsis edileceği kararlaştırıldığından, söz konusu yatırım miktarı Frik İlaç’a aktarılmış olacaktır. Bu kapsamda söz konusu yatırım miktarının ABD Doları karşılığı Sözleşme’de prensip olarak (.....) ABD Doları olarak kabul edilmiştir.
- İş Girişim, Sözleşmede esasları verilen yatırım neticesinde hisse devralmak suretiyle Frik İlaç’ın sermayesinin %(...)’sini temsil eden payların sahibi olacaktır.
- Söz konusu payların, taraflar arasındaki mutabakat uyarınca Ömer Erol Frik ve Murat Çelikkanat tarafından devredilmesi planlanmaktadır. Söz konusu devir neticesinde mevcut pay sahipleri Frik İlaç’a ortak olarak kalmaya devam edecektir.

D.3.2. 1997/1 Sayılı Tebliğ’in 2. Maddesi (Kontrol Değişikliği) Bakımından Değerlendirme

Dosya konusu devralma işlemi sonucunda Frik İlaç’ın %(...) oranındaki hissesine, İş Girişim sahip olacaktır. Öncelikle %(...)’lik payın devralınması ile Frik İlaç’ın kontrolünde bir değişiklik olup olmadığı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Devralma öncesinde Frik İlaç’ın en büyük hissedarı %(...) oranındaki ortaklık

payı ile Ömer Erol FRİK'tir. Bildirim konusu dosyada, devredilecek olan %(...) oranındaki ortaklık payının Ömer Erol FRİK ve Murat ÇELİKKANAT (Bu kişi Frik İlaç'ın ortaklık paylarının %(...)’ine sahip bulunmaktadır.)’a ait ortaklık payları olacağı bildirilmektedir. Bu iki şahıstan devredilecek ortaklık payı miktarlarının dağılımı konusunda bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak, hisselerin tamamının Ömer Erol FRİK tarafından devredildiği varsayılsa bile bu kişinin çoğunluk hissedarı olarak kalmaya devam edeceği görülmektedir. Sözleşme uyarınca bir ortak kontrol oluşturulması halinde, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca bir devralma işleminden bahsedilebilecektir.

Sözleşme’ye göre İş Girişim, devralma işlemi sonrasında, Frik İlaç’ın B grubu paylarına sahip olacaktır. B grubu pay sahibinin, Sözleşme’de belirtilen birtakım önemli genel kurul kararları ile önemli yönetim kurulu kararlarının alınabilmesinde, anahtar konumunda olduğu anlaşılmaktadır. Bu önemli haklara aşağıda yer verilmiştir.

Önemli genel kurul kararları olarak nitelendirilen; sermaye artırımları, sermaye sahiplerinin sahip olduğu pay oranlarının korunması, yönetim kurulunun yetkilerinin belirlenmesi, Frik İlaç’ın temsil ve ilzamu, bilanço ve kar-zarar tablolarının onaylanması, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin, Murahhas üyelerin seçimi, tayini, ibrası veya azli gibi konularda karar alınabilmesi için B grubu pay sahiplerinin genel kurulda hazır bulunması ve mutlak çoğunluğunun olumlu oy kullanması zorunlu tutulmuştur. Yönetim kuruluna seçilecek üyelerin A ve B grubu paylar bazında dağıtılması öngörülmüştür. Önemli yönetim kurulu kararları olarak nitelendirilen; Frik İlaç’ın yurtdışında gerçekleştireceği tüm faaliyetlerin esaslarının belirlenmesi, Frik İlaç’ın herhangi bir A grubu pay sahibinden toplam 10.000 ABD Dolarını aşacak miktarda borç alması veya bu pay sahibine borç vermesi, yönetim kurulu yetki ve görevlerinin belirlenmesi ve bu yetkilerin devredilmesi, yıllık iş planına dahil edilenler dışında 25’ten fazla kişinin istihdamı, 3. kişilere vekalet verilmesi, iştiraklerde bulunulması ve birtakım mali ve stratejik konularda karar alınabilmesi için B grubu pay sahipleri tarafından seçilen üyenin toplantıda hazır bulunması ve olumlu yönde oy kullanması gerekmektedir.

Sözleşme’de getirilen bu gibi hükümlerden anlaşıldığı kadarıyla, İş Girişim her ne kadar %(...) oranında ortaklık payına sahip olacak ise de Frik İlaç’ın kontrolünde A grubu ortaklık paylarına sahip olan mevcut hissedarlarla birlikte söz sahibi olacağı ve Frik İlaç üzerinde bir ortak kontrol tesis edileceği kanaatine ulaşılmıştır. Bu itibarla, dosya konusu devralma, 1997/1 sayılı Tebliğ’in 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca bir devralma işlemidir.

D.3.3. Pazar Payları ve Cirolar Bakımından Değerlendirme

Frik İlaç’ın Türkiye’de faaliyette bulunduğu ilgili pazarlara ilişkin pazar payı ve ciro bilgilerine aşağıda yer verilmiştir:

Tablo-3: Frik İlaç'ın İlgili Ürün Pazarlarındaki Pay ve Ciroları

ATC-3 Sınıfı	2007 Yılı Pazar Payı (%)	2007 Yılı Ciro (YTL)
N5A Ântipsikotikler	(...)	(...)
M3B Merkezi Etkili Kas Gevşeticiler	(...)	(...)
M2A Antiromatizmal Topikaller R5D Sedatif Öksürük Preparatları	(...)	(...)
G4C BPH (Selim Prostat Hipertrofisi) Ürünleri G4D Üriner Antispazmodikler	(...)	(...)
A3A Antispazmodikler ve Antikolinergikler A9A Dijestifler (Enzimler dahil)	(...)	(...)
A3D Analjezikler ile Kombine Antispazmotikler V3X Tüm Diğer Teröpatik Preparatları	(...)	(...)
M4A Anti-Gut Ürünleri H3B Anti-Tiroid Ürünleri	(...)	(...)
C5B Anüvarikoz Tedavi R5F Diğer Öksürük ve Soğuk Algınlığı Preparatları	(...)	(...)

Devralan teşebbüs olan İş Girişimin ilgili pazarda faaliyeti bulunmamaktadır.

Yukarıda yer verilen tablodan, ilgili ürün pazarları itibarıyla, devralma işleminin ciro eşliğinin altında bulunduğu, ancak bazı ürünlerde (H3B Anti-Tiroid Ürünleri ve A9A Dijestifler) %25'lik pazar payı eşliğinin üstünde olduğu görülmektedir. Bu nedenle bildirim konu devralma işlemi 1997/1 sayılı Tebliğ kapsamında izne tabi bir devralma işlemidir.

D.3.4. Hakim Durum Bakımından Değerlendirme

Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ışığında, İş Girişim'in ilgili ürün pazarlarında herhangi bir faaliyetinin bulunmadığı da dikkate alınarak; başvuru konusu devralma işlemi sonucunda ilgili pazarlarda 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi çerçevesinde bir hakim durumun yaratılması veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesi ve böylece rekabetin olumsuz yönde etkilenmesinin söz konusu olamayacağı kanaatine ulaşılmıştır.

D.3.5. Rekabet Etmeme Yükümlülüğüne İlişkin Değerlendirme

Tarafların Frik İlaç üzerinde ortak kontrole sahip olduğu süre ile sınırlı olmak kaydıyla, ilgili taraflara Frik İlaç'ın faaliyet alanları kapsamında rekabet etmeme yükümlülüğü getirilmektedir. Bu yükümlülüğün, ortaklık ilişkisi kapsamında geçerli olan ve rekabet hukuku bağlamında bir sakınca içermeyen bir yükümlülük olduğu değerlendirilmiştir.

Diğer taraftan, payların 3. kişilere satışı halinde, mevcut pay sahiplerinin yeni alıcıların rekabet hukuku uygulamalarına uygun olarak talep edebilecekleri rekabet etmeme yükümlülüklerini, Rekabet Kurulu'nun kararına tabi olmak üzere kabul edeceklerini taahhüt ettikleri ifade edilmektedir,

E. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre; bildirim konusu işlemin, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesi ve maddeye dayanılarak çıkarılan 1997/1 sayılı "Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ" kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde belirtilen nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece ilgili pazarda rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmadığına, bu nedenle bildirim konusu işleme izin verilmesine OY-BİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

FMR Ankara Barosu
Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

MEVZUAT DEĞİŞİKLİKLERİ

Hazırlayan

Av. Ersin SOYBAŞ

**FİKRİ MÜLKİYET ve REKABET HUKUKU MEVZUATINDA
YENİLİK ve DEĞİŞİKLİKLER**

DÜZENLEMENİN ADI	YAYIMLANDIĞI RESMİ GAZETENİN TARİH ve SAYISI
İslah Amaçlı Yetiştirici Birliklerinin Kurulması ve Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik	12 Mart 2009 tarih ve 27167 sayılı
Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik	21 Nisan 2009 tarih ve 27207 sayılı
555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik	
Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik	

ANKARA BAROSU

FMR

FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. 2001 yılından bu yana düzenli olarak çıkmakta olan Ankara Barosu FMR Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2004 yılından başlayarak “Hakemli Dergi” statüsünde ve yılda dört sayı (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim) olarak yayınlanmaktadır.
2. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde FMR Dergisi bütün yayın hakkına sahiptir. Ankara Barosu Başkanlığının izni olmadan başka yerde yayımlanamaz.
3. FMR'nin yazı dili Türkçedir. Yabancı dildeki yazılar da Türkçe çevirileri ile birlikte yayımlanmaktadır. İster Türkçe ister yabancı dilde yazılmış olsun, yazıların Türkçe başlıkları ile 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe özetlerinin yazının başına eklenerek yazıma hazır şekilde gönderilmesi gerekmektedir.
4. Yazılar, PC Word Document şeklinde hazırlanıp elektronik posta yoluyla veya bir diskette A4 boyutunda tek nüsha olarak teslim edilmelidir. Yazının ana bölümlerinde 11 punto; dipnot, özet, kaynakça, tablo gibi bölümlerinde ise 9 punto harf büyüklüğünün, 1 satır aralığının, Times New Roman karakterinin kullanılması ve ayrıca dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
5. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın disketteki veya e-posta ile gönderilen biçimiyle “basıla” verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
6. Dergimiz editörlerince ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakeme gönderilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Yazardan düzeltme istenmesi durumunda düzeltmenin en geç 20 gün içerisinde yapılması gerekmektedir. Yazarın Hakem Raporuna itiraz etmesi durumunda, yazı yeni bir hakeme gönderilecektir.

İkinci hakemin verdiği raporun olumsuz olması halinde, yazarın talebi olursa, makalenin “Hakemsiz Makaleler” bölümünde yayınlanması, Yayın Kurulunun kararına bağlıdır.

7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler yazarların akademik ünvanları ve soyadlarına göre alfabetik sırayla yayımlanır.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Yayımlanan yazının 20 adet tıpkıbasımını ve 2 adet dergi yazara ücretsiz gönderilmektedir.
10. Dergide çıkan yazılara atıf yapmak isteyenler “FMR” rumuzunu kullanabilirler.

İletişim Adresi:

Ankara Barosu Başkanlığı

Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/Ankara

Tel: (312) 310 21 91 (Pbx), 310 55 26

Faks: (312) 309 22 37

<http://www.ankarabarusu.org.tr>

e.posta: ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr

FMR

Ankara Barosu

Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

FMR, Fikir ve Sanat Eserleri, Sınai Mülkiyet, Haksız Rekabet ve Rekabet Hukuku problemleri ile ilgili makaleler, ulusal ve uluslararası kararlar ve diğer ürünleri sunan üç ayda bir yayınlanan dergidir. Türkiye içinde yıllık abonelik ücreti tüm masraflar dahil 45,00 TL, tek nüsha fiyatı ise 14,00 TL dir. Diğer ülkeler için yıllık abonelik 100 ABD Doları, tek nüsha fiyatı ise 25 ABD Dolarıdır.

Dergimize abone olmak isteyenlerin bu formu doldurmaları ve Vakıfbank Adliye Sarayı Şubesi 2032980 No.lu hesaba abone bedelini yatırarak, form ve Banka dekontunun fotokopisini Ankara Barosu'na elden teslim veya faks ile iletmeleri gerekmektedir.

ABONE FORMU

Adı	
Soyadı	
Adres	
Şehir	
Ülke	
Posta Kodu	
Tel	
Faks	
e-Posta	
İmza	

- Derginizden ücretsiz bir örnek istiyorum.
- Derginize yıllık abone olmak istiyorum. Banka dekontu ilişiktir.

İletişim adresi:

Ankara Barosu Başkanlığı

Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/Ankara

Tel:+90(312)310 21 91 (Pbx), 310 55 26 **Faks:**+90 (312) 309 22 37

Ağ Sayfası: <http://www.ankarabarusu.org.tr>

e-posta: ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr