



## TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

**Soner AKSOY**

Komisyon Başkanı

TBMM Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabi Kaynaklar,

Bilgi ve Teknoloji Komisyonu

Ankara

İstanbul, 21 Ocak 2009

Ref: AK/mç/09-126

Sayın AKSOY,

Malumunuz üzere Anayasa Mahkemesi, Temmuz ayında aldığı çok kritik bir karar ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bir kısım cezai hükümlerinin iptal edilmesine karar vermiştir. İptal edilen hükümlerin doğuracağı hukuksal boşluk Mahkeme tarafından kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden dolayı, yeni bir kanuni düzenlemeye gidilebilmesi teminen bu iptal kararının altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

İptal kararı ile doğan bu hukuki boşluk, iptal kararının yürürlüğe girdiği 5 Ocak 2009 tarihinden önce doldurulamadığı için marka tecavüzü fiilleri işleyenler lehine ve dolayısı ile marka hakkı sahipleri aleyhine tamiri mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkmıştır. TÜSİAD olarak fikri hakların korunması ve taklitle mücadele alanındaki gelişmeleri yakından takip etmekteyiz. Keza, doğacak hukuki boşluğun sadece yeni ihlallere neden olmasının ötesinde mevcut davaları da mesnetsiz bırakacak zımni bir af anlamına geldiği, sayısı binlerle ifade edilebilecek davaların düştüğü ve işlenecek suçların yaptırımsız kaldığı konusunda büyük endişe taşımaktayız.

*"Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"* oluşan hukuki boşluğu gidermek amacıyla hazırlanmış ve TBMM'ne sunulmuştur. Bu bağlamda, söz konusu Tasarısı ilişkin bazı tespit ve önerilerimizi size arz etmek isteriz.

### Madde 9 (c)

Tasarı	TÜSİAD Önerisi
c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık 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.	c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak <u>ilgili sektörde</u> ulaştığı tanınmışlık 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.

### TÜSİAD AVRUPA İŞ DÜNYASI KONFEDERASYONU (BUSINESSEUROPE) ÜYESİDİR

**İstanbul:** Meşrutiyet Cad. No: 46 Tepebaşı 34420 İstanbul – Türkiye

**Ankara:** İrân Cad. No: 39/4 Gaziosmanpaşa 06700 Ankara – Türkiye

**Brüksel:** 13, Avenue des Gaulois, 1040 Brussels – Belgium

**Washington D.C.:** 1250 24th Street, N.W., Suite Nr. 300, Washington D.C. 20037 - USA

**Berlin:** Märkisches Ufer, 28 Berlin 10179 Germany

**Paris:** 33, Rue de Galilée 75116 Paris – France

**Pekin:** Beijing Lufthansa Centre, Office C-319, Beijing 100016, P. R. China

**Tel:** +90 (212) 249 19 29 **Faks:** +90 (212) 249 13 50

**Tel:** +90 (312) 468 10 11 **Faks:** +90 (312) 428 86 76

**Tel:** +32 (2) 736 40 47 **Faks:** +32 (2) 736 3993

**Tel:** +1 (202) 776 77 70 **Faks:** +1 (202) 776 77 71

**Tel:** +49 (30) 288 786 300 **Faks:** +49(30) 288 786 399

**Tel:** +33 (1) 44 43 55 35 **Faks:** +33 (1) 44 43 55 46

**Tel:** +86 (10) 6462 2066 **Faks:** +86 (10) 6462 2067

**e-mail:** tusiad@tusiad.org

**e-mail:** ankoffice@tusiad.org

**e-mail:** bxloffice@tusiad.org

**e-mail:** usoffice@tusiad.us

**e-mail:** berlinoffice@tusiad.org

**e-mail:** parisoffice@tusiad.org

**e-mail:** tusiad.china@euccc.com.cn



## TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

### Gerekçe:

Bu bentte tanınmış markalara sağlanan koruma düzenlenmektedir. Ancak buradaki hüküm Türkiye'nin TRIPS sözleşmesi 16/2. fıkrasından kaynaklanan yükümlülüklerini karşılamadığı gibi 556 Sayılı KHK'nın bütünlüğünü bozmakta ya da diğer bir deyimle KHK'nın diğer bazı hükümleri ile uyumsuzluk yaratmaktadır.

1. TRIPS sözleşmesi 16/2. fıkrasında "... In determining whether a trademark is well-known, Members shall take account of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in the Member concerned which has been obtained as a result of the promotion of the trademark".

TRIPS'in yukarıdaki hükmünde, markanın tanınmışlığı "ilgili sektörde tanınmışlık" olarak açıkça tanımlanmıştır. Dünya Ticaret Örgütü'ne üye olan Türkiye, bu hükmü kabul etmiş ve uygulama yükümü altına girmiştir. Buna rağmen tasarıdaki 9/1 (c) bendinde "Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi" gibi bir tanınmışlık kriteri getirilmesi Türkiye'nin TRIPS'ten kaynaklanan yükümlülüğünü karşılamayacağı gibi, TRIPS' in düzenlemesine oldukça aykırı yorumlamalara ve uygulamalara neden olacaktır.

2. Diğer taraftan, "Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi" gibi bir tanınmışlık kriteri getirilmesi TRIPS' te geçen "ilgili sektörde tanınmışlık" kriteri ile karşılaştırıldığında bir markanın tanınmış sayılmasını zorlaştıracak, günlük tüketilen mal ve hizmetler dışında kullanılan markaların tanınmış sayılmalarını imkansız kılacak ve dolayısı ile tanınmış bir çok markayı düzenlemede geçen koruma kapsamı dışına çıkacaktır.

İlave olarak belirtmek gerekir ki, 556 Sayılı KHK'nın 4. maddesine göre "Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlamsa hükümlerinin bu Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3 üncü maddede belirtilen kişiler, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahiptir". Tasarıdaki 9/1 (c) hükmüne göre Türkiye'nin taraf olduğu TRIPS anlaşmasının 16/2. fıkrası daha elverişli olduğuna göre 9/1 (c) hükmü bir çok durumda uygulama dışı kalabilecektir.

3. Tasarıdaki 9/1 (c) hükmü 556 Sayılı KHK'nın 8/4. fıkrası ile uyumlu değildir. 8/4 fıkrasında tanınmış markalara, aynı/benzer işaretlerin farklı mal/hizmetler üzerinde tescil edilmesine karşı koruma sağlanmaktadır. Fıkarda tescilli markanın tanınmışlığı konusunda "toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi" kriteri konulmaktadır. Bu kriter mahkemeler ve Yargıtay tarafından genel olarak TRIPS'teki "ilgili sektörde tanınmışlık" kriteri ile paralel yorumlanarak uygulanmıştır. Ancak mevcut taslağın yasalaşmasıyla "ilgili sektörde tanınmış" bir marka, farklı mal/hizmetler üzerinde 8/4 fıkrasında geçen diğer kriterlerin bir veya bir kaçının bulunması şartıyla başkaları tarafından tescil teşebbüslerine karşı korunacak, ancak başkaları tarafından farklı mal/hizmetler üzerinde başkalarının kullanımına karşı korunamayacaktır. Çünkü 8/4 fıkrası kapsamında tanınmış marka kabul edilmekte fakat 9/1 (c) kapsamında tanınmış marka olarak kabul edilmeyecektir.
4. Yukarıda 3. numarada ortaya konulan çelişki markanın hükümsüzlük hallerini düzenleyen 42. maddesi ile de yaşanacaktır. Çünkü 42. madde 8/4 hükmüne atıf yapmakta ve bu şartlarda tescil edilen markaların hükümsüz kılınabileceğini düzenlemektedir. Dolayısı ile aynı çelişki burada da ortaya çıkmaktadır. Yani mevcut taslağın yasalaşmasıyla "ilgili sektörde tanınmış" bir marka, farklı

### TÜSİAD AVRUPA İŞ DÜNYASI KONFEDERASYONU (BUSINESSEUROPE) ÜYESİDİR

**İstanbul:** Meşrutiyet Cad. No: 46 Tepebaşı 34420 İstanbul – Türkiye  
**Ankara:** İran Cad. No: 39/4 Gaziosmanpaşa 06700 Ankara – Türkiye  
**Brüksel:** 13, Avenue des Gaulois, 1040 Brussels – Belgium  
**Washington D.C. :** 1250 24th Street, N.W., Suite Nr. 300, Washington D.C. 20037 - USA  
**Berlin:** Märkisches Ufer, 28 Berlin 10179 Germany  
**Paris:** 33, Rue de Galilée 75116 Paris – France  
**Pekin :** Beijing Lufthansa Centre, Office C-319, Beijing 100016, P. R. China

**Tel:** +90 (212) 249 19 29 **Faks:** +90 (212) 249 13 50  
**Tel:** +90 (312) 468 10 11 **Faks:** +90 (312) 428 86 76  
**Tel:** +32 (2) 736 40 47 **Faks:** +32 (2) 736 3993  
**Tel:** +1 (202) 776 77 70 **Faks:** +1 (202) 776 77 71  
**Tel:** +49 (30) 288 786 300 **Faks:** +49(30) 288 786 399  
**Tel:** +33 (1) 44 43 55 35 **Faks:** +33 (1) 44 43 55 46  
**Tel:** +86 (10) 6462 2066 **Faks:** +86 (10) 6462 2067

**e-mail:** tusiad@tusiad.org  
**e-mail:** ankoffice@tusiad.org  
**e-mail:** bxloffice@tusiad.org  
**e-mail:** usoffice@tusiad.us  
**e-mail:** berlinoffice@tusiad.org  
**e-mail:** parisoffice@tusiad.org  
**e-mail:** tusiad.china@euccc.com.cn



## TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

mal/hizmetler üzerinde başkaları tarafından tescil edilmiş ise 8/4 fıkrasında geçen diğer kriterlerin bir veya bir kaçının bulunması şartıyla “ilgili sektörde tanınmış” marka sahibinin talebiyle hükümsüz kılınabilecek; ancak “ilgili sektörde tanınmış” marka sahibi hükümsüz kıldığı bu markanın kullanımına engel olamayacaktır. Çünkü 8/4 fıkrası kapsamında tanınmış marka kabul edilmekte fakat 9/1 (c) kapsamında tanınmış marka olarak kabul edilmeyecektir.

### Madde 9 (e)

Tasarı	TÜSİAD Önerisi
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 <b>veya benzeri biçimlerde</b> kullanılması.	Suç kabul edilecek fiillerin, hukuk maddelerine atıf yapmak yerine, ayrı bir madde ile düzenlenmesi daha sağlıklı bir yol olacaktır.

### Gerekçe:

9. madde, hukuka aykırılık teşkil eden durumları düzenlemektedir. –e- fıkrasında hukuka aykırı kullanım durumlarının tamamının öngörülmesinin imkansız olması dolayısı ile bu durumlar sayıldıktan sonra “**veya benzeri biçimlerde**” şeklinde öngörülemeyen veya teknolojik gelişmelerle ortaya çıkması muhtemel yeni durumların kapsam içerisinde tutulması oldukça yerindedir.

Ancak, ceza hükmü olan 61A maddesinin (c) fıkrası ile yapılan atıfla, 9. maddede tanımlanan hukuka aykırı fiil tanımları aynı zamanda suç teşkil eden fiil durumuna da getirilmektedir. Bilindiği gibi Ceza Hukuku’nun temel prensiplerinden bir tanesi ceza teşkil eden fiilin öngörülebilir ve yoruma ihtiyaç bırakmayacak şekilde tanımlanmasıdır, yani SUÇUN KANUNİLİĞİ ilkesidir. İlgili bentte “.... İşaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, ... **veya benzeri biçimlerde kullanılması**” şeklinde suç teşkil eden fiil belirsiz bir şekilde tanımlanmaktadır. Yani hakime suç teşkil eden fiili tanımlama ve buna göre ceza verme yetkisi verilmektedir. Fıkra hükmü, “**benzeri biçimlerde kullanma**” tanımı dolayısı ile hukuk davaları açısından son derece yerinde olmakla beraber, 61A maddesinin yollamasıyla bir ceza hükmü olarak değerlendirildiğinde Anayasa’ya aykırılığı iddia olunabilecektir.

9 (e) bendinde geçen “veya benzeri biçimlerde” şeklindeki ibarenin çıkarılması ile ceza teşkil eden fiil tanımının Anayasa’ya aykırılığının ortadan kaldırılacağı iddia edilebilirse de bu durumda aynı hüküm aynı zamanda hukuka aykırı fiilleri dahi düzenlediği için hukuka aykırılık açısından bir boşluk oluşacaktır. Buradaki çelişki, hukuka aykırı fiillerle suç teşkil eden fiillerin aynı yerde tanımlanmasından kaynaklanmaktadır ve dolayısı ile suç teşkil eden fiillerin ayrı bir madde altında düzenlenmediği sürece ortadan kaldırılması mümkün değildir.

Bu çerçevede, aşağıda da belirtileceği üzere, suç kabul edilecek fiillerin, hukuk maddelerine atıf yapmak yerine, ayrı bir madde ile düzenlenmesi daha sağlıklı bir yol olacaktır.

### TÜSİAD AVRUPA İŞ DÜNYASI KONFEDERASYONU (BUSINESSEUROPE) ÜYESİDİR

**İstanbul:** Meşrutiyet Cad. No: 46 Tepebaşı 34420 İstanbul – Türkiye  
**Ankara:** İran Cad. No: 39/4 Gaziosmanpaşa 06700 Ankara – Türkiye  
**Brüksel:** 13, Avenue des Gaulois, 1040 Brussels – Belgium  
**Washington D.C.:** 1250 24th Street, N.W., Suite Nr. 300, Washington D.C. 20037 - USA  
**Berlin:** Märkisches Ufer, 28 Berlin 10179 Germany  
**Paris:** 33, Rue de Galilée 75116 Paris – France  
**Pekin:** Beijing Lufthansa Centre, Office C-319, Beijing 100016, P. R. China

**Tel:** +90 (212) 249 19 29 **Faks:** +90 (212) 249 13 50  
**Tel:** +90 (312) 468 10 11 **Faks:** +90 (312) 428 86 76  
**Tel:** +32 (2) 736 40 47 **Faks:** +32 (2) 736 3993  
**Tel:** +1 (202) 776 77 70 **Faks:** +1 (202) 776 77 71  
**Tel:** +49 (30) 288 786 300 **Faks:** +49(30) 288 786 399  
**Tel:** +33 (1) 44 43 55 35 **Faks:** +33 (1) 44 43 55 46  
**Tel:** +86 (10) 6462 2066 **Faks:** +86 (10) 6462 2067

**e-mail:** tusiad@tusiad.org  
**e-mail:** ankoffice@tusiad.org  
**e-mail:** bxloffice@tusiad.org  
**e-mail:** usoffice@tusiad.us  
**e-mail:** berlinoffice@tusiad.org  
**e-mail:** parisoffice@tusiad.org  
**e-mail:** tusiad.china@euccc.com.cn



## TÜRK SANAYİCİLERİ VE İŞADAMLARI DERNEĞİ

### Madde 61 (c)

Tasarı	TÜSİAD Önerisi
<b>c)</b> Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak <b>veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak</b> veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmaktır.	Suç kabul edilecek fiillerin, hukuk maddelerine atıf yapmak yerine, ayrı bir madde ile düzenlenmesi daha sağlıklı bir yol olacaktır.

### Gerekçe:

Fıkırdaki geçen “**veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak**” tanımlaması dahi md. 9/2 (e) bendi için belirtilen gerekçelerle Anayasa’ya aykırı bulunabilir. Bu ibarenin çıkarılması Anayasa’ya aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Ancak bu durumda hukuka aykırı fiiller sınırlanmış olacak ve bir boşluk doğacaktır. Ortaya çıkan bu problem dahi, hukuka aykırı fiillerle suç teşkil eden fiillerin aynı yerde tanımlanmasından kaynaklanmaktadır ve dolayısı ile suç teşkil eden fiillerin ayrı bir madde altında düzenlenmediği sürece ortadan kaldırılması mümkün değildir.

### *Ceza Hukukunu İlgilendiren Maddelerin Kanunlaşmasına Yönelik Değerlendirme*

Yukarıdaki açıklamalar dışında, Kanun koyucunun ceza hukukunu ilgilendiren ve hangi tip suç yaratılacaksa ilgili cezai maddelerin atıf yoluyla suç oluşturması da sakıncalar yaratmaktadır.

Ceza Hukukunun temel prensipleri de dikkate alındığında suç ve cezanın açık olarak yoruma muhtaç olmaksızın belirlenmesi gerekmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ışığında kanun koyucu cezai hükmü ilgilendiren maddenin bizatihi kendisinde suç tiplerini açık olarak belirlemelidir. Aynı zamanda hukuk davalarında gerekçe olarak kullanılan başka bir maddeye atıf yapmamalıdır.

Sonuç olarak Türkiye ekonomisinin gelişimi açısından özel bir önemi olan bu konu hakkında değerlendirmelerimizi dikkate aldığınız için şimdiden teşekkür ederiz.

Saygılarımızla,

(Orijinali imzalıdır.)

Ali KİBAR  
TÜSİAD Yönetim Kurulu Üyesi ve  
Şirket İşleri Komisyonu Başkanı

### TÜSİAD AVRUPA İŞ DÜNYASI KONFEDERASYONU (BUSINESSEUROPE) ÜYESİDİR

**İstanbul:** Meşrutiyet Cad. No: 46 Tepebaşı 34420 İstanbul – Türkiye  
**Ankara:** İran Cad. No: 39/4 Gaziosmanpaşa 06700 Ankara – Türkiye  
**Brüksel:** 13, Avenue des Gaulois, 1040 Brussels – Belgium  
**Washington D.C.:** 1250 24th Street, N.W., Suite Nr. 300, Washington D.C. 20037 - USA  
**Berlin:** Märkisches Ufer, 28 Berlin 10179 Germany  
**Paris:** 33, Rue de Galilée 75116 Paris – France  
**Pekin :** Beijing Lufthansa Centre, Office C-319, Beijing 100016, P. R. China

**Tel:** +90 (212) 249 19 29 **Faks:** +90 (212) 249 13 50  
**Tel:** +90 (312) 468 10 11 **Faks:** +90 (312) 428 86 76  
**Tel:** +32 (2) 736 40 47 **Faks:** +32 (2) 736 3993  
**Tel:** +1 (202) 776 77 70 **Faks:** +1 (202) 776 77 71  
**Tel:** +49 (30) 288 786 300 **Faks:** +49(30) 288 786 399  
**Tel:** +33 (1) 44 43 55 35 **Faks:** +33 (1) 44 43 55 46  
**Tel:** +86 (10) 6462 2066 **Faks:** +86 (10) 6462 2067

**e-mail:** tusiad@tusiad.org  
**e-mail:** ankoffice@tusiad.org  
**e-mail:** bxloffice@tusiad.org  
**e-mail:** usoffice@tusiad.us  
**e-mail:** berlinoffice@tusiad.org  
**e-mail:** parisoffice@tusiad.org  
**e-mail:** tusiad.china@euccc.com.cn