



Yıl: 16 • Cilt: 17
Sayı: 2015/1

ISSN 1302-9215

FİTR

ANKARA BAROSU FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

FMR

FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU DERGİSİ

Yıl: 16 Cilt: 17 Sayı: 2015/1

Ankara Barosu yayınıdır

FMR

JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY AND COMPETITION LAW

Year: 16 Volume: 17 Issue: 2015/1

published by *Ankara Bar Association*

Grafik – Tasarım | Graphic – Design

Ali Kemal ÇERŞİL

(Ankara Barosu)

Basım Tarihi | Printing Date

2015

Baskı ve Cilt | Printing and Binding

Afşaroğlu Matbaası

Kazım Karabekir Cad. Altuntop İş Hanı 87/7

İskitler/ANKARA T: (0.312) 384 54 88



FMR
Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi

© 2015 Ankara Barosu

ISSN 1302-9215

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, yerel süreli dergidir.

FMR is published quarterly during the calendar year and present articles, national and international decisions and other materials in the fields of Copyrights, Industrial Property, Unfair Competition and Antitrust Problems.

Sahibi Ankara Barosu adına | Owner on behalf of Ankara Bar Association

Av. Hakan CANDURAN

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü | Managing Editor

Av. Cemalettin GÜRLER

Genel Yayın Yönetmeni | Editor in Chief

Av. Abdullah EGELİ

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Fadıl YILDIRIM

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

Av. Abdullah EGELİ

Av. Dr. Mustafa Bayram MISIR

Av. Güldeniz DOĞAN ALKAN

Av. Can AKİL

Av. Burak AKİL

İletişim Adresi | Communication Address

Ankara Barosu Başkanlığı, Adliye Sarayı Kat: 5 Sıhhiye/ANKARA

T: (0.312) 416 72 00 (Pbx) • F: (0.312) 416 72 80

www.ankarabarusu.org.tr

ankarabarusuyayin@gmail.com

FMR
FİKRİ MÜLKİYET VE REKABET HUKUKU
DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. 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 bir yerde yayımlanamaz.
2. FMR'nin yazı dili Türkçedir. Yabancı dildeki yazılar da Türkçe çevirileri ile birlikte yayımlanmaktadır. İster Türkçe ister yabancı dilde yazılmış olsun yazıların Türkçe ve İngilizce başlıkları ile, 150 sözcüğü geçmeyen Türkçe ve İngilizce özetlerinin yazının sonuna eklenerek yayıma hazır şekilde gönderilmesi gerekmektedir. Türkçe ve İngilizce anahtar sözcüklerin de eklenmesi yazarın tercihindedir.
3. Yazılar "Microsoft Word" programında (.doc) kaydedilmiş (yazı tipi Times New Roman, 12 punto, normal stil) olarak **ankarabarosuyayin@gmail.com** adresine gönderilmelidir. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
4. Dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, yazarın e-mail ile gönderilen biçimiyle "basıla" verdiği kabul edilir. Yazı teslim edildikten sonra baskı düzeltmeleri için ayrıca yazara gönderilmeyecektir. Bu nedenle, yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunmaması, biçimsellik ölçülerine uyulmaması, yazının geri çevrilmesi için yeterli görülecektir.
5. Makale yazarına ait iletişim bilgileri (ad, soyad, ünvan, iletişim adresi, güncel e-posta adresi, cep telefonu) makalenin son sayfasına nizami bir şekilde eklenmelidir. Makaleyi gönderen yazarın ismini yazmaması/ unutmaması durumunda makalesi yayımlanmayacaktır.
6. Dergide yayımlanmasına karar verilen makaleler; yazarların soyadlarına göre alfabetik olarak verilmiştir.
7. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir. Yayımlanan yazının 20 adet tıpkı basımı ve 2 adet dergi yazara ücretsiz gönderilmektedir.
8. Dergide çıkan yazılara atıf yapmak isteyenler "FMR" rumuzunu kullanabilirler.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ 11
Av. Hakan CANDURAN

SUNUŞ 13
Av. Abdullah EGELİ

TELİF HAKKI İHLALLERİNDEN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN
SORUMLULUĞU BAĞLAMINDA ÖRNEK VAKA İNCELEMESİ:
METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. V. GROKSTER LTD. 17
Ceren DEMİREL

KULLANILMAYAN MARKANIN İPTALİ SORUNU 39
İlhami GÜNEŞ

556 SAYILI KHK MADDE 7/İ HÜKMÜNÜN
ANAYASA MAHKEMESİ'NCE İPTALİ SÜRECİ VE
OLASI SONUÇLARI 49
Av. Yasemin KENAROĞLU

TEKNOLOJİK GELİŞMELER, BİLGİYE ERİŞİM VE
TELİF HAKLARI: FIRSATLAR VE TEREDDÜTLER 63
Özgür SEMİZ

YARGI KARARLARI 73
HAZIRLAYAN: Av. Gül Deniz DOĞAN ALKAN

YABANCI MAHKEME KARARLARI 93
HAZIRLAYAN: Av. Gül Deniz DOĞAN ALKAN

REKABET KURULU KARARLARI 203
HAZIRLAYAN: Av. Gül Deniz DOĞAN ALKAN

BAŞKANIN KÖŞESİ

Sevgili Meslektaşlarım;

FMR: Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku. Bu alandaki ilk basılı yayın olma özelliğine sahip Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, 2001 yılından itibaren, çok sayıda makale, Yargı kararı, yabancı mahkeme kararlarını, meslektaşlarımızın bilgisine sunmuş, bir çok yeni yayına da ilham kaynağı olmuştur.

Ülkemiz, sınai haklar alanında 1995 yılında getirilen yeni yasal düzenlemelerle ve bu düzenlemelerin getirilmesinden sonra, fikri haklar alanındaki ihlalleri çözecek ihtisas mahkemelerini de kurmak sureti ile ülkesel sınırlarla bağlı olmayan fikri mülkiyet hakları yönünden, taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla yüklenmiş yükümlülükleri yerine getirmiş bulunmaktadır.

Ankara Barosu olarak, fikri hakların ülkemizin gelişmesi ve ilerlemesindeki önemini ilk önce fark ederek, bu konudaki yayın eksikliğinin giderilmesi ve meslektaşlarımızın bu konudaki bilgi ve deneyimlerinin artırılması hedefiyle yola çıkmıştır. Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi ile aynı adı taşıyan Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Kurulunun ilk icraatı olan FMR Dergisinin devamında, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 08-12 Ocak 2002 tarihlerinde Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku adı ile gerçekleştirilmiştir.

Baromuz, sürecin devamında da çok sayıda eğitim programları düzenlemiş, konferanslar ve seminerler yapmış, bu çalışmalarda, konunun uzmanlarını davet etmiş ve meslektaşlarımızın, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku alanında bilgi ve deneyimlerinin artırılması konusunda çok önemli çalışmalara imza atmıştır.

Tüm dünyada önemli bir yer teşkil eden, ilerleme ve gelişmenin temel taşları olan ve globalliğin günden güne daha çok hissedilir olduğu alanlardan birisi olan fikri mülkiyet hakları, yargı sürecinin ötesinde, hak sahiplerinin haklarını korumaları ve bilinçlendirilmeleri açısından en önemli görevin meslektaşlarımıza düştüğünün bilinci ile bu alandaki çalışmalarını özveri ile yürüten tüm meslektaşlarıma teşekkür ediyorum.

Av. Hakan CANDURAN

Ankara Barosu Başkanı

SUNUŞ

Yeni sayımızı yayınlamanın mutluluğu içindeyiz. Kurul olarak bu yılın ilk yarısında fikri mülkiyet konularının büyük bölümünde etkinlikler yapıldı. En önemlisi, bu güne kadar çok üzerinde durulmayan YENİ BİTKİ ÇEŞİTLERİ VE ISLAHÇI HAKLARI konusunda büyük ve kapsamlı bir sempozyum yapıldı. Bu sempozyum ile birlikte fikri mülkiyet alanının tümünde kurul olarak önemli bir çalışma gerçekleşmiş oldu.

Fikri mülkiyet ve rekabet konularının gelişmesi bu alandaki problemlerin çözülmesi, her alanda işbirliği temel hedeflerimizdir. Bu nedenle yıllardır hazır bekleyen ama bir türlü TBMM'ne inmeyen kanunların yasalaşması, taklit ve korsanla mücadele için yeni yollar bulunması, fikri mülkiyet bilincinin geliştirilmesi, bu alanda çalışan meslekdaşlarımızın sıkıntılarının çözülmesi, kurumlarla ve üniversitelerle işbirliği yapılması, fikri mülkiyet ve rekabet hukukunun geliştirilmesi için etkin bir çalışma dönemine giriyoruz.

Bu çalışma döneminde de yazarlarımız başta olmak üzere tüm fikri mülkiyetçilere ve rekabet hukukçularına teşekkür eder, desteklerini devam ettirmelerini dileriz.

Av. Abdullah EGELİ
FMR Kurul Başkanı

Makaleler

Articles

TELİF HAKKI
İHLALLERİNDEN ÜÇÜNCÜ
KİŞİLERİN SORUMLULUĞU
BAĞLAMINDA ÖRNEK
VAKA İNCELEMESİ:

METRO-GOLDWYN-MAYER
STUDIOS INC. v. GROKSTER LTD.

Arş. Gör. Ceren DEMİREL*

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

ÖZET

Peer-to-peer (P2P) dosya paylaşım yazılımlarını kullanmak suretiyle telif hakkı ihlalinde bulunan kişilerin davranışlarından ötürü bu yazılımların dağıtıcılarının sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuna ilişkin olan Grokster davası, 2005 yılında ABD Federal Yüksek Mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır. ABD Telif Hukuku'nda oldukça önemli yere sahip olan bu karar ile bir yazılımın telif haklarını ihlal edici kullanımı teşvik amacıyla dağıtılması hâlinde son kullanıcıların gerçekleştirdiği ihlallerden dağıtıcının sorumlu olacağına hükmedilmiştir. Bu çalışmada da, bahsi geçen kararın unsurları, önemi ve sonuçları ile karara yönelik eleştiriler ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Grokster Davası, ABD Telif Hukuku, ABD Federal Yüksek Mahkemesi, Peer-to-Peer (P2P), dosya paylaşım yazılımları, çift kullanımlı teknolojiler, telif hakkı ihlallerinden üçüncü kişilerin sorumluluğu.*

A CASE STUDY ON THE COPYRIGHT LIABILITY OF THIRD-PARTIES: METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. V. GROKSTER LTD.

ABSTRACT

The Grokster case concerning the liability of the peer-to-peer (P2P) software distributors for the infringing activities of the users was decided in 2005 by the Supreme Court of the U.S. Via this decision, which has a substantial significance for the Copyright Law of the U.S., it was held that a file-sharing distributor would be liable for the end users' infringing activities, if the software was distributed with the intent to induce the infringement. In this article, the facts, the importance, the consequences and the criticism of the decision in question are analyzed in detail.

Keywords: *Grokster Case, Copyright Law of the U.S., Peer-to-Peer (P2P), file sharing software, dual-use technologies, third-party copyright liability (secondary liability / liability for indirect infringement).*

I. DAVANIN UNSURLARI

A. Taraflar

a. Davacı: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. ve Diğerleri

Telif hakkı ihlalden sorumluluğa ilişkin olarak ABD Telif Hukuku'nda oldukça önemli yere sahip bir dava olan ve 2005 yılında ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nce karara bağlanan *Grokster*'in davacıları, esasen MGM'in önderliğindeki sekiz film stüdyosu^[1] ile yirmi plak şirketinden^[2] oluşan bir konsorsiyumdur.^[3] Birleştirilen davanın davacıları olan telif hakkı sahipleri, ABD'deki telif koruması altındaki filmler ile ses kayıtlarının büyük kısmının sahibi ya da kullanım hakkının sahibidirler.^[4]

b. Davalı: Grokster Ltd. ve Diğerleri

İnceleme konusu dava, Grokster Ltd., StreamCast Networks Inc. ve KaZaa BV olmak üzere üç davalıya karşı açılmıştır.^[5] Bununla birlikte, KaZaa sisteminin işletmesinin KaZaa BV'den, merkezi ABD mahkemelerinin yetki alanı dışında (Vanuatu'da) bulunan Sharman Networks'e geçmesi ve KaZaa BV'nin de savunmayı bırakması sebebiyle davada yalnızca diğer iki davalıya yönelik iddialar değerlendirilmiştir.^[6]

Kısaca açıklamak gerekirse hem Grokster, hem de StreamCast, kullanıcıların ücretsiz olarak indirebildiği, P2P ağ teknolojilerini kullanan dosya paylaşım

[1] Davacı film stüdyoları şunlardır: Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., Columbia Pictures Industries Inc., Disney Enterprises Inc., New Line Cinema Corp., Paramount Pictures Corp., Time Warner Entertainment, Twentieth Century Fox Film Corp. ve Universal City Studios Inc.

[2] Davacı plak şirketleri şunlardır: Arista Records Inc., Atlantic Recording Corp., Rhino Entertainment, Bad Boy Records, Capitol Records, Elektra Entertainment, Hollywood Records Inc., Interscope Records, LaFace Records, London-Sire Records, Motown Record Co. LP, BMG Entertainment, Sony Music Entertainment Inc., UMG Recordings Inc., Virgin Records America Inc., Walt Disney Records, Warner Brothers Records Inc., WEA International Inc., WEA Latina Inc. ve Zomba Recording Corp.

[3] Kal. Fed. Bölge Mah. K., 259 F. Supp. 2d 1029 (2003), s. 1031, dn. 1.

[4] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., 380 F.3d 1154 (2004), s. 1158.

[5] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1032, dn. 2.

[6] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1033; Sue Ann Mota, 'Secondary Liability for Third Parties' Copyright Infringement Upheld by the Supreme Court: MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.' (2005) Rutgers Computer & Technology Law Journal, Vol. 32, s. 70, dn. 75. Ülkesellik (mülkiyet) ilkesinin telif hukukundaki yansımalarına ilişkin olarak bkz. Graeme W. Austin, 'Importing Kazaa – Exporting Grokster' (2006) Santa Clara Computer & High Technology Law Journal, Vol. 22, s. 577-619.

yazılımlarının dağıtımını yapan şirketlerdir.^[7] Söz konusu yazılımlar, kullanıcıların bilgisayarına yüklendikten sonra kullanıcıların kendi bilgisayarlarında bulunan dosyalardan dilediklerini aynı P2P ağdaki diğer kullanıcılar ile paylaşımına açabilmesini sağlamaktaydı.^[8] Burada merkezî sunucular devreye sokulmaksızın veya Grokster ya da StreamCast aracılığıyla yapılacak herhangi bir işlem gerekmeksizin kullanıcıların bilgisayarları birbiri ile doğrudan iletişim hâlinde olup *supernode* fonksiyonunu haiz bilgisayarlar vasıtasıyla aranan dosyaların o sırada P2P ağa bağlı kullanıcıların bilgisayarlarında bulunup bulunmadığı tespit edilebilmekteydi.^[9] Aranan bir dosyanın bulunması hâlinde ise, dosyanın konumu *supernode* tarafından istekte bulunan bilgisayara açıklanarak kullanıcının dosyayı, doğrudan dosyanın bulunduğu bilgisayardan indirmesi mümkün kılınmaktaydı.^[10]

B. Konu

Davacılar, davalıların P2P dosya paylaşım yazılımları üzerinden paylaşılan dosyaların %90'dan fazlasının telif korumasına tâbi içeriği haiz olup bunların %70'inin davacı telif hakkı sahiplerine ait olduğunu,^[11] davalıların ise, kullanıcıların telif haklarını ihlal etmelerini mümkün kılmak için yazılımlarını bilerek ve isteyerek dağıttığını ileri sürmüştür.^[12] Başka bir deyişle dava, yazılımları kullananların telif hakkına tâbi içeriği izinsizce çoğaltma ve yaymaları ile ortaya çıkan telif hakkı ihlallerinin, yazılımların dağıtıcılarının da sorumluluğunu doğurduğu iddiasıyla açılmıştır.^[13] Davalılar ise, kullanıcılara yalnızca yazılım

[7] Grokster Inc.'nin yazılımı olan Grokster'da, P2P ağ teknolojisi olarak FastTrack kullanılırken; StreamCast Networks Inc.'nin yazılımı olan Morpheus'ta, Gnutella kullanılmıştır (Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1032).

[8] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1032.

[9] ABD Fed. Yüksek Mah. K., 545 U.S. 913 (2005), s. 2771. Sistemin bu şekilde geliştirilmesinin esas sebebi, davalıların, geçmişte Napster'in sorumluluğuna yol açan sebepleri kendi adlarına bertaraf etme amaçlarıdır. Teknoloji üreticilerinin sorumluluğuna ilişkin olarak Grokster ve öncesindeki önemli davalar için bkz. Tablo 4: Çift Kullanımlı Teknolojilere İlişkin Bazı Davaların Karşılaştırması.

[10] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2771.

[11] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1158.

[12] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2766.

[13] Her ne kadar ABD Telif Hakları Yasası'nda, telif hakkı ihlallerinden üçüncü kişilerin sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme yer almasa da, bu konuya ilişkin kurallar müşterek hukuk prensiplerinden doğmuş olup içtihat hukukunda yerleşik hâle gelmiştir (ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2776). Sonradan ise yalnızca ABD Patent Yasası'nda bu hususlar düzenleme bulmuştur [Lynda J. Oswald, 'The Intent Element of "Inducement to Infringe" under Patent Law: Reflections to Grokster' (2006) Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 13, s.226.]. ABD Hukuku'nun telif hakkı ihlallerinden sorumluluk sistemine ilişkin şema için bkz. Tablo 1: ABD Hukuku'nda Telif Hakkı İhlallerinden Sorumluluk; ABD Hukuku'nun telif hakkı ihlallerinden sorumluluk sistemine ilişkin örnekleme için bkz. Tablo 2: "Dans Salonu" Örneği.

sağladıkları ve bu yazılımı kullanan kişilerin üzerinde herhangi bir denetim imkânlarının bulunmadığı gerekçesiyle kendilerine hiçbir sorumluluk yüklenilemeyeceği savunmasında bulunmuştur.^[14]

Özetle bu davanın konusunu, P2P dosya paylaşım yazılımlarını kullanmak suretiyle ABD Telif Hakları Yasası (17 U.S.C. § 501 vd.) uyarınca telif hakkı ihlalinde bulunan kişilerin davranışlarından ötürü, aynı zamanda hem hukuka uygun, hem de hukuka aykırı kullanımlara müsait olan bu yazılımların (*dual-use technologies*)^[15] dağıtıcılarının sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu oluşturmaktadır.^[16]

II. MAHKEME KARARLARI^[17]

A. Kaliforniya Federal Bölge Mahkemesi^[18]

a. Son Kullanıcıların Telif Hakkı İhlalinde Bulunup Bulunmadığı Hususu (“Direct Infringement”)

Bu tür bir olayda davalıların sorumluluğundan söz edilebilmesi için öncelikle son kullanıcıların bizzat telif hakkı ihlalinde bulunduğu tespitini gerekmektedir.^[19] Böyle bir ihlalin gerçekleştiğinin kabulü içinse, ABD Telif Hakları Yasası’na (17 U.S.C. § 106) telif hakkı sahiplerine tanınan münhasır haklardan en az birinin çiğnendiği ispatlanmalıdır. Bu bağlamda incelendiğinde, davalıların yazılımlarını kullanan birçok kişinin bu yazılımları, davacıların telif hakkına sahip olduğu medya dosyaları da dâhil olmak üzere telif korumasına tâbi içeriğe

[14] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1031.

[15] Çift kullanımlı teknolojiler (dual-use technologies), aynı zamanda hem hukuka aykırı davranışa, hem de hukuka uygun ve toplumsal açıdan faydalı davranışa olanak tanıyacak şekilde kullanılabilen teknolojileri ifade etmektedir [William Fisher, ‘Supplements to Copyright: Secondary Liability’ (2014) CopyrightX: Lecture 11.1 (hosted by Berkman Center & Harvard Law School), <http://copyx.org/lectures/> (e.t. 03.03.2015); Jane C. Ginsburg, ‘Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs’ (2008) *Arizona Law Review*, Vol. 50, s. 578; Austin, s. 577, dn. 2].

[16] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1157; ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2770. Ayrıca aracı çevrimiçi alışveriş sitelerinin, kullanıcıların fikrî hak ihlallerinden sorumluluğuna ilişkin olarak bkz. Özgür Semiz, ‘Elektronik Ticarete Fikri Hak İhlalleri ve Aracı Online Alış Veriş Sitelerinin Sorumluluklarının Sınırı Sorunu’ (2011) *Legal Fikrî ve Sınai Haklar Dergisi*, S. 26, s. 269-281.

[17] Bkz. Tablo 3: MGM v. Grokster Davasına İlişkin Mahkeme Kararları.

[18] Kal. Fed. Bölge Mah. (U.S. District Court for the Central District of California), 259 F. Supp. 2d 1029 (2003).

[19] A & M Records Inc. v. Napster Inc., ABD Temyiz Mah. 9. D. K., 239 F.3d 1004 (2001), s. 1004, 1013.

sahip dosyaları indirmek için kullandığı anlaşıldığından, son kullanıcıların davacıların çoğaltma ve yayma haklarını ihlal ettiği sabit görülmüştür.^[20]

b. Son Kullanıcıların İhlalinden Grokster'ın Sorumlu Olup Olmadığı Hususu (“Indirect Infringement”)

1. İhlale Katkıdan Doğan Sorumluluk (“Contributory Infringement”) Bakımından

Bu sorumluluk türüne ilişkin kurala göre, “Kişi, ihlal teşkil eden fiilin bilinci ile bir başkasının bu tür bir davranışına teşvikte bulunur, sebep olur veya önemli ölçüde katkı sağlarsa sorumlu olur”.^[21] Buna göre, üretilen sistemin yapısının telif hakkına tâbi içeriğin paylaşımına izin vermesi, tek başına bu sistemi yönetenin sorumluluğu sonucunu doğurmaz.^[22] Sorumluluğunun doğabilmesi için davalının, dava konusu telif hakkı ihlallerini bilmesi (*actual knowledge*) veya bilebilecek durumda olması (*constructive knowledge*)^[23] ve bizzat bu ihlali teşvik eden veya destekleyen bir davranışta bulunması (*material contribution*) gerekmektedir.^[24]

İhtilafa konu olayda ise Bölge Mahkemesi'ne göre;

- Kullanıcıların yaptıkları aramalara veya indirdikleri dosyalara ilişkin bilgilerin davalılara iletilmemesi sebebiyle davalıların, ihlal teşkil eden belirli davranışlardan haberi (*actual knowledge*) olmamakla birlikte,^[25] birçok kullanıcının yazılımları telif korumasına tâbi eserlerin paylaşımı amacıyla kullandığına ilişkin genel bir farkındalığı (*constructive knowledge*) mevcuttur.^[26] Buna karşılık davalıların yazılımlarının, hukuka uygun önemli kullanımlara (ör. film fragmanlarının, açık kaynak yazılımlarının, yargı kararlarının, telif hakkı sahibinin izni veya koruma süresinin dolması sebebiyle telif korumasına tâbi

[20] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1034, 1035.

[21] Napster, s. 1019. Burada ihlali bilme (*actual knowledge*), davalının ihlal teşkil eden belirli davranışlardan haberdar olması anlamına gelir (Napster, s. 1020). Davalının sorumluluğunun doğabilmesi için, davalının ihlale katkıda bulunduğu sırada ihlali bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir (Napster, s. 1020-1022). Bu bağlamda, yalnızca müspet davranışlar değil, menfi davranışlar (ör. davalının ihlal teşkil eden belirli davranıştan haberdar olmasına rağmen bunu engellemek adına herhangi bir müdahalede bulunmaması) da ihlale katkı teşkil eder (Napster, s. 1021).

[22] Sony Corp. Of America v. Universal City Studios Inc., ABD Fed. Yüksek Mah. K., 464 U.S. 417 (1984), s. 436, 442, 443.

[23] Adobe Systems Inc. Canus Prods. Inc., Kal. Fed. Bölge Mah. K., 173 F. Supp. 2d (2001), s. 1044, 1048.

[24] Napster, s. 1019.

[25] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1041.

[26] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1038.

olmayan, kamuya mâl olmuş eserlerin paylaşımına)^[27] elverişli olması, davalıların hukuken varsayılan bilgilerini (*constructive knowledge*) bertaraf etmektedir (“Sony-Betamax” doktrini).^[28]

- Kullanıcılara sunulan teknik desteğin, rutin ve genellikle başka firmaların yazılımlarının kullanımına ilişkin olup ihlal ile eşzamanlı gerçekleşmemesi, ayrıca kullanıcıların dosya arama ve indirmelerine ilişkin işlemlerinin davalılardan tamamen bağımsız şekilde gerçekleşmesi ve davalıların kendi kontrollerindeki tüm bilgisayarların çalışmasını durdurmaları hâlinde dahi kullanıcıların dosya paylaşımına hiçbir kesinti olmaksızın devam edebilme imkânının olması davalıların ihlale önemli ölçüde katkısının (*material contribution*) bulunmadığını göstermektedir.^[29] Sonuç olarak, ihlale etkin ve önemli ölçüde katkıya ilişkin kanıt yetersizliğinden dolayı davalılar, mahkeme tarafından sorumlu bulunmamıştır.^[30]

2. İhlal Teşkil Eden Fiili Denetim Hak ve İmkânının Bulunmasından Doğan Sorumluluk (“Vicarious Infringement”) Bakımından

Bu sorumluluk türüne ilişkin kurala göre, “Kişi, ihlal teşkil eden fiili denetim hak ve imkânına sahip olup (*right and ability to supervise the infringing conduct*) aynı zamanda bu ihlalden doğrudan ekonomik kazanç sağladığında (*direct financial benefit*) sorumlu olur”.^[31] Bununla birlikte, bir kimsenin bu tür sorumluluğunun doğması bakımından ihlale ilişkin bilgisinin mevcut olup olmaması bir önem taşımaz.^[32]

İhtilafa konu olayda ise Bölge Mahkemesi’ne göre;

- Telif koruması altındaki içeriklere ücretsiz olarak erişim imkânı, kullanıcılar için davalıların yazılımlarını çekici hâle getirdiğinden, burada davalıların ihlal teşkil eden davranıştan ekonomik kazanç sağladıklarına (*direct financial benefit*) dair bir şüphe yoktur; çünkü her ne kadar kullanıcılar yazılım için ücret ödemeler de, davalılar reklamlardan ciddi miktarlarda gelir elde etmektedir.^[33] Dolayısıyla, yazılımları ne kadar fazla kişi yüklerse, davalılar o kadar çok reklam

[27] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1035.

[28] Sony, s. 442.

[29] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1041, 1042.

[30] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1043.

[31] Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc., ABD Temyiz Mah. 9. D. K., 76 F.3d 259 (1996), s. 262. İhlal teşkil eden içeriğe erişim imkânının kullanıcıları çekme özelliğinin bulunduğu noktada ekonomik kazancın varlığından bahsedilir (Fonovisa, s. 263, 264).

[32] Adobe Systems, s. 1049.

[33] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1043, 1044.

geliri elde ettiğinden ve kullanıcıların büyük bir kısmı yazılımları telif koruması altındaki içeriğe erişim için yüklediğinden, davalıların reklam gelirinin önemli bölümü son kullanıcıların ihlaline bağlıdır.^[34]

- Davalıların sağladığı yazılım, ağlar arasındaki iletişimi tamamen davalıların dışında gerçekleştirdiğinden ve tüm ihlaller de yazılımların son kullanıcılara ulaştırılmasından daha sonraki aşamalarda ortaya çıktığından, davalıların ihlal teşkil eden fiili denetim hak ve imkânına sahip olduğuna ilişkin geçerli kanıt bulunmayıp davalılar, bazı son kullanıcılarca gerçekleştirilen telif hakkı ihlalleri sebebiyle mahkeme tarafından sorumlu bulunmamıştır.^[35]

B. ABD Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi^[36]

Temyiz Mahkemesi, Bölge Mahkemesi’nce verilen ve son kullanıcıların telif hakkı ihlallerinden dolayı davalıların sorumluluğunun doğmayacağına ilişkin kararın isabetli olduğuna hükmetmiştir.^[37]

Mahkemeye göre, ihlale katkıdan doğan sorumluluk (*contributory infringement*) bakımından, öncelikle sunulan kanıtlardan davalıların yazılımlarının hukuka uygun önemli kullanımlara elverişli olması sebebiyle olaya “Sony-Betamax” doktrininin uygulanması ve dolayısıyla davalıların, ihlalleri bilebilecek durumda olması (*constructive knowledge*) sebebiyle sorumlu bulunmaması gerekir.^[38] Bu durumda davacıların, davalıların belirli ihlaller gerçekleştiği sırada bu ihlallere ilişkin olarak makul bilgisinin mevcut olduğunu (*actual knowledge*) kanıtlamaya ihtiyaçları vardır ki davacılar bu hususta başarısız olmuştur.^[39] Daha açık bir ifadeyle, davacıların ihlallere ilişkin olarak davalıların bilgilendirmesi, ihlaller ortaya çıktıktan sonra ve davalıların bu ihlallere zaten olumlu ya da olumsuz bir şekilde müdahale edemeyeceği bir ortamda gerçekleşmiştir.^[40] Ayrıca somut olayda davalılar, erişim sağlayıcı niteliğini haiz olmamakla beraber, dosya depolama veya indeks sağlama gibi işlevlere de sahip olmadığından

[34] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1044.

[35] Kal. Fed. Bölge Mah. K., s. 1045.

[36] ABD Temyiz Mah. 9. D. (U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit), 380 F.3d 1154 (2004).

[37] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1160.

[38] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1162. Sony davasında uygulanan “hukuka uygun önemli kullanıma elverişlilik” kuralına ilişkin bir düzenleme ABD Telif Hakkı Yasası’nda yer almamakla birlikte, patent hukukunda bu kural, ABD Patent Yasası’nda düzenleme bulunmaktadır [35 U.S.C. § 271 (c)].

[39] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1162.

[40] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1162.

ihlallere davalılarca yapılmış herhangi bir katkı (*material contribution*) da söz konusu değildir.^[41]

Yine mahkemeye göre, ihlal teşkil eden fiili denetim hak ve imkânının bulunmasından doğan sorumluluk (*vicarious infringement*) bakımından ise, davalıların bireysel kullanıcıları engelleme imkânının olduğuna dair herhangi bir kanıt bulunmamaktadır.^[42] Dolayısıyla bu tür bir sorumluluğun doğması için aranan denetim ilişkisi (*right and ability to supervise the infringing conduct*) şartı, ihtilafa konu olayda söz konusu değildir. Bu da, gerçekleşen telif hakkı ihlallerinden ekonomik kazanç sağlamalarına (*direct financial benefit*) rağmen, davalıların son kullanıcıların ihlallerinden sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmektedir.

C. ABD Federal Yüksek Mahkemesi^[43]

Bölge Mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi'nin aksine Yüksek Mahkeme, açık ifadeden veya ihlali teşvike yönelik diğer müspet girişimlerden anlaşıldığına göre, bir *yazılımı* telif haklarını ihlal edici kullanımı destekleme amacıyla dağıtan bir kişinin, üçüncü kişilerin ihlal ile sonuçlanan davranışlarından sorumlu olacağı gerekçesiyle, son kullanıcıların gerçekleştirdiği ihlallerden davalıların sorumlu olacağına hükmetmiştir.^[44]

Yüksek Mahkeme kararında, “Sony-Betamax” doktrininin, kasıtlı biçimde ihlali teşvike ilişkin kanıtların varlığı hâlinde mahkemelerin bunu göz ardı edeceği anlamına gelmediğini; bu doktrin ile kusurlu sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanmasının imkânsızlaştırılmasının amaçlanmadığını ifade etmiştir.^[45] Buna göre kanıtların, ihlalleri teşvik eden ifade ve davranışları ortaya koyduğu noktada artık “Sony-Betamax” doktrini sorumluluğun doğmasına engel olamayacaktır.^[46] Dolayısıyla, Bölge Mahkemesi ile Temyiz Mahkemesi bu doktrini hatalı şekilde uygulamıştır.^[47]

Yüksek Mahkeme'ye göre, davalıların ücretsiz yazılımlarını dağıtmaya başladığı andan itibaren, bu yazılımların telif korumasına tâbi eserlerin indirilmesine yönelik kullanım amacını açıkça dile getirmiş olmaları, ihlali teşvik için etkin

[41] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1163.

[42] ABD Temyiz Mah. 9. D. K., s. 1165.

[43] ABD Fed. Yüksek Mah. (Supreme Court of the U.S.), 545 U.S. 913 (2005).

[44] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2770, 2780.

[45] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2778.

[46] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2779.

[47] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2778.

girişimlerde bulunulduğunu göstermektedir.^[48] Davalıların bu husustaki kastına ilişkin özellikle üç kanıt önem arz etmektedir.^[49]

İlk olarak davalıların, Napster'in^[50] halefi olmayı amaçlayarak eski Napster kullanıcılarını hedef almaları söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda StreamCast hazırladığı promosyon materyallerinde kendini piyasadaki en iyi Napster alternatifi olarak tanıtırken; Grokster ise, arama motorlarından “Napster” veya “ücretsiz dosya paylaşımı” ifadelerini aratan kullanıcıların kendi web sitesine yönlendirilmeleri için web sitesine dijital kodlar girmiştir.^[51] Bu bağlamda Grokster'in adının Napster'a olan benzerliği de mahkemenin ayrıca dikkatini çekmiştir.

İkinci olarak, davalıların ikisi de filtreleme araçları veya yazılımın kullanımı vasıtasıyla gerçekleştirilebilecek ihlalleri azaltıcı herhangi başka bir mekanizma geliştirmeye yönelik bir girişimde bulunmamıştır.^[52] Bununla birlikte, davalının kastını destekleyici başka kanıtlar olmadan tek başına bu husus davalıların sorumluluğunu doğurmaya elverişli görülmemiştir.^[53]

Üçüncü olarak, davalıların reklam alanı satmak suretiyle gelir elde ettiği ve yazılımlar kullanıldıkça, daha fazla reklam yapıp daha fazla reklam geliri elde edildiği üzerinde durulmuştur.^[54] Bu doğrultuda, yazılımın kullanım kapsamı davalıların kazancını belirleyip buna dair kayıtlar, davalıların ticari algısının ve kârlılığının hukuka aykırı kullanımlara dayandığını göstermiştir. Bu husus da, bahsi geçen ikinci kanıt gibi, davalının kastını destekleyici başka kanıtlar olmadan tek başına davalıların sorumluluğunu doğurmaya elverişli görülmemiştir.^[55]

Yüksek Mahkeme tarafından yukarıda sayılan kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde davalıların hukuka aykırı amacı açıklık kazandığından,^[56] Temyiz Mahkemesi'nin kararının aksine, davalıların son kullanıcılarca gerçekleştirilen telif hakkı ihlallerini teşviklerinden dolayı sorumluluğuna (*inducement liability*) hükmedilmiştir.^[57]

[48] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2772.

[49] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2781.

[50] Napster'a ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Tablo 4.

[51] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2773, 2781.

[52] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2781. Bu hususa yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. Pamela Samuelson, ‘Three Reactions to MGM v. Grokster’ (2006) Michigan Telecommunications and Technology Law Review, Vol. 13, s. 191 vd.

[53] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2781, dn. 12.

[54] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2781, 2782.

[55] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2782.

[56] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2782.

[57] İhlali teşvikten sorumluluk (*inducement liability*), ihlale katkıdan doğan sorumluluğun (*contributory liability*) bir türü olarak kabul edilmekte ve bu sorumluluğun diğer bir türünü

III. GROKSTER KARARININ DEĞERLENDİRMESİ

A. Kararın Önemi ve Sonuçları

Grokster kararı telif hakkı sahipleri lehine görünmekle birlikte, bazı yazarlar inovasyonun engelleneceği endişesiyle bu kararı sakıncalı bulmaktadır.^[58] Bu bağlamda, *Grokster* davasının esasen dosya paylaşımı veya telif hakkı ihlaline değil, tamamıyla teknoloji politikasına ilişkin olduğunu ifade eden yazarlar da vardır.^[59] Buna göre, olaya uygulanabilecek üçüncü kişi sorumluluğuna (*third-party liability*) ilişkin her türlü kural, eğlence endüstrisi ile teknoloji endüstrisi arasındaki dengeyi radikal biçimde değiştirebilecek niteliği haiz görülmekte; böyle bir durumun ise her iki sektör üzerinde, özellikle de inovasyon yatırımları, rekabet, kamu ve ulusal ekonomi için olumsuz sonuçlar doğurabileceği belirtilmektedir.^[60]

Nitekim Yüksek Mahkeme de *Grokster* davasında verdiği kararda davanın konusunu, yarışan iki sosyal değer olan telif hakkı koruması vasıtasıyla yaratıcılığın desteklenmesi ile ihlalden sorumluluğun sınırlandırılarak teknolojik inovasyonun teşviki arasındaki gerilimin oluşturduğunu ifade etmiştir.^[61] Bununla beraber mahkeme, her ne kadar somut olayda davalıların sorumluluğuna hükmetmiş olsa da, uyguladığı kuralın yalnızca kasıtlı ve kusurlu ifade ve davranışlara sorumluluk yüklediğinden hareketle, hukuka uygun ticaretten taviz verilmesinin veya inovasyonun önüne geçilmesinin söz konusu olmadığını da ilave etmiştir.^[62]

de ihlali gerçekleştirilmeye elverişli katkıdan sorumluluk (material contribution liability) oluşturmaktadır [Perfect 10 Inc. v. Visa Int'l Serv. Ass'n., ABD Temyiz Mah. 9. D. K., 494 F.3d 788 (2007), s. 800-802]; Oswald, s. 228. Diğer üçüncü kişi sorumluluklarında olduğu gibi, ihlali teşvikten sorumluluğa ilişkin bir düzenleme de ABD Telif Hakkı Yasası'nda yer almamakla birlikte, patent hukukunda bu sorumluluk türü ABD Patent Yasası'nda düzenleme bulmaktadır [35 U.S.C. § 271 (b)].

- [58] Andrew Beckerman-Rodau, 'MGM v. Grokster: Judicial Activism or a Good Decision?' (2006) University of Missouri – Kansas City Law Review, Vol. 74:4, s.921. Aksi yöndeki görüş için bkz. Ginsburg, s. 590.
- [59] Pamela Samuelson, 'Brief Amici Curiae of 60 Intellectual Property and Technology Law Professors and the United States Public Policy Committee of the Association for Computing Machinery in Support of Respondents in Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster' (2005) Berkeley Technology Law Journal, Vol. 20, s.548.
- [60] Samuelson, Brief Amici Curiae, s. 550, 557, 564.
- [61] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2767.
- [62] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2780. Bu hususta önemli olan, teknoloji veya telif hakları arasında bir tercih yapılmaksızın yarışan çıkarlar arasındaki dengeyi sağlamaktır. Aksi takdirde ya teknolojinin gelişimi sekteye uğrar, ya da eser yaratımı azalır (Beckerman-Rodau, s. 929, 930).

Yapılan açıklamalar ışığında *Grokster* kararının, inovasyonun teşviki ile telif haklarının korunması arasındaki hassas dengeyi gözeten bir karar olduğu sonucuna varılması mümkündür.^[63] Buna göre, bir ürünün dağıtımını yaparken telif haklarının ihlali kastıyla hareket eden kişiler, bu ürünlerinin son kullanıcılarca hukuka aykırı şekilde kullanılmasından sorumlu tutulacak ve artık ürünlerinin hukuka uygun kullanıma elverişli olduğu savunmasında bulunmayarak “Sony-Betamax” doktrininin koruyucu etkisinden faydalanamayacaktır. Buna karşılık, ürünlerini hukuka aykırı kullanım amacı taşımaksızın dağıtan kişiler, ürünleri daha sonradan bazı son kullanıcılarca hukuka aykırı şekilde kullanılsa bile, ürünler hukuka uygun kullanıma elverişli olmak şartıyla, “Sony-Betamax” doktrininin koruyucu etkisinden faydalanmayı sürdürebilecektir. *Grokster* kararının en önemli sonucu da budur.

Grokster kararının bir başka sonucu da, ihlal teşkil eden fiili denetim hak ve imkânının bulunmasından doğan sorumluluğa (*vicarious infringement*) ilişkindir. Yüksek Mahkeme her ne kadar kararını bu sorumluluğa dayandırmamış olsa da, verdiği kararda aslen bir kusursuz sorumluluk türü olan bu sorumluluğu, telif hukuku bakımından kusur sorumluluğu teşkil edecek şekilde tanımlamıştır.^[64] Yüksek Mahkeme’ye göre kişi, ihlal teşkil eden fiili denetim hak ve imkânının bulunmasından dolayı, ihlali önleme veya kısıtlama hakkını kullanmaktan kaçınarak bu ihlalden kazanç sağladığında sorumlu olur.^[65] Buna göre kişinin sorumluluğunun doğması, ihlali önlemekten veya kısıtlamaktan kaçınmasına, yani kusurlu davranışına bağlıdır. Yüksek Mahkemece yapılan bu yönde bir tanım, telif hukukunda üçüncü kişilerin başkalarının ihlallerinden dolayı kusursuz sorumluluğunu daraltıcı bir yorum olması bakımından önem arz etmektedir.

B. Karara Yönelik Eleştiriler^[66]

Yüksek Mahkeme kararının üçüncü kişi sorumluluğuna dair gelecekte mahkemelerde yapılacak yorumlar bakımından iyileştirilmiş ve hukuka daha uygun

[63] Mota, s. 79.

[64] Alfred C. Yen, ‘Third-Party Copyright Liability after *Grokster*’ (2006) *Minnesota Law Review*, Vol. 91, s. 192, 228, 229.

[65] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2776, dn. 1.

[66] ABD Fed. Yüksek Mah. kararına ilişkin diğer tartışmalar için bkz. Jim Burger, ‘Betamax, P2P, & Beyond: MGM v. *Grokster* & the Future of Secondary Copyright Liability’ (2005) *The Intellectual Property & Cyberlaw Society “Hot Topics in Intellectual Property Law” Symposium* (düz. Duke University School of Law), <http://law.duke.edu/video/ip-2005-betamax-p2p-beyond-mgm-v-grokster-future-secondary-copyright-liability/> (e.t. 03.03.2015); ICAC, ‘Interpreting *Grokster*: Protecting Copyright in the Age of Peer-to-Peer’ (2005) ICAC Panel, <http://www.learningace.com/doc/6320655/3320bd8e95f829f1249f7e2e960d4a71/interpreting-grokster-protecting-copyright-in-the-the-age-of-peer-to-peer>

bir çerçeve sunduğunu savunan yazarlar olduğu gibi,^[67] ihlale katkıdan dolayı sorumluluğun (*contributory infringement*) bir türü olan teşvikten sorumluluğun (*inducement liability*) gerektirdiği katkının ve ihlale sebep olma amacına ilişkin kanıtların niteliği hususunda muğlaklık yarattığını düşünen yazarlar da vardır.^[68] Örneğin karara göre sorumluluk, “dağıtıcı, ürünün ihlal için kullanılmasını amaçladığında ve teşvik ettiğinde” doğar. Burada kullanılan “amaçlama” ifadesi sübjektif bir ölçüt getirirken, “teşvik etme” ifadesi objektif bir ölçüt getirmektedir.^[69] Buna göre, amaçlamadan bahsedildiğinde, buna ilişkin içsel yazışmalar veya sonradan yapılan ikrar dahi uygun kanıt olarak kabul edilebilecektir. Buna karşılık teşvik etmeden bahsedildiğinde, yalnızca hukuka aykırı eylemleri destekleyen müspet davranışlar anlaşılmaktadır. Bu sebeple, özellikle teşvikten sorumluluğa ilişkin uygulamanın inovasyona engel olacağı endişesinin giderilmesi, sorumluluğa hükmedilebilmesi için gereken kanıtlara ilişkin objektif bir ölçütün belirlenmesine bağlı görülmektedir.^[70]

Başka bir eleştiri konusu, Yüksek Mahkeme’nin kararında yer verdiği bir ifadeye ilişkindir. Kararda, yaygın şekilde kullanılan bir ürün ihlale alet edildiğinde, ihlalde bulunan herkese karşı telif haklarının ileri sürülmesi mümkün olamayacağı için tek pratik alternatifin, telif hakkı ihlalinden üçüncü kişinin sorumluluğu (*third-party copyright liability*) kapsamında, bu ürünün dağıtıcısına başvurmak olduğu ifade edilmiştir.^[71] Buna istinaden bazı yazarlara göre, Yüksek Mahkeme’nin yaklaşımının aksine, telif hakkı sahiplerinin ihlallerden dolayı üçüncü kişilere başvurması, yalnızca bizzat ihlalde bulunan çok sayıda kişiye tek tek başvurmaktan daha rasyonel ve uygun maliyetli olduğu için haklı görülmemelidir.^[72] Ayrıca bazı yazarlarca, sorumluluğun bu şekilde üçüncü

(e.t. 03.03.2015); DUSL, ‘The Future of Peer-To-Peer Networks and Digital Music’ (2005) The Intellectual Property & Cyberlaw Society Panel Discussion, <http://law.duke.edu/video/future-peer-peer-networks-and-digital-music/> (e.t. 03.03.2015); STLR, ‘Emerging Issues of Secondary Liability Copyright Law’ (2011) STLR Symposium (düz. Stanford Law School), http://voirdire.stanford.edu/student-orgs/stlr/20110303_STLR_001_EmergingIssuesSecondaryLiabilityCopyrightLaw.mov (e.t. 03.03.2015).

[67] Yen, s. 189, 221.

[68] Mark Bartholomew, ‘Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster’ (2009) Columbia Journal of Law & the Arts, Vol. 32:4, s. 466; Oswald, 236 vd.

[69] William Fisher, ‘Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies’ (2014) CopyrightX: Lecture 11.2 (hosted by Berkman Center & Harvard Law School), <http://copyx.org/lectures/> (e.t. 03.03.2015).

[70] Beckerman-Rodau, s. 937. Bu hususta bazı yazarlar tarafından ABD Telif Hukuku’nda uygulanması önerilen “modus operandi” standardı için bkz. Jamie Gregorian, ‘Grokster, BitTorrent, Copyright Infringement, and Inducement: How Modus Operandi Can Provide a Functional Standard for Future File-Sharing Cases’ (2009) Texas Review of Entertainment & Sports Law, Vol. 10:2, s. 160 vd.

[71] ABD Fed. Yüksek Mah. K., s. 2776.

[72] Beckerman-Rodau, s. 937. Telif hakkı ihlalinden üçüncü kişinin sorumluluğu müessesinin asıl amacı, üçüncü kişileri telif haklarını ihlal edenlerden desteklerini çekmeye zorlayarak

kişilere yüklenmesinin yaratıcılığın teşvikinin azalmasına sebebiyet vermesi ihtimalinde, toplumun üretkenliğinin olumsuz yönde etkilenebileceği de ileri sürülmektedir.^[73]

veya üçüncü kişileri ihlale engel olmaya yönelik olumlu hareket etmeye teşvik ederek hukuka uyma oranını arttırmaktır (Fisher, Secondary Liability).

[73] Beckerman-Rodau, s. 921. Aksi yönde görüş için bkz. Samuelson, Three Reactions, s. 195.

SONUÇ

Dosya paylaşım yazılımları, bir yandan bilginin daha fazla kişiye ulaşmasını mümkün kılarak sosyal fayda sağlarken, diğer yandan ise telif hakkı ihlallerine zemin yaratarak telif hakkı sahiplerine ve özellikle de eser sahiplerine ciddi boyutta zarar verebilmektedir. Bu çalışmanın konusunu teşkil eden *Grokster* davası da, dağıtıcıların sorumluluğuna dair ortaya koyduğu kuralların emsal niteliği taşıması dolayısıyla, bahsi geçen soruna ilişkin sayısız vaka içinde sadece ABD Telif Hukuku'nda değil, uluslararası boyutta da oldukça önemli bir yeri haizdir.

Genel bir değerlendirme yapıldığında ise, her ne kadar telif hakları korumasını güçlendirici yönde olsa da, *Grokster* kararının P2P yazılımların olumsuz etkilerinin bertaraf edilebilmesi bakımından yetersiz kaldığı öne sürülebilir. Şöyle ki, aslında hukuka aykırı kullanımı amaçlayan dağıtıcıların, hukuka aykırılığı teşvik edici hareketlerden ve ifadelerden uzak durarak, başka bir ifade ile karardaki boşluktan faydalanarak, herhangi bir ihtilaf hâlinde kendi yazılımları için “Sony-Betamax” doktrininin uygulanmasının ve bunun sonucunda sorumluluktan kurtulmanın yolunu açabilme ihtimalleri doğmaktadır.^[74] Bu sebeple, bu tür yazılımlar yoluyla gerçekleştirilebilecek telif hakkı ihlallerinin engellenmesine ve bu yolla gerçekleştirilen ihlallerden sorumluluğa ilişkin daha etkili çözümlerin üretilmesi gerekmektedir.

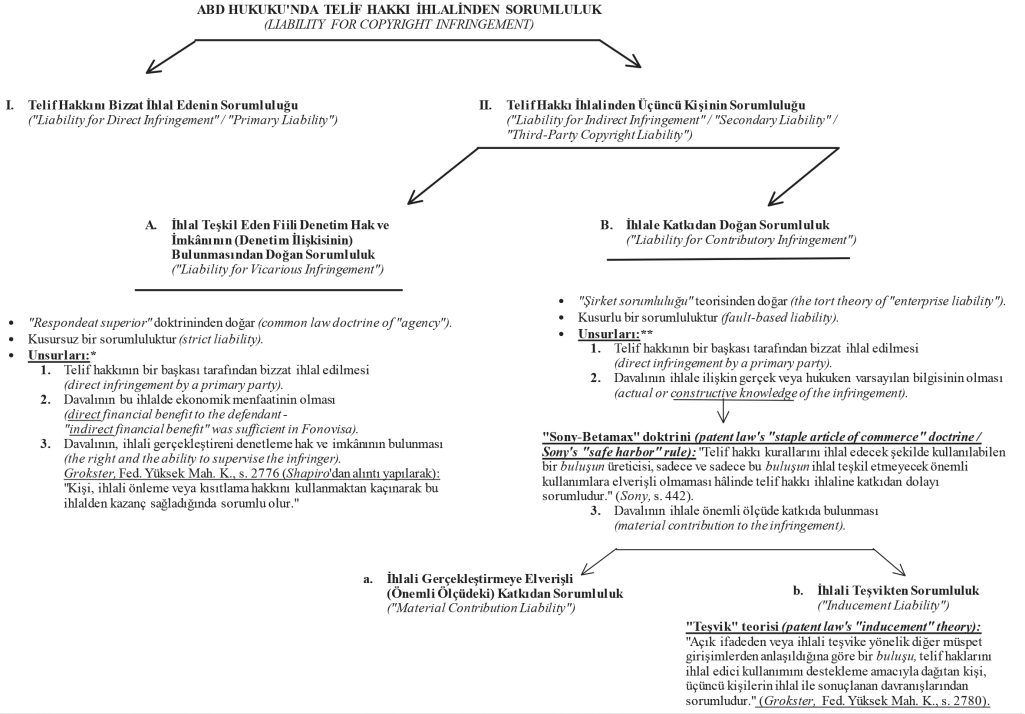
Mesela, özellikle yer sağlayıcılar bakımından uygulanan “uyar ve kaldır” (*notice and takedown*) prensibinin,^[75] dosya paylaşım yazılımlarının dağıtıcıları tarafından da yaygın şekilde benimsenmesi ve hatta bunun yasal bir zorunluluk hâline getirilmesi bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Buna karşılık, zorunlu lisans sisteminin bu soruna bir çözüm olarak düşünülmesi ise eserleri çoğaltma ve yayma eylemlerini kontrol etmenin imkânsızlığı karşısında etkin bir yol olarak görünmemektedir.^[76] Aslında bu hususta nasıl bir sistem ortaya konulursa konulsun, yalnızca ulusal alanla sınırlı kalınmayarak uluslararası alanda yeknesaklık sağlanması daha yerinde olacaktır.^[77] Nitekim telif hakları alanında da geçerli olan ülkesellik ilkesinin, küreselleşmenin teknolojik boyutu karşısında telif haklarının korunmasına bir engel teşkil ettiğine kuşku yoktur.

[74] Gregorian, s. 164; Samuelson, *Three Reactions*, s. 183.

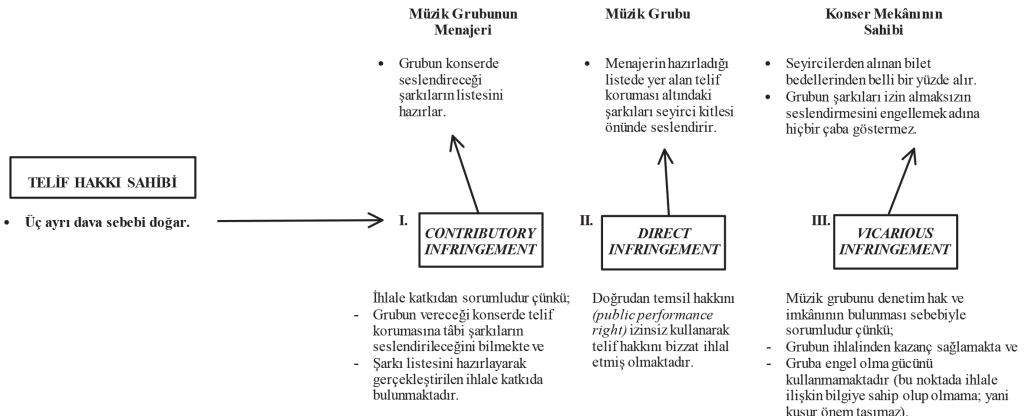
[75] “Uyar ve kaldır (*notice and takedown*)” prensibine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ginsburg, s. 590 vd.

[76] Patricia Akester, ‘Copyright and the P2P Challenge’ (2005) *European Intellectual Property Review*, V. 27(3), s. 112.



[77] Semiz, s. 270; Austin, s. 619.

Tablo 1: ABD HUKUKU'NDA TELİF HAKKI İHLALİNDEN SORUMLULUK

* Grokster Temyiz Mah. K., s. 1164 vd. ** Grokster Temyiz Mah. K., s. 1160 vd.

Tablo 2: "DANS SALONU" ÖRNEĞİ⁷⁸

⁷⁸ Fisher, 'Dance Hall Illustration', *Secondary Liability*.

DAVANIN TARAFLARI		MAHKEME KARARLARI	
Davacılar		Davalılar	
Davacı film stüdyoları:	<ul style="list-style-type: none"> • Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. • Columbia Pictures Industries Inc. • Disney Enterprises Inc. • New Line Cinema Corp. • Paramount Pictures Corp. • Time Warner Entertainment • Twentieth Century Fox Film Corp. • Universal City Studios Inc. 	Kaliforniya Fed. Bölge Mah. K.	ABD Fed. Yüksek Mah. K.
Davacı plak şirketleri:	<ul style="list-style-type: none"> • Arista Records Inc. • Atlantic Recording Corp. • Rhino Entertainment • Bad Boy Records • Capitol Records • Elektra Entertainment • Hollywood Records Inc. • Interscope Records • LaFace Records • London-Sire Records • Motown Record Co. LP • BMG Entertainment • Sony Music Entertainment Inc. • UMG Recordings Inc. • Virgin Records America Inc. • Walt Disney Records • Warner Brothers Records Inc. • WEA International Inc. • WEA Latina Inc. • Zomba Recording Corp. 	"GROKSTER I" cit. 259 F. Supp. 2d 1029 (2003) T. 25.04.2003	"GROKSTER II" cit. 380 F.3d 1154 (2004) T. 19.08.2004
		"GROKSTER III" cit. 545 U.S. 913 (2005) T. 27.06.2005	
			<p>İhali Tesviktan Sorumluluk ("Inducement Liability"): Davaların, teretis olarak diğerlerin yazılımların telif hakkı ihlali için kullanılmasını amaçladığı ve teşvik ettiği kanıtlara sadık olduğundan, davaların ihlali teşvikten sorumluluğu söz konusudur.</p> <p>İhali Kanıtlar:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Yeni bir alternatif arayışında olan eski Napster kullanıcılarının hedef alınması. 2. İhali azaltıcı teknolojilerin benimsenmemesi. 3. Ticari algının ve karlılığın hukuka aykırı kullanımlara daylanması. <p>SONUÇ: Davacılar, bazı kullanıcılarca gerçekleştirilen telif hakkı ihalleri sebebiyle mahkeme tarafından sorumlu bulunmuştur.</p>
			<p>I. Son Kullanıcıların Telif Hakkı İhlalinde Bulunup Bulunmadığı Hususu ("Direct Infringement"): Davaların, ihlali teşvik eden belirlenen davranışlardan haberi (<i>actual knowledge</i>) olmamakla birlikte, ihlali teşvik eden belirlenen davranışlardan da haberi olmak üzere telif konusuna fiili erişimle ilgili olarak ihlali teşvik edildiği anlaşıldığından, son kullanıcıların, davacıların çoğaltma ve yayma haklarını ihlali sabit görülmüştür.</p> <p>II. Son Kullanıcıların İhlalden Grokster'in Sorumlu Olup Olmadığı Hususu ("Indirect Infringement")</p> <p>A. İhale Katkıdan Doğan Sorumluluk ("Contributory Infringement") Bakımından:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Davaların, ihlali teşvik eden belirli davranışlardan haberi (<i>actual knowledge</i>) olmamakla birlikte, yazılımlarının, hukuka aygırı önemli kullanımlara elverişli olması, davacıların hukukten varsayılan bilgilerinin (<i>constructive knowledge</i>) bertaraf etmemesi. - Kullanıcıların sunulan teknik desteğin, rutin ve genellikle başka firmaların yazılımlarının kullanımına ilişkin olup ihlali ile eşzamanlı gerçekleştirilmesi ve ayrıca kullanıcıların dosya arama ve indirmelerine ilişkin işlemlerin davalılardan tamamen bağımsız şekilde gerçekleştirilmesi ve davalıların, kendi kontrollerindeki tüm bilgisayarların çalışmasını durdurmaları hâlinde dahi kullanıcıların dosya paylaşımına hiçbir kesinti olmaksızın devam etmesine imkânın olması, davaların ihlale önemli ölçüde katkımasını (<i>material contribution</i>) sağladığından, ihlali sabit görülmüştür. <p>B. İhali Teşvik Eden Fihli Denetim Hak ve İmkânının Bulunmamasından Doğan Sorumluluk ("Vicarious Infringement") Bakımından:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Yazılımları ne kadar fazla kişi yüklerse, davalılar o kadar çok reklam geliri elde ettüğünden ve kullanıcıların büyük bir kısmı yazılımları telif konusuna altındaki içeriğe erişim amacıyla yüklediği için davalıların reklam gelirinin önemli bölümü son kullanıcıların ihlaleine bağlı olduğundan, davalıların, ihlali teşvik eden davranışın ekonomik kazanç sağladıkları (<i>direct financial benefit</i>) dair bir şüphe yoktur. - Davaların sağladığı yazılım-ağlar arasındaki iletişimi tamamen davalıların dışında gerçekleştirildiğinden ve tüm ihaller de yazılımların son kullanıcılarca oluşturulmasından daha sonraki aşamalarda ortaya çıktığından, davalıların ihlali teşvik eden fihli denetim hak ve imkânına sahip olduğuna (<i>right and ability to supervise the infringing conduct</i>) ilişkin şüpheyi ortadan kaldırmamaktadır. <p>SONUÇ: Davacılar, bazı son kullanıcılarca gerçekleştirilen telif hakkı ihalleri sebebiyle her iki mahkeme tarafından da sorumlu bulunmamıştır.</p>

Tablo 4: ÇİFT KULLANIMLI TEKNOLOJİLERE İLİŞKİN BAZI DAVALARIN KARŞILAŞTIRMASI⁷⁹

DAVA	SONY (BETAMAX) ⁸⁰	NAPSTER ⁸¹	AIMSTER ⁸²	GROKSTER ⁸³
DAVA KONUSU TEKNOLOJİ	VCR (Video Kasıt Kaydedici)	P2P DOSYA PAYLAŞIM YAZILIMI	P2P DOSYA PAYLAŞIM YAZILIMI	P2P DOSYA PAYLAŞIM YAZILIMI
TEKNOLOJİNİN ÖZELLİKLERİ	<ul style="list-style-type: none"> Televizyon programlarını video kasetlere kaydetme 	<ul style="list-style-type: none"> Merkezi dosya paylaşım ağı (Napster tarafından işletilen tek bir <i>supernode</i>) Napster' in web sitesinde yer alan ve tüm kullanıcıların sabit diskinde bulunan kayıtların tamamını tereen indeks Kullanıcıların kendi sabit disklerinde oluşturduğu müzik kütüphanelerinde yer alan kayıtların tamamının isimlerinin sisteme girildiği anda kendiliğinden Napster' in indeksinde belirlenmesi Napster sunucusu üzerinden mecburi şekilde gerçekleştirilen dosya taraması Napster' in kullanıcıların erişimini engelleme yetkisi 	<ul style="list-style-type: none"> Aimster' in paylaşılan dosya içeriklerini öğrenmesini engelleyen şifreleme teknolojisi Sistemim kullanılmırları, telif hakkına ihbi ses dosyalarının paylaşımını vurgulayanak öğreten çevrimiçi rehber 	<ul style="list-style-type: none"> Merkezi olmayan dosya paylaşım ağı (FastTrack) Grokster' dan bağımsız şekilde gerçekleştirilen teknik işlemler (<i>supernode</i> ve FastTrack ağı bağlantısı)
MAHKEMENİN DEĞERLENDİRMESİ	<ul style="list-style-type: none"> Davalının, ihettiği cihazın davacıların telif hakkını ihlal edecek şekilde kullanılabileceğini bilmesine rağmen, bu cihaz aynı zamanda hem hukuka aykırı, hem de hukuka aykırı olmayan (şimdiki ve/veya gelecekteki) önemli kullanıma müsait olduğundan, davalının ihlallere ilişkin genel veya hukukun varsayılan bilgisini sorumluluk yüklemeye ve davalıya yetersizdir (<i>patent law's "staple article of commerce" doctrine</i>), davalıya amaç zaman kaydırma (<i>time-shifting</i>) olup bu durum adil kullanım (<i>fair use</i>) teşkil etmekte, bu da cihazın hukuka uygun önemli kullanıma elverişli olduğu anlamına gelmektedir. 	<ul style="list-style-type: none"> Davalının, sunucu üzerindeki denetim hakkını kullanarak telif hakkını ihlal eden dosya paylaşımını engellememesi, ihlale önemli ölçüde katkı (<i>material contribution</i>) teşkil eder. Kullanıcıların, davacının sağladığı servisi destekli ile aradıkları müzik dosyalarını kolaylıkla bulup indirmeleri mümkün kılınması da, ihlale önemli ölçüde katkı (<i>material contribution</i>) teşkil eder. 	<ul style="list-style-type: none"> İhlale Katkıdan Doğan Sorumluluk ("<i>Contributory Liability</i>") Napster, ihlal teşkil etmeyen önemli kullanım (<i>substantial non-infringing use</i>) elverişli olduğundan, davalının ihlallere ilişkin olarak hukukun varsayılan bilgisi (<i>constructive knowledge</i>) sahip olduğu iddia edilemez. RIAA' nın davalı sistemdeki 12.000' in üzerinde telif hakkı ihlali teşkil eden dosya konusunda uyarması ve Napster' in hukuka aykırı kopyalamaları kopyalama amaçla tespit etme imkânının bulunması sebebiyle davalının ihlal teşkil eden belirli davranışları ilişkin bilgisini (<i>actual knowledge</i>) vardır. Davalının, sunucu üzerindeki denetim hakkını kullanarak telif hakkını ihlal eden dosya paylaşımını engellememesi, ihlale önemli ölçüde katkı (<i>material contribution</i>) teşkil eder. Kullanıcıların, davacının sağladığı servisi destekli ile aradıkları müzik dosyalarını kolaylıkla bulup indirmeleri mümkün kılınması da, ihlale önemli ölçüde katkı (<i>material contribution</i>) teşkil eder. 	<ul style="list-style-type: none"> İhlali Tesvikten Sorumluluk ("<i>Inducement Liability</i>") Davalıların, ücretsiz olarak dağıtıkları yazılımların telif hakkı ihlali için kullanılmasını amaçladığı ve tesvik ettiği kamuilarla sabit olduğundan, davalıların ihlali tesvikten sorumluluğu söz konusudur. İlgili Kanıtlar: <ol style="list-style-type: none"> Yeni bir alternatif arınyında olan eski Napster kullanıcılarının hedef alınması. İhlali azaltıcı teknolojilerin bulunmaması. İhlali azaltıcı teknolojilerin bulunması. İhlali azaltıcı teknolojilerin bulunması.
SONUÇ	Davalı, sorumlu bulunmamıştır.	Davalılar, son kullanıcıların telif hakkını ihlal etmemişlerdir.	Davalılar, son kullanıcıların telif hakkını ihlal etmemişlerdir.	Davalılar, son kullanıcıların telif hakkını ihlal etmemişlerdir.

⁷⁹ Çift kullanımlı teknolojilere ilişkin davalar (*dual-use technology cases*): Davalının, müşterilerinin bazen telif haklarını ihlal eden, bazense etmeyen şekillerde kullandığı bir ürünü satdığı veya bir servisi sağladığı davalarıdır (Fisher, *Dual-Use Technologies*).

⁸⁰ *Sony Corp. Of America v. Universal City Studios Inc.*, ABD Fed. Yüksek Mah. K., 464 U.S. 417 (1984).

⁸¹ *A. & M Records Inc. v. Napster Inc.*, ABD Temyiz Mah. 9. D. K. 239 F.3d 1004 (2001).

⁸² *In re Aimster Copyright Litigation*, ABD Temyiz Mah. 7. D. K., 334 F.3d 643 (2003).

⁸³ *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd.*, ABD Fed. Yüksek Mah. K., 545 U.S. 913 (2005).

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Bkz.	: Bakınız
cit.	: citation
D.	: Daire
dn.	: dipnot
DUSL	: Duke University School of Law
düz.	: düzenleyen
e.t.	: erişim tarihi
Fed.	: Federal
ICAC	: the Congressional Internet Caucus Advisory Committee
K.	: Karar
Kal.	: Kaliforniya
No.	: Numara
Mah.	: Mahkeme
MGM	: Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc.
ör.	: örneğin
P2P	: Peer-to-Peer
RIAA	: Recording Industry Association of America
s.	: sayfa
STLR	: Stanford Technology Law Review
T.	: Tarih
U.S.	: United States
U.S.C.	: United States Code
v.	: versus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume

KAYNAKÇA

- Akester, P. (2005) 'Copyright and the P2P Challenge', *European Intellectual Property Review*, V. 27(3), s. 106-112.
- Austin, G. W. (2006) 'Importing Kazaa – Exporting Grokster', *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 22, s. 577-619.
- Bartholomew, M. (2009) 'Copyright, Trademark and Secondary Liability after Grokster', *Columbia Journal of Law & the Arts*, Vol. 32:4, s. 445-470.
- Beckerman-Rodau, A. (2006) 'MGM v. Grokster: Judicial Activism or a Good Decision?', *University of Missouri – Kansas City Law Review*, Vol. 74:4, s. 921-944.
- Fisher, W. (2014) 'Supplements to Copyright: Secondary Liability', *CopyrightX: Lecture 11.1* (hosted by Berkman Center & Harvard Law School), <http://copyx.org/lectures/> (e.t. 03.03.2015).
- Fisher, W. (2014) 'Supplements to Copyright: Dual-Use Technologies', *CopyrightX: Lecture 11.2* (hosted by Berkman Center & Harvard Law School), <http://copyx.org/lectures/> (e.t. 03.03.2015).
- Ginsburg, J. C. (2008) 'Separating the Sony Sheep from the Grokster Goats: Reckoning the Future Business Plans of Copyright-Dependent Technology Entrepreneurs', *Arizona Law Review*, Vol. 50, s. 577-609.
- Gregorian, J. (2009) 'Grokster, BitTorrent, Copyright Infringement, and Inducement: How Modus Operandi Can Provide a Functional Standard for Future File-Sharing Cases', *Texas Review of Entertainment & Sports Law*, Vol. 10:2, s. 145-167.
- Mota, S. N. (2005) 'Secondary Liability for Third Parties' Copyright Infringement Upheld by the Supreme Court: MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.', *Rutgers Computer & Technology Law Journal*, Vol. 32, s. 62-80.
- Oswald, L. J. (2006) 'The Intent Element of "Inducement to Infringe" under Patent Law: Reflections to Grokster', *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 13, s. 225-246.
- Samuelson, P. (2005) 'Brief Amici Curiae of 60 Intellectual Property and Technology Law Professors and the United States Public Policy Committee of the Association for Computing Machinery in Support of Respondents in Metro-Goldwyn-Mayer Studios v. Grokster', *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 20, s. 535-569.
- Samuelson, P. (2006) 'Three Reactions to MGM v. Grokster', *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Vol. 13, s. 177-196.
- Semiz, Ö. (2011) 'Elektronik Ticarete Fikri Hak İhlalleri ve Aracı Online Alış Veriş Sitelerinin Sorumluluklarının Sınırı Sorunu', *Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, S. 26, s. 269-281.
- Yen, A. C. (2006) 'Third-Party Copyright Liability after Grokster', *Minnesota Law Review*, Vol. 91, s. 184-240.

DAVA LİSTESİ

- A & M Records Inc. v. Napster Inc., ABD Temyiz Mah. 9. D., 239 F.3d 1004 (2001).
Adobe Systems Inc. Canus Prods. Inc., Kal. Fed. Bölge Mah., 173 F. Supp. 2d (2001).
Fonovisa Inc. v. Cherry Auction Inc., ABD Temyiz Mah. 9. D., 76 F.3d 259 (1996).
In re Aimster Copyright Litigation, ABD Temyiz Mah. 7. D., 334 F.3d 643 (2003).
Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., ABD Fed. Yüksek Mah., 545 U.S. 913 (2005).
Perfect 10 Inc. v. Visa Int'l Serv. Ass'n., ABD Temyiz Mah. 9. D., 494 F.3d 788 (2007).
Sony Corp. Of America v. Universal City Studios Inc., ABD Fed. Yüksek Mah., 464 U.S. 417 (1984).

KULLANILMAYAN MARKANIN İPTALİ SORUNU

İlhami GÜNEŞ*

* İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi.

GİRİŞ

Tescilli marka, şekil şartları yerine getirilmek ve harçları ödenmek koşuluyla 10 yılda bir yenilenerek sonsuz süreyle mülkiyet ve tasarruf konusu olabilir. Ancak kamu otoritesi, ticaret düzeni ve ekonomik nedenlerle markanın fiilen kullanılmasını dilemekte ve bu gerekliliğe uymayan markaların iptali yolunu açmaktadır. Bu kural Marka KHK 14. maddede düzenlenmiştir.

Tescilli markalar, sahipleri için mal ve hizmetlerin kökenini göstermek, diğer tacirlerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmelerini sağlamak amacıyla kullanılan işaretlerdir. Bu hakkın işletmeler için vazgeçilmez önemi, hükümsüzlük ve iptal davalarını da önemli kılmaktadır. Markaların hükümsüzlüğü sebepleri Marka KHK'da düzenlenmiştir. Ancak kimi durumlarda temel hukuk ilkeleri dahi belirleyici olabilmektedir.

I. HÜKÜMSÜZLÜĞÜN KONUSU OLARAK MARKA HAKKI

Marka yasal ve teknik tanımı ile, mal ve hizmetlerin bir başkasının mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlamaya yarayan işarettir. Yasa, marka olabilecek işaretler için öncelikle ayırt edicilik özelliği aramaktadır. Yasada marka oluşturmak için bir işletme bulunması zorunlu unsur olarak gösterilmemle birlikte, işaretin işlevi, ilgili mal ve hizmetin geldiği işletmeyi göstermekle başlamaktadır^[1]. Marka geçerli olduğu sürece sahibi veya izin verdiği kişiler adına olumlu nitelikte hak ve yetkiler sağladığı gibi, başkalarını markayı kullanmaktan men edici olumsuz yetkiler de getirmektedir.

Tescil şartlarını karşılayan ve tescillenen marka, başvuru tarihinden itibaren 10 yıl süreyle korunur ve yenilendikçe marka hakkı devamlılık arz eder (Marka KHK 40. md). Marka ancak hak sahibinin rızasıyla vazgeçmesi, yenilenmemesi veya mahkeme kararı ile hükümsüz kılınması neticesinde sona erebilir (Marka KHK 42, 45 ve 46. md).

Sonuçta marka, malın veya hizmetin sunumunu sağladığından ekonomik özellikleri olan, değeri hesap edilebilen bir gayri muayyen işletme değeridir. Bir markanın hükümsüz kılınması, sahibinin artık o markadan yararlanamaması, menfaatten yoksun kalması anlamına gelecektir.

[1] ARKAN Sabih; Marka Hukuku, Ankara 1997, s. 1; YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku, C. 1, İstanbul 2004, s. 62; TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 360.

Tescillenen marka hakkı, ancak bir mahkeme kararı ile terkin edilebilir. TPE'nin re'sen veya talep üzerine, tescil sonrası inceleme ve markayı iptal etme yetkisi bulunmamaktadır.

1. İŞLETME AÇISINDAN MARKA HAKKININ ÖNEMİ VE TAKİBİ

Marka işletmenin yüzü olduğu gibi ürünü de olduğundan, hem kâr ve risk hem de rekabet avantajı bakımından anlamlı bir değere sahiptir. İşletme markayı taklit, yanaşma ve kopyalamaya karşı korumak durumundadır. Marka, talep yaratma konusunda işletmenin isminden de öncelikli bir güce sahiptir. Güçlü markalar alıcılar ve araçlar için bir cazibe oluşturur ve araçların stok bulundurmalarını teşvik eder. Güçlü markalar müşteri bağlılığı yaratır ve başkalarının pazara girişlerini de zorlaştırır^[2].

Bu nedenlerle yazıda, son derece önemli bir işletme değerinin korunması ve üzerindeki hakkın hükümsüz kılınmasından söz ediyoruz.

II. MARKAYI KULLANMA ZORUNLULUĞU/SORUMLULUĞU!

Marka KHK 14. madde uyarınca, markanın tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma 5 yıllık süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir.

Markanın tescili ile doğan tekel hakkı, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilirken, marka sahibi de tescil tarihinden itibaren kullanma yükü altına girmektedir. Marka sahibinin kullanmadığı bir tescile dayalı olarak başkalarını men etmeye devam etmesinin adil olmayan sonuçlarının engellenmesi, bu hüküm ile mümkün kılınmıştır^[3]. Gerçekten de kullanılmayan markaların sicili kapatması, ilgili mal ve hizmetler alanında girişim hakkını kısıtlar ve rekabeti gereksiz yere sınırlar.

Nitekim, herhangi bir kullanma niyeti olmaksızın çeşitli mallarda tescillenmiş “koruyucu markalar” bu duruma somut bir örnek oluşturur^[4]. Marka KHK 14. maddede yer alan “markayı kullanma” bir yükümlülük olarak nitelenmekte ve kullanmama halinde bir hak kaybına uğranılacağı belirtilmektedir^[5]. Ancak

[2] İSLAMOĞLU, H. Ahmet/ FIRAT, Duygu; Stratejik Marka Yönetimi, İstanbul 2011, s. 9.

[3] ÖZARMAĞAN, Müge; Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2008, s. 21.

[4] TEKİNALP, s. 347; CHERPİLLOD Ivan; “Marques Defensives de Reserve et Depots Frauduleux” s. 359. ÖZARMAĞAN'dan naklen.

[5] DİRİKKAN, Hanife; “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti” Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 234.

bu sonuç kendiliğinden doğmamaktadır. Markanın kullanılmamasından dolayı doğrudan doğruya bir hak kaybı bulunmamakta; kullanılmama durumunun dava yoluyla tespit edilmesi ve markanın terkininin sağlanması mümkün kılınmaktadır^[6]. Nitekim hukuki yararı bulunan ilgililer dava etmedikçe, kullanılmayan marka sicilde kayıtlı ve geçerli kalmaya devam eder. Öyleyse markanın kullanılıp kullanılmaması bir yükümlülükten ziyade, hukuki sonuçları olan bir tercihten ibarettir. Nihayet, marka sahibinin dava yoluyla markayı kullanma ediminde bulunmaya zorlanması mümkün değildir.

Kullanmama Nedeniyle İptal Koşulları

Markanın tescil edilmiş olmasına rağmen kullanılmıyor olması, ticari hayatta serbest rekabet ortamının kurulması ve sürdürülmesi anlayışına terstir. Girişimcilerin herhangi bir sektörde kullanılmayan ama sicilde gereksiz yer işgal eden markaları iptal edebilmesi öngörülmüş, marka sahibinin çeşitli haklı gerekçelerle kullanmaya başlamak konusunda hareketsiz kalabileceği 5 yıllık süre öngörülmüştür. Bu sürenin dolması halinde artık iptal davası açılabilir. Süre içtihatlarla kabul edildiği üzere, başvuru değil, markanın tescili tarihinden başlatılmaktadır. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen 42/c maddesine göre, bir iptal davası açılacağı düşüncesi ile son üç aylık dönemde başlamış olan kullanma da ciddi bir kullanım sayılmamaktadır.

Esas itibarıyla, markanın çekirdek unsurunun kullanılması kullanma zorunluluğunu karşılamaya yeterli kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay, Falkom kararında “genuine leather by falkom” markasının kullanılmadığı iddiası üzerine davalının kanıtladığı “falkom” sözcük kullanımını yeterli bulmuştur^[7]. Nitekim anılan markada yer alan “genuine ve leather” sözcükleri nitelik ve tür gösteren sözcüklerdir. Bu markanın esas unsuru ise, “Falkom” sözcüğüdür. Avrupa Birliği Adalet Divanı da «proti» markasının kullanılmadığı için iptali davasında, marka sahibinin «proti power» ve «proti plus» markalarını kullanmış olmasının bu markayı kullanma sayılacağı yorumunu yapmıştır^[8].

Marka kullanılmadan geçirilen sürenin son üç ayı zarfında başlayan kullanım ise dikkate alınmamaktadır. Marka KHK 42/c hükmü, markanın samimi kullanımını aradığından, iptalden kurtarmak amacıyla göstermelik kullanımı geçerli saymamaktadır. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014

[6] YASAMAN, Hamdi/YÜKSEL, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C. I, s. 628.

[7] 11. HD, 12.02.2007,05/14553-07/1985

[8] Adalet Divanı, C-553/11, 25.10.2012 sayılı kararı, www.curia.europa.eu, (son erişim; 12.03.2015)

tarih, 2013/147-2014/75 sayılı kararı ile iptal edilmiştir^[9]. İptal edilen hüküm nedeniyle, artık kullanılmayan markalara dava açılmayacağı, terkin edilemeyecekleri düşünülmemelidir. Nitekim 14. madde halen yürürlükte olup iptal davaları görülebilmektedir.

Ciddi kullanım şartı, (genuine use) 207/2009 Sayılı AB Topluluk Marka Tüzüğü 15. maddesinde de aynen yer almaktadır. Tüzük, AB dâhilinde korunacak CTM^[10]'lerin tescillendikleri mal ve hizmetler için tescilin ardından 5 yıl süreyle kullanılmaması veya kullanmaya 5 yıllık ara verilmesini yaptırıma bağlamıştır. Haklı sebepler kanıtlanmazsa, böyle bir markanın 207/2009 Sayılı Tüzüğün 50/1.a maddesi uyarınca iptaline karar verilir.

Aynı şekilde, KHK uygulaması da bu sonucu öngörmektedir. Markanın ciddi anlamda, yani pazar yaratıcı biçimde kullanılması gereklidir. Bu kullanım kayıtlı olduğu emtiada ve marka işlevlerine uygun biçimde gerçekleşmelidir. Ticaret markalarında malın veya ambalajının üzerine marka konulması, etiketlenmesi suretiyle üretim ve satış eylemleri ile marka malın geldiği işletmeyi göstermiş, köken bildirmiş olur. Hizmetler açısından marka kullanımı ise, o marka ile tanıtım yapılması, katalog, broşür hazırlanması ve dağıtılması, reklam yapılması yoluyla marka ve hizmetin ilişkilendirilmesi sayesinde olur. Buna göre sadece markayı tutmaya yönelik göstermelik, sınırlı üretim ve satış eylemleri ciddi kullanma oluşturmazlar.

A. Marka Sahibinin Markayı Haklı Sebeplerle Kullanmaması

Markanın geçerliliğinin sürdürülmesi bakımından kullanılmasının şart koşulduğu ve kullanımın pazar yaratıcı nitelikte olması gerektiğini belirlemiştik. Ancak 14. maddeye göre, haklı sebeplerle kullanılmayan markanın iptal edilmeyeceği belirtilmektedir. Haklı sebeplerin ne olabileceği konusu açılmalıdır. Öğretiye göre haklı sebepler, marka sahibinin kendi iradesinden kaynaklanmayan sebeplerdir. Örneğin; büyük ekonomik krizler, afetler gibi toplumun genelini olumsuz etkileyen ekonomik sıkıntıların etkisi ile markanın kullanılmaması halinde durum böyledir^[11]. Buna göre, marka sahibinin ekonomik durumunun bozulması veya iş bağlantılarının kaybolması gibi ferdi sebepler haklı sebep oluşturmayacaktır.

[9] www.anayasa.gov.tr, (son erişim: 12.03.2015).

[10] Community Trade Mark; Topluluk Markası

[11] ARKAN, C.II, s. 148; DİRİKKAN, s. 260; YASAMAN, C.I, s. 649; Adalet Divanı, 19.01.2006, C-259/04 (CURIA.EUROPA.EU, son erişim; 13.03.2015).

2. Kullanmama Nedeniyle İptalin Etkisi

Markanın kullanılmaması nedeniyle iptaline karar verildiğinde, bu kararın Marka KHK 44. madde uyarınca geçmişe etkili olması, işaretin ilk kez kullanılmasına bağlı olarak kazanılmış öncelik hakları bakımından sorun doğurucudur. Bu bakımdan, Ankara FSHHM'nin derdest bir dosyasında, Marka KHK 42/c maddesi için iptal başvurusu olmuş, Anayasa'ya aykırı bulunan bu madde iptal olmuştur^[12]. Anılan kararın da gösterdiği gibi markanın mutlak ve nisbi ret sebeplerinden dolayı hükümsüzlüğü ile kullanmamaya bağlı olarak iptali kararlarının etkisini ayırmak gereklidir. Geçmişe etkiyi düzenleyen Marka KHK 44. madde "hükümsüzlük" tabirini kullanmaktadır. Oysa kullanma şartını düzenleyen ve süreyi belirten hüküm "iptal" tabirini kullanmıştır^[13]. Buna göre kullanmama nedeniyle iptal kararının etkisi geriye doğru değil, ileriye doğru kabul edilmelidir^[14].

Markanın hükümsüzlüğüne dair 7 ve 8. maddelere dayalı kararlar geçmişe etkililik özelliği taşır. Bu durumda hükümsüzlük sebepleri önceden mevcuttur. Bir diğer deyimle karar, hakkı veya haksızlığı tespit ederek yeni bir durum ortaya çıkarır ve marka hakkının hükümsüz olduğu belirlenince bu etki, geçmişe yönelik olarak doğar. Ancak bu temel kuralın iki yasal istisnası bulunmaktadır:

- Hükümsüzlük kararı kesinleşmeden önce verilmiş ve uygulanmış markaya tecavüze dair mahkeme kararları, uygulanmış tedbir kararları.
- Önceki sözleşmeler (hükümsüzlükten önce yapılmış ve uygulanmış). Bu sözleşmelerin henüz uygulanmamış kısımları ise artık yerine getirilmez; hakkaniyete göre bedel iadesi mümkün olabilir.

Hükümsüzlük kararları sadece kararın verildiği davanın tarafları arasında değil, herkese karşı hüküm ifade eder. Yukarda gösterilen iki halde sınırlanmış olan geçmişe etki mutlak karakterlidir.

Marka tescili elde edenlerin, markalarını tescilledikleri forma sadık kullanmaları hem koruma açısından, hem de tescilin ayırt ediciliği açısından önemlidir. Tacirin markayı tescilinden farklı kullanması halinde, bu kullanım biçimi başkasına ait işarete doğrudan tecavüz eder hale geliyorsa kötü niyet söz konusu olabilir. Nitekim bu takdirde, tescile dayalı kullanım savunması

[12] AYM, 09.04.2014, 2013/147-2014/75.

[13] Aynı yönde; ERDİL, Engin, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul 2012, s. 848.

[14] 11. HD, 09.11.2009, 2008/2271-2009/11685; Yargıtay, bu kararında 14. maddenin sözel yorumu ile iptal kararının ileriye etki yaratacağını belirtmiştir. Aynı yönde, 13.12.2011, 2009/14543-2011/16891.

dinlenmeyecektir. Buna karşılık, tescilden farklı biçimde kullanma hükümsüzlük sebebi olmadığından, bu çeşit kullanıma bağlı olarak marka terkin edilemez. Ancak tescilden uzaklaşan kullanımın 14. maddeye dayalı marka iptali davasında savunulması güçlük arz edebilir. Tescilli formun tamamen değiştirilmesi, tescilli markanın kullanılmadığı anlamına gelebilecektir.

Öte yandan, iptal sebebinin marka sahibinin davranışından kaynaklandığı durumda, örneğin kullanmama nedeniyle 14. maddeye aykırılık halinde, hükümsüzlük etkisi sebebin doğduğu andan itibaren kendini gösterecektir^[15]. Nitekim Marka KHK’da konuya dair bir hüküm bulunmama ile birlikte, AB Marka Tüzüğü’ndeki 54/1 madde, bu şekilde hüküm içermektedir.

Buna bağlı olarak, iptal şartlarının oluşmasından önceki marka ihlalleri dava konusu olabilecek, tecavüz nedeniyle tazminat istenebilecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN MARKA KHK’NİN 42/c MADDESİNİ İPTAL KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

İstanbul 4. Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi, 24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 42. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa’nın 2, 35 ve 91. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptaline karar verilmesi isteminde bulunmuştur. Kararda; *“Dava konusu uyumsuzluk, asıl dava yönünden davacıya ait markaya tecavüzün durdurulması, maddi ve manevi tazminat ve davalı adına tescilli 2003/20195 no’lu markanın hükümsüzlüğü ve ilan taleplerine ilişkin olup, karşı davada ise davacının 99/022976 no’lu markasının kullanmama nedeniyle hükümsüzlüğü dava edilmektedir. Mahkememizce 01/03/2012 tarihinde asıl davanın kısmen kabulüne ve davalı adına tescilli 2013/20195 no’lu markanın hükümsüzlüğüne sair taleplerin reddine, karşı dava-nın kısmen kabulüne ve karşı davada davalı adına tescilli 99/022697 no’lu markanın kullanmama nedeniyle 3. sınıftaki kremler emtiası dışında kalan tüm emtia bakımından hükümsüzlüğüne, krem emtiası yönünden hükümsüzlük talebinin reddine karar verilmiş ancak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından yapılan temyiz incelemesi sonucunda “karşı davada davacının markasının krem emtiası dışındaki 3. sınıf emtialarda ve diğer sınıflarda hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Bu durumda mahkemece davacı markasında sadece hükümsüz kılınmayan krem emtiası ile, davalı markası kapsamındaki emtiaların karşılaştırılması suretiyle iltibas bulunup bulunmadığı hususunda ek rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı*

[15] Aynı yönde YASAMAN, C. 2, s. 907; KARAHAN, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Ankara 2002, s. 150; Aynı yönde, KARAHAN, Sami; Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002, s. 150.

şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir” gerekçesi ile, bozulmuş ve bu bozma kararında kullanmama nedenine bağlı hükümsüzlük hali, “geçmişe etkili olarak” sonuç doğurduğundan hareketle davacının 99/22697 no’lu markasının “geçmişe etkili olacak şekilde” hükümsüz olacağı kabul edilmiştir. Yüksek Mahkeme’nin bu kabulü 556 sayılı KHK’nın 14. maddesinde iptal yaptırımı ile düzenlenen “kullanmama” halinin, KHK mn 42/1-c maddesinde bir “hükümsüzlük” sebebi olarak düzenlenmesi ve KHK’nın 44. maddesi gereğince “hükümsüzlük kararının geçmişe etkili sonuç doğurması”na dayalıdır. Yüksek Mahkeme’nin bozma ilamına uyulması ve davacının 99/22697 no’lu markasının geçmişe etkili olarak hükümsüz kılınması durumunda davacı “önceki marka sahibi” konumundan, “sonraki marka sahibi” konumuna düşeceğinden, esasen hükümsüzlük kararının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade etmesi gereken yaptırım bundan çok daha geriye ve başvuru tarihine kadar geri gidebileceğinden, davacının özünde bir mülkiyet hakkı olan marka hakkı geçmişe etkili olacak şekilde ihlal edileceğinden, 556 sayılı KHK’nın 42/1-c maddesi somut olayda uygulama yeri bulunan bir yasa hükmü olup bu nedenle itiraz yoluyla başvuruda, iptali istenen yasa hükmünün somut olayda uygulanma ihtimali bulunması gerektiğine dair şekli şartın gerçekleştiği düşünülmüş...” olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu geçmişe etki öngören ve mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili madde 42/c’ de yazılı düzenlemeyi, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı olduğuna hükmederek iptal etmiştir. Mevcut hüküm kazanılmış öncelik haklarını yok edici sonuçlar doğurduğundan, bu aykırılık giderilmeliydi. Temel kişilik haklarından olan mülkiyet hakkının kanun yerine KHK ile düzenlenmesi Anayasa aykırı olduğundan, sair pek çok KHK hükmü de aynı tehdit altındadır. Bir an önce gayri maddi bir hak da olsa, marka ve diğer sınaî mülkiyet haklarının elde edilmesi, tasarrufu, hükümsüzlüğü, iptali ve sona ermesine dair hükümlerin kanun ile düzenlenmesi gereklidir.

Bununla birlikte, 14. madde yürürlüğü devam etmektedir ve kullanılmayan markaların iptaline karar vermenin yasal zemini mevcuttur.

SONUÇ

Marka İptal ve Hükümsüzlük davaları, süreye tabi, kendine özgü teknik özellikleri olan hukuk davalarıdır. Mal ve hizmetlerin serbestçe dolaştığı, piyasaların birbirine aktığı günümüz ekonomilerinde markalar, yerli veya yabancı olsun, tüm girişimciler için kritik bir öneme sahiptir.

İptal davalarının hoşgörü süresi dolmadan açılmaması gereklidir. Markanın başvurulduğu değil, tescillendiği tarihten başlayan 5 yıllık sürenin dolması beklenmelidir. Bu süre zarfında kullanılmayan, ciddi kullanıma konu edilmeyen markaların 14. maddeye dayalı olarak iptali istenebilir. İptal şartları oluştuğundan sonra mahkemenin, kullandığını ispatla yükümlü olan davalının, somut yazılı kanıtlarla kullandığını ispat edememesi halinde durumu tespit ederek iptale karar vermesi mümkündür. Hizmet markaları bakımından ise, somut ürün söz konusu olmasa da, tanıtım gereçleri ispat vasıtası kabul edilecektir.

İptal kararının etkisi ise, 5 yıllık sürenin bitiminden sonra hüküm ifade edecektir^[16]. Kullanmamaya dayalı iptal davası açıldığında, 5 yıllık hoşgörü süresi bitmiş olduğundan iptal sebebi tam da bu tarihte gerçekleşmiş olacaktır. Nitekim marka sahibi açısından iptal davası açılmazdan önceki dönemde marka hakkı geçerli biçimde sicilde kayıtlıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı, sınaî mülkiyet alanında yasalaşma zaruretinin bir diğer kanıtını oluşturmuştur. Önceki iptal kararları da göz önüne alındığında, yasama organının konuya ne zaman hak ettiği önemi vereceği de bir merak konusudur.

[16] Avrupa Birliği Marka Tüzüğü'nün 54/1 maddesi bu yöndedir.

556 SAYILI KHK MADDE
7/İ HÜKMÜNÜN ANAYASA
MAHKEMESİ'NCE İPTALİ
SÜRECİ VE OLASI SONUÇLARI

Av. Yasemin KENAROĞLU*

* İstanbul Barosu.

1. Giriş

Geçtiğimiz haftalarda, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin, davacı firmanın davaya konu Türk Patent Enstitüsü (TPE) Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YIDK) kararının iptali talebi ile açtığı davada, dava dayanakları arasında yer alan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin (MarKHK) tanınmış markalara ilişkin 7/1-i hükmünün, T.C. Anayasası'nın 2, 5, 13, 35, 48 ve 91. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvurarak, ilgili maddenin iptalini talep ettiği bilinmektedir. İlgili dosya ve talep şu sıralarda gerekli inceleme için Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmiş veya gönderilmek üzere.

Bu çalışmanın amacı, daha evvel AYM tarafından iptal edilen pek çok MarKHK hükmü gibi, Madde 7/1-i hükmünün de Anayasa'ya aykırılık gerekçesiyle iptali halinde, ortaya çıkacak boşluğun yaratacağı sakıncaları gündeme getirmek ve doğacak boşluğun yasal bir düzenleme ile doldurulması anına kadar uygulamanın nasıl şekillenebileceği hakkındaki öngörülerimizi paylaşmaktır.

Madde 7/1-i hükmünün, konuyu AYM'ye taşıyan Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce bahsedildiği şekilde T.C. Anayasası'nın 2, 5, 13, 35, 48 ve 91. maddelerine aykırı olup olmadığı hususu, inceleme sürecinin halen devam ediyor olması dolayısıyla bu çalışma kapsamında irdelenmemiştir.

2. Tanınmış Marka Kavramının Mevcut Düzenlemedeki Yeri

a. Tanınmış Marka Kavramı

Ürün ya da hizmetler üzerinde kullanılan markaların hemen tamamı az da olsa bir bilinirliğe sahiptir. Zira her marka, en azından markayı taşıyan ürünlerin üretimini, hizmetlerin sunumunu, satışını, dağıtımını yapan ve o markayı taşıyan ürün ya da hizmetleri kullananlar tarafından bilinir.

Kimi markalar bakımından bu kitle oldukça sınırlıdır. Bazı markalar, sadece belli bir mahalle ya da semtte bilinirler. Bazı markaların bilinirliği ise belirli bir bölgeye, ülke geneline, hatta dünyaya yayılmıştır. O halde, her marka az çok tanındığına göre, tanınmış marka ile kast edilen nedir?

Esasen “*tanınmış marka nedir*” sorusunu yanıtlamak ya da “*tanınmış marka*” kavramını tanımlamaya çalışmak ve herkesçe kabul görececek bir neticeye ulaşmak çok da mümkün değil. Zira bugüne kadar marka hukukuna ilişkin yerli, yabancı

hemen her eserde tanınmış marka kavramına ilişkin yorumlara yer verilmiş ise de, kavram üzerinde halen bir görüş birliğine varılmış değildir. Tanınmışlığın göreceli bir kavram olması ve mevzuatta böyle bir tanımlamaya gidilmemiş olması, “*tanınmış marka*” kavramının sınırlarını çizmeyi de güçleştirmektedir.

Dolayısıyla tanınmış marka kavramını soyut olarak irdelemek yerine, MarKHK’da korunan “*tanınmış markanın*” ne olduğunu, ilgili mevzuat hükümleri üzerinden incelemek daha pratik bir yaklaşım olacaktır.

b. 556 Sayılı Marka KHK’da Tanınmış Markalar

MarKHK tanınmış marka kavramına Madde 7/1-i, 8/4, 9/1-c ve 42 olmak üzere, dört ayrı maddede yer vermektedir.

Madde 9/1-c hükmü, Madde 8/4 ile tanınmış markalara üçüncü kişilerin tescil başvurularına karşı sağlanan korumanın kapsamını, ticaret hayatındaki izinsiz kullanımlara taşımakta, Madde 42 ise, tanınmış bir marka için yapılan izinsiz tescilin Madde 7/1-i hükmü uyarınca hükümsüz kılınabilmesine imkan vermektedir.

Dolayısıyla Madde 9/1-c ve 42 hükümleri, tanınmış markaya ilişkin iki temel düzenleme olan Madde 7/1-i ve 8/4 hükümlerinin uzantısı olup, bu çalışmanın konusu esasen bu iki temel hüküm, özellikle Madde 7/1-i hükmüdür.

MarKHK Madde 7/1-i Hükümü:

Tanınmış markaya ilişkin ilk düzenleme, bu çalışmanın da ana konusu olan Madde 7/1-i hükmünde yer almaktadır. Marka başvurularının tescilinde mutlak ret sebeplerini düzenleyen 7. Madde kapsamında yer alan i) bendine göre, sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi’nin 1. Mükerrer 6. Maddesine göre tanınmış markalar için yapılan başvurular TPE tarafından re’sen reddedilecektir.

Paris Sözleşmesinin anılan hükmüne göre, üye ülkelerin yetkili makamları, bu ülkede marka korumasından yararlanacağı kabul edilen kimselere ait “*tanınmış*” markalar için üçüncü kişilerce izinsiz olarak yapılan marka başvurularını doğrudan ya da ilgilinin talebi üzerine reddetmek ya da hükümsüz kılmakla yükümlüdür. Sözleşme’nin ilgili hükmünü iç hukuka aktarırken, mutlak ret nedenleri arasına konumlandırılan yasa koyucu, tanınmış markalar için yapılan izinsiz başvuruların ülkemizde “*doğrudan*” –“*re’sen*” reddini öngörmüştür.

Burada yine söz konusu madde ile koruma altına alınan tanınmış markanın ne olduğu sorusu ile karşılaşılıyor. Doktrinde, Madde 7/1-i hükmü ile korunan markanın “*herkesçe bilindiği kabul edilen*” marka olduğu ifade edilmekte ise de, mevzuatımızda tanınmışlığın kabulü için “*herkesçe bilinme*” şartı aranmış değildir. Diğer yandan mehz Paris Sözleşmesi’nin 1. Mükerrer 6. Maddesinde de böyle bir ölçüt yer almamakta, herkesçe bilinen değil, “*iyi bilinen*” markadan söz edilmektedir. Ancak bu tanım da son derece yetersizdir. Belirli bir çevrede ya da ilgili sektörde “*iyi bilinen*” marka, “*iyi bilinen – tanınmış marka*” olarak kabul edilebilir mi? Yoksa bu bilinirliğin toplumun geneline mi yayılmış olması gerekir?

Örneğin ilgili ülke genelinde tüm kuaförler tarafından bilinen bir saç bakımı ürünü markası, bu bilinirlik dolayısıyla tanınmış marka olarak kabul edilebilir mi? Aynı markanın, sadece bir bölgede, fakat satış ve dağıtım kanallarıyla birlikte, kuaförler ve bu kuaförlerin müşterisi olan kullanıcılar tarafından da bilindiğini varsayarsak, bu kez ülkenin tamamında bilinmeyen fakat bir bölgede geniş bir kitle tarafından tanınan bu markanın tanınmış olduğu kabul edilebilir mi?

Coğrafi alan bakımından; bir markanın herhangi bir ülkede tanınmış olduğunun kabulü için, ilgili ülkenin tamamında tanınıyor olmasının bir zorunluluk olmadığı, bölgesel ya da sektörel tanınmışlığın, markanın “*tanınmış marka*” olarak kabulü için yeterli olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz.^[1]

Bu bakımdan, sadece ilgili olduğu çevrede/sektörde ya da ülke geneline yayılmayan belirli bir bölgede “*iyi bilinen*” markaların, tanınmış değil, “*maruf marka*” olduğu, “*tanınmış marka*” kavramının, markayı taşıyan ürün ve hizmetin ilgili olduğu çevreden bağımsız olarak, toplumdaki herkes tarafından bilinen markaları ifade ettiği yönündeki görüş^[2] kanaatimizce isabetli değildir. Bu görüşte yer verilen “*herkes tarafından bilinirlik*” şartı, ne MarKHK’da ne de mehz Paris Sözleşmesi’nde aranan bir şart değildir. Kullanıldığı ürün ve hizmetin ilgili olduğu çevreden bağımsız olarak, toplumdaki herkes tarafından bilinen markaların da tanınmış marka olduğu açık olmakla birlikte, bu markalar tanınmış marka kavramı kapsamında yer alan “*meşhur marka*” konumundadır.

Zira tanınmış markalar arasında da, tanınmışlığın yayıldığı coğrafi alan ve bu alandaki bilinirlik düzeyi bakımından farklılıklar söz konusudur. Bu anlamda, Türkiye’de tanınmışlığı tartışılan ve fakat sadece Karadeniz bölgesinde çok iyi tanınan bir markayla, tüm Türkiye, ülke ya da dünya genelinde tanınan bir

[1] Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, Sy. 167

[2] Yasaman, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s.245, 412; Arkan Sabih, Marka Hukuku, C. 1, s.93; Poroy, Yasaman, Ticari İşletme Hukuku, s.305

markanın tanınmışlık düzeyi aynı değildir. Aynı şekilde, tüm dünyada sadece ilgili olduğu sektörde bilinen bir markayla, markanın kullanıldığı ürünle hiç ilgisi olmayan kesimlerin dahi bildiği bir markanın sahip oldukları tanınmışlık düzeyi de bir değildir. Ancak bunlardan her biri Madde 7/1-i anlamında korunması gereken tanınmış markalardır. Bu markaların sahip oldukları farklı tanınmışlık düzeyleri, kendilerine “*tanınmış olmaları dolayısıyla*” sağlanacak özel korumanın kapsamı belirlenirken dikkate alınmalı, yüksek tanınmışlık düzeyine sahip markalara sağlanacak koruma da o ölçüde diğerlerinden daha kapsamlı olmalıdır.

Diğer yandan, Madde 7/1-i ilgili tanınmış markanın, Türkiye’de de tescilli bulunmasını, kullanılıyor olmasını ve hatta ülkemizde tanınmış olmasını da gerekli görmemiştir.^[3] Dolayısıyla, Sözleşmeye üye sair bir ülke ya da ülkelerde tanınmış marka statüsündeki tüm markaların, Türkiye’de tanınmıyor, kullanılmıyor ve tescille korunmuyor olsalar dahi, Madde 7/1-i hükmü uyarınca korunmaları gerekmektedir.

Türkiye’nin taraf olmakla iç hukukuna aktarmakla yükümlü olduğu Paris Sözleşmesi’nin tanınmış markaya ilişkin bu düzenlemesine MarKHK’da yer verilmesi gerekli ve yerindedir. Bir diğer deyişle, Madde 7/1-i kapsamında sunulan koruma için Türkiye’de tescil, kullanım ve tanınmışlık şartı getirilmemiş olması, mehzaz düzenlemenin ruhuna ve amacına uygun olmuştur.

Madde 7/1-i ile sağlanan korumanın, tanınmış markaya hangi ürün ve hizmetler bakımından koruma sağladığı konusunda ise henüz ne doktrin ne de içtihatlarda bir birlik sağlanamamıştır. Örneğin Paris Sözleşmesine üye ülkelerden birinde otomobil yedek parçaları üzerinde tanınmış bir marka için, TPE’de hazır giyim eşyaları kapsamında başvurulması durumunda, Madde 7/1-i hükmü uygulanmalı mıdır? Yoksa ilgili ülkede tanınmış olan marka, hangi ürünler ya da hizmetler üzerinde tanınıyorsa, Türkiye’de de o kapsamda mı korunacaktır?

Tanınmış markalara Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. Madde hükmü ile getirilen korumanın, ilgili markanın tanındığı ürün ve hizmetler ile aynı ve/veya benzer ürün ve hizmetleri kapsadığı açıktır. Daha sonra hizmet markalarının da korunmaya başlandığı dikkate alınarak, aynı veya benzer ürünler ile birlikte aynı veya benzer hizmetler için de koruma sağlandığı kabul edilmelidir.

Ancak doktrinimizde halen Madde 7/1-i ile tanınmış markaya sağlanan korumanın “*farklı*” ürün ve hizmetleri kapsadığı yönünde de görüş bildirildiği

[3] Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, Sy. 167

görülmektedir^[4]. Bu anlamda, tanınmış markalara Madde 7/1-i kapsamında sadece aynı ya da benzer ürün ve hizmetler için koruma getirildiği yönündeki görüşün son derece isabetli olduğu kanaatindeyiz.^[5] Zaten, Madde 7/1-i (ve mehz Paris Sözleşmesi 1. Mükerrer 6. Madde) hükmü ile tanınmış markalara “*farklı*” ürün ve hizmetleri de kapsayan bir koruma sağlanmış olsa idi, tanınmış markaların farklı ürün ve hizmetler için de korunması imkanını veren ve bunun için pek çok ek şartı gerekli gören Madde 8/4 hükmü (ve mehz TRIPS Madde 16) tümüyle gereksiz olurdu.

Madde 7/1-i hükmü ile ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce, mehz Sözleşme hükmünün MarKHK’ya son derece hatalı bir kurguyla ve sağlıklı bir uygulamayı imkansız kılacak biçimde aktarıldığını söylemeden geçemeyeceğiz. Kanaatimizce, Paris Sözleşmesi’ne üye ülkelerden birinde tanınmış olan bir marka için Türkiye’de ve aynı ya da benzer ürünler veya hizmetler kapsamında yapılan bir başvurunun TPE tarafından mutlak ret sebepleri kapsamında “*re’sen*” reddedilmesi uygulanabilir değildir. Zira belirtildiği üzere Madde 7/1-i hükmü, söz konusu markaların Türkiye’de tanınmış olmalarını şart koşmadığı gibi, ülkemizde tescilli ya da kullanılıyor olmasına da gerek görmemiştir. Dolayısıyla, TPE’den, ülkemizde tanınmış olmayan, tescil ettirilmeyen ve hatta kullanılmayan, ancak Paris Sözleşmesi’ne göre başka üye ülke veya ülkelerde tanınmış marka statüsüne sahip markaları bilmeleri ve yapılan başvuruları incelerken söz konusu markaları “*re’sen*” dikkate almaları beklenmektedir.

Uygulanmada bu beklentinin karşılanmasının mümkün olmadığı açıktır. TPE tarafından mutlak ret sebepleri kapsamında yapılan incelemede, Türkiye’de tanınmış markaların dahi re’sen dikkate alınması beklenemez. Marka uzmanlarının her tanınmış markadan haberdar olmaları ihtimal dahilinde değildir. Bu beklenti sağlıklı bir uygulamayı imkansızlaştırmakta, çelişkili, hatalı ve sübjektif bir işleyişi adeta zorunlu kılmaktadır. Bu hükme mutlak ret sebepleri arasında yer verilmesinin en olası sonucu, başvuruları inceleyen marka uzmanlarının haberdar oldukları tanınmış markalar için yapılan başvuruları re’sen reddederken, haberdar olmadıkları tanınmış markalar için yapılan başvuruları, haliyle ilana çıkarmalarıdır. Pratikte sistemin uygulaması tam da bu şekilde gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6. Maddesine göre tanınmış markalara ülkemizde bir koruma sağlanması yerinde ise de, bu korumanın mutlak ret sebepleri kapsamında sağlanmaya çalışılması son derece hatalıdır. Tanınmış markalara ilişkin düzenlemelerin MarKHK içinde tek bir maddede

[4] Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, Sy.389; Kaya Arslan, Marka Hukuku, Sy 119; Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, Sy. 171

[5] Yasaman, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi Sy.245

düzenlenmesi ve nispi ret nedenleri arasında yer alması gerektiği yönündeki görüşe aynen katılıyoruz. ^[6]

Tanınmış marka kavramına ilişkin tüm bu anlatılanlar ve dahası bugüne kadar kaleme alınan pek çok çalışmada çok detaylı olarak incelenmiştir. Bu çalışmanın amacı tanınmış marka kavramını incelemekten öte, ilgili hükmün iptali halinde ortaya çıkabilecek yasal boşluk ve bunun olası sakıncalarını tartışmak olmakla, tanınmış marka kavramı ve ona ilişkin kriterleri bu çerçevede değerlendirmekle yetiniyoruz.

MarKHK Madde 8/4 Hükümü:

MarKHK'da tanınmış markaya ilişkin ikinci temel düzenleme 8. Madde'nin 4. bendinde nispi ret sebepleri başlığı altında yer almaktadır. Anılan maddenin 4'üncü fıkrası aynen "*Marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu reddedilir.*" şeklindedir.

Düzenlemede, ilk olarak önceki tarihli marka başvurusu ve tescillerinin kapsadıkları ürün ve hizmetler ile aynı veya benzer ürün ve hizmetlerle sınırlı bir korumaya sahip olduğu vurgulanmaktadır. Hemen ardından, bu sınırlı koruma prensibinin bir istisnası olarak "*tanınmış markalara*" tanınan ayrıcalık düzenlenmiş, belirtilen şartların varlığı halinde tanınmış markaların "*farklı*" ürün ve hizmetler için de korunacağı ifade edilmiştir. Bu şartlar aşağıdaki şekilde sıralanabilir,

1. Korumadan yararlanacak marka "*tanınmış*" olmalıdır.
2. Tanınmış marka Türkiye'de tescil edilmiş ya da tescili için başvuruda bulunmuş bir marka olmalıdır.
3. Tescili için başvuru üçüncü kişiye ait marka, tanınmış marka ile aynı ya da karışıklığa meydan verebilecek benzerlikte olmalıdır.

[6] Kaya Arslan, Fikri Mülkiyet Hukuku, Sy.160

4. Sonraki markanın, tanınmış markanın tescili ya da başvurusu kapsamında yer alan ürünlerden ve/veya hizmetlerden farklı ürünler ve hizmetler üzerinde kullanılması dahi, önceki markanın sahip olduğu yüksek tanınırlık düzeyi (meşhur marka) sebebiyle,

- haksız bir yararın sağlanması ihtimali,
- tanınmış markanın itibarının zarar görme ihtimali, veya
- ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurma ihtimali bulunmalıdır.

MarKHK Madde 8/4, tanınmış bir markanın farklı ürün ve hizmetler için de korunmasını, yukarıdaki 4 şarta bağlamıştır. Son şartta sayılan ihtimallerin ise bir arada bulunması gerekmeyip, bunlardan sadece birinin varlığı yeterlidir.

Madde kapsamında getirilen istisnai korumadan yararlanacak markalar, yukarıda Madde 7/1-i kapsamında korunduğu belirtilen ve ilgili sektörde ya da belirli bir bölgede tanınıyor olması yeterli görülen markalar değildir. “Herkesçe bilinen”, “markayı taşıyan ürün ve hizmetin ilgili olduğu çevreden bağımsız olarak, toplumdaki herkes tarafından bilinen” marka tanımı, tam da Madde 8/4 kapsamında korunan yüksek tanınırlık düzeyine sahip markayı işaret etmektedir. Bu anlamda, sadece ilgili sektörde veya ülke geneline yayılmayan bir bölgede tanınmış olan markaların da Madde 8/4 anlamında korunabileceği yönündeki görüşe katılmıyoruz.^[7]

Diğer yandan, uygulamada pek çok mahkeme kararında hatalı olarak benimsenenin aksine, bir markanın salt “çok tanınmış/meşhur” olması, Madde 8/4 kapsamında “farklı” ürünler ve hizmetler için de korunmasına imkan vermez. Bu çok istisnai korumanın sağlanması, ancak Madde 8/4 hükmünde sayılan şartların tümünün varlığı halinde mümkündür. Dolayısıyla, yargılama/inceleme sürecinde, önceki markanın çok tanınmış – meşhur marka statüsünde olup olmadığı hususu ile birlikte, sonraki markanın farklı ürün ve hizmetler üzerinde kullanılması halinde dahi Madde 8/4 hükmünde aranan şartların ortaya çıkıp çıkmayacağı da dikkate alınmalıdır.

Çalışmanın amacından uzaklaşmamak adına MarKHK Madde 8/4 hükmünü bu çerçevede sınırlı olarak inceledikten sonra, Madde 7/1-i ve 8/4 arasındaki temel farklılıklara da değinmek isteriz.

Öncelikle, yukarıda da ifade edildiği gibi, Madde 7/1-i hükmü, tanınmış markanın Türkiye’de tescilli olmasını, kullanılmasını ya da tanınıyor olmasını

[7] Çolak Uğur, Türk Marka Hukuku, Sy. 292

gerekli görmemiştir. Oysa Madde 8/4 ile sağlanan korumanın elde edilebilmesi, tanınmış markanın Türkiye'de tescilli olması ya da tescili için başvuruda bulunmuş olmasına bağlıdır. Diğer yandan, Madde 7/1-i ile korunan tanınmış markanın sektörel ya da bölgesel anlamda iyi bilinen bir marka olması yeterlidir. Oysa Madde 8/4, sektörel ya da bölgesel anlamda tanınmışlıktan daha fazlasını aramaktadır. Bu madde kapsamında sağlanan korumadan yararlanacak markalar, toplumun genelinde, herkesçe bilinen, meşhur markalardır. Son olarak, Madde 7/1-i ile sağlanan korumanın tek şartı, koruma talep eden markanın “tanınmış” olmasıdır. Oysa Madde 8/4'e göre, ilgili markanın tanınmış olmasının yanında, madde metninde sayılan sair ek şartların da somut olayda var olması gerekmektedir. Tüm bunlar dikkate alındığında, her ikisi de tanınmış markalara ilişkin olan bu iki düzenleme ile sağlanan korumanın esasen birbirlerinden tümüyle farklı olduğu görülmektedir.

3. MarKHK 7/1-i Hükümünün İptali Halinde Doğacak Boşluk ve Olası Sakıncaları

Madde 7/1-i hükmü her ne kadar MarKHK içerisinde hatalı biçimde “*mutlak ret nedenleri*” arasında konumlandırılmış ve kapsam bakımından pratikte çelişkili yorumlara ve uygulamalara konu olmuş ise de, bugün itibariyle, Türkiye'de tescilli olmayan (yahut bir tescil başvurusuna konu olmayan) tanınmış markaların, sonraki tarihli üçüncü kişi başvurularına karşı korunmasına imkan veren tek enstrümandır.

MarKHK 7/1-i hükümünün, daha evvel de aynı KHK'nın farklı hükümlerinde tecrübe edildiği üzere, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptali halinde, söz konusu hukuki enstrüman da, en azından yerine aynı ya da benzer kapsamda bir yasa hükmü yürürlüğe konuluncaya kadar, ortadan kalkmış olacaktır.

Bundan önceki tecrübelerimiz, söz konusu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali halinde ortaya çıkacak boşluğun, söz konusu hüküm yürürlükten kalkmadan yahut kalktığı tarihte, aynı ya da benzer kapsamda “*yasal*” bir düzenleme ile doldurulmasının çok da olası olmadığını göstermektedir. Bu durumda en iyi ihtimalle birkaç aylık ve muhtemelen çok daha uzun bir süre, Türkiye'de tescilli olmayan (yahut bir tescil başvurusuna konu olmayan) tanınmış markaların, sonraki tarihli üçüncü kişi başvurularına karşı korunmasını mümkün kılan bir mevzuat hükmü bulunmayacaktır.

MarKHK 7/1-i hükümünün iptali halinde (yerine aynı veya benzer kapsamda yasal bir düzenleme yürürlüğe konuluncaya kadar) Madde 8/4 hükmü,

MarKHK'daki tanınmış markalara ilişkin tek temel düzenleme olacaktır.^[8] Bununla birlikte, söz konusu hükmün kapsamı, iptali gündemde olan Madde 7/1-i hükmünün kapsamından tümüyle farklıdır.

Yukarıda da değinildiği üzere, Türkiye'de tescilli olmayan ya da tescili için başvuru yapılmamış bir tanınmış markanın, Madde 8/4 hükmü ile korunması mümkün değildir. Diğer yandan, Türkiye'de tescilli olsa dahi, her tanınmış marka da Madde 8/4 kapsamındaki korumadan yararlandırılmayacak, bunun için herkesçe bilinen, meşhur marka olması şartı aranacaktır. Dahası, bir markanın meşhur marka olması da Madde 8/4 hükmü ile sağlanan korumanın kapılarını tek başına açamayacaktır. Bunun için madde metninde sayılan ek şartların var olması da zorunludur.

Madde 8/4'te aranan ek şartların somut olayda var olmaması durumunda, şartları varsa iptali gündemde olan Madde 7/1-i hükmüne konu korumanın kıyasen Madde 8/4 üzerinden sağlanması da mümkün değildir. Yani meşhur olmasa da tanınmış olan, ancak Türkiye'de tescilli olmayan (ve tescil başvurusuna konu olmayan) bir markanın, Madde 8/4 üzerinden "*aynı ya da benzer*" ürünler için korunması düşünülemez. Madde 8/4 hükmü ile sağlanan korumanın kapsamı daraltılarak, madde metninde aranan şartları taşımayan tanınmış markalar için uygulanması kabul edilebilir değildir. Tüm bunlar, Madde 7/1-i hükmünün iptali halinde doğabilecek boşluğun, Madde 8/4 hükmünün somut olaya kıyasen uygulanması ile doldurulamayacağını ortaya koymaktadır.

4. Geçiş Dönemine İlişkin Öngörü ve Öneriler

Kanaatimizce atılacak en ideal adım, Yasama organının Madde 7/1-i hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilme ihtimalini dikkate alarak, iptal halinde yürürlüğe konulması gereken yeni yasa hükmüne ilişkin hazırlıkları başlatmasıdır. Ancak geçmiş tecrübelerimiz bunun iyimserliğin de ötesinde bir beklenti olduğunu göstermektedir. En azından Anayasa Mahkemesince verilecek olası iptal kararının tarihi ile kararın yürürlüğe girme tarihi arasındaki dönemde bu çalışmanın tamamlanmasını ve yeni yasal düzenlemenin, iptal kararı ile eş zamanlı olarak yürürlüğe konulmasını umuyoruz.

Daha gerçekçi olan öngörümüz ise yeni yasal düzenlemenin olası geçiş döneminde de yürürlüğe konulamayacağı yönünde. Gerek geçmiş tecrübelerimiz, gerekse bugün içinde bulunduğumuz süreçte fikri ve sınai haklara ilişkin yasama

[8] Yukarıda ifade edildiği üzere Madde 9/1-c ve 42 hükümlerini Madde 7/1-i ve 8/4'ün uzantısı olarak görüyoruz.

faaliyetlerinin ne denli uzun sürdüğü dikkate alınır, bunun öngöründen öte olduğu görülecektir.

Bu ihtimalde, Türkiye'de tescilli olmayan ve bir tescil başvurusuna konu olmayan tanınmış markaların, yani Türkiye'nin Paris Sözleşmesi'ne üye olmakla Sözleşme'nin 1. Mükerrer 6. Maddesi uyarınca korumakla yükümlü olduğu söz konusu markaların ne şekilde korunabileceğini düşünmeliyiz. Elbette Madde 7/1-i hükmünün iptali halinde, tanınmış markalara söz konusu madde ile sağlanan korumanın, bu madde yerine yeni bir yasal düzenleme getirilinceye kadar, aynı kapsamda ve hızda sağlanması beklenemez. Ancak mümkün olan en yakın korumanın nasıl ve hangi gerekçelerle sağlanabileceği tartışılabilir.

Yukarıda Madde 8/4 hükmünün, iptali gündemde olan Madde 7/1-i hükmünü hiçbir açıdan ikame edemeyeceğine dair görüşümüze yer vermiştik. Kanaatimizce, ortaya çıkacak boşluğu doldurabilecek en makul ve yakın hukuki argüman MarKHK Madde 35 hükmüdür. Bilindiği üzere MarKHK Madde 35, kötü niyetle yapılan marka başvurularının, itiraz halinde reddedilmesini gerektirmektedir. Kötü niyet halini, bir nispi ret nedeni olan kabul eden Madde 35 hükmü bugüne kadar sayısız TPE kararının dayanağı olmuş, binlerce marka başvurusu, itiraz üzerine, sırf kötü niyetli oldukları gerekçesiyle kısmen ya da tümünden reddedilmiştir. Söz konusu TPE kararlarının önemli bir bölümünde, kötü niyetli başvurunun reddi ile korunan itiraz sahibine ait marka, esasen “*tanınmış marka*” statüsündedir. Yani Madde 35 hükmü Madde 7/1-i hükmünü bugüne kadar zaten fiilen desteklemiştir.

Dolayısıyla, Madde 7/1-i'nin iptali halinde geçiş döneminde ortaya çıkabilecek boşluğun, TPE aşamasında yapılacak itirazlarda Madde 35 hükmüne dayandırılarak, nispeten çözülebileceği kanaatindeyiz. Ancak elbette her olayda tanınmış markanın aynısı ve özellikle benzeri olan bir markaya ilişkin başvurunun kötü niyetli olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır. Bu sebeple, Madde 35 hükmünün Madde 7/1-i'nin iptali halinde doğacak boşluğu tümüyle kapatacağını düşünmemek gerekir.

Diğer yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 16.04.2008 tarihli içtihadında marka başvurusunun kötü niyetle yapılmış olmasının, sadece başvurunun reddine ilişkin bir sebep olmayıp, kötü niyetle tescil ettirilen markanın hükümsüzlüğünü de gerektiren bir durum olduğunu açıkça ifade etmiştir.^[9] Bu itibarla, Madde 7/1-i hükmünün iptali halinde, Madde 35 hükmü, hükümsüzlük davalarında da doğacak boşluğu nispeten dolduracaktır.

[9] Yargıtay HGK, T. 16.04.2008, E. 2008/11-501, K. 2008/507

KAYNAKÇA

ARKAN Sabih, Marka Hukuku, Ankara (1997)

ÇOLAK Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul (2012)

ERGÜN Mevci, Tanınmış Markalar, Bursa (2002)

KAYA Arslan, Marka Hukuku, İstanbul (2006)

POROY Reha / YASAMAN Hamdi, Ticari İşletme Hukuku (2012)

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku (2012)

YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya /YÜKSEL Sinan, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi (2004)

TEKNOLOJİK GELİŞMELER,
BİLGİYE ERİŞİM VE
TELİF HAKLARI:
FIRSATLAR VE TEREDDÜTLER

Özgür SEMİZ*

* LL.M., MSc., Bakanlık MüfettiŐi, Kùltür ve Turizm Bakanlığı TeftiŐ Kurulu Başkanlığı,
Ankara Üniversitesi Fikri Hukuk Öğretim Görevlisi (kısmi zamanlı), e-mail: semiz.
ozgur@gmail.com.

ÖZET

Bu makale, bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler doğrultusunda, telif haklarına konu kültürel ürünlerin ve bilginin, üretim, çoğaltım, yayılım ve tüketim kalıplarında ortaya çıkan değişimleri ele almakta ve bu gelişmelerin eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri (üreticiler) ile son kullanıcılar (tüketiciler) açısından yarattığı birtakım sonuçlar üzerinde durarak, bu sonuçlar bağlamında; teknolojik gelişmeler, telif hakları ve hukuk sistemi arasındaki etkileşimi değerlendirmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Telif hakları, teknoloji, bilgi ve iletişim teknolojileri, internet, web, dijital hak yönetim sistemleri, DRM, teknolojik koruma yöntemleri, fikri haklar, eser, dijital içerik, eser sahipleri, bağlantılı hak sahipleri, hukuk, teknoloji ve hukuk sistemi ilişkisi.*

TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT, ACCESS TO KNOWLEDGE AND COPYRIGHTS: OPPORTUNITIES AND UNCERTAINTIES ABSTRACT

This article, in line with the developments in information and communication technologies, deals with the changes on production, reproduction, distribution and consumption patterns of knowledge and cultural products subject to copyright law, and emphasizes a number of consequences of these developments for authors, holders of neighbouring rights, and end-users. In the context of these consequences, the article eventually evaluates the interaction between technological developments, copyrights and legal system.

Keywords: *Copyrights, technology, information and communication technologies, the Internet, web, digital right management systems, DRMs, technological protection measures, intellectual property rights, work, digital content, authors, holders of neighbouring rights, law, relationship between technology and legal system.*

Bilgi ve iletişim teknolojilerinde kaydedilen hızlı gelişmeler, her alanda olduğu gibi bilginin ve kültürel ürünlerin üretimi ve tüketiminde de fiziki dünyaya ait konvansiyonel yöntemlerin terkedilmesine yol açmaktadır. Bu gelişmeler, ilim ve edebiyat, müzik, sinema ve güzel sanat eserlerinin üretim, yayılım ve kamuya iletim kanalları ile tüketim kalıplarını olağanüstü bir biçimde şekillendirmektedir.

Bu hususta, özellikle bilgisayar teknolojileri, dijital içerik yaratma, işleme, çoğaltma, okuma ve çeviri araçları ile internet, web 1.0, web 2.0 ve semantik web (web 3.0) gibi dijital iletişim ve içerik paylaşım teknolojileri, belirleyici bir role sahip olmaktadır. Bu teknolojiler doğmadan önce, eser nüshaları, fiziki olarak basılıp çoğaltılmakta ve bu eser nüshalarına ancak belli satış noktaları, dağıtım kanalları, kütüphaneler ve kültür merkezlerinden manuel olarak erişim sağlanabilmekte idi. Günümüzde, dünyanın herhangi bir yerinde yaratılan eser ve içeriğe dijital teknolojilerle, örneğin, internet tabanlı bilgisayar veya akıllı telefonlar ile zaman ve mekan sınırı olmaksızın, son kullanıcıların kendi şekillendirdiği tüketim tercihleri ile dijital formatta ulaşılabilmektedir.

Bu gelişmeler doğrultusunda eser üretiminde ve çoğaltımında yeni araçların doğması ve eserlerin kamuya iletiminde yeni yöntemlerin ve mecraların ortaya çıkışı, eser sahipleri bakımından, daha yoğun eser üretimi ve ürettikleri eserleri daha geniş kitlelere ulaştırma ve yayma fırsatı yaratırken; kullanıcılar ve toplumun geneli bakımından ise bilgiye erişim imkânlarını artırmakta, bilginin ve kültürel ürünlerin daha geniş kitlelere yayılmasının önünde engel teşkil eden fiziki zorluklar ortadan kalkmaktadır.

Bu olanaklar yanında, söz konusu teknolojik gelişmeler, bir takım olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Telif hukuku bağlamında olumsuzluk, eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri bakımından, eserlerin çoğaltılmış nüshaları ve dağıtım kanalları üzerindeki kontrolün kaybolmasıdır. Dijital teknolojilerin sunduğu olanakların menfi yönde kullanılması, birçok alanda olduğu gibi telif hakları alanında da ihlallerin artışına yol açmakta, dijital mecralarda hak sahiplerinden izinsiz olarak dolaşıma sokulan telif haklarına konu içeriğin boyutları, her geçen gün artış göstermektedir.

Bu durum, hak sahiplerini, dijital alanda ortaya çıkan ihlallere karşı yine dijital çözümler bulma arayışına yönlendirmektedir. Bu arayışlar neticesinde geliştirilen ve *dijital hak yönetim sistemleri* (digital right management systems-DRMs) veya *teknolojik koruma yöntemleri* (technological protection measures-TPMs) olarak adlandırılan dijital çözümler, son kullanıcıların, dijital içeriğe yetkisiz erişimlerinin engellenmesini veya yasal olarak ulaştıkları içeriklerin kullanım biçimlerini kontrol altında tutulmasını ve sınırlandırılmasını mümkün kılan

çözümler olarak belirlemektedir.^[1] Dijital ortamda hak ihlallerinin önüne geçilmesi bakımından etkin olan bu teknolojiler, son kullanıcılar bakımından, yasal olarak erişim sağlanan dijital içerik veya eser nüshaları üzerinde geleneksel hukukun tanımladığı telif hakları istisnası ve sınırlandırmalarından yararlanamama riskini de beraberinde getirmektedir.

Teknolojik çözümler kullanmak suretiyle dijital şifreleme ve kriptolama (password, encryption), dijital parmak izi ve damgalama (watermarking), filigranlama ve kişisel tanımlama/yetkilendirme (authentication) gibi tekniklerle ortaya çıkan teknolojik koruma yöntemleri kullanılmak suretiyle, dijital içeriğe yetkisiz ve izinsiz erişim, çoğaltım ve yayım fiilleri engellenebilmekte; yasal olarak ulaşılan içeriğe ise yine bu teknolojiler ile zaman ve mekan yönünden erişim ve kullanım kısıtlamaları getirilebilmektedir.^[2] Yukarıda değinildiği üzere, DRM teknolojileri, dijital mecrada, eser niteliğindeki içeriğe, haksız kullanımlar karşısında etkin koruma sunmakla birlikte, esere yasal olarak erişim sağlayan kullanıcıların eser nüshaları üzerindeki meşru tasarruflarını da sınırlandırabilmekte ve bu bakımdan olumsuzluk yaratmaktadır. Bu teknolojiler, şahsen çoğaltma, eğitim ve öğretim amaçlı kullanım, engelliler için uyarlanmış nüshalar ve kullanımlar gibi geleneksel hukuk ile tanımlanmış telif hakları istisnaları ve sınırlandırmalarından kullanıcıların yararlanmasını da engellemesi nedeniyle doktrinde yoğun olarak eleştiri konusu yapılmaktadır.^[3] Diğer yandan, kullanıcı haklarını

[1] DRM teknolojileri, uluslararası alanda ve ulusal çerçevede hukuki düzenlemelerin konusu da yapılmıştır. Örneğin, 1998 tarihli ABD Dijital Bin Yıl Telif Hakları Kanunu, 2001 tarihli Avrupa Birliği Bilgi Toplumu Direktifi ve ülkemizde, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 72. maddesi, DRM teknolojilerini ve bu teknolojik çözümleri etkisiz kılmaya yönelik fiilleri, düzenlemiştir.

[2] DRM teknolojilerinin ifa ettiği fonksiyonlara ilişkin bazı somut örnekler şu şekilde sıralanabilir: a) Dijital bir kitap, makale veya film/müzik dosyasına erişimin şifre ile engellenmesi, b) Dijital formatta bir müzik dosyasının veya bir müzik CD'sinin tanımlı sayıdan fazla kopyalanamaması, sadece tek bir aygıtta oynatılabilmesi, farklı aygıtlarda oynatılamaması, kayda alınmaması veya dijital çoğaltma, yedekleme ve transfer imkanı bulunan kişisel bilgisayarlarda çalıştırılmaması, c) Audio formattaki içeriğin mp3 veya diğer formatlara dönüştürülebilmesi, d) Bir sinema filmi veya müzik CD'si, DVD'si veya dijital dosyaların, sadece tanımlanmış sürelerde, aygıtlarda ve bölgelerde oynatılabilmesi; istenilen herhangi bir yerde veya zamanda oynatılmaması...

[3] Fred von Lohmann, "Fair Use and Digital Rights Management: Preliminary Thoughts on the (Irreconcilable?) Tension between Them", (Electronic Frontier Foundation, 16.04.2002) <http://w2.eff.org/IP/DRM/cfp_fair_use_and_drm.pdf> Erişim, 07.01.2015; Severine Dusollier, "The Role of the Lawmaker and of the Judge in the Conflict Between Copyright Exceptions, Freedom of Expression and Technological Measures" (CRID, 2008), <<http://www.crid.be/pdf/public/5995.pdf>> Erişim, 07.01.2015; Lucie Guibault, "Pre-emption issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations be Overridden by Contractual Agreements Under European Law?" (IViR, 04.12.2003), <<http://www.ivir.nl/publicaties/download/337>> Erişim, 07.01.2015; Lucie Guibault, "Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright Klumer Law International, Lahey, 2002.

sınırlayan DRM teknolojilerini dijital içeriğe yerleştiren şirketler aleyhine, kullanıcılar ya da tüketicileri temsil eden sivil toplum örgütlerince sık sık yargı yoluna başvurulduğu ve bu konuda önemli yargısal kararlara imza atıldığı da görülmektedir. Örneğin, “XCP” – “MediaMax” adlı DRM teknolojilerini konu edinen 2005 tarihli ABD Sony BMG Davası^[4] ile “Testify” vakası olarak bilinen 2006 tarihli Warner Müzik Fransa Davası^[5], DRM teknolojilerinin kullanıcılar açısından yarattığı olumsuzluklara ilişkin önemli içtihatlar ortaya çıkarmıştır.^[6]

Yukarıda değinilen tüm hususlar çerçevesinde, dijital teknolojilerin, bilgi ve kültür ürünlerinin üretim, çoğaltım ve topluma iletim imkânları ile bilgiye ve kültür ürünlerine erişim imkânları açısından yarattığı fırsatlar yanında, eser sahipleri ve bağlantılı hak sahipleri ile son kullanıcılar bakımından bir takım olumsuz sonuçları da beraberinde getirdiği söylenebilir. Bu noktada, telif hukuku, günümüz teknolojik gelişmelerine yetişebiliyor mu? Hukuk, teknolojinin yarattığı sorunlara ve benzeri olumsuzluklara anında cevap verebiliyor mu? Teknolojik gelişmelerin yol açtığı sonuçlar karşısında, gerek eserlerin haksız kullanımlarına karşı yeterli koruma sağlanması, gerekse toplumun bilgiye ve kültür ürünlerine erişim hakkının gereği gibi tesisi kaygılarıyla eser sahiplerinin ve bağlantılı hak sahiplerinin çıkarları ile son kullanıcılar veya toplumun menfaatleri arasında dengeli bir yaklaşım kurulabilir mi? gibi sorular gündeme gelmektedir.

Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki hızlı gelişmeler karşısında hukuk sistemi, doğası gereği daha durağan ve yavaş gelişme kaydeden bir yapıya sahiptir. Hukuk sistemi, toplumsal hayatta ortaya çıkan yeni olgu ve olayları veri kabul etmekte ve bunlara karşı, sonradan refleks geliştirmektedir. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişim ve değişim o kadar hızlı ki kanun yapma süreci düşünüldüğünde, teknolojinin ortaya çıkardığı her yeni soruna, hukuk sisteminin anlık ve hızlı çözümler sunması beklenilmemelidir. Bilişim ve teknoloji alanını ilgilendiren herhangi bir kanun taslağı metni, hazırlık sürecinden geçip kanunlaşmaya kadar geçen süreçte, yeni bir teknolojik gelişme karşısında daha o aşamada güncelliğini yitirebilmekte; bazen taslak metin yeni kanunlaştığı anda dahi eskimiş olabilmekte ve yeniden revizyona ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu noktada, her

[4] Sony BMG CD Technologies Litigation, Case No. 1:05-cv-09575-NRB (2006)

[5] Tribunal de Grande Instance de Paris 5eme Chambre, 1ere Section Jugement du 10 Janvier 2006, Christophe R., UFC Oue Choisir / Warner Music France.

[6] DRM teknolojilerine ilişkin kapsamlı bilgi, doktrindeki yaklaşımlar, yargısal içtihatlar ve tartışmalar için bkz. Özgür Semiz, “Digital Right Management Systems and Copyright Exceptions: A Dramatic Shift of the Underlying Paradigm of Copyright Law in the European Union”, LL.M. Thesis, Brunel University Law School, Londra, 2009. <<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/1282,ozgursemizbruneltezpdf.pdf?0>> Erişim, 07.01.2015

spesifik teknolojik gelişme ve yarattığı soruna özgü ayrı ayrı spesifik hukuki normlar geliştirmek, mümkün görünmemektedir.^[7]

Teknolojinin sunduğu her içerik yaratma, çoğaltma, iletim ve koruma imkanı, mevcut hukuki normları yeniden test eder: ihlal mi? İstisna mı? sorularını sordurur.^[8] Mevcut hukuk çerçevesinde yargı, bu konularda duraksar, karar vermekte gecikir ve bazen de çelişkili kararlara imza atar.^[9] Bu nedenle hukuk sistemi, hızlı gelişen teknolojik araçların doğurduğu sonuçlara özgü ayrı ayrı çözüm arayışına girmek yerine, geriye doğru çekilerek, bireysel çıkarlar ve toplumsal menfaatler arasında denge tesis edecek şekilde, genel ve soyut ilke ve esaslar doğrultusunda, genel-geçer normlar yaratmaya yönelmeli ve beliren yeni uyumsuzluklar karşısında, yargı sistemine, temel hukuki normlar çerçevesinde yeterli uzmanlıkta içtihat yaratma yetisi ve sorunlara hızlı cevap verebilme becerisi kazandırılmalıdır.

Diğer yandan, teknoloji ve hukuk ilişkisi düşünüldüğünde, bu gelişmeler karşısında dijital mecralarda telif haklarının ortadan kaybolacağı veya etkisiz kalacağı yönünde doktrinde ve uygulamada yeni tartışmalara da şahit olunmaktadır. Ancak, telif hakları veya bu alanı düzenleyen hukuki araçların, bu gelişmeler karşısında etkisiz kalacağını veya ortadan kalkacağını söylemek mümkün görünmemektedir. Teknolojinin gelişme hızı ve yarattığı belirsizlikler, sadece, bahsi geçen sorunları aşmayı, daha karmaşık, yavaş ve tereddütlü hale getirmektedir.

Ortaya çıkan bu gelişmeler karşısında, eser sahiplerinin hakları ile toplumun bilgiye ve kültür ürünlerine erişim hakkı arasındaki dengenin korunmasına hassasiyet gösterilerek ve belki de bu hakların boyutları ve sınırları yeniden yapılandırılarak, beliren uyumsuzluklar karşısında hukuk ve yargı sisteminin hızlı ve etkin çözümler sunma becerisinin geliştirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Teknolojik gelişmeler ne olursa olsun, telif hakları her zaman var olacaktır. Ancak, bu haklar ile ilgili uyumsuzluklar ve tartışmaların niteliği, teknoloji gibi sürekli değişim gösterecektir.

[7] Konuya ilişkin kapsamlı bir tartışma için bkz. John Allen Paulos, “Technology and Uncertainty: The Shaping Effect of Copyright Law”, University of Pennsylvania Law Review, 2009, Vol: 157: 1831–1868.

[8] Türkay Alica, Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi, Panel konuşması, “II. Oturum: Fikri Haklar Bağlamında Sosyal Medya: Yeni bir ihlal alanı mı? Yeni fırsatlar mı?” Dijital İletişim Çağında Sosyal Medya ve Fikri Haklar Paneli, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 26/09/2014) <<http://www.pozitif.tv.com/auhf/video/107482202/fikri-haklar-baglamnda-sosyal-medya-yeni-bir-ihlal-alan-m-yeni-firsatlar-m/>> Erişim, 15.11.2014; Paulos, a.g.e., s.1846-1850.

[9] Alica, Panel Konuşması, Paulos, a.g.e., s.1846-1850.

KAYNAKÇA

Alica, T. Ankara 3. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi Hakimi, Panel konuşması, “II. Oturum: Fikri Haklar Bağlamında Sosyal Medya: Yeni bir ihlal alanı mı? Yeni fırsatlar mı?” Dijital İletişim Çağında Sosyal Medya ve Fikri Haklar Paneli, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 26/09/2014) <<http://www.pozitiftv.com/auhf/video/107482202/fikri-haklar-baglamnda-sosyal-medya-yeni-bir-ihlal-alan-m-yeni-frsatlar-m/>> Erişim, 15.11.2014

Davies G., “Copyright and the Public Interest” (2nd ed.) Svevet & Maxwell Pearson, Londra, 2002

Dusollier, S. “The Role of the Lawmaker and of the Judge in the Conflict Between Copyright Exceptions, Freedom of Expression and Technological Measures” (CRID, 2008), <<http://www.crid.be/pdf/public/5995.pdf>> Erişim, 07.01.2015

Guibault, L. “Pre-Emption Issues in the Digital Environment: Can Copyright Limitations be Overridden by Contractual Agreements Under European, Law?” (IViR, 04.12.2003), <<http://www.ivir.nl/publicaties/download/337>> Erişim, 07.01.2015

Guibault, L. “Copyright Limitations and Contracts : An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright Klumer Law International, Lahey, 2002.

Litman J, “Digital Coyright”, Prometheus Books, New York, 2006

Paulos, J. A. “Tecnology and Uncertainty: The Shaping Effect of Copyright Law”, University of Pennsylvania Law Review, 2009, Vol: 157: 1831–1868.

Semiz, Ö. “Digital Right Management Systems and Copyright Exceptions: A Dramatic Shift of the Underlying Paradigm of Copyright Law in the European Union”, LL.M. Thesis, Brunel University Law School, Londra, 2009. <<http://teftis.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/1282,ozgursemizbruneltezpdf.pdf?0>> Erişim, 07.01.2015

Sony BMG CD Technologies Litigation, Case No. 1:05-cv-09575-NRB (2006)

Tribunal de Grande Instance de Paris 5eme Chambre, 1ere Section Jugement du 10 Janvier 2006, Christophe R., UFC Oue Choisir / Warner Music France.

von Lohmann, F. “Fair Use and Digital Rights Management: Preliminary Thoughts on the (Irreconcilable?) Tension between Them”, (Electronic Frontier Foundation, 16.04.2002) <http://w2.eff.org/IP/DRM/cfp_fair_use_and_drm.pdf> Erişim, 07.01.2015

Kararlar

Decisions

YARGI KARARLARI

HAZIRLAYAN:
Av. Güldeniz DOĞAN ALKAN*

* Ankara Barosu.

YARGI KARARLARI

Patent Tescil Süreci, Türk Patent Enstitüsü ve Avrupa Patent Ofisi Nezdinde Uygulama Farklılığı

Uyuşmazlık konusu patent, Avrupa Patent Ofisince gerçekleştirilen EP 1284771B1 sayılı tescile dayalı olarak Türkiye’de TR 2006 01048 T4 numarası altında TPE nezdinde tescil edilerek davalı adına patent belgesi düzenlenilmiştir. Davacı tarafından hükümsüzlük istemli olarak açılan davada mahkemece, Avrupa Patent Ofisi tarafından verilen patentin iptal edildiğinden bahisle patentin geri çekilmesine ilişkin form davalı tarafça düzenlenip TPE’ye sunulduğu, geri çekme istemine dair formun TPE tarafından onaylandığı gerekçesiyle konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay’a göre davalı adına Avrupa Patent Ofisi tarafından verilen patent uyarınca Türkiye’deki ulusal patent tescilinin yapılmış olduğu hususu da gözetilerek davalı tarafından doldurulup verilen geri çekme formu uyarınca TPE tarafından 551 Sayılı KHK’nın 133. vd. maddelerine göre işlem yapılıp yapılmadığı veya Avrupa Patent Ofisi nezdinde yapılan dayanak patent tesciline itiraz edilmiş olunması nedeniyle, TPE tarafından davalı adına tescilli dava konusu patentin Avrupa Patentlerinin verilmesi ile ilgili Avrupa Patent Sözleşmesinin Türkiye’de uygulama şeklini gösteren yönetmelik 7 ve devamı maddeleri uyarınca patentin halen başvuru aşamasında olarak nitelendirilip nitelendirilmediğinin TPE’den sorulmak suretiyle tespiti, TPE tarafından Avrupa Patent Ofisi’ne yapılan itiraz nedeniyle davalı patentinin başvuru aşamasında olduğunun kabulü halinde ise henüz tescil olunmamış bir patente dair hükümsüzlük isteminde bulunulması nedeniyle davanın erken açılmış bir dava olup olmadığı ya da konusuz kalıp kalamayacağına yönelik hukuki değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

22.09.2014 Esas No: 2014/7840 Karar No: 2014/14248

Marka Hakkı, Haksız Rekabet, Bayisi Olmadığı Halde Davacı Şirkete Ait Tüplerin Piyasaya Sunulmasının Davalı Açısından Haksız Rekabet Oluşturması

Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta, davalı elinde davacı şirkete ait, fatura karşılığı satın aldığı 49 adet tüp bulundurmaktadır. Davacı şirket bu eylemin haksız rekabet oluşturduğunun tespitine ve marka tecavüzünün önlenmesine,

ele geçirilen tüplerin ve tabelanın imhasına karar verilmesini talep etmiştir. Davalı ise satın alınan tüp sayısının kişisel kullanımı aşan bir miktar olduğunun bilinebilecek durumda olduğu ve bu nedenle davacının davalının satışlarına zımni olarak onay verdiği savunmasında bulunmuştur. Mahkeme, davalının bayisi olmadığı halde davacı şirkete ait piyasadan temin ettiği tüpleri sattığı, deposunda ya da işyerinde bulundurduğu, bu eylemin 6102 sayılı TTK'nın 55. maddesi kapsamında haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Davalı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelen davada Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararının onanmasına oy birliğiyle karar verilmiştir. Söz konusu karar, tükenme hakkıyla haksız rekabet korumasının karşılıklı değerlendirilmesi noktasında haksız rekabet teşkil eden eylemlere karşı korumanın durumunun güçlendirilmesi açısından önem arz etmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

24.06.2014 Esas No: 2014/5617 Karar No: 2014/11950

Tanınmış Marka Başvurusu, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Kararının İptali Davası, Taleple Bağlılık, Tanınmışlık Başvurusunu Reddeden YİDK Kararının İptali İçin Açılan Davada Talep Edilmediği Sürece Uyuşmazlık Konusu Markanın Tanınmış Olduğuna Karar Verilemeyeceği

Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta, davacı şirket markalarının tanınmış olarak tesciline karar verilmesi talebiyle Türk Patent Enstitüsü'ne başvurmuş; bu talepleri Markalar Dairesi Başkanlığı ve Yeniden İnceleme ve Denetleme Kurulu tarafından reddedilmiştir. Davacı şirket, söz konusu YİDK kararının iptali için mahkemeye başvurmuş, ilk derece mahkemesi YİDK kararını iptal etmiş, buna ek olarak söz konusu markanın bazı sınıflar yönünden tanınmış olduğunun tespitine karar vermiştir. Davacı ve davalının temyiz talepleriyle davanın Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelmesi üzerine Yüksek Mahkeme, davacı vekilinin herhangi bir tespit talebi olmadığı halde mahkemece tanınmış olarak tescil edilmesi istenen markaların tanınmışlığının tespitine karar verilmesini yerinde bulmamış; bu yanlışlığın giderilmesi suretiyle kararı düzelterek oy birliğiyle onamıştır. Söz konusu karar taleple bağlılık ilkesinin marka hukuku alanında pratikte önem arz eden bir görünümünü sunduğu için önem arz etmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

26.06.2014 Esas No: 2014/6459 Karar No: 2014/12225

Marka Hakkı, Marka Hakkının İhlalinde İnternet Servis Sağlayıcının Sorumluluğu, Marka Hakkını İhlal Eden Alan Adı Bulunması Durumunda Alan Adını Sağlayan İnternet Servis Sağlayıcının Salt Teknik Hizmet Vermesinden Dolayı Sorumluluğunun Bulunmadığı ve Kendisine Husumet Yöneltilmeyeceği

Söz konusu karara konu uyuşmazlık, davacının marka hakkına tecavüz nedeniyle manevi tazminat talebine ilişkindir. Davacı vekili müvekkilinin tanınmış markasına ve buna dayalı marka hakkına tecavüz eden alan adının sağlayıcısı olan davalı internet servis sağlayıcısından tecavüzün durdurulması ve manevi tazminat talep etmiştir. Davalı internet servis sağlayıcısı kendisine husumet yöneltilmeyeceğini, salt teknik hizmet verdiği için dolayı kendisinin bir sorumluluğu bulunmadığını iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi davalılardan internet servis sağlayıcı şirkete husumet yöneltilmeyeceğinden bu davalıyla ilgili taleplerin reddine karar vermiştir. Temyiz üzerine davanın Yargıtay 11. Hukuk Dairesi önüne gelmesi üzerine Yüksek Mahkeme, internet servis sağlayıcıya husumet yöneltilmeyeceği yönündeki kararı oy birliğiyle onamıştır. Bu karar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yer sağlayıcıların sorumluluğunu kabul ettiği 15.01.2014 tarihli, 2013/11-1138 E. ve 2014/16 K. sayılı kararıyla aksi yönlerde olması anlamında önem arz etmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

05.02.2014 Esas No: 2013/11855 Karar No: 2014/1986

556 Sayılı KHK'nın Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 Tarihli ve 147/75 Sayılı Kararıyla İptal Edilen 42/1(c) Maddesi, Mahkemelerin Hükümsüzlüğe İlişkin Kararlarının "Uyuşmazlık Konusu Markanın İptali ve Sicilden Terkini" Şeklinde Anlaşılacak Olması

Söz konusu karar, Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 42/1(c) maddesini iptal eden 09.04.2014 tarihli ve 147/75 sayılı kararının uygulamadaki ilk örneklerinden olması açısından önemlidir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, söz konusu maddenin iptal edilmesi nedeniyle, bundan böyle 14. madde anlamındaki "hükümsüzlük" kavramının "iptal ve sicilden terkin" olarak anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi

09.09.2014 Esas No: 2014/8140 Karar No: 2014/13416

YARGI KARARLARI

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

22.09.2014

Esas No: 2014/7840 Karar No: 2014/14248

Patent Tescil Süreci, Türk Patent Enstitüsü ve Avrupa Patent Ofisi Nezdindeki Uygulama Farklılığı

Taraflar arasında görülen davada İstanbul 2. Fikrî ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 24/09/2013 tarih ve 2011/169-2013/190 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ali Rıza Bayır tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

Davacı vekili, davalının "2000/05/23 0012522 ve 2000/12/22 001502 İngiltere" şeklindeki rüçhan numara ve tarihlerine dayanarak Avrupa Patent Ofisi nezdinde EP 1 284 771 nolu patent başvurusu ile bölgesel giriş yaparak aldığı patentini Türkiye'de TR 2006/01048 noda tescil ettirdiğini, Avrupa Patent Ofisi'nce verilen 10.12.2008 tarihli kararla EP 1 284 771 nolu patentin iptal edildiğini, davalı adına kayıtlı patentin yenilik veya buluş basamağına sahip olma şeklindeki patent verilebilirlik koşullarının bulunmadığını ileri sürerek davalı adına kayıtlı TR 2006/01048 nolu patentin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili; tescile dayanak olan patentin itiraz safhasının devam etmesi nedeniyle davanın esasa girilmeden reddini veya dayanak EP 1 284 771 sayılı patent bakımından verilecek kararın beklenilmesini talep etmiş, 3.7.2013 havaleli dilekçeyle TPE nezdinde yaptıkları başvurunun geri çekildiğini belirtip konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre; dava konusu edilen patent başvurusunun davalı tarafından geri çekildiği gerekçesiyle konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir.

Uyuşmazlık konusu patent Avrupa Patent Ofisince yapılan EP 1284771B1 sayılı tescile dayalı olarak Türkiye’de TR 2006 01048 T4 nosuyla TPE nezdinde tescil edilerek davalı adına patent belgesi düzenlenilmiştir. Davacı tarafından hükümsüzlük istemli olarak açılan davada mahkemece, davalı tarafça Avrupa Patent Ofisi tarafından verilen patentin iptal edildiğinden bahisle patentin geri çekilmesine ilişkin form düzenlenip TPE’ye sunulduğu, geri çekme istemine dair formun TPE tarafından onaylandığı gerekçesiyle konusuz kalan davada karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Ancak, 551 Sayılı KHK’nın 133. vd. maddelerinde patent hakkının sona erme sebepleri sayılmış olup, bu sebepler içerisinde yer alan patent hakkından vazgeçme hali aynı KHK’nın 135. maddesinde ayrıca düzenlenilmiştir. Bu madde uyarınca patent hakkından vazgeçilmesi halinde tescil işlemiyle patent sahibine patent konusu buluş üzerinde tanınan mutlak hak kısmen veya tamamen sona erer. 551. sayılı KHK’nın 66. maddesinde ise patent başvurusunun geri çekilmesi hali düzenlenilmiş olup, farklı maddelerde yer alan her iki düzenleme uyarınca yapılacak işlemlerin doğurdukları hukuki sonuçlar da birbirinden farklılık arz etmektedir. Açıklanan bu durum karşısında, mahkemece davalı adına Avrupa Patent Ofisince verilen patent uyarınca Türkiye’deki ulusal patent tescilinin yapılmış olduğu hususu da gözetilerek davalı tarafından doldurulup verilen geri çekme formu uyarınca TPE tarafından 551 Sayılı KHK’nın 133. vd. maddelerine göre işlem yapılıp yapılmadığı veya Avrupa Patent Ofisi nezdindeki yapılan dayanak patent tesciline itiraz edilmiş olunması nedeniyle, TPE tarafından davalı adına tescilli dava konusu patentin Avrupa Patentlerinin verilmesi ile ilgili Avrupa Patent Sözleşmesinin Türkiye’de uygulama şeklini gösteren yönetmelik 7. vd. maddeleri uyarınca patentin halen başvuru aşamasında olarak nitelendirilip nitelendirilmediğinin TPE’den sorulmak suretiyle tespiti, TPE tarafından Avrupa Patent Ofisine yapılan itiraz nedeniyle davalı patentinin başvuru aşamasında olduğunun kabulü halinde ise henüz tescil olunmamış bir patente dair hükümsüzlük isteminde bulunulması nedeniyle davanın erken açılmış bir dava olup olmadığı ya da konusuz kalıp kalamayacağına yönelik hukuki değerlendirme yapılması gerekmektedir. Açıklanan bu hususlarda bir araştırma ve değerlendirme yapılmağının eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmediğinden, kararın bu nedenle temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmektedir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün temyiz eden davacı yararına BOZULMASINA, ödediği temyiz peşin harcın isteği halinde temyiz edene iadesine, 22.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

24.06.2014

Esas No: 2014/5617 Karar No: 2014/11950

Marka Hakkı, Haksız Rekabet, Bayisi Olmadığı Halde Davacı Şirkete Ait Tüplerin Piyasaya Sunulmasının Davalı Açısından Haksız Rekabet Oluşturması

DAVA: Taraflar arasında görülen davada Bilecik 1. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 3.12.2013 tarih ve 2012/207-2013/540 Sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi F. Karaman Odabaşı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davalının müvekkili şirketin bayisi olmamasına rağmen izin almaksızın müvekkiline ait tescilli markaları taşıyan tüpleri satın alarak satışa arz ettiğini, haksız olarak pazarladığı ve elinde bulundurduğunu, bu eylemleri sebebiyle müvekkilinin ticari itibarının zedelediğini, bu hususun ilgili cumhuriyet savcılığı nezdinde yürütülen soruşturma kapsamında yapılan arama neticesinde tespit edildiğini, müvekkili şirkete ait 49 adet çeşitli cins tüplerin ele geçirildiğini belirterek davalının eylemlerin haksız rekabet oluşturduğunun tespitine, tecavüzün men'ine, ele geçirilen tüplerin ve tabelanın imhasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davacı şirkete ait olan ürünlerin şirketin ana bayilerinden fatura karşılığı alındığını ve piyasa rayıcı üzerinden üçüncü kişilere satıldığını, satın alınan tüp miktarının kişisel kullanımı aşacak nitelikte olması sebebiyle ana bayi tarafından bilinebilecek durumda olup, satışa zımni olarak muvafakat edildiğini, müvekkilinin, davalı şirketin ticari itibarını veya marka değerini etkileyecek olumsuz bir eylemde bulunmadığını, ürünlerin hologram taşıdığını, kaçak dolumunun söz konusu olmadığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davalının bayisi olmadığı halde davacı şirkete ait piyasadan temin ettiği tüpleri sattığı, deposunda ya da işyerinde bulundurduğu, bu eylemin 6102 Sayılı TTK'nin 55. maddesi kapsamında haksız rekabet oluşturduğu gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değeriendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 24.6.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

26.06.2014

Esas No: 2014/6459 Karar No: 2014/12225

Tanınmış Marka Başvurusu, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Kararının İptali Davası, Taleple Bağlılık, Tanınmışlık Başvurusunu Reddeden YİDK Kararının İptali İçin Açılan Davada Talep Edilmediği Sürece Uyuşmazlık Konusu Markanın Tanınmış Olduğuna Karar Verilemeyeceği

TÜRK MİLLETİ ADINA

T.C.

ANKARA

1. FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ

07.05.2013 tarihli 2012/152 E. 2013/71 K. sayılı Gerekçeli Kararı

Mahkememizde görülmekte bulunan Marka İle İlgili Kurum Kararının İptali davasının yapılan açık yargılamasının sonunda;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ: Davacı vekili, müvekkil şirkete ait (...) sayılı “Inter Spor + şekil”, (...) sayılı “Inter Spor + şekil” ve (...) sayılı ile tescilli “Inter Spor + şekil” ibareli 3 adet markanın tanınmış marka olarak tesciline karar verilmesi talebiyle TPE’ye başvurulduğunu, başvurularının ve YİDK’ya yaptıkları itirazın reddedildiğini, oysa başvuruları ekinde sundukları belgelerin tanınmışlığı kanıtlamaya yeter nitelikte olduğunu ileri sürerek, TPE YİDK’nın 08.10.2007 tarih ve 2007-M-5959 sayılı kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı TPE vekili cevap dilekçesiyle, dava konusu TPE YİDK karar süreci ve markanın tanınmışlığı konusunda 556 sayılı KHK hükümleri ile uluslararası düzenlemelere ilişkin olarak doktrine yapılan atıflarla birlikte detaylı izahat yapıldıktan başvuru ile ilgili Enstitü kararlarının usul ve yasaya uygun olduğunu ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir.

Mahkememizce taraflarca gösterilen tüm deliller getirtilerek için esasına girilmiş, tarafların delillerinin toplanmasını müteakip "... *Mevcut bilgi ve belgelerin, davacının (...) tescil numaralı markasının, emtia listesindeki 35.08 sınıf "spor malzemelerinin tedariki hizmetleri" bakımından tanınmış marka haline getirildiğini kanıtlamaya yeterli bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne TPE YİDK'nın davacıya ait (...) sayılı markanın 35.08 Sınıf "spor malzemelerinin tedariki hizmetleri" yönünden iptaline...*" dair verilen kararın davalı vekilince temyizi üzerine anılan hükmün Yüksek Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından 13/02/2012 tarih ve 2010/10341 E. 2012/1843 K. Sayılı ilamı ile;

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin aşağıdaki bent dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Ancak, Dairemizin 06.03.2007 tarih 13097/4024 sayılı kararıyla da benimsendiği üzere, tanınmış markalar 556 sayılı KHK'nin 7/1-(i) ve 8/4. maddelerinde düzenlenmiş olup, anılan hükümler de tanınmış markalar bakımından sektörel tanınırlık vb. şeklinde derece veya basamaklar halinde bir ayırım mevcut değildir. Bu bakımdan, mahkemenin davacıya ait (...) sayılı markasının 35-08 sınıf bakımından ilgili sektörde tanınmış marka olarak kabulüne dair görüşü isabetli değildir.

O halde, mahkemece bilirkişi heyetinden ek görüş alınmak suretiyle, davacı adına tescilli markanın 556 Sayılı KHK'nin 7/1-(i) ve 8/4. hükümleri dikkate alınmak suretiyle markanın 35-08 sınıf hizmetler üzerinde kullanılması sonucunda her iki madde kapsamında ya da bu maddelerden birisi kapsamında tanınmış marka olup olmadığı tespit edildikten sonra hasıl olacak sonuca göre TPE, YİDK kararının iptal edilip edilmeyeceğine karar verilmesi gerekirken, (...) sayılı markanın 35-08 sınıf "spor malzemelerinin tedariki hizmetleri" yönünden TPE YİDK kararının kısmi iptaline şeklinde karar verilmesi doğru görülmemiştir.

yönündeki gerekçesi ile bozulması üzerine, bozmaya uyularak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Bozma İlamı doğrultusunda; bozma kararı önceki rapor düzenleyen bilirkişi heyetinden Yargıtay bozma ilamı doğrultusunda ek rapor alınmış; bilirkişiler mahkememize sundukları ek raporlarında; davacıya ait (...) tescil numaralı "INTER SPOR" esas unsurlu markanın 35.08 sınıf hizmetler üzerinde kullanılması sonucunda 556 sayılı KHK'nin gerek 7/1-i gerekse 8/4 maddeleri anlamında tanınmış marka olduğu bildirilmiş aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerden ve tüm dosya kapsamından

DAVANIN KABULÜ İLE:

1-TPE YİDK'nın 08/10/2007 tarih 2007-M-5959 sayılı kararının iptaline,

2-Davacıya ait (...) sayılı “interspor” markasının 35.08 sınıf hizmetler yönünden (*spor malzemeleri tedarik hizmetleri bakımından*) 556 sayılı KHK'nın 7/1-i ve 8/4 maddeleri kapsamında tanınmış marka olduğunun tespitine,

(...) karar verilmiştir. 07/05/2013

Temyiz Üzerine Verilen Yargıtay Kararı

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

26.06.2014

Esas No: 2014/6459 Karar No: 2014/12225

DAVA: Taraflar arasında görülen davada Ankara 1. Fikri ve Sınâî Haklar Hukuk Mahkemesi'nce bozmaya uyularak verilen 7.5.2013 tarih ve 2012/152-2013/71 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı ve katılma yoluyla davacı vekilleri tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi S. Demir Saldırım tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, müvekkil şirkete ait (...) Sayılı “Inter Spor (...) + şekil”, (...) Sayılı “Inter Spor (...) .+ şekil” ve (...) Sayı ile tescilli “Inter Spor + şekil” ibareli 3 adet markanın tanınmış marka olarak tesciline karar verilmesi talebiyle TPE'ye başvurulduğunu, başvurularının ve YİDK'ya yaptıkları itirazın reddedildiğini, oysa başvuruları ekinde sundukları belgelerin tanınmışlığı kanıtlamaya yeter nitelikte olduğunu ileri sürerek, TPE YİDK'nın 8.10.2007 tarih ve 2007-M-5959 Sayılı kararının iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, Dairemizin bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sonucunda, düzenlenen ek bilirkişi raporuna göre, davacıya ait (...) tescil numaralı

“INTER SPOR” esas unsurlu markanın 35.08 sınıf hizmetler üzerinde kullanılması sonucunda 556 Sayılı KHK'nin gerek 7/1-i gerekse 8/4 maddeleri anlamında tanınmış marka olduğu gerekçesiyle, TPE YİDK'nın 8.10.2007 tarih 2007/M-5959 Sayılı kararının iptaline, davacıya ait (...) Sayılı Interspor markasının 35.08 sınıf hizmetler yönünden (spor malzemeleri tedarik hizmetleri bakımından) 556 Sayılı KHK'nin 7/1-i ve 8/4 maddeleri kapsamında tanınmış marka olduğunun tespitine karar verilmiştir.

Kararı, davalı ve katılma yoluyla davacı vekilleri temyiz etmiştir.

1-) Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davalı ve katılma yoluyla davacı vekillerinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2-) Ancak, davacı vekilinin tespit talebi olmadığı halde, mahkemece davacıya ait (...) sayılı Interspor markasının 35.08 sınıf hizmetler yönünden (spor malzemeleri tedarik hizmetleri bakımından) 556 Sayılı KHK'nin 7/1-i ve 8/4 maddeleri kapsamında tanınmış marka olduğunun tespitine hükmedilmesi doğru görülmemişse de, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, HUMK'nın 438/7. maddesi uyarınca kararın düzeltilerek ONANMASINA karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle, davalı ve katılma yoluyla davacı vekillerinin sair temyiz itirazlarının REDDİNE, (2) numaralı bentte açıklanan sebeplerle, hüküm fıkrasının 2. bendinin hükümden çıkarılarak kararın düzeltilerek ONANMASINA, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz eden taraflara iadesine, 26.6.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

05.02.2014

Esas No: 2013/11855 Karar No: 2014/1986

Marka Hakkı, Marka Hakkının İhlalinde İnternet Servis Sağlayıcının Sorumluluğu, Marka Hakkını İhlal Eden Alan Adı Bulunması Durumunda Alan Adını Sağlayan İnternet Servis Sağlayıcının Salt Teknik Hizmet Vermesinden Dolayı Sorumluluğunun Bulunmadığı ve Kendisine Husumet Yöneltilmeyeceği

TÜRK MİLLETİ ADINA

T.C.

İSTANBUL

1. FİKRİ VE SINAİ HAKLAR HUKUK MAHKEMESİ

07.05.2013 tarihli 2012/182 E. 2013/39 K. sayılı Gerekçeli Kararı

Mahkememizde görülmekte bulunan Tazminat davasının yapılan açık yargılamasının sonunda,

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ:

Davacı vekili dava dilekçesinde davalının müvekkilinin tanınmış BOSCH markasını alan adı olarak tescil ettirdiği internet sitesinde kullandığını belirterek tecavüzün durdurulmasını, kararın Türkiye çapında yayın yapan yüksek tirajlı 3 gazetede ilanını ve marka haklarına tecavüz nedeniyle 3.000.-TL manevi tazminatın davalılardan alınarak müvekkiline verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili (...)’nin markanın tescilli olduğunu bilmeden alan adını aldığını ve bu adı satmak için bir site açtığını, sitede hiçbir şekilde BOSCH markasına zarar verecek beyan ya da satış işleminde bulunmadığını ve alan adını satmak adına BOSCH bayilerine mailler attığını ancak rencide etmediğini, davacının davadan önce kendisine herhangi bir uyarı göndermediğini ileri sürmüştür.

Diğer davalı (...) vekilinin ise cevap dilekçesinde davacının teminat göstermekle yükümlü olduğunu, müvekkilinin dünyaca tanınmış yer sağlayıcı şirket olduğunu ve kendisine husumet düşmediğini, delil tespitine yapılan itirazı tekrarladıklarını savunmuş; davanın reddini, yargılama ve vekâlet ücretinin davacı tarafa yükletilmesini talep etmiştir.

GEREKÇE:

Dava davalının davacının tanınmış BOSCH markasını alan adı olarak tescil ettirdiği, internet sitesinde kullandığı iddiasıyla tecavüzün durdurulması, 3.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsili istemine ilişkindir.

Davalı (...) alan adının kullanıldığı site servis sağlayıcısıdır. 5651 sayılı yasanın 8 ve 9.maddeleri gereğince salt teknik hizmet servisi vermekten dolayı sorumluluğu söz konusu olmadığından ve fiile katıldığı da kanıtlanmadığından hakkındaki davanın husumetten reddi gerekir.

Diğer davalı ise savunmasında alan adını tescilli olduğunu bilmeden, adına tescil ettirip BOSCH bayilerine satmak için e-mailler gönderdiğini savunarak ihlali kabul ettiği gibi zaten davacının tanınmış BOSCH markasını alan adı olarak adına tescil ettirdiği alan adı kayıtları ve İstanbul 4.Fikri ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin 2012/17 D.iş dosyasına sunulan bilirkişi raporu ile de sabittir. 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri gereğince tanınmış markanın ticari amaçla sitede kullanımı marka haklarına tecavüz oluşturduğundan alan adına Türkiye'de önlenmesine, tecavüzün önlenmesi ve 556 sayılı KHK'nın 62. maddesi gereğince 1.500 TL manevi tazminatın hüküm altına alınmasına karar verilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM:

1-Davalı (...) hakkındaki davanın husumetten reddine,

2-Diğer davalı (...)’nin davacının marka haklarına tecavüzün tespitine ve tecavüzün önlenmesine, www.boschelaletleri.com alan adına Türkiye’de erişimin engellenmesine, 1.500 TL manevi tazminatın davalıdan alınarak davacıya verilmesine, hüküm özetinin karar kesinleştiğinde günlük bir gazetede bir kez ilanına,

(...) karar verilmiştir. 07/03/2013

Temyiz Üzerine Verilen Yargıtay Kararı**YARGITAY****11. Hukuk Dairesi****05.02.2014****Esas No: 2013/11855 Karar No: 2014/1986**

DAVA: Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 07.03.2013 tarih ve 2012/182–2013/39 sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı vekili ve katılma yoluyla davalı (...) vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi Fatma Karaman Odabaşı tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, davalının müvekkilinin tanınmış "BOSCH" ibareli markasını alan adı olarak tescil ettirdiğini ve internet sitesinde kullandığını belirterek marka hakkına tecavüzün durdurulmasına, kararın ilanına ve marka haklarına tecavüz nedeniyle 3.000 TL manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı (...) markanın tescilli olduğunu bilmeden alan adı olarak aldığı, bu adı satmak için bir site açtığını, sitede hiçbir şekilde BOSCH markasına zarar verecek beyan ya da satış işleminde bulunmadığını, alan adını satmak amacıyla BOSCH bayilerine mail attığını belirterek davanın reddini istemiştir.

Diğer davalı (...) vekili, müvekkilinin yer sağlayıcı bir şirket olduğunu ve kendisine husumet yöneltilemeyeceğini belirterek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davalı (...)’nin alan adının kullanıldığı sitenin servis sağlayıcısı olduğu, 5651 sayılı Yasa 8. ve 9. maddeleri gereğince salt teknik hizmet servisi vermekten dolayı sorumluluğunun bulunmadığı, diğer davalının ise alan adını tescilli olduğunu bilmeden, adına tescil ettirip BOSCH bayilerine satmak için e-mailler gönderdiğini savunarak ihlali kabul ettiği, 556 sayılı KHK'nin 9 ve 61. maddeleri gereğince tanınmış markanın ticari amaçla sitede kullanımının marka haklarına tecavüz oluşturduğu, 556 sayılı KHK'nin 62. maddesi kapsamında manevi

tazminat talep edilebileceği gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, davalı (...) aleyhine açılan davanın husumetten reddine, diğer davalı (...) aleyhine açılan dava yönünden, davacının marka haklarına tecavüzün tespitine ve tecavüzün önlenmesine, "www.b...com" alan adına Türkiye'de erişimin engellenmesine, 1.500 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir.

Kararı, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı (...) vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı (...) vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davacı vekili ve katılma yoluyla davalı (...) vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 0,90 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davacıdan alınmasına, aşağıda yazılı bakiye 76.45 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalı (...)’den alınmasına, 05.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YARGITAY

11. Hukuk Dairesi

09.09.2014

Esas No: 2014/8140 Karar No: 2014/13416

556 Sayılı KHK'nın Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 Tarihli ve 147/75 Sayılı Kararıyla İptal Edilen 42/1-(c) Maddesi, Mahkemelerin Hükümsüzlüğe İlişkin Kararlarının “Uyuşmazlık Konusu Markanın İptali ve Sicilden Terkini” Şeklinde Anlaşılacak Olması

DAVA: Taraflar arasında görülen davada İstanbul 1.Fikrî ve Sinaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 14/02/2013 gün ve 2010/81-2013/20 sayılı kararı onayan Daire'nin 03.02.2014 gün ve 2013/12092-2014/1776 sayılı kararı aleyhinde davalı vekili tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dosya için düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra gereği görüştülüp düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, müvekkilinin gıda sektöründe kullandığı “MUDURNU” ibareli birçok markasının bulunduğunu, İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin kararı ile iflasına karar verilen (...) adına tescilli (...) nolu markanın, İstanbul 1. İflas Müdürlüğü tarafından (...)’ne ihale edildiğini, sonrasında bu şirketin markayı (...)’ne devrettiğini, en sonunda da markaların bu şirket tarafından da davalı şirkete satıldığını, ancak bu markanın iflas tarihi olan 28/03/2002 tarihinden bu yana “kümes hayvanları etleri” dışında hiç bir mal veya hizmette kullanılmadığını ileri sürerek 556 sayılı KHK'nın 14 ve 42/c, 42/2 maddeleri gereğince markanın hükümsüzlüğüne ve iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davanın kabulüne ilişkin verilen karar davalı vekilinin temyizi üzerine Dairemizce onanmıştır.

Bu kez, davalı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur.

Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 gün 147/75 sayılı kararı ile 556 sayılı KHK'nın 42/1- (c) bendinin iptaline karar

verildiğinden, mahkemenin hükümsüzlüğe ilişkin kararının aynı KHK'nın 14. maddesi uyarınca uyuşmazlık konusu markanın iptali ve sicilden terkinine şeklinde anlaşılacak olmasına göre, davalı vekilinin HUMK'nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin karar düzeltme isteğinin HUMK'nın 442. maddesi gereğince REDDİNE, alınması gereken 52,40 TL karar düzeltme harcı peşin ödenmiş olduğundan yeniden alınmasına yer olmadığına, 3506 sayılı Yasa ile değiştirilen HUMK'nın 442/3. maddesi hükmü uyarınca, takdiren 228,00 TL para cezasının karar düzeltilmesini isteyen alınarak Hazine'ye gelir kaydedilmesine, 09.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MAHKEME KARARLARI

HAZIRLAYAN:
Av. Güldeniz DOĞAN ALKAN*

* Ankara Barosu.

JUDGMENT OF THE COURT (Fourth Chamber)^[1]

5 March 2015

(Reference for a preliminary ruling — Copyright and related rights — Directive 2001/29/EC — Articles 5(2)(b) and 6 — Reproduction right — Exception — Copying for private use — Reproductions made with the aid of mobile telephone memory cards — Fair compensation — Levy on reproduction media — Equal treatment — Reimbursement of the levy — Minimal prejudice)

In Case C-463/12,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Østre Landsret (Denmark), made by decision of 10 October 2012, received at the Court on 16 October 2012, in the proceedings

Copydan Båndkopi

v

Nokia Danmark A/S,

THE COURT (Fourth Chamber),

Composed of L. Bay Larsen, President of the Chamber, K. Jürimäe, J. Malenovský (Rapporteur), M. Safjan and A. Prechal, Judges,

Advocate General: P. Cruz Villalón,

Registrar: C. Strömholm, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 16 January 2014,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Copydan Båndkopi, by P. Schønning, advokat,
- Nokia Danmark A/S, by F. Bøggild, advokat,

[1] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=162691&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=380059>

- the French Government, by D. Colas, F.X. Bréchet and B. Beaupère-Manokha, acting as Agents,
- the Italian Government, by G. Palmieri, acting as Agent, and S. Varone, avvocato dello Stato,
- the Netherlands Government, by M. Noort, M. Bulterman and C. Wissels, acting as Agents,
- the Austrian Government, by G. Kunnert and A. Posch, acting as Agents,
- the Finnish Government, by J. Leppo, acting as Agent,
- the United Kingdom Government, by S. Brighthouse, acting as Agent, S. Malynicz and J. Holmes, Barristers,
- the European Commission, by J. Samnadda, H. Støvlbæk and J. Szczodrowski, acting as Agents,

after hearing the Advocate General at the sitting on 18 June 2014,

gives the following

Judgment

1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Articles 5(2)(b) and 6 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (OJ 2001 L 167, p. 10).

2 The request has been made in proceedings between Copydan Båndkopi ('Copydan') and Nokia Danmark A/S ('Nokia') concerning the payment of the levy intended to finance the fair compensation payable under the exception to the reproduction right provided for in Article 5(2)(b) of that directive ('the private copying levy').

Legal framework

EU law

3 Recitals 9, 10, 31, 32, 35, 38 and 39 in the preamble to Directive 2001/29 are worded as follows:

(9) Any harmonisation of copyright and related rights must take as a basis a high level of protection, since such rights are crucial to intellectual creation. ...

(10) If authors or performers are to continue their creative and artistic work, they have to receive an appropriate reward for the use of their work, as must producers in order to be able to finance this work. ...

...

(31) A fair balance of rights and interests between the different categories of rightholders, as well as between the different categories of rightholders and users of protected subject-matter must be safeguarded. ...

(32) This Directive provides for an exhaustive enumeration of exceptions and limitations to the reproduction right and the right of communication to the public. Some exceptions or limitations only apply to the reproduction right, where appropriate. This list takes due account of the different legal traditions in Member States, while, at the same time, aiming to ensure a functioning internal market. Member States should arrive at a coherent application of these exceptions and limitations, which will be assessed when reviewing implementing legislation in the future.

...

(35) In certain cases of exceptions or limitations, rightholders should receive fair compensation to compensate them adequately for the use made of their protected works or other subject-matter. When determining the form, detailed arrangements and possible level of such fair compensation, account should be taken of the particular circumstances of each case. When evaluating these circumstances, a valuable criterion would be the possible harm to the rightholders resulting from the act in question. In cases where rightholders have already received payment in some other form, for instance as part of a licence fee, no specific or separate payment may be due. The level of fair compensation should take full account of the degree of use of technological protection measures referred to in this Directive. In certain situations where the prejudice to the rightholder would be minimal, no obligation for payment may arise.

...

(38) Member States should be allowed to provide for an exception or limitation to the reproduction right for certain types of reproduction of audio, visual and audio-visual material for private use, accompanied by fair compensation.

This may include the introduction or continuation of remuneration schemes to compensate for the prejudice to rightholders. ...

(39) When applying the exception or limitation on private copying, Member States should take due account of technological and economic developments, in particular with respect to digital private copying and remuneration schemes, when effective technological protection measures are available. Such exceptions or limitations should not inhibit the use of technological measures or their enforcement against circumvention.'

4 Article 2 of Directive 2001/29 provides as follows:

'Member States shall provide for the exclusive right to authorise or prohibit direct or indirect, temporary or permanent reproduction by any means and in any form, in whole or in part:

(a) for authors, of their works;

...'

5 Article 5(2) and (5) of Directive 2001/29 states as follows:

'2. Member States may provide for exceptions or limitations to the reproduction right provided for in Article 2 in the following cases:

(a) in respect of reproductions on paper or any similar medium, effected by the use of any kind of photographic technique or by some other process having similar effects, with the exception of sheet music, provided that the rightholders receive fair compensation;

(b) in respect of reproductions on any medium made by a natural person for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial, on condition that the rightholders receive fair compensation which takes account of the application or non-application of technological measures referred to in Article 6 to the work or subject-matter concerned;

...

5. The exceptions and limitations provided for in paragraphs 1, 2, 3 and 4 shall only be applied in certain special cases which do not conflict with a normal exploitation of the work or other subject-matter and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the rightholder.'

6 Article 6(1) and (3) Directive 2001/29 is worded as follows:

‘1. Member States shall provide adequate legal protection against the circumvention of any effective technological measures, which the person concerned carries out in the knowledge, or with reasonable grounds to know, that he or she is pursuing that objective.

...

3. For the purposes of this Directive, the expression “technological measures” means any technology, device or component that, in the normal course of its operation, is designed to prevent or restrict acts, in respect of works or other subject-matter, which are not authorised by the rightholder of any copyright or any right related to copyright as provided for by law Technological measures shall be deemed “effective” where the use of a protected work or other subject-matter is controlled by the rightholders through application of an access control or protection process, such as encryption, scrambling or other transformation of the work or other subject-matter or a copy control mechanism, which achieves the protection objective.’

Danish law

7 Section 12(1) and (3) of the Copyright Act (ophavsretsloven), as consolidated by Decree No 202 of 27 February 2010 (‘the Copyright Act’), provides as follows:

‘1. Any person is entitled to make, or have made, for private purposes, single copies of works which have been made public. Such copies may not be used for any other purpose.

...

3. ... [r]eproduction in digital form on the basis of a copy that has been hired or lent shall not be permitted without the author’s consent.’

8 Section 39(1) and (2) of the Copyright Act is worded as follows:

‘1. Any person who, for commercial purposes, produces or imports audio tapes or video tapes or other media on which sound or images may be recorded shall pay remuneration to the authors of the works mentioned in paragraph 2.

2. Remuneration shall be paid for tapes etc. which are suitable for the production of copies for private use ...’

9 Section 40(2) and (3) of the Copyright Act provides as follows:

‘2. For 2006, the remuneration ... shall be DKK 4.28 per unit for memory cards.

3. From 2007, the remuneration specified in paragraphs (1) and (2) above shall be adjusted annually in accordance with the standard rate adjustment index (see the Standard Rate Adjustment Index Act).’

10 Section 75c(1) of the Copyright Act states as follows:

‘No person may, without the rightholder’s consent, circumvent effective technological measures.’

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

11 Copydan is a body responsible for the administration of copyright which represents the holders of copyright in audio and audiovisual works. It is authorised by the Kulturministeriet (Ministry of Culture) to collect, administer and distribute among such copyright holders the levy charged for the use of those works.

12 Nokia markets mobile telephones in Denmark. It provides those products to business customers, who sell them on both to individuals and to other business customers. All mobile telephones have an internal memory. Moreover, certain models have an additional memory card that is different from the SIM card. If a user has a mobile telephone which has a memory card, he can store on it data, such as telephone numbers, contact details and photographs taken with the telephone. Files containing musical works, films and other protected works may also be stored on the card. Such files may be downloaded from the internet or from DVDs, CDs, MP3 players or the user’s computer.

13 The parties to the main proceedings agree that if a user stores protected works in a mobile telephone with both an internal memory and a memory card, such works are, as a rule, stored on the memory card. However, if the user alters the settings of the telephone, he may also store those works in the internal memory.

14 Copydan takes the view that mobile telephone memory cards should be covered by the fair compensation system established by the Copyright Act in accordance with the exception to the reproduction right (‘fair compensation’), except for those with very low storage capacity. For that reason, Copydan

brought proceedings against Nokia, claiming that Nokia should be ordered to pay to it a private copying levy in respect of memory cards imported in the period from 2004 to 2009.

15 Nokia contends that such a levy is not payable where the reproduction is not lawful or where use of the reproduction following, for example, the downloading of a protected work from an online trading site, is authorised by the copyright holder. It is therefore only lawful reproductions for private use that are not authorised by the rightholder which should be subject to the fair compensation system. Mobile telephone memory cards rarely contain such copies, and no levy in respect of those copies may, therefore, be imposed.

16 In those circumstances, the Østre Landsret decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

‘1. Is it compatible with [Directive 2001/29] for a national law to provide that compensation is to be paid to rightholders for reproductions made using the following sources:

(a) files, where the rightholder has consented to the use in question and for which the customer has paid a levy (licensed content from online trading sites, for example);

b) files, where the rightholder has consented to the use in question and for which the customer has not paid a levy (licensed content, for example, in connection with commercial offers);

(c) the user’s own DVD, CD, MP3 player, computer, etc., where effective technological measures have not been applied;

(d) the user’s own DVD, CD, MP3 player, computer, etc., where effective technological measures have been applied;

(e) a third party’s DVD, CD, MP3 player, computer or other device.;

(f) unlawfully copied works from the internet or other sources;

(g) files copied lawfully by some other means from, for example, the internet (from lawful sources where no licence has been granted)?

2. How must a Member States’ legislation on fair compensation ... take account of effective technological measures (Article 6 of Directive [2001/29])?

3. For the purpose of calculating [fair compensation], what constitutes “certain situations where the prejudice to the rightholder would be minimal” (recital 35 in the preamble to Directive 2001/29), with the result that it would not be compatible with Directive [2001/29] for Member States to enact legislation which provides for compensation to be paid to rightholders for such copying for private use ...?

4. (a) If it is accepted that the primary or most essential function of mobile telephone memory cards is not private copying, is it compatible with Directive [2001/29] for Member States to enact legislation which provides for compensation to be paid to rightholders for copying on mobile telephone memory cards?

(b) If it is accepted that private copying is one of the primary or most essential functions of mobile telephone memory cards, is it compatible with Directive [2001/29] for Member States to enact legislation which provides for compensation to be paid to rightholders for copying on mobile telephone memory cards?

5. Is it compatible with the concept of “fair balance” in recital 31 in the preamble to Directive [2001/29] and with the uniform interpretation of the concept of “fair compensation” in Article 5(2)(b) of the directive, which must be based on “prejudice”, for Member States to enact legislation under which a levy is charged on memory cards, whereas no levy is charged in respect of internal memory such as [that of] MP3 players or iPods, which are designed and primarily used for storing copies made for private use?

6. (a) Does Directive [2001/29] preclude Member States from enacting legislation which provides that a producer and/or importer who sells memory cards to business customers, who in turn sell them on to both individuals and business customers, without the producer’s and/or importer’s having knowledge of whether the memory cards are sold to individuals or to business customers, are required to pay a private copying levy?

(b) Is the answer to question 6(a) affected if provisions are laid down in a Member State’s legislation under which producers, importers and/or distributors do not have to pay a levy on memory cards used for business purposes, producers, importers and/or distributors who have nevertheless paid the levy are entitled to reimbursement of the levy paid in respect of memory cards used for business purposes, and producers, importers and/or distributors may sell memory cards to other undertakings registered with the organisation responsible for administering the levy scheme without having to pay the levy?

(c) Is the answer to questions 6(a) and 6(b) affected:

(i) if provisions are laid down in a Member State's legislation under which producers, importers and/or distributors do not have to pay a levy on memory cards used for business purposes, where the concept of "use for business purposes" is interpreted as conferring a right of deduction, applicable only to undertakings approved by Copydan, whereas the levy must be paid in respect of memory cards used for business purposes by business customers who are not approved by Copydan;

(ii) if provisions are laid down in a Member State's legislation under which, if producers, importers and/or distributors have nevertheless paid the levy (theoretically), the levy may be reimbursed in respect of memory cards in so far as they are used for business purposes, where (a) in practice, it is only the purchaser of the memory card who may obtain reimbursement, and (b) the purchaser of memory cards must submit an application for reimbursement of the levy to Copydan;

(iii) if provisions are laid down in a Member State's legislation under which producers, importers and/or distributors may sell memory cards to other undertakings registered with the organisation responsible for administering the levy scheme, without paying the levy, where (a) Copydan is the organisation responsible for administering the levy scheme and (b) the registered undertakings have no knowledge of whether the memory cards have been sold to individuals or business customers?'

Consideration of the questions referred

Preliminary observation

17 Some of the questions asked by the national court do not refer expressly to Article 5(2)(b) of Directive 2001/29, whereas others mention it. However, it is clear from the order for reference that all the questions submitted are to be understood as relating to that provision and the Court will therefore examine those questions by reference to that provision.

Question 4

18 By its fourth question, which it is appropriate to examine first, the national court is asking, in essence, whether Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 precludes national legislation which provides for the payment of fair compensation in respect of multifunctional media, such as mobile telephone

memory cards, irrespective of whether the principle function of such media is to make copies for private use.

19 In that regard, it should be recalled that where Member States decide to introduce the exception, provided for in Article 5(2)(b) of Directive 2001/29, to the right of reproduction for copying for private use ('the private copying exception') into their national law, they are required, in particular, to provide, pursuant to that provision, for the payment of fair compensation to holders of the exclusive right of reproduction (judgments in *Padawan*, C-467/08, EU:C:2010:620, paragraph 30, and *Amazon.com International Sales and Others*, C-521/11, EU:C:2013:515, paragraph 19).

20 Since Directive 2001/29 does not provide any further details concerning the various elements of the fair compensation system, the Member States enjoy broad discretion in that regard. It is for the Member States to determine, *inter alia*, who must pay that compensation and to establish the form, detailed arrangements for collection and the level of compensation (see, to that effect, judgments in *Stichting de ThuisKopie*, C-462/09, EU:C:2011:397, paragraph 23, and *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraph 20).

21 That being the case, fair compensation and, therefore, the system on which it is based, as well as the level of compensation, must be linked to the harm resulting for the rightholder from the making of copies for private use (see, to that effect, judgment in *Padawan*, EU:C:2010:620, paragraphs 40 et 42).

22 As it is the person reproducing a work, for his own private use, without seeking the prior consent of the rightholder concerned who causes harm to the rightholder, in principle, it is for that person to make good that harm by financing the compensation which will be paid to the rightholder (see, to that effect, judgment in *Padawan*, EU:C:2010:620, paragraph 45, and *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraph 23).

23 The Court has, however, accepted that, given the practical difficulties in identifying private users and obliging them to compensate the holders of the exclusive right of reproduction for the harm caused to them, it is open to the Member States to establish a private copying levy for the purposes of financing fair compensation, chargeable not to the private persons concerned but to those who have the digital reproduction equipment, devices and media and who, on that basis, in law or in fact, make that equipment available to private users or who provide copying services for them. Under such a system, it is the persons having that equipment who must discharge the private copying levy (judgments

in Padawan, EU:C:2010:620, paragraph 46, and Amazon.com International Sales and Others, EU:C:2013:515, paragraph 24).

24 In that regard, it is unnecessary to show that natural persons in fact make copies for private purposes with the aid of such equipment. Those persons are rightly presumed to benefit fully from the making available of that equipment, that is to say, they are deemed to take full advantage of the functions associated with that equipment, including copying (see, to that effect, judgment in Padawan, EU:C:2010:620, paragraphs 54 and 55).

25 It follows that if digital reproduction equipment, devices and media are made available to natural person as private users, the simple fact that that equipment is able to make copies is sufficient in itself to justify the application of the private copying levy (see, to that effect, judgment in Padawan, EU:C:2010:620, paragraph 56).

26 Accordingly, it follows from the Court's case-law cited above that it is, in principle, irrelevant whether a medium is unifunctional or multifunctional or whether the copying function is, depending on the circumstances, ancillary to the other functions, as the final users are deemed to take full advantage of all the functions provided by the medium.

27 That said, the fact that the copying function is multifunctional and of an ancillary nature may affect the amount of fair compensation payable. In particular, in the light of the considerations set out at paragraph 21 above, that amount must be established by the competent authorities, in principle, by reference to the relative importance of the medium's capacity to reproduce works for private use.

28 As a consequence, where it is apparent that, in practice, all the users of a medium rarely use such a function, the making available of that function may not, as stated in recital 35 in the preamble to Directive 2001/29, give rise to an obligation to pay fair compensation, since the prejudice to the rightholder will be regarded as minimal.

29 In the light of the foregoing considerations, the answer to Question 4 is that Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 does not preclude national legislation which provides that fair compensation is to be paid in respect of multifunctional media, such as mobile telephone memory cards, irrespective of whether the main function of such media is to make copies for private use, provided that one of the functions of the media, be it merely an ancillary function, enables the operator to use them for that purpose. However, the question

whether the function is a main or an ancillary one and the relative importance of the medium's capacity to make copies are liable to affect the amount of fair compensation payable. In so far as the prejudice to the rightholder may be regarded as minimal, the making available of such a function need not give rise to an obligation to pay fair compensation.

Question 5

30 By its fifth question, which is it appropriate to answer in the second place, the national court is asking, in essence, whether Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 precludes national legislation which makes the provision of media that may be used for making copies for private use, such as mobile telephone memory cards, subject to the private copying levy but does not make the provision of components whose primary purpose is to store copies for private use, such as the internal memories of MP3 players, subject to that levy.

31 It should be noted in that regard that the exceptions provided for in Article 5 of Directive 2001/29 are to be applied in a manner that is consistent with the principle of equal treatment, which is a general principle of EU law, enshrined in Article 20 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (see, with regard to the latter point, judgment in *Glatzel*, C-356/12, EU:C:2014:350, paragraph 43).

32 According to the Court's established case-law, the principle of equal treatment requires that comparable situations must not be treated differently and that different situations must not be treated in the same way unless such treatment is objectively justified (see, *inter alia*, judgments in *Soukupová*, C-401/11, EU:C:2013:223, paragraph 29, and *Sky Italia*, C-234/12, EU:C:2013:496, paragraph 15).

33 It follows that the Member States cannot lay down detailed fair compensation rules which would discriminate, without any justification, between the different categories of economic operators marketing comparable goods covered by the private copying exception or between the different categories of users of protected subject matter.

34 In the main proceedings, it is common ground that the effect of the national legislation in issue is to make a distinction between media that are detachable from devices with a digital reproduction function and components that cannot be detached from such devices. Indeed, while the supply of such media is subject to the private copying levy, the supply of such components is not.

35 It should be noted in that regard that multifunctional media, such as mobile telephone memory cards, on the one hand, and integral components, such as the internal memories of MP3 players, on the other, may be used to reproduce protected works for private purposes and thus harm the interests of copyright holders.

36 That analysis is also applicable to mobile telephone memory cards and the internal memories of such telephones. Even though, as is apparent from paragraph 13 above, the latter have, within the same telephone device, the same copying function as memory cards, it is not apparent from the information before the Court that their supply is subject to the private copying levy.

37 However, it is for the national court to determine whether there may exist other circumstances which would justify the conclusion that, notwithstanding the fact that the integral components in question have the same copying function as mobile telephone memory cards, those components are not comparable from the point of view of the requirements relating to fair compensation.

38 The national court may consider, *inter alia*, the effect, if any, of the fact that such components are not detachable from the devices which contain them, whereas media used for the very same copying purposes, such as memory cards, are detachable, a feature which might facilitate the making of further copies of the same works using other media.

39 If the national court concludes that such components and media are comparable from the point of view of the requirements relating to fair compensation, it will then have to verify whether the different treatment arising under the national fair compensation system is justified.

40 Such different treatment could be justified if, *inter alia*, for integral components which may be used for copying purposes, unlike the detachable media at issue in the main proceedings, rightholders receive fair compensation in another form.

41 In the light of the foregoing considerations, the answer to Question 5 is that Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 does not preclude national legislation which makes the supply of media that may be used for copying for private use, such as mobile telephone memory cards, subject to the private copying levy but does not make the supply of components whose main purpose is to store copies for private use, such as the internal memories of MP3 players, subject to that levy, provided that those different categories of media and components

are not comparable or the different treatment they receive is justified, which is a matter for the national court to determine.

Question 6

42 By its sixth question, which it is appropriate to examine in the third place, the national court is asking, in essence, whether Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 is to be interpreted as precluding national legislation which requires payment of the private copying levy by producers and importers who sell mobile telephone memory cards to business customers and are aware that those cards will be sold on by those customers but do not know whether the final purchasers of the cards are individuals or business customers. The national court also asks whether the answer to that question is affected by the fact that such producers and importers:

- are exempt from the requirement to pay the levy if they sell memory cards to business customers registered with the organisation responsible for administering the levy, and
- may obtain reimbursement of the levy if the mobile telephone memory cards are used for business purposes, given that, in practice, only the final purchaser of such a memory card may obtain reimbursement of the private copying levy, provided that an application is submitted to the organisation responsible for administering the levy.

43 As observed at paragraph 23 above, it is open to Member States to establish a private copying levy for the purposes of financing fair compensation, chargeable not to the private persons concerned but to those who have the digital reproduction equipment, devices and media and who, on that basis, in law or in fact, make that equipment available to private users or who provide copying services for them.

44 It is also the Court's case-law that Member States may, under certain conditions, apply the private copying levy indiscriminately with regard to recording media suitable for reproduction, including where the final use of such media does not meet the criteria set out in Article 5(2)(b) of Regulation No 2001/29 (see, to that effect, judgment in *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraph 31).

45 A system for the application of such a levy will be consistent with that provision only if its introduction is justified by practical difficulties and if the persons responsible for payment have a right to reimbursement of the levy

where it is not due (see, to that effect, *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraph 31).

46 In that regard, a private copying levy system may be justified, *inter alia*, by the need to address the fact that it is impossible to identify the final users or the practical difficulties associated with identifying those users or other similar difficulties (see, to that effect, *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraphs 31 and 34).

47 However, it is apparent from the Court's case-law that, in any event, that levy cannot be applied to the supply of reproduction equipment, devices and media to persons other than natural persons for purposes clearly unrelated to private copying (see, to that effect, judgments in *Padawan*, EU:C:2010:620, paragraph 52, and *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraph 28).

48 Moreover, with regard to the right to reimbursement of the levy in question, it must be effective and not make it excessively difficult to repay the levy paid in cases falling outside that covered by Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 (see, to that effect, *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraphs 31 and 34).

49 In the main proceedings, it is for the national court to determine, first, whether the introduction of the system providing for payment of the private copying levy when mobile telephone memory cards are placed on the market may be justified by practical difficulties such as those referred to at paragraph 46 above.

50 It is apparent from the considerations set out at paragraph 47 above that the placing on the market of such cards must be exempt from the levy in question, *inter alia*, where the producer or importer concerned establishes that he has supplied those cards to persons other than natural persons for purposes clearly unrelated to copying for private use.

51 Furthermore, it should be noted that the practical difficulties associated with the identification of the final users and the collection of the levy in issue cannot justify restricting the application of that exemption to the supply of mobile telephone memory cards to business customers registered with the organisation responsible for administering the private copying levy. Such a restriction would give rise to different treatment among the various groups of economic operators, since, in so far as concerns the private copying levy,

those groups are all in a comparable situation, irrespective of whether they are registered with that organisation.

52 Second, the referring court must verify that the scope, the effectiveness, the availability, the public awareness and simplicity of use of the right to reimbursement allow for the correction of any imbalances created by the private copying levy system, in order to respond to the practical difficulties observed (see judgment in *Amazon.com International Sales and Others*, EU:C:2013:515, paragraph 36).

53 It should be observed in that regard that, as the private copying levy system at issue in the main proceedings permits those responsible for payment to pass on the amount of the levy in the amount charged for the mobile telephones in question and the final user therefore bears the burden of the levy, it is, in principle, consistent with the ‘fair balance’ between the interests of the copyright holders and those of the users of protected subject-matter referred to in recital 31 in the preamble to Directive 2001/29 that only the final purchaser of a mobile telephone should be able to obtain reimbursement of that levy and that reimbursement should be conditional upon the submission of an appropriate application to the organisation responsible for administering the levy.

54 To the extent that such a solution is possible, it is irrelevant whether or not the producers and importers of the telephones in question, who are required to pay the private copying levy, have information as to whether the final purchasers of the telephones are individuals or business customers.

55 In the light of the foregoing, the answer to Question 6 is that Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 must be interpreted as not precluding national legislation which requires payment of the private copying levy by producers and importers who sell mobile telephone memory cards to business customers and are aware that those cards will be sold on by those customers but do not know whether the final purchasers of the cards will be individuals or business customers, on condition that:

- the introduction of such a system is justified by practical difficulties;
- the persons responsible for payment are exempt from the levy if they can establish that they have supplied the mobile telephone memory cards to persons other than natural persons for purposes clearly unrelated to copying for private use, it being understood that the exemption cannot be restricted to the supply of business customers registered with the organisation responsible for administering the levy;

– the system provides for a right to reimbursement of the private copying levy which is effective and does not make it excessively difficult to repay the levy paid and only the final purchaser of such a memory card may obtain reimbursement, by submitting an appropriate application to that organisation.

Question 3

56 By its third question, which it is appropriate to examine in the fourth place, the national court is asking, in essence, how Article 5(2)(b) of Directive 2001/29, read in the light of the statement in recital 35 in the preamble to the directive that in certain situations where the prejudice to the rightholder ‘would be minimal, no obligation for payment may arise’, is to be interpreted.

57 In that regard, it should be noted, first, that the objective of Directive 2001/29 is to harmonise only certain aspects of the law on copyright and related rights (judgment in *Padawan*, EU:C:2010:620, paragraph 35). Second, the general scheme of the directive is circumscribed by a number of its provisions which disclose the intention of the EU legislature to grant a degree of discretion to the Member States in the implementation of the directive, such as Article 5, which sets out a series of exceptions and limitations which the Member States are free to transpose into their national law.

58 Moreover, in accordance with recital 35 in the preamble to Directive 2001/29, in the case of certain exceptions or limitations, rightholders must receive fair compensation. However, in certain cases in which the prejudice to the rightholder is minimal, it is possible not to require payment of such compensation.

59 In the same way that Member States may elect whether or not to adopt any of the exceptions set out in Article 5(2) of Directive 2001/29, they also have the option, as confirmed by recital 35 in the preamble to the directive, to provide — in certain cases covered by the exceptions which they have freely established — for an exemption from payment of fair compensation where the prejudice caused to rightholders is minimal.

60 That conclusion is fully applicable to the private copying exemption provided for in Article 5(2)(b) of Directive 2001/29.

61 For the reasons given in the preceding paragraphs, the setting of a threshold below which the prejudice may be classified as ‘minimal’, for the purpose of recital 35 in the preamble to Directive 2001/29, must also be within the discretion of the Member States, provided, *inter alia*, that the application

of the threshold is consistent with the principle of equal treatment, as referred to in paragraph 31 above.

62 In the light of the foregoing, the answer to Question 3 is that Article 5(2) (b) of Directive 2001/29, read in the light of recital 35 in the preamble to that directive, must be interpreted as permitting Member States to provide, in certain cases covered by the private copying exception, for an exemption from payment of fair compensation, provided the prejudice caused to rightholders in such cases is minimal. It is within the discretion of the Member States to set the threshold for such prejudice, it being understood that that threshold must, *inter alia*, be applied in a manner consistent with the principle of equal treatment.

Question 1(a) and (b)

63 By Question 1(a) and (b), the national court is asking, in essence, what are the effects of the fact that the rightholder has given his consent to the use for private copying purposes, *inter alia*, of files containing protected works, in the light of the requirements laid down in Article 5(2)(b) of Directive 2001/29, in particular in so far as concerns fair compensation.

64 It is apparent from paragraphs 24 and 25 above that it is unnecessary to show that the users of such files actually make copies for private use, as such users are rightly presumed to benefit fully from the making available of those files. It follows that if a rightholder allows a natural person to use such files, by making them available to that person, the simple fact that those files may be used for the purpose of reproducing protected works justifies the application of the private copying levy.

65 Accordingly, with regard to the effect on fair compensation of the fact that the rightholder has consented to the use of files containing protected works, the Court has held that where a Member State has decided, pursuant to Article 5(2) of Directive 2001/29, to exclude, from the material scope of that provision, any right for rightholders to authorise reproduction of their works for private use, any authorising act a rightholder may adopt will be devoid of legal effects under the law of that State. Consequently, such an act has no effect on the harm caused to rightholders due to the introduction of the measure depriving them of that right and cannot, therefore, have any bearing on the fair compensation owed, whether it is provided for on a compulsory or an optional basis, under the relevant provision of that directive (see judgment in *VG Wort and Others*, C-457/11 to C-460/11, EU:C:2013:426, paragraph 37).

66 Since, in circumstances such as those set out in paragraph 65 above, such authorisation is devoid of legal effects, it cannot, of itself, give rise to an obligation to pay remuneration of any kind in respect of the reproduction, for private use, by the user of the files concerned to the rightholder who authorised such use.

67 In the light of the foregoing considerations, the answer to Question 1(a) and (b) is that Directive 2001/29 is to be interpreted as meaning that, where a Member State has decided, pursuant to Article 5(2) of that directive, to exclude, from the material scope of that provision, any right for rightholders to authorise reproduction of their works for private use, any authorisation given by a rightholder for the use of files containing his works can have no bearing on the fair compensation payable for reproductions made in accordance with Article 5(2)(b) of that directive with the help of such files and cannot, of itself, give rise to an obligation on the part of the user of the files concerned to pay remuneration of any kind to the rightholder.

Question 1(c) and (d) and Question 2

68 By Question 1(c) and (d) and Question 2, which it is appropriate to examine in the sixth place, the national court is asking, in essence, whether the implementation of technological measures, as referred to in Article 6 of Directive 2001/29, for devices used to reproduce protected works, such as DVDs, CDs, MP3 players or computers, may have an effect on the fair compensation payable in respect of reproductions made for private use by means of such devices.

69 In that regard, the Court has already held that the technological measures to which Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 refers are intended to restrict acts which are not authorised by the rightholders, that is to say to ensure the proper application of that provision and thus prevent acts which do not comply with the strict conditions imposed by that provision (judgments in *VG Wort and Others*, EU:C:2013:426, paragraph 51, and *C-435/12, ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 43).

70 Moreover, in so far as it is Member States and not rightholders which establish the private copying exception and which authorise, for the purposes of the making of such a copy, such use of protected works or other subject-matter, it is for the Member State which, by the establishment of that exception, has authorised the making of copies for private use to ensure the proper application of that exception, and thus to restrict acts which are not authorised by rightholders (judgments in *VG Wort and Others*, EU:C:2013:426, paragraphs 52 and 53, and *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 44).

71 Having regard to the voluntary nature of the technological measures referred to in Article 6 of Directive 2001/29, the Court has held that, even where such a possibility exists, the non-application of those measures cannot have the effect that no fair compensation is due (judgment in *VG Wort and Others*, EU:C:2013:426, paragraph 57).

72 Nevertheless, it is open to the Member State concerned to make the actual level of compensation owed to rightholders dependent on whether or not such technological measures are applied, so that those rightholders are encouraged to make use of them and thereby voluntarily contribute to the proper application of the private copying exception (judgment in *VG Wort and Others*, EU:C:2013:426, paragraph 58).

73 As a consequence, the answer to Question 1(c) and (d) and Question 2 is that the implementation of technological measures under Article 6 of Directive 2001/29 for devices used to reproduce protected works, such as DVDs, CDs, MP3 players and computers, can have no effect on the fair compensation payable in respect of reproductions made for private use by means of such devices. However, the implementation of such measures may have an effect on the actual level of such compensation.

Question 1(f)

74 By Question 1(f), which it is appropriate to examine in the seventh place, the national court is asking, in essence, whether Directive 2001/29 precludes national legislation which provides for fair compensation to be paid in respect of reproductions made using unlawful sources, namely by means of protected works made available to the public without the rightholder's consent.

75 The Court has already ruled that that directive precludes national legislation which does not distinguish the situation in which the source from which a reproduction for private use is made is lawful from that in which that source is unlawful (see, to that, effect, *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 58).

76 In that regard, the Court has held that the need for a restrictive interpretation of Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 means that that provision cannot be understood as requiring, beyond the limitation which is provided for expressly, copyright holders to tolerate infringements of their rights which may accompany the making of copies for private use (see, to that effect, *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 31).

77 The Court has also stated that a private copying levy system with characteristics such as that at issue in the main proceedings which does not, as regards the calculation of the amount of fair compensation payable to its recipients, distinguish the situation in which the source from which a reproduction for private use has been made is lawful from that in which that source is unlawful, does not respect the fair balance to be struck between the interests of the copyright holders and those of the users of protected subject matter, since, under such a system, all the users who purchase equipment, devices or media subject to that levy are indirectly penalised (see, to that effect, judgment in *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraphs 54 to 56).

78 By bearing the burden of the levy, which is determined regardless of whether the source from which such reproductions are made is lawful or unlawful, those users inevitably contribute towards the compensation for the harm caused by reproductions for private use made from an unlawful source, which are not permitted by Directive 2001/29, and are thus led to assume an additional, non-negligible cost in order to be able to make the copies for private use covered by the exception provided for by Article 5(2)(b) of that directive (see judgment in *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 56).

79 In the light of the foregoing, the answer to Question 1(f) is that Directive 2001/29 precludes national legislation which provides for fair compensation in respect of reproductions made using unlawful sources, namely from protected works which are made available to the public without the rightholder's consent.

Question 1(e)

80 By Question 1(e), which it is appropriate to examine in the eighth place, the national court is asking, in essence, whether Directive 2001/29 precludes national legislation which provides for fair compensation in respect of reproductions of protected works made by a natural person by or with the aid of a device belonging to a third party.

81 It should be recalled in that regard that Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 sets out three factors which, together, determine the scope of that provision, namely the subject matter of the reproduction, the person making the reproduction and the reproduction itself.

82 With regard, first, to the subject matter of the reproduction, it should be noted that that provision lays down an exception to the exclusive right of a rightholder to authorise or prohibit the reproduction of the work in question. That necessarily presupposes that the subject matter of the reproduction

covered by that provisions is a protected work, not a counterfeited or pirated work (see, to that effect, judgment in *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 58).

83 Next, Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 provides that the only person authorised to make the reproduction is a natural person who makes copies of the protected work in question for private use and for ends that are neither directly nor indirectly commercial.

84 Lastly, as regards the reproduction itself, Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 refers only to the media on which the protected work may be reproduced.

85 It is, in fact, sufficient to compare the wording of the private copying exception with that of the exception to the right of reproduction set out in Article 5(2)(a) of Directive 2001/29. Whereas the latter applies to ‘reproductions on paper or any similar medium’, the private copying exception is applicable to ‘reproductions on any medium’.

86 On the other hand, the wording of Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 does not specify the characteristics of the devices by or with the aid of which copies for private use are made. In particular, that provision does not contain any reference to the legal nature of the connection, such as the right to property, which may exist between the natural person who makes the reproduction for private use and the device used by that person.

87 It should be noted, first, that the exception provided for in Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 must be interpreted restrictively, so that it cannot give rise to an interpretation going beyond the cases expressly envisaged (see, by analogy, judgments in *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 23, and *Melzer*, C-228/11, EU:C:2013:305, paragraph 24).

88 Second, the objective of Directive 2001/29 is to harmonise only certain aspects of the law on copyright (judgment in *Padawan*, EU:C:2010:620, paragraph 35). As it did not mention in that directive the characteristics or specific features referred to at paragraph 86 above, the EU legislature did not consider these to be relevant, in the light of the objective which it pursued by its measure of partial harmonisation.

89 It follows that the question whether the device used by a private individual to make copies for private use must belong to that person or whether

it may belong to a third party falls outside the scope of Article 5(2)(b) of Directive 2001/29.

90 In those circumstances, contrary to what is claimed by the European Commission, Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 should not be read in the light of Article 5(5) of the directive, as the latter provision is not intended either to affect the substantive content of provisions falling within the scope of Article 5(2) of that directive or, *inter alia*, to extend the scope of the different exceptions and limitations provided for therein (see judgment in *ACI Adam and Others*, EU:C:2014:254, paragraph 26).

91 In the light of the foregoing, the answer to question 1(e) is that Directive 2001/29 does not preclude national legislation which provides for fair compensation in respect of reproductions of protected works made by a natural person by or with the aid of a device which belongs to a third party.

Question 1(g)

92 By Question 1(g), which it is appropriate to examine in the ninth place, the national court is asking whether Directive 2001/29 precludes national legislation which provides for fair compensation in respect of reproductions made using unlawful sources ‘by some other means’, such as, for example, the internet.

93 According to the Court’s settled case-law, where a national court does not provide to the Court the factual or legal material necessary to enable it to give a useful answer to the question submitted, that question must be rejected as inadmissible (see, to that effect, judgment in *Belvedere Costruzioni*, C-500/10, EU:C:2012:186, paragraph 16, and order in *Stefan*, C-329/13, EU:C:2014:815, paragraph 24).

94 In the present case, the national court has failed to provide sufficient information relating to the nature of the reproductions to which the question submitted relates.

95 Accordingly, the Court is not in a position to give a useful answer to Question 1(g). That question must therefore be rejected as inadmissible.

Costs

96 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a

matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Fourth Chamber) hereby rules:

1. Article 5(2)(b) of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society does not preclude national legislation which provides that fair compensation is to be paid, in accordance with the exception to the reproduction right for copies made for private use, in respect of multifunctional media such as mobile telephone memory cards, irrespective of whether the main function of such media is to make such copies, provided that one of the functions of the media, be it merely an ancillary function, enables the operator to use them for that purpose. However, the question whether the function is a main or an ancillary one and the relative importance of the medium's capacity to make copies are liable to affect the amount of fair compensation payable. In so far as the prejudice to the rightholder may be regarded as minimal, the making available of such a function need not give rise to an obligation to pay fair compensation.

2. Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 does not preclude national legislation which makes the supply of media that may be used for copying for private use, such as mobile telephone memory cards, subject to the levy intended to finance fair compensation payable in accordance with the exception to the reproduction right for copies for private use, but does not make the supply of components whose main purpose is to store copies for private use, such as the internal memories of MP3 players, subject to that levy, provided that those different categories of media and components are not comparable or the different treatment they receive is justified, which is a matter for the national court to determine.

3. Article 5(2)(b) of Directive 2001/29 must be interpreted as not precluding national legislation which requires payment of the levy intended to finance fair compensation, in accordance with the exception to the reproduction right for copies for private use, by producers and importers who sell mobile telephone memory cards to business customers and are aware that those cards will be sold on by those customers but do not know whether the final purchasers of the cards will be individuals or business customers, on condition that:

- the introduction of such a system is justified by practical difficulties;**

– the persons responsible for payment are exempt from the levy if they can establish that they have supplied the mobile telephone memory cards to persons other than natural persons for purposes clearly unrelated to copying for private use, it being understood that the exemption cannot be restricted to the supply of business customers registered with the organisation responsible for administering the levy;

– the system provides for a right to reimbursement of that levy which is effective and does not make it excessively difficult to repay the levy and only the final purchaser of such a memory card may obtain reimbursement by submitting an appropriate application to that organisation.

4. Article 5(2)(b) of Directive 2001/29, read in the light of recital 35 in the preamble to that directive, must be interpreted as permitting the Member States to provide, in certain cases covered by the exception to the reproduction right for copies for private use, for an exemption from the requirement under that exception to pay fair compensation, provided that the prejudice caused to rightholders in such cases is minimal. It is within the discretion of the Member States to set the threshold for such prejudice, it being understood that that threshold must, *inter alia*, be applied in a manner consistent with the principle of equal treatment.

5. Directive 2001/29 is to be interpreted as meaning that, where a Member State has decided, pursuant to Article 5(2) of that directive, to exclude, from the material scope of that provision, any right for rightholders to authorise reproduction of their works for private use, any authorisation given by a rightholder for the use of files containing his works can have no bearing on the fair compensation payable in accordance with the exception to the reproduction right for reproductions made in accordance with Article 5(2)(b) of that directive with the aid of such files and cannot, of itself, give rise to an obligation on the part of the user of the files concerned to pay remuneration of any kind to the rightholder.

6. The implementation of technological measures under Article 6 of Directive 2001/29 for devices used to reproduce protected works, such as DVDs, CDs, MP3 players and computers, can have no effect on the requirement to pay fair compensation in accordance with the exception to the reproduction right in respect of reproductions made for private use by means of such devices. However, the implementation of such measures may have an effect on the actual level of such compensation.

7. Directive 2001/29 precludes national legislation which provides for fair compensation, in accordance with the exception to the reproduction right, in respect of reproductions made using unlawful sources, namely from protected works which are made available to the public without the rightholder's consent.

8. Directive 2001/29 does not preclude national legislation which provides for fair compensation, in accordance with the exception to the reproduction right, in respect of reproductions of protected works made by a natural person by or with the aid of a device which belongs to a third party.

[Signatures]

DİVAN KARARI (Dördüncü Daire)^[2]

5 Mart 2015

(Ön karara atıf – Telif hakları ve bağlantılı haklar – 2001/29/EC sayılı Direktif'in 5(2)(b) ve 6. maddeleri – Kopyalama hakları–İstisna – Özel kullanım amacıyla kopyalama – Mobil telefon hafıza kartları yardımıyla yapılan kopyalamalar – Adil tazminat – Medya kopyalama vergisi – Eşit uygulama – Verginin geri ödenmesi – Minimum zarar)

C-463/12 Sayılı Davada,

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 267. maddesi uyarınca Østre Landsret (Danimarka) tarafından 10 Ekim 2012'deki kararla ileri sürülen ve Divan'ın 16 Ekim 2012'de almış olduğu ön karar TALEBİ,

Copydan Båndkopi,

ve karşısında

Nokia Danmark A/S,

DİVAN (Dördüncü Daire),

Daire Başkanı L. Bay Larsen, K. Jürimæ ile J. Malenovský (Raportör) ve Hâkimler M. Safjan ve A. Prechal'dan oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: P. Cruz Villalón

Kâtip: C. Strömholm, Yönetici

yazılı usul dikkate alınarak ve 16 Ocak 2014 tarihli celseye istinaden,

- Copydan Båndkopi'yi temsilen vekil sıfatıyla P. Schønning,
- Nokia Danmark A/S'yi temsilen vekil sıfatıyla F. Bøggild,
- Fransız Hükümeti adına temsilci olarak hareket eden D. Colas, F.X. Bréchet ve B. Beaupère-Manokha,

[2] Ankara Barosu'na kayıtlı Av. Güldeniz Doğan Alkan ile Stj. Av. Dilan Sıla Aslan tarafından İngilizce metin üzerinden bilimsel amaçlı yapılan işbu tercüme, gayri resmi nitelikte olup, hiçbir kişi, kurum ve kuruluşu bağlamaz ve sorumluluk oluşturmaz.

- İtalyan Hükümeti adına temsilci olarak hareket eden G. Palmieri ve devlet vekili sıfatıyla S. Varone,

- Hollanda Hükümeti adına temsilci olarak hareket eden M. Noort, M. Bulterman ve C. Wissels,

- Avusturya Hükümeti adına temsilci olarak hareket eden G. Kunnert ve A. Posch,

- Fin Hükümeti adına temsilci olarak hareket eden J. Leppo,

- Birleşik Krallık Hükümeti adına temsilci olarak hareket eden S. Brighthouse ile Avukatlar S. Malynicz ve J. Holmes,

- Avrupa Komisyonu adına temsilci olarak hareket eden J. Samnadda, H. Støvlbæk ve J. Szczodrowski,

tarafından sunulmuş olan görüşlerin değerlendirilmesinin ardından,

Hukuk Sözcüsü'nün 18 Haziran 2014 tarihli celsede dinlenmesinden sonra, aşağıdaki hükme varmıştır:

Hüküm

1 Bu ön karar başvurusu, 2001/29/EC sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli, bilgi toplumunda telif hakları ve bağlantılı haklara ilişkin birtakım hususların uyumlulaştırılmasına ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin 5(2)(b) ve 6. maddelerinin yorumlanması ile ilgilidir.

2 Bu başvuru, söz konusu direktifin 5(2)(b). maddesi kapsamında tanınan kopyalama hakkı istisnasından kaynaklanan adil tazminatın finanse edilmesi amacıyla öngörülen verginin ödenmesine ilişkin olarak Copydan Båndkopi ("Copydan") ile Nokia Danmark A/S ("Nokia") arasında görülmekte olan dava esnasında yapılmıştır.

Hukuki Çerçeve

Avrupa Birliği Hukuku

3 2001/29 sayılı Direktif'in dibacesinde yer alan 9, 10, 31, 32, 35, 38 ve 39 sayılı beyanlar şu şekildedir:

(9) Telif hakları ve bağlantılı haklar entelektüel yaratıcılık için çok önemli olduklarından, bu haklara ilişkin tüm uyumlulaştırmalar yüksek seviyede bir korumayı temel alacaktır. (...)

(10) Eser sahipleri ve icracılar, yaratıcı ve sanatsal eserlerini sürdürmek durumundalarsa, eserlerinin kullanımı için, yapımcıların da bu eserleri finanse edebilmek için uygun bir maddi karşılık almaları zorunludur. (...)

(31) Farklı kategorideki hak sahipleri arasında, korunan konuların kullanıcıları ve farklı kategorideki hak sahipleri arasında olduğu gibi, adil bir hak ve menfaat dengesi gözletilecektir. (...)

(32) Bu Direktif, çoğaltma hakkına ve umuma iletim hakkına getirilen istisna ve sınırlamalar için kapsamlı bir liste sağlamaktadır. Bazı istisna ve sınırlamalar, uygun düştüğü ölçüde sadece çoğaltma hakkına uygulanacaktır. Liste aynı zamanda, işleyen bir iç pazarı temin etmeyi amaçlarken, üye devletlerde uygulanan farklı yasal teamülleri hesaba katmaktadır. Üye devletler, gelecekte uygulama mevzuatlarını gözden geçirirken belirleyecekleri bu istisna ve sınırlamalarda uyumlu uygulamalara ulaşmalıdır.

(35) Belirli istisna ve sınırlamalarda, hak sahiplerinin, korunan eserlerin ve diğer konuların kullanımını karşılayacak ölçüde adil bir tazminat almaları gerekmektedir. Bu adil tazminatın biçimi, ayrıntılı düzenlemeleri ve muhtemel miktarı tayin edilirken, her bir olayın özel koşulları dikkate alınacaktır. Bu koşullar değerlendirilirken, hak sahiplerinin söz konusu işlemde otürü uğrayabileceği zarar, önemli bir kriter olarak alınacaktır. Hak sahiplerine başka bir biçimde, örneğin bir lisans ücretinin bir bölümü olarak, ödeme yapıldığı durumlarda, spesifik veya ayrı bir ödeme söz konusu olmayacaktır. Adil tazminatın miktarı, bu Direktif'te sözü edilen teknolojik koruma önlemlerinin ne ölçüde kullanıldığını tamamen dikkate alacaktır. Hak sahibine verilen zararın asgari ölçüde kaldığı durumlarda, ödeme yükümlülüğü doğmayabilecektir.

(38) Üye devletler, görsel, işitsel ve görsel-işitsel materyallerin şahsi kullanım amacıyla çoğaltılmasına ilişkin belirli türlerine yönelik olarak çoğaltma hakkına -adil bir tazminat ile birlikte- istisna veya sınırlama getirme olanağına sahiptir. Bu, hak sahiplerinin zararını karşılamak üzere ücret planlarının sunulmasını ya da devamını içerebilir. (...)

(39) Üye devletler, şahsi çoğaltım üzerinde istisna veya sınırlamayı uygulamak için, özellikle dijital şahsi kopyalama ve ücret planları ile ilgili olarak, etkili teknolojik koruma önlemlerinin varlığı hâlinde, teknolojik ve ekonomik gelişmeleri dikkate alacaklardır. Bu tür istisna veya sınırlamalar, teknolojik önlemlerin

kullanılmasına veya teknolojik önlemlerin engellenmeye karşı uygulanmasına mani olmamalıdır.

4 2001/29 sayılı Direktif'in 2. maddesi şu şekildedir:

'Üye Devletler, doğrudan veya dolaylı, geçici veya kalıcı, kısmen veya tamamen, herhangi bir yolla veya herhangi bir şekilde kopyalamaya izin verme veya kısıtlamaya ilişkin olarak şu kişilere münhasır hak sağlayacaklardır:

(a) Eserleri için, eser sahiplerine;

(...)'

5 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2) ve (5). maddeleri şu şekildedir:

'2. Üye devletler aşağıdaki durumlarda 2. maddede belirtilen çoğaltma hakkına istisnalar ve sınırlamalar getirebilirler:

(a) Sheet müzik (kitap hâline getirilmemiş basılı notalar) hariç olmak üzere kâğıt veya benzeri ortamlarda her türlü fotoğraflama tekniği veya benzeri etkiye sahip bazı diğer işlemler kullanılarak yapılan çoğaltmalar hakkında hak sahiplerinin adil bedel almaları koşuluyla;

(b) gerçek kişi tarafından herhangi bir ortamda kendi şahsi kullanımı için ve doğrudan ya da dolaylı ticari amacı bulunmayan çoğaltmalar hakkında, hak sahiplerinin eser veya ilgili konulara 6. maddede belirtilen teknoloji önlemleri uygulanıp uygulanmamasını dikkate alan adil bedel alması şartına bağlanarak;

(...)

5. 1, 2, 3 ve 4. paragraflarda sağlanan istisnalar ve sınırlamalar, sadece bir eserden veya diğer konulardan normal yararlanmaya aykırı olmayan ve hak sahibinin meşru menfaatlerine haklı bir sebep olmaksızın zarar vermeyen belirli özel durumlarda uygulanır.'

6 2001/29 sayılı Direktif'in 6(1) ve (3). maddeleri şu şekilde kaleme alınmıştır:

'1. Üye devletler, etkili teknolojik önlemlerin, bu amacı taşıdığını bilen veya bilmesi için makul gerekçeleri bulunan kişi tarafından engellenmesine karşı etkili yasal korumayı sağlar.

(...)

3. Bu Direktif'in amaçları doğrultusunda 'teknolojik önlemler' ifadesi, normal işleyiş sürecinde, eser veya diğer konular ile ilgili, telif hakkı veya telif hakkı ile bağlantılı olarak hukuken sağlanan veya (...) hukuk kurallarıyla bağlantılı tüm hakların sahibi tarafından müsaade edilmeyen kullanımları önlemek ve sınırlandırmak için tasarlanan her türlü teknoloji, ortam veya bileşeni ifade eder. Teknolojik önlemler, hak sahibi tarafından, bir eserin veya diğer bir konunun, korunması amacını gerçekleştiren şifreleme, karıştırma ya da eser veya diğer konuların diğer yollarla transformasyonu ya da kopyalama denetim mekanizması gibi erişim kontrolü ya da koruma işlemlerinin uygulanması halinde "etkili" sayılırlar.

Danimarka Hukuku

7 27 Şubat 2010 tarihli ve 202 sayılı Kararname ("Telif Hakları Yasası") ile güçlendirilmiş olan Telif Hakları Yasası'nın (ophavsretsloven) 12(1) ve (3). bölümleri şunları öngörmektedir:

'1. Herkes, kamuya mal edilmiş eserlerden, özel kullanım amacıyla tekli kopyalar almaya yetkilidir. Bu kopyalar başka amaçlarla kullanılamaz.

(...)

3. (...) Eser sahibinin onayı olmadıkça, kiralanan veya ödünç alınan bir kopyadan yapılan dijital formda çoğaltmalara izin verilmemektedir.

8 Telif Hakları Yasası'nın 39(1) ve (2). bölümleri şu şekilde kaleme alınmıştır:

'1. Kasetçalar ya da videoteyp veya üzerine ses ya da görüntü kaydedilebilen başka medya araçlarını ticari amaçlarla üreten veya ithal edenler, 2. fıkrada bahsedilen eser sahiplerine bedel ödeyeceklerdir.

2. Bedel, özel kullanım amacıyla yapılan çoğaltmalara uygun olan teyp ve benzeri araçlar için ödenecektir. (...)'

9 Telif Hakları Yasası'nın 40(2) ve (3). maddeleri şunları öngörmektedir:

'2. 2006 yılı için bedel, (...) hafıza kartlarında birim başına 4.28 DKK'dir.

3. 2007 yılından itibaren, yukarıda (1) ve (2). fıkralarda belirlenen bedeller, standart oran ayarlama indeksine (bkz. Standart Oran Ayarlama İndeksi Yasası) uygun olarak her yıl yeniden hesaplanacaktır.

10 Telif Hakları Yasası'nın 75c(1) bölümü şu şekildedir:

'Hak sahibinin onayı olmadan hiç kimse etkili teknolojik önlemleri dolanamaz.'

Esas davadaki uyumsuzluk ve ön karar ile ilgili sorular

11 Copydan, işitsel ve görsel-işitsel eserlerin sahiplerini temsil eden, telif haklarının idaresinden sorumlu organdır. Bu organ, Kültür Bakanlığı (Kulturministeriet) tarafından, eserlerin kullanımına dayalı olarak ödenen harçların telif hakkı sahipleri arasında toplanması, idaresi ve dağıtılması amacıyla yetkilendirilmiştir.

12 Nokia Danimarka'da cep telefonu piyasaya sunmaktadır. Bu ürünleri, onları şahıslara veya diğer kurumsal müşterilere satan kurumsal müşterilere sağlamaktadır. Tüm cep telefonları harici hafızaya sahiptir. Buna ek olarak bazı modeller, SIM karttan farklı olan ek bir hafıza kartına sahiptir. Bir kullanıcı hafıza kartı olan bir cep telefonuna sahipse, onun üzerine telefon numaraları, kontak bilgileri ve telefonla çekilen fotoğraflar gibi çeşitli verileri yükleyebilir. Müzik eserleri, film ve koruma altında olan diğer başka eserleri içeren dosyalar da bu kart üzerine depolanabilir. Bu tür dosyalar internet üzerinden veya DVD, CD, MP3 çalarlardan veya kullanıcının kendi bilgisayarından indirilebilir.

13 Esas davanın tarafları, bir kullanıcı koruma altındaki eserleri cep telefonunun gerek dâhili hafızasına gerekse hafıza kartına yüklediği takdirde, bu eserlerin kural olarak hafıza kartı üzerinde depolandığı hususunda fikir birliği içindedir. Ancak, kullanıcı telefonun ayarlarını değiştirirse, bu eserleri aynı zamanda dâhili hafızaya da depolayabilecektir.

14 Copydan'ın görüşüne göre, çok düşük depolama kapasitesi olanlar hariç cep telefonu hafıza kartları, Telif Hakları Yasası tarafından kurulmuş olan adil tazminat sistemi çerçevesinde çoğaltma hakkı istisnasına ('adil tazminat') uygun olarak telafi edilmelidir. Bu sebeple Copydan Nokia'ya karşı, Nokia'nın 2004-2009 yılları arasında ihraç ettiği hafıza kartlarına ilişkin olarak şahsi kopyalama vergisi ödemeye mahkûm edilmesi istemiyle dava açmıştır.

15 Nokia, çoğaltmanın yasal olmadığı veya -koruma altındaki bir eserin online alım-satım sitesinden indirilmesi halinde olduğu gibi- çoğaltmaya telif hakkı sahibince izin verildiği durumlarda söz konusu verginin ödenmeyeceğini ileri sürmüştür. Bu sebeple, yalnızca şahsi kullanım amacıyla yapılan yasal çoğaltımların eser sahibince yetkilendirilmeyenleri adil tazminat sistemine konu

olacaktır. Cep telefonu hafıza kartları, nadiren bu tür kopyaları içermektedir ve bu sebeple bu tür kopyalar için de harç alınamayacaktır.

16 Bu şartlar altında, Østre Landsret davada kalmaya ve şu soruları ön karar kapsamında Adalet Divanı'na yöneltmeye karar vermiştir:

‘1. Aşağıda sayılan kaynaklar kullanılarak yapılan çoğaltımlar için hak sahiplerine tazmin bedeli ödenmesini öngören bir ulusal hukuk, 2001/29 sayılı Direktif ile uyumlu mudur?

(a) Hak sahibinin söz konusu kullanıma onay verdiği ve tüketicinin kullanım için hak sahibine harç ödediği dosyalar (örneğin online alım satım sitelerindeki lisanslı içerik);

(b) Hak sahibinin söz konusu kullanıma onay verdiği ve tüketicinin kullanım için hak sahibine bedel ödemediği dosyalar (örneğin ticari tekliflerle ilgili lisanslı içerik)

(c) Etkili teknolojik önlemlerin uygulanmadığı durumlarda, kullanıcının kendisine ait DV, CD, MP3 çalar, bilgisayar ve benzerleri;

(d) Etkili teknolojik önlemlerin uygulandığı durumlarda, kullanıcının kendisine ait DV, CD, MP3 çalar, bilgisayar ve benzerleri;

(e) Üçüncü kişilere ait DVD, CD, MP3 çalar, bilgisayar ve başka ortamlar;

(f) İnternet üzerinden ya da başka kaynaklardan yasadışı şekilde kopyalanmış eserler;

(g) Başka birtakım yollarla yasal olarak kopyalanmış dosyalar, örneğin internet (lisans verilmemiş olan yasal kaynaklardan).

2. Üye devletlerdeki adil tazminata ilişkin yasal düzenlemeler, (2001/29 sayılı Direktif'in 6. maddesindeki) etkili teknolojik önlemleri ne şekilde hesaba katmalıdır?

3. Üye ülkelerin şahsi kullanım amacıyla kopyalama sebebiyle hak sahiplerine tazminat ödemesini öngören yasal düzenlemeler çıkarmasının 2001/29 sayılı Direktif'le uyumlu olmaması sonucu göz önüne alındığında, adil tazminatın hesaplanması hususunda “hak sahibinin zararının minimum olacağı belirli durumlar” (2001/29 sayılı Direktif'in dibacesindeki 35. beyan) nelerden oluşur?

4. (a) Cep telefonu hafıza kartlarının birincil ve en temel fonksiyonunun şahsi kopyalama olmadığı kabul edilirse, Üye Devletler'in cep telefonu hafıza kartlarına yapılan kopyalamalar için hak sahiplerine tazminat ödenmesini öngören yasal düzenlemeler çıkarması 2001/29 sayılı Direktif'le uyumlu olacak mıdır?

(b) Şahsi kullanımın, cep telefonu hafıza kartlarının birincil veya en temel fonksiyonu olduğu kabul edilirse, Üye Devletler'in cep telefonu hafıza kartlarına yapılan kopyalamalar için hak sahiplerine tazminat ödenmesini öngören yasal düzenlemeler çıkarması 2001/29 sayılı Direktif'le uyumlu olacak mıdır?

5. Üye Devletler'in hafıza kartları için harç mükellefiyeti getirilmesini, MP3 çalar veya iPod'lar gibi bizzat şahsi kullanım amaçlı kopyaların depolanması için tasarlanan ve kullanılan araçlardaki dâhili hafızalar açısından ise harç mükellefiyeti getirilmemesini öngören yasal düzenlemeler çıkarması 2001/29 sayılı Direktif'in dibacesindeki 31. beyanda yer alan "adil denge" konseptiyle ve Direktif'in 5(2)(b) maddesindeki "zarar"ı temel alan "adil tazminat" konseptinin yeknesak yorumuyla uygun olacak mıdır?

6. (a) 2001/29 sayılı Direktif, hafıza kartlarının bu şekilde şahıslara veya kurumsal müşterilere satıldığından haberi olmayan üreticinin ve/veya ithalatçının bilgisi dâhilinde olmadan hafıza kartlarını, onları sonradan şahıslara ve kurumsal müşterilere satacak olan bir kurumsal müşteriye satan bir üreticinin ve/veya ithalatçının şahsi kullanım vergisini ödeyeceği yönünde Üye Devletler'in düzenleme yapmasını önlemekte midir?

(b) Üye Devlet düzenlemelerinde üreticiler, ithalatçılar ve/veya dağıtıcıların ticari kullanımı halinde hafıza kartları için harç alınmayacağı; yine de vergiyi ödemiş olan üreticiler, ithalatçılar ve/veya dağıtıcıların ticari amaçla kullanılan hafıza kartları için ödenen bu harçları geri almaya yetkili olacağı; üreticiler, ithalatçılar ve/veya dağıtıcıların hafıza kartlarını harç şemasını idare etmekle sorumlu organizasyonla tescil edilmiş başka teşebbüslere, harç yatırmak zorunda olmadan satabileceği yönündeki hükümlerin kabul edilmesi halinde 6(a) sorusuna verilen cevap değişecek midir?

(c) 6(a) ve 6(b) sorularına verilen cevaplar şu hallerde değişecek midir?

(i) Üye Devlet düzenlemelerinde üreticiler, ithalatçılar ve/veya dağıtıcıların ticari kullanımı halinde, "ticari kullanım amacı" konseptinin, mahsup hakkı bahşetmek olarak yorumlandığı durumlarda, yalnızca Copydan tarafından onaylanan teşebbüslere uygulanabilecek şekilde, hafıza kartları için harç alınmayacağı; hafıza kartlarının Copydan tarafından onaylanmayan kurumsal

müşterilerce ticari amaçlı kullanımı durumunda ise verginin ödenmesi yönündeki hükümlerin kabul edilmesi;

(ii) Üye Devlet düzenlemelerinde, (a) uygulamada sadece hafıza kartını satın alanın geri ödeme alabilmesi ve (b) hafıza kartını satın alanın verginin geri ödenmesi için Copydan'a bir başvuruda bulunulması durumlarında, eğer üreticiler, ithalatçılar ve/veya dağıtıcılar hafıza kartları ticari amaçlı kullanıldığı için yine de vergiyi ödemişse (teorik olarak), bu harçların geri alınabileceği yönündeki hükümlerin kabul edilmesi;

(iii) Üye Devlet düzenlemelerinde, (a) Copydan'ın harç şemasını idare etmekle sorumlu organizasyon olduğu ve (b) tescilli teşebbüslerin hafıza kartlarının şahıslara veya kurumsal müşterilere satıldığı hususunda bilgisi olmadığı durumlarda, üreticiler, ithalatçılar ve/veya dağıtıcıların hafıza kartlarını harç şemasını idare etmekle sorumlu organizasyonla tescil edilmiş başka teşebbüslere, harç yatırmak zorunda olmadan satabileceği yönündeki hükümlerin kabul edilmesi.

17 Yerel Mahkeme tarafından sorulan sorulardan bazıları 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) maddesinden bahsetmekteyken, sorulardan bazıları bu maddeye açıkça atıf yapmamaktadır. Ancak, referans düzeninden açıkça anlaşılmaktadır ki, sorulan tüm sorular ilgili hükümlerle bağlantılı olarak anlaşılmalı ve bu nedenle Divan bu soruları ilgili hükümlerle bağlantılı olarak incelemelidir.

Soru 4

18 Birinci sırada araştırılması yerinde olan dördüncü sorusuyla Yerel Mahkeme esasen, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) maddesinin, cep telefonu hafıza kartları gibi, esas işlevinin şahsi kullanım için çoğaltma olup olmadığına bakılmaksızın, çok fonksiyonlu ortam araçları açısından adil tazminatın ödenmesini öngören ulusal yasamayı engelleyip engellemediğini sormaktadır.

19 Bu bağlamda, Üye Devletler'in ulusal hukuklarında, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) maddesinde yer verilen şahsi kullanım amacıyla çoğaltmaya istisna ("şahsi kullanım istisnası") getirmeye karar verdikleri hallerde, özel olarak, bu hüküm kapsamında çoğaltma hakkının münhasıran sahiplerine adil tazminat ödeme yükümlülüğü sağlamaları gerektiği hatırlanmalıdır (Padawan kararı, C-467/08, EU:C:2010:620, paragraf 30 ve Amazon.com International Sales ve diğerleri kararı, C-521/11, EU:C:2013:515, paragraf 19).

20 2001/29 sayılı Direktif, adil tazminat sisteminin çeşitli unsurları hakkında daha fazla detay sağlamadığından, Üye Devletler bu hususta geniş bir

takdir yetkisini elinde bulundurmaktadır. Diğerleri arasında, bu tazminatın ödenmesini belirleyecek, tazminatın miktarı ve toplanması hakkında detaylı düzenlemeleri yapacak ve şeklini oluşturacak olan Üye Devletlerdir (Bu mealde bkz. Stichting de ThuisKopie kararı, C-462/09, EU:C:2011:397, paragraf 23 ve Amazon.com International Sales ve diğerleri kararı, EU:C:2013:515, paragraf 20).

21 Hal böyleyken adil tazminat, tazminatın miktarı ve onların üzerine kurulduğu sistem, şahsi kullanım amacıyla kopyalar yapmaktan kaynaklı olarak hak sahibinin zarara uğraması sonucuyla bağlantılı olmaktadır (Bu mealde bkz. Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 40-42).

22 Bir eseri şahsi kullanımı için, ilgili hak sahibinin önceden onayını almadan çoğaltan kişi hak sahibinin zararına yol açtığından, kural olarak, hak sahibine ödenecek tazminatı finanse ederek zararı giderecek olan kişidir (Bu mealde bkz. Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 45 ve Amazon.com International Sales ve diğerleri kararı, EU:C:2013:515, paragraf 23).

23 Buna rağmen Divan, şahsi kullanıcıların kimliğini belirlemedeki ve onlara, münhasır çoğaltma hakkı sahipleri açısından yol açtıkları zararın giderilmesi yükümlülüğünü yüklemelerindeki pratik zorluklar nedeniyle, Üye Devletlerin, tek tek ilgili özel kişilere yüklenemeyen, ancak dijital çoğaltma ekipmanı ve araçları bulunduranlar ve bu doğrultuda, fiili veya yasal olarak, bu ekipmanı şahsi kullanıcıların kullanımına sunanlar veya onlara kopyalama hizmeti verenlere yüklenebilecek adil tazminatı, finanse etmek amacıyla şahsi kullanım vergisi belirlemelerinin yolunun açık olduğu kabul etmiştir. Böyle bir sistemde, şahsi kullanım vergisini ödemekle yükümlü olacak kişiler, sözü edilen türde ekipmanı elinde bulunduran kişilerdir (Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 46 ve Amazon.com International Sales ve diğerleri kararı, EU:C:2013:515, paragraf 24).

24 Bu bağlamda, gerçek kişilerin bu tür ekipman yardımıyla, şahsi kullanım amacıyla kopyalar yapıp yapmadıklarının gösterilmesi gereksizdir. Bu kişilerin haklı olarak bu tür ekipmanı kullanıma hazır bulundurulmasından fayda sağladığı farz edilmektedir, yani bu kişilerin, kopyalama dâhil olmak üzere, ilgili ekipmanla bağlantılı olan her tür işlevden tam olarak yarar sağladığı kabul edilmektedir (Bu mealde bkz. Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 54 ve 55).

25 Bu doğrultuda, dijital kopyalama ekipmanı ve araçlarının, şahsi kullanıcılar olarak gerçek kişilerin kullanımına sunulması halinde, salt o ekipmanın

kopyalama yapabilmesi hususu, şahsi kullanım vergisinin uygulanmasını haklı gösterecektir (Bu mealde bkz. Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 56).

26 Bu kapsamda, Divan'ın yukarıda yer verilen içtihadından da anlaşıldığı üzere, kural olarak, bir vasitanın tek fonksiyonlu ya da çok fonksiyonlu olup olmadığından veya kopyalama fonksiyonunun şartlara göre diğer fonksiyonlar yanında tali olup olmadığından bağımsız olarak, son kullanıcıların bu vasıtayla sağlanan tüm fonksiyonlardan tam bir yararlanma sağlaması beklenmektedir.

27 Bununla beraber, kopyalama işlevinin çok fonksiyonlu ve tali özellikte olması, ödenecek adil tazminat miktarına etki edebilir. Özellikle, yukarıda paragraf 21 altında verilen görüşler ışığında, söz konusu miktar yetkili otoritelere, temelde o vasitanın şahsi kullanım amacıyla eseri çoğaltma kapasitesinin önemine göre belirlenmelidir.

28 Sonuç olarak pratikte, bir vasıtayı kullananların bu tür bir fonksiyonu nadiren kullanmakta olduğu açık olduğundan, 2001/29 sayılı Direktif'in 35. beyanında belirtildiği gibi, bu fonksiyonun kullanılabilir hale getirilmesi, adil tazminatın ödenmesi yükümlülüğünü doğuramayacaktır; zira hak sahibinin zararı minimum kabul edilecektir.

29 Yukarıda geçen değerlendirmeler ışığında, 4. Soru'nun cevabı, yan işlev dahi olsa, eğer işlevlerinden yalnızca birisi bile vasitanın şahsi kullanım için kopyalama amacıyla kullanılmasını sağlıyorsa, esas işlevinin şahsi kullanım amacıyla kopyalama olup olmadığından bağımsız olarak, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2) (b) maddesinin cep telefonu hafıza kartları gibi çok fonksiyonlu medya için adil tazminat ödenmesini öngören ulusal yasal düzenlemelerin önüne geçmediğidir. Ancak, işlevin esas işlev mi tali işlev mi olduğu sorusu ve o vasitanın kopyalama yapabilme kapasitesinin önemi, ödenecek adil tazminat miktarına etki edecektir. Hak sahibinin zararı minimum olarak kabul edileceğinden, böyle bir işlevin sağlanması adil tazminat ödeme yükümlülüğüne yol açması mecburi değildir.

Soru 5

30 İkinci sırada cevaplanması uygun görülen beşinci sorusuyla yerel mahkeme esasen, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) maddesinin, cep telefonu hafıza kartları gibi şahsi kullanım amacıyla kopyalama yapmada kullanılacak medya vasıtaları sağlanmasının şahsi kullanım vergisine tabi olacağı ile MP3 çalarların dâhili hafızaları gibi temel amacı şahsi kullanım amacıyla kopyaları depolamak olan unsurların sağlanmasının harca tabi olmayacağını öngören ulusal düzenlemelerin önüne geçip geçmediğini sormaktadır.

31 Bu bağlamda not edilmelidir ki, 2001/29 sayılı Direktif'in 5. maddesinde öngörülen istisnalar, AB hukukunun genel bir ilkesi olan ve Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 20. maddesinde yer verilen eşit muamele ilkesiyle uyumlu olarak uygulanmalıdır (Son hususla ilgili olarak bkz. Glatzel kararı, C-356/12, EU:C:2014:350, paragraf 43).

32 Divan'ın yerleşik içtihadına göre eşit işlem ilkesi, yapılan muameleyi objektif olarak haklı gösteren bir neden bulunmadıkça, kıyaslanabilir durumlara farklı şekilde ve farklı durumlara aynı şekilde muamele edilmemesi gerektiğini şart koşmaktadır (İlaveten bkz. Soukupova kararı, C-401/11, EU:C:2013:223, paragraf 29 ve Sky Italia kararı, C-234/12, EU:C:2013:496, paragraf 15).

33 Üye Devletler, adil tazminat için, şahsi kullanım istisnası kapsamında kalan kıyaslanabilir mallar pazarlayan farklı ekonomik aktör kategorileri veya koruma altındaki bilgilerin farklı kategorilerdeki kullanıcıları arasında ayrımcılık yaratacak, detaylı kuralları gerekçesiz olarak koyamazlar.

34 Esas davada, söz konusu ulusal yasamanın etkisinin, dijital çoğaltma işleviyle araçlardan ayrılabilen medya ile araçlardan ayrılamayan bileşenler arasında ayırım yapabilme olduğu ortak olarak paylaşılan paydadır. Aslında, söz konusu medyanın tedariki şahsi kullanım vergisine tabi iken, bileşenlerin tedariki tabi değildir.

35 Bu bağlamda, cep telefonu hafıza kartları gibi çok fonksiyonlu ortamlar ile MP3 çalarların iç bellekleri gibi dâhili unsurların korumaya tabi eserlerin özel amaçlar çerçevesinde çoğaltılması maksadıyla kullanılabilmesi ve böylelikle telif hakkı sahiplerinin menfaatlerine zarar verilebileceği unutulmamalıdır.

36 Söz konusu analiz, cep telefonlarının hafıza kartları ve bu tür telefonların dâhili bellekleri için de geçerlidir. Yukarıdaki 13. paragraftan anlaşılacağı üzere, aynı telefon içerisinde bulunan ikinci bellek hafıza kartı ile aynı işleve sahip olmasına rağmen; Divan'a sunulmuş olan bilgiler göz önünde bulundurulduğunda, tedarikçilerinin şahsi kopyalama vergisine tabi olup olmadığı anlaşılabilir.

37 Ancak ilgili dâhili unsurların cep telefonlarında bulunan hafıza kartları ile aynı kopyalama işlevine sahip olup olmadığına bakılmaksızın, bu unsurların adil tazminata ilişkin gereklilikler bakımından birbiri ile kıyaslanamaz nitelikte oldukları sonucunu haklı çıkaracak diğer koşulların mevcut olup olmadığına karar verecek olan yerel mahkemedir.

38 Yerel mahkeme, diğerlerinin yanı sıra, aynı şekilde kopyalama amacıyla kullanılan hafıza kartları gibi ortamlar buldukları cihazlardan ayrılabilir ve bu özellik diğer ortamlar kullanılarak aynı eserin ek kopyalarının oluşturulmasını kolaylaştırıyor iken, söz konusu unsurların buldukları cihazlardan ayrılamaz nitelikte olmasının etkisini (mevcut ise) göz önünde bulundurabilir.

39 Yerel mahkemenin bu tür unsur ve ortamların adil tazminata ilişkin gereklilikler çerçevesinde kıyaslanabilir nitelikte olduğuna kanaat getirmesi halinde, ulusal adil muamele sistemi kapsamındaki farklı muamelenin haklılığının ortaya konup konmadığının doğrulanması gerekmektedir.

40 Söz konusu farklı muamelenin her şeyden önce esas dava kapsamında ele alınan çıkarılabilir medya ortamlarından farklı olarak, kopyalama amacıyla kullanılabilen dâhili bileşenler için gerekli olduğunun kanıtlanması halinde; hak sahipleri başka bir biçimde adil tazminat alırlar.

41 Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, 5. sorunun cevabı şu şekildedir: 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) maddesi; yerel mahkemenin karar vereceği bir husus olan söz konusu farklı araç ve bileşen kategorilerinin birbiri ile karşılaştırılmaz nitelikte olması ve bunlara yapılan farklı muamelenin haklı nedenlere dayanması koşuluyla, cep telefonlarının hafıza kartları gibi şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltım yapmak için kullanılabilen araçların tedarikinin şahsi kopyalama vergisine tabi olmasını, ancak MP3 çalarlar gibi temel amacı şahsi kullanıma yönelik kopyaların saklanması olan bileşenlerin tedarikinin söz konusu harca tabi olmayacağını öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmamaktadır.

Soru 6

42 Üçüncü sırada incelenmesi uygun olan altıncı soru ile yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi; kurumsal müşterilere cep telefonu hafıza kartları satışı yapan ve bu kartların ilgili müşteriler tarafından başka müşterilere satılacağını bilen, ancak kartların nihai alıcılarının bireysel veya kurumsal müşteriler olduğu hususunda bilgisi olmayan üreticiler ve ithalatçılar tarafından şahsi kopyalama vergisinin ödenmesini gerekli kılan ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılacak şekilde mi yorumlanmalıdır? Yerel mahkeme ayrıca, bu soruya verilecek yanıtın ilgili üreticiler ve ithalatçıların

– verginin uygulanmasından sorumlu kuruluşa kayıtlı kurumsal müşterilere hafıza kartı satmaları halinde, söz konusu vergiyi ödemekten muaf olup olmadıkları ve

– vergiyi uygulamakla yükümlü kuruluşa başvuruda bulunulmuş olması koşuluna tabi olarak, uygulamada ilgili hafıza kartının yalnızca nihai kullanıcısının şahsi kopyalama vergisinin iadesini alabileceği göz önünde bulundurulduğunda, cep telefonu hafıza kartları kurumsal amaçlar ile kullanılıyor ise verginin iadesini alıp alamayacağı hususlarından etkilenip etkilenmeyeceğini sormaktadır.

43 Yukarıdaki 23. paragrafta görüldüğü üzere; ilgili özel kişilerden değil, dijital çoğaltım ekipmanı, cihazları ve araçlarına sahip olan ve bu bağlamda, kanunen veya gerçekte ilgili ekipmanı şahsi kullanıcılara temin eden veya söz konusu kullanıcılara kopyalama hizmetleri sunan taraflardan alınacak olan adil tazminatın finanse edilmesi amacıyla Üye Devletler, şahsi kopyalama vergisi uygulamakta serbesttir.

44 Aynı zamanda Divan'ın içtihadı uyarınca; belirli koşullar altında, Üye Devletler söz konusu aracın nihai kullanımının 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2) (b). Maddesinde öngörülen kriterlerin karşılanmadığı durumlar dâhil olmak üzere, çoğaltım yapmaya elverişli kayıt ortamlarına ilişkin olarak herhangi bir ayırım gözetmeksizin şahsi kopyalama vergisi uygulayabilirler (Bu mealde bkz. Amazon.com International Sales and Others kararı, EU:C:2013:515, paragraf 31).

45 Yalnızca verginin yürürlüğe konmasının uygulama güçlükleri ile haklı kılınması ve ilgili vergiyi ödemekle yükümlü kişilerin verginin muaccel olmadığı hallerde aynının iadesini talep etme hakkını haiz olmaları durumunda, bahse konu verginin uygulanmasına ilişkin sistem ilgili hükme uygun olacaktır (Bu mealde bkz. Amazon.com International Sales and Others kararı, EU:C:2013:515, paragraf 31).

46 Bu bağlamda; şahsi kopyalama vergisi sistemi, her şeyden önce nihai kullanıcıların tespitinin imkânsız olması veya söz konusu kullanıcıların tespiti ile ilişkili güçlükler ve benzer güçlüklerin ele alınmasına yönelik ihtiyaç ile gerekçelendirilebilir (Bu mealde bkz. Amazon.com International Sales and Others kararı, EU:C:2013:515, paragraf 31 ve 34).

47 Ancak, Divan'ın içtihadından görüleceği üzere; söz konusu vergi hiçbir durumda çoğaltım ekipmanı, cihaz ve araçlarının şahsi kopyalama ile ilgisinin bulunmadığı açık olan amaçlar çerçevesinde gerçek kişiler dışında kişilere tedariki için uygulanamaz (Bu mealde bkz. Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 52 ile Amazon.com International Sales and Others kararı, EU:C:2013:515, paragraf 28).

48 Dahası, söz konusu verginin iade edilmesini talep etme hakkına ilişkin olarak; bu husus geçerli olmalı ve 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinin kapsamı dışında kalan hallerde ödenmiş olan verginin iadesini fazlasıyla zorlaştırmamalıdır (Bu mealde bkz. Amazon.com International Sales and Others kararı, EU:C:2013:515, paragraf 31 ve 34).

49 Esas davada; yerel mahkemenin ilk olarak, cep telefonlarından kullanılan hafıza kartları piyasaya sürüldüğünde şahsi kopyalama vergisinin ödenmesini öngören sistemin getirilmesinin yukarıdaki 46. paragrafta belirtilenler gibi uygulamaya ilişkin güçlükler ile gerekçelendirilmesinin mümkün olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir.

50 Yukarıdaki 47. paragrafta ifade edilen hususlardan anlaşılacağı üzere; her şeyden önce, ilgili üretici veya ithalatçının söz konusu kartları şahsi kullanım amacıyla çoğaltım amacıyla ilgisi bulunmayan amaçlar çerçevesinde gerçek kişiler dışındaki taraflara tedarik etmiş olduğunu kanıtladığı hallerde, ilgili kartların piyasaya sürülmesi bahse konu vergiden muaf tutulmalıdır.

51 Bu sayılanlara ek olarak; nihai kullanıcıların kimliklerinin tespiti ve söz konusu verginin toplanması ile ilintili uygulama güçlüklerinin, ilgili muafiyet uygulamasının cep telefonlarında kullanılan hafıza kartlarının şahsi kopyalama vergisini uygulamakla yükümlü kuruluşlara kayıtlı kurumsal müşterilere tedariki ile sınırlandırılmasını haklı göstermeyeceği göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu sınırlandırma; çeşitli ekonomik aktörlerden oluşan gruplara farklı muamele edilmesine neden olacaktır. Zira şahsi kopyalama vergisi söz konusu olduğunda, bu grupların tamamı ilgili kuruluşa kayıtlı olsunlar veya olmasınlar birbiri ile kıyaslanabilir konumdadır.

52 İkincisi, başvuru mahkemenin karşılaşılan uygulama güçlüklerine yanıt vermek amacıyla; geri ödeme talebinde bulunma hakkının kapsamının, geçerliliğinin, kullanılabilirliğinin, bu hakka ilişkin kamu farkındalığı ve kullanım kolaylığının şahsi kopyalama vergisi sisteminin yol açtığı herhangi bir eşitsizliğin giderilmesine olanak tanıdığını doğrulaması gerekmektedir (bkz. Amazon.com International Sales and Others kararı, EU:C:2013:515, paragraf 36).

53 Bu bağlamda, esas davaya konu olan şahsi kopyalama vergisi sisteminin mükelleflerin vergi tutarını bahse konu cep telefonları için talep edilecek tutara yansıtmasına izin verdiği ve böylelikle, vergi yükünün nihai kullanıcıya yüklenmekte olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu uygulama, prensipte telif hakkı sahipleri ile 2001/29 sayılı Direktif'in giriş hükümlerinin 31. paragrafında atıfta bulunulan korumaya tabi unsurun kullanıcılarının menfaatleri arasında

kurulacak “adil denge” ile uyumludur. Söz konusu hüküm; ilgili verginin geri ödemesinin yalnızca cep telefonunun nihai alıcı tarafından alınabileceğini ve bu geri ödemenin, vergiyi uygulamakla yükümlü kuruluşa usulüne uygun olarak yapılmış olan başvurunun ibraz edilmesi koşuluna tabi olması gerektiğini öngörmektedir.

54 Bu tür bir çözümün getirilmesinin mümkün olduğu ölçüde; söz konusu telefonların şahsi kopyalama vergisini ödemekle mükellef üreticileri ve ithalatçıların, telefonların nihai kullanıcılarının bireysel veya kurumsal müşteriler olduğu hususunda bilgi sahibi olup olmamaları önem arz etmemektedir.

55 Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, 6. sorunun cevabı şu şekildedir: 2001/29 sayılı Direktif’in 5(2)(b) Maddesi; şahsi kopyalama vergisinin kurumsal müşterilere cep telefonlarında kullanılan hafıza kartlarını satan ve bu kartların söz konusu müşterilerce satılacağını bilen, ancak nihai kullanıcıların bireysel müşteriler mi yoksa kurumsal müşteriler mi olacağı konusunda bilgisi bulunmayan üreticiler ve ithalatçılar tarafından ödenmesini gerekli kılan ulusal mevzuatın uygulanmasını aşağıda sayılan koşullara tabi olarak imkânsız kılmadığı şeklinde yorumlanmalıdır:

– Söz konusu sistemin uygulanmasının gerekliliğinin uygulama güçlükleri ile haklı kılınması;

– Muafiyetin vergiyi uygulamakla yükümlü kuruluşa kayıt olan ticari müşterilere yapılan tedarik ile sınırlandırılmayacağı anlaşılacakla birlikte, ödeme yapmakla mükellef kişilerin, cep telefonlarında kullanılan hafıza kartlarını şahsi kullanıma yönelik kopyalama dışındaki amaçlarla gerçek kişiler dışındaki taraflara tedarik etmiş olduklarını doğrulayabiliyorlar ise vergiden muaf tutulmaları;

– Sistemin yürürlükte bulunan şahsi kopyalama vergisinin geri ödenmesine ilişkin hak tanınması ve ödenen verginin iadesini fazlasıyla zorlaştırmaması ve ilgili kuruluşa usulüne uygun olarak yapılan başvuruyu ibraz etmek suretiyle, yalnızca söz konusu hafıza kartının nihai kullanıcısının para iadesi alabilmesi.

Soru 3

56 Dördüncü sırada ele alınması uygun olan üçüncü soru ile yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: ilgili Direktif’in dibacesindeki 35. paragrafta yer verilen açıklama ışığında okunduğunda, 2001/29 sayılı Direktif’in 5(2)(b) Maddesi nasıl belirli durumlarda hak sahibine verilecek zararın “asgari düzeyde tutulacağı ve ödeme yapılmasına yönelik hiçbir yükümlülüğün doğmayacağı” şeklinde yorumlanacaktır?

57 Bu bağlamda, ilk olarak 2001/29 sayılı Direktif'in amacının telif hakları ve ilgili haklara ilişkin kanunun yalnızca belirli yönlerini uyumlu hale getirmek olduğu ifade edilmelidir (Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 35). İkincisi, direktifin genel çerçevesi, AB mevzuatının amacının Üye Devletler'in kendi ulusal kanunlarına yansıtılmakta özgür oldukları bir dizi istisna ve kısıtlama getiren 5. Madde gibi Üye Devletler'e direktifin uygulanması hususunda bir dereceye kadar takdir yetkisi sağlamak olduğunun ifade edildiği birtakım hükümler ile sınırlandırılmıştır.

58 Ek olarak; 2001/29 sayılı Direktif'in dibacesinin 35. paragrafı uyarınca birtakım istisna veya kısıtlamaların söz konusu olduğu durumlarda, hak sahiplerinin adil bir tazminat almaları gerekmektedir. Ancak, hak sahibine verilen zararın asgari düzeyde olduğu belirli durumlarda, bu tür bir tazminatın ödenmesini talep etmemek mümkün olmaktadır.

59 Aynı şekilde, Üye Devletler 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2). Maddesine ifade edilen istisnalardan herhangi birini kullanmamayı seçebilecekleri gibi, direktifin dibacesindeki 35. paragrafta teyit edildiği üzere özgür iradeleri ile belirlemiş oldukları istisnalar kapsamındaki belirli durumlarda ve hak sahiplerine verilen zararın asgari düzeyde olduğu hallerde adil tazminatın ödenmesinden muafiyet getirebilirler.

60 Varılan bu sonuç, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinde şahsi kopyalamaya ilişkin olarak öngörülen muafiyet için tümüyle geçerlidir.

61 Önceki paragraflarda verilen sebeplerden dolayı, 2001/29 sayılı Direktif'in dibacesinin 35. paragrafının amaçları çerçevesinde, verilecek zararın "asgari düzeyde" olarak sınıflandırılabilmesi için bir eşğin belirlenmesi de her şeyden önce ilgili eşğin uygulanmasının yukarıdaki 31. paragrafta atıfta bulunan eşit muamele ilkesi ile tutarlı olması koşula tabi olarak Üye Devletler'in takdirine tabi olmalıdır.

62 Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, 3. sorunun cevabı şu şekildedir: 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi, bahse konu direktifin dibacesinin 35. paragrafı göz önünde bulundurulduğunda, Üye Devletler'in, ilgili durumlarda hak sahiplerine verilen zararın asgari düzeyde olması koşuluna tabi olarak ve şahsi kopyalama istinası kapsamında yer alan hallerde, adil tazminatın ödenmesine ilişkin muafiyet getirebilecekleri şeklinde yorumlanmalıdır. İlgili eşğin her şeyden önce eşit muamele ilkesine uygun olarak uygulanmasının gerekliliği anlaşılacakla birlikte, söz konusu zarar eşğinin belirlenmesi Üye Devletler'in takdirine tabidir.

Soru 1(a) ve (b)

63 1(a) ve (b) numaralı sorular ile yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: Adil tazminata ilişkin olarak 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinde öngörülen gereklilikler ışığında, hak sahibinin her şeyden önce korumaya tabi eserlerin bulunduğu dosyaların şahsi kopyalama amaçları çerçevesinde kullanılmasına izin vermiş olmasının doğurduğu etkiler nelerdir?

64 Yukarıdaki 24 ve 25. paragraflardan açıkça anlaşılacağı üzere, söz konusu dosyaların kullanıcıları bu dosyaların erişime açık hale getirilmesinden tümüyle faydalanma hakkını haiz oldukları varsayıldığında, bu kullanıcıların filen şahsi kullanıma yönelik kopyalar oluşturduklarının kanıtlanması gereksizdir. Bundan da anlaşılacağı üzere; hak sahibinin bu tür dosyaları erişime açık hale getirmek suretiyle gerçek bir kişinin bu dosyaları kullanmasına izin vermesi halinde bahse konu dosyaların korumaya tabi eserlerin çoğaltılması amacıyla kullanılabilceği gerçeği şahsi kopyalama vergisinin uygulanmasını haklı kılmaktadır.

65 Dolayısıyla, hak sahibinin korumaya tabi eserlerin bulunduğu dosyaların kullanıma yönelik izin vermiş olması gerçeğinin adil tazminat üzerindeki etkisine ilişkin olarak Divan, bir Üye Devlet'in 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2). Maddesi uyarınca hak sahiplerinin kendi eserlerinin bulunduğu dosyaların şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltımına izin vermelerine ilişkin herhangi bir hakkın ilgili hükmün esas kapsamından çıkardığı hallerde hak sahibinin yetki vermeye yönelik olarak gerçekleştirebileceği herhangi bir muamelenin ilgili Devlet'in kanunları tahtında kanuni geçerlilik arz etmeyeceği yönünde hüküm vermiştir. Sonuç itibarıyla; hak sahiplerini haktan mahrum eden tedbirin uygulamaya konması nedeniyle, bu tür bir eylem hak sahiplerine verilen zarar üzerinde herhangi bir etki yaratmayacaktır ve bu nedenle, söz konusu direktifin ilgili hükmü kapsamında ister zorunlu ister tercihe bağlı olarak öngörülmüş olsun, muaccel olan adil tazminat üzerinde hiçbir etkisi olamaz (bkz. VG Wort and Others kararı, C-457/11 ila C-460/11, EU:C:2013:426, paragraf 37).

66 Yukarıdaki 65. paragrafta belirtilenler gibi durumlarda; söz konusu yetki herhangi bir kanuni geçerlilik arz etmeyeceği için tek başına, şahsi kullanıma yönelik kopyalama ile ilintili olarak ilgili dosyaları kullanan taraflarca söz konusu kullanım için izin veren hak sahibine herhangi bir bedel ödenmesine yönelik hiçbir yükümlülük doğurmayacaktır.

67 Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, 1(a) ve (b) numaralı soruların cevabı şu şekildedir: 2001/29 sayılı Direktif; bir Üye Devlet'in ilgili direktifin 5(2). Maddesi uyarınca hak sahiplerinin kendi eserlerinin bulunduğu dosyaların şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltılmasına izin vermelerine yönelik herhangi

bir hakkı ilgili hükmün esas kapsamında çıkardığı hallerde, bir hak sahibi tarafından kendi eserlerinin bulunduğu dosyaların kullanımı için verilecek iznin bu dosyalar kullanılmak suretiyle bahsi geçen direktifin 5(2)(b) Maddesi uyarınca yapılacak kopyalar için ödenecek adil tazminat üzerinde etkisi olmayacağı ve tek başına, ilgili dosyaları kullanan tarafın hak sahibine herhangi bir bedel ödemesi yönünde hiçbir yükümlülük doğurmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır.

Soru 1(c) ve (d) ile Soru 2

68 Altıncı sırada değerlendirilmesi uygun olan 1(c) ve (d) ile 2. soru ile yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: 2001/29 sayılı Direktif'in 6. Maddesinde atıfta bulunulan teknolojik tedbirlerin DVD, CD, MP3 çalar veya bilgisayarlar gibi korumaya tabi eserlerin kopyalanması için kullanılan araçlar için uygulanması sayılan cihazlar kullanılmak suretiyle şahsi kullanıma yönelik olarak oluşturulan kopyalar için ödenecek adil tazminat üzerinde herhangi bir etkisi olabilir mi?

69 Bu bağlamda Divan, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinde atıfta bulunulan teknolojik tedbirlerin hak sahipleri tarafından izin verilmeyen eylemleri sınırlandırmayı, dolayısıyla ilgili hükmün gereğince uygulanmasını ve söz konusu hüküm ile öngörülen sıkı koşullara uygun olmayan eylemlerin önlenmesini amaçladığı yönünde hüküm vermiştir (bkz. VG Wort and Others kararı, EU:C:2013:426, paragraf 51 ve C-435/12, ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 43).

70 Ayrıca, şahsi kopyalamaya ilişkin istisnayı getiren ve korumaya tabi söz konusu eserlerin veya sair konuların bu tür bir kopyanın oluşturulması amacıyla kullanılmasına izin veren taraf hak sahipleri değil, Üye Devlet olduğu için söz konusu istisnanın getirilmesi suretiyle şahsi kullanıma yönelik kopyaların oluşturulmasına izin veren Üye Devlet'in ilgili istisnanın gereğince uygulanmasını sağlaması ve böylelikle, hak sahiplerinin izin vermedikleri eylemleri kısıtlaması gerekmektedir (bkz. VG Wort and Others kararı, EU:C:2013:426, paragraf 52 ve 53 ile ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 44).

71 2001/29 sayılı Direktif'in 6. Maddesinde atıfta bulunulan teknolojik tedbirlerin isteğe bağlı doğası göz önünde bulundurulurken Divan; bu tür bir olasılığın mevcut olduğu hallerde bile, ilgili tedbirlerinin uygulanmamasının adil tazminatın muaccel olmaması şeklinde bir sonuç doğurmayacağı yönünde hükme varmıştır (bkz. VG Wort and Others kararı, EU:C:2013:426, paragraf 57).

72 Ancak hak sahiplerinin söz konusu teknolojik tedbirleri kullanmaya teşvik edilmesi ve böylelikle şahsi kopyalama istisnasının gereğince uygulanmasına gönüllü olarak katkıda bulunmalarını sağlamak amacıyla, bu teknolojik tedbirlerin uygulanıp uygulanmamasına bağlı olarak hak sahiplerine ödenecek olan fiili tazminat seviyesini uygulamak ilgili Üye Devlet'in takdirine kalmıştır.

73 Sonuç olarak, 1(c) ve (d) ile 2. sorulara verilecek olan yanıt şu şekildedir: 2001/29 sayılı Direktif'in 6. Maddesi kapsamındaki teknolojik tedbirlerin DVD, CD, MP3 çalar ve bilgisayarlar gibi korumaya tabi eserlerin çoğaltılması amacıyla kullanılan araçlar için uygulanmasının, söz konusu araçlar vasıtasıyla şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltılan kopyalar için ödenecek olan adil tazminat üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır. Ancak, söz konusu tedbirlerin uygulanmasının ilgili tazminatın fiili seviyesi üzerinde etkisi olabilir.

Soru 1(f)

74 Yedinci sırada değerlendirilmesi uygun olan 1(f) numaralı soru ile yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: 2001/29 sayılı Direktif yasadışı kaynaklar kullanılarak, bir diğer ifadeyle hak sahibinin izni olmadan kamunun kullanımına sunulan korumaya tabi eserler kullanılmak suretiyle oluşturulan kopyalar için adil tazminat ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmakta mıdır?

75 Halihazırda Divan, şahsi kullanıma yönelik bir kopyanın kaynağının hukuka uygun olduğu durumlar ile söz konusu kaynağın yasadışı olduğu durumlar arasında herhangi bir ayırım gözetmeyen ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmakta olduğu yönünde hüküm vermiştir (Bu mealde bkz. ACI Adam and Others, EU:C:2014:254, paragraf 58).

76 Bu bağlamda Divan; 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinin kısıtlayıcı bir biçimde yorumlanmasına yönelik ihtiyacın, hükmün açıkça öngörülen sınırlandırmanın ötesinde telif hakkı sahiplerinin şahsi kullanıma yönelik kopyaların oluşturulması ile birlikte vuku bulabilecek olan hak ihlallerine müsamaha göstermelerini gerektirdiği şeklinde yorumlanamayacağı yönünde karar vermiştir (Bu mealde bkz. ACI Adam and Others, EU:C:2014:254, paragraf 31).

77 Ayrıca Divan, esas davaya konu olan sistem ile aynı özellikleri taşıyan ve alıcılara ödenecek olan adil tazminat tutarının hesaplanmasına ilişkin olarak, şahsi kullanıma yönelik bir kopyanın kaynağının hukuka uygun olduğu durumlar ile söz konusu kaynağın yasadışı olduğu durumlar arasında herhangi bir ayırım gözetmeyen bir şahsi kopyalama vergi sisteminin, telif hakkı sahipleri

ile korumaya tabi eser veya ürünü kullanan kişilerin menfaatleri arasında adil bir denge kurulması hususunu gözetmediğini belirtmiştir. Zira bu tür sistemde söz konusu vergiye tabi ekipmanı, araçları veya ortamı satın alan tüm kullanıcılar dolaylı olarak cezalandırılmaktadır (Bu mealde bkz. ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 54 ila 56).

78 Söz konusu kopyaların oluşturulması için kullanılan kaynağın yasal olup olmadığına bakılmaksızın belirlenen vergi yükünü omuzlayan kullanıcılar; 2001/29 sayılı Direktif uyarınca izin verilmeyen yasadışı kaynaklar kullanılarak oluşturulan şahsi kullanıma yönelik kopyaların neden olduğu zararın tazminatına kaçınılmaz olarak katkıda bulunmaktadır ve böylelikle, bahse konu direktifin 5(2)(b) Maddesinde öngörülen istisna kapsamındaki şahsi kullanıma yönelik kopyaları oluşturabilmek için göz ardı edilemez nitelikte ek bir maliyet üstlenmektedirler (bkz. ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 56).

79 Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, 1(f) numaralı sorunun cevabı şu şekildedir: Yasadışı kaynaklar kullanılarak, bir diğer ifadeyle hak sahibinin izni olmaksızın kamu erişimine açık hale getirilen korumaya tabi eserlerden, oluşturulan kopyalar için adil tazminat tutarının ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmaktadır.

Soru 1(e)

80 Sekizinci sırada değerlendirilmesi uygun olan 1(e) numaralı soruyla yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: 2001/29 sayılı Direktif, korumaya tabi eserlerin üçüncü bir şahsa ait bir cihaz ile veya söz konusu cihaz vasıtasıyla gerçek bir kişi tarafından oluşturulan kopyaları için adil tazminat tutarının ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmakta mıdır?

81 Bu bağlamda, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinin hep birlikte hükmün kapsamını belirleyen üç unsuru ele aldığı unutulmamalıdır. Bu unsurlar şunlardır; kopyanın konusu, kopyayı oluşturan kişi ve kopyanın kendisi.

82 İlk olarak, kopyanın konusu ile ilintili olarak bu hükmün hak sahibinin bahse konu eserin çoğaltılmasına izin verme veya çoğaltılmasını yasaklamaya yönelik münhasır hakkına getirilen istisnayı düzenlemekte olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, söz konusu hükümlerin kapsamındaki kopyalanan eserin taklit veya korsan bir eser olmayacağı kaçınılmaz olarak öngörülmektedir (Bu mealde bkz. ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 58).

83 İkincisi, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi, yalnızca söz konusu korumaya tabi ürünün kopyalarını şahsi kullanıma yönelik olarak ve doğrudan veya dolaylı olmak üzere, hiçbir surette ticari amaçlarla oluşturmayan gerçek kişilerin bir eseri çoğaltmalarına izin verileceğini öngörmektedir.

84 Son olarak, çoğaltım işlemine ilişkin olarak 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi yalnızca korumaya tabi eserin çoğaltılabileceği ortamlara atıfta bulunmaktadır.

85 Esasen bu da şahsi kopyalamaya ilişkin istisnanın lafzınının, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(a) Maddesinde ifade edilen kopyalama hakkına ilişkin istisnanın lafzı ile karşılaştırılması için yeterlidir. İkinci istisna "kâğıt veya benzer bir ortamdaki kopyalar" için geçerli iken, şahsi kopyalamaya ilişkin istisna "herhangi bir ortamdaki kopyalar" için geçerlidir.

86 Öte yandan, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinde şahsi kullanıma yönelik kopyaların oluşturulması için kullanılacak olan araçların özellikleri belirtilmemektedir. Bilhassa, söz konusu hüküm şahsi kullanıma yönelik kopyayı oluşturan gerçek kişi ile bu kişi tarafından kullanılan araç arasında bulunabilecek mülkiyet hakkı gibi, aradaki bağlantının hukuki mahiyetine yapılmış herhangi bir atıf içermemektedir.

87 Öncelikle; 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinde düzenlenen istisnanın açıkça öngörülen hallerin ötesine geçecek bir yoruma mahal vermemek amacıyla, sınırlayıcı bir biçimde yorumlanmasının gerekli olduğu belirtilmelidir (Kıyasen bkz. ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 23 ve Melzer kararı, C-228/11, EU:C:2013:305, paragraf 24).

88 İkincisi, 2001/29 sayılı Direktif'in amacı telif haklarına kanunun yalnızca belirli yönlerini uyumlu hale getirmektir (Padawan kararı, EU:C:2010:620, paragraf 35). Yukarıdaki 86. paragrafta atıfta bulunulan nitelikler ve belirli özellikler bahse konu direktifte belirtilmediği için AB Mevzuatı bu hususların, kısmî uyumlaştırma tedbirleri ile ulaşılmak istenen amaç ışığında ilgili olmadığını addetmiştir.

89 Buradan anlaşılacağı üzere, özel kişi tarafından şahsi kullanıma yönelik kopyalar oluşturmak amacıyla kullanılan aracın ilgili kişiye ait olup olmadığı veya üçüncü bir şahsa ait olup olmadığı hususu 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır.

90 Avrupa Komisyonu'nun iddiasının aksine; bu gibi durumlarda, 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi aynı direktifin 5(5). Maddesi

ışığında yorumlanmamalıdır. Zira ikinci hüküm ilgili direktifin 5(2). Maddesi kapsamına giren hükümlerin aslı içeriğini etkilemeye yönelik olmadığı gibi, her şeyden önemlisi burada öngörülen farklı istisna ve kısıtlamaların kapsamını genişletmek de amaçlanmamaktadır (bkz. ACI Adam and Others kararı, EU:C:2014:254, paragraf 26).

91 Yukarıda ifade edilen hususlar ışığında, 1(e) numaralı sorunun cevabı şu şekildedir: 2001/29 sayılı Direktif, gerçek kişilerce korumaya tabi eserlerin üçüncü bir kişiye ait araçlar kullanılarak veya bu araçlar vasıtasıyla oluşturulan kopyaları için adil tazminat ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız hale getirmemektedir.

Soru 1(g)

92 Dokuzuncu sırada değerlendirilmesi uygun olan 1(g) numaralı soru ile yerel mahkeme esasında şunu sormaktadır: 2001/29 sayılı Direktif, İnternet gibi “sair birtakım yollarla” yasadışı kaynaklar kullanılarak oluşturulan kopyalar için adil tazminat talep edilmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmakta mıdır?

93 Divan’ın yerleşik içtihadına göre; yerel mahkemenin sorulan soruya geçerli bir cevap verebilmesini sağlamak adına Divan’a fiili veya yasal ve maddi bir gereklilik getirdiği hallerde, söz konusu sorunun kabul edilemez nitelikte addedilerek reddedilmesi gerekmektedir (Bu mealde bkz. Belvedere Costruzioni kararı, C-500/10, EU:C:2012:186, paragraf 16 ve Stefan kararı, C-329/13, EU:C:2014:815, paragraf 24).

94 Somut olayda, yerel mahkeme yöneltilen sorunun ilgili olduğu kopyaların mahiyetine ilişkin yeterli bilgiyi sağlayamamıştır.

95 Dolayısıyla Divan, 1(g) numaralı soruya geçerli bir cevap verebilecek durumda değildir. Bu nedenle bahse konu soru, kabul edilemez nitelikte addedilerek reddedilmelidir.

Masraflar

96 Buradaki adli muameleler, esas davanın tarafları için yerel mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan, masraflar hakkındaki karar, yerel mahkemeyi ilgilendirir. Divan’a görüş sunarken yapılan masraflar, bu tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (Dördüncü Daire) şu şekilde karar vermektedir:

1. 2001/29/EC sayılı ve 22 Mayıs 2001 tarihli, bilgi toplumunda telif hakları ve bağlantılı haklara ilişkin birtakım hususların uyumlulaştırılmasına ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi'nin 5(2)(b) Maddesi; cep telefonu hafıza kartları gibi, esas işlevinin şahsi kullanım için çoğaltma olup olmadığına bakılmaksızın, çok fonksiyonlu ortam araçları ile bağlantılı olarak şahsi kullanıma yönelik kopyalar oluşturma hakkına getirilen istisna uyarınca ve ek bir işlev olsa bile, ortamın işlevlerinden birinin onu kullanan kişinin bu tür kopyalar oluşturmaya olanak tanınması koşuluyla adil tazminatın ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmamaktadır. Ancak sorulması gereken soru; ilgili işlevin asli mi yoksa ek bir işlev mi olduğu ve kullanılan ortamın kopyalama kapasitesinin göreceli öneminin ödenecek adil tazminat tutarını etkileyip etkilemeyeceğidir. Hak sahibi tarafından uğranacak zararın asgari düzeyde olduğu düşünülürse söz konusu işlevin mevcut hale getirilmesinin adil tazminat ödeme yükümlülüğü doğurmaması gerekmektedir.

2. 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi; yerel mahkemenin karar vereceği bir husus olan söz konusu farklı araç ve bileşen kategorilerinin birbiri ile karşılaştırılamaz nitelikte olması ve bunlara yapılan farklı muamelenin haklı nedenlere dayanması koşuluyla, cep telefonlarının hafıza kartları gibi şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltım yapmak için kullanılabilen araçların tedarikinin şahsi kopyalama vergisine tabi olmasını, ancak MP3 çalarlar gibi temel amacı şahsi kullanıma yönelik kopyaların saklanması olan bileşenlerin tedarikinin söz konusu harca tabi olmayacağını öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmamaktadır.

3. 2001/29 sayılı Direktif'in 5(2)(b) Maddesi; kurumsal müşterilere cep telefonu hafıza kartları satışı yapan ve bu kartların ilgili müşteriler tarafından başka müşterilere satılacağını bilen, ancak kartların nihai alıcılarının bireysel veya kurumsal müşteriler olduğu hususunda bilgisi olmayan üreticiler ve ithalatçılar tarafından şahsi kullanıma yönelik kopyalar oluşturma hakkına getirilen istisna uyarınca, adil tazminatın finanse edilmesini sağlamak üzere vergi ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını aşağıda sayılan koşullara tabi olarak imkânsız kılmadığı şeklinde yorumlanmalıdır:

- Söz konusu sistemin uygulanmasının gerekliliğinin uygulama güçlükleri ile haklı kılınması;
- Muafiyetin vergiyi uygulamakla yükümlü kuruluşa kayıt olan ticari müşterilere yapılan tedarik ile sınırlandırılmayacağı anlaşılacakla birlikte, ödeme yapmakla mükellef kişilerin, cep telefonlarında kullanılan hafıza

kartlarını şahsi kullanıma yönelik kopyalama dışındaki amaçlarla gerçek kişiler dışındaki taraflara tedarik etmiş olduklarını doğrulayabiliyorlar ise vergiden muaf tutulmaları;

– Sistemin yürürlükte bulunan şahsi kopyalama vergisinin geri ödenmesine ilişkin hak tanınması ve ödenen verginin iadesini fazlasıyla zorlaştırmaması ve ilgili kuruluşa usulüne uygun olarak yapılan başvuruyu ibraz etmek suretiyle, yalnızca söz konusu hafıza kartının nihai kullanıcısının para iadesi alabilmesi.

4. 2001/29 sayılı Direktif'im 5(2)(b) Maddesi, bahse konu direktifin dibacesinin 35. paragrafı göz önünde bulundurulduğunda Üye Devletler'in, ilgili durumlarda hak sahiplerine verilen zararın asgari düzeyde olması koşuluna tabi olarak ve şahsi kopyalama istinası kapsamında yer alan hallerde adil tazminatın ödenmesine ilişkin muafiyet getirebilecekleri şeklinde yorumlanmalıdır. İlgili eşğin her şeyden önce eşit muamele ilkesine uygun olarak uygulanmasının gerekliliği anlaşılmalı birlikte, söz konusu zarar eşğinin belirlenmesi Üye Devletler'in takdirine tabidir.

5. 2001/29 sayılı Direktif; bir Üye Devlet'in ilgili direktifin 5(2). Maddesi uyarınca hak sahiplerinin kendi eserlerinin bulunduğu dosyaların şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltılmasına izin vermelerine yönelik herhangi bir hakkı ilgili hükmün esas kapsamında çıkardığı hallerde, bir hak sahibi tarafından kendi eserlerinin bulunduğu dosyaların kullanımı için verilecek iznin bu dosyalar kullanılmak suretiyle bahsi geçen direktifin 5(2)(b) Maddesi uyarınca yapılacak kopyalar için ödenecek adil tazminat üzerinde etkisi olmayacağı ve tek başına, ilgili dosyaları kullanan tarafın hak sahibine herhangi bir bedel ödemesi yönünde hiçbir yükümlülük doğurmayacağı şeklinde yorumlanmalıdır.

6. 2001/29 sayılı Direktif'in 6. Maddesi kapsamındaki teknolojik tedbirlerin DVD, CD, MP3 çalar ve bilgisayarlar gibi korumaya tabi eserlerin çoğaltılması amacıyla kullanılan araçlar için uygulanmasının söz konusu araçlar vasıtasıyla şahsi kullanıma yönelik olarak çoğaltılan kopyalar için ödenecek olan adil tazminat üzerinde hiçbir etkisi olmayacaktır. Ancak, söz konusu tedbirlerin uygulanmasının ilgili tazminatın fiili seviyesi üzerinde etkisi olabilir.

7. 2001/29 sayılı Direktif yasadışı kaynaklar kullanılarak, bir diğer ifadeyle hak sahibinin izni olmaksızın kamu erişimine açık hale getirilen korumaya tabi eserlerden oluşturulan kopyalar için adil tazminat tutarının ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız kılmaktadır.

8. 2001/29 sayılı Direktif, gerçek kişilerce korumaya tabi eserlerin üçüncü bir kişiye ait araçlar kullanılarak veya bu araçlar vasıtasıyla oluşturulan kopyaları için adil tazminat ödenmesini öngören ulusal mevzuatın uygulanmasını imkânsız hale getirmemektedir.

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)^[3]

10 July 2014

(Request for a preliminary ruling — Trademarks — Directive 2008/95/EC — Articles 2 and 3 — Signs capable of constituting a trade mark — Distinctive character — Representation, by design, of the layout of a flagship store — Registration as a trade mark for ‘services’ connected with the products on sale in such a store)

In Case C-421/13,

REQUEST for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundespatentgericht (Germany), made by decision of 8 May 2013, received at the Court on 24 July 2013, in the proceedings

Apple Inc.

v

Deutsches Patent- und Markenamt,

THE COURT (Third Chamber),

composed of M. Ilešič (Rapporteur), President of the Chamber, C.G. Fernlund, A.Ó Caoimh, C. Toader and E. Jarašiūnas, Judges,

Advocate General: M. Wathelet,

Registrar: K. Malacek, Administrator,

having regard to the written procedure and further to the hearing on 30 April 2014,

after considering the observations submitted on behalf of:

- Apple Inc., by V. Schmitz-Fohrmann and A. Ruge, Rechtsanwälte,
- the French Government, by D. Colas and F.-X. Bréchet, acting as Agents,

[3] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=154829&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=422129>

- the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,
- the European Commission, by F.W. Bulst and E. Montaguti, acting as Agents,

having decided, after hearing the Advocate General, to proceed to judgment without an Opinion,

gives the following

Judgment

1 This request for a preliminary ruling concerns the interpretation of Articles 2 and 3 of Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 2008 L 299, p. 25).

2 This request has been made in proceedings between Apple Inc. ('Apple') and the Deutsches Patent- und Markenamt (German Patent and Trade Mark Office, 'the DPMA') concerning the latter's rejection of an application for registration of a trade mark.

Legal context

European Union Law

3 Article 2 of Directive 2008/95 provides:

'A trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically, particularly words, including personal names, designs, letters, numerals, the shape of goods or of their packaging, provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.'

4 Under Article 3(1) of the directive:

'The following shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid:

...

- (b) trademarks which are devoid of any distinctive character;

(c) trademarks 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 services;

(d) trademarks which consist exclusively of signs or indications which have become customary in the current language or in the bona fide and established practices of the trade;

(e) signs which consist exclusively of:

(i) the shape which results from the nature of the goods themselves;

(ii) the shape of goods which is necessary to obtain a technical result;

(iii) the shape which gives substantial value to the goods;

...’

5 The wording of Articles 2 and 3 of Directive 2008/95 corresponds with that of Articles 2 and 3 of First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1), which was repealed and replaced by Directive 2008/95 with effect from 28 November 2008.

German law

6 Paragraph 3(1) of the Law on the protection of trademarks and other distinctive signs (Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz)) of 25 October 1994, (BGBl. 1994 I, p. 3082, the ‘MarkenG’), corresponds in substance with Article 2 of Directive 2008/95. Paragraph 3(2) provides:

‘Any sign which consists exclusively of a shape:

1. which results from the nature of the goods themselves,
2. which is necessary to obtain a technical result, or
3. which gives substantial value to the goods

shall not be capable of being protected as a trade mark.’

7 Paragraph 8 of that law states as follows:

‘(1) Signs that are worthy of protection within the meaning of Paragraph 3 which cannot be represented graphically shall not be registered as a trade mark.

(2) The following shall not be registered as a trade mark:

1. trademarks which are devoid of any distinctive character in relation to the goods or services concerned;
2. trademarks which consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the kind, quality, quantity, intended purpose, value, geographical origin, time of production of the goods or of the rendering of the service, or other characteristics of the goods or service.’

The dispute in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

8 On 10 November 2010, Apple obtained from the United States Patent and Trademark Office the registration of a three-dimensional trade mark consisting of the representation, by a design in colour (in particular, metallic grey and light brown), of its flagship stores for services within the meaning of Class 35 of the Nice Agreement concerning the International Classification of Goods and Services for the Purpose of the Registration of Marks adopted during the diplomatic conference of Nice on 15 June 1957 and last revised at Geneva on 13 May 1977 and modified on 28 September 1979 (United Nations Treaty Series, Vol. 1154, No I-18200, p. 89, the ‘Nice Agreement’), namely for ‘retail store services featuring computers, computer software, computer peripherals, mobile phones, consumer electronics and related accessories and demonstrations of products relating thereto’.

9 That representation, described by Apple as ‘the distinctive design and layout of a retail store’, is as follows:



10 Subsequently, Apple sought to extend this trade mark internationally under the Madrid Agreement concerning the International Registration of Marks of 14 April 1891, as revised and amended most recently on 28 September 1979 (United Nations Treaty Series, Vol. 828, No I-11852, p. 390). That extension was accepted in some States and refused in others.

11 On 24 January 2013, the DPMA refused the extension of that three-dimensional international trade mark (IR 1060321) to German territory on the ground that the depiction of the space devoted to the sale of the undertaking's products was nothing other than the representation of an essential aspect of that undertaking's business. The DPMA considered that while it is true that consumers may perceive the layout of such a retail space as an indication of the quality and price bracket of the products, they would not see it as an indication of their commercial origin. Besides, it considered that the retail store depicted in the case before it was not sufficiently distinguishable from the stores of other providers of electronic products.

12 Apple appealed to the Bundespatentgericht against the DPMA's refusal decision.

13 That court considers that the layout depicted by the three-dimensional trade mark, reproduced in paragraph 9 of this judgment, has features that distinguishes it from the usual layout of retail stores in that electronic sector.

14 Nevertheless, taking the view that the dispute before it raises more fundamental questions concerning trade mark law, the Bundespatentgericht decided to stay the proceedings and to refer the following questions to the Court of Justice:

(1) Is Article 2 of Directive [2008/95] to be interpreted as meaning that the possibility of protection for the 'packaging of goods' also extends to the presentation of the establishment in which a service is provided?

(2) Are Articles 2 and 3(1) of Directive [2008/95] to be interpreted as meaning that a sign representing the presentation of the establishment in which a service is provided is capable of being registered as a trade mark?

(3) Is Article 2 of Directive [2008/95] to be interpreted as meaning that the requirement for graphic representability is satisfied by a representation by a design alone or with such additions as a description of the layout or indications of the absolute dimensions in metres or of relative dimensions with indications as to proportions?

(4) Is Article 2 of Directive [2008/95] to be interpreted as meaning that the scale of the protection afforded by a trade mark for retail services also extends to the goods produced by the retailer itself?

The questions referred

The first to third questions

15 As a preliminary matter, it should be pointed out that, as is clear from the order for reference, the terms ‘presentation of the establishment in which a service is provided’ used in the first and second questions, refer to the circumstance that Apple requests the registration as a trade mark of a sign consisting of the depiction of its flagship stores for services which, according to Apple, fall within Class 35 of the Nice Agreement and comprise various services aimed at inducing the consumer to purchase its products.

16 Therefore, by its first to third questions, which it is appropriate to examine together, the referring court asks, in essence, whether Articles 2 and 3 of the Directive 2008/95 must be interpreted as meaning that the representation, by a design alone, without indicating the size or the proportions, of the layout of a retail store may be registered as a trade mark for services which comprise various services aimed at inducing the consumer to purchase the products of the applicant for registration and, if so, whether such a ‘presentation of the establishment in which a service is provided’ may be treated in the same way as ‘packaging.’

17 It should be recalled at the outset that, in order to be capable of constituting a trade mark for the purposes of Article 2 of Directive 2008/95, the subject-matter of any application for registration must satisfy three conditions. First, it must be a sign. Secondly, that sign must be capable of graphic representation. Thirdly, the sign must be capable of distinguishing the ‘goods’ or ‘services’ of one undertaking from those of other undertakings (see, as regards Article 2 of Directive 89/104, *Libertel*, C-104/01, EU:C:2003:244, paragraph 23; *Heidelberger Bauchemie*, C-49/02, EU:C:2004:384, paragraph 22; and, *Dyson*, C-321/03, EU:C:2007:51, paragraph 28).

18 It is absolutely plain from the wording of Article 2 of Directive 2008/95 that designs are among the categories of signs capable of graphic representation.

19 It follows that a representation, such as that at issue in the main proceedings, which depicts the layout of a retail store by means of an integral collection of lines, curves and shapes, may constitute a trade mark provided that it is capable of distinguishing the products or services of one undertaking from those of other undertakings. Consequently, such a representation satisfies the first and second conditions referred to at paragraph 17 of this judgment, without it being necessary either, on the one hand, to attribute any relevance to the fact that the design does not contain any indication as to the size and proportions of the retail store that it depicts, or, on the other hand, to examine

whether such a design could equally, as a 'presentation of the establishment in which a service is provided', be treated in the same way as 'packaging' within the meaning of Article 2 of Directive 2008/95.

20 The representation, by a design, of the layout of a retail store is also capable of distinguishing the products or services of one undertaking from those of other undertakings and, hence, satisfying the third condition referred to at paragraph 17 of this judgment. In that regard, it suffices to observe that it cannot be ruled out that the layout of a retail outlet depicted by such a sign may allow the products or the services for which registration is sought to be identified as originating from a particular undertaking. As the French Government and the Commission have submitted, this could be the case when the depicted layout departs significantly from the norm or customs of the economic sector concerned (see, by analogy, as to signs consisting of the appearance of the product itself, *Storck v OHIM*, C-25/05 P, EU:C:2006:422, paragraph 28, and *Vuitton Malletier v OHIM*, C-97/12 P, EU:C:2014:324, paragraph 52).

21 The fact that a sign is, in general, capable of constituting a trade mark within the meaning of Article 2 of Directive 2008/95 does not mean, however, that the sign necessarily has a distinctive character for the purposes of Article 3(1)(b) of the directive in relation to the products or services for which registration is sought (see, in relation to Articles 4 and 7 of Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community trade mark (OJ 1994 L 11, p. 1), the content of which corresponds with that of Articles 2 and 3 of Directive 2008/95, *Henkel v OHIM*, C-456/01 P and C-457/01 P, EU:C:2004:258, paragraph 32, and *OHIM v BORCO-Marken-Import Mathiesen*, C-265/09 P, EU:C:2010:508, paragraph 29).

22 The distinctive character of the sign must be assessed in concreto by reference to, first, the goods or services in question and, second, the perception of the relevant public, namely the average consumer of the category of goods or services in question, who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect (see, in particular, *Linde and Others*, C-53/01 to C-55/01, EU:C:2003:206, paragraph 41; *Koninklijke KPN Nederland*, C-363/99, EU:C:2004:86, paragraph 34; and *OHIM v BORCO-Marken-Import Mathiesen*, EU:C:2010:508, paragraphs 32 and 35).

23 It is also by an assessment in concreto that the competent authority must determine whether or not the sign is descriptive of the characteristics of the goods or services concerned within the meaning of Article 3(1)(c) of Directive 2008/95 or gives rise to any other ground listed also in Article 3

for the refusal of registration (Koninklijke KPN Nederland, EU:C:2004:86, paragraphs 31 and 32).

24 With the exception of Article 3(1)(e) of the directive, which exclusively covers signs for which registration is sought consisting of the shape of the goods and is thus irrelevant for the resolution of the dispute in the main proceedings, the provisions of Article 3(1), such as subparagraphs (b) and (c), make no explicit distinction between different categories of trade mark (see to that effect, *Linde and Others*, EU:C:2003:206, paragraphs 42 and 43). It follows that the assessment criteria that must be used by the competent authority when it applies the latter provisions to signs consisting of a design depicting the layout of a retail store do not differ from those used for other types of sign.

25 Finally, as regards the question, which is also critical for the resolution of the dispute in the main proceedings and which was debated at the hearing in response to a question inviting an oral response which was posed by the Court, namely whether services intended to induce the consumer to purchase the products of the applicant for registration can constitute ‘services’ within the meaning of Article 2 of Directive 2008/95 for which a sign, such as that at issue in the main proceedings, may be registered as a trade mark, Apple submits that such is the case and refers to the distinction that the Court has already made between the sale of goods, on the one hand, and services, falling within the concept of ‘service’, intended to induce that sale, on the other hand (*Praktiker Bau- und Heimwerkermärkte*, C-418/02, EU:C:2005:425, paragraphs 34 and 35). By contrast, the Commission considers that this case-law cannot be transposed to a situation, such as that arising in the main proceedings, in which the sole objective of those services is to induce the consumer to purchase the products of the applicant for trade mark registration itself.

26 In this regard, it must be held that, if none of the grounds for refusing registration set out in Directive 2008/95 preclude it, a sign depicting the layout of the flagship stores of a goods manufacturer may legitimately be registered not only for the goods themselves but also for services falling within one of the classes under the Nice Agreement concerning services, where those services do not form an integral part of the offer for sale of those goods. Certain services, such as those referred to in Apple’s application and clarified by Apple during the hearing, which consist of carrying out, in such stores, demonstrations by means of seminars of the products that are displayed there, can themselves constitute remunerated services falling within the concept of ‘service’.

27 In the light of all the foregoing considerations, the answer to the first to third questions is that Articles 2 and 3 of Directive 2008/95 must be interpreted

as meaning that the representation, by a design alone, without indicating the size or the proportions, of the layout of a retail store, may be registered as a trade mark for services consisting in services relating to those goods but which do not form an integral part of the offer for sale thereof, provided that the sign is capable of distinguishing the services of the applicant for registration from those of other undertakings and that registration is not precluded by any of the grounds for refusal set out in that directive.

The fourth question

28 As is clear from paragraphs 26 and 27 of this judgment, Directive 2008/95 does not preclude the registration of a sign for services which are connected with the goods of the applicant for registration.

29 The question as to the scale of the protection granted by such a trade mark, on the other hand, as Apple and the Commission have submitted, manifestly bears no relation to the subject-matter of the main proceedings, which are concerned exclusively with the refusal by the DPMA to register the sign reproduced in paragraph 9 above as a trade mark.

30 Consequently, in view of the Court's settled case-law, according to which a request for a preliminary ruling from a national court must be rejected where it appears to be quite obvious that the interpretation of Union law sought bears no relation to the facts or purpose of the main proceedings (see, *inter alia*, *Cipolla and Others*, C-94/04 and C-202/04, EU:C:2006:758, paragraph 25, and *Jakubowska*, C-225/09, EU:C:2010:729, paragraph 28), the fourth question must be declared inadmissible.

Costs

31 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

Articles 2 and 3 of Directive 2008/95 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks must be interpreted as meaning that the representation, by a design alone, without indicating the size or the proportions, of the layout of a retail store, may be registered as a trade mark for services consisting in services relating to those goods but which do not

form an integral part of the offer for sale thereof, provided that the sign is capable of distinguishing the services of the applicant for registration from those of other undertakings; and, that registration is not precluded by any of the grounds for refusal set out in that directive.

[Signatures]

DİVAN KARARI (Üçüncü Daire)^[4]

10 Temmuz 2014

(Ön karar için yapılan başvuru – Markalar – 2008/95/EC sayılı Direktif– Madde 2 ve 3 – Marka olmaya elverişli işaretler – Ayırt edici nitelik – Tasarım yoluyla amiral mağaza planının görüntülenmesi – Böyle bir mağazada satışa sunulan ürünlere ilişkin “hizmetler” bakımından marka tescili)

C421/13 Sayılı Davada,

Apple Inc.

v

Deutsches Patent- und Markenamt,

8 Mayıs 2013 tarihli karar ile Federal Mahkeme (Almanya) tarafından gerçekleştirilmiş, Avrupa Birliği'nin İşleyişine Dair Antlaşma'nın (TFEU) 267. maddesi uyarınca ön karar için yapılan ve 24 Temmuz 2013 tarihindeki adli kovuşturmada Divan tarafından kabul edilen BAŞVURU,

DİVAN (Üçüncü Daire)

Daire Başkanı M. Ileşi (Raportör) ile Hâkimler C.G. Fernlund, A.Ó Caoimh, C. Toader ve E. Jaraşinas'tan oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: M. Wathelet,

Katip: K. Malacek, Yönetici

yazılı usul dikkate alınarak ve 30 Nisan 2014 tarihli celseye istinaden,

– Apple Inc'yi temsilen V. Schmitz-Fohrmann ve A. Ruge, Rechtsanwältin;

– Fransız Hükümeti'ni temsilen Vekil sıfatıyla D. Colas ve F.-X. Bréchet;

– Polonya Hükümeti'ni temsilen Vekil sıfatıyla B. Majczyna;

[4] Ankara Barosu'na kayıtlı Av. Güldeniz Doğan Alkan ile Stj. Av. Alkım Akan tarafından İngilizce metin üzerinden bilimsel amaçlı yapılan işbu tercüme, gayri resmi nitelikte olup, hiçbir kişi, kurum ve kuruluşu bağlamaz ve sorumluluk oluşturmaz.

– Avrupa Komisyonu’nu temsilen Vekil sıfatıyla F.W. Bulst ve E. Montaguti tarafından sunulmuş olan görüşlerin değerlendirilmesinin ardından,

Hukuk sözcüsü dinlendikten sonra, herhangi bir görüş belirtmeden yargılamaya devam etmeye karar vermiş olup; aşağıdaki hükme varmıştır:

Hüküm

1 Bu ön karar başvurusu, Üye Devletlerin markalara ilişkin mevzuatlarının yaklaştırılması hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi’nin (OJ 2008 L 2009, s. 25) 2. ve 3. maddelerinin yorumlanması ile ilgilidir.

2 Bu başvuru, Apple Inc. (“Apple”) ve Deutsches Patent- und Markenamt (Alman Patent ve Marka Ofisi, “DPMA”) arasında görülmekte olan, DPMA tarafından marka tescil başvurusunun reddedilmesine ilişkin dava esnasında yapılmıştır.

Hukuki Çerçeve

Avrupa Birliği Hukuku

3 2008/95 sayılı Direktif’in 2. maddesi şu şekildedir:

“Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen her türlü işareti içerir.”

4 Direktif’in 3(1). maddesi uyarınca:

“Aşağıdakiler tescil edilmezler, tescil edilmişlerse bile hükümsüz sayılırlar:

...

(b) hiçbir ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalar;

(c) ticaret alanında türü, kaliteyi, miktarı, kullanım amacı, değeri, coğrafi kaynak, ya da malların üretim veya hizmetlerin sunum zamanını veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirtmeye yarayan işaretler veya adlandırmaları münhasıran içeren markalar;

(d) günlük dilde ya da iyi niyetli ve yerleşik ticari uygulamalarda mutata hale gelmiş olan işaretler ya da adlandırmaları münhasıran içeren markalar;

e) münhasıran aşağıdakilerden oluşan işaretler:

(i) malların özgün doğal yapısından ortaya çıkan şekli, ya da

(ii) malların teknik bir sonuç elde etmek için gerekli olan şekli, ya da

(iii) mallara asli değerini veren şekli içeren işaretler;

...”

5 2008/95 sayılı Direktif’in 2. ve 3. maddelerinin lafzı, 2008/95 sayılı Direktif ile 28 Kasım 2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılan ve bu Direktif’in yerine geçtiği Üye Devletlerin markalara ilişkin mevzuatlarının yakınlaştırılması hakkında 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104/EEC sayılı Birinci Konsey Direktifi’nin (OJ 1989 L 40, s. 1) 2. ve 3. maddelerine karşılık gelmektedir.

Alman Hukuku

6 25 Ekim 1994 tarihli markaların ve diğer ayırt edici işaretlerin korunması hakkında Kanun’un (Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen (Markengesetz)) 3(1). paragrafı (BGBI. 1994 I, s. 3082, “MarkenG”) esasen 2008/95 sayılı Direktif’in 2. maddesine karşılık gelmektedir. 3(2). paragraf şu şekildedir:

“Münhasıran şekil unsurundan oluşan hiçbir işaret, eğer şekil unsuru:

1. malların özgün doğal yapısından ortaya çıkıyorsa,
2. teknik bir sonuç elde etmek için gerekli ise veya
3. mallara asli değerini veriyor ise,

marka olarak korunmaya elverişli değildir.”

7 İlgili Kanun’un 8. paragrafı şu şekildedir:

“(1) 3. paragraf anlamında korunmaya değer olan; ancak çizimle görüntülenemeyen işaretler marka olarak tescil edilmez.

(2) Aşağıdakiler marka olarak tescil edilmez:

1. İlgili mal ve hizmetler bakımından ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalar;

2. Ticaret alanında cins, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirtebilecek veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirtebilecek işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.”

Esas dava kapsamındaki ihtilaf konusu ve ön karar ile ilgili sorular

8 10 Kasım 2010 tarihinde Apple, renkli (özellikle metalik gri ve açık kahverengi renklerden oluşan) tasarım yoluyla görüntülediği amiral mağazalarını, 15 Haziran 1979 tarihinde Nice Diplomatik Konferansı'nda kabul edilen, en son 13 Mayıs 1977 tarihinde Cenevre'de yeniden düzenlenen ve 28 Eylül 1979 tarihinde değişikliğe uğrayan Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması (Birleşmiş Milletler Antlaşma Serileri, Cilt 1154, No. I18200, s. 89, “Nice Anlaşması”) kapsamında 35. sınıftaki hizmetler; yani “bilgisayarlar, bilgisayar yazılımları, bilgisayar donanımları, cep telefonları, tüketici elektronikleri ve bunların aksesuarları ve ürünlerin gösterimlerini kapsayan perakende satış mağazası hizmetleri” için Birleşik Devletler Patent ve Marka Ofisi nezdinde üç boyutlu marka olarak tescil ettirmiştir.

9 Apple tarafından “perakende satış mağazasının ayırt edici tasarımı ve planı” olarak tanımlanan görüntü şu şekildedir:



10 Apple daha sonradan bu markasını, en son 28 Eylül 1979 tarihinden gözden geçirilip değiştirilen 14 Nisan 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması (Birleşmiş Milletler Antlaşma Serileri, Cilt 828, No. I11852, s. 390) dahilinde uluslararası alanda genişletmek istemiştir. Bu talep, bazı devletler tarafından kabul edilirken bazılarınca reddedilmiştir.

11 24 Ocak 2013 tarihinde DPMA, bir teşebbüsün ürünlerinin satışına tahsis edilen mekânın tasvir edilmesinin, o teşebbüsün faaliyetlerinin esaslı bir unsurunun tasvir edilmesinden başka bir şey olmadığı yönündeki gerekçesiyle bu üç boyutlu uluslararası markanın (IR 1060321) Alman toprakları bakımından genişletilmesi talebini reddetmiştir. DPMA, böyle bir satış mekânı planının

tüketiciler tarafından satışa sunulan ürünlerin kalitesini ve fiyat aralığını belirten bir gösterge olarak algılanabileceğini kabul etmekle birlikte tüketicilerin bunu ürünlerin ticari kaynağına işaret eden bir gösterge olarak algılamayacağı sonucuna varmıştır. Ayrıca, somut olayda tasvir edilen perakende satış mağazasının, elektronik ürün satan diğer mağazalardan veya ürün sağlayıcılardan yeterli düzeyde ayırt edilebilir olmadığı sonucuna varmıştır.

12 Apple, DPMA'nın ret kararı aleyhine Federal Mahkeme'de dava açmıştır.

13 Divan, işbu kararın 9. paragrafında görüntülenen üç boyutlu marka ile tasvir edilen planın, bunu ilgili elektronik sektöründeki diğer perakende satış mağazalarının olağan planından ayırt eden özellikleri olduğu görüşündedir.

14 Buna karşın Federal Mahkeme, ele aldığı ihtilafın marka hukukuna ilişkin daha temel sorular doğurduğu görüşünü benimseyerek yargılama işlemlerinin durdurulmasına ve ön karar için aşağıdaki soruların Divan'a yöneltilmesine karar vermiştir:

“(1) Direktif'in [2008/95] 2. maddesi, “malların ... ambalajları”na ilişkin koruma sağlanması ihtimalinin, içinde hizmet sağlanan bir kuruluşun görünümünü de kapsadığı anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanmalı mıdır?

(2) Direktif'in [2008/95] 2. ve 3. maddeleri, içinde hizmet sağlanan bir kuruluşun görünümünü tasvir eden bir işaretin marka olarak tescil edilmeye elverişli olduğu anlamına gelecek şekilde yorumlanmalı mıdır?

(3) Direktif'in [2008/95] 2. maddesi, çizim yoluyla görüntülenebilirlik koşulunun salt tasarım yoluyla görüntüleme suretiyle sağlanacağı şeklinde mi yoksa planın tanımı veya metre cinsinden kesin ölçüleri ya da oransal ölçüleri gibi ilave unsura yer verilmesi suretiyle sağlanacağı şeklinde mi yorumlanmalıdır?

(4) Direktif'in [2008/95] 2. maddesi, markanın perakendecilik hizmetleri bakımından sağladığı koruma kapsamının perakendeci tarafından üretilen malları da kapsadığı şeklinde geniş yorumlanmalı mıdır?

Yöneltilen soruların değerlendirilmesi

1. ve 3. Sorular

15 Bir ön mesele olarak şu belirtilmelidir ki, soruların yöneltilme sırasından açıkça anlaşıldığı üzere, birinci ve ikinci sorularda yer alan “içinde hizmet sağlanan bir kuruluşun görünümü” ibaresi, Apple tarafından amiral mağazalarının tasvirinden oluşan bir işaretin, Apple'a göre Nice Antlaşması

anlamında 35. sınıf kapsamına giren ve tüketicuyu mallarını almaya teşvik edecek çeşitli hizmetlerden oluşan hizmetler için marka olarak tescil edilmesi talebinde bulunulması durumunu ifade etmektedir.

16 Bu bağlamda, başvuran mahkeme, birlikte ele alınması uygun olan birinci ve üçüncü sorularıyla esasında, 2008/95 sayılı Direktif'in 2. ve 3. maddelerinin yorumu kapsamında, ölçüleri veya oranları belirtilmeden salt tasarım yoluyla bir mağaza planının görüntüsünün, tüketiciyi başvuru sahibinin mallarını almaya teşvik etmeye yönelik çeşitli hizmetler için marka olarak tescil edilip edilemeyeceği, eğer tescil edilebilir ise, bu şekilde "içinde hizmet sağlanan bir kuruluşun görünümü" nün "ambalajlama" ile aynı esaslara tabi tutulup tutulmayacağını sormaktadır.

17 Öncelikle şu hatırlanmalıdır ki, bir tescil başvurusunun 2008/95 sayılı Direktif'in 2. maddesi anlamında marka teşkil edebilmesi için başvuru konusunun üç koşulu sağlaması gerekmektedir. İlk olarak, bunun bir işaret olması gerekir. İkinci olarak, bu işaretin çizim yoluyla görüntülenebilir olması gerekir. Üçüncü olarak, bu işaretin bir teşebbüsün "mallarını" veya "hizmetlerini" başka teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması gerekir (bkz., 89/104 sayılı Direktif'in 2. maddesine ilişkin, Libertel, C104/01, EU:C:2003:244, paragraf 23; Heidelberger Bauchemie, C49/02, EU:C:2004:384, paragraf 22; ve, Dyson, C321/03, EU:C:2007:51, paragraf 28).

18 2008/95 sayılı Direktif'in 2. maddesinin lafzından, tasarımların çizimle görüntülenebilir işaret kategorileri arasında olduğu açıkça ortadadır.

19 Bundan hareketle, esas davaya konu olan gibi, bir perakende satış mağazasının planını tasvir eden ve bütün oluşturan çizgiler, eğriler ve şekiller toplamından oluşan bir görüntü, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla marka teşkil edebilir. Bu itibarla böyle bir görüntü, tasarımın, tasvir ettiği satış mağazasının boyutuna veya oranlarına ilişkin herhangi bir gösterge içermemesine önem atfedilmesine ya da "içinde hizmet sağlanan bir kuruluşun görünümü" olarak 2008/95 sayılı Direktif'in 2. maddesi anlamında "ambalajlama" ile aynı esaslara tabi tutulup tutulmayacağını araştırılmasına gerek olmaksızın işbu kararın 17. paragrafında atıf yapılan birinci ve ikinci koşulu karşılamaktadır.

20 Tasarım yoluyla bir perakende satış mağazası planının görüntülenmesi, aynı zamanda bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye elverişlidir; yani işbu kararın 17. paragrafında atıf yapılan üçüncü koşulu da karşılamaktadır. Bu itibarla, bu şekilde bir işaretle

tasvir edilen perakende satış yeri planının, tescil edilmek istendiği ürün veya hizmetlerin belirli bir teşebbüsten kaynaklandığını belirtebileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir. Fransız Hükümeti ve Komisyon tarafından da belirtildiği üzere, tasvir edilen planın ilgili ekonomik sektörün kurallarından veya geleneklerinden önemli ölçüde sapması halinde böyle bir durum ortaya çıkabilir (bkz., kıyas yoluyla, ürünün kendisinin görünümünden oluşan işaretlere ilişkin, Storck v OHIM, C25/05 P, EU:C:2006:422, paragraf 28, ve Vuitton Malletier v OHIM, C97/12 P, EU:C:2014:324, paragraf 52).

21 Buna karşın bir işaretin, genel olarak, 2008/95 sayılı Direktif'in 2. maddesi anlamında marka teşkil etmeye elverişli olması, bu işaretin mutlaka Direktif'in 3(1)(b) maddesi anlamında tescil edilmek istendiği ürün veya hizmetler bakımından ayırt edici nitelik taşıdığını göstermez (bkz., içerik olarak 2008/95 sayılı Direktif'in 2. ve 3. maddelerine karşılık gelen Topluluk Markası üzerine 40/94 sayılı ve 20 Aralık 1993 tarihli Konsey Tüzüğü'nün (EC) (OJ 1994 L 11, s. 1) 4. ve 7. maddelerine ilişkin olarak, Henkel v OHIM, C456/01 P ve C457/01 P, EU:C:2004:258, paragraf 32, ve OHIM v BORCO-Marken-Import Matthiesen, C265/09 P, EU:C:2010:508, paragraf 29).

22 İşaretin ayırt edici niteliği bilhassa (in concreto) ilk önce ilgili mal ve hizmetler yönünden, ikinci olarak ise ilgili kitle; yani makul derecede bilgi sahibi ve makul derecede dikkatli ve tedbirli olan söz konusu mal ve hizmetlerin ortalama tüketici kitlesi yönünden değerlendirilmelidir (bkz., özellikle, Linde and Others, C53/01 ila C55/01, EU:C:2003:206, paragraf 41; Koninklijke KPN Nederland, C363/99, EU:C:2004:86, paragraf 34; ve OHIM v BORCO-Marken-Import Matthiesen, EU:C:2010:508, paragraf 32 ve 35).

23 Bunun yanı sıra yetkili mercii, bilhassa (in concreto) 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1)(c) maddesi anlamında işaretin ilgili mal ve hizmetlerin niteliği açısından tanımlayıcı olup olmadığına veya gene 3. maddede yer alan tescilin reddi gerekçelerine vücut verip vermediğine karar vermelidir (Koninklijke KPN Nederland, EU:C:2004:86, paragraf 31 ve 32).

24 Münhasıran malların şeklinden oluşan tescil edilmek istenen işaretleri kapsayan ve bu sebeple esas davaya konu uyumsuzluğun çözümü ile ilgili olmayan Direktif'in 3(1)(e). maddesi haricen, 3(1). maddesi hükümleri, (b) ve (c) bentleri gibi, farklı marka kategorileri arasında açık bir ayırım yapmamaktadır (bu bağlamda bkz., Linde and Others, EU:C.2003:206, paragraf 42 ve 43). Dolayısıyla, bir perakende satış mağazasının planını tasvir eden işaretlere bu hükümleri uygularken yetkili merciinin benimsemesi gereken esaslar, başka tür markalar bakımından benimsenen esaslardan farklı değildir.

25 Son olarak, esas davadaki uyuşmazlığın çözümü bakımından önemli olan ve duruşmada Divan tarafından sorulan soru üzerine sözlü cevap olarak da tartışılan, tüketicileri tescil başvurusunda bulunanın ürünlerini satın almaya teşvik etmeye yönelik hizmetlerin, işbu davadaki gibi işaretlerin tescil edilebileceğini öngören 2008/95 sayılı Direktif'in 2. maddesi anlamında "hizmet" teşkil edip etmediği sorusuna ilişkin olarak Apple, olaydaki durumun da bu şekilde olduğunu ileri sürmüş ve Divan tarafından hâlihazırda yapılmış olan malların satımı ile "hizmet" kapsamına giren ve satışa teşvik etmeye yarayan hizmetler arasındaki ayrıma işaret etmiştir (Praktiker Bau- und Heimwerkermarkte, C418/02, EU:C:2005:425, paragraf 34 ve 35). Buna karşılık, Komisyon'a göre içtihat, işbu davada ortaya çıkan gibi, söz konusu hizmetlerin tek amacının tüketicileri marka tescili başvurusunda bulunanın ürünlerini satın almaya teşvik etmek olduğu bir duruma aktarılamaz.

26 Bu bağlamda, eğer 2008/95 sayılı Direktif'te yer alan tescilin reddini gerektiren durumlardan hiçbiri buna engel teşkil etmez ise, bir mal üreticisinin amiral mağazalarının planını tasvir eden bir işaret yalnızca malların kendisi için değil, aynı zamanda Nice Antlaşması'nda belirtilen hizmet sınıflarından biri arasında yer alan hizmetler için de, bu hizmetlerin ilgili malların satışa sunulmasının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaması kaydıyla, meşru bir şekilde tescil edilebilir. Apple'ın başvurusunda belirtilen ve Apple tarafından duruşma sırasında açıklığa kavuşturulan hizmetler gibi ilgili mağazalarda sergilenen ürünlerin seminer yoluyla gösterimi gibi hizmetlerin kendisi "hizmet" kavramı kapsamında yer alan karşılığı ödenmiş hizmetleri teşkil edebilir.

27 Yukarıda yer alan tüm açıklamalar ışığında, birinci ve üçüncü soruların cevabı, 2008/95 sayılı Direktif'in 2. ve 3. maddelerinin, tescil başvurusu sahibinin hizmetlerini başka teşebbüslerin hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olması ve ilgili Direktif'te yer alan tescilin reddi gerekçelerinden herhangi birinin bunu önüne geçmemesi kaydıyla, bir perakende satış mağazası planının, ölçüleri veya oranları belirtilmeden, salt tasarım yoluyla görüntülenmesinin, ilgili mallara ilişkin hizmetler bakımından, bu hizmetlerin malların satışa sunulmasının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaması kaydıyla, marka olarak tescil edilebileceği yönünde yorumlanacağıdır.

Dördüncü Soru

28 İşbu kararın 26. ve 27. paragraflarından da açıkça anlaşılacağı üzere, 2008/95 sayılı Direktif bir işaretin tescil başvurusu sahibinin malları ile bağlantılı hizmetler için tescil edilmesini engellemektedir.

29 Buna karşın, böyle bir marka ile sağlanan koruma kapsamı, Apple ve Komisyon tarafından da belirtildiği üzere, münhasıran yukarıda 9.paragrafta görüntülenen işaretin marka olarak tescil edilmesinin DPMA tarafından reddedilmesine ilişkin olan esas davanın konusu ile açıkça ilgili değildir.

30 Bu sebeple, talep edildiği gibi Avrupa Birliği hukukunun yorumlanmasının esas davadaki olgularla veya esas davanın amacıyla ilgili olmadığına açıkça anlaşılması halinde ulusal mahkeme tarafından yapılan ön karar başvurusunun reddedilmesini öngören Divan'ın yerleşik içtihadı gözetildiğinde (bkz., diğerlerinin yanında, Cipolla and Others, C94/04 ve C202/04, EU:C:2006:758, paragraf 25, ve Jakubowska, C225/09, EU:C:2010:729, paragraf 28) dördüncü sorunun geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Masraflar

31 Buradaki adli muameleler, esas davanın tarafları için ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan, masraflar hakkındaki karar, ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bu tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (Üçüncü Daire) şu şekilde karar vermektedir:

Üye Devletlerin markalara ilişkin mevzuatlarının yakınlaştırılması hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin 2. ve 3. maddeleri, tescil başvurusu sahibinin hizmetlerini başka teşebbüslerin hizmetlerinden ayırt etmeye elverişli olması ve ilgili Direktif'te yer alan tescilin reddi gerekçelerinden herhangi birinin bunun önüne geçmemesi kaydıyla, bir perakende satış mağazası planının, ölçüleri veya oranları belirtilmeden, salt tasarım yoluyla görüntülenmesinin, ilgili mallara ilişkin hizmetler bakımından, bu hizmetlerin malların satışa sunulmasının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaması kaydıyla, marka olarak tescil edilebileceği yönünde yorumlanacağıdır.

[İmzalar]

JUDGMENT OF THE COURT (Third Chamber)^[5]

19 June 2014

(Request for a preliminary ruling — Trade marks — Directive 2008/95/EC — Article 3(1) and (3) — Mark consisting of a contourless red colour, registered for banking services — Application for a declaration of invalidity — Distinctive character acquired through use — Evidence — Consumer survey — Time when distinctive character through use is acquired — Burden of proof)

In Joined Cases C-217/13 and C-218/13,

REQUESTS for a preliminary ruling under Article 267 TFEU from the Bundespatentgericht (Germany), made by decisions of 8 March 2013, received at the Court on 24 April 2013, in the proceedings

Oberbank AG (C-217/13),

Banco Santander SA (C-218/13),

Santander Consumer Bank AG (C-218/13)

v

Deutscher Sparkassen- und Giroverband eV,

THE COURT (Third Chamber),

composed of M. Ilešič, President of the Chamber, C.G. Fernlund, A. Ó Caoimh, C. Toader and E. Jarašiūnas (Rapporteur), Judges,

Advocate General: M. Wathelet,

Registrar: A. Calot Escobar,

having regard to the written procedure,

after considering the observations submitted on behalf of:

– Oberbank AG, by S. Jackermeier, Rechtsanwalt,

[5] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153812&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=423334>

- Banco Santander SA and Santander Consumer Bank AG, by B. Goebel, Rechtsanwalt,
- Deutscher Sparkassen- und Giroverband eV, by S. Fiscoeder, U. Lüken and U. Karpenstein, Rechtsanwälte,
- the Spanish Government, by N. Díaz Abad, acting as Agent,
- the Polish Government, by B. Majczyna, acting as Agent,
- the United Kingdom Government, by S. Brighthouse, acting as Agent, and by S. Ford, Barrister,
- the European Commission, by F.W. Bulst and G. Braun, acting as Agents,

having decided, after hearing the Advocate General, to proceed to judgment without an Opinion,

gives the following

Judgment

1 The present requests for a preliminary ruling concern the interpretation of Article 3(1) and (3) of Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ 2009 L 299, p. 25; corrigendum OJ 2009 L 11, p. 86).

2 The requests have been made in the course of two sets of proceedings between, first, in Case C-217/13, Oberbank AG (‘Oberbank’) and, second, in Case C-218/13, Banco Santander SA (‘Banco Santander’) and Santander Consumer Bank AG (‘Santander Consumer Bank’), on the one hand, and Deutscher Sparkassen- und Giroverband eV (‘DSGV’), on the other hand, concerning applications for a declaration of invalidity made in respect of a contourless red colour mark of which DSGV is the proprietor.

Legal context

EU law

3 Directive 2008/95 repealed and replaced First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member

States relating to trade marks (OJ 1989 L 40, p. 1; corrigendum OJ 1989 L 207, p. 44).

4 Recital 1 in the preamble to Directive 2008/95 states:

‘The content of [Directive 89/104] has been amended In the interests of clarity and rationality the said Directive should be codified.’

5 Recitals 6 and 10 in the preamble to Directive 2008/95, which essentially correspond to the fifth and ninth recitals in the preamble to Directive 89/104, state:

‘(6) Member States should ... remain free to fix the provisions of procedure concerning the registration, the revocation and the invalidity of trade marks acquired by registration. They can, for example, determine the form of trade mark registration and invalidity procedures ...

...

(10) It is fundamental, in order to facilitate the free movement of goods and services, to ensure that registered trade marks enjoy the same protection under the legal systems of all the Member States. ...’

6 Under Article 2 of Directive 2008/95, which is entitled ‘Signs of which a trade mark may consist’ and worded in the same terms as Article 2 of Directive 89/104:

‘A trade mark may consist of any signs capable of being represented graphically ..., provided that such signs are capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings.’

7 Article 3 of Directive 2008/95, which is entitled ‘Grounds for refusal or invalidity’, which reproduces the content of Article 3 of Directive 89/104 without amending its substance, provides:

‘1. The following shall not be registered or, if registered, shall be liable to be declared invalid:

...

(b) trade marks which are devoid of any distinctive character;

...

3. A trade mark shall not be refused registration or be declared invalid in accordance with paragraph 1(b), (c) or (d) if, before the date of application for registration and following the use which has been made of it, it has acquired a distinctive character. Any Member State may in addition provide that this provision shall also apply where the distinctive character was acquired after the date of application for registration or after the date of registration.

...’

German law

8 Paragraph 8(2)(1) of the Law on the protection of trade marks and other signs (Markengesetz) of 25 October 1994 (BGBl. 1994 I, p. 3082) (‘the MarkenG’), states:

‘The following shall not be registered:

1. trade marks which are devoid of any distinctive character in relation to the goods or services concerned.’

9 Paragraph 8(3) of the MarkenG provides:

‘[Subparagraph 2(1)] ... shall not apply where the trade mark has, before the date of the decision on registration, become accepted in the trade circles concerned following the use which has been made of it in respect of the goods or services for which registration has been sought.’

10 Paragraph 37(2) of the MarkenG is worded as follows:

‘If the examination reveals that the trade mark did not meet the conditions laid down in Paragraph 8(2)(1), (2) or (3) on the filing date ..., but that the ground for refusal ceased to apply after the filing date, the application may not be refused if the applicant declares his agreement that, irrespective of the original filing date ..., the date on which the ground for refusal ceased to apply is deemed to be the filing date and is relevant for the determination of seniority within the meaning of Paragraph 6(2).’

11 Under Paragraph 50(1) and (2) of the MarkenG:

‘1. The registration of a trade mark shall be declared valid, on request, if it has been registered in contravention of [Paragraph 8].

2. If the trade mark has been registered in contravention of [Paragraph 8(2) (1)], the registration may be declared invalid only if the ground for refusal still exists on the date of the decision on the application for a declaration of invalidity. ...'

The actions in the main proceedings and the questions referred for a preliminary ruling

12 The orders for reference state that, on 7 February 2002, DSGV filed an application for registration of a contourless red colour mark HKS 13 ('the mark at issue') in respect of a number of goods and services.

13 By decision of 4 September 2003, the Deutsches Patent- und Markenamt (German Patent and Trade Mark Office) ('the DPMA') dismissed that application. DSGV brought an action against that decision, limiting its application for registration to certain services in Class 36 of the Nice Agreement of 15 June 1957 concerning International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks, as revised and amended, and submitting a consumer survey dated 24 January 2006.

14 By decision of 28 June 2007, the DPMA annulled that decision. It stated that, on the basis of the survey submitted, it had to be assumed that the mark at issue had gained a degree of acceptance in the trade circles concerned, within the meaning of Paragraph 8(3) of the MarkenG, of 67.9% for the remaining services covered by the application for registration. On 11 July 2007, that mark was accordingly registered for services in Class 36 corresponding, in essence, to various retail banking services.

15 On 15 January 2008, Oberbank applied for a declaration of invalidity in respect of the mark at issue maintaining, *inter alia*, that it had not acquired a distinctive character through use. DSGV contested that application.

16 By decision of 16 June 2009, the DPMA dismissed that application, considering that the mark at issue, although intrinsically devoid of distinctive character, had acquired a distinctive character through use, as evidenced by the consumer survey of 24 January 2006 and other documents submitted by DSGV.

17 Oberbank lodged an appeal before the referring court seeking the annulment of that decision and a declaration of invalidity in respect of the mark at issue. Before the referring court, Oberbank invokes the lack of distinctive character of that mark. DSGV contends that the appeal should be dismissed

and, with regard to whether that mark has acquired a distinctive character through use, submits another consumer survey conducted in June 2011.

18 On 19 October 2009, Banco Santander and Santander Consumer Bank both sought a declaration of invalidity in respect of the mark at issue, on the basis of grounds similar to those relied on by Oberbank in its application of 15 January 2008. In addition, for the purpose of justifying their applications for a declaration of invalidity, they submitted several other consumer surveys and expert reports before the DPMA. DSGV has contested those applications.

19 After joining the two sets of proceedings, the DPMA, by decision of 24 April 2012, dismissed those applications on grounds similar to those put forward in its decision of 16 June 2009.

20 Banco Santander and Santander Consumer Bank brought an action against that decision before the referring court, similar to the action brought by Oberbank in the other case. In addition, they submitted that the burden of proof for distinctive character acquired through use, in the context of invalidity proceedings, must be borne by the proprietor of the mark. DSGV also contends that the action should be dismissed.

21 The referring court observes, in the first place, that the colour HKS 13 is intrinsically devoid of distinctive character and that, in order to establish whether a colour mark has acquired a distinctive character following the use which has been made of it, the case-law of the German Courts requires that a survey must be conducted so as to determine the ‘adjusted degree of association’ or the ‘degree of acceptance’ of the mark in question.

22 According to the referring court, having regard to the specific features of the case, only a degree of acceptance of over 70% would permit the conclusion that the mark at issue has a distinctive character acquired through use, the features in question having as their basis the fact that it is a colour per se and the expenditure incurred by DSGV on advertising does not offer any indication as to whether it has been able to gain acceptance for the tone HKS 13 as a trade mark on its own for the services offered.

23 The referring court asks what degree of acceptance in the trade circles concerned must there be for a contourless colour mark to be regarded as having a distinctive character acquired through use. The referring court observes that the Court has not yet ruled in that regard.

24 In the second place, the referring court considers that the proceedings turn on whether the mark at issue must have acquired a distinctive character through use on the date on which the application for registration is filed or the date on which the mark was registered. It states that, under German legislation, the registration of a trade mark must be declared invalid where the mark has not acquired a distinctive character through use before the date of the decision on registration (Paragraphs 8 and 50(1) of the MarkenG) and where it has not acquired a distinctive character through use on the date of the decision on the application for a declaration of invalidity (first sentence of Paragraph 50(2) of the MarkenG).

25 The referring court states that the German legislation must however be interpreted to the effect that the Federal Republic of Germany has not exercised the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95. According to the referring court, Paragraph 8(3) of the MarkenG must be read in the light of Paragraph 37(2) of that law which requires that a mark may be registered only if it was distinctive on the date on which the application was filed. In the event that the mark acquired a distinctive character only after the date of application, Paragraph 37(2) of the MarkenG expressly provides for a deferral of seniority, which requires the agreement of the applicant. According to the referring court, the deferral of seniority is thus equivalent to a withdrawal of the application and to a subsequent, fresh application for the trade mark. The referring court states that the German legislation must therefore be interpreted to the effect that the trade mark must have acquired a distinctive character before the date of application and the same applies in the context of proceedings for a declaration of invalidity.

26 In the present case, if the date of registration is relevant, the required degree of acceptance of 70% has not been achieved. If, on the other hand, the date on which the application was filed is relevant, it is necessary to examine the situation prevailing on that date.

27 In the third place, the referring court points out that the proceedings also turn on the approach to be taken where certain relevant facts can no longer be determined.

28 In those circumstances, the Bundespatentgericht (Federal Patent Court) decided to stay the proceedings and to refer, in each of the cases in the main proceedings, the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

(1) Does Article 3(1) and (3) of [Directive 2008/95] preclude an interpretation of national law according to which, for an abstract colour mark (in this case: red HKS 13) which is claimed for services in the financial affairs sector, a consumer survey must indicate an adjusted degree of association of at least 70% in order to form a basis for the assumption that the trade mark has acquired a distinctive character following the use which has been made of it?

(2) Is the first sentence of Article 3(3) of [Directive 2008/95] to be interpreted to the effect that the time at which the application for the trade mark was filed — and not the time at which it was registered — is relevant in the case where the trade mark proprietor claims, in his defence against an application for a declaration invalidating the trade mark, that the trade mark acquired a distinctive character, following the use made of it, in any event more than three years after the application, but prior to registration?

(3) In the event that, under the abovementioned conditions, the time at which the application was filed is also relevant:

Is the trade mark to be declared invalid if it is not clarified, and can no longer be clarified, whether it had acquired a distinctive character, following the use made of it, at the time when the application was filed? Or does the declaration of invalidity require the applicant seeking that declaration to prove that the trade mark had not acquired a distinctive character, following the use made of it, at the time when the application was filed?

29 By decision of the President of the Court of 14 May 2013, the present cases were joined for the purposes of the written and oral procedure and the judgment.

The questions referred

Preliminary observations

30 The requests for a preliminary ruling refer to Directive 2008/95. The Court will, as a consequence, provide the interpretation of Directive 2008/95 which the referring court requests. It should nevertheless be stated that that directive, under Article 18 thereof, entered into force on the 20th day following its publication in the Official Journal of the European Union, that is to say 28 November 2008. It is apparent from the order of reference in Case C-217/13 that Oberbank filed its application for a declaration of invalidity in respect of the mark at issue with the DPMA on 15 January 2008, when Directive 89/104 was still in force.

31 If the referring court should find that the main proceedings relate, in Case C-217/13, to Directive 89/104, it should be stated that the answers given to the questions referred in the present case are applicable to that earlier legislation. In relation to the equivalent provisions of Directive 89/104, the provisions of Directive 2008/95 that are relevant for the case before the referring court were not substantively amended, as regards their wording, context or purpose, when Directive 2008/95 was adopted and which, pursuant to recital 1 in the preamble to that directive, merely codified Directive 89/104.

32 For the same reason, the case-law relating to the relevant provisions of Directive 89/104 is applicable to the equivalent provisions of Directive 2008/95.

The first question

33 By its first question, the referring court asks, in essence, whether Article 3(1) and (3) of Directive 2008/95 must be interpreted as precluding an interpretation of national law according to which, in the context of proceedings raising the question whether a contourless colour mark has acquired a distinctive character through use, it is in every case necessary that a consumer survey indicate a degree of recognition of that mark of at least 70%.

34 Oberbank, Banco Santander and Santander Consumer Bank, and the Spanish and Polish Governments consider that that question should be answered in the negative. In support of that position, Oberbank relies on, inter alia, the special features of colour marks, Banco Santander and Santander Consumer Bank put forward the public interest in maintaining the availability of colours and the low suitability of the mark at issue as an effective trade mark, the Spanish Government invokes the inadequacy of the other evidence in respect of colour marks, and the Polish Government relies on the need to protect consumers against error.

35 DSGVO, the United Kingdom Government and the European Commission consider that that first question should be answered in the affirmative. They maintain that Article 3(1) and (3) of Directive 2008/95 requires an assessment of all the relevant circumstances of the case.

36 It should be borne in mind at the outset that a colour mark per se is capable of constituting, under certain conditions, a trade mark within the meaning of Article 2 of Directive 2008/95 (see, to that effect, Case C-104/01 Libertel EU:C:2003:244, paragraphs 27 to 42, and Case C-49/02 Heidelberger Bauchemie EU:C:2004:384, paragraph 42).

37 However, the fact that a sign is, in general, capable of constituting a trade mark does not mean that the sign necessarily has a distinctive character for the purposes of Article 3(1)(b) of Directive 2008/95 in relation to a specific product or service (see, by analogy, Case C-265/09 P OHIM v BORCO-Marken-Import Matthiesen EU:C:2010:508, paragraph 29 and the case-law cited). In the present case, it is apparent from the orders for reference that, while the mark at issue is capable of constituting a trade mark within the meaning of Article 2 of Directive 2008/95, it is however devoid of any inherently distinctive character in terms of Article 3(1)(b) of that directive. It is also apparent from the orders for reference that the referring court seeks, therefore, only to establish how it should be determined whether, following the use which has been made of it, that mark has acquired a distinctive character within the meaning of Article 3(3) and, in particular, whether that assessment may depend, in significant part, on the results of a consumer survey.

38 According to settled case-law, just as distinctive character is one of the general conditions for registering a trade mark under Article 3(1)(b) of Directive 2008/95, distinctive character acquired through use means that the mark must serve to identify the product or service covered by that mark as originating from a particular undertaking, and thus to distinguish that product or service from goods of other undertakings (Joined Cases C-108/97 and C-109/97 *Windsurfing Chiemsee* EU:C:1999:230, paragraph 46, and Case C-299/99 *Philips* EU:C:2002:377, paragraph 35).

39 It is also settled case-law that, whether inherent or acquired through use, the distinctive character of a mark must be assessed in relation, on the one hand, to the goods or services covered by that mark and, on the other, to the presumed expectations within the trade circles concerned, that is to say, an average consumer of the category of goods or services in question, who is reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect (Case C-363/99 *Koninklijke KPN Nederland* EU:C:2004:86, paragraph 34 and the case-law cited, and Case C-353/03 *Nestlé* EU:C:2005:432, paragraph 25).

40 As regards the question how to determine whether a mark has acquired a distinctive character through use, it is settled case-law that the competent authority for registering trade marks must carry out an examination by reference to the actual situation (*Libertel* EU:C:2003:244, paragraph 77, and Case C-404/02 *Nichols* EU:C:2004:538, paragraph 27) and make an overall assessment of the evidence that the mark has come to identify the goods or services concerned as originating from a particular undertaking (*Windsurfing Chiemsee* EU:C:1999:230, paragraph 49, and *Nestlé* EU:C:2005:432, paragraph 31). Moreover, that evidence must relate to use of the mark as a trade

mark, that is to say for the purposes of such identification by the relevant class of persons (Philips EU:C:2002:377, paragraph 64, and Nestlé EU:C:2005:432, paragraphs 26 and 29).

41 In the context of that assessment, the following items may, *inter alia*, be taken into consideration: the market share held by the mark in question; how intensive, geographically widespread and long-standing use of the mark has been; the amount invested by the undertaking in promoting the mark; the proportion of the relevant class of persons who, because of the mark, identifies goods or services as originating from a particular undertaking; and statements from chambers of commerce and industry or other trade and professional associations (Windsurfing Chiemsee EU:C:1999:230, paragraph 51, and Nestlé EU:C:2005:432, paragraph 31).

42 If, on the basis of those factors, the competent authority finds that the relevant class of persons, or at least a significant proportion thereof, identifies goods or services as originating from a particular undertaking because of the trade mark in question, it must in any event hold that the requirement laid down in Article 3(3) of Directive 2008/95 for the mark not to be excluded from registration or declared invalid is satisfied (see, to that effect, *Windsurfing Chiemsee* EU:C:1999:230, paragraph 52, and *Philips* EU:C:2002:377, paragraph 61).

43 It should also be stated that Union law does not preclude the competent authority, where it has particular difficulty in assessing the distinctive character acquired through use of the mark in respect of which registration or a declaration of invalidity is sought, from having recourse, under the conditions laid down by its own national law, to an opinion poll as guidance for its judgment (see, to that effect, *Windsurfing Chiemsee* EU:C:1999:230, paragraph 53 and the case-law cited). If the competent authority finds it necessary to resort to such a survey, it must determine the percentage of consumers that would be sufficiently significant (see, by analogy, *Case C-487/07 Bud jovický Budvar* EU:C:2009:521, paragraph 89).

44 However, the circumstances in which the requirement concerning the acquisition of a distinctive character through use, under Article 3(3) of Directive 2008/95, may be regarded as satisfied cannot be shown to exist solely by reference to general, abstract data such as predetermined percentages (*Windsurfing Chiemsee* EU:C:1999:230, paragraph 52, and *Philips* EU:C:2002:377, paragraph 62).

45 In that regard, it must be observed that, in an overall assessment of the evidence that the mark has acquired a distinctive character through use, it may indeed appear, *inter alia*, that the perception of the relevant public is not necessarily the same for each of the categories of marks and that, accordingly, it could prove more difficult to establish the distinctive character, including distinctiveness acquired through use, of trade marks in certain categories than that of those in other categories (Case C-218/01 Henkel EU:C:2004:88, paragraph 52 and the case-law cited, and Nichols EU:C:2004:538, paragraph 28).

46 However, Article 2 and Article 3(1)(b) and (3) of Directive 2008/95 make no distinction between different categories of trade marks. The criteria for assessing the distinctive character of contourless colour marks, such as the mark at issue in the main proceedings, including whether that mark has acquired a distinctive character following the use which has been made of it, are thus no different from those to be applied to other categories of trade mark (see, by analogy, Philips EU:C:2002:377, paragraph 48, and Nichols EU:C:2004:538, paragraphs 24 and 25).

47 The difficulties in establishing distinctive character which may be associated with certain categories of marks because of their nature — difficulties which it is legitimate to take into account — do not therefore justify laying down stricter criteria supplementing or derogating from application of the criterion of distinctiveness as interpreted in the case-law on other categories of marks (see, to that effect, Nichols EU:C:2004:538, paragraph 26, and, by analogy, OHIM v BORCO-Marken-Import Matthiesen EU:C:2010:508, paragraph 34).

48 It follows from the foregoing that it is not possible to state in general terms, for example by referring to predetermined percentages relating to the degree of recognition attained by the mark within the relevant section of the public, when a mark has acquired a distinctive character through use and that, even with regard to contourless colour marks, such as the mark at issue in the main proceedings, and even if a consumer survey may be one of the factors to be taken into account when assessing whether such a mark has acquired a distinctive character through use, the results of a consumer survey cannot be the only decisive criterion to support the conclusion that a distinctive character has been acquired through use.

49 In the light of those considerations, the answer to the first question is that Article 3(1) and (3) of Directive 2008/95 must be interpreted as precluding an interpretation of national law according to which, in the context of proceedings raising the question whether a contourless colour mark has acquired a

distinctive character through use, it is necessary in every case that a consumer survey indicate a degree of recognition of at least 70%.

The second question

50 By its second question, the referring court asks, in essence, whether the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 must be interpreted as meaning that, in the context of invalidity proceedings in respect of a mark which is intrinsically devoid of distinctive character, in order to assess whether that mark has acquired a distinctive character through use, it is necessary to examine whether such character was acquired before the date of filing of the application for registration of that mark, where the proprietor of the mark at issue maintains that the mark has, in any event, acquired a distinctive character through use after the date of filing of the application for registration, but before the date of registration. The referring court points out in that regard that German law must be interpreted to the effect that the Federal Republic of Germany has not exercised the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of that directive.

51 In view of the last mentioned observation, DSGVO and the Commission submit that that question is inadmissible. They consider, in essence, that the presentation of the national legal framework, as made by the referring court, is incorrect. The Federal Republic of Germany has exercised the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, which renders the second question hypothetical.

52 In that regard, it should be borne in mind that it is not for the Court, in the context of the judicial cooperation established by Article 267 TFEU, to give a ruling on the interpretation of provisions of national law, or to decide whether the interpretation given by the national court of those provisions is correct. The Court must take account, under the division of jurisdiction between it and the national courts, of the factual and legislative context, as described in the order for reference, in which the questions put to it are set (Case C-518/08 *Fundación Gala-Salvador Dalí and VEGAP* EU:C:2010:191, paragraph 21 and the case-law cited, and Case C-212/10 *Logstor ROR Polska* EU:C:2011:404, paragraph 30).

53 In those circumstances, the Court should answer the second question put to it on the basis of the finding made by the referring court that German law must, in the present case, be interpreted to the effect that the Federal Republic of Germany has not transposed into national law the power laid down in the

second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 and, consequently, the Court finds that that question is admissible.

54 As to the substance, Oberbank submits that the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 must be interpreted to the effect that the two dates given by the referring court are relevant and that proof of distinctive character acquired through use must be adduced for those two dates.

55 Banco Santander and Santander Consumer Bank and the Spanish and Polish Governments consider that, since the Member State in question has not exercised the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, proof as regards distinctive character acquired through use must relate to the date of filing of the application for registration. The Commission puts forward, in the alternative, the same interpretation. As for DSGV, it maintains that, in any event, the date of registration is relevant in the context of invalidity proceedings, such as those at issue in the main proceedings.

56 Under the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, a trade mark is not to be refused registration or be declared invalid in accordance with Article 3(1)(b), (c) or (d) if, before the date of application for registration and following the use which has been made of it, it has acquired a distinctive character.

57 It is thus clear from the unequivocal terms of the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 that, contrary to what DSGV maintains, in the context of invalidity proceedings relating to a mark in respect of which one or more of the grounds for invalidity set out in Article 3(1)(b), (c) or (d) of that directive have been invoked, and where the applicability of at least one of those grounds has been established, it is only if the mark at issue has acquired a distinctive character following the use which has been made of it before the date of filing of the application for registration of that mark that it may escape the application of one or more of the grounds of invalidity invoked.

58 That literal interpretation is confirmed by the purpose of the provision of which that first sentence forms part. The second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 expressly provides for Member States to extend the possibility set out in the first sentence thereof, in a situation where the mark has acquired a distinctive character following the use which has been made of it after the date of filing of the application for registration or, even, after the date of registration of that mark.

59 If the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 were to be interpreted as also concerning distinctive character acquired following use which has been made of the mark at issue after the filing of the application for registration, as stated by Oberbank and DSGV, the power offered to Member States by the second sentence of that article would be illusory and that provision would be rendered ineffective.

60 It should nevertheless be borne in mind that the interpretation set out in paragraph 57 above does not exclude the possibility that account may be taken, by the competent authority, of evidence which, although subsequent to the date of filing the application for registration, enables the drawing of conclusions on the situation as it was on that date (see, to that effect, Case C-488/06 P L & D v OHIM EU:C:2008:420, paragraph 71 and the case-law cited).

61 It follows from those considerations that the answer to the second question is that, where a Member State has not exercised the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, the first sentence of Article 3(3) of that directive must be interpreted as meaning that, in the context of invalidity proceedings in respect of a mark which is intrinsically devoid of distinctive character, in order to assess whether that mark has acquired a distinctive character through use, it is necessary to examine whether such character was acquired before the date of filing of the application for registration of that mark. It is irrelevant in that regard that the proprietor of the mark at issue maintains that the mark has, in any event, acquired a distinctive character through use after the date of filing of the application for registration, but before the date of registration of that mark.

The third question

62 By its third question, the referring court asks, in essence, whether the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95 must be interpreted as precluding, in the context of invalidity proceedings, the mark at issue from being declared invalid where it is intrinsically devoid of distinctive character and the proprietor of that mark has failed to show that it has acquired a distinctive character by the use which has been made of it before the date of filing of the application for registration.

63 Oberbank, Banco Santander and Santander Consumer Bank and the Spanish Government consider that, in the context of invalidity proceedings, the burden of proof concerning the distinctive character acquired following the use which has been made of the mark at issue must be borne by the proprietor of that mark. The Polish Government maintains, on the other hand, that the

answer to the third question concerns the exclusive competence of the Member States, in accordance with recital 6 in the preamble to Directive 2008/95.

64 DSGV and the Commission have doubts as to the admissibility of that question. In the alternative, DSGV submits that, in the context of invalidity proceedings, the burden of proof must be borne by the applicant. The Commission considers, in essence, that there is nothing to prevent the burden of proof from resting with the proprietor of the mark in question.

65 As a preliminary point, it is necessary, for the reasons set out in paragraph 52 above, to dismiss the objections put forward by DSGV and the Commission concerning the admissibility of the third question and to reply to that question on the basis of the finding made by the referring court that German law must, in the present case, be interpreted to the effect that the Federal Republic of Germany has not transposed into national law the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95.

66 As to the substance, it is true that recital 6 in the preamble to Directive 2008/95 states, *inter alia*, that Member States should remain free to fix the procedural provisions concerning the invalidity of trade marks acquired by registration and determine, for example, the form of invalidity procedures. However, it cannot be inferred that the question of the burden of proof concerning distinctive character acquired through use in the context of invalidity proceedings pursuant to Article 3(1)(b), (c) or (d) of Directive 2008/95 constitutes such a procedural provision falling within the competence of Member States.

67 If the question of the burden of proof concerning distinctive character acquired by use which has been made of a mark in the context of invalidity proceedings were a matter for the national law of the Member States, the consequence for proprietors of trade marks could be that protection would vary according to the legal system concerned, with the result that the objective of 'the same protection under the legal systems of all the Member States' set out in recital 10 in the preamble to Directive 2008/95, where it is described as 'fundamental', would not be attained (see, by analogy, Case C-405/03 *Class International* EU:C:2005:616, paragraph 73 and the case-law cited, and Case C-479/12 H. *Gautzsch Großhandel* EU:C:2014:75, paragraph 40).

68 In view of that objective and the structure and purpose of Article 3(3) of Directive 2008/95, the Court finds that, in the context of invalidity proceedings, the burden of proof concerning distinctive character acquired following the use which has been made of the mark at issue must be borne by the proprietor of that mark which invokes that distinctive character.

69 First, in the same way that distinctive character acquired following the use which is made of a mark is, in proceedings for registration, an exception to the grounds for refusal listed in Article 3(1)(b), (c) or (d) of Directive 2008/95 (see, to that effect, Case C-108/05 *Bovemij Verzekeringen* EU:C:2006:530, paragraph 21), distinctive character acquired following the use which is made of a mark is, in the context of invalidity proceedings, an exception to the grounds for invalidity listed in Article 3(1)(b), (c) or (d). Since it is an exception, the onus is on the party seeking to rely on it to justify its application.

70 Second, the Court finds that it is the proprietor of the mark at issue which is best placed to adduce evidence in support of the assertion that its mark has acquired a distinctive character following the use which has been made of it. The same applies, in particular, to evidence capable of establishing such use, in respect of which the case-law cited in paragraphs 40 and 41 above contains a list of examples, such as evidence relating to how intensive, widespread and long-standing use of the mark has been and the amount invested in promoting it.

71 Consequently, where the proprietor of the mark at issue is requested by the competent authority to adduce proof of distinctive character acquired following the use which has been made of a mark which is intrinsically devoid of distinctive character but fails to do so, that mark must be declared invalid.

72 The reasons why the proprietor of the mark fails to adduce that evidence are irrelevant in that regard. Otherwise, it would be possible for a mark to continue to be protected under Directive 2008/95 even though, since it falls within the scope of one of the grounds for invalidity set out in Article 3(1)(b), (c) or (d) of that directive, it is incapable of fulfilling the essential function of the mark and ought not, consequently, to be protected under that directive. For that very reason, contrary to what DSGV maintains, imposing the burden of proof in that way does not breach the principle of the protection of the legitimate expectations of the proprietor of the mark.

73 Moreover, as is apparent from paragraph 61 above, under the first sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, in order to assess whether a mark has acquired a distinctive character through use, it is necessary to examine whether such character was acquired before the date of filing of the application for registration of that mark.

74 In the light of the foregoing, the answer to the third question is that where a Member State does not exercise the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, the first sentence of Article 3(3) of that directive must be interpreted to the effect that it does not preclude, in

the context of invalidity proceedings, the mark at issue from being declared invalid where it is intrinsically devoid of distinctive character and the proprietor of that mark has failed to show that it has acquired a distinctive character following the use which has been made of it before the date of filing of the application for registration.

Costs

75 Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court. Costs incurred in submitting observations to the Court, other than the costs of those parties, are not recoverable.

On those grounds, the Court (Third Chamber) hereby rules:

1. Article 3(1) and (3) of Directive 2008/95/EC of the European Parliament and of the Council of 22 October 2008 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks must be interpreted as precluding an interpretation of national law according to which, in the context of proceedings raising the question whether a contourless colour mark has acquired a distinctive character through use, it is necessary in every case that a consumer survey indicate a degree of recognition of at least 70%.

2. Where a Member State has not exercised the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, the first sentence of Article 3(3) of that directive must be interpreted as meaning that, in the context of invalidity proceedings in respect of a mark which is intrinsically devoid of distinctive character, in order to assess whether that mark has acquired a distinctive character through use, it is necessary to examine whether such character was acquired before the date of filing of the application for registration of that mark. It is irrelevant in that regard that the proprietor of the mark at issue maintains that the mark has, in any event, acquired a distinctive character through use after the date of filing of the application for registration, but before the date of registration of that mark.

3. Where a Member State does not exercise the power laid down in the second sentence of Article 3(3) of Directive 2008/95, the first sentence of Article 3(3) of that directive must be interpreted to the effect that it does not preclude, in the context of invalidity proceedings, the mark at issue from being declared invalid where it is intrinsically devoid of distinctive character and the proprietor of that mark has failed to show that it has

acquired a distinctive character following the use which has been made of it before the date of filing of the application for registration.

[Signatures]

DİVAN KARARI (Üçüncü Daire)^[6]

19 Haziran 2014

(Ön karar başvurusu talebi–Markalar–2008/95/EC sayılı Direktif–Madde 3(1) ve (3) -Kontursuz kırmızı renginden oluşan marka, bankacılık hizmetleri için tescil edilmiş–Hükümsüzlük başvurusu–Kullanım yolu ile kazanılmış ayırt edici karakter – Delil–Tüketici anketi–Kullanım yoluyla ayırt ediciliğin kazanıldığı an–İspat yükü)

Birleşen C 217/13 ve C218/13 davalarda,

Avrupa Birliğinin İşleyişine Dair Anlaşma (TFEU) madde 267 uyarınca Bundespatentgericht (Almanya)'dan istenen ön karar başvurusu talebi, 8 Mart 2013 tarihli kararlar ile yapılmış, duruşmalar sırasında mahkeme tarafından 24 Nisan 2013 tarihinde alınmıştır.

Oberbank AG (C217/13)

Banco Santander SA (C218/13)

Santander Consumer Bank AG (C218/13)

v

Deutscher Sparkassen- und Girover eV,

DİVAN (Üçüncü Daire)

Daire Başkanı M. Ileşi, C.G. Fernlund, A., Ó Caoimh, C. Toader ve E. Jaraşinas (Raportör) ile Hakimlerden oluşmaktadır.

Hukuk Sözcüsü: M. Wathelet,

Kâtip: A. Calot Escobar

Yazılı usul dikkate alınarak,

- Oberbank AG'yi temsilen S. Jackermeier, Rechtsanwalt,

[6] Ankara Barosu'na kayıtlı Av. Güldeniz Doğan Alkan ile Stj. Av. Zeynep Çağla Özcebe tarafından İngilizce metin üzerinden bilimsel amaçlı yapılan işbu tercüme, gayri resmi nitelikte olup, hiçbir kişi, kurum ve kuruluşu bağlamaz ve sorumluluk oluşturmaz.

- Banco Santander SA and Santander Consumer Bank AG'yi temsilen B. Goebel, Rechtsanwalt,

- Deutscher Sparkassen und Giroverband eV'yi temsilen S. Fiscoeder, U. Lüken ve U. Karpenstein, Rechtsanwälte,

- İspanyol Hükümeti'ni temsilen vekil sıfatıyla N. Díaz Abad

- Polonya Hükümeti'ni temsilen vekil sıfatıyla B. Majczyna

- Birleşik Krallık Hükümeti'ni temsilen vekil sıfatıyla S. Brighthouse ve dava vekili sıfatıyla S. Ford,

- Avrupa Komisyonu'nu temsilen Vekil sıfatıyla F.W. Bulst ve G. Braun, tarafından sunulmuş olan görüşlerin değerlendirilmesinin ardından,

Hukuk Sözcüsü dinlenildikten sonra, herhangi bir görüş belirlemeden yargılamaya devam etmeye karar verilmiş olup; aşağıdaki hükme varmıştır.

Hüküm

1 Bu ön karar başvurusu, Avrupa Parlamentosu'nun 2008/95/EC sayılı Direktif'in 3(1) ve (3). Maddelerinin yorumlanması ve 22 Ekim 2008 Konseyi'nin Üye Ülkelerin marka ile ilgili kanunlarının yorumlanması ile ilgilidir (OJ 2009 L 299, s. 25; corrigendum OJ 2009 L 11, s. 86).

2 Bu başvurular iki ayrı yargılama esnasında yapılmıştır; önce C217/13 sayılı Oberbank AG ('Oberbank') davasında ve ikinci olarak C218/13 sayılı, Banco Santander SA ('Banco Santander') ve Santander Consumer Bank AG ('Santander Consumer Bank') davasında, ve bir taraftan, Deutscher Sparkassen – und Giroverband eV ('DSGV'), bir taraftan, DSGV'nin sahip olduğu kontursuz kırmızı marka tescilinin hükümsüzlüğü başvuruları hakkında.

Hukuki Çerçeve

AB Hukuku

3 Üye Ülkelerin Marka Hukuku'na İlişkin Yasalarını Uyumlaştırılması hakkında 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104/EEC sayılı İlk Divan Direktifi'nin (OJ 1989 L 40, p.1; corrigendum OJ 1989 L 207, p.44) mülga edilmesi ile yerine geçen 2008/95 sayılı Direktif.

4 2008/95 sayılı Direktif'in dibacesinde geçen 1 no'lu beyan şu şekildedir:

“ [89/104 sayılı Direktif’in] içeriği değiştirilmiştir... Açıklık ve akılcılık uygunluk prensipleri uyarınca belirtilen Direktif kodifiye edilmelidir.”

5 2008/95 sayılı Direktif’in, dibacesinde geçen ve aslında 89/104 sayılı Direktif’in 5 ve 9 no’lu beyanlarına karşılık gelen 6 ve 10 no’lu beyanlar şu şekildedir:

‘(6) Üye devletler; tescil, iptal ve tescil yoluyla elde edilmiş markaların hükümsüzlüğü konularında prosedürlere ilişkin hükümler tesis etme konusunda serbest olmalılardır; örneğin, marka tescilinin ve hükümsüzlük işlemlerinin şeklini saptayabilmelidirler...

(...)

(10) Malların ve hizmetlerin serbest dolaşımını kolaylaştırmak için tescilli markaların tüm üye devletlerin yasal sistemlerinde aynı korumadan yararlanması esastır...’

6 2008/95 sayılı Direktif’in “Bir markayı oluşturabilen işaretler” başlıklı ve 89/104 sayılı Direktif ile aynı lafzı haiz 2. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla (...) çizimle görüntülenebilen her türlü işareti içerir.”

7 2008/95 sayılı Direktif’in, 89/104 sayılı Direktif’in 3. maddesinin esasını değiştirmeden kopyalayan, “Ret ya da hükümsüzlük sebepleri” başlıklı 3. maddesi aşağıdaki şekildedir:

‘1. Aşağıdakiler tescil edilemezler, tescil edilmişlerse bile hükümsüz sayılırlar;

(...)

(b) hiçbir ayırt edici niteliğe sahip olmayan markalar

(...)

3 Bir marka, 1. paragrafın (b), (c) ya da (d) alt paragraflarına uygun olarak, tescil başvurusu tarihinden önce ve kullanımı sonucunda ayırt edici bir nitelik elde etmişse bu markanın tescili reddedilmez ya da hükümsüz kılınmaz. Buna ilaveten, her üye devlet tescil başvurusu tarihinden ya da tescil tarihinden sonra ayırt edici niteliğin elde edildiği hallerde de bu hükmün uygulanmasına karar verebilir.

(...)'

Alman Hukuku

8 25 Ekim 1994 tarihli (BGB1. 1994 I, p. 3082) ('the MarkenG') Markaların ve Diğer İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun'un (MArkengesetz) 8(2)(1) paragrafı aşağıdaki şekildedir:

'Aşağıda sayılanlar tescil edilmemelilerdir:

1. İlgili oldukları mallar ve hizmetler açısından ayırt edici karakteri haiz olmayan markalar.'

9 MarkenG'nin 8(3) paragrafı şunları öngörmektedir:

"Tescile dair karar tarihinden önce markanın tescil edilmek istendiği mal ve hizmetler açısından kullanımı yoluyla ticari çevrece kabulü durumunda [alt paragraf 2(1)] uygulanmamalıdır...]

10 MarkenG'nin 37(2) paragrafı aşağıdaki şekildedir:

"Eğer yapılan inceleme markanın başvuru tarihinde paragraf 8(2)(1), (2) ve (3)'te yer alan koşulları taşımadığını ortaya çıkartırsa (...) Ancak ret gerekçesi, başvuru tarihinden sonra sona ermişse, başvuru tarihinden sonra marka başvurusu, ilk başvuru tarihi hesaba katılmadan, marka başvurusu reddedilmeyebilir (...) Ret gerekçesinin uygulanmasının sona erme tarihi başvuru tarihi olarak kabul edilmelidir ve bu husus paragraf 6(2)'ye göre öncelik hakkının belirlenmesi açısından önem arz eder.'

11 MarkenG'nin 50(1) ve (2) paragrafları:

'1. [Paragraf 8]'i ihlal eden bir marka başvurusu, talep üzerine, geçerli kabul edilecektir.

2. Eğer bir marka başvurusu [paragraf 8(2)(1)]'e aykırı olarak yapılmışsa, markanın hükümsüzlüğüne ancak hükümsüzlük kararının verileceği tarihte ret nedeninin halen geçerli olması durumunda verilebilecektir. ...'

Esas dava kapsamındaki ihtilaf konusu ve ön karar ile ilgili sorular

12 Başvuru sıralamasına göre, 7 Şubat 2002 tarihinde DSGVO kontursuz kırmızı HKS 13 markasını ('ihtilaf konusu marka') çeşitli mal ve hizmetler üzerinde tescil etmek üzere başvuruda bulunmuştur.

13 4 Eylül 2003 tarihli kararıyla, Deutsches Patent- und Markenamt (Alman Patent ve Marka Ofisi) (‘APMO’) başvuruyu reddetmiştir. DSGVO, söz konusu karara karşı, marka başvurusunu 15 Haziran 1957 tarihli revize ve tadil edilmiş, Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması kapsamında 36. sınıf kapsamındaki belirli servisler ile kısıtlayarak dava açmış ve 24 Ocak 2006 tarihli bir tüketici anketi sunmuştur.

14 APMO, 28 Haziran 2007 tarihli kararı ile söz konusu kararı iptal etmiştir. Kararında, davacı tarafca sunulan tüketici anketi göz önüne alındığında ihtilafa konu markanın, ticari çevresinde MarkenG paragraf 8(3) uyarınca, marka başvurusunun kapsamında kalan servisler açısından, %67.9 oranında bir bilinirliğe ulaştığının kabulü gerektiğini belirtmiştir. Söz konusu marka, 11 Temmuz 2007 tarihinde 36. sınıf kapsamında yer alan çeşitli perakende bankacılık hizmetleri açısından tescil edilmiştir.

15 15 Ocak 2008 tarihinde Oberbank, söz konusu markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmadığı gerekçesi ile marka tescilinin hükümsüzlüğünü talep etmiştir. DSGVO söz konusu başvuruya itiraz etmiştir.

16 APMO, her ne kadar söz konusu marka başvurusunun özünde ayırt edici niteliğe sahip olmasa da kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığını ve bu hususun DSGVO tarafından sunulan 24 Ocak 2006 tarihli tüketici anketi ve diğer dokümanlarla kanıtlandığını belirterek 16 Haziran 2009’da başvuruyu reddetmiştir.

17 Oberbank söz konusu kararı temyiz etmiş ve markanın hükümsüzlüğünü talep etmiştir. Oberbank, başvuran mahkemenin huzurunda söz konusu markanın ayırt edici olmadığını savunmuştur. DSGVO, markanın kullanım yolu ile ayırt edicilik kazandığını ileri sürerek temyiz itirazlarının reddedilmesi gerektiğini savunmuş ve bu kapsamda Haziran 2011’de gerçekleştirilmiş bir başka tüketici anketi sunmuştur.

18 19 Ekim 2009 tarihinde, hem Banco Santander hem de Santander Consumer Bank söz konusu markanın hükümsüzlüğünün beyanını talep etmişlerdir; taleplerini Oberbank’ın 15 Ocak 2008 tarihli başvurusunda dayandığı gerekçelere benzer gerekçelere dayandırmışlardır. Söz konusu hükümsüzlük taleplerini meşrulaştırmak amacı ile ise, APMO nezdinde başkaca tüketici anketleri ve bilirkişi raporları sunmuşlardır. DSGVO söz konusu başvuruya itiraz etmiştir.

19 İki yargılamanın birleştirilmesinden sonra, APMO, 24 Nisan 2012 tarihli kararı ile 16 Haziran 2009 tarihli kararında ileri sürülen gerekçelere benzer gerekçelere dayanarak söz konusu başvuruları reddetmiştir.

20 Banco Santander ve Santander Bank, Oberbank'ın açmış olduğu davaya benzer olarak, söz konusu karara karşı başvuran mahkeme nezdinde dava açmışlardır. Ayrıca, hükümsüzlük yargılamalarında, kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıldığının ispatlanması konusundaki ispat yükünün marka sahibinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. DSGVO davaya karşı çıkararak, davanın reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

21 Başvuran mahkeme ilk olarak, HKS 13 renginin özünde ayırt edici karakterden yoksun olduğunu tespit etmiş ve Alman Mahkemeleri içtihadı uyarınca bir renk markasının kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının belirlenebilmesi ve “bağlantı kurma derecesi” ve “kabul etme derecesinin” tespiti için bir anket yapılması gerektiğini belirtmiştir.

22 Başvuran mahkeme, somut olayın markanın bir renk markası olması ve DSGVO tarafından yapılan tanıtım masrafların HKS 13 tonu için bir kabul edilmişlik kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için yeterli olmaması gibi özellikleri dikkate alındığında, %70'in üzerindeki bir kabul edilme derecesinin söz konusu markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığının tespiti için yeterli olacağını tespit etmiştir.

23 Başvuran mahkeme, bir renk markasının kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığının kabul edilebilmesi için ilgili ticari çevrelerde hangi düzeyde bir kabul edilmişliğin sağlanması gerektiğini sormuştur. Başvuran mahkeme, Divan'ın henüz bu konuda bir karar vermemiş olduğunu tespit etmiştir.

24 İkinci olarak, başvuran mahkeme yargılamanın kilit hususlarından birisinin bir markanın tescil edilmek üzere başvurduğu anda mı yoksa tescil edildiği anda mı kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış olması gerektiği hususunun tespiti olduğunu belirtmiştir. Alman hukukuna göre, bir markanın tescili için verilen karar anında marka kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmadıysa (MarkenG paragraflar 8 ve 50(1)) ve markanın hükümsüzlüğün beyanı talebi yapıldığı anda kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmadıysa (MarkenG paragraf 50(2)'nin ilk cümlesi), söz konusu markanın hükümsüzlüğüne karar verilmelidir.

25 Başvuran mahkeme, Alman hukukunun, Federal Almanya Cumhuriyeti'nin 2008/95 sayılı Direktif'in ikinci cümlesinde yer alan yetkiyi kullanmadığı hususunun göz önüne alınarak yorumlanması gerektiğini

Eğer marka başvurusunun yapıldığı anda markanın kullanım yoluyla ayırt edici olduğuna açıklık getirilemez ise veya açıklık getirilme ihtimali yok ise, marka hükümsüz kılınmalı mıdır? Yoksa, hükümsüzlüğün ilanı için, hükümsüzlük için başvuruda bulunan başvuruçuların, markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazandığını ispat etmesi mi gerekir?

29 Mahkeme başkanının 14 Mayıs 2013 tarihli kararı ile mevcut yargılamalar, yazılı ve sözlü yargılama ve karar için birleştirildi.

Yönetilen sorular

Ön gözlemler

30 Ön karar talebi 2008/95 sayılı Direktif'e dayanmaktadır. Sonuç olarak Divan, başvuru mahkemenin de talep ettiği üzere, 2008/95 sayılı Direktif'in yorumlanmasını sağlayacaktır. Ancak bir noktanın altı çizilmelidir ki, söz konusu direktif, bu konu ile ilgili 18. madde kapsamında, Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi'nde yayımlanmasını takip eden 20. günde, 20 Kasım 2008'de, yürürlüğe girmiştir. Oberbank tarafından APMO nezdinde söz konusu markanın hükümsüzlüğü için 15 Ocak 2008 tarihinde açılan C217/13 sayılı davanın açıldığı tarihte 89/104 sayılı Direktif'in yürürlükte olduğu aşikârdır.

31 Eğer başvuru mahkeme, C217/13 sayılı davada görülen asıl yargılamanın 89/104 sayılı Direktif'e ilişkin olduğunu tespit ederse, yöneltilen sorulara verilen cevaplar, önceki yargılama için geçerli olacaktır. Nitekim, 89/104 sayılı Direktif ile 2008/95 sayılı Direktif'in başvuran mahkemenin önündeki dava ilgili olan eşdeğer nitelikteki hükümleri, lafız, içerik ve amaç açısından esasen bir değişikliğe uğramamıştır, Direktif'in gerekçesinin 1 numaralı beyanı uyarınca, 89/104 sayılı Direktif'i çok az kodifiye etmiştir.

32 Aynı nedenle, 89/104 sayılı Direktif'in ilgili hükümleri ile ilgil olarak oluşan içtihat, 2008/95 sayılı Direktif'in eşdeğer hükümleri için de uygulanabilecektir.

Birinci soru

33 Başvuru mahkeme, birinci sorusu ile esasen, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1) ve (3) maddelerinin, kontursuz bir renk markasının kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının tespiti için, her davada bir tüketici anketi yapılmasının ve bu ankette en az %70 oranında bir kabul edilme derecesinin tespit edilmesinin gerekli olduğunu öngören ulusal hukukun yorumlanmasını men edip etmediğini sormaktadır.

34 Oberbank, Banco Santander ve Santander Consumer Bank ve İspanyol ve Polonya Hükümetleri, bu sorunun cevabının olumsuz olması gerektiği görüşündelerdir. Bu tutumlarını desteklemek amacıyla, Oberbank, renk markalarının özelliklerine, Banco Santander ve Santander Consumer Bank ise, renklerin kullanılabilirliğindeki kamu menfaatine ve söz konusu markanın etkili bir marka olması için düşük derecede uygun olmasına, İspanya Hükümeti delillerin yetersizliğine, Polonya Hükümeti ise tüketicilerin hataya karşı korunması gerekliliğine dayanmışlardır.

35 DSGV, İngiltere Hükümeti ve Avrupa Komisyonu ise birinci sorunun olumlu olarak yanıtlanması gerektiği düşüncesindedir. 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1) ve (3). maddeleri uyarınca davadaki tüm ilgili olayların birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.

36 Öncelikle, belirli bazı koşullar altında, bir renk markasının kendi başına, 2008/95 sayılı Yönetmelik'in 2. maddesi kapsamındaki bir marka oluşturmasının mümkün olduğu dikkate alınmalıdır (Bu anlamda, bkz, C104/01 Libertel Davası, EU:C:2003:244, paragraflar 27 ila 42, ve C49/02 sayılı Heidelberger Bauchemie EU:C:2004:384, paragraf 42).

37 Ancak bir işaretin, genel anlamda, bir marka oluşturabiliyor olması, o markanın belirli mal ve hizmetler için 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1)(b) maddesi amaçları kapsamında ayırt edici bir karaktere sahip olduğu anlamına gelmeyecektir (bkz, kıyas yoluyla, C265/09 P OHIM V. BORCO- Marken-Import Matthesen EU:C:2010:508 davası, paragraf 29 ve alıntılanmış içtihat). Somut olayda, başvuru sıralamasından da açıkça anlaşıldığı üzere, söz konusu marka 2008/95 sayılı Direktif'in 2. maddesi anlamında marka oluşturabilecek nitelikte olmakla birlikte, doğası gereği 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1)(b) maddesi anlamında ayırt edici karakterden yoksundur. Ayrıca, yine başvuru sıralamasından açıkça anlaşıldığı üzere, tespiti istenen konu, bir markanın madde 3(3) uyarınca kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının tespiti ve özellikle, bu değerlendirmenin önemli bir kısmının yapılacak bir tüketici anketine dayandırılıp dayandırılmayacağı hususuna dayanmaktadır.

38 Yerleşik içtihata göre, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1)(b) maddesi uyarınca bir markanın tescil edilmesi için aranan genel koşullardan birisinin ayırt edici karaktere sahip olması olduğu gibi, bir markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmasından anlaşılması gereken o markanın üzerinde kullanıldığı mal ve hizmetlerin belirli bir teşebbüs ile özdeşleştirilmesi ve diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırmasıdır (Birleşmiş C108/97 ve C109/97 Davaları Windsurfing Chiemsee EU:C:1999:230, paragraf 46 ve C299/99 Philips davası EU:C:2002:337, paragraf 35).

39 Yerleşmiş bir diğer içtihatla göre ise, bir markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığı tespit edilirken, bir yandan, marka ile korunan mal ve hizmetler, bir yandan ise, ilgili ticari çevredeki, bir başka deyişle, söz konusu mal ve hizmetlerin, makul seviyede bilgilendirilmiş, makul derecede dikkatli ve ihtiyatlı, ortalama bir tüketicinin makul beklentileri de değerlendirilmelidir (C363/99 K o ninklijke KPN Nederland davası, EU:C:2004:86, paragraf 34 ve alıntılanmış içtihat, ve C353/03 Nestlé davası, EU:C:2005:432, paragraf 25).

40 Bir markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının nasıl tespit edileceği sorusu hakkında, markaların tescili için yetkili olan merci, gerçek durumu göz önüne alarak bir araştırma yapmalıdır (Libertel EU:C:2003:244, paragraf 77, ve C404/02 Nichols davası, EU:C:2004:538, paragraf 27) ve markanın mal ve hizmetlerin belirli bir teşebbüse ait olduğunu gösterir nitelikte olduğunu kanıtlayan delillerin etraflı bir değerlendirilmesi yapılmalıdır (Windsurfing Chiemsee EU:C:1999:230, paragraf 64, Nestlé EU:C:2005:432, paragraf 26 ve 29).

41 Bu değerlendirmenin ışığında, diğerlerinin yanısıra aşağıdaki hususlar dikkate alınabilir: markanın sahip olduğu pazar payı; markanın ne kadar yoğun, geniş bir coğrafyada ve uzun süredir kullanıldığı; teşebbüsün markayı tanıtmak için yaptığı yatırımlar; markanın altında sunulan belirli mal ve hizmetlerin belirli bir teşebbüs ile bağlantılı olduğunu düşünen ilgili kesimin oranı ve ticaret ve sanayi odaları veya diğer ticari ve profesyonel derneklerin beyanları (Windsurfing Chiemsee EU:C:1999:230, paragraf 51, Nestlé EU:C:2005:432, paragraf 31).

42 Yetkili merci, bu faktörler ışığında, ilgili kesimdeki insanların veya en azından önemli bir bölümünün, söz konusu marka sayesinde mal ve hizmetlerin belirli bir teşebbüsten kaynaklandığını belirleyebildiği sonucuna varıyorsa, markanın tescilden men edilmesi veya geçersiz kılınmamasına ve 2008/95 sayılı Direktif madde 3(3)'te öngörülen koşulun sağlandığına karar vermesi gerekir (Bu anlamda, bkz, Windsurfing Chiemsee, EU:C:1999:230, paragraf 52, ve Philips EU:C:2002:377, paragraf 61).

43 Tescili veya hükümsüzlüğü istenen bir markanın kullanım yoluyla kazandığı ayırt ediciliği değerlendirme hususunda özel bir zorluk bulunması halinde, Birlik Hukuku'nun yetkili otoriteyi, kararına yol gösterecek bir düşünce yoklaması yapmak için kendi ulusal hukukunda belirtilen şartlara başvurmadan alıkoymadığı ifade edilmelidir (Bu anlamda bakınız, Windsurfing Chiemsee EU:C:1999:230, paragraf 53 ve alıntılanan içtihat). Şayet yetkili otorite, bu tür bir araştırma yapmayı gerekli görürse, yeterli kabul edilecek tüketici yüzdesini

belirlemek zorundadır. (Kıyasen bakınız, Case C487/07 Budjovicky Budvar EU:C:2009:521, paragraf 89).

44 Ancak, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) sayılı maddesine göre markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmasına ilişkin şartların yerine getirildiğinin kabul edildiği durumlar, önceden belirlenmiş yüzdeler gibi, yalnızca genel ve soyut verileri referans göstererek varmış gibi gösterilemez (Windsurfing Chiemsee EU:C:1999:230, paragraf 53 ve Philips EU:C:2002:377, paragraf 62).

45 Bu doğrultuda, markanın kullanım yoluyla ayırt edici karakter kazandığına ilişkin delillerin genel değerlendirmesinde, diğerlerinin yanı sıra, ilgili halk kesiminin algısının her marka kategorisi için aynı olmak zorunda olmadığı ve buna bağlı olarak, belli bazı kategorilerdeki markaların diğerlerine göre, kullanım yoluyla elde edilen ayırt edicilik dâhil olmak üzere, ayırt edicilik niteliğinin daha zor kanıtlanabildiği dikkate alınmalıdır (Case C218/01 Henkel EU:C:2004:88, paragraf 52 ve alıntılanan içtihat, ve Nichols EU:C:2004:538, paragraf 28).

46 Ancak, 2008/95 sayılı Direktif'in 2, 3(1)(b) ve 3(3) sayılı maddeleri, farklı marka kategorileri arasında ayırım yapmamaktadır. İşbu esas davadaki marka gibi, dış hatları belirsiz renkli markaların ayırt edici niteliğinin değerlendirilmesindeki kriterler, söz konusu markalar kullanılmalarıyla yoluyla ayırt edici karakter kazanmış olsa bile, diğer marka kategorilerine uygulanacak kriterlerden farklı değildir (Kıyasen bakınız, Philips EU:C:2002:377, paragraf 48 ve Nichols EU:C:2004:538, paragraf 24-25).

47 Ayırt edici nitelik kazanılması hususunda ortaya çıkan ve doğaları gereği bazı marka kategorileriyle ilişkilendirilebilecek – hesaba katılması meşru olan- birtakım zorluklar bu sebeple, içtihat tarafından yorumlandığı şekliyle ayırt edicilik kriterlerinin uygulanmasında, diğer marka kategorileri üzerinde tamamlayıcı veya azaltıcı daha katı kriterler koyulmasını haklı göstermemektedir (Bu mealde bakınız, Nichols EU:C:2004:538, paragraf 26 ve kıyasen bakınız, OHIM v. BORCO-Marken-Import Matthiesen EU:C:2010:508, paragraf 34).

48 Bu doğrultuda genel itibariyle, marka kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanmışsa, işbu esas davaya konu olan marka gibi, dış hatları belirsiz olan renkli markalar açısından dahi veya tüketici araştırması kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanılıp kazanılmadığının değerlendirilmesinde esas alınması gereken faktörlerden olsa dahi, ilgili halk kesiminde o markanın edinmiş olduğu tanınırlık derecesine ilişkin önceden belirlenmiş yüzdelerin referans gösterilmesi ve o tüketici araştırmasının sonuçlarının kullanım yoluyla ayırt

edici niteliğin kazanıldığına ilişkin sonucu desteklemek üzere karara etkili tek kriter olarak kullanılması mümkün değildir.

49 Tüm bu değerlendirmeler ışığında birinci sorunun cevabı, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(1) ve(3) sayılı maddelerinin, dış hatları belirsiz renkli bir markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının gündeme geldiği yargılama bakımından, tüketici araştırması sonucunun tanınmışlık derecesini her olayda %70 olarak gösterdiği ulusal hukukun yorumlanmasının kısıtlanması olarak yorumlanacaktır.

İkinci soru

50 İkinci sorusuyla mahkeme esasen, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) sayılı maddesinin ilk cümlesinin hükümsüzlük davası bağlamında, doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olan markalar açısından, markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıp kazanmadığını değerlendirmek amacıyla, söz konusu markanın sahibi her halükarda kullanım yoluyla ayırt edici karakteri tescil başvurusundan sonra ancak tescilden önce kazandığı hallerde, markanın tescil başvurusundan önceki bir tarihte ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının araştırılması gerektiği anlamında yorumlanıp yorumlanmayacağını sormaktadır.

51 Son olarak bahsedilen gözlem doğrultusunda, DSGVO ve Komisyon bu sorunun kabul edilebilir olmadığını savunmuşlardır. Esasen, sevk eden mahkemenin yaptığı ulusal yasa çerçevesinin takdiminin yanlış olduğunu düşünmektedirler. Almanya Federal Cumhuriyeti, ikinci soruyu farazi kılan, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ikinci cümlesindeki yetkiyi uygulamıştır.

52 Bu bağlamda, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın 267. maddesince ortaya konan yargısal işbirliği bağlamında, ulusal hukuk hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin karar vermek veya ulusal hukukun o hükümler hakkındaki yorumunun doğruluğuna karar vermenin Divan'ın yetkisinde olmadığı akla getirilmelidir. Divan, kendisi ile ulusal mahkemeler arasındaki yargı yetkisi iş bölümünde, sorulan soruların belirlenmiş olduğu referansta belirtildiği şekliyle, fiili ve yasal şartları dikkate alacaktır (Case C518/08 Fundacion Gala- Salvador Dali and VEGAP EU:C:2010:191, paragraf 21 ve anılan içtihat. Ayrıca bakınız Case C212/10 Logstor ROR Polska EU:C:2011:404, paragraf 30).

53 Bu şartlar altında Divan, sorulan ikinci sorunun cevaplanmasında, sevk eden mahkemenin bulgusu temelinde, somut olayda Alman hukukunu, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin

ikinci cümlesi ile ortaya konan yetkiyi ulusal hukuka aktarmayacağı şeklinde yorumlayacaktır.

54 Esasa ilişkin olarak Oberbank, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ilk cümlesinin, sevk eden mahkemece verilen iki tarihin yerinde olduğu ve kullanım yoluyla kazanılan ayırt ediciliğin kanıtı olarak bu iki tarihin ileri sürülmesi gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiğini iddia etmektedir.

55 Banco Santander ve Santander Tüketici Bankası ile İspanyol ve Polonya Hükümetleri, Üye Devlet 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ikinci cümlesinde yer verilen yetkiyi kullanmadığından, kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanıldığına dair kanıtın tescil başvurusu yapıldığı tarih ile bağlantılı olması gerektiğini düşünmektedir. Alternatif olarak Komisyon da aynı yorumu öne sürmektedir. DSGVO'ye göre her koşulda, işbu esas davaya da konu olan gibi, tescil tarihi hükümsüzlük davası kapsamında ilgilidir.

56 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ilk cümlesine göre, bir marka tescil başvurusu tarihinden önce ve kullanımını takiben ayırt edici nitelik kazanmışsa, 3(1)(b), (c) veya (d) maddeleri uyarınca tescili reddedilmemeli ya da hükümsüz kılınmamalıdır.

57 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ilk cümlesindeki net ifadelerden de anlaşıldığı üzere, DSGVO'nin iddia ettiğinin aksine, hakkında 3(1)(b), (c) veya (d) maddesinde yer verilen hükümsüzlük sebeplerinden bir ya da birden fazlası iddia edilen bir markaya ilişkin hükümsüzlük davasında ve bu sebeplerden en az birinin uygulanabilirliği ortaya konduğu durumda, söz konusu marka yalnızca tescil başvurusu tarihinden önceki kullanım yoluyla ayırt edici karakter kazanmışsa söz konusu hükümsüzlük sebeplerine başvurulmasından kaçınılabilecektir.

58 Sözü edilen ilk cümlelerin bir kısmını oluşturduğu ilgili hükmün amacı, bu lâfzi yorumu teyit etmektedir. 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3). maddesinin ikinci cümlesi, üye devletlerin ikinci cümlede öngörülen ihtimali, markanın tescil başvurusu tarihinden veya tescil tarihinden sonra dahi gerçekleştirilen kullanımı yoluyla ayırt edicilik kazanması durumunu da kapsayacak şekilde genişletmesini açıkça öngörmektedir.

59 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3). maddesi, Oberbank ve DSGVO tarafından da belirtildiği gibi, ilgili markanın tescil başvurusu tarihinden sonra kullanım yoluyla kazandığı ayırt edici niteliğe de ilişkin olduğu şeklinde yorumlanırsa ilgili maddenin ikinci cümlesiyle üye devletlere verilen yetki asılsız hale gelecek ve ilgili hüküm etkisiz kılınmış olacaktır.

60 Yine de, yukarıda 57. paragrafta ortaya konulan yorumun, yetkili merci tarafından, markanın tescil başvurusu tarihinden sonraki tarihli olsa dahi başvuru tarihindeki duruma ilişkin sonuca varmaya olanak veren delilleri dikkate alabileceği ihtimalini ortadan kaldırmadığı göz önünde bulundurulmalıdır (bkz, bu bağlamda, C488/06 P L &D v OHIM EU:C:2008:420, paragraf 71 ve atıfta bulunulan içtihatlar).

70 Bu açıklamalar ışığında, ikinci sorunun cevabı, bir üye devletin 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ikinci cümlesiyle kendisine verilen yetkiyi kullanmaması durumunda, ilgili Direktif'in 3(3). maddesinin birinci cümlesinin, doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olan bir markaya ilişkin açılan hükümsüzlük davası kapsamında, bu markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için bu niteliği marka tescil başvurusu tarihinden önce kazanıp kazanmadığının araştırılması gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanacaktır. Bu bağlamda söz konusu markanın sahibinin, her halükarda markanın marka tescil başvurusu tarihinden sonra; ancak markanın tescil tarihinden önce kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazandığına yönelik savunması mevzu dışıdır.

Üçüncü Soru

62 Üçüncü sorusu ile başvuran mahkeme, esasında, 2009/85 sayılı Direktif'in 3(3). maddesinin ilk cümlesinin, hükümsüzlük davası kapsamında, markanın doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olması ve marka sahibinin markanın tescil başvurusu tarihinden önce kullanımı yoluyla ayırt edici nitelik kazandığını göstermekte başarısız olması halinde söz konusu markanın hükümsüz kılınmasına olanak vermediği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormaktadır.

63 Oberbank, Banco Santander ve Santander Tüketici Bankası ve İspanya Hükümeti, hükümsüzlük davası kapsamında, söz konusu markanın kullanım yoluyla kazandığı ayırt edici niteliği ispat yükünün marka sahibinde olması gerektiği görüşündedir. Buna karşın Polonya Hükümeti, üçüncü sorunun cevabının, 2008/95 sayılı Direktif'in gerekçesinde yer alan 6. beyana uygun olarak üye devletlerin münhasır yetkisini ilgilendirdiğini savunmaktadır.

64 DSGVO ve Komisyon'un bu sorunun geçerliliğine ilişkin şüpheleri vardır. Alternatif olarak, DSGVO, hükümsüzlük davası kapsamında ispat yükünün başvuru sahibi tarafından yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Komisyon, özü itibarıyla, ispat yükünün marka sahibinde olmasını engelleyen hiçbir durumun söz konusu olmadığı görüşündedir.

65 Bir ön mesele olarak, yukarıda paragraf 52’de yer alan gerekçeler doğrultusunda, DSGVO ve Komisyon tarafından üçüncü sorunun kabul edilebilirliğine ilişkin olarak ileri sürülen itirazların ortadan kaldırılması gerekmekte ve soru, başvuran mahkemenin tespit ettiği üzere somut olayda Alman hukukunun, Almanya Federal Cumhuriyeti’nin 2008/95 sayılı Direktif’in 3(3). maddesinin ikinci cümlesiyle tanınan yetkiyi iç hukukuna geçirmedeği anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerekliliğine dayanarak cevaplandırılmalıdır.

66 İçerik olarak, 2008/95 sayılı Direktif’in başlangıç kısmında yer alan 6. beyanın, Üye Devletlerin tescil ile kazanılan markaların hükümsüz kılınmasına ilişkin usul hükümlerini düzenleme ve hükümsüzlük davası türleri gibi hususları belirleme konusunda serbest olmaları gerektiğini ortaya koyduğu doğrudur. Buna karşın bundan, 2008/95 sayılı Direktif’in 3(1)(b), (c) veya (d) maddeleri uyarınca hükümsüzlük davası kapsamında kullanım yoluyla kazanılan ayırt edici niteliğe ilişkin ispat yükü meselesinin bu şekilde Üye Devletlerin yetkisi kapsamına giren bir usul hükmü olduğu sonucuna varılamaz.

67 Hükümsüzlük davası kapsamında bir markanın kullanım yoluyla kazandığı ayırt edici niteliğe ilişkin ispat yükü meselesinin Üye Devletlerin iç hukukuna ait bir mesele olduğu kabul edilecek olursa bu, marka sahipleri bakımından korumanın hukuk sistemlerine göre çeşitlilik göstermesi sonucunu doğuracak ve bu durum, 2008/95 sayılı Direktif’in başlangıç kısmında yer alan 10.beyan tarafından öngörülen ve burada “esas” olduğu belirtilen “Tüm üye devletlerin yasal sistemlerinde aynı korumadan yararlanılması” amacına ulaşılmamasına yol açacaktır (bkz., kıyas yoluyla, C405/03 sayılı dava, Class International EU:C:2005:616, 73. paragraf ve atıfta bulunulan içtihatlar ve C479/12 sayılı dava, H.Gautzsch GroBhandel EU:C:2014:75, paragraf 40).

68 Bu amaç ile 2008/95 sayılı Direktif’in 3(3). maddesinin şekli ve amacı ışığında Divan, hükümsüzlük davası kapsamında, markanın kullanım yoluyla kazandığı ayırt edici niteliğe ilişkin ispat yükünün ayırt edici niteliğe sahip olduğu iddia edilen markanın sahibinde olması gerektiği görüşündedir.

69 İlk olarak, bir markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanması durumunun, tescil işlemleri sırasında 2008/95 sayılı Direktif’in 3(1)(b), (c) veya (d) maddelerinde sayılan ret sebeplerine bir istisna teşkil etmesinde olduğu gibi (bkz., bu bağlamda, C108/05 sayılı dava, Bovemij Verzekeringen EU:C:2006:530, paragraf 21), hükümsüzlük davası kapsamında da bir markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanması durumu 3(1)(b), (c) veya (d) maddelerinde sayılan hükümsüzlük sebeplerine bir istisna teşkil etmektedir. Bu durum bir istisna teşkil ettiğinden ispat yükü, başvurusunu meşrulaştırmak amacıyla buna dayanan tarafa aittir.

70 İkinci olarak Divan, söz konusu markanın sahibinin, markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazandığı iddiasını destekleyecek nitelikte delil sunmaya en uygun taraf olduğu görüşündedir. Bu aynı zamanda, yukarıda 40. ve 41. paragraflarda atıfta bulunan içtihatlarda yer verilen ve markanın kullanımının ne kadar yoğun, yaygın ve uzun süreli olduğuna ve markanın tanıtımı için yapılan yatırımların miktarına ilişkin deliller gibi özellikle böyle bir kullanımı kanıtlamaya elverişli delillerin sunulması bakımından da geçerlidir.

71 Bu itibarla, söz konusu markanın sahibinin, doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olan bir marka bakımından markanın kullanım yoluyla kazandığı ayırt edici niteliğe ilişkin delil göstermesi yetkili mercii tarafından talep edildiğinde; ancak marka sahibi bunu göstermekte başarısız olduğunda ilgili marka hükümsüz kılınmalıdır.

72 Bu bağlamda marka sahibinin delil göstermekte başarısız olmasının altında yatan sebepler konu dışıdır. Aksi halde markanın, 3(1)(b), (c) ya da (d) maddelerinde belirtilen hükümsüzlük hallerinden birinin kapsamına girmesi sebebiyle esas işlevini yerine getirmemesi ve bu sebeple Direktif kapsamında korunmaması gerekmesine karşın 2008/95 sayılı Direktif kapsamında korunmaya devam etmesi ihtimali ortaya çıkacaktır. Tam olarak bu sebeple, DSGVO tarafından savunulanan aksine, ispat yükünün bu şekilde yükletilmesi, marka sahibinin meşru beklentilerinin korunması ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

73 Bunun yanı sıra, yukarıda 61. paragraftan da açıkça anlaşıldığı üzere, 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3). maddesinin ilk cümlesi kapsamında bir markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının belirlenmesinde bu niteliğin markanın tescil başvurusu tarihinden önce kazanılıp kazanılmadığı incelenmelidir.

74 Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında, üçüncü sorunun cevabı, bir üye Devletin 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3). maddesinin ikinci cümlesiyle kendisine verilen yetkiyi kullanmaması durumunda, ilgili Direktif'in 3(3). maddesinin ilk cümlesinin, hükümsüzlük davası kapsamında, markanın doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olması ve marka sahibinin markanın tescil başvurusu tarihinden önce kullanımı yoluyla ayırt edici nitelik kazandığını göstermekte başarısız olması halinde söz konusu markanın hükümsüz kılınmasına olanak vermediği şeklinde yorumlanamayacağıdır.

Masraflar

75 Buradaki adli muameleler, esas davanın tarafları için ulusal mahkeme önündeki derdest davada bir aşama olduğundan, masraflar hakkındaki karar,

ulusal mahkemeyi ilgilendirir. Divana görüş sunarken yapılan masraflar, bu tarafların masrafları hariç olmak üzere, geri alınamaz.

Bu gerekçelerle, Divan (Üçüncü Daire) şu şekilde karar vermektedir:

1. Üye Devletlerin markalara ilişkin mevzuatlarının yaklaştırılması hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi'nin 3(1) ve (3). maddeleri, dış hatları belirsiz renkli bir markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının gündeme geldiği yargılama bakımından, tüketici araştırması sonucunun tanınmışlık derecesini her olayda %70 olarak gösterdiği ulusal hukukun yorumlanmasının kısıtlanması olarak yorumlanacaktır.

2. Bir üye devletin 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3) maddesinin ikinci cümlesiyle kendisine verilen yetkiyi kullanmaması durumunda, ilgili Direktif'in 3(3). maddesinin birinci cümlesi, doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olan bir markaya ilişkin açılan hükümsüzlük davası kapsamında, bu markanın kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığının belirlenmesi için bu niteliği marka tescil başvurusu tarihinden önce kazanıp kazanmadığının araştırılması gerektiği anlamına gelecek şekilde yorumlanacaktır. Bu bağlamda söz konusu markanın sahibinin, her halükarda markanın marka tescil başvurusu tarihinden sonra; ancak markanın tescil tarihinden önce kullanım yoluyla ayırt edici nitelik kazandığına yönelik savunması mevzu dışıdır.

3. Bir üye Devletin 2008/95 sayılı Direktif'in 3(3). maddesinin ikinci cümlesiyle kendisine verilen yetkiyi kullanmaması durumunda, ilgili Direktif'in 3(3). maddesinin ilk cümlesi, bu cümlelerin hükümsüzlük davası kapsamında, markanın doğası gereği ayırt edici nitelikten yoksun olması ve marka sahibinin markanın tescil başvurusu tarihinden önce kullanımını yoluyla ayırt edici nitelik kazandığını göstermekte başarısız olması halinde söz konusu markanın hükümsüz kılınmasını engellemediği şeklinde yorumlanacaktır.

[İmzalar]

REKABET KURULU KARARLARI

HAZIRLAYAN:
Av. Güldeniz DOĞAN ALKAN*

* Ankara Barosu.

REKABET KURULU KARARI

26.11.2014

Dosya Sayısı: 2014-5-48 (Önaraştırma) Karar Sayısı: 14-46/834-375

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI

Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER : M. Nazlı ÖNAL, Zeynep ŞENGÖREN ÖZCAN, Can SARIÇİÇEK, Cihan BİLAÇLI

C. BAŞVURUDA BULUNANLAR : :-Şaban Uğur PEMBECİOĞLU

Caddebostan Mah. Papatyalı Sok. 13/2 D:28 34728
Kadıköy/İstanbul

- Fatih ATLAY

Armağan evler Mah. 23 Nisan Caddesi Garden Life Sitesi
Mimoza Apt. Kat:6/19 Ümraniye / İstanbul

D. HAKKINDA İNCELEME YAPILAN : -Türkiye Futbol Federasyonu

İstinye Mah. Darüşşafaka Cad. No:45 Kat:2 İstinye /
İstanbul

- Aktif Yatırım Bankası A.Ş.

Büyükdere Cad. No:163 Şişli / İstanbul

E. DOSYA KONUSU: Futbol müsabakalarında Passolig adı altında gerçekleştirilen e-kart ve e-bilet uygulaması ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş.'nin TFF ile yaptığı sözleşmeler ile münhasır hizmet sağlayıcı konumuna getirildiği, elde ettiği söz konusu konumunu bağlama ve ayrımcılık gibi uygulamalarla kötüye kullanıldığı iddiası.

F. İDDİALARIN ÖZETİ:

Başvurularda özetle;

- Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) tarafından düzenlenen ihale ile Türkiye Spor Toto Süper Ligi ve Türkiye PTT 1. Futbol Ligi'nde oynanan futbol müsabakalarına ilişkin olarak bilet satışlarına aracılık hizmetleri işinin Aktif Yatırım Bankası A.Ş. (AKTİFBANK)'a verildiği, böylece ilgili aracılık hizmetleri pazarında hâkim durum yaratıldığı,

- TFF tarafından yapılan bir başka ihale ile “Passolig” uygulamasına ilişkin teknik altyapının gerçekleştirilmesi işinin ise Netaş Telekomünikasyon – E-Kent Teknoloji ve Ödeme Sistemleri Konsorsiyumu'na verildiği, ilgili Konsorsiyum ile AKTİFBANK'ın Çalık Holding'in grup şirketleri olduğu ve TFF tarafından gerçekleştirilen söz konusu iki ihalenin de rekabet şartlarını taşımadığı,

- AKTİFBANK'ın futbol müsabaka biletlerinin satışına aracılık hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğu ve bağlama, ayrımcılık gibi uygulamalar yoluyla söz konusu hâkim durumunu kötüye kullandığı,

- AKTİFBANK'ın futbol müsabaka biletlerinin satışına aracılık hizmetleri pazarında bir yılı aşan münhasırlık içeren sözleşmeler yaptığı, bu nedenle 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 4. maddesini ihlal ettiği

hususları ifade edilmiş ve söz konusu iddialar hakkında gereğinin yapılması talep edilmiştir.

G. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 01.09.2014 tarih ile intikal eden başvurular üzerine hazırlanan 18.09.2014 tarihli ve 2014-5-48/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu 24.09.2014 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 14-35/694-M sayı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiştir. İlgili karar uyarınca yapılan inceleme üzerine hazırlanan, 19.11.2014 tarih ve 2014-5-48/ÖA sayılı Önaraştırma Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

H. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda;

- Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve E-Kent Teknoloji ve Ödeme Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. – Netaş Telekomünikasyon A.Ş. Konsorsiyumu (E-KENT – NETAŞ KONSORSİYUMU) arasında yapılan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu,

- Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca yapılan değerlendirmede, Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve

E-Kent–Netaş Konsorsiyumu arasındaki ilgili sözleşmeler ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ile kulüpler arasında imzalanan Bilet Satışlarına Aracılık Sözleşmeleri’ne 2016-2017 futbol sezonu bitimine kadar bireysel muafiyet tanınmasının ve bu sürenin bitiminde tekrar değerlendirilmelerinin uygun olacağı,

- Aktif Yatırım Bankası A.Ş.’nin ilgili sözleşmeler çerçevesindeki uygulamalarının 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal etmediği,

Dolayısıyla, önaraştırma konusuna ilişkin olarak ilgili teşebbüsler hakkında 4054 sayılı Kanun’un 41. maddesi uyarınca soruşturma açılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir.

I. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, ilgili ürün pazarları “futbol müsabaka biletlerinin satışında kullanılacak elektronik kart”, “bankacılık hizmetleri pazarı” ve “futbol müsabaka biletlerinin satışına aracılık hizmetleri pazarı” olarak, ilgili coğrafi pazar ise “Türkiye” olarak belirlenmiştir.

I.1. TFF’nin Teşebbüs Niteliğine İlişkin Değerlendirme

Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, TFF, yasanın öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesini teminen, ilgili hakları finansal kaynak karşılığında AKTİFBANK’a devretmekte, bununla birlikte yeni ve ekonomik değer atfedilen bir pazarın ortaya çıkmasına neden olmakta ve bunlar karşılığında da belli gelir kalemleri elde etmektedir. Bu kapsamda, E-Kart uygulamasının kurulumu ve işletilmesine ilişkin olarak AKTİFBANK ile yapılan sözleşme ve sonrasında gerçekleştirilen uygulama çerçevesinde, TFF’nin bir ekonomik faaliyet içerisinde bulunduğu ve 4054 sayılı Kanun anlamında teşebbüs niteliğini haiz olduğu düşünülmüştür.

I.2. Elektronik Bilet Uygulaması Kapsamında TFF Tarafından Yapılan İhaleler Neticesinde İmzalanan Sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dosya kapsamında incelenen ve futbol müsabaka biletlerinin elektronik olarak satışı için kurulan sistem çerçevesinde, TFF tarafından çıkılan ihaleler sonucunda, TFF ile E-Kent Teknoloji ve Ödeme Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. (E-KENT) ile Netaş Telekomünikasyon A.Ş. (NETAŞ) arasında “sistem entegratörlüğü” ve TFF ile AKTİFBANK arasında “finansal kuruluş” sözleşmeleri

imzalanmıştır. Söz konusu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmüştür.

4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi "Belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır." hükmünü haizdir. Dosya mevcudundan, TFF'nin, ilgili uygulamalar kapsamında bir teşebbüs olarak hareket ettiği ve TFF tarafından, ilgili faaliyetlerin yerine getirilebilmesi için gerekli altyapının kurulması ve finansal kaynak bulunması ihtiyacının doğduğu, bunların sağlanması amacıyla ihaleye çıkılarak ihaleleri kazanan taraflar ile münhasır sözleşmeler imzalandığı, söz konusu sözleşmelerin, elektronik kart satış platformları pazarında ve bankacılık pazarlarında doğrudan etki edebilecek nitelikte olduğu anlaşılmıştır.

Dosya mevcudu bilgilerden, "Sistem entegratörlüğü" sözleşmesinin, yasa tarafından getirilen sistemin uygulamaya konulabilmesi için gereken teknik altyapının kurulmasına ilişkin bir sözleşme olduğundan, TFF açısından bir hizmet alımı sözleşmesi niteliğinde olduğu ve bu anlamda 4054 sayılı Kanun kapsamında yer almadığı, bununla birlikte TFF ile AKTİFBANK arasında yapılan, E-Kart sisteminin kurulum ve işletimini düzenleyen sözleşmenin ise, gelir getirici nitelikte ekonomik bir faaliyet ve yeni bir pazar oluşturduğu, ayrıca TFF ile AKTİFBANK arasında yapılan sözleşme ile AKTİFBANK'a 10 yıl boyunca E-Kart pazarında münhasıran faaliyet gösterme imkânı tanındığı ve bu süre boyunca başka herhangi bir teşebbüsün pazara girişinin söz konusu olamayacağı, böylece bir teşebbüs lehine 10 yıl boyunca münhasır bir hak tesis eden bu sözleşmenin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu anlaşılmıştır.

I.3. Bireysel Muafiyet Değerlendirmesi

2002/2 sayılı Tebliğ kapsamında grup muafiyetinden yararlanamayan anlaşmaların 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde yer alan koşulları sağlamak şartıyla bireysel muafiyetten yararlanması mümkündür. Kanun'un 5. maddesinde, teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarınının 4. madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulabilmesi için 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde öngörülen iki olumlu iki olumsuz koşulu birlikte sağlaması gerekmektedir. Aşağıda, bu koşullar kapsamında değerlendirme yapılmıştır:

a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması

Dosya mevcudundan,6222 sayılı Kanun ile hedeflenen temel hususun sporda şiddetin ve düzensizliğin önlenmesi olduğu, bu kapsamda, futbol müsabakalarının bir hizmet olarak kabulü durumunda, e-kart sisteminin uygulanması, elektronik biletleme yapılması ve stadyumlarda güvenlik önlemleri kurularak buna ilişkin veri tabanları oluşturulması suretiyle hizmetlerin daha güvenli sunumunun ve hizmeti sunan teşebbüs konumundaki futbol kulüplerinin şiddet eylemleri kapsamında uğradıkları zararlardan korunmalarının mümkün olabileceği, bu durumun kamu yararını sağlayacak bir gelişme olarak ele alındığı noktada, malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında iyileşme sağladığı sonucuna varılabileceği, buna ek olarak söz konusu iyileşmeler kapsamında hizmetin münhasıran tek sağlayıcıdan temin edilmesinin maliyet avantajları yaratacağı ve bunun da tüketiciye yansıtılabileceği düşünülmüştür.

Futbol müsabaka biletlerinin elektronik sistem üzerinden satılmaya başlamasının, söz konusu biletlerin satışına ilişkin olarak önceki dönemlerde görülen karborsacılık gibi faaliyetlerin önüne geçici nitelikte olduğu ve bunun biletlerin satışında tüketicilerin futbol kulüpleri tarafından belirlenen nominal değerler üzerinden ürünlere ulaşmasını sağladığı ve bu durumun da ürünlerin dağıtımını bakımından etkinlik doğuran ekonomik bir gelişme sağladığı görülmüştür. Ayrıca, hizmetlerin güvenli olarak sunumunu sağlamanın tek bir veri tabanının oluşturulabilmesine bağlı olduğu ve birden fazla sistem entegratörü olmasının ek işlem maliyeti yaratacağı ve sistemin işlerliğini engelleyebileceği, bu nedenle söz konusu sözleşmelerin münhasır olarak düzenlenmesi ile bahsi geçen ekonomik faydaların doğacağı değerlendirilmiştir.

b) Tüketicinin bundan yarar sağlanması

Bir önceki başlık altında değerlendirilen ve gerek hizmetlerin güvenli sunumunun sağlanmasının gerekse futbol müsabaka biletlerinin fiyatlarında yaşanan sanal artışların önüne geçilerek, tüketicilerin futbol kulüplerince belirlenen değerler üzerinden ürün temin edebilmelerinin sağlanması ve maliyet avantajlarının yansıtılması hususlarının tüketicinin ilgili uygulama kapsamında elde ettiği faydalar olarak değerlendirilebileceği düşünülmüştür.

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması

Sisteme yapılan yatırımın ne kadar zamanda geri dönüşünün sağlanacağı konusunda yapılacak tahminlerin şu aşamada doğru bir değerlendirmeye

imkân vermeyeceği, ayrıca pazar henüz yeni oluşmakta olduğundan on yıllık münhasırlık içeren sözleşmenin, pazardaki etkilerinin ve pazar koşullarının incelenmesinin de bu aşamada mümkün görünmediği değerlendirilmiştir.

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

Etkinlik kazanımlarının daha rekabetçi bir yöntemle elde edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunu ortaya koymak bakımından mevcut aşamada yeterli bilgi ve bulgunun olmadığı, bu nedenle sistemin belli süre ile uygulanmasının beklenmesi ve bu kapsamda alınacak sonuçların sonradan değerlendirilmesinin daha sağlıklı olacağı anlaşılmıştır.

1.4. 4054 Sayılı Kanun'un 4. ve 5. Maddeleri Çerçevesinde Genel Değerlendirme

6222 sayılı Kanun tarafından getirilen E-Kart ve E-Bilet uygulamalarının yeni bir pazar olarak ortaya çıkan "E-Kart pazarı" ve "futbol biletlerinin satışına aracılık hizmetleri pazarı" üzerindeki etkilerinin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmüştür.

E-Kart uygulamasına ilişkin olarak yapılan sözleşmelerde AKTİFBANK lehine on yıllık münhasırlık tanınmasının 4. madde kapsamında olduğu, yapılacak bireysel muafiyet değerlendirmesinde de on yıllık sürenin tartışılmasının gerekli olduğu, bunun için ise henüz tam anlamıyla işlemeye başlamamış olan pazar uygulamalarından hareketle bir sonuca ulaşılmışının mümkün olmadığı değerlendirilmiştir. Futbolda özellikle "sezon" kavramının önem taşıması nedeniyle, pazarın yapısının ve büyüklüğünün ortaya çıkması ve sistemin rekabet üzerindeki etkilerinin ölçülebilmesi için uygulamanın en azından "üç futbol sezonu" boyunca gerçekleşmesinin beklenmesinin uygun olacağı, bu sürenin sonunda konunun değerlendirilmesinin daha sağlıklı olacağı düşünülmüştür. Uygulamanın çok yeni olması, başlangıcını oluşturan 2014-2015 sezonunda gerektiği şekilde uygulamaya geçemeyebileceği, bir sonraki sezonun ise tek başına karşılaştırmaya müsait olmayacağı ve bu nedenle uygulamanın en az üç sezon boyunca sürdürülmesinin ardından pazar verilerinin daha net şekilde değerlendirilebileceği anlaşılmıştır.

Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında "Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir

koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir.” hükmü yer almaktadır. Bu kapsamda, mevcut haliyle E-Kart uygulamasının üç futbol sezonu boyunca ilgili pazarlarda muafiyet kapsamında değerlendirilebileceği, ancak on yıllık sözleşme süresinin pazara etkisinin değerlendirilebilmesi için, pazarın oluşumunu tamamlamasının beklenmesi ve 2016-2017 sezonunun bitiminde Kurumumuzca yeni bir muafiyet değerlendirmesi yapılması gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, yasayla getirilmiş olan E-Kart ve E-Bilet uygulamalarının etki ettiği bir diğer pazar “futbol biletlerinin satışına aracılık hizmetleri” pazarıdır. Getirilen sistemde esas olarak, biletlerin satış haklarının ve bundan elde edilecek gelirlerin eskiden olduğu gibi futbol kulüplerine ait olduğu ifade edilmiştir. Ancak yeni düzenlemede, bu biletlerin satışlarının E-Kart sistemi üzerinden ve E-Bilet merkezi sistemi kullanılarak yapılması öngörülmüştür. Merkezi elektronik bilet satışına konu olan ve Passolig kartları üzerine elektronik olarak yüklenen biletlerin mülkiyeti futbol kulüplerine ait olup bilet fiyatları da kulüplerce belirlenmektedir. Bu nedenle bilet satışlarından elde edilen söz konusu gelirler hiçbir kesintiye uğratılmaksızın doğrudan ve tamamen ilgili futbol kulüplerine aktarılmaktadır. Bu durumda, kural olarak, yasada ifade edilen zorunlulukları karşılamak ve E-Bilet sistemine dâhil olmak şartıyla, her kulübün kendi biletini satmasını engelleyecek herhangi bir hususun bulunmadığı, benzer şekilde, kulüplerin bilet satışına aracılık hizmeti veren herhangi bir firmayla anlaşma yapmalarının da mümkün olduğu görülmüştür. Ayrıca, yasayla getirilen sistemi kurmanın gerektirdiği yüksek maliyetler nedeniyle, kulüplerin, bilet satışına aracılık hizmetini de AKTİFBANK’tan almayı kendi iradeleriyle tercih ettikleri ve bu kapsamda bireysel olarak AKTİFBANK ile bilet satışlarına ilişkin aracılık sözleşmesi imzaladıkları, bu sözleşmelerin çoğunlukla beş yıl süre için yapılmış olduğu görülmüştür. Ancak, dosya kapsamındaki biletleme faaliyeti sadece futbola ilişkin olduğundan rekabetçi endişe doğurması ihtimalinin düşük olduğu, ayrıca bilet satışlarında bu sezon yaşanan düşüş nedeniyle AKTİFBANK’ın bu pazardaki gerçek büyüklüğünü şu an itibarıyla sağlıklı değerlendirmenin imkân dahilinde olmadığı görülmüştür.

6222 sayılı Kanun ile getirilen düzenleme sonucunda, futbol kulüpleri, yüksek maliyetlere katlanmamak adına, bilet satışı konusunda AKTİFBANK ile sözleşme yapmayı tercih etmişlerdir. Ancak bu tercih hiç şüphesiz, AKTİFBANK’ın E-Kart sistemini işletme konusunda sözleşme ile yetkili kılınmasının doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmış olup, ileride E-Kart sisteminin uygulayıcısının değişmesi durumunda futbol kulüplerinin bilet satışına aracılık sözleşmesi yapmayı tercih edecekleri teşebbüs de değişebilecektir. Birbirleriyle doğrudan bağlantılı olan bu durum nedeniyle, sistemin bir bütün olarak ele alınabilmesi açısından, E-Kart uygulamasının ne şekilde yaygınlaşacağına ilişkin bekleme

süresinin bu pazar açısından da geçerli olması gerektiği, değerlendirmenin aynı sürenin sonunda yapılmasının sağlıklı olacağı düşünülmüştür.

1.5. AKTİFBANK'ın Eylemlerinin 4054 Sayılı Kanun'un 6. Maddesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Dosya mevcudundan, elektronik bilet sisteminde; AKTİFBANK'ın, e-bilet alınabilmesi için gerekli olan kartların basımı ve e-biletlerin oluşturularak söz konusu kartlara yüklenmesi faaliyetini münhasıran gerçekleştirdiği, ayrıca, TFF ile AKTİFBANK arasında imzalanan Finansal Kuruluş Sözleşmesi'nin 6.2. maddesi ile TFF'nin, sözleşme konusu ile aynı konuda başkaca ihale açmayacağını, başkaca finansal kuruluş veya bankalar ile aynı hususta ticari ilişki içine girmeyeceğini taahhüt ettiği, dolayısıyla, sözleşme süresi boyunca AKTİFBANK e-bilet kartlarının ve e-biletlerin satışı konusunda tek başına yetkilendirildiği, bahsi geçen hususlardan hareketle AKTİFBANK'ın müsabaka biletlerinin satışında kullanılacak elektronik kartlar ve futbol müsabaka biletlerinin satışına aracılık hizmetleri pazarlarında hâkim durumda olduğu anlaşılmıştır. AKTİFBANK'ın hâkim durumunu kötüye kullandığına ilişkin iddiaların ise ayrımcılık ve bağlama çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) bendinde eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılık yapılması yasaklanan davranışlar arasında sayılmaktadır. Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, başvuruda, UEFA maçlarının e-bilet sistemine tabi olmadığı, bununla birlikte 12.09.2014 tarihinde gerçekleşen ve bir UEFA organizasyonu olan Şampiyonlar Ligi çerçevesinde Beşiktaş ile Arsenal futbol kulüpleri arasında gerçekleşen müsabakaya ilişkin bilet satışlarında Passolig sahiplerine 10 TL'lik bir indirim yapıldığı ifade edilerek, söz konusu durumun bir ayrımcılık uygulaması olduğu iddia edilmiştir. Türkiye'deki en üst birinci ve ikinci futbol ligi karşılaşmaları dışındaki tüm futbol organizasyonlarına e-bilet ve Passolig kartı olmaksızın da giriş yapılması mümkündür. Bu çerçevede, UEFA kapsamındaki müsabakalara giriş yapılabilmesi için de Passolig sahibi olmak gerekmemekle birlikte UEFA kapsamında düzenlenen maçların bilet satışları hem Passolig kartlarına yüklenmek suretiyle elektronik olarak hem de kulüplerin kendi belirledikleri dağıtım noktalarından yapacakları kâğıt bilet satışları ile gerçekleştirilmektedir. Bu noktada, müsabakalara ilişkin bilet fiyatlarının ilgili futbol kulüplerince belirlendiği ve AKTİFBANK'ın bilet satış fiyatlarına herhangi bir etkisi veya müdahalesi olmadığı, dolayısıyla, UEFA kapsamında gerçekleşen futbol müsabakalarında Passolig aracılığıyla satın alınan biletlerin kâğıt biletlere göre indirimli olmasının futbol kulüplerinin kararları sonucunda ortaya çıktığı anlaşılmıştır. Bu

uygulama ile kulüplerin Passolig kartı alımını teşvik etmeyi amaçlayabileceği gibi biletler arasındaki fiyat farklılıklarının; kâğıt biletlerin satışının kulüpler tarafından personel ve zaman maliyetine katlanılarak gerçekleştirilmesinden de kaynaklanabileceği düşünülmüştür. Bununla birlikte her ne amaçla olursa olsun bilet fiyat farklılıklarının tamamen kulüplerin tercihleri çerçevesinde olduğu ve futbol kulüplerince belirlendiği; AKTİFBANK'ın bilet fiyatlarını belirlemede herhangi bir rolü olmaması sebebiyle bilet satışlarında eşit alıcılara farklı şartlar uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullanmasının mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bağlama; 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (c) bendinde bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınmasına ilişkin şartlar getirilmesi olarak belirtilerek yasaklanmıştır. Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz (Kılavuz)'da, bağlama bir ürünü (bağlayan ürün) hâkim durumdaki teşebbüsten satın alan müşterilerin bir başka ürünü (bağlı ürün) de aynı teşebbüsten almasını gerektiren durumlar olarak tanımlanmıştır.

Başvuruda, e-bilet alınabilmesi için gerekli olan ve Passolig olarak isimlendirilen elektronik kartların kredi kartı ve banka kart özelliği taşıdığı böylelikle elektronik kart satın almak isteyen tüketicilere aynı zamanda kredi kartı veya banka kart tanımlanarak onların banka müşterisi yapıldığı iddia edilmiştir. Dolayısıyla, AKTİFBANK'ın Passolig kartı ile banka ve kredi kartlarını birbirine bağlamak suretiyle satışa sunarak hâkim durumunu kötüye kullandığı öne sürülmüştür.

Bağlama uygulamalarının ihlal olarak değerlendirilebilmesi için gerekli olan ilk koşul hâkim durumdaki teşebbüsün iki farklı ürünü müşterilerine birlikte sunmasıdır. E-biletlerin satışına aracılık hizmetleri ve elektronik kartlar pazarında hâkim durumda bulunan AKTİFBANK'ın uygulamaları bağlama teorisi çerçevesinde incelendiğinde Passolig kartının bağlayan ürün; kredi kartı veya banka kartının ise bağlanan ürün olduğu değerlendirilmesi yapılabilmektedir. Bu iki ürünün ayrı pazarlarda olup olmadığı incelenirken ise söz konusu ürünlere yönelmiş ayrı tüketici taleplerinin olup olmadığı incelenmektedir. Passolig kartı futbol maçlarının izlenebilmesi amacıyla stadyumlara giriş amacıyla kullanılırken banka kartları, kart kullanıcısının bankasında açtığı vadesiz mevduat hesabındaki parasına ulaşmasını sağlayan aynı zamanda yanında nakit bulundurmadan söz konusu hesaptan harcama yapmasına imkân tanıyan bir üründür. Kredi kartları ise, bankaların ve bazı finansman kuruluşlarının müşterilerine verdiği, anlaşmalı POS cihazı sahibi alışveriş noktalarında ödeme amaçlı veya bankadan nakit avans çekmek amaçlı kullanılabilen, yapılan harcamaların aylık olarak bankaya ödenmek zorunda olduğu bir kredi aracı ve nakit paraya

alternatif bir ödeme aracıdır. Dolayısıyla Passolig kartı ile banka kartı ve kredi kartı ürünlerinin birbirlerinden farklı ürün pazarlarında yer aldığı ve böylelikle bağlama uygulamasının ilk koşulunun sağlandığı düşünülmüştür. Bununla birlikte AKTİFBANK, bir yatırım bankası olması sebebiyle bankacılık mevzuatı uyarınca mevduat kabul edememektedir. Bahsi geçen banka kartı ürünü esasen tüketicilerin bankadaki mevduat hesaplarına erişmelerini sağlamamakta, sadece PTT Şubeleri; PTTMatikler; N'Kolay İşyerleri ve İşlem Merkezleri; Akbank ATM'lerinden ve bankalardaki hesaplardan EFT yapılması suretiyle para yüklenilebilen ve bu suretle alışverişlerde veya ATM noktalarında kullanılabilen bir özellik taşımaktadır.

Bağlama uygulamasının ihlal olarak değerlendirilebilmesi gerekli olan koşullardan bir diğeri ise, zorlamanın olması bir başka deyişle hâkim durumdaki teşebbüsün bu ürünleri ayrı ayrı piyasaya satmaması ancak ve ancak bir arada satışa sunmasıdır. TFF'nin Niyet Beyanı'nın 2.3. Projenin Geçmiş başlıklı bölümünde, akıllı kartın erişim kontrolü, sadakat ve ödeme gibi birden çok uygulamayı desteklemesi için etkinleştirilen Europay, Mastercard veya Visa kullanımını gerektirdiği belirtilmiştir. Ayrıca Finansal Kuruluş Sözleşmesi'nin 5. maddesinde AKTİFBANK'ın elektronik kartları ön ödemeli (hesaba bağlı olmayan), debit (hesaba bağlı) ve kredi kartı olarak piyasaya süreceği hükümüne yer verilmiştir. Söz konusu sözleşmenin Tanımlar ve Kısaltmalar başlıklı 2. maddesinde ise ön ödemeli elektronik kartlarının yıllık kullanım ve yıllık yenileme bedelinin 15 TL olduğu ve yıllık kullanım yenileme bedelinin yıllık artış oranının yıllık TÜFE ve ÜFE ortalaması olduğu; hesaba bağlı ve kredi kartı özellikli kartların kullanım ve yıllık yenileme bedellerinin ön ödemeli kartlarından az olmamak koşulu ile AKTİFBANK tarafından belirleneceği düzenlenmiştir. Uygulamada ise AKTİFBANK'ın debit ve kredi kartlarının kullanım bedellerini de 15 TL olarak belirlediği anlaşılmıştır.

Bahsi geçen düzenlemelerden, kartların bir kısmında kredi kartı ve debit kart özelliği bulunmasının esasında TFF'nin Niyet Beyanında ortaya koyduğu, eş deyişle bu özelliklerin kartlarda bulunmasının TFF tarafından talep edildiği anlaşılmıştır. Elektronik kartların üç tipte piyasaya sürülmesi ise, TFF ve AKTİFBANK arasında imzalanan sözleşme ile kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte, teşebbüs yetkililerince belli bir kart tipinin alımı konusunda zorlama yapılmadığı, tüketicilerin istedikleri kart tipini seçebilecekleri, kredi kartı ve debit kartların müşteriler adına tanımlanmasında ilgili bankacılık mevzuatı çerçevesinde hareket edildiği görülmüştür. Ayrıca uygulamada tüm kart tiplerinin aynı kullanım bedeli ile ücretlendirilmesi de herhangi bir kartı tüketici gözünde daha avantajlı konuma getirerek tercih edilebilirliğini arttırmadığı düşünülmüştür.

Dosya mevcudunda yer alan, Passolig'in Ocak-Ekim 2014 dönemindeki uygulaması çerçevesinde tüketicilerce satın alınan elektronik kartların dağılımından anlaşıldığı üzere, tüketiciler ağırlıklı olarak sadece maçlara bilet satın alma özelliği olan ön ödemeli kartları tercih etmiş ve bu kartlar toplam Passolig kartlarının (.....) oluşturmuştur. Banka kartı ve kredi kartı özelliğini de barındıran bir başka deyişle içinde bağlanan bir ürün bulunan Passolig kartları ise, sırasıyla toplam kartların (.....) ve (.....)'ini oluşturmuştur.

Dosya mevcudunda yer alan verilerden, AKTİFBANK'ın bağlayan ürün olan elektronik kartları, bağlanan herhangi bir ürün olmaksızın da piyasaya sürdüğü, bir başka deyişle, bankanın elektronik kartın yanında kredi kartı veya banka kartı alınmasını zorlamadığı, uygulamada ise tüketicilerin ağırlıklı olarak sadece elektronik kart özelliği olan ürünü tercih ettiği kanaatine ulaşılmıştır.

Dosya mevcudundan anlaşıldığı üzere, AKTİFBANK'ın Passolig elektronik kartı ile birlikte banka kartı ve kredi kartı gibi ürünleri sunması; stadyumda maç izlemek isteyen tarafların AKTİFBANK bakımından potansiyel bir müşteri haline gelmesine yol açarken, bilet satış faaliyetinin münhasıran gerçekleştirilmesi ise AKTİFBANK'ın bahsi geçen müşteri kitlesine ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Diğer bankaların futbol taraftarlarına ulaşma imkânı ortadan kalkmamakla birlikte, bu husus ek maliyetler gerektirmektedir. İlgili müşteri kitlesine AKTİFBANK tarafından uygulanan satış politikalarının bankalar arasındaki rekabeti ne yönde etkilediği konusunda ise, bankacılık pazarında aktif büyüklüğe göre yapılacak bir sıralamada, AKTİFBANK'ın 24. sırada, kullanılan kredilere göre ise 22. sırada yer aldığı dikkate alındığında, AKTİFBANK'ın güçlü rakiplerin olduğu bir pazarda faaliyet gösterdiği ve mevcut pazar payı ile dosya konusu elektronik karta bağlı kredi kartı ve banka kart uygulamaları sonucunda pazarın rakiplere kapanması ihtimalinin zayıf olduğu görülmüştür. Ayrıca, AKTİFBANK'ın Passolig uygulamasından elde ettiği gelirlerin bankanın toplam gelirleri içerisinde küçük bir yer kapladığı, bu nedenle bağlama uygulamasının kapsamı itibarıyla pazar kapama riskinin düşük olduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla; e-biletlerin satışına aracılık hizmetleri ve elektronik kartlar pazarında hâkim durumda olan AKTİFBANK'ın birbirinden ayrı ürünler olan Passolig elektronik kartları ile banka kart ve kredi kartlarını bağlayarak bir arada müşterilere sunmakla birlikte elektronik kartların ayrı olarak da satın alınabildiği görülmüş olup, müşterilerin ürünleri bir arada satın almak konusunda zorlanmadığı ve uygulamanın niteliği, kapsamı ve bankacılık pazarının özellikleri dikkate alındığında AKTİFBANK'ın elektronik kartları tek başına ve aynı zamanda dileyen müşteriler bakımından kredi kartı veya banka kartı ile birlikte sunmasının, bankacılık hizmetleri pazarının rakiplere kapanmasına yol açmayacağı değerlendirilmiştir.

Bu hususlar ışığında, dosya konusuna ilişkin olarak soruşturma açılmasına gerek olmadığı kanaatine varılmıştır.

J. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

1- Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve E-Kent–Netaş Konsorsiyumu arasında yapılan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna,

2- Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca yapılan değerlendirmede, Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve E-Kent–Netaş Konsorsiyumu arasındaki ilgili sözleşmeler ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ile kulüpler arasında imzalanan Bilet Satışlarına Aracılık Sözleşmeleri’ne 2016-2017 futbol sezonu bitimine kadar bireysel muafiyet tanınmasına ve bu sürenin bitiminde bahse konu sözleşmelerin tekrar değerlendirilmesine,

3- Aktif Yatırım Bankası A.Ş.’nin ilgili sözleşmeler çerçevesindeki uygulamalarının 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal etmediğine,

4- Dolayısıyla, ilgili teşebbüsler hakkında Kanun’un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.

Rekabet Kurulu’nun 26.11.2014 Tarih ve 14-46/834-375 Sayılı Kararına KARŞI OY GEREKÇESİ

Şikâyetçilerin, futbol müsabakalarında Passolig adı altında gerçekleştirilen e-kart ve e-bilet uygulaması ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş.’nin Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) ile yaptığı sözleşmeler ile münhasır hizmet sağlayıcı konumuna getirildiği, elde ettiği söz konusu konumunu bağlama ve ayrımcılık gibi uygulamalarla kötüye kullandığı yönündeki başvuruları üzerine, hazırlanan 18.09.2014 tarihli ve 2014-5-48/İİ sayılı İlk İnceleme Raporu 24.09.2014 tarihli Kurul toplantısında görüşülerek, 14-35/694-M sayılı ile önaraştırma yapılmasına karar verilmiş, 19.11.2014 tarih ve 2014-5-48/ÖA sayılı Önaraştırma Raporunun görüşülmesi sonucunda Kurulumuz mezkûr kararında;

1- “Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve E-Kent–Netaş Konsorsiyumu arasında yapılan sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi kapsamında olduğuna,

2-Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca yapılan değerlendirmede, Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve E-Kent–Netaş Konsorsiyumu arasındaki ilgili sözleşmeler ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ile kulüpler arasında imzalanan Bilet Satışlarına Aracılık Sözleşmeleri’ne 2016-2017 futbol sezonu bitimine kadar bireysel muafiyet tanınmasına ve bu sürenin bitiminde bahse konu sözleşmelerin tekrar değerlendirilmesine,

3-Aktif Yatırım Bankası A.Ş.’nin ilgili sözleşmeler çerçevesindeki uygulamalarının 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesini ihlal etmediğine,

4-Dolayısıyla, ilgili teşebbüsler hakkında Kanun’un 41. maddesi uyarınca şikâyetin reddi ile soruşturma açılmasına gerek olmadığına

OYÇOKLUĞU ile karar verilmiştir.” şeklinde karar tesis etmiştir.

Biz bu kararın 2.ve 4.maddelerindeki çoğunluk görüşüne katılmadığımızdan, karşı oy gerekçelerimiz aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Karşıoy gerekçelerimizi açıklamadan önce Passolig’le ilgili mevzuat hükümlerini ortaya koyarak, bu hükümleri irdelememiz gerektiği inancındayız. 14.04.2011 gün ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6222 sayılı “*Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 5.maddesinin 11.fikrasının (a) bendinde; “Dördüncü fıkrada belirtilen elektronik kart uygulaması ile ilgili olarak; a) Bilet organizasyonu ve seyircilerin müsabaka alanlarına girişi ve çıkışına ilişkin kontrol ve denetim yetkisi federasyonlara ait olup **federasyonlar bu amaçla bünyelerinde merkezi kontrol sistemi oluşturur. Elektronik kart oluşturulmak amacıyla alınacak kişisel bilgiler federasyon bünyesinde oluşturulan merkezi veri tabanında tutulur. Bu veri tabanı Maliye Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı erişimine açıktır.**”* hükmü yer almış,

yine aynı maddenin 6.fikrasında “*Futbol dalında en üst lig ile bir altındaki ligde bulunan kulüpler, dördüncü ve beşinci fıkralardaki **sistemle ilgili teknik donanımları kendi kullanımındaki spor alanlarında kurmakla yükümlü**” olduğu, 8. fıkrasında da; “**Dördüncü, beşinci ve yedinci fıkralarda belirtilen güvenlik sistemlerinin ve odalarının giderleri, en üst profesyonel futbol ligi ve bir altındaki ligdeki kulüplerin kendileri tarafından; basketbol, voleybol ve hentbol dalları için ise spor tesisinin kullanım hakkına sahip olan kulüp ya da kuruluş tarafından karşılanır.**” hükmü sevk edilmiştir. Bunlara ilaveten*

aynı maddenin 4.fıkrasında da; “Spor müsabakalarının yapıldığı alanlara girişi sağlayacak biletler, elektronik sistem üzerinden oluşturulur. Bilet satın almak isteyen kişilerle ilgili olarak, üzerinde adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve fotoğrafı olan bir elektronik kart oluşturulur. Kişinin yabancı olması halinde kart üzerinde Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası yerine uyruğu olduğu devletin adı ile Türkiye’ye giriş yaptığı pasaportun seri numarası kaydedilir. Bilet satışları kişilere özgü elektronik kart üzerinden yapılabilir. Spor müsabakalarına, kişi ancak adına düzenlenen elektronik kart ile izleyici olarak girebilir.” denilmiştir.

6222 Sayılı Yasanın 24.maddesine göre Bakanlar Kurulunca çıkarılan ve 22.12.2012 gün ve 28505 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik”in **“Spor kulüplerinin görev, yetki ve sorumlulukları”** başlığı altındaki 12. maddesinin (e) fıkrasında ise; “Futbol dalında en üst lig ile bir altındaki ligde müsabakalara girişi sağlayacak biletleri, Türkiye Futbol Federasyonunun merkezi elektronik biletleme sistemi üzerinden oluşturmak, bilet satın almak isteyen kişiler için üzerinde adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve fotoğrafı olan **bir elektronik kart oluşturmak**; kişinin yabancı olması halinde kart üzerinde uyruğu olduğu devletin adı ile Türkiye’ye giriş yaptığı pasaportun seri numarasını kaydetmek; bilet satışlarını kişilere özgü elektronik kart üzerinden yapmak; spor müsabakalarına kişilerin adlarına düzenlenen elektronik kart ile girişlerini gerçekleştirmek ve bu amaçla kurulacak sistemlerin giderlerini karşılamak, elektronik bilgi bankasından yapılan sorgulamada haklarında seyirden yasaklanma tedbiri bulunduğu tespit edilenlere bilet satışı yapmamak” spor kulüplerinin görev, yetki ve sorumlulukları arasında sayılmıştır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere yasa koyucu yukarıda belirtilen düzenleme ile; öncelikle sistemle ilgili tüm verilerin merkezi veri tabanında Federasyon tarafından oluşturulacağı ve bu verilerin Maliye ve İçişleri Bakanlıklarının erişimine açık olacağı, spor alanlarındaki giriş, kontrol sistemleri ile tüm kamera ve benzeri tüm teknik donanımların kurulması spor kulüplerine yükümlülük olarak yerine getirileceği ve yine giderlerinde aynı kulüplerce karşılanacağı açıklanmıştır. Yasa koyucu 6222 sayılı Yasa hükümlerinde bilet satın almak isteyen kişilerle ilgili olarak, üzerinde adı, soyadı, Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası ve fotoğrafı olan bir elektronik kart oluşturulacağından bahsetmişse de bu kartın hangi organ tarafından Federasyon mu yoksa kulüplerce mi oluşturulacağı konusunda bir hüküm sevk etmemiştir. Ancak, Bakanlar Kurulunca çıkarılan Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik hükümleri ile bu elektronik kart oluşturulması ile ilgili yükümlülük ve yetki spor kulüplerine verilmiştir.

Bu durumda düzenlemelere göre;

- 1- **Merkezi Veri Tabanının FEDERASYON** tarafından oluşturulacağı,
- 2- Spor alanlarındaki **Tüm Teknik Donanımların** yapımı ve giderlerinin karşılanacağı **spor kulüplerince** yerine getirileceği
- 3- **Elektronik kartların da spor kulüplerince** oluşturulacağı hususları düzenlenmiştir.

Gerek Yasada ve gerekse Yönetmelikte, spor kulüplerine verilen bu görevlerin ve yükümlülüklerin, kulüpleri bir araya getirerek Federasyonca yerine getirilebileceği yolunda bir hüküm bulunmamaktadır. Bunu şu nedenle söylüyoruz. Futbolda Yayın Hakları ile ilgili olarak 5894 sayılı, Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13.maddesinde; *Türkiye Cumhuriyeti sınırları içindeki tüm futbol müsabakalarının televizyon, radyo, internet ve her türlü teknik cihaz ve benzeri araçlarla yayınlanmasına, iletilmesine, yayınların düzenlenmesine ve programlanmasına münhasıran Yönetim Kurulu yetkili olduğu ve Anılan yetkinin özellikle TFF'nin yayın haklarının merkezi olarak pazarlanmasını ve elde edilen gelirin yetkili organlar tarafından alınan kararlar uyarınca kulüplere dağıtılmasını kapsayacağı* hükmü getirilerek, spor kulüplerine ilişkin yayın hakları ile ilgili olarak merkezi pazarlama ile havuz oluşturularak, gelirin bu havuzdan kulüplere dağıtılmasına ilişkin 4054 sayılı yasanın 4.maddesine aykırı olan, kartel olarak nitelendirilebilecek eylemlerin, belirtilen düzenleme ile 4054 sayılı yasaya göre kabahat olmaktan çıkması, Rekabet Hukuku kurallarına uygun hale gelmesi bir anlamda bağışıklık kazanması söz konusu olmuştur. Passolig olarak adlandırılan, dosya konusu uygulamada ise, yayın haklarında olduğu gibi bu tür davranışları hukuka uygun hale getiren ve böylece bağışıklık sağlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, Passolig uygulamasında spor kulüplerine verilen, gerek spor alanlarındaki donanımların tesisi ve gerekse elektronik kartların oluşturulması konusundaki görev ve yükümlülüğün, kulüpleri bir araya getirerek merkezi olarak Federasyon'ca yerine getirilmesi yolunda, bu eylemi 4054 sayılı yasanın 4.maddesi kapsamında çıkararak bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenlerle Türkiye Futbol Federasyonunun Passolig ile ilgili olarak TFF tarafından çıkılan ihaleler sonucunda, TFF ile E-Kent Teknoloji ve Ödeme Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. (E-KENT) ile Netaş Telekomünikasyon A.Ş. (NETAŞ) konsorsiyumu arasında "sistem entegratörlüğü" ve TFF ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş (AKTİFBANK) arasında "finansal kuruluş" sözleşmeleri imzalanmış olup, bu sözleşmeler yukarıda açıklandığı gibi 4054 sayılı yasanın 4.madde kapsamına giren ihlal niteliğinde olabilecek sözleşmelerdir. Her ne kadar, çoğunluk görüşü Sistem entegratörlüğü sözleşmesinin teknik altyapının kurulmasına ilişkin ve TFF açısından bir hizmet alımı sözleşmesi niteliğinde

olduğunu bu nedenle bu aşamadaki sözleşmelerin 4054 sayılı kanun kapsamında olmadığını belirtmekte ise de, sistem entegratörlüğünü yerine getiren konsorsiyumun (.....) lık paya sahip ortağı E-Kent Teknoloji ve Ödeme Sistemleri San. ve Tic. A.Ş. (E-KENT) ile Finansal Kuruluş sözleşmesinin tarafı olan Aktifbank, aynı ekonomik bütünlük içinde olup her ikisinin de sonuç olarak Çalık Holding tarafından kontrol edilmesi nedeniyle her iki sözleşmenin yani gerek sistem entegratörlüğü ve gerekse Finansal Kuruluş sözleşmelerinin bir bütün olarak düşünülmesi gerçeğinden hareketle tüm sözleşmelerin 4054 sayılı yasa kapsamına girdiği inancındayım. Kurulumuz kararında da belirtildiği gibi; TFF ile AKTİFBANK arasında yapılan sözleşme ile AKTİFBANK'a 10 yıl boyunca E-Kart pazarında münhasıran faaliyet gösterme olanağı tanındığı ve bu süre boyunca başka herhangi bir teşebbüsün pazara girişinin söz konusu olamayacağı, böylece bir teşebbüs lehine 10 yıl boyunca münhasır bir hak tesis eden bu sözleşmenin de evleviyetle yine spor kulüpleri ile Aktifbank arasında imzalanan bilet satışlarına aracılık sözleşmelerinin de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ve bu haliyle ihlal oluşturabileceği anlaşılmaktadır.

Taraflar, 6222 sayılı Kanun'a göre e-bilet sisteminin uygulanabilmesi için gerekli altyapının kurulmasının sorumluluğunun kulüplere verildiği, ancak kulüplerin içinde bulunduğu mali durum nedeniyle ana kuruluş olan TFF'nin gerekli sistemin kurulmasına kulüpler adına önyak olduğunu belirtmekte ise bu, 28 stadyum için (.....) maliyet stadyum başına (.....) civarında olması ve en üst iki ligde mücadele eden kulüplerin stadyumlarında gerekli altyapının kurulması ve işletilmesine yönelik bu maliyetin üst ve alt ligdeki stadyumlar yönünden farklı olacağı gerçeği karşısında, milyon euro transfer bedelleri ödeyen kulüpler için bu bedelin yüksek olmayacağı açıktır. Kaldı ki, tarafların bu beyanları, yapılan sözleşmeleri 4054 sayılı yasanın 4.maddesi kapsamından çıkartacak nitelikte bir argüman da değildir.

4054 sayılı Kanununun 4.maddesi gereğince yasaklanan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları, yine aynı yasanın 5.maddesinin getirdiği muafiyet olanağı ile hukuka uygunluk niteliği kazanmakta ve böylece cezadan da bağışık hale gelmektedir. "Bağışıklık, yükümlülük dışında tutulmuş, ayırık tutulma, kendisine uygulanmama" gibi sözcük anlamları olan muafiyet adeta ihlal yolunda köprüden son çıkış konumundadır. 4054 sayılı yasanın hükümlerinden hareketle doktrinde muafiyet, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda aranan şartların varlığı halinde, rekabeti kısıtlayıcı işbirliği uygulamalarına, aynı kanununun 4.maddesi hükümlerinin uygulanamayacağına dair Rekabet Kurulunun vermiş olduğu karar şeklinde tanımlanmıştır.

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un muafiyet başlığı altındaki 5.maddesinde; ***"Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının***

varlığı halinde teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararlarının 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasından muaf tutulmasına karar verebilir:

a) Malların üretim veya dağıtımını ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması,

b) Tüketicinin bundan yarar sağlaması,

c) İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması,

d) Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlanmaması

Muafiyet belirli bir süre için verilebileceği gibi, muafiyetin verilmesi belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabilir. Muafiyet kararları anlaşmanın ya da uyumlu eylemin yapıldığı veya teşebbüs birliği kararının alındığı yahut bir koşula bağlanmışsa koşulun yerine getirildiği tarihten itibaren geçerlidir. Kurul, birinci fıkrada gösterilen şartların gerçekleşmesi halinde, belirli konulardaki anlaşma türlerine bir grup olarak muafiyet tanınmasını sağlayan ve bunların şartlarını gösteren tebliğler çıkarabilir.” hükmü bulunmaktadır.

Aynı maddenin gerekçesinde de; yasa koyucu 4 üncü madde yasağının mutlak bir şekilde uygulanması bazı istenmeyen sonuçlara yol açabileceği, bu nedenle, oluşturduğu zararlı etkilere nazaran ortaya çıkan yararlı etkilerin daha fazla olması halinde **rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4 üncü madde yasağından muafiyet sağlamanın ve böyle bir muafiyetin verilebilmesi için maddede sayılan dört şartın aynı anda mevcut olması gerektiği**, her şeyden önce rekabeti sınırlayıcı anlaşmanın veya uyumlu davranışın ya da teşebbüs birliği kararlarının, ekonomi üzerinde olumlu etkiler doğurması gerektiği, bu yararlı etkilerin tüketiciye yansımaya sadece firma karları olarak kalması halinde muafiyet uygulanmayacağı, ortaya çıkan yarardan tüketicinin adil bir pay alması suretiyle rekabet hukukunun sosyal yönü de ortaya çıktığı, eğer bu yararlı etkilerin elde edilmesi için daha az rekabet sınırlaması yeterli olacaksa anlaşmaya yine muafiyet verilmeyeceği, sadece yararlı etkinin elde edilebilmesi için gerekli ve zorunlu olan rekabet sınırlamalarına muafiyet tanınabileceği, şu kadar ki bu sınırlamalarla rekabet, ilgili ürün pazarının önemli bir bölümünde tamamen ortadan kaldırılmaması gerektiğini belirtmiş, yine muafiyet kararlarının belirli süreler için verilebileceği ve belirli şartlar altında yenilenebileceği açıklanmıştır. Devamında da bireysel muafiyetten ayrık olarak grup muafiyetine ilişkin gerekçeler yer almıştır.

Görüleceği üzere 5. maddede muafiyet için 2 olumlu ve 2 olumsuz şartın tamamının varlığı halinde bireysel muafiyet verilebileceği hükmü getirilmiştir. 5.madde metninde aynen “**Kurul, aşağıda belirtilen şartların tamamının varlığı halinde**” ibaresi yer almış, bu husus madde gerekçesinde de; **rekabeti kısıtlayıcı uygulamalara 4 üncü madde yasağında muafiyet sağlamanın ve böyle bir muafiyetin verilebilmesi için maddede sayılan dört şartın aynı anda mevcut olması gerektiği**, şeklinde bir ifadeyle tekrarlanmıştır. Gerek doktrinde ve gerekse Rekabet Kurulu kararlarında şartların tamamı karşılandığı için bireysel muafiyet kararları verilmiştir. Şartların tamamının karşılanmadığı hallerde ise Rekabet Kurulu muafiyet kararı vermemiştir. Bu kararların gerekçelerinde ve hatta hüküm fıkralarında da, şartların tamamının karşılandığı veya karşılanmadığı yönünde ibareler yer almıştır.

Kısaca tekrar edersek;

a. Malların üretim veya dağıtımı ile hizmetlerin sunulmasında yeni gelişme ve iyileşmelerin ya da ekonomik veya teknik gelişmenin sağlanması (**Etkinlik Kazanımı**),

b. Tüketicinin bundan yarar sağlaması (**Tüketicilere Yansıma**),

c. İlgili piyasanın önemli bir bölümünde rekabetin ortadan kalkmaması (**Rekabetin Ortadan Kalkmaması**),

d. Rekabetin (a) ve (b) bentlerindeki amaçların elde edilmesi için zorunlu olandan fazla sınırlandırılmaması (**ölçülülük, zorunluluk**) olarak ifade edilen bu olumlu ve olumsuz şartların varlığı halinde Rekabet Kurulu Bireysel muafiyet kararı vermek zorundadır. Bu konuda bağlı yetkisi olup, takdir yetkisi bulunmamaktadır. Rekabet Kurulunun şartların olmaması halinde, piyasalara bir süre bakalım, bu süre sonunda şartların oluşup oluşmamasına göre karar veririz deme yetkisi yoktur. Böyle bir yaklaşım Rekabet Kurulunun hukukilik sınırlarını aşması halini içerir ki bu da İdari işlemi sakatlar.

Öte yandan 5. madde de muafiyetin belirli bir süre için verilebileceği gibi, yine muafiyetin verilmesinin belirli şartların ve/veya belirli yükümlülüklerin yerine getirilmesine bağlanabileceği belirtilmiştir. Yasa koyucu tarafından süre yönünden kast edilen husus 5. maddedeki 2 olumsuz ve 2 olumlu koşulu sağlayan sözleşmelere göre verilen bireysel muafiyetlerde muafiyet süresinin belirlenmesi halidir. Koşullar sağlanmadan süreli bireysel muafiyet verelim, etkilerine sonra bakarız anlamında bir süre verme değildir. Muafiyetin belirli şart ve yükümlülüğe bağlanma konusuna gelince, yasada öngörülen şart ve yükümlülük maddede düzenlenen olumlu ve olumsuz koşulları sağlayıcı nitelikte olmalıdır. Başka bir

deyişle Kurulca getirilen şart ve yükümlülük konularının varlığı halinde olumlu ve olumsuz koşulların tamamı yerine gelmiş, koşulları tamamlayıcı nitelikte olmalıdır. Yasada amaçlanan ve kastedilen bunlardır.

Olayımıza gelince, Kurulumuz çoğunluğu kararda sözleşmelerin 4054 sayılı yasanın 4.maddesi kapsamına girdiğini, ancak, 5. maddedeki şartlardan, olumlu şartların varlığına rağmen iki olumsuz şartın, “*Sisteme yapılan yatırımın ne kadar zamanda geri dönüşünün sağlanacağı konusunda yapılacak tahminlerin şu aşamada doğru bir değerlendirmeye imkân vermeyeceği, ayrıca pazar henüz yeni oluşmakta olduğundan on yıllık münhasırlık içeren sözleşmenin, pazardaki etkilerinin ve pazar koşullarının incelenmesinin de bu aşamada mümkün görünmediği ayrıca, etkinlik kazanımlarının daha rekabetçi bir yöntemle elde edilmesinin mümkün olup olmadığı hususunu ortaya koymak bakımından mevcut aşamada yeterli bilgi ve bulgunun olmadığı, bu nedenle sistemin belli süre ile uygulanmasının beklenmesi ve bu kapsamda alınacak sonuçların sonradan değerlendirilmesinin daha sağlıklı olacağı*” şeklindeki gerekçe ile kararın 2. fıkrasında “*Bununla birlikte 4054 sayılı Kanun’un 5. maddesi uyarınca yapılan değerlendirmede, Türkiye Futbol Federasyonu ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ve E-Kent–Netaş Konsorsiyumu arasındaki ilgili sözleşmeler ile Aktif Yatırım Bankası A.Ş. ile kulüpler arasında imzalanan Bilet Satışlarına Aracılık Sözleşmeleri’ne 2016-2017 futbol sezonu bitimine kadar bireysel muafiyet tanınmasına ve bu sürenin bitiminde bahse konu sözleşmelerin tekrar değerlendirilmesine*” karar vermiştir.

Kurul çoğunluğu Kurulumuz kararında özetle şunu söylemektedir. Şu an itibariyle 5.maddede öngörülen olumsuz şartların var olup olmadığını; pazarın yeni gelişmesi, Passolig uygulamasının yeni başlaması sebepler ile daha piyasa etkilerinin görülmediğini, bu nedenlerle bugün itibariyle bu şartlar bulunmamasına rağmen bireysel muafiyeti 2016-2017 futbol sezonu bitimine kadar (iki yıl süreyle) veriyorum. O tarihte bakarım. O gün yasanın aradığı bu olumsuz koşullar oluşmuşsa bireysel muafiyet kararını uzatırım, eğer oluşmamışsa bireysel muafiyet kararını uzatmam demektir. Rekabet Kurulunun böyle bir yetkisi yoktur. Yukarıda açıklandığı gibi bu konu muafiyet süresi ve muafiyetin şarta ve yükümlülüğe bağlanma konusu ile de ilgili değildir. Muafiyet arızı bir müessese olup, asıl olan 4.maddeye göre ihlaldir. 5.madde ile sağlanan hukuka uygunluk ve ceza bağışıklığı ihtiyari bir durumdur. Yasa koyucu yukarıda geniş olarak açıklandığı gibi Rekabet Kuruluna 4.maddeye aykırılık varsa soruşturma açacaksın, ancak 5.maddedeki koşulların tamamı varsa bireysel muafiyet vererek, anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararlarını hukuka uygun hale getirerek ceza bağışıklığı sağlayacaksın demektir. Bu yasanın emredici hükmüdür. Rekabet Kurulunun aksi yoldaki bir uygulaması tartışmasız hukuka aykırı ve yargısal denetimde de iptale mahkûm olacaktır.

4054 sayılı Kanunun 4.maddesi gereğince yasaklanan teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birliği kararları niteliğindeki bir uygulama için Bireysel Muafiyet için aranan koşullar bulunmuyorsa bu durumda Rekabet Kurulunca yapılacak olan tek ve kaçınılmaz uygulama yasa gereği soruşturma açılmasıdır.

4054 sayılı Kanunun 1. maddesinde Kanunun amacının, mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir; 40. maddesinin 1. fıkrasında, Kurul re'sen veya kendisine intikal eden başvurular üzerine doğrudan doğruya soruşturma açabileceği gibi, soruşturma açılıp açılmayacağına saptanması bağlamında önaraştırma yaptırabileceği; aynı Kanun'un 41.maddesinde de, yapılan önaraştırma sonucunda düzenlenen raporu değerlendirerek soruşturma açılmasına veya açılmamasına karar vereceği hükme bağlanmıştır. Kanunun 40.ve 41.maddelerinin gerekçeleri incelendiğinde de; Kurul'un kendisine yapılan her türlü ihbar, şikâyet ve başvuruyu mutlaka değerlendirmeye alarak, ihbar ve şikâyetlerin ciddi bir şekilde ele alınmasının amaçlandığı, yaptırılacak önaraştırmadan sonra ciddi bulunan iddiaların derinleştirilerek soruşturma aşamasının yerine getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, önaraştırma sonucunda rekabet kurallarını ihlal eden eylem, karar ve anlaşmaların varlığının bulunmadığı hususunda Kurulun tam bir kanaate sahip olması halinde soruşturma açılmamasına karar verileceği, ancak önaraştırma sonucu elde edilen belge ve bilgiler bu kaniya ulaşılmasını sağlamıyorsa veya ihlallerle ilgili olarak daha detaylı inceleme yapılması sonucunda yeni belge ve bilgilere ulaşılabilmesinin öngörülmesi (yapılacak ekonomik analizlerde dâhil olmak üzere) hallerinde soruşturma açılması gerektiği açıktır. 4054 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan amacına hizmet etmek adına, soruşturma açılmamasına karar verilebilmesi için önaraştırma sonucu elde edilen bilgi ve belgelerin, olayda rekabet ihlali olmadığını açık olarak ortaya koyması gerekir. Danıştay'ın yerleşmiş içtihatları da bu yöndedir. Danıştay kararlarında, soruşturma açılmaması kararı verilebilmesi için rekabet ihlaline ilişkin ciddi bulguların olmamasından çok, öncelikle önaraştırmada elde edilen belge ve bilgilerin değerlendirilmesi sonucu, iddia konusu ihlallerin olmadığı yolunda Kurul'a tam bir kanaat gelmesi hususunun varlığı aranmaktadır.

Yukarıda geniş olarak belirttiğimiz nedenlerle, dosya konusu sözleşmelerin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesi kapsamında olduğu ve bu haliyle ihlal oluşturabileceği, yine aynı yasanın 5.maddesinde öngörülen koşulları da sağlamadığı için bireysel muafiyet alamayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Zaten Kurul çoğunluğunda

bu hususları tevilliş olarak bir anlamda kabul etmiştir. Stadyumlardaki alt yapı ile ilgili olarak kamera ve giriş çıkışlara ilişkin tüm donanımların tesisi ve bakımı ile ilgili olarak yapılan "Sistem Entegratörlüğü" anlaşmasına ilişkin sürenin **5 yıl** ve yine TFF ile Aktifbank arasında yapılan Finansal Sözleşme ile Aktifbank'a **10 yıl** boyunca E-Kart pazarında münhasıran faaliyet gösterme olanağı tanındığı ve bu süre boyunca başka herhangi bir teşebbüsün pazara girişinin söz konusu olamayacağı, böylece bir teşebbüs lehine 10 yıl boyunca münhasır bir hak tesis eden bu sözleşmenin de evleviyetle yine spor kulüpleri ile Aktifbank arasında imzalanan bilet satışlarına aracılık sözleşmelerinin de 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine girmesi ve böylece ihlal oluşturacağı yolundaki öngörü nedeniyle soruşturma açılması gerektiğinin tartışmasız olduğu inancındayız.

Geniş olarak belirtilen nedenlerle, 4054 Sayılı yasanın 4.maddesi kapsamına giren sözleşmeler hakkında 5.maddeye göre şartlar oluşmaması nedeniyle bireysel muafiyet verilmemesi ve yine şikâyetçi iddialarının, dosya içeriği belge ve bilgiler karşısında; önaraştırmaya konu edilen olayın soruşturma açılmasına gerek bulunmadığı yönünde kesin bir kanaate ulaşmaya yetecek ölçüde aydınlatılmadığı anlaşılmasından dolayı şikâyet konusunun derinlemesine incelenmesi için şikâyet edilen taraflar hakkında soruşturma açılması gerekirken, anılan sözleşmelere bireysel muafiyet verilmesi ve soruşturma açılmasına gerek olmadığına ilişkin Kurulumuzun kararının 2.ve 4. maddelerine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Reşit GÜRPINAR

Kurul Üyesi

REKABET KURULU KARARI**05.02.2015****Dosya Sayısı: 2014-2-40 (Menfi Tespit) Karar Sayısı: 15-06/74-31****A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER****Başkan** : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI**Üyeler** : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ**B.RAPORTÖRLER** : Ümit Nevruz ÖZDEMİR, Gözde MAVİ, Hacı Mustafa DUMAN**C. BİLDİRİMDE BULUNAN** TTNET A.Ş.: Esentepe Mah. Salih Tozan Sok. Karamancılar İş Merkezi
D Blok No: 16 Şişli 34394

D. DOSYA KONUSU: TTNET A.Ş. tarafından sunulan Tivibu hizmetinin, TTNET A.Ş.'nin internet ve ses hizmetleri ile birlikte pazara sunulmasını (paketlenmesini) hedef alan uygulamalarına menfi tespit belgesi verilmesi/muafiyet tanınması talebi.

E. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına 21.08.2014 tarihinde giren bildirim üzerine 03.09.2014 tarih ve 9782 sayılı yazı ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 7. maddesi ikinci fıkrası uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan (BTK) görüş talep edilmiş, söz konusu görüş 22.11.2014 tarih ve 5988 sayılı yazıyla Kurum kayıtlarına girmiştir.

Öte yandan, bildirim formunda yer alan eksikliklerin giderilmesi amacıyla TTNET A.Ş.'den (TTNET) 01.10.2014 tarih, 10909 sayılı ve 28.11.2014 tarih, 12881 sayılı yazılar ile çeşitli bilgi ve belgeler talep edilmiş; söz konusu bilgi ve belgeler 20.11.2014 tarih, 6618 sayılı, 30.12.2014 tarih, 7461 sayılı, 14.01.2015 tarih, 217 sayılı, 28.01.2015 tarih, 463 sayılı yazılarla Kurum kayıtlarına girmiştir.

Dosya kapsamında ayrıca TTNET'in ilgili pazarlardaki rakiplerinden de bilgi ve belgeler talep edilmiştir. Vodafone Net İletişim Hizmetleri A.Ş.'den (VodafoneNet) gelen cevabi yazı 15.10.2014 tarih ve 5862 sayı, Superonline İletişim Hizmetleri A.Ş.'den (Superonline) gelen cevabi yazı 17.10.2014 tarih

ve 5932 sayı, Mozaik İletişim Hizmetleri A.Ş.'den (D-Smart) gelen cevabi yazı 17.10.2014 tarih ve 5928 sayı, Türksat Uydu Haberleşme Kablo TV ve İşletme A.Ş.'den (Türksat) gelen cevabi yazı 17.10.2014 tarih ve 5931 sayı, Turknet İletişim Hizmetleri A.Ş.'den (Turknet) gelen cevabi yazı 22.10.2014 tarih ve 5993 sayı, Krea İçerik Hizmetleri ve Prodüksiyon A.Ş.'den (Digiturk) gelen cevabi yazı 24.10.2014 tarih ve 6050 sayı ile Kurum kayıtlarına girmiştir. Tüm bilgi ve belgeler doğrultusunda düzenlenen 30.01.2015 tarih ve 2014-2-40/MM sayılı Menfi Tespit Raporu görüşülerek karara bağlanmıştır.

F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda, dosya kapsamında sunulan veriler ve söz konusu verilere ilişkin varsayım ve projeksiyonlar çerçevesinde başvuru konusu kampanyalara menfi tespit belgesi verilebileceği ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

G.1. BTK'dan Alınan Görüş

Söz konusu görüşte özetle;

- TTNET tarafından perakende seviyede sunulan internet hizmetinin sunumunda abone ile TTNET arasındaki bağlantının sağlanmasında Türk Telekomünikasyon A.Ş.'nin (Türk Telekom) altyapısının kullanıldığı, başka bir deyişle Türk Telekom'dan toptan seviyede hizmet satın alındığı,
- Bu itibarla TTNET'in; usul, esas ve ücretleri Kurum tarafından belirlenen IP Seviyesinde Veri Akış Erişimi (VAE) hizmeti kapsamında Türk Telekom'a abone başına toptan ücret ödediği, bunun haricinde abone ölçeğine göre birim maliyeti değişen internet omurga bağlantısına ilişkin maliyetlerle karşı karşıya kaldığı,
- Mevcut durumda internet servis sağlayıcılığı (İSS) faaliyetine ilişkin yetkilendirilmiş 323 adet işletmeci bulunduğu, bu işletmecilerden 161 adetinin Türk Telekom ile DSL ve/veya fiber internet hizmeti sunmak üzere erişim sözleşmesi imzalamış olduğu, TTNET'in bu hizmetler içerisindeki payının Ağustos 2014 itibarıyla %85,30 seviyesinde gerçekleştiği,
- Yeni mevzuat çerçevesinde DSL veya fiber internet hizmetinin sunumunda Türk Telekom'un, ilgili pazar analizleri kapsamında kendisine getirilen yükümlülükler çerçevesinde TTNET ve diğer İSS'lere ayırım gözetmeksizin hizmet sunmak zorunda olduğu değerlendirildiğinde, TTNET'in sahip olduğu yüksek abone sayısından kaynaklı ölçek ekonomisi haricinde herhangi bir avantajı olmadığı, alternatif işletmecilerden farklı olarak TTNET'e toptan

genişbant (Al-sat ve VAE) tarifelerinde %5 oranında negatif ayrımcılık uygulandığı ve yapılan bazı toptan kampanyalarda alternatif şletmecilere daha fazla destek verildiği; ölçek ve kapsam ekonomileri göz önünde bulundurularak alternatif şletmeciler lehine uygulanan söz konusu ayrımcılık dışında TTNET'in diğer İSS'lerle aynı koşullarda söz konusu toptan ürünleri satın aldığının görüldüğu,

- TTNET'in sahip olduğu ölçek ve kapsam ekonomisi ile bilgi asimetrisinden kaynaklanabilecek olası avantajların önemli ölçüde dengelendiğinin değerlendirildiği, söz konusu yükümlölüklerin, yerleşik (etkin piyasa gücüne sahip) şletmeciden toptan ürün alan alternatif şletmecilerin yerleşik şletmecinin ya da iştirakinin sunduğu ürünlere denk ve bunlarla yarışabilir rekabetçi ürünler sunmalarına zemin hazırladığı,
- Kurum nezdinde yürürlüğe konulan söz konusu öncül düzenlemelerle gerek tekil gerekse paket hizmetlerin sunumunda olası rekabet aksaklıklarının önlenebileceği, özellikle fiyat sıkıştırması yükümlölüklerinin ve Tivibu benzeri IPTV hizmetlerinin teknik anlamda tekrar edilebilirliğini sağlayan (ve ilgili pazar analizi ile Referans IP Seviyesinde VAE Teklifi'nin konusu olan) multicast hizmeti sunma yükümlölüğünün bu kapsamda dikkate alınması gerektiğinin düşünüldüğu,
- TTNET tarafından Tivibu Ev adı altında pazarlanan IPTV hizmetinde, içerik merkezi ile Türk Telekom mülkiyetinde bulunan abonelerin bağlı olduğu lokal santrallerde bulunan IP DSLAM'lar arasında içeriğin MPLS şebekesinde çoklu (multicast) yayın üzerinden taşınmasının söz konusu olduğu, TTNET'in bu taşıma hizmetini toptan seviyede Türk Telekom'dan satın aldığı,
- Türk Telekom'un, 11.01.2013 tarih ve 2013/DK-SRD/29 sayılı Kurul Kararı ile onaylanan Veri Akış Erişimini İçeren Toptan Genişbant Erişim Pazarı kapsamında VAE topolojisinde multicast teknolojisinin kullanılabilmesini sağlayacak şekilde erişim hizmeti sunma yükümlölüğüne tabi kılınmış olduğu, söz konusu hizmetin sunumuna ilişkin usul ve süreçlerin (Referans Seviyesinde IP VAE Teklifi kapsamında) belirlenmesine ilişkin çalışmaların devam ettiği, bununla birlikte hâlihazırda Türk Telekom'un, Multicast VPN ve IPTV Altyapı Hizmeti adıyla veri iletim hizmetini toptan seviyede talep eden şletmecilere sunmakta olduğu, söz konusu hizmetler için belirli bir sabit ücret ve iletilen trafik miktarına bağlı olarak değişen ücretlerin bulunduğu

belirtilmekte, ayrıca; hesap ayrımı ve maliyet muhasebesi yükümlölüklerinin uygulanması hususunda ilgili pazarlar kapsamında yükümlü kılınan (EPG'ye

sahip) işletmecilerin mezkur yükümlüklerinin gereği olarak Kurum tarafından onaylanan usul ve esaslar çerçevesinde hesaplarını ayırttığı ve hesap ayırımı raporlarını Kuruma sunduğu ifade edilmektedir.

G.2. Başvuruya Konu Uygulamaya İlişkin Bilgiler

Başvuruya konu uygulama, esas olarak TTNET'in Tivibu hizmetini hâlihazırda Türk Telekom ile dikey bütünleşik yapı içinde sunduğu diğer hizmetler olan ses ve internet hizmeti ile bir arada (paket olarak) son kullanıcılara sunabilmesine yönelik iki kampanyadır.

Rekabet Kurulu 19.12.2013 tarih ve 13-71/992-423 sayılı kararında “*toptan genişbant internet hizmetleri piyasasında hâkim durumda bulunan Türk Telekom ile aynı ekonomik bütünlükte bulunan TTNET'in, perakende genişbant internet erişim hizmetleri piyasasında uyguladığı fiyatlama politikasıyla fiyat sıkıştırmasına yol açtığı iddiası*”nı incelemiştir. Söz konusu kararda Kurul, hakkında soruşturma yürütülen ve Türk Telekom ile TTNET'ten oluşan ekonomik bütünlük tarafından düzenlenen bazı kampanyaların maliyetlerini karşılayamadığı bulgusuna ulaşmış, ancak mevcut durum itibarıyla söz konusu uygulamaların piyasadaki rekabeti kısıtlayıcı etkilere yol açmasının beklenmemesi nedeniyle ekonomik bütünlüğün fiyat sıkıştırması yoluyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi çerçevesinde hâkim durumunu kötüye kullanmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte, Tivibu Ev hizmeti ve iptal engelleme içeren kampanyaların, ileride piyasa kapamaya yol açabileceği; bu sebeple söz konusu kampanyaların süresi bitiminden itibaren mevcut şartlarla yenilenmemesi hususunda ekonomik bütünlüğe Başkanlıkça bir uyarı yazısı gönderilmesine karar vermiştir.

Kurul tarafından alınan kararın akabinde Başkanlıkça TTNET'e 02.01.2014 tarih ve 54 sayı ile gönderilen yazının ardından TTNET kararda zikredilen kampanyaları sona erdireceğini 22.01.2014 tarih ve 478 sayılı yazı ile bildirmiş ve Tivibu Ev kampanyalarını mevcut şartlar ile yenilemeyi durdurarak bu kampanyalar ile yeni müşteri alımına son vermiştir. Karar tarihinden günümüze kadar TTNET tarafından kararda belirtilen kampanyaların dışında genişbant internet hizmeti ile üçüncü taraflarca sağlanan ödemeli televizyon ve/veya ses hizmeti ürünlerinin bir arada sunulduğu kampanya yapılmamıştır.

G.2.1. Paketleme İçeren Pazarlama Uygulamaları

Dosyanın incelenmesinde, genişbant internet hizmetinin ödemeli yayıncılık ve/veya ses hizmetleri ile paketlenerek sunulduğu pazarlama uygulamaları ve bu uygulamaların gelişimine bakılması önem taşımaktadır. Bu bağlamda,

pazarda faaliyette bulunan önemli teşebbüslerden 2013 Ocak ayı ile 2014 Eylül ayı arasındaki abone kazanımına ve toplam abone sayılarına ilişkin veriler talep edilmiştir. İlk olarak hâlihazırda gerek toptan pazarda gerekse perakende pazarda Türk Telekom ve TTNET'in en önemli rakibi konumunda bulunan Superonline'in verileri incelenmiştir. Superonline'in ilgili dönemde kazandığı abonelerin ortalama (.....) ödemeli televizyon yayıncılığını da içeren paketlerden elde ettiği tespit edilmiştir. Söz konusu oran incelenen dönemde hiçbir ayda (.....) altına düşmezken, 2014 yılının Eylül ayında (.....) ulaşmış görünmektedir. Anılan dönemde gözlemlenen eğilim sonucunda, 2014 yılı Eylül ayı sonu itibarıyla Superonline'in (.....) abonesinin (.....) ödemeli televizyon yayıncılığını da içeren paketlere abone olduğu anlaşılmaktadır.

TTNET'in pazarda kendi altyapısına sahip olmayan en fazla aboneye sahip rakibi konumundaki D-Smart bakımından daha da yüksek oranların ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Dosyadaki bilgilere göre, incelenen dönemde D-Smart'ın kazandığı yeni abonelerin (.....) ödemeli televizyon yayıncılığını da içeren paketlerle abone yapılmıştır. Söz konusu oran en düşük (.....) olarak gerçekleşirken, oranın (.....) çıktığı gözlemlenmiştir. Bunun sonucunda, 2014 Eylül ayı sonu itibarıyla D-Smart'ın abonelerinin (.....) ödemeli televizyon yayıncılığını da içeren paketlerde bulunduğu tespit edilmiştir.

Son olarak, farklı bir teknoloji üzerinden hizmet sunan Türksat'a ait verilerin incelenmesi sektörde oluşan genel trendin ortaya konulması bakımından önem taşımaktadır. Dosyada yer alan bilgilere göre, Superonline ve D-Smart'a benzer bir trendin Türksat için de geçerli olduğu tespit edilmiştir. İncelenen dönemde Türksat tarafından yeni kazanılan abonelerin ortalama (.....) ödemeli televizyon yayıncılığı hizmetini genişbant internet hizmeti ile birlikte almayı tercih etmiştir.

Öte yandan, yukarıda anılan teşebbüslerden çok daha az bir aboneye sahip Turknet ve VodafoneNet'in ise genişbant internet hizmetlerini ödemeli televizyon hizmeti ile değil de daha çok ses hizmeti ile paketlediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, güncel kampanyaların bir bölümü incelendiğinde, sektörde genişbant internet hizmetinin ödemeli yayıncılık ve/veya ses hizmetleriyle paketlenerek sunulması yönünde bir eğilimin olduğu ve söz konusu trendin pazardaki rekabeti belirleyen önemli parametrelerden biri haline geldiği anlaşılmıştır.

G.2.2. Başvuruya Konu Kampanyalar

TTNET'in Tivibu hizmetini paket olarak son kullanıcılara 2015 yılında sunmayı planladığı iki adet kampanya vardır. Bunlardan ilki "Fiber İnternet, Erişim ve Tivibu Maxi Paket" adlı kampanyadır. Söz konusu kampanyada

Fibernet/Hipernet limitsiz internet hizmeti, TTNET ALO ses hizmeti ve Tivibu Ev Maxi hizmetleri birlikte yer almaktadır. Kampanyanın 24 ay taahhüt ile aylık 64,90 TL'ye sunulması hedeflenmektedir. Kampanyaya ait detaylı bilgiler ise aşağıda yer almaktadır:

- Fiber İnternet: 24 Mbps hıza kadar, 75 GB AKN, FTTH/FTTB/FTTC, modem dahildir.
- Tivibu Ev: Tivibu Ev Maxi Paket, STB cihazı dahildir (Mülkiyeti TTNET'e aittir).
- Erişim: FTTH/FTTB için aylık 18 TL, FTTC aylık 15 TL (Yalın internet seçilmesi durumunda kampanyaya dahil olan ücretleri ifade etmektedir.)
- TTNET ALO Paketi: TTNET ALO aylık sabit 15 TL, TTNET Alo konuş-tukça Öde Paketi (Ücretsiz dakika içermemekte, aranılan yöne ve süreye göre ücretlendirilmektedir.)

Başvuru kapsamında kullanıcılara sunulması planlanan ikinci kampanya ise "Fiber İnternet, Erişim ve Tivibu Sinema" adlı kampanyadır. Söz konusu kampanyada Fibernet/Hipernet limitsiz internet hizmeti, TTNET ALO ses hizmeti ve Tivibu Ev Sinema hizmetleri birlikte yer almaktadır. Kampanyanın 24 ay taahhüt ile aylık 74,90 TL'ye sunulması hedeflenmektedir. Kampanyaya ait detaylı bilgiler ise aşağıda yer almaktadır:

- Fiber İnternet: 24 Mbps'ye kadar, 75 GB AKN (Adil Kullanım Kotası), FTTH/FTTB/FTTC, modem dahildir.
- Tivibu Ev: Tivibu Ev Sinema Paketi, STB cihazı dahildir (Mülkiyeti TTNET'e aittir).
- Erişim: FTTH/FTTB için aylık 18 TL, FTTC aylık 15 TL'dir. (Yalın internet seçilmesi durumunda kampanyaya dahil olan ücretleri ifade etmektedir.)
- TTNET ALO Paketi: TTNET ALO aylık sabit 15 TL, TTNET ALO konuş-tukça Öde Paketi (Ücretsiz dakika içermemekte, aranılan yöne ve süreye göre ücretlendirilmektedir.)

G.3. İlgili Pazar

G.3.1. İlgili Ürün Pazarı

Dosya kapsamında TTNET tarafından sunulan Tivibu hizmetinin internet ve ses hizmetleri ile birlikte paketlenerek tüketicilere sunulması uygulaması ve söz konusu uygulamaya ilişkin fiyatlandırma politikaları aracılığıyla; toptan ve perakende seviyede genişbant internet erişim, sabit şebeke üzerinden sağlanan ses ve ödemeli yayıncılık hizmetleri kapsamında gerçekleştirilen davranışları incelenmektedir. Ancak, rekabet hukuku anlamında ortaya çıkması muhtemel sorun Türk Telekom ve TTNET'ten oluşan ekonomik bütünlüğün toptan genişbant internet hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu perakende pazarlarda fiyat sıkıştırması ve indirim sistemleri (paketleme) yoluyla kötüye kullanmasıdır. Bu bağlamda, mevcut başvuru bakımından, analizin temel hareket noktasını genişbant internet pazarı oluşturacak, yayıncılık ve telefon hizmetlerine ilişkin analizler ancak tali bir etkiye sahip olacaktır. Öte yandan, İlgili Pazarın Tanımlanmasına İlişkin Kılavuz'un 20. paragrafında; "...inceleme konusu işlem, gerek ürün gerekse de coğrafi açıdan olası alternatif pazar tanımları çerçevesinde rekabet açısından endişeler yaratmıyor ya da alternatif tüm tanımlar açısından rekabeti bozucu bir etki söz konusu oluyorsa pazar tanımı yapılmayabilir." ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, bu bölümde sadece genişbant internet ve ödemeli yayıncılık hizmetlerine yönelik olarak pazar tanımlarına yer verilecek, sabit şebeke üzerinden sağlanan ses hizmetleri içinse bir pazar tanımı gerçekleştirilmeyecektir.

G.3.1.1. Genişbant İnternet Hizmetleri

Genişbant erişim için kullanılan teknolojileri ikiye ayırmak mümkündür. İlk genişbant erişim türü "sabit genişbant" olup; bakır kablo ağı üzerinden sunulan hizmetler, kablo TV şebekesi üzerinden sunulan hizmetler ile fiber erişim hizmetleri bu kapsamda yer almaktadır. Genişbant erişimin bir diğer türü, mobil şebekeler üzerinden erişimdir. BTK tarafından mobil genişbant erişimi, "3G veya daha üstündeki mobil standartları kullanan internet erişimi" olarak tanımlanmaktadır.

Sabit genişbant internet abonelerinin büyük bir çoğunluğu Türk Telekom'un sahip olduğu bakır kablo ağı altyapısı üzerinden (DSL teknolojisi ile) hizmet almaktadır.

Kablo TV altyapısı üzerinden sağlanan internet hizmetleri de sabit genişbant alanında uzun zamandır var olan bir teknolojidir. Son yıllarda yapılan yatırımlarla

birlikte abone sayısında hissedilir bir artış gözlenen kablo internet, Eylül 2014 itibarıyla Türkiye'nin 22 ilinde üç milyondan fazla haneye ulaşmış durumdadır.

Sabit genişbant alanında son dönemde yaygınlık kazanan bir diğer erişim biçimi; abonelere yüksek bant genişliklerinde erişim imkânı sağlayan fiber erişim teknolojisidir. İşletmecilerin fiber altyapısına olan yatırımlarının arttığı görülmektedir. DSL teknolojisinin aksine hâlihazırda BTK'nın fiber erişim altyapısına ilişkin herhangi bir tarife düzenlemesi bulunmamaktadır

Genişbant erişimin diğer türü olan mobil genişbant erişim ise Türkiye'de Ağustos 2009 tarihinde 3. nesil telekomünikasyon hizmetlerinin (3G) devreye girmesi ile mobil telekomünikasyon operatörleri Avea, Turkcell ve Vodafone aracılığıyla sunulmaya başlamıştır.

Pazara ilişkin genel açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, internet hizmetinin sağlanabilmesi için nihai tüketicilere yönelik bir perakende pazar ile tüketicilere söz konusu hizmeti sağlayan teşebbüslere altyapı hizmetinin sağlandığı bir toptan pazar ayırımına gidilmesi gerekmektedir. Bu açıdan genişbant pazarı; alıcının son kullanıcılara sunduğu hizmete yönelik alt pazar olan "perakende genişbant hizmetleri" ile yerleşik işletmeciden temin edilen hizmete yönelik üst pazar olan "toptan genişbant hizmetleri" olmak üzere iki aşamalı olarak incelenmiştir.

Dosya konusu kampanyalarla benzer içerikli kampanyaların da incelendiği 19.12.2013 tarih ve 13-71/992-423 sayılı Rekabet Kurulu kararında perakende pazara ilişkin değerlendirmede altyapı, yatırım gereksinimi, teknoloji, veri kapasitesinin paylaşılması, kullanıcı kitlesi ve alışkanlıkları, tüketilen veri miktarı, sunulan bağlantı hızı, hizmet/bağlantı kalitesi ve fiyat gibi unsurlar özellikle göz önünde bulundurulmuş ve mobil internet erişim hizmetleri dahil edilmeyerek perakende seviye için ilgili ürün pazarı "*sabit genişbant internet erişim hizmetleri*" olarak belirlenmiştir.

Söz konusu Kurul kararından bu güne ilgili pazarın belirlenmesinde dikkate alınan hususlarda değerlendirmeyi değiştirecek bir gelişme olmaması nedeniyle perakende seviyede ilgili ürün pazarı, DSL, kablo ve fiber teknolojilerini içerecek şekilde "*perakende sabit genişbant internet erişim hizmetleri*" olarak tespit edilmiştir.

Öte yandan, İSS'lerin perakende seviyede internet erişim hizmeti sunabilmesi için ya kendi altyapılarına sahip olması ya da böyle bir altyapıya erişebiliyor olması gerekmektedir. Toptan seviyede belirlenecek pazar bakımından da anılan Kurul kararı göz önünde bulundurularak, ilgili ürün pazarı toptan seviyede

Kablo TV şebekesini içermeyecek şekilde “*toptan sabit genişbant internet erişim hizmetleri*” olarak belirlenmiştir.

G.3.1.2. Ödemeli Yayıncılık Hizmetleri

Başvurunun esasını, TTNET tarafından sunulan Tivibu Ev 3 hizmetinin internet ve ses hizmetleri ile birlikte paketlenerek tüketicilere sunulması uygulaması oluşturmaktadır. Tivibu hizmeti temel olarak, genişbant internet bağlantısı üzerinden televizyon yayınlarının sunulması olarak tanımlanabilir. Tivibu Ev televizyon, bilgisayar vb. mobil cihazlar üzerinden Tivibu içeriklerinin sunumunu kapsamaktadır. Tivibu'nun internet tabanlı yayın iletimi (IPTV) hizmeti sunması bakımından öncelikle televizyon yayıncılığı ve yayınların iletim yöntemleri hakkında bilgi verilmesi faydalı olacaktır.

Türkiye’de televizyon izlemek isteyen bir kişinin çeşitli seçenekleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, en eski yöntem olan kılçık anten ile televizyon yayınlarına ulaşmaktır (analog karasal yayın). Söz konusu yöntemin kullanım oranının düşüş içerisinde olduğu bilinmektedir. Her evde en az bir yöntem ile televizyon yayınlarına ulaşıldığı varsayımı altında kılçık antenin hane penetrasyonunun yaklaşık %12 olduğu tahmin edilmektedir.

Ülkemizde en sık kullanılan televizyon yayınlarına ulaşma yöntemi ise uydu aracılığıyla iletimdir. Türkiye hane halkının yaklaşık %80’i uydu aracılığıyla televizyon yayınlarına ulaşmaktadır. Bu oran içerisinde bir set-üstü-kutu (set-top box) satın almak suretiyle Türksat uydusu üzerinden ücretsiz olarak birçok televizyon kanalını izleyebilen (Uydu FTA) hane sayısı oranı ise yaklaşık %60’tır. Uydu FTA haricinde D-Smart ve Digiturk platformları uydu üzerinden yayın iletimi yapmaktadır. D-Smart platformu Türksat uydusunu, Digiturk ise hem Türksat hem de Eutelsat uydularını kullanmaktadır. Ayrıca Platformturk Dijital Platform Hizmetleri A.Ş. “Filbox” isimli yeni bir dijital yayın platformu kurarak 2014 yılının ikinci çeyreğinden itibaren uydu üzerinden faaliyet göstermeye başlamıştır.

Türkiye’de televizyon yayınlarına ulaşmak için kullanılan bir diğer yöntem ise Kablo TV altyapısı ile sağlanan analog ve sayısal (Teledünya) yayınlardır. Son olarak, genişbant internet üzerinden sağlanan IPTV hizmetinin yaygınlığının da gün geçtikçe arttığı görülmektedir. Türkiye’de IPTV alanında ilk olarak TTNET tarafından Tivibu hizmeti sunulmaya başlamıştır. Hâlihazırda Tivibu’nun yanı sıra 2014 yılının ikinci çeyreğinde faaliyete başlayan Turkcell Superonline tarafından geliştirilen Turkcell TV+, IPTV olarak faaliyet göstermektedir.

Yukarıda yer verilen televizyon yayıncılığı yöntemlerinden analog karasal yayın ve set- üstü-kutu ile uydu yayınlarına ulaşım yöntemleri herhangi bir abonelik ve dolayısıyla aylık/yıllık/yayın başına herhangi bir ödeme gerektirmemektedir. Bu bağlamda, ilk etapta yapılan anten ve set-üstü-kutu yatırımı haricinde, yayınlar izleyiciye ücretsiz olarak ulaşmaktadır (*free TV, free-to-air, FTA*). Ayrıca, analog ve sayısal Kablo TV, uydu üzerinden sunulan platform hizmetleri ve IPTV ise “ödemeli yayıncılık” kategorisinde yer almaktadır (pay TV).

Ödemeli yayıncılık, kullanılan teknolojiye bağımsız olarak, abonelik tabanlı hizmet sunan bir televizyon yayın yöntemi olarak tanımlanmaktadır. Temel televizyon yayınlarına/kanallarına ücretsiz olarak ulaşmanın mümkün olduğu bir ortamda, ödemeli yayıncılık hizmetlerinin talep görmesi ancak temel televizyon kanallarında yer almayan içeriğin sunulması yoluyla mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla, ödemeli televizyon yayıncılığı, temel açık kanalların yanında belgesel, çizgi film gibi özel içerik sunan kanallar ve birincil içeriğin yer aldığı kanallardan oluşan bir yayın buketini izleyiciye ulaştıran ödemeli yayıncılık platformları tarafından sunulan bir hizmet haline gelmiştir.

Ödemeli yayıncılık platformları uydu, analog ve sayısal Kablo TV altyapısı veya genişbant internet altyapılarını kullanmak suretiyle çeşitli kanalları bir araya getirerek oluşturdukları paketleri abonelerine ulaştırmaktadır. Bu kapsamda genel uygulamanın, önde gelen açık televizyon kanalları ve bazı özel içerikli kanallardan oluşan bir temel abonelik paketinin yanında, birincil içeriğin türüne bağlı farklı “premium” paketlerin sunulması olduğu görülmektedir. Uydu FTA'dan farklı olarak abonenin sahip olduğu abonelik türüne (paketine) göre hangi yayınları izleyip izleyemeyeceği bir şifreleme sistemi aracılığıyla kontrol edilmektedir. Bu sisteme göre, birincil içeriğe ilişkin yayınlar platform işletmecisi tarafından şifrelenmekte ve bu şekilde abonelerin hanesinde yer alan set-üstü-kutulara ulaşmaktadır. Sonrasında, örneğin, abonenin sinema paketi varsa, kutulara yerleştirilmiş olan kartlar, sinema kanallarında yer alan şifrelemeyi çözmektedir.

Türkiye’de ödemeli yayıncılık alanında faaliyet gösteren teşebbüsler; D-Smart, Digitürk, Filbox, Türksat Kablo (analog Kablo TV ve sayısal Teledünya), Tivibu ve Turkcell TV+’tır. Anılan teşebbüsler üç farklı iletim yöntemi üzerinden yayınlarını tüketicilere ulaştırmaktadır. D-Smart, Digitürk ve Filbox uydu, Türksat Kablo karasal yayın, Tivibu ve Turkcell TV+ ise internet üzerinden yayın iletimini gerçekleştirmektedir. İletim yöntemleri farklı olsa da her bir yayın platformu temelde içerik çeşitlendirmesi yoluyla abone sayısını arttırmayı hedeflemektedir. Dolayısıyla, talep yönlü bakış açısından bahse konu teşebbüslerin birbiriyle rekabet halinde olduğu söylenebilecektir.

Diğer taraftan, IPTV hizmetinin sağlanabilmesi için belirli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bildirim formunda, Tivibu hizmetinin sunulabilmesi için birtakım teknik gereksinimlerin bulunduğu ve bugünün şartları altında en iyi ihtimalle Türkiye'nin (....) ulaşabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, altyapının iyileştirilmesi ve teknolojik gelişmeler yoluyla yaygınlığının artma potansiyeline sahip olduğu da görülmektedir. Ancak, hâlihazırda rakiplerinin (özellikle Türkiye Süper Ligi yayın haklarını elinde bulunduran Digiturk'ün) rekabetçi baskısı altında olduğu aşikârdır. Bu doğrultuda bildirim konusu işlem çerçevesinde ilgili pazarlardan bir diğeri “ödemeli televizyon yayıncılığı” pazarı olarak belirlenmiştir.

G.3.1.3. Sabit Şebeke Üzerinden Sağlanan Ses Hizmetleri

Başvuru konusu kampanyalar dahilinde sunulan paketlerde yer alan ürünlerden birisi de “TTNET ALO” ses hizmetidir. Bu hizmet TTNET'in Türk Telekom santralleri üzerinden sabit telefon erişim hizmetini sunmasına olanak sağlamaktadır. Hizmetin içeriği göz önünde bulundurulduğunda, tıpkı genişbant internet hizmetlerinde olduğu gibi, söz konusu hizmet bakımından da Türk Telekom ile TTNET arasında dikey bir ilişki bulunmaktadır. Bir başka deyişle, TTNET ALO hizmeti bakımından toptan seviyede bir üst pazar ile perakende seviyede bir alt pazar bulunmaktadır. Ancak, başvuruya konu kampanyaların değerlendirilmesinde sabit ses hizmetlerine ilişkin rekabet açısından endişe yaratan bir durum olmadığı sonucuna ulaşıldığından herhangi bir ilgili pazar tanımı yapılmamıştır.

Sabit şebeke üzerinden ses hizmetinin sağlanabilmesi için toptan seviyede çağrı başlatma, çağrı taşıma ve çağrı sonlandırma hizmetlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Perakende seviyede ise dikkate alınması gereken en önemli husus, TTNET ALO ses hizmetinin, esas olarak toptan hat kiralama yoluyla sunulan bir hizmet olmasıdır. TTNET sağladığı bu hizmeti Türk Telekom santralleri üzerinden sunmakta, altyapı yatırımı son derece sınırlı kalmaktadır. Bu bakımdan, TTNET ALO ses hizmeti sabit şebekede bir yeniden satış hizmeti olarak karşımıza çıkmakta, hizmetin sunulması için toptan seviyede yukarıda ayrıntılarına yer verilen hizmetlerin hiçbiri için yatırım gerektirmemektedir.

G.3.2. İlgili Coğrafi Pazar

Başvuru konusu hizmetler bakımından ülke çapında rekabet şartlarının homojen olması nedeniyle ilgili coğrafi pazar “Türkiye” olarak tespit edilmiştir.

G.4. Değerlendirme

G.4.1. Uygulama ve Teori Bakımından Değerlendirmenin Çerçevesi

Kampanya kurgusuna bakıldığında temel beklentinin, Türk Telekom ve TTNET'in gerek toptan gerekse perakende seviyede genişbant internet erişim hizmetleri pazarlarında sahip olduğu güçten faydalanarak Tivibu ürününü yaygınlaştırmak olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, bildirim formunda TTNET'in ödemeli televizyon yayıncılığı pazarına Tivibu aracılığıyla etkin bir şekilde giriş yapmaya çalıştığından bahsedilmekte ve 19.12.2013 tarih ve 13-71/992-423 sayılı karar neticesinde TTNET'in Tivibu Ev hizmetini içeren kampanyalarını durdurmasınının TTNET'i rekabette dezavantajlı duruma düşürdüğü ve pazara etkin giriş yapmasının önüne geçtiği ifade edilmektedir.

Dolayısıyla, dosya kapsamında Türk Telekom ve TTNET'ten oluşan ekonomik bütünlüğün Tivibu hizmetini paket olarak son kullanıcılara sunmayı planladığı paketleme içeren kampanyalar ile fiyat sıkıştırması uygulayarak perakende pazardaki etkin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığı 4054 sayılı Kanun kapsamında en temel rekabetçi sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, öncelikle fiyat sıkıştırması kavramı 5 ile bu tür ihlallerin değerlendirilmesinde dikkate alınan kıstaslara özet olarak aşağıda yer verilmiştir.

Fiyat sıkıştırması, dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren ve üst pazarda hâkim durumda bulunan bir teşebbüsün üst pazar ürünü fiyatı ile alt pazar ürünü fiyatı arasındaki marjı, alt pazarda eşit derecede etkin bir rakibin dahi kârlı bir şekilde kalıcı olarak ticari faaliyette bulunmasına imkân vermeyecek nitelikte belirlemesidir. Üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüs, üst pazar ürününün fiyatını yükselterek, alt pazar ürününün fiyatını düşürerek veya her ikisini aynı anda uygulayarak marj sıkıştırmasına yol açabilmektedir. Böylece, hâkim durumdaki teşebbüs üst pazardaki ürün üzerinde sahip olduğu pazar gücünü alt pazara aktarabilmekte ve bu şekilde rekabetin kısıtlanması sonucunu doğurabilmektedir.

Anılan TTNET kararında, teşebbüsün fiyatlandırma stratejisi/politikası sonucunda oluşan fiyat sıkıştırması incelemesinde öncelikle söz konusu teşebbüsün, rakiplerin ve ilgili pazarın yapısına ilişkin belirli ekonomik ve hukuki koşulların eş zamanlı varlığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, söz konusu koşullardan bir ya da birkaçının sağlanamadığı durumlarda fiyat sıkıştırmasınının rekabete zarar veren bir davranış olarak nitelendirilmesinin güçleştiği ifade edilmiştir. Söz konusu kararda bu hususlar aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- Teşebbüsün öncelikle, bir üretim/hizmet zincirinde birbiriyle bağlantılı üst ve alt pazarda (toptan ve perakende pazarda) faaliyeti olacak şekilde dikey bütünleşik yapıda olması ve tek bir ekonomik bütünlüğü teşkil etmesi,
- Söz konusu teşebbüsün toptan pazardaki girdinin üretiminde/sunumunda tekele yaklaşan pazar gücüne sahip olacak şekilde hâkim durumda bulunması,
- Toptan pazardaki girdinin perakende pazarda teşebbüsün kendisi ve rakiplerinin üretim yapabilmeleri ve rekabet edip pazarda kalabilmeleri için zorunlu nitelik taşıması, bir başka deyişle, söz konusu girdinin üst pazarda yakın ikamesinin (alternatifinin) bulunmaması ve daha düşük bir maliyetle kısa sürede üretilmesinin mümkün olmaması,
- Toptan ve perakende fiyat arasındaki marjın teşebbüsün veya teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kâr elde edemeyeceği ve uzun dönemde pazarda kalamayacağı kadar düşük belirlenmesi, bir başka deyişle, teşebbüsün rakipleri gibi aynı toptan fiyatı açıktan ödemek zorunda kalması durumunda alt pazarda kârlı bir şekilde faaliyet gösteremeyecek olması,
- Teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına neden olan davranışı sonunda perakende pazarda rekabetin kısıtlanması,
- Teşebbüsün fiyat sıkıştırmasına neden olan fiyatlama politikasına ilişkin objektif gerekçelerinin bulunmaması.

Diğer taraftan Rekabet Kurumu mevzuatındaki güncel duruma bakıldığında, 2013 yılında “Hâkim Durumdaki Teşebbüslerin Dışlayıcı Kötüye Kullanma Niteliğindeki Davranışlarının Değerlendirilmesine İlişkin Kılavuz” (Kılavuz) yayımlanmıştır. Kılavuz’da dışlayıcı davranışlara yönelik olarak yapılan değerlendirmenin esasını, hâkim durumdaki teşebbüs davranışının fiili veya muhtemel rekabet karşıtı piyasa kapamaya yol açıp açmadığının incelenmesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda, hâkim durumun kötüye kullanılması değerlendirilmelerinde rekabet karşıtı piyasa kapama kavramının neye karşılık geldiği ve nasıl incelendiği hususları da önem kazanmıştır.

Rekabet karşıtı piyasa kapama, hâkim durumdaki teşebbüsün davranışları sonucunda tüketicilerin zararına olacak şekilde mevcut ya da potansiyel rakiplerin arz kaynaklarına veya pazarlara ulaşımının zorlaştırılması ya da engellenmesidir. Tüketici zararı, fiyat artışı, ürün kalitesindeki ve yenilik düzeyindeki düşüşler, mal ve hizmet çeşitliliğinde azalışlar şeklinde gerçekleşebilir. Rekabet karşıtı piyasa kapamanın varlığı incelenirken genellikle; hâkim durumdaki teşebbüsün ve rakiplerinin konumu, ilgili pazardaki koşullar, müşterilerin ya

da sağlayıcıların konumu, incelenen davranışın kapsamı ve süresi, fiili piyasa kapamayla ilgili olası deliller, dışlayıcı stratejiye dair doğrudan veya dolaylı deliller ile teşebbüsün yapısı, ürünün niteliği, teşebbüsün ilgili pazar(lar)daki konumu ve fiyatlar arasındaki marj gibi birçok husus dikkate alınmaktadır.

Mevcut başvuru kapsamında perakende pazarda ikisi dikey bütünleşik üç hizmetten oluşan iki farklı paketin sunulmasının planlanması nedeniyle fiyat sıkıştırması kavramına paralel olarak bahsedilmesi gereken diğer bir kavram ise paketlemedir. Pazar payı görece yüksek ve/veya hâkim durumdaki teşebbüsler tarafından mal veya hizmetlerin paketleme yoluyla sunulması piyasada rekabeti kısıtlama amacı taşıyan uygulamalar olarak da tanımlanabilecek olan paketleme rekabet hukuku literatüründe “indirim sistemleri” başlığı altında “paket indirimleri” olarak geçmektedir.

İndirim sisteminde yer alan satın alma koşulu birden çok ürünü veya pazarı kapsıyorsa söz konusu indirimler “paket indirimleri” olarak nitelendirilmektedir. Paket indirimlerinin farklı görünümde ortaya çıkması mümkündür. Bu indirimlerin en basit şekli, mevcut dosyada da olduğu gibi, birbirinden farklı iki veya daha fazla üründen oluşan bir pakete, paket içerisindeki ürünlerin bağımsız satış fiyatları toplamından daha düşük bir fiyatın uygulanmasıdır. Bu tür bir indirimin uygulanması durumunda, paket içerisindeki her bir ürün bağımsız satış fiyatı ile satılırken, bu ürünlerden oluşan paket, indirimli bir fiyatla satılmaktadır. Paket indirimlerinin, pazar gücüne sahip teşebbüsler tarafından verilmesi halinde ortaya çıkan rekabetçi kaygı, indirim veren teşebbüsün pazar gücüne sahip olduğu üründeki hâkim durumunu, paket indirim yoluyla diğer ürünlere (bağlanan ürünlere) de aktarmasıdır. Söz konusu indirim uygulamalarının birim fiyatları maliyetlerin altına düşürmeleri durumunda ise “yıkıcı fiyat” uygulamasına dönüşmeleri mümkün olmaktadır.

Kılavuz’da paketleme uygulamalarına yönelik olarak, Kurulun paket indirimlerin rekabeti kısıtlayıcı etkilerine yönelik değerlendirmelerinin, hâkim durumdaki teşebbüsün sunduğu pakete, rakiplerinin (tek başına ya da diğer rakiplerle birlikte) makul bir alternatif paket sunarak rekabet edebilmesinin mümkün olup olmamasına göre farklılık gösterdiği belirtilmektedir. Paketler arası rekabetin mümkün olduğu durumlarda ortaya çıkması muhtemel rekabeti kısıtlayıcı etkilerin, yıkıcı fiyatlamayla benzer nitelikte olacağı vurgulanmaktadır.

Yukarıda yer verilen açıklamalardan hareketle, TTNET’in Tivibu hizmetini paket olarak piyasaya sunmak istemesinin indirim sistemleri bağlamında da değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu belirtilmelidir. Başvuruya konu uygulamada Türk Telekom ve TTNET’ten oluşan ekonomik bütünlük, üst pazarda rakiplerine sunduğu internet erişim hizmeti ve sabit şebeke üzerinden

sağlanan ses hizmetini alt pazarda Tivibu hizmeti ile birlikte paketleme yoluna gitmekte ve bu uygulamaya muafiyet/menfi tespit talep etmektedir. Bu bağlamda, ister fiyat sıkıştırması isterse indirim sistemleri kapsamında değerlendirilsin, dosya bağlamında en temel tespit edilmesi gereken husus başvuru konusu kampanyaların maliyetlerini karşılayıp karşılamadığı olmaktadır.

G.4.2. Hâkim Durum Değerlendirmesi

4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, bir teşebbüsün söz konusu madde hükmünde yasaklanan davranışlarda bulunması ancak hâkim durumda olmasıyla mümkündür. 4054 sayılı Kanun'un 3. maddesinde hâkim durum şu şekilde tanımlanmaktadır: *“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”*.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere hâkim durum değerlendirme yapılırken, esasen, incelenen teşebbüsün rekabetçi baskılardan ne ölçüde bağımsız davranabildiği araştırılmaktadır. Hâkim durum değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmuş temel unsurlar; incelenen teşebbüsün ve rakiplerinin ilgili pazardaki konumu, pazara giriş ve pazarda büyüme engelleri, alıcıların pazarlık gücü olarak sınıflandırılabilir.

Bu unsurlar çerçevesinde aşağıda, “toptan sabit genişbant internet erişim hizmetleri”, “perakende sabit genişbant internet erişim hizmetleri” ve “ödemeli televizyon yayıncılığı” olarak belirlenen ilgili ürün pazarlarında Türk Telekom ve TTNET'in konumu değerlendirilecek, diğer pazar ve hizmetlere ilişkin olarak ise anılan ekonomik bütünlüğün pazardaki durumları hakkında bilgi sunulacaktır.

G.4.2.1. Toptan Sabit Genişbant İnternet Erişim Hizmetleri Pazarı

Genişbant internet abonelerinin çoğunluğu Türk Telekom'un sahip olduğu bakır kablo ağı altyapısı üzerinden (DSL teknolojisi ile) hizmet almaktadır. Bu bakımdan, Türk Telekom dışındaki altyapıya sahip olan teşebbüslerin altyapılarının kapasite ve kullanım durumlarının ne düzeyde olduğunun incelenmesi önem arz etmektedir.

Pazar payı, incelenen teşebbüsün pazardaki konumunun birincil göstergesi olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, pazar payının zaman içerisindeki istikrarı, ilgili pazarda faaliyet gösteren rakiplerin sayısı ve pazar payları da hâkim durum analizinde dikkate alınmaktadır.

Hâlihazırda kendi altyapısını kurup işletmek suretiyle İSS'lere bakır şebeke üzerinden toptan genişbant erişim hizmeti sunan tek işletmeci Türk Telekom'dur. Bunun dışında Türk Telekom ve Superonline'in fiber altyapısı, Türksat'ın ise Kablo TV altyapısı bulunmaktadır. Bu doğrultuda, teşebbüslerden gelen bilgilere göre toptan seviyede sabit genişbant internet erişim hizmeti pazarında faaliyet gösteren ana oyuncuların 2013-2014 yıllarındaki abone sayısı bilgileri ve bunlara göre pazar payları incelenmiştir.

Dosyada ayrıntıları yer alan tablo ve grafiklerden, Türk Telekom'un toptan seviyedeki pazar payının 2013 yılı başında %(.....) olduğu ve bu oranın 2014 yılı son çeyreğinde %(.....) azalarak %(.....)'a düştüğü; ancak her hâlükârda %(.....)'ın üzerinde seyrettiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, altyapı üzerinden hizmet alan abone sayısı bakımından Türk Telekom'un toptan pazardaki tek rakibi olan Superonline'a kıyasla oldukça yüksek oranlarda pazar payına sahip olduğu da görülmektedir. Ayrıca, genel olarak erişim şebekelerine yapılacak yatırımların yüksek ve batık maliyet niteliğinde olduğu ve bu şebekelerde yüksek seviyeli ölçek ve kapsam ekonomilerinin bulunduğu dikkate alındığında, Türk Telekom'un toptan seviyedeki gücünün kısa vadede değişmesinin mümkün olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Bu bilgiler ışığında, yasal ve idari engeller, batık maliyetler, ölçek ve kapsam ekonomileri ile şebeke etkileri gibi pazar özelliklerinin toptan seviyede sabit internet erişim hizmetleri pazarında faaliyet gösteren teşebbüslerin büyümesinin ya da pazara yeni teşebbüslerin girmesinin önünde engel yarattığını belirtmek mümkündür.

Hâkim durum değerlendirmesinde dikkate alınan bir diğer husus ise alıcıların gücüdür. Kurulun 06.11.2013 tarih ve 13-71/992-473 sayılı kararında; D-Smart sunduğu internet hizmetlerinin tamamında Türk Telekom'un altyapısını, TurkNet ve Superonline kendi fiber altyapılarını ve Türk Telekom'un altyapısını, VodafoneNet ise büyük ölçüde Türk Telekom altyapısını kullandıklarını ifade etmektedir. Söz konusu karardan bu yana teşebbüslerin yukarıda belirttiği hususlarda herhangi bir değişiklik olmadığı ve aynı durumun günümüzde de devam ettiği, dolayısıyla DSL hizmeti sunan İSS'lerin büyük ölçüde Türk Telekom altyapısını kullandığı anlaşılmaktadır. Türk Telekom ile aynı ekonomik bütünlük içerisinde bulunan TTNET dışındaki İSS'lerin pazar paylarının düşük olması ve toptan seviyede İSS'lere internet hizmeti sunan alternatif bir sağlayıcının bulunmaması, İSS'lerin kısa vadede kendi altyapıları oluşturmalarının önünde engellerin bulunması toptan seviyede alıcı konumunda bulunan İSS'lerin alıcı gücünün oldukça düşük seviyede olduğunu göstermektedir.

Bu çerçevede, Türk Telekom'un yüksek pazar payına sahip bulunduğu, piyasada büyüme ve piyasaya giriş engellerinin yüksek olduğu ve alıcı gücünün düşük olduğu toptan sabit genişbant internet erişim hizmetleri pazarında hâkim durumda bulunduğu sonucuna varılmıştır.

G.4.2.2. Perakende Sabit Genişbant İnternet Erişim Hizmetleri Pazarı

Fiyat sıkıştırması yoluyla bir ihlalin oluşup oluşmadığı tespit edilirken dikey ilişkili pazarlarda faaliyet gösteren teşebbüsün alt pazarda hâkim durumda bulunması bir unsur olarak aranmamaktadır. Bununla birlikte, ilgili pazarda 4054 sayılı Kanun bakımından TTNET'in konumunun belirlenmesinde fayda görülmektedir.

Alt pazar bakımından gerçekleştirilecek hâkim durum analizinde ilk olarak perakende sabit genişbant internet hizmeti sunan teşebbüslerin (TTNET, Superonline, D Smart, Turknet, Türksat, diğerleri) Ocak 2013-Eylül 2014 dönemi arasındaki aylık ortalama abone sayıları incelenmiştir. Dosyada yer alan tablo ve grafiklerden, incelenen dönemde TTNET'in pazar payında gerileme yaşandığı anlaşılmakla birlikte, 2014 yılı Eylül ayı itibarıyla TTNET'in %(.....) oranında bir paya sahip olduğu görülmektedir. Buna karşın pazarda TTNET'in en yakın rakibi konumunda bulunan Superonline ise %(.....) pazar payına sahip bulunmaktadır. TTNET dışındaki diğer işletmecilerin pazar payları toplamının ancak TTNET'in 1/3'ü civarında oldukları anlaşılmıştır.

Perakende seviyede internet hizmeti sunulması için öncelikle BTK'nın yetkilendirmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra, mevcut dosya kapsamında incelenen teşebbüslerin dikey bütünleşik yapıya, güçlü ve ortak bir dağıtım ağına, geniş bir ürün portföyüne, yüksek marka bilinirliğine, finansal ve ekonomik güce sahip olmasının da teşebbüslerin büyümesinin veya piyasaya yeni teşebbüslerin girmesinin önünde giriş engeli oluşturmasına yol açması muhtemeldir. Dolayısıyla perakende seviyede, toptan seviyedeki pazara kıyasla daha düşük seviyede de olsa, giriş engellerinin bulunduğunu söylemek mümkündür.

Bu bilgiler çerçevesinde, sabit perakende genişbant internet hizmetleri pazarında TTNET'in yüksek ve rakipleriyle orantısız pazar payı, piyasaya giriş engellerinin bulunması ve düşük alıcı gücü dikkate alınarak, ayrıca önceki Kurul kararlarıyla 6 örtüşür şekilde TTNET'in perakende sabit genişbant internet hizmetleri pazarında hâkim durumda olduğu sonucuna varılmıştır.

G.4.2.3. Ödemeli Yayıncılık Hizmetleri Pazarı

Ülkemizde televizyon izlemek isteyen bir kişi kılçık anten, uydu, karasal yayın ve internet tabanlı televizyon yayıncılığı seçeneklerine sahip bulunmaktadır. Bu bakımdan Türkiye TV yayıncılığı piyasasında TV izlemek için kullanılan yöntemlere göre 2013 yılı pazar paylarına (hane penetrasyon oranı) bakıldığında; televizyon yayıncısı seçiminde ilk sırayı bir set-üstü-kutu satın alınması suretiyle Türksat uydusu üzerinden ücretsiz olarak birçok televizyon kanalını izleme imkanı sunan Uydu FTA'nın oluşturduğu görülmektedir. Daha sonra uydu platform yayıncısı Digitürk'ün geldiği, en son sırada ise Tivibu'nun yer aldığı anlaşılmaktadır.

Ödemeli yayıncılık alanında faaliyet gösteren teşebbüsler D-Smart, Digitürk, Filbox, Türksat Kablo (analog Kablo TV ve sayısal Teledünya), Tivibu ve Turkcell TV+'tır. Turkcell TV+ ile Filbox, pazara yeni giriş yapmış olmaları nedeniyle henüz kayda değer bir pazar payına ulaşamamıştır. Buna karşılık, pazar lideri konumundaki Digitürk sektöre birçok rakibinden önce giriş yapması nedeniyle avantajlıdır. Bunun yanı sıra ülkemizde en çok rağbet gören birincil içerik olarak gösterilebilecek Türkiye Süper Lig futbol karşılaşmalarının yayın hakkına sahiptir. Ayrıca, birincil film içeriği sağlayıcısı birçok Amerikan stüdyosu ile olan anlaşması doğrultusunda film kanalları, çizgi film kanalları, belgesel kanalları vb. dolayısıyla platformundaki içerik çeşitliliğinin fazla olması da Digitürk'e rekabetçi avantaj sağlamaktadır. Bir diğer uydu platform işletmecisi D-Smart'ın, NBA ve bazı Avrupa ligi karşılaşmalarının yayın hakkına sahip olmasının yanında film, çocuk, belgesel vb. kanallara platformunda yer vermesi nedeniyle de pazarda Digitürk'ten sonra gelmektedir. Tivibu, Turkcell TV+, Filbox ve Teledünya ise birincil film içeriğini Oflaz Medya Grubu'na ait içerik sağlayıcısı Sinema TV'den tedarik etmektedir. Dolayısıyla, birincil içerik temini noktasında ödemeli TV yayıncılarının sıkıntı yaşamadığı, ancak Digitürk ve D-Smart'ın daha avantajlı olduğu görülmektedir.

Diğer taraftan, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, ödemeli televizyon yayıncılarının iletim yönteminin yaygınlığıdır. Dosyadaki bilgilerden, ödemeli televizyon yayıncıları arasında uydu vasıtasıyla iletilenlerin oranının (.....) olduğu görülmektedir. Buna karşılık internet tabanlı televizyon yayıncılığının sunulabilmesi için birtakım teknik gereksinimlerin karşılanmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bildirim Formu'nda da Tivibu hizmetinin sunulabilmesi için minimum 8 Mbps internet hızı, santrale 2 km uzaklıkta olunması ve ilgili santralin IPTV'ye uyumlu olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu doğrultuda bugün için en iyi ihtimalle IPTV'nin Türkiye'nin (.....)'ine ulaşabileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, IPTV işletmecisi Turkcell TV+'ın pazara giriş yaptığı, ayrıca ülkemizde devam eden altyapı iyileştirmeleri ve teknolojik gelişmeler ile IPTV

işletmeciliğinin de gelişmekte olduğu anlaşılmıştır. BTK'nın 2014 yılı 3. Çeyrek Pazar Verileri Raporu'na göre pazara yeni giriş yapan Turkcell TV+'ın 2014'ün ikinci çeyreğinde 1.448 abonesi bulunmasına karşılık üçüncü çeyrekte abone sayısını 15.270'e arttırdığı görülmektedir.

Yukarıda ifade edilen hususlar çerçevesinde ödemeli televizyon yayıncılığı pazarında bildirim konusu işlem kapsamında TTNET'in hâkim durumda olmadığı kanaatine varılmıştır.

G.4.2.4. Sabit Şebeke Üzerinden Sağlanan Ses Hizmetleri

Dosya kapsamında sabit şebekeler üzerinden sağlanan ses hizmetleri bakımından net bir pazar tanımı yapılmamakla birlikte, değerlendirme açısından söz konusu hizmetlere yönelik pazardaki rekabetin yapısı hakkında bilgi verilmesinde fayda görülmektedir.

Toptan seviyede, Türk Telekom sabit şebekede çağrı başlatma, çağrı taşıma ve çağrı sonlandırma pazarlarında BTK tarafından etkin piyasa gücüne (EPG) sahip işletmeci olarak tanımlanmış ve bu konuda çeşitli yükümlülüklerle tabi kılınmıştır.

Perakende pazar bakımından ise, BTK tarafından yayınlanan 2014 yılı 3. Çeyrek Pazar Verileri Raporu'nda Türk Telekom'un sabit telefon hizmetleri pazarındaki payının hafif bir düşüş eğiliminde olmakla birlikte, uzun süredir yüksek seviyede seyrettiği ifade edilmektedir. Türk Telekom ve STH işletmecilerinin telefon hizmetlerinden elde ettikleri gelirlere göre oluşan pazar paylarına bakıldığında; Türk Telekom'un pazar payının 2013 yılı ilk çeyreğinde %85 iken, 2014 yılı üçüncü çeyreğinde %59'a düştüğü anlaşılmıştır.

Bununla birlikte, STH işletmecilerinin kullanıcı sayısına göre pazar payları incelendiğinde ise; TTNET'in %52,8; Superonline'in %17,4; Turknet'in %8,9; İş Net'in %7,2; Millenicom'un %5,5; Vodafone Net'in %4; TTM Telekom'un %1,8; NetGSM'in %1,5; diğerlerinin %0,8 pazar payına sahip oldukları görülmüştür.

G.4.3. Genel Değerlendirme

Mevcut bildirim kapsamında yer alan kampanyalar ile TTNET tarafından yeniden ödemeli yayıncılık ve ses hizmetlerini de içeren kampanyalar yürütülmesinin planlandığı anlaşılmaktadır. Bu doğrultuda TTNET tarafından yukarıda ayrıntılarına yer verilen başvuru kapsamında düzenlenmesi planlanan

iki kampanyaya 4054 sayılı Kanun'un 5., 6. ve 8. maddesi çerçevesinde menfi tespit verilmesi ya da muafiyet tanınması talep edilmektedir.

Teşebbüsler arası anlaşma, uyumlu eylem ve teşebbüs birlikleri kararları, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilen şartları taşımaları halinde, aynı Kanun'un 4. maddesi hükümlerinden muaf tutulabilmektedir. Başka bir deyişle, 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle teşebbüsler arası bir anlaşma ya da uyumlu eylem veya bir teşebbüs birliği kararının olması gerekmektedir. Buna karşın, başvuru konusu kampanyalar herhangi bir anlaşma, uyumlu eylem ya da teşebbüs birliği kararı sonucunda ortaya çıkmamaktadır. Dolayısıyla, dosya konusu başvuruya 4054 sayılı Kanun'un 5. maddesi kapsamında muafiyet tanınması söz konusu olamayacaktır.

Öte yandan, düzenlenmesi planlanan kampanyaların başvuru sahibi teşebbüsün tek tarafı bir uygulamasından kaynaklanacağı açıktır. Dolayısıyla söz konusu kampanyalar, 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında hâkim durumun kötüye kullanılması ve aynı Kanun'un 8. maddesi çevresinde menfi tespit belgesi verilmesi bakımından değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Dosya kapsamında incelenen kampanyalarla ilgili temel rekabetçi kaygı Türk Telekom ve TTNET'ten oluşan ekonomik bütünlüğün Tivibu hizmetini paket olarak son kullanıcılara sunmayı planladığı paketleme içeren kampanyalar ile fiyat sıkıştırması uygulayarak perakende pazardaki etkin rekabeti kısıtlayıp kısıtlamadığıdır. Bu bağlamda, fiyat sıkıştırması bakımından teşebbüsün

- Dikey bütünleşik yapıya sahip olması,
- Üst pazarda sunulan ürün ya da hizmetin alt pazarda faaliyet gösterebilmek için vazgeçilmez olması,
- Teşebbüsün üst pazarda hâkim durumda bulunması ve
- Üst ve alt pazar ürünleri arasındaki marjın, üst pazarda hâkim durumda bulunan teşebbüs kadar etkin bir rakibin alt pazarda kâr elde edemeyecek ve kalıcı şekilde faaliyet gösteremeyecek kadar düşük olması

gerekmektedir.

Sayılan koşulların ilk üçünün gerçekleştiği gerek mevcut dosya kapsamında yapılan tespit ve değerlendirmelerden gerekse Kurulun konuya ilişkin önceki kararlarından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ister fiyat sıkıştırması isterse indirim sistemleri kapsamında değerlendirilsin, dosya bağlamında en temel tespit edilmesi gereken husus, anılan kampanyaların maliyetlerini karşılayıp

karşılayamadığı olmaktadır. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında yapılan analiz ve değerlendirmeler güncel ve gerçekleşmiş veriler (gelir, maliyet kalemleri vb.) esas alınarak yapılmaktadır. Ancak mevcut dosya bakımından öncelikle ve önemle belirtilmesi gereken husus, bu noktada davranışın henüz gerçekleşmemesi nedeniyle "ex-post" analizin gerçekleştirilmesinin mümkün olmamasıdır. Bu bağlamda, mevcut başvuru hâkim durumun "ex-ante" bir analiz ile ihlal edilip edilmeyeceğinin tespitine yönelik bir başvuru halini almaktadır. Dolayısıyla, dosya konusu kampanyalara menfi tespit verilir verilemeyeceği TTNET tarafından sağlanan geleceğe yönelik varsayımlar ve projeksiyonlarla belirlenen maliyet hesaplamaları üzerinden gerçekleştirilmek zorunda kalınmıştır. Bu doğrultuda ulaşılan sonucun ancak ve ancak dosya kapsamında sunulan ve kullanılan veriler çerçevesinde geçerli olacağı vurgulanmalıdır.

Kampanyanın kârlılığına ilişkin TTNET'ten talep edilen bilgi ve belgeler nihai olarak 28.01.2014 tarih ve 463 sayılı yazı ile Kurum kayıtlarına ulaşmıştır. Anılan yazıda, başvuru formunda "port+transmisyon" modeline göre sunulan veriler, söz konusu modelin BTK tarafından 2015 yılı sonuna ertelenmesi 7 neticesinde güncellenerek Rekabet Kurumuna tekrar sunulmuştur.

Buna göre, piyasaya 64,90 TL'ye sunulacak paketin üç yıllık bir projeksiyon kapsamında 2015 yılı için VAE modeli çerçevesinde (....)TL, port+transmisyon modeli çerçevesinde ise (....)TL kâr elde etmesinin beklendiği ifade edilmektedir. 19.12.2013 tarih ve 13-71/992-423 sayılı kararda tespit edildiği gibi (....) aylık bir müşteri ömrünün geçerli olduğu kabul edilirse, ilk paketin yıllık ortalama (....)TL kâr elde edeceği öngörülmektedir.

Öte yandan, Sinema TV içeren ve piyasaya 74,90 TL üzerinden sunulacak paketin ise yine üç yıllık bir projeksiyon kapsamında 2015 yılı için VAE modeli çerçevesinde (....)TL, port+transmisyon modeli çerçevesinde ise (....)TL kâr elde etmesinin beklendiği belirtilmektedir. Aynı şekilde, 19.12.2013 tarih ve 13-71/992-423 sayılı kararda tespit edildiği gibi (....) aylık bir müşteri ömrünün geçerli olduğu kabul edilirse, Sinema TV içeren paketin yıllık ortalama (....) TL kâr elde edeceği anlaşılmaktadır.

Sunulan verilere göre, kampanya dahilinde yer alan her iki paketin de maliyetlerini karşılayacağını öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, dosya kapsamında sunulan veriler, verilerin hazırlanmasında kullanılan varsayımlar ve projeksiyonlar çerçevesinde, başvuruya konu kampanyaların maliyetlerini karşılayarak kâra geçmesinin beklendiği görülmektedir. Buna göre, verilerin hazırlanmasında kullanılan varsayımlar ve projeksiyonların geçerli olması koşuluyla, başvuruya konu kampanyaya menfi tespit belgesi verilebileceği; bununla birlikte dosya kapsamında sunulan varsayımların gerçekleşmemesi

durumunda ise dosya konusu tarifelerin/paketlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği kanaatine varılmıştır.

H. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre,

a. Sunulan veriler ve söz konusu verilere ilişkin varsayım ve projeksiyonlar çerçevesinde başvuruya konu olan kampanyaların maliyetlerini karşılayarak kâra geçmesi durumunda söz konusu kampanyalara 4054 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca menfi tespit belgesi verilmesine,

b. Bununla birlikte sunulan varsayımların gerçekteşmemesi durumunda dosya konusu tarifelerin/paketlerin 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi kapsamında değerlendirilebileceğine

OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

REKABET KURULU KARARI

19.02.2015

Dosya Sayısı: 2015-3-2 (Devralma) Karar Sayısı: 15-08/102-40

A. TOPLANTIYA KATILAN ÜYELER

Başkan : Prof. Dr. Nurettin KALDIRIMCI
Üyeler : Kenan TÜRK, Dr. Murat ÇETİNKAYA, Reşit GÜRPINAR, Fevzi ÖZKAN, Doç. Dr. Tahir SARAÇ

B. RAPORTÖRLER : Emin Cenk GÜLERGÜN, Mesut KOÇ

C. BİLDİRİMDE BULUNAN : Actavis PLC.

Temsilcileri: Av. Gönenç Gürkaynak, Av. Ceren Özkanlı,
Av. Zeynep Ortaç

Çitlenbik Sk. No: 12 Yıldız Mah. Beşiktaş / İstanbul

D. DOSYA KONUSU: Allergan Inc.’ın kontrolünün Actavis PLC. tarafından devralınması işlemine izin verilmesi talebi

E. DOSYA EVRELERİ: Kurum kayıtlarına en son 09.02.2015 tarihinde giren bildirim üzerine düzenlenen 13.02.2015 tarih ve 2015-3-2/Öİ sayılı Rapor görüşülerek karara bağlanmıştır.

F. RAPORTÖR GÖRÜŞÜ: İlgili raporda, bildirim konusu işleme izin verilmesinde sakınca bulunmadığı ifade edilmiştir.

G. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

Dosya mevcudu bilgiler çerçevesinde, 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi olduğu anlaşılan, M3A periferik etkili kas gevşeticiler ilgili ürün pazarında faaliyeti bulunan Allergan Inc.’ın, Actavis Plc. tarafından devralınması işleminin, özellikle Botox’un yalnızca hastane kullanımında kullanılan bir ilaç haline gelmesi dikkate alınarak periferik etkili kas gevşeticilerin serbest eczanelere satışları pazarında rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmayacağı, ayrıca Botox ve Lysthenon’un hiçbir ihalede rakip olmaması

nedeniyle “botulinum toksini” ve “süksinilkolin klorür” etkin maddelerine ilişkin hastane pazarında hakim durum yaratmayacağı veya mevcut bir hakim durumu güçlendirmeyeceği kanaatine ulaşılmıştır.

H. SONUÇ

Düzenlenen rapora ve incelenen dosya kapsamına göre, bildirim konusu işlemin 4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan 2010/4 sayılı “Rekabet Kurulundan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ” kapsamında izne tabi olduğuna; işlem sonucunda aynı Kanun maddesinde yasaklanan nitelikte hakim durum yaratılmasının veya mevcut hakim durumun güçlendirilmesinin ve böylece rekabetin önemli ölçüde azaltılmasının söz konusu olmaması nedeniyle işleme izin verilmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

