

YOKSUN KALINAN KAZANÇ HESAP YÖNTEMİNE İLİŞKİN SEÇİMLİK HAKKIN NE ZAMAN KULLANILACAĞI SORUNU^(*)

THE ISSUE OF WHEN TO EXERCISE THE RIGHT TO CHOOSE THE METHOD USED TO CALCULATE LOST PROFITS

Av. Turan KOCAKAYA^(**)
Av. Duru Helin OZANER^(***)

Öz

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (**SMK**) 151. maddesi, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi tarafından açılacak tazminat davalarında, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına ilişkin düzenleme içermektedir. İlgili maddede yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik olarak üç farklı tazminat hesaplama yöntemi davacıya seçimlik hak olarak tanınmıştır. Maddede davacıya tanınan seçimlik hakkın ne şekilde ve ne zaman kullanılacağı hususu ise açık bir şekilde düzenlenmemiş olup, kanun koyucu tarafından yalnızca davacının bu seçimlik haklardan birisinin seçileceği düzenleme altına alınmıştır. Yerleşik Yargıtay uygulamasında, davacının bu seçimlik hakkını davanın başında, henüz davalıya ait defter ve belgelerin mahkemeye sunulmasından önce kullanması gerektiği ifade edilmektedir. İşbu çalışma kapsamında aksi yöndeki Bölge Adliye Mahkemesi kararı inceleme altına alınarak, yerleşik içtihat çerçevesinde seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkin sorunlar incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Yoksun Kalınan Kazanç, Sınai Mülkiyet Kanunu, Tazminat, Ön Sorun, Ön İnceleme.

Abstract

Article 151 of the Industrial Property Code No. 6769 (IPC) governs the calculation of lost profits in lawsuits that the right holder may bring. The article offers three alternative methods for the plaintiff to calculate the compensation for the loss of profits. However, it is not clear when and how the plaintiff may exercise the optional right provided in the article. The legislator has only set forth that the plaintiff will select one of these discretionary rights. Following the precedents set by the Court of Cassation, the plaintiff should exercise the right to choose at the beginning of the proceedings, before the defendant presents their register or account book and documents to the court. This study examines the issues surrounding when to exercise this right, in light of the contrary decision of the Regional Court of Appeal and established case law.

Keywords

Lostprofit, Industrial Property Code, Compensation, Preliminary Problem, Preliminary Examination.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 13.04.2024 / Kabul Tarihi: 22.07.2024).

Bu makale, Turan Kocakaya ve Duru Helin Ozaner tarafından 30.11.2023 tarihinde Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Araştırmaları Merkezi ile T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı Türk Patent ve Marka Kurumu işbirliğinde düzenlenen "V. Fikri Mülkiyet Hukuku Uluslararası Sempozyumu"nda tebliğ olarak sunulmuştur.

^(**) Avukat, İzmir Barosu;
İzmir Ekonomi Üniversitesi, Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, İzmir - Türkiye,
(E-posta: turankocakaya@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-9379-3414).

^(***) Avukat, Ankara Barosu, Ankara - Türkiye,
(E-posta: ozanerduruhelin@gmail.com, ORCID ID: 0009-0001-7081-2288).

Atıf/Citation: Kocakaya, Turan & Ozaner, Duru Helin (2024), "Yoksun Kalınan Kazanç Hesap Yöntemine İlişkin Seçimlik Hakkın Ne Zaman Kullanılacağı Sorunu", TFM, C: 10, S: 2, s. 279-296.

I. İNCELEME KONUSU KARAR

A. İNCELENEN YARGI KARARI METNİ

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi'nin 12.05.2023 tarihli 2023/675 E. 2023/772 K. sayılı ilamı¹.

-KARAR-

Davacı, adına tescilli markanın ayırt edilemeyecek kadar veya en azından iltibas ya da iltibas tehlikesi yaratacak derecedeki benzerinin, izin ve onayı alınmaksızın davalı tarafından kullanıldığı, tescilli markadan kaynaklanan hakların ihlal edildiği iddiasıyla eldeki davayı ikame etmiştir. Dava dilekçesinde davalı iş ve işlemlerinin marka ihlali ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine; ihlal ve haksız rekabetin ref'i ile men'ine; yaratılan olumsuz maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasına; 6769 sayılı SMK'nın 150/3 maddesi gereğince davalılar tarafından marka ihlali ve haksız rekabetin gerçekleştirildiği süreç boyunca davacıya ait markanın ihlali nedeniyle ve bu ihlal neticesinde elde ettikleri kazancı gösterir bilgi ve belgeleri sunmaları yönünde ara karar kurulmasına; maddi ve manevi tazminatın ihlal ve haksız rekabet eylemlerinin gerçekleştiği tarihten itibaren faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesi talep edilmiştir.

Davalı ise gerçekleştirdiği eylemlerin ihlal niteliğinde olmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Dava dilekçesinde uğramış olunan zararın tespiti için, davalı yanın marka ihlali ve haksız rekabetin gerçekleştirdiği süreç boyunca, davacıya ait markanın kullanımları ve kullanım sonucu elde ettikleri kazancı gösterir bilgi ve belgeleri sunmalarına karar verilmesini ilişkin talep ile haksız rekabete ilişkin talep İlk Derece Mahkemesi tarafından dikkate alınmamış olup; davacı yana marka hakkına tecavüzden kaynaklı maddi tazminat talepleri yönünden seçimlik hakkını sunmak üzere iki haftalık kesin süre verilmiştir. İlk derece mahkemesi tarafından davacıya verilen kesin süre içerisinde davacı seçimlik hakkını kullanmamıştır. Bunun üzerine İlk Derece Mahkemesi SMK'nın 151/2-a-b-c fıkralarında belirtilmiş hesap yöntemlerinden birini seçmeyerek davacının talebini somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getir-

mediğinden bahisle tazminat davası usulden reddedilmiştir.

Davanın usulden reddine ilişkin karar davacı yan tarafından istinaf edilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesince yapılan inceleme neticesinde maddi tazminat yönünden seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin hususun tahkikata yönelik işlemlerden olduğu ve bu nedenle ilk derece mahkemesince bu hususun ön inceleme duruşmasından ve tarafların uyumsuzluk konularının tespitinden önce değerlendirilmesinin usul ve yasaya uygun olmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu hususun yanı sıra, SMK 150/3 maddesinde; "... açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, snai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebileceği..." hükmü gereğince davacı vekilinin, dava dilekçesinde; SMK 150/3 maddesi gereğince, zarar miktarının belirlenebilmesi için, davalı tarafın marka ve telif hakkının ihlali nedeniyle ve bu ihlal neticesinde elde ettikleri kazancı gösterir tüm bilgi ve belgeleri sunmasına karar verilmesini talep ettiğinin, ilk derece mahkemesinin bu hususta olumlu olumsuz karar vermeden davacı vekiline tazminat yönünden seçimlik hakkını kullanması için muhtıra tebliğ edildiği, ön inceleme duruşmasından önce tahkikata yönelik olarak yapılan bu işlemin usul ve yasaya uygun olmadığı, mahkemenin eksik inceleme ile karar verdiği belirtilerek davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne ve ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına HMK'nın 353/1-a-6 maddesi gereğince kesin olarak karar verilerek, dosya yargılamaya kaldığı yerden devam edilmek üzere İlk Derece Mahkemesine gönderilmiştir.

B. BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ KARARI ÇERÇEVESİNDE İNCELENECEK HUKUKİ SORUN

Bölge Adliye Mahkemesi kararı ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları çerçevesinde, bu çalışma kapsamında incelenecek sorun; SMK'nın 151/2 maddesi kapsamında davacı tarafça yoksun kalınan kazanç hesaplamasına yönelik gerçekleştirilecek seçimlik hak kullanımının, davalı tarafın elde ettiği kazancı gösterir bilgi ve belgelerin mahkemeye su-

¹ UYAP Karar Arama, <<https://emsal.uyap.gov.tr>> s.e.t. 13 Nisan 2024.

numundan sonra gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği ile bu seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkindir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararı, yerleşik Yargıtay uygulamasından farklılaşması yönüyle seçilmiş olup, kararın incelenmesi için aşağıda; ilgili mevzuatın, seçimlik hakka etkisi olabilecek davacı yetkiler, yerleşik içtihat ve doktrin incelenmiş olup, bu yönde kapsamlı bir inceleme yapılmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, her ne kadar davacı tarafça haksız rekabet talepleri de ileri sürülmüş ve fakat mahkemece bu husus göz ardı edilerek eksik inceleme ile hatalı karar verilmişse de, işbu makalenin konusu seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkin olduğundan bu hususta detaylı açıklamalara yer verilmemiştir.

II. YARGI KARARININ İNCELENMESİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. İLGİLİ MEVZUATIN TESPİTİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ

SMK m.151/2 çerçevesinde düzenlenen yoksun kalınan kazanca ilişkin seçimlik hakkın kullanılması, incelenen istinaf kararı, yerleşik içtihat ve doktrin göz önünde bulundurulduğunda birden çok mevzuat hükmünü, özellikle usule ilişkin hükümleri ilgilendiren bir meseledir. Bu çerçevede seçimlik hakka ilişkin sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için bu düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir.

SMK'nın 150/3 maddesiyle kanun koyucu ihlal iddiasında bulunan hak sahibinin yoksun kalınan kazanca ilişkin Kanun'un seçenek olarak sunduğu hesaplama yöntemlerinden birini tercih ederken mütecevazin elindeki belgelere ihtiyaç duyabileceğini ve seçimini buna göre yapabileceğine göz önüne almış ve ilgili maddeyle hak sahibine tazminat davasından önce, delil tespiti isteminde ya da açılmış tazminat davasında zarar miktarının belirlenebilmesi açısından mahkemeden davalının zararın belirlenmesine yarar sağlayacak belgeleri sunması yönünde karar verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. İlgili maddeyle düzenlenen ve hak sahibinin açılmış tazminat davasında bu hakkı talep edebileceğine ilişkin hüküm açılmış davada bu talebin hangi aşamada ileri sürüleceği hususunda önem arz etmektedir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 119/1-f maddesi gereğince dava dilekçesinde "İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği" açıkça belirtilmelidir. Davacının delilleri genel olarak belirtmesi yeterli kabul edilmemekte, hangi delillere dayandığının açıkça belirtilmesi gerekmektedir². Davacı yan tarafından somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, hakim in davayı aydınlatma ödevi kapsamında söz konusu eksikliğin giderilmesi için ön inceleme aşamasında davacıya kesin süre vermesi isabetli olacaktır. Dilekçelerin karşılıklı sunulmasıyla birlikte, mahkeme, HMK'nın 137. maddesi uyarınca ön inceleme aşamasında dava şartlarını ve ilk itirazları değerlendirerek, uyuşmazlık konularını belirleyebilir, tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gerekli işlemleri yapabilir durumda olacaktır³.

Belgelerin birlikte verilmesi başlıklı HMK'nın 121. maddesi ise "Dava dilekçesinde gösterilen ve davacının elinde bulunan belgelerin asıllarıyla birlikte harç ve vergiye tabi olmaksızın davalı sayısından bir fazla düzenlenmiş örneklerinin veya sadece örneklerinin dilekçeye eklenerek, mahkemeye verilmesi ve başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar için de bunların bulunabilmesini sağlayıcı açıklamanın dilekçede yer alması zorunludur." hükmünü haizdir. İlgili madde gereğince davacının dava dilekçesinde hem delillerini göstermesi hem de başka yerlerden getirtilecek belgelerle ilgili ve bu belgelerin nereden temin edileceğine dair açıklamalarına yer vermesi zorunludur. Dava dilekçesinde davacı yan tarafından delil olarak gösterilen ancak mahkemeye sunulmayan belgeler ile başka yerlerden getirtilecek belgeler hakkında davacı yan tarafından gerekli açıklamalarda bulunmaması halinde HMK'nın 139/5 maddesi gereğince mahkeme tarafından söz konusu eksikliğin tamamlanması için davacıya iki haftalık kesin süre verilmesi gerekmektedir. Bu süre içinde davacı yanın eksikliği tamamlamaması durumunda HMK'nın 140/5 maddesi gereğince mahkeme davacının o delile dayanmaktan vazgeçtiğine karar verecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, dava sebebi olarak gösterilen vakıalar ve delillerin dilekçede yer

² Hakan Pekcanitez, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt II (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2017) 1138.

³ Pekcanitez (n2) 1140.

almaması halinde mahkeme re'sen inceleme ve tespit yapamayacaktır, bu eksikliğin en geç ön inceleme aşamasına geçilmeden, cevaba cevap dilekçesinde tamamlanmaması halinde somutlaştırma yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacının aleyhte sonuca katlanması kaçınılmaz olacaktır⁴.

HMK'nın 119/1-f, 129/1-e, 129/2, 318 maddelerinde yer alan düzenlemeler gereğince taraflar iddia ve savunmalarının dayanağı olan delillerini dilekçelerinde göstermek zorundadır ve dahası tarafların elinde olmayan delillerle ilgili nerede bulduklarına ilişkin mahkemeye bilgi verilmesi gerekmektedir. Taraflar dilekçelerinde açık bir şekilde belirtmedikleri ve dayanmadıkları delillere ön inceleme aşamasında gösteremezler. Dilekçelerinde belirtmiş oldukları ancak henüz mahkemeye sunmadıkları belge ve dokümanları ön inceleme aşamasında sunabilecekleri gibi, ön incelemede hakim tarafından verilecek iki haftalık kesin süre içinde de mahkemeye sunabilirler. Diğer bir anlatımla dava dilekçesinde deliller belirtilmiş ve fakat bunların hangi vakıalara ilişkin olduğuna dair açıklama yapılmamışsa, diğer bir deyişle somutlaştırma yükümlülüğü yerine getirilmemişse mahkeme bu eksikliği HMK'nın 31/1 maddesinde hüküm altına alınmış hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde giderebilecektir. Bunun yanı sıra, tarafların ellerinde bulunmayan ancak nerede bulunduğu hakkında bilgi verdikleri belgelerin mahkeme tarafından tahkikat başlamadan önce toparlanması ve ilgili yerlerden getirilmesi gerekir⁵.

HMK'nın 190. maddesi ile 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince "... taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür". HMK'nın 194. maddesinde ise "Taraflar dayandırdıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır". Somutlaştırma yükümlülüğü kural olarak iddia yükünü taşıyan taraftadır. Ne var ki, bazı durumlarda taraflar somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirebilmek için karşı yanın yardımına ihtiyaç duyabilirler. Bu gibi durumlarda karşı yanın vakıaların aydınlatılmasına katılma yükümlülüğü bulunmaktadır⁶.

Yerleşik içtihadta vurgulanan bir diğer konu ise iddia edilmeyen bir husus hakkında ispat faaliyetinin de söz konusu olmayacağıdır. İddia yükünün dilekçeler teatisi aşamasında yerine getirilmemesi halinde esasa ilişkin bir inceleme yapılmaksızın davanın iddia yükü yerine getirilmediğinden bahisle usulden reddi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, davacı yan dava dilekçesinde birtakım iddialar öne sürmekle birlikte bu iddialar somut ve açık değilse somutlaştırma yükünün yerine getirilmediğinden bahsedilecektir. İddia yükünde ortada herhangi bir vakıa mevcut değildir, somutlaştırma yükümlülüğünde ise vakıa mevcuttur, ne var ki bu vakıa açık ve somut değildir. Somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ile iddia yükünün gereğinin yapılmamasının sonuçları birbirinden farklı olduğu da kararda ayrıca vurgulanmıştır. Somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde HMK madde 31 gereğince hakimin davayı aydınlatma ödevi dikkate alınmalıdır⁷.

HMK'nın Belirsiz Alacak Davası başlığı altında düzenlenen 107. maddesinde yer alan "*Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve aşgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*" düzenlemesi de incelenen konu açısından önem arz etmektedir. Nitekim yoksun kalınan kazancın hesap yöntemlerine ilişkin seçimlik hakkın kullanımı doğrudan doğruya talep sonucunu da etkileyecek olup, bir kez seçim yapıldıktan sonra belirsiz alacak hükümleri çerçevesinde herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın değiştirilebilir olup olmadığı tartışma konusudur.

HMK'nın 176 vd. maddeleri gereğince taraflardan her biri karşı tarafın yahut hâkimin onayına bağlı olmaksızın tahkikatın sona ermesine kadar bir

⁴ Pekcanitez (n2) 1161.

⁵ Pekcanitez (n2) 1292.

⁶ Pekcanitez (n2) 1685.

⁷ Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin 14.10.2014 tarih 2014/19856 E. ve 2014/27673 K. sayılı kararında da iddia yükü ile somutlaştırma yükünün farklı hususlara ilişkin olduğu ve farklı sonuçlar doğurduğu belirtilerek dava dilekçesinde hiçbir vakıa ve iddiaya yer verilmemesi halinde iddia yükünün yerine getirilmediğinden; vakıaların bir kısmı belirtilmekle birlikte bu vakıaların somut ve açık bir şekilde gösterilmemesi ve delillerle ilişkilendirilmemesi halinde ise somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden bahsedilmektedir. Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 13 Nisan 2024.

defaya mahsus olmak üzere yargılama süresince yaptığı tüm usul işlemlerini tamamen veya kısmen ıslah edebilir. Yukarıda bahsedilen HMK'nın 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davası ile dava tarihinde alacak miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı hallerde alacaklıya ortalama bir dava değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açma hakkı verilmiştir. İlgili Kanun maddesinin 2. fıkrasında “*Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden verilecek iki haftalık kesin süre içinde davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir.*” hükmü yer almaktadır. Bu noktada ıslah işleminin taraflara tüm usuli işlemlerle ilişkin ıslah hakkı tanıdığı, belirsiz alacak davasının ise alacaklıya yalnızca alacak miktarını iddianın genişletilmesi yasağından bağımsız bir şekilde tam ve kesin olarak belirleme hakkı tanıdığı önem arz etmektedir.

B. HESAPLAMA YÖNTEMLERİ VE SEÇİMLİK HAKKA ETKİSİ

İncelemeye konu yargı kararının ve işbu çalışmanın temel konusu yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemi konusunda davacının seçimlik hakkını ne zaman kullanacağıdır. O halde, davacının bu seçimlik hakkı ne zaman ve ne şekilde kullanabileceği konusunu tartışırken, göz önünde bulundurulması gerekli bir diğer husus da hesaplama yöntemlerinin niteliği ve her bir yöntem için gerekli olan delillerdir. Nitekim seçimlik hakka konu olan hesaplama yöntemleri arasındaki benzerlik ve farklılıklar seçimlik hakkın kullanım şekli ve zamanına da etki ettiği ifade edilmektedir⁸. Bu sebeple, seçimlik hak kapsamında, davacıya tanınan hesaplama yöntemleri ve seçimlik hakkın kullanılmasına etkisi açıklanacaktır.

1. Hesaplama Yöntemleri

SMK m.151/2 kapsamında yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı ola-

rak; “*a) sınavi mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edeceği muhtemel gelir, b) sınavi mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, c) Sınavi mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli*” olarak belirtilen değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanmaktadır. Davacı tarafça bu hesaplama yöntemlerinden birinin tercih edilmesi gerekmekte olup⁹, yoksun kalınan kazancın hesabı için farklı yöntemin tercihi mümkün değildir¹⁰.

Bu hesaplama yöntemlerinin detayları kanun ile düzenleme altına alınmamış olup, uygulamaya bırakılmıştır. İşbu çalışma kapsamında bu hesaplama yöntemleri genel olarak ifade edilecek ve hesaplama yöntemleri için hangi belge ve bilgilerin gerektiği hususlarına yer verilecektir.

⁹ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3094; Coşku Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi* (Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2011) 65; Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınevi Ankara 2012) 371; İlhami Güneş, *Uygulamalı Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2021) 497; Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku* (Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2021) 1013; İlhami Güneş, *Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020) 342; Tahir Saraç, *Patentten Doğan Hakta Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2003) 274; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2012) 501, 646; Ahmet Tamer, *Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları* (Bilge Yayınevi Ankara 2013) 38; Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2024) 210; Uğur Çolak *Türk Patent Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2022) 1052; Cahit Suluk ve Ali Orhan, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2008) 541; Hakan Karan ve Mehmet Kılıç, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Türhan Kitabevi Ankara 2004) 521; Sabih Arkan, *Marka Hukuku Cilt II* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 553, Ankara 1998) 248; Bedriye İlikiz Tuana Taşkın, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024) 142; Fatih Aydın, “Sınavi Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat” [2017] 133 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 545.

¹⁰ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 371; Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3094; Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mü-talaalar, Bilirkişi Raporları III* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2008) 5; Tekinalp (n9) 501, 646; Karan ve Kılıç (n9) 521; Hamdi Yasaman, ‘Sınavi Mülkiyet Haklarından Doğan Hukuk Davaları’ Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarlan (ed), *Türkiye Adalet Akademisi Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Ankara 2020) 324; Güneş, *Marka* (n9) 497; Çolak, *Marka* (n9) 1010-1011; Güneş, *Patent* (n11) 342; Saraç (n9) 274; Tamer (n9) 38; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 210; Çolak, *Patent* (n9) 1053; Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2014) 471; Suluk ve Orhan (n9) 54; Karan ve Kılıç (n9) 521; Tuana Taşkın (n9) 143; Aydın (n9) 545.

⁸ Hamdi Yasaman ve Tolga Ayoğlu ve Fülurya Yusufoglu Bilgin ve Pınar Memiş Kartal ve Sinan H. Yüksel ve Zeynep Yasaman, *Sınavi Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Cilt III (Seçkin Yayıncılık Ankara 2021) 3095, 3098.

a. Sınai Mülkiyet Hakkına Tecavüz Edenin Rekabeti Olmasaydı, Hak Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelir

Bu hesaplama yöntemi çerçevesinde, sınai mülkiyet hakkı sahibinin, mütecavizin haksız fiili ve dolayısı ile rekabeti olmasaydı elde edebileceği muhtemel gelirin hesaplanmasını amaçlamaktadır. Bu çerçevede sınai mülkiyet hakkı sahibinin bu hesaplama yönteminde hak sahibinin temel olarak iki şekilde zararı olduğu ifade edilmektedir; a) malvarlığında meydana gelmesi muhtemel artışın yokluğu (soyut/pasif zarar), b) malvarlığında meydana gelen azalma (somut/aktif zarar)¹¹.

Bu hesaplama yönteminde, mahkemelerce sınai mülkiyet hakkı sahibinin ticari kayıt ve defterleri, hak sahibinin tecavüz fiili öncesi ile tecavüz sonrası kar oranları arasındaki karşılaştırmalar ve mütecavizin ticari defterleri incelemeye konu olmaktadır¹². Taraflarca sunulan bu delillerin incelenmesinde SMK m.151 çerçevesinde sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi ve marka ise tanınmışlık durumu, tecavüz sırasındaki lisansların sayısı gibi etkenler de dikkate alınmaktadır. Nitekim bu hususlar sınai mülkiyet hakkının ticari defterlerde yer alan kazanca etkisinin ölçülebilmesi için elzemdir.

b. Sınai Mülkiyet Hakkına Tecavüz Edenin Elde Ettiği Net Kazanç

İkinci hesaplama yönteminde, mütecavizin elde ettiği net kazancın belirlenmesine yöneliktir. Madde gerekçesinde net kazancın kâr olduğu hususuna da özellikle yer verilmiştir¹³. Madde metninde, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin, bu tecavüz eylemi dolayısıyla elde ettiği net kazanç olarak tanımlanmıştır. Kanun gerekçesinde bu hususa ilişkin olarak, önceki düzenlemede sınai mülkiyet hakkının katkısı oranında tazminata hükmedildiği ve bu durumun

¹¹ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3101; Tuana Taşkın (n9) 131.

¹² Kemal Atasoy, 'Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması' Vol. 1, S. 1 [2015] Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 38; Saraç (n9) 295; Çolak, *Patent* (n9) 1058 vd.; Arkan (n9) 247; Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi Ankara 2013) 128 (Çağlar, burada yalnızca sınai mülkiyet hakkı sahibinin verilerinin kullanılacağını ifade etmektedir); Tuana Taşkın (n9) 146; Yargıtay HGK 01.07.2021 Tarih, 2017/11-29 E. ve 2021/896 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr> > s.e.t. 06 Haziran 2024).

¹³ 6769 sayılı kanun m.151 gerekçesi.

düşük tazminatlara hükmedilmesine yol açması gösterilerek, tazminat sorumluluğunun daha etkin hale getirilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Bu hesaplama yönteminde, mahkemece sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin ticari kayıt ve defterleri üzerinde inceleme yapılacak ve bu defterler üzerinden kazanç belirlenerek sınai mülkiyet hakkının bu kazanca etkisi hesaplanacaktır¹⁴. Taraflarca sunulan bu delillerin incelenmesinde SMK m.151 çerçevesinde sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi ve marka ise tanınmışlığı, mütecavizin kazanca etkili olan marka dışındaki eylemleri¹⁵, tecavüz sırasında davacı markasına ait lisansların sayısı gibi etkenler de dikkate alınmaktadır. Nitekim bu hususlar sınai mülkiyet hakkının ticari defterler de yer alan kazanca etkisinin ölçülebilmesi için elzemdir.

c. Sınai Mülkiyet Hakkına Tecavüz Edenin Bu Hakkı Bir Lisans Sözleşmesi ile Hukuka Uygun Şekilde Kullanmış Olması Halinde Ödemesi Gereken Lisans Bedeli

SMK'da yer alan son hesaplama yöntemi olan bu yöntem doktrinde lisans örneklemesi olarak da adlandırılmaktadır¹⁶. Bu hesaplama yönteminde sınai mülkiyet hakkı sahibinin yahut bu hakka tecavüz edenin kazançlarına bakılmamakta olup, arada farazi bir lisans sözleşmesi olsa idi bu lisans bedelinin miktarının ne olacağı üzerinde durulmaktadır.

Bu hesaplama yöntemine göre tazminat belirlenirken davacı tarafca sunulacak örnek lisans sözleşmeleri, somut olayın özellikleri ve şartları, sınai mülkiyet hakkı sahibinin ticari defterleri, sınai mül-

¹⁴ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3102; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 327; Güneş, *Marka* (n9) 487-488; Atasoy (n12) 39; Orhan Sekmen, 'Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi' C. 14, S. 2 [2015] İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 98; Saraç 29; Çolak, *Patent*, 1065; Suluk ve Orhan (n9) 543; Tuana Taşkın (n9) 148; Yargıtay HGK 01.07.2021 Tarih, 2017/11-29 E. ve 2021/896 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, < <https://kazanci.com.tr> > s.e.t. 06 Haziran 2024).

¹⁵ Gönen (n9) 70-71; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 397; Güneş, *Marka* (n9) 504 vd.; Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3102; Sekmen (n16) 98; Saraç (n9) 288; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 217; Çolak, *Patent* (n9) 1065; Suluk ve Orhan (n9) 542; Karan ve Kılıç (n9) 521; Tekinalp (n9) 502, 647; Çağlar (n12) 129; Tuana Taşkın (n9) 148-149; Aydın (n9) 558.

¹⁶ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3103; Atasoy (n12) 41; Saraç (n9) 288; Karan ve Kılıç (n9) 521; Tekinalp (n9) 502; Tuana Taşkın (n9) 149; Aydın (n9) 559.

kiyet hakkına tecavüz edenin ticari defterleri ile üretim ve satış kapasitesi, emsal lisans sözleşmeleri gibi unsurlar dikkate alınmaktadır¹⁷. Taraflarca sunulan bu delillerin incelenmesinde SMK m.151 çerçevesinde sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi ve marka ise tanınırlık durumu, tecavüz sırasındaki lisansların sayısı ve bedelleri gibi etkenler de dikkate alınmaktadır. Nitekim bu hususlar sınai mülkiyet hakkının ticari defterlerde yer alan kazanç etkisinin ölçülebilmesi için elzemdir.

2. Hesaplama Yöntemi Seçiminin Hukuki Mahiyeti ve Hakkın Kullanımına Etkileri

SMK m.151'de esasen herhangi bir dava veya talep türü düzenlenmemekte olup, yalnızca SMK m.150 kapsamında talep edilebileceği düzenleme altına alınan tazminat talebinin bir unsuru olan yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik hak sahibine tanınan seçimlik hakları belirtilmektedir. Bununla birlikte bu seçimlik hakkın niteliğine yönelik birçok fikir ve tartışma bulunmakta olup, bu tartışmalar kısaca özetlenmektedir.

a. Türk Hukukunda Hakkın Niteliğine İlişkin Tartışmalar

Bir görüşe göre davacının bu seçiminin hukuk önünde yenilik doğuran bir işlem olduğu mütalaa edilmektedir¹⁸. Bu çerçevede bu seçimlik hakların her birinde dayanılan vakıa ve delillerin de farklılaştığı ifade edilmekte olup, bu anlamda seçim ile birlikte tazminat yükümlülüğünün içeriğinin belirlenmesi söz konusu olacaktır¹⁹. Seçim hakkının yenilik doğuran bir işlem olduğunun kabulü halinde, HMK m.119 gereğince davacı tarafça yapılacak seçimin dava başında mahkemeye bildirilmesinin gerekli olduğu ve sonradan da ıslah ile dahi değiştirilmesinin mümkün olmadığı sonucu ortaya çıkacaktır²⁰. Nitekim yenilik doğuran haklar kural olarak kullanılmakla tükenen

haklardandır²¹. Gelişen anlayışlar çerçevesinde ise; muhatabın rızası²², irade sakatlığı halleri²³, muhataba ulaşmadan beyanın geri alınması²⁴, seçimlik olarak birden fazla yenilik doğuran hakka sahip olunması halinde, muhatabın seçim yapılan hakkın kullanımına itiraz etmiş olması²⁵ hallerinde yenilik doğuran hakkın kullanıldıktan sonra geri alınabileceği yahut değiştirilebileceği ifade edilmektedir²⁶. Ayrıca Yasaman bu hakkı yenilik doğuran seçimlik hak olarak nitelermekteyse de davacının ıslah yoluyla seçimlik hakka ilişkin seçimini değiştirebileceğini²⁷ ve dahi davada terditli olarak ileri sürülebileceğini ileri sürmektedir²⁸. Hesap yöntemlerinin terditli olarak ileri sürülebileceğine ilişkin doktrinde başkaca bir görüşe ve içtihata da rastlanmamıştır. Öte yandan Uzunallı'ya göre kanun ile öngörülen bu hesaplama yöntemleri birbirinden bağımsız talepler olmayıp, aynı temele dayalı farklı hesaplama olanaklarıdır²⁹.

²¹ Vedat Buz, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları Ankara 2005) 443.

²² Buz (n21) 447 vd. Yenilik doğuran haklarda muhatap, iradenin varması gereken kimseyi işaret etmektedir. Ancak hesap yöntemlerine ilişkin açıklamanın mahkemeye yapılacağı ve fakat bundan mahkemenin değil davalı tarafın etkileneceği göz önüne alındığında bu hususun davalının rızası olarak anlaşılması daha isabetli olacaktır.

²³ Buz (n21) 453.

²⁴ Buz (n21) 452. Burada hesaplama yöntemlerine ilişkin seçim kararının kime ulaşması gerektiği tartışma konusu olabilir. Nitekim kanun koyucu bu açıklamanın mahkemeye yapılmasını düzenleme altına almışsa da hukuki durumu etkilenecek olan kişi davalıdır. Bu çerçevede tazminat hesabı yöntemi seçimine ilişkin açıklamasının davalıya mı yoksa mahkemeye mi varmadan önce geri alınabileceği hususu tartışma konusu olabilecektir. Kanaatimizce her ne kadar bu açıklama mahkemeye yapılıyor olsa da, mahkemenin değil davalının menfaati etkileniyor olacağından bu açıklamanın davalıya varmadan önce davacı tarafça değiştirilebileceği hususu savunulabilecektir.

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz (n21) 454 vd. Bu hususun SMK m.151 kapsamındaki yöntemler yönünden uygulanabilir olup olmadığı tartışılabilir. Nitekim hemen her davada davalı tarafça ihlal olmadığı yönünde bir savunma gerçekleştirilmekte olup, tüm talepler yönünden davaya itiraz edilmektedir. Bu sebeple, kanaatimizce davacının bu hususa dayanmak suretiyle seçim yöntemini değiştirebilmesi ancak davalının açıkça hesaplama yöntemi seçimine itiraz etmesi halinde mümkün olabilmelidir.

²⁶ Yenilik doğuran hakların geri alınması ve değiştirilebilmelerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Buz (n21) 443 vd.

²⁷ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095; Yasaman, *Tazminat* (n10) 5; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325.

²⁸ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3099; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325.

²⁹ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 371; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 209-210; Karan ve Kılıç (n9) 520.

¹⁷ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3094; 3104-3105; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 420; Güneş, *Marka* (n9) 488; Sekmen (n16) 98; Saraç (n9) 289-290, 295; Çolak, *Patent* (n9) 1072 vd.; İlhami Güneş, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020) 414; Tuana Taşkın (n9) 150; Aydın (n9) 561.

¹⁸ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325; Güneş, *Marka* (n9) 487; Atasoy (n12) 36; Çolak, *Patent* (n9) 1070.

¹⁹ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095, 3098.

²⁰ Yasaman, *Tazminat* (n10) 5; Güneş, *Haksız Rekabet*, (n17) 487.

Bir başka tartışma alanı da hesap yöntemlerden birinin seçiminin HMK m.119.(1).ğ bendinde yer verilen talep sonucunun belirtilmesi ile ilgili olup olmadığıdır. Bu tartışma, hesap yöntemine ilişkin davacı tarafça yapılan seçimin dava süresince değiştirilip değiştirilemeyeceği konusu ile de yakın bir ilişki içerisinde. Bir görüşe göre, hesap yöntemlerinden birinin seçiminin talep sonucunu etkileyeceği ve de bu sebeple dava başında bu yöntemlerden birinin seçilmesi gerektiği ve dava süresince de ancak ıslah ile değiştirilebilecektir³⁰. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre hesaplama yönteminin değiştirilmesi ile talep sonucunun değişmeyeceği ifade edilmektedir³¹. Ayrıca bu görüşe göre, hesaplama yönteminin değiştirilmesi ile talep sonucu tazminat miktarı değişse dahi, HMK m.107 kapsamında bu davalar belirsiz alacak davası olarak açıldığından, talep sonucu tahkikatın tamamlanmasına kadar değiştirilebilmekte olup, hesap yöntemlerine ilişkin bu seçim de dava süresince davalı tarafın rızasından bağımsız olarak serbestçe değiştirilebilecektir³².

³⁰ Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095; Yasaman, *Tazminat* (n10) 5. Yasaman her ne kadar 2008 tarihli derlemelerinden oluşan eserinde yer alan Tazminat makalesinde tazminat miktarının değişmesinin söz konusu olmaması hallerinde yargılama sırasında seçilen yöntemin değiştirilebileceğini ifade etmişse de, sonraki tarihli çalışmasında (Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095, bkz. 28 no.lu atıf) bu görüşe yer vermemiş olduğundan bu görüşünü değiştirdiği sonucuna ulaşılmaktadır; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 325; Güneş, *Marka* (n9) 497; Çolak, *Marka* (n9) 1014; Güneş, *Patent* (n9) 342; Çolak, *Patent* (n9) 1052, 1053 (Çolak her ne kadar dava dilekçesi ile davanın başında bu seçim hakkının kullanılması gerektiğini ifade etmişse de, hangi gerekçe ile olduğunu ifade etmemiştir; Güneş, *Haksız Rekabet* (n17) 414; Tuana Taşkın (n9) 145; Aydın (n9) 549.

³¹ Uzunallı, *Marka Hukuku* (n11) 372. Buna karşılık Yasaman, seçim hakkının değiştirilmesinin yalnızca müddeabihe ilişkin değil HMK m.176 çerçevesinde tarafların usul işlemlerinin ıslahına ilişkin de olduğu ve bu çerçevede müddeabih değişmesi dahi dayanılan vakia ve delillerin değiştirilebilmesi için ıslah yolunun kullanılması gerektiğini ifade etmektedir (Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3095).

³² Uzunallı, *Tazminat* (n11) 372; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n9) 210; Çağlar (n11) 127. Hesaplama yöntemi seçiminin belirsiz alacak davasından bağımsız olarak dava sırasında değiştirilebileceğini savunan görüşler için bkz. Arkan (n9) 245; Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 520; Güneş, *Marka* (n9) 487; Atasoy (n12) 36; Saraç (n9) 275; Gönen (n9) 66; Suluk ve Orhan (n9) 541; Kutlu Oyaç, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli* (Nobel Kitabevi Ankara 2002) 3231; Tuana Taşkın (n9) 143. Aydın'a göre, hesaplama yöntemi seçiminin talep sonucu ile bir ilgisi yoktur, dolayısı ile HMK m.107 kapsamındaki davacı yetkisinin bu seçime herhangi bir etkisi bulunmamaktadır (Aydın (n9) 548-549).

Bir diğer tartışma konusu ise seçimlik hakkın davacı tarafça dava dilekçesinde açıkça kullanılmamasının davacının talebinde belirsizlik yarattığı ve bu hususun HMK m.31 kapsamında hakimin davayı aydınlatma yükü kapsamında davacıya hangi seçimlik hakkı seçtiğini açıklattırarak gidermesi gerektiği ifade edilmektedir³³. Karşı görüşe göre ise mahkemece verilecek karardan önce hesap yöntemi tercihinin gerçekleştirilmesi yeterli olmalıdır³⁴.

Doktrinde ileri sürülmesi de seçimlik hakkın kullanımının hukuki sebeplerin mahkemeye sunulması olarak değerlendirilebilir olup olmadığının da tartışılması gerektiği düşünülmektedir. Bu yönden bakıldığında HMK m.119 çerçevesinde, dava dilekçesinde bulunması gerekli hususlara arasında 1. fıkranın g bendi ile hukuki sebeplerin de dava dilekçesinde yer alması gerektiği bildirilmiştir. O halde, davacının SMK m.151'de yer alan üç bentten hangisine dayanılarak davanın ikame edildiği hususunun da açıkça mahkemeye bildirilmesi gerektiği sonucu çıkarılabilecektir. Bununla birlikte, HMK m.119'da hukuki sebeplerin bildirilmemesine yönelik herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır. Özkes tarafından savunulan görüşe göre, dava dilekçesinde hukuki sebep bildirmek zorunlu olup, kanunda belirtilmese dahi vakıaların bildirilmemesi ile aynı hukuki sonuçların ortaya çıkması gereklidir³⁵. Bu görüş savunulduğu takdirde, mahkemece davacıya HMK m.119/2 uyarınca eksikliklerin tamamlanması için 1 haftalık kesin süre verilecek, davacı tarafça bu eksikliğin süresi içerisinde tamamlanmaması halinde davanın açılmamış sayılacağına karar verilecektir.

Uygulamada davacı tarafça seçimlik haklardan hangisine dayanıldığı mahkemeye açıkça bildirilmemişse yerleşik uygulamada davacıya talebinin iki haftalık süre içerisinde açıklanması için süre veril-

³³ Gönen (n9) 65; Güneş, *Marka* (n9) 486; Yasaman, *SMK Şerhi* (n8) 3096; 3097-3098; Çolak, *Marka* (n9) 1013; Güneş, *Patent* (n9) 342; Uzunallı, *Marka Hukuku* (n11) 210; Çolak, *Patent* (n9) 1052; Aydın (n9) 546. Aydın aynı sayfada dava dilekçesinde hangi hesap yönteminin seçildiğini belirtme zorunluluğunun mevcut olmadığını bunun önünde SMK m.150/3'te yer alan talebin olduğunu ifade etmektedir (Aydın (n9) 546).

³⁴ Çağlar (n12) 127.

³⁵ Muhammet Özkes, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur' Osman Berat Gürzumar (ed) *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin Yayınları Ankara 2009) 779.

mektedir³⁶. Bu çerçevede seçimlik hakkın kullanımının mahkemelerce; davanın dayanağı olan vakıalara, delillere ve hukuki sebeplere ilişkin olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bunun yanında uygulamada gerçekleştirilen açıklama yapılması için kesin süre verilmesi ve açıklama yapılmaması halinde davanın usulden reddedilmesi kararları, mahkemelerce bu seçimin dava şartı olarak değerlendirilip değerlendirilmediği sorusunu da ortaya çıkarmaktadır. Nitekim HMK m.115/2 uyarınca mahkeme tamamlanabilir dava şartının varlığı halinde davacıya dava şartını tamamlaması için kesin süre verebilmekte ve bu süre içerisinde tamamlanmaması halinde davayı usulden reddedebilmektedir. Yoksun kalınan kazanç hesap yöntemlerini düzenleyen SMK m.151'in lafzına bakıldığında bu hususun dava şartı olmadığı açık olup, doktrinde de bu seçimin dava şartı niteliğine ilişkin herhangi bir tartışma bulunmamaktadır.

b. Avrupa Birliği ve Alman Hukukunda Yer Alan Yasal Düzenlemeler

Mehaz Avrupa Birliği mevzuatına bakıldığında ise yoksun kalınan kazanç hesap yöntemlerinin Fikri Mülkiyet Haklarının Uygulanmasına ilişkin 2004/48 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'nin 13. maddesinin birinci fıkrası ile düzenleme altına alındığı görülmektedir³⁷. Madde metnine bakıldığında iki bent halinde

düzenleme yapıldığı ve ilk fıkrada hak sahibinin uğradığı kazanç kaybı ile ihlalcinin kazancı düzenlenmiş ve ikinci bentte ise ihlal edenin hukuki bir ilişki altında bu hakkı kullanmış olması kapsamında ödenecek olan lisans bedeli düzenlenmiştir³⁸.

Avrupa Birliği mevzuatında hesaplama yöntemlerinin seçimine ilişkin davacıya açıkça bir hak veya yükümlülük öngörülmemiş olup, bu hesaplama yöntemleri mahkemece uygun tazminat miktarının belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlar olarak düzenlenmiştir³⁹. Bu düzenlemenin fikri mülkiyet hakkı hakkının etkin bir şekilde korunabilmesi için getirildiği ifade edilmekte olup, gerekçesi olarak da mahkemelerce yapılacak incelemede tazminat hesap yöntemlerinin uygulanmasında karşılaşılan pratik zorluklara ve bu zararların ispatında gerekli delillerin toplanmasındaki imkanların yetersizliği vurgulanmaktadır⁴⁰. Bu zorluk sebebiyle, eldeki belge ve bilgiler doğrultusunda her biri aynı amaca yönelik üç farklı hesaplama yöntemi belirlendiği ifade edilmektedir⁴¹. Bu çerçevede hâkim tarafından delillerin değerlendirilmesi ile mevcut olayda uygulanabilecek en uygun tazminat hesaplama yönteminin belirlenmesi ve bu yöntem üzerinde hüküm kurulması esası benimsenmiştir⁴².

Alman hukukunda da yoksun kalınan kazançla ilişkin hesap yöntemleri kanun ile düzenleme altına alınmadan önce uzun süreler boyunca örf ve adet hukuku kapsamında uygulama alanı bulmuştur⁴³. Kanun ile düzenleme altına alınması ise yukarıda bahsedilen 2004/48 sayılı direktifin çıkmasından sonra Alman Marka Kanunu'nun 14. maddesinin 6.

³⁶ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D. 26.10.2022 Tarih, 2022/1350 E. ve 2022/1803 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <https://kazanci.com.tr> s.e.t. 06 Haziran 2024). Hesaplama yöntemlerinden hangisinin tercih edildiğinin açıklattırılmasına ilişkin Yargıtay kararları için bkz. aşağıda dn. 56.

³⁷ Direktif 13. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "*Member States shall ensure that the competent judicial authorities, on application of the injured party, order the infringer who knowingly, or with reasonable grounds to know, engaged in an infringing activity, to pay the right holder damages appropriate to the actual prejudice suffered by him/her as a result of the infringement. When the judicial authorities set the damages: (a) they shall take into account all appropriate aspects, such as the negative economic consequences, including lost profits, which the injured party has suffered, any unfair profits made by the infringer and, in appropriate cases, elements other than economic factors, such as the moral prejudice caused to the rightholder by the infringement; or (b) as an alternative to (a), they may, in appropriate cases, set the damages as a lump sum on the basis of elements such as at least the amount of royalties or fees which would have been due if the infringer had requested authorisation to use the intellectual property right in question.*" 2004/48/EC sayılı AB Direktifi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29> s.e.t. 08 Nisan 2024.

³⁸ Dàvid Adamov, Barna Fazekas ve Krisztián Tivadar, 'Damages in trade mark infringement litigation: a comparative analysis of the Hungarian, other European, and US jurisdictions' [2009] Vol. 4, No. 5 Journal of Intellectual Property Law & Practice 342; John Fitzgerald ve Alison Firth, 'Is Article 13 of the Enforcement Directive a redundancy notice for the account of profits remedy in the UK?' [2014] Vol. 1, No. 9, Journal of Intellectual Property Law & Practice 738.

³⁹ 2004/48/EC sayılı AB Direktifi.

⁴⁰ Advocate General Saugmandsgaard ØE'nin görüşü, JØrn Hansson v. Jungpflanzen Grünewald GmbH, C-481/14, Avrupa Adalet Divanı (Oberlandesgericht Düsseldorf'tan ön karar talebi), 04.02.2016, s. 13, par. 83.

⁴¹ C-481/14 par. 84.

⁴² C-481/14 par. 84.

⁴³ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 370.

paragrafı ile olmuştur⁴⁴. Yine Alman Patent Kanunu'nun 139. maddesinin 2. paragrafı ile de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir⁴⁵. Bu çerçevede Alman Hukuku'nun da uzun süredir bu hükümleri uyguladığı göz önüne alındığında, tartışmalarda dikkate alınması gerektiği açıktır.

Alman hukukunda da Avrupa Birliği'nde olduğu gibi hesaplama yöntemlerinde davacıya bir seçimlik hak tanınmamış olup, bu yöntemler davacının hakkının en iyi şekilde korunabilmesi ve uygun tazminat miktarının belirlenebilmesi için getirilmiştir⁴⁶. Her ne kadar, kanunun kaleme alınış şekli ile seçimlik hak olarak düzenlenmediği görülse de, davacı tarafça bu hesap yöntemlerinden birinin davanın son aşamasına kadar ileri sürülebileceği ifade edilmektedir⁴⁷. Bu çerçevede, davanın başında davacı tarafça herhangi bir hesaplama yönteminin mahkemeye bildirilmesi zorunlu olmadığı gibi, bu haklarını hep birlikte mahkeme önünde talep ederek en uygun tazminat miktarının bulunmasını mahkemeden talep edebilecektir⁴⁸. Nitekim burada önemli olan davacının yoksun kalınan kazançla ilişkin tazminat talebini ileri sürmesi olup, bu husus talep sonucunu belirlemesi açısından yeterli olacaktır⁴⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu ilke kararlarından birisinde maddi olmayan haklar hukuku (*immateriälgüterrecht*) kapsamında tanınan yoksun kalınan kazancın hesabı yöntemleri arasında bir seçimlik borç ilişkisi (*wahlschuldverhältnis*) bulunmadığı ve de seçimlik hakların dava sırasında değiştirilebileceği, davacının dava başında ileri sürmediği hesaplama yöntemlerinden vazgeçmiş sayılmayacağı hususu açık bir şekilde ifade edilmiştir⁵⁰.

⁴⁴ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 370.

⁴⁵ Maddenin İngilizce metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_patg/englisch_patg.html#p0770> s.e.t. 06 Haziran 2024.

⁴⁶ Maddenin İngilizce metni için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html#p0119> s.e.t. 08 Nisan 2024.

⁴⁷ Adamov, Fazekas ve Tivadar (n38) 342; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 383.

⁴⁸ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 373.

⁴⁹ Uzunallı, *Tazminat* (n9) 373.

⁵⁰ BGH, 11 ZR 5/64 Messmer-Tee II, 12.01.1966 Tarih <https://www.prinz.law/urteile/bgh/lb_ZR__5-64> s.e.t. 08 Nisan 2024; Ayrıca bkz. Uzunallı, *Tazminat* (n9) 371. Kararda bu husus şu şekilde ifa-

Görüldüğü gibi, AB ve Alman mevzuatında yoksun kalınan kazançla ilişkin tazminat düzenlemesi, SMK m.151'de yer alan düzenlemeden farklılaşmaktadır. Bu çerçevede, her ne kadar SMK'nın genel gerekçesinde AB mevzuatı ile uyumlaşma amacından bahsedilmişse de⁵¹ Türk kanun koyucusunun yoksun kalınan kazanç hesap yöntemine ilişkin olarak KHK'lar döneminde yapılan seçimi devam ettirmek suretiyle bir tercih yaptığı görülmektedir. Bu kapsamda, Türk hukuku yoksun kalınan kazançla ilişkin hesaplama yöntemlerini AB ve Alman mevzuatından farklı olarak seçimlik hak şeklinde düzenlediğinden devam eden açıklamalarda yalnızca Türk hukukundaki tartışmalara yer verilmiştir.

C. SMK M.150.(3) KAPSAMINDA DAVACIYA TANINAN HAK VE SEÇİMLİK HAKKA ETKİSİ

1. SMK m.150.(3) Kapsamında Davacıya Tanınan Hak

SMK m.150.(3) ile kanun koyucu davacıya "... *sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep...*" etme hakkı tanımıştır. Madde metninde yer alan hak sahibinin uğradığı zarar kavramının SMK m.151.(1)'de fiili kaybi ve yoksun kalınan kazancı kapsadığı düzenleme altına alınmıştır.

Bu çerçevede davacı tarafça tazminat davası açılmadan önce veya açılmış olan tazminat davasında öncelikle incelenmek üzere davalı tarafından satış rakamları, ciro ve gelir bilgileri, özet bilançoları ve benzeri mali bilgi ve belgelerin sunulması hakkında karar verilmesi talep edilebilecektir. Bu hükmün dü-

de edilmiştir: "... Görüldüğü kadaryla, bu durumlarda bir seçimlik borç ilişkisinin var olduğu görüşü hiçbir yerde savunulmamıştır. Aksine, genel olarak kabul edilen, zarar gören tarafın ana talepte bir hesaplama yöntemi belirleyebileceği ve dava sürecinde bir hesaplama yönteminden diğerine geçebileceğidir (RG GRUR 1938, 836, 837; BGH GRUR 1952, 509, 512 - *Dia-Rähmchen II*)..." (BGH, 11 ZR 5/64 Messmer-Tee II, s. 20).

⁵¹ Kanunlar ve Kararlar Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-41e1-037b-e050-007f01005610&kanunNumarasi=6769#step-2>> s.e.t. 07 Haziran 2024.

zenlenme amacının, davacının dava konusu ürünle ilgili olarak davalı tarafça sunulacak bilgilere göre değerlendirme ve tercih yapabilmesini sağlamaktır⁵². Nitekim yoksun kalınan kazancın hesabının yapılabilmesi ancak davalının ticari defter ve belgelerinin incelenmesi ile mümkün olabilecektir⁵³.

2. Davacıya Tanınan Hakkın Seçimlik Hakka ve Kullanımına Etkisi

SMK m.150.(3) ile sınai mülkiyet hakkı sahibine tanınan hak, tazminat davasından önce veya tazminat davasında ileri sürülebilecek ve mahkemece öncelikle değerlendirilerek karar verilecek bir taleptir. Bu çerçevede HMK m.163 ve 164 gereğince mahkemece bu talep bir ön sorun olarak ele alınıp incelenmeli ve karara bağlanmalıdır.

Bu çerçevede davacı tarafça SMK m.150.(3)'te yer alan hakkın kullanıldığı mahkemeye bildirilmiş ise, artık mahkemece bu bir ön sorun olarak dikkate alınmalı ve tazminat davasına geçmeden önce bu talep hakkında bir karar verilmelidir. Davacının bu talebi değerlendirilip karara bağlandıktan sonra ve davalı tarafça bu karar gereği yerine getirildikten sonra mahkemece davacıya kısa ve makul bir süre tanınarak, yoksun kalınan kazanç hesap yöntemine ilişkin açıklama yapması istenmelidir⁵⁴.

D. YERLEŞİK İÇTİHAT

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.10.2022 tarih 2020/237 E., 2020/4035 K⁵⁵, sayılı ilamında Yerel Mahkeme tarafından davalının eyleminin tasarım hakkına tecavüz teşkil ettiği tespit edilmiş olmasına rağmen davacının somut kazanç kaybının bulunmadığı gerekçesiyle tazminat isteminin reddine ilişkin kararı olay tarihinde yürürlükte olan 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' ("Tasarım KHK")nin 50. maddesi uyarınca tescilli tasarıma tecavüz halinde tasarım hakkı sahibinin tasarım hakkına tecavüzün tespit ve men'i talepleri ile birlikte tazminat isteme hakkı bulunduğu

belirtilmiştir. Yerel Mahkeme davacının dava dilekçesindeki tazminat talebinin Tasarım KHK'nın 52. maddesinde belirtilen seçimlik haklardan herhangi birine yönelik olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini, eğer bir tercih yapılmadıysa bu yöndeki seçiminin açıklattırılması sonrasında tarafların delillerinin toplanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶.

Yoksun kalınan kazançla ilişkin hesap yöntemlerine ilişkin davacı tarafça seçim yapılması halinde, Yargıtay yerleşik içtihatında bu seçimin daha sonra yalnızca ıslah yoluyla değiştirilebileceği ifade edilmektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2012 tarih 2010/10672 E. 2010/2762 K. sayılı ilamında "556 sayılı KHK'nın 66'ncı maddesinde marka hakkının ihlali halinde yoksun kalınan kazancın temini için talep edilebilecek tazminat talebi 3 ayrı seçenek halinde belirtilmiş olup, davacı marka hakkı sahibi başlangıçtaki tercihi itibariyle bunlardan lisans bedeline ilişkin (c) bendine dayalı talepte bulunduğu göre, karşı tarafın muvafakati olmaksızın bu talebini değiştiremeyeceği gibi ıslah sureti ile de söz konusu tazminata dair 66'ncı maddesindeki seçeneklerden bir diğerine dayanılmadığından, artık mahkemece 556 sayılı KHK'nın 66/1- (c) bendi yani lisans bedeli dışında bir başka tazminat seçeneğine dayalı olarak maddi tazminata hükmedilemez." denilmiştir⁵⁷.

⁵² Çolak, *Marka* (n9) 1102; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 323; Güneş, *Marka* (n9) 446, 496; Aydın (n9) 546.

⁵³ Arkan (n9) 247; Tekinalp (n9) 503.

⁵⁴ Çolak, *Marka* (n9) 1102; Uzunallı, *Tazminat* (n9) 373; Yasaman, *Çalıştay* (n10) 323; Çolak, *Patent* (n9) 997; Tuana Taşkın (n9) 140.

⁵⁵ Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 13 Nisan 2024.

⁵⁶ Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 11. H.D. 02.10.2018 Tarih, 2016/14671 E. ve 2018/5910 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Mayıs 2024); Yargıtay 11. H.D. 07.02.2006 Tarih, 2006/122 E. ve 2006/1085 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 25.03.2004 Tarih, 2003/8468 E. ve 2004/2076 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 06.09.2014 Tarih, 2014/4654 E. ve 2014/10869 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 12.06.2014 Tarih, 2014/4055 E. ve 2014/11311 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 07.03.2002 Tarih, 2001/10185 E. ve 2002/2000 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 27.03.2006 Tarih, 2005/3507 E. ve 2006/3137 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 02.06.2005 Tarih, 2004/7923 E. ve 2005/5758 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 25.03.2004 Tarih, 2003/8468 E. ve 2004/3076 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr/>> s.e.t. 06 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 04.07.2017 Tarih, 2015/14678 E. ve 2017/4063 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024).

⁵⁷ Aydın (n9) 547. Aynı yönde kararlar için bkz.: Yargıtay 11. H.D. 02.02.2015 Tarih, 2014/15891 E. ve 2015/1106 K. (Yargıtay Ka-

Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın yerleşik içtihadında, davacı tarafça dava dilekçesinde yoksun kalınan kazanç hesap yöntemine ilişkin tercihin yapılması, eğer bu tercih yapılmadıysa mahkemece davacıya bu yönde ihtar yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Yine yerleşik uygulamada bu hesaplama yöntemi seçiminin ancak islah ile değiştirilebileceği ifade edilmektedir.

E. İSTİNAF MAHKEMESİ KARARI İŞİĞİNDE DEĞERLENDİRME

İstinaf mahkemesi tarafından verilen kararda, hesap yöntemine ilişkin seçimlik hakkın tahkikata yönelik işlemlerden olduğu ifade edilmişse de, hesap yöntemlerinin ve buna ilişkin seçimin hukuki mahiyeti hakkında herhangi bir değerlendirme yapılmamıştır. İstinaf kararı bu yönüyle aydınlatıcı değildir. O halde, olaya konu kanun metni, HMK kuralları ve doktrinde ileri sürülen görüşler yönünden bir değerlendirme yapılması gereklidir.

1. Hesap Yöntemlerinin ve Seçimin Hukuki Mahiyeti Yönünden

Hesaplama yöntemlerine ilişkin düzenlemenin yer aldığı SMK m.151/2'nin lafzında "... *hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır...*" denmektedir. O halde, burada kanun koyucunun hak sahibi tarafından hesap yöntemlerinden birinin tercih edilmesini ve bu tercihe göre hesaplama yapılmasını arzuladığı açıkça görülmektedir. Buradan hareketle kanaatimizce kanun koyucunun mehz Avrupa Birliği düzenlemesinden ayrılarak hak sahibine seçim yapma ödevi yüklemesi, burada hak sahibine seçimlik hak tesis edildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

İstinaf kararında, ilk derece mahkemesinin davacıya tanınan seçim hakkının kullanılmaması sebebiyle davanın usulden reddedilmesine ilişkin herhangi bir değerlendirmede bulunulmamıştır.

Davanın kesin süre içerisinde seçim hakkının kullanılmaması sebebiyle usulden reddedilmesi HMK m.115/2 çerçevesinde dava şartı eksikliği durumunda mümkün olacaktır. SMK m.150 ve 151 lafzı dikkate alındığında bu seçim hakkının dava şartı olarak düzenlenmediği açık olup, doktrinde de bu yönde herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın da hatalı olduğu düşünülmektedir.

Bununla birlikte, bu seçimlik hakkın yenilik doğuran haklardan olup olmadığı tartışma konusu olacaktır. Nitekim, yenilik doğuran haklarda mevcut durumun değiştirilmesi söz konusu olmakla birlikte, yoksun kalınan kazanca ilişkin hesap yöntemi tercihinde ise hak sahibi ile mütecevaz arasındaki hukuki ilişki aynı kalmaktadır. Zira, davacının dava dilekçesindeki talebi maddi zararının ve yoksun kalınan kazancının karşılanmasına yöneliktir.

Hesap yöntemlerinin mehz mevzuata getiriliş amacı da değerlendirildiğinde bu yöntemlerin taraflar arasında farklı hukuki ilişkileri oluşturmaktan ziyade hak sahibine etkin tazminat koruması sağlamak olduğu açıkça ifade edilmiştir⁵⁸. O halde, her ne kadar Türk kanun koyucu tarafından bu hesaplama yöntemlerine ilişkin hak sahibine seçim yapma ödevi yüklenmişse de, bu seçimin yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olmayacağını kabulü gerekmektedir. Zira aksi yorum, bu maddenin düzenlenme amacını aşan bir yorum taşıyacak olup, hak sahibine tanınmak istenen etkin tazminat korumasını adeta şans oyununa döndürecek ve etkisiz hale getirecektir. Bu anlamda, burada Türk kanun koyucusu tarafından davacıya yüklenen seçim yapma ödevinin ancak HMK kapsamında davanın somutlaştırılması, delillerin ve vakıaların gösterilmesi, ve hukuki sebep bildirilmesi ile ilişkilendirilebilecek bir usuli işlem olduğu kanaatindeyiz.

2. Hesaplama Yöntemlerine İlişkin Seçimin Ne Zaman Yapılması Gerektiği Yönünden

İstanbul 16. Bölge Adliye Mahkemesi, verdiği kararda, hesap yöntemi seçiminin tahkikata ilişkin işlemlerden olduğunu ve ön inceleme aşaması tamamlanmaksızın davacıya bu yönde bir seçim yapmak üzere süre verilemeyeceğini açıkça ifade et-

rar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Yargıtay 11. H.D. 01.03.2018 Tarih, 2016/7907 E. ve 2018/1598 K. (Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>> s.e.t. 05 Haziran 2024); Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 20. H.D. 22.02.2023 Tarih, 2020/1610 E. ve 2023/206 K. (UYAP Karar Arama, <https://emsal.uyap.gov.tr> s.e.t. 05 Haziran 2024); İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 11. H.D. 29.11.2021 Tarih, 2019/263 E. ve 2021/1426 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr>> s.e.t. 06 Haziran 2024).

⁵⁸ Bkz. yuk. II, E, 2, b.

miştir. Bahsettiğimiz üzere, mahkemece bu hususun gerekçesine ise yer verilmemiştir.

HMK m.119 ile dava dilekçesi içeriğinde bulunması gerekli hususları şu şekilde sıralamıştır;

“... ”

e) *Davacının iddiasının dayanağı olan bütün vakıaların sıra numarası altında açık özetleri.*

f) *İddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle ispat edileceği.*

g) *Dayanılan hukuki sebepler.*

ğ) *Açık bir şekilde talep sonucu.*

“... ”

SMK m.151/2'ye bakıldığında ise hak sahibinin seçimine bağlı olarak yoksun kalınan kazancın üç hesap yönteminden birine göre hesaplanacağı hususu açık bir şekilde ifade edilmektedir. Hesaplama yöntemlerinin seçimine göre davacı tarafça dayanılan deliller ve vakıaların da değiştiği hususuna yukarıda değinilmiştir. Yine hesaplama yöntemi tercihi, yoksun kalınan kazançla ilişkin tazminatın hukuki sebebinin de etkilemektedir.

HMK m.137'de ise ön incelemenin kapsamı düzenleme altına alınmıştır. Buna göre ön incelemede mahkeme “... *dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyumsuzluk konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar...*”. Görüldüğü gibi, HMK m.119'da yer alan dava dilekçesinde yer alması gerekli hususların ön inceleme aşamasında tamamlanmış olması gerekmektedir.

O halde, tüm bu düzenlemelerden hareketle, SMK m.151/2'de yer alan yoksun kalınan kazançla ilişkin hesaplama yöntemlerinden hangisinin tercih edildiği ve bu hesaplama yöntemine ilişkin delilin tahkikat aşamasına geçilmeden önce davacı tarafça mahkemeye bildirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, istinaf mahkemesi tarafından bu seçimin tahkikat aşamasında yapılması gerektiği düşüncesinin ardında, ön inceleme aşamasında delillerin toplanması sonrasında davacıya toplanan bu deliller çerçevesinde hesap yöntemi tercihinin sağlıklı olarak açıklanması düşüncesinin yattığı düşünülebilir.

Öte yandan SMK m.150/3 açık hükmü gereğince davacı dava öncesinde ve dava esnasında davalının gerçekleştirdiğini iddia ettiği marka ihlaline yönelik belgelerin mahkemeye sunulmasına karar verilmesini talep edebilmektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D. tarafından verilen kararda da, davacının ilgili belgeler mahkemeye sunulduktan ve incelendikten sonra davacının hangi seçimlik hakkı kullanacağına karar vermesinin uygun olacağı ifade edilmektedir.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde, Bölge Adliye Mahkemesi kararında belirtilen seçimlik hakkın tahkikata yönelik işlemlerden olduğu hususuna katılmak mümkün değildir. Nitekim, hangi hesaplama yöntemi doğrultusunda yoksun kalınan kazancın hesaplanacağı ve buna ilişkin deliller, HMK'da yer alan dava dilekçesinde yer alması zorunlu unsurlar arasında sayılmaktadır. O halde bu hususun ön inceleme aşamasında tamamlanması gerektiği açıktır. Bununla birlikte bu seçimin dava dilekçesinde yapılması gerekliliği hususu ise halen tartışmalı kalacaktır. Bu noktada kanaatimizce dava dilekçesiyle birlikte davacı seçimini mahkemeye bildirmelidir. Eğer davacı tarafça tüm hesaplama yöntemlerine ilişkin deliller ve vakıalar dava dilekçesinde gösterilmişse ve de SMK m.150/3'te yer alan düzenleme gereği davalı tarafın elinde bulunan tazminatla ilişkili belgelerin mahkemeye sunulması talep edilmişse, o halde artık bu talebin öncelikle mahkeme tarafından değerlendirilerek HMK m.137 vd. maddeleri uyarınca ön inceleme aşamasında tamamlanması gerekmektedir. SMK m.150/3 kapsamında verilen karar yerine getirildikten ve davalı elindeki defter ve belgeler mahkemeye sunulduktan sonra, tahkikata geçmeden önce en geç ön inceleme duruşmasında mahkemece davacıya hangi usul ile hesaplama yapılmasını talep ettiğini açıklattırılmalıdır.

3. Hesaplama Yöntemlerine İlişkin Seçimin Yargılama Sırasında Değiştirilebilmesi Yönünden

Bölge Adliye Mahkemesi kararında hesaplama yönteminin yargılama sırasında değiştirilebilir olup olmadığı yönünden herhangi bir değerlendirme içermemekte, sonradan değiştirilebilir olup olmadığına dair değerlendirme yapılabilecek başkaca bir açıklama da bulunmamaktadır.

Her ne kadar yukarıda bahsedildiği gibi mehz düzenlemelerde bu hakların seçimlik borç ilişkisi niteliğinde olmadığı, aynı zarara ilişkin farklı hesaplama yöntemleri olduğu hususlarına hak verilse de, iç mevzuatın göz önüne alınması gereklidir. Mevzuat göz önüne alındığında ise, hesap yöntemine ilişkin seçimin davacı tarafça tahkikata geçilmeden önce yapılması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bununla birlikte, davacının talebi yoksun kalınan kazanç olup, hesaplama yönteminin yalnızca bu tazminatın hesaplanma şekli olduğu hususu göz önüne alındığında bunun yalnızca bir usuli işlem olduğu ve yenilik doğuran bir hakkın kullanımı niteliğinde olmadığı düşünülmektedir⁵⁹. Bu seçimin bir usuli işlem olduğu düşünülmele birlikte, bu seçimin de yalnızca ıslah ile değiştirilebileceği düşünülmektedir. Aksi halde, davacıya hesaplama yöntemine ilişkin seçimini serbestçe değiştirme hakkı tanınması söz konusu olacak ve bu durum da defalarca bilirkişi raporu alınmasına sebep olarak yargılamanın makul sürede tamamlanması ilkesine ve usul ekonomisine aykırı olacaktır.

Öte yandan HMK m.107 kapsamında seçim yönteminin davacı tarafça serbestçe değiştirilebileceği görüşüne katılmak da mümkün değildir. Nitekim HMK madde 107 hükmü, davacı yanın başlangıçta talep ettiği zarar miktarının seçilen yönteme göre yapılan inceleme ve değerlendirme sonrasında daha fazla olduğu durumda etkili olacaktır. Davacı yan bu maddeye dayanarak yalnızca başlangıçtaki alacak talep miktarını ıslah ya da muvafakatten bağımsız olarak arttırabilecek, ne var ki başlangıçta seçtiği yöntem değiştirilemeyecektir.

III. SONUÇ

SMK m.151/2'de yer alan yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik üç adet hesap yönteminin niteliği, bunlar arasındaki seçimin ne zaman yapılacağı ve bu seçimin daha sonradan değiştirilebilir olup olmadığı hususları tartışmalıdır. Yargı kararlarında ve doktrinde bu husus etraflıca ele alınmamış olup, bazı tartışma konularına yönelik argümanlar, gerekçeleriyle birlikte çeşitli çalışmalarda ileri sürülmüştür. Dahası madde gerekçesinde, komisyon raporlarında ve maddelerin görüşüldüğü meclis otu-

rumlarında da bu hususa ilişkin detaylıca bir bilgiye rastlanmamıştır. Bu husus, önem arz eden tazminat davalarında hükmün ne şekilde uygulanacağı konusunda tereddütler yaratmakta ve zaman zaman hak kayıplarına da yol açmaktadır. Böylece hak sahibine etkin bir tazminat koruması sağlama amacına ulaşmada zorluklarla karşılaşmaktadır.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. H.D.'nin incelenen kararında yoksun kalınan kazanç hesap yöntemlerine ilişkin seçimin ne zaman yapılacağına ilişkin çok önemli iki değerlendirme bulunmaktadır. Bunlar seçimin tahkikata ilişkin olması ve davacının SMK m.150/3 kapsamında yer alan hakkını kullanmasıdır. Seçimin yapılmasının tahkikata ilişkin olduğu hususuna ilişkin kararda herhangi bir gerekçelendirme yapılmamıştır. Öte yandan HMK kapsamında getirilen ön incelemenin ve dava dilekçesinin kapsamı dikkate alındığında, hesap yöntemi tercihinin kural olarak davanın başında mahkemeye bildirilmesinin, yargılamanın sağlıklı olarak yürütülebilmesi açısından gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

Bölge Adliye Mahkemesi kararında önem arz eden ikinci değerlendirme ise, davacının SMK m.150/3 kapsamındaki hakkını kullanması halinde, hesap yöntemine ilişkin davacı seçiminin bu talepten sonra yapılabileceğine ilişkindir. Yargıtay kararlarında aynı gerekçeye rastlanmayan bu karar, mevzuata ve doktrinde yer alan hakim görüşe de uygun olup, yerleşik uygulamaya ışık tutması açısından da önemlidir. Zira, yerleşik uygulamada davacının HMK m.150/3'te yer alan hakkını kullanmasından bağımsız olarak hesap yöntemlerine ilişkin seçimini davanın başında yapması için kesin süre verilmektedir. Bu süre içerisinde seçim yapılmaması halinde ise somutlaştırma yükümlülüğünün yerine getirilmediğinden bahisle dava usulden reddedilmektedir. Bu çerçevede, incelenen Bölge Adliye Mahkemesi kararının, özellikle ilk derece mahkemelerine ışık tutması arzu edilmektedir.

Bölge Adliye Mahkemesi kararında yer almayan ve fakat seçimlik hakkın ne zaman kullanılacağına ilişkin sorun ile çok yakından ilişkili olan, bu hakkın niteliğinin ne olduğu konusu da yine tartışmalıdır. Yargı kararlarında bu hususa ilişkin görüşe rastlanmamış olup, teorik bir tartışma olması sebebiyle bundan sonra rastlanmasının da zor olduğu düşü-

⁵⁹ Bkz. yuk. II, E, 1.

nülmektedir. Ancak, bu hakkın niteliğine yönelik birçok farklı görüş bulunmakta olup, bu görüşler işbu çalışmada özetlenmiştir. Mevaz düzenlemede ve eskiye dayanan Alman hukuku uygulamalarında bu hesap yöntemlerinin seçimlik borç ilişkisi olmadığı, yargılama sırasında değiştirilebileceği gibi mahkeme tarafından uygun hesap yönteminin tespit edilerek uygulanacağına yönelik düşüncelerin hukukumuzda doğrudan uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Nitekim, SMK açık hükmünde mevazın aksine davacının bu hesap yöntemlerinden birini seçmesi hususu düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu hesaplama yöntemlerinin taraflar arasında farklı hukuki ilişkileri doğurmadığı yönündeki görüşten faydalanmak mümkündür. Bu doğrultuda kanaatimizce, kanunun açık lafzı karşısında bu yöntemlere ilişkin hak seçimlik hak olup, bu seçimlik hakkın taraflar arasındaki hukuki ilişkide yeni bir durum ortaya çıkarmadığı gibi, bu ilişkiyi değiştirmede de düşünüldüğünde, bu hak yenilik doğuran haklardan değildir.

Seçimlik hakka ilişkin tercihin yargılama sırasında değiştirilebilir olup olmadığı yönünde de yine doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar yine işbu çalışmada özetlenmiş olup, yerleşik içtihata ve doktrindeki hakim görüşe göre bu seçim ancak ıslah yoluyla değiştirilebilecektir. Biz de, yargılamanın sağlıklı bir şekilde sürdürülebilmesi ve davacı-davalı arasındaki dengenin korunabilmesi amacıyla bu tercihin ıslah ile değiştirilebileceği görüşüne katılmaktayız.

KAYNAKÇA

- Adamov D, Fazekas B ve Tivadar K, 'Damages in trade mark infringement litigation: a comparative analysis of the Hungarian, other European, and US jurisdictions' [2009] Vol. 4, No. 5 Journal of Intellectual Property Law & Practice 341-346.
- Arkan S, *Marka Hukuku* Cilt II (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:553 Ankara 1998)
- Atasoy K, 'Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması' (2015), 1 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24
- Aydın F, 'Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat' [2017] 133 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 517-576.
- Bozbel S, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2015)
- Buz V, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar* (Yetkin Yayınları Ankara 2005)
- Çağlar H, *Marka Hukuku Temel Esaslar* (Adalet Yayınevi Ankara 2013)
- Çolak U, *Türk Marka Hukuku* (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2021)
- Çolak U, *Türk Patent Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2022)
- Fitzgerald J ve Firth A, 'Is Article 13 of the Enforcement Directive a redundancy notice for the account of profits remedy in the UK?' (2014) 1 (9) Journal of Intellectual Property Law & Practice 737.
- Gönen C, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi* (Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2011)
- Güneş İ, *Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları* (Seçkin Yayınevi Ankara 2020)
- Güneş İ, *Uygulamalı Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2021)
- Güneş İ, *Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2020)
- Karan H ve Kılıç M, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat* (Turhan Kitabevi Ankara 2004)
- Meran N, *Marka Hakları ve Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2014)
- Oytaş K, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli* (Nobel Kitabevi Ankara 2002)
- Özekes M, 'Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur' Osman Berat Gürzumar (ed) *Haluk Konuralp Anısına Armağan* (Yetkin Yayınları Ankara 2009)
- Pekcanitez H, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, Cilt II (On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2017)
- Saraç T, *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması* (Seçkin Yayıncılık Ankara, 2003)
- Sekmen O, 'Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi' (2015) 14 (2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 67.
- Suluk C ve Orhan A, *Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku Cilt III Tasarımlar* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2008)
- Tamer A, *Patent ve Faydalı Model Hakkına Aykırılığın Sonuçları* (Bilge Yayınevi 2013)
- Taşkın B İ T, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan Haller ve Tazminat Davaları* (Seçkin Yayıncılık Ankara 2024)
- Tekinalp Ü, *Fikri Mülkiyet Hukuku* (Vedat Kitapçılık Ankara 2012)
- Uzunallı S, *Marka Hukuku* (Adalet Yayınevi Ankara 2024)
- Uzunallı S, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi* (Adalet Yayınevi Ankara 2012)
- Yasaman H ve Ayoğlu T ve Yusufoglu Bilgin F ve Memiş Kartal P ve Yüksel S H ve Yasaman Z, *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Cilt III (Seçkin Yayıncılık Ankara 2021)
- Yasaman H, 'Sınai Mülkiyet Haklarından Doğan Hukuk Davaları' Hasan Kadir Yılmaztekin ve Banu Fatma Günarslan (ed), *Türkiye Adalet Akademisi Fikri Mülkiyet Hukuku Çalıştayı Bildiriler Kitabı* (Türkiye Adalet Akademisi Yayınları Ankara 2020) 309-330
- Yasaman H, *Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları III* (Vedat Kitapçılık İstanbul 2008)

İnternet Kaynakları

Avrupa Birliği Mevzuat Bankası, <<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=en>>.

Alman Federal Adalet Bakanlığı, <https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_markeng/englisch_markeng.html#p0119>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlar Veritabanı, <<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?cid=1954685>>.

Kanunlar ve Kararlar Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/Kanun/KanunDetay?YasamaKanunId=f72877c0-41e1-037b-e050-007f01005610&kanun-Numarasi=6769#step-2>>.

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <<https://kazanci.com.tr>>.

Mevzuat Bilgi Sistemi, <<https://mevzuat.gov.tr>>.

Prinz Avukatlık Bürosu, <https://www.prinz.law/urteile/bgh/Ib_ZR__5-64>.

Yargıtay Karar Arama, <<https://karararama.yargitay.gov.tr/>>.

UYAP Karar Arama, <<https://emsal.uyap.gov.tr>>.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazarlar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarlarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarların katkı oranı %50'dir.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The authors declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the authors of the study.*

Contributions Statement: *Authors have contributed 50%-50% into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*