

T.C.

İstanbul Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

**556 SAYILI KHK'YA GÖRE
MARKA HAKKINA TECAVÜZ
ve
HAKKIN KORUNMASI**

Sevgican AYDIN

2501080560

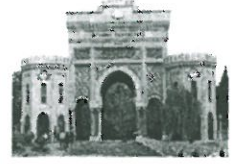
Tez Danışmanı

Yard. Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER

İstanbul, 2011



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MÜDÜRLÜĞÜ



TEZ ONAYI

Enstitümüz **ÖZEL HUKUK Anabilim** Dalında ders dönemindeki Eğitim - Öğretim Programını başarı ile tamamlayan **2501080560** numaralı **SEVGİCAN AYDIN**'in hazırladığı "**556 SAYILI KHK'YA GÖRE MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE HAKKIN KORUNMASI**" konulu **YÜKSEK LİSANS/ DOKTORA TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI**, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 15.Maddesi uyarınca **04.07.2011 Pazartesi** günü saat **14.00'de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **Kabul**'ne* **GYBİRLİĞİ/OYÇOKLUĞUYLA** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI(*)	İMZA
PROF.DR.ARSLAN KAYA	RED	
PROF.DR.HALİL AKKANAT	Kabul	
DOÇ.DR.İBRAHİM ARSLAN	Kabul	
YRD.DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER	kabul	
YRD.DOÇ.DR.ALİ PASLI	RED	

556 SAYILI KHK'YA GÖRE

MARKA HAKKINA TECAVÜZ ve HAKKIN KORUNMASI

Sevgican AYDIN

ÖZ

Eski çağlardan bu yana, mal ve hizmet üretenler, kendi mal ve hizmetlerini emsallerinden ayırt etmenin yollarını aramışlar ve sonunda kendilerine özgü işaretler kullanma yolunu tercih etmişlerdir. Günümüzde marka olarak ifade edilen bu işaretler iktisadi hayatın vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir.

Bir işletmenin uzun yıllar boyunca ayakta kalması ve adından söz ettirmesinin en büyük faktörlerinden biri de işletmenin piyasada tanınan markasıdır. Bu nedenle, azımsanmayacak derecede önemli bir ekonomik değere sahip olan markalardan bazı kimselerce aynen ya da benzerleri kullanılarak faydalanılmaya çalışılması her zaman için mümkündür. İşte bu tehlikenin önüne geçebilmek amacıyla, özellikle 19. yüzyıldan bu yana, marka hakkı ve marka hakkının korunması hem ulusal hem de uluslararası hukukların ilgilendiği ve düzenlediği konular arasında yer almaktadır. Ülkemizde de Marka Hukukunu düzenleyen ve marka haklarının korunmasını sağlayan yasal düzenlemeler 19. yüzyılda ortaya çıkmış ve Uluslararası Marka Hukukuyla da zenginleştirilerek günümüze kadar gelmiştir. Ulusal ve uluslararası mevzuattaki tüm bu düzenlemelerin amacı marka hakkını, olası tecavüzlere karşı korumak ve eğer tecavüz gerçekleşmişse de bunun giderilmeye çalışılarak markanın korunmasını sağlamaktır.

Çalışmamızda da marka hakkının korunması bakımından, Türk Hukuku'nda tescilli marka hakkına tecavüz halleri ve tecavüz durumunda marka hakkı sahibinin özel hukuka ilişkin talepleri incelenmeye çalışılmıştır.

**INFRINGEMENT OF TRADEMARK and PROTECTION OF
TRADEMARK RIGHTS ACCORDING TO THE DECREE-LAW
NO:556**

ABSTRACT

From ancient times to present days, the producers and service providers have always researched the ways to distinguish their products and services from similars and eventually they have chosen to use characteristic signs. In modern age these signs are called “*Trademark*” and they have become one of the indispensables of commercial life.

A well known trademark of an enterprise in the market is one of the greatest factors enabling the enterprise survive and remain popular for many years. For this reason, by using similar or identical marks, it is always possible for some people to try to take advantage of the trademark which has a great economic value. Accordingly, with the purpose of preventing said risk, particularly from 19th century onwards, the issue of intellectual rights bears an important part in developing and studies of both: national, as well as international law. In our country the legislation for protection of trademark rights has emerged in 19th century as well and reached to the present by being enriched through International Trademark Law. The aim of all said national and international legislations is to protect the trademark right against possible violations and if the infringement occurs, to provide protection by endeavouring to eliminate the infringement.

In our study, it has been intended to examine cases of infringement of registered trademarks and the civil law remedies for trademark owner in the event of infringement, with regard to the protection of trademark right under Turkish Law.

ÖNSÖZ

Çalışmamızda marka hakkına yapılan ihlaller sonucunda tescilli marka hakkı sahibinin özel hukuka ilişkin taleplerinin hukuki zeminde incelenmesi amaçlanmıştır. Uygulamada birçok tanınmış firmanın artık markalaşmaya büyük bir önem verdiğini ve markalarının korunması için çalışmalar yaptığını görmek, böyle bir çalışma yapmamız için teşvik edici nitelikte olmuştur.

Marka hukuku anlamında yargısal kararların büyük önem taşıması sebebiyle çalışmamızda çok sayıda yargı kararlarına yer verilerek uygulamada karşılaşılan sorunlar daha somut bir biçimde ortaya konulmaya çalışılmış ve aynı zamanda söz konusu kararların yol göstericiliği sayesinde konunun farklı açılardan incelenmesine de gayret edilmiştir.

Marka hakkının korunması, niteliği itibariyle birçok disiplini ilgilendirdiğinden yüksek lisans düzeyinde olan bu çalışma konunun tüm boyutlarını inceleme gibi ciddi bir iddiayı taşımamaktadır. Ancak tescilli markaya yapılan tecavüz sonucunda marka hakkı sahibinin özel hukuka ilişkin taleplerinin 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde tüm yönleriyle ele alınmaya çalışıldığı söylenmelidir.

İlk defa bu kadar kapsamlı bir akademik çalışmada bulunmaktan kaynaklanan zorlukları aşmamda bana her zaman yardımcı olan ve tez çalışmam boyunca her türlü imkânı sağlayan değerli hocam Yard. Doç. Dr. Bilgehan ÇETİNER'e en içten dileklerle teşekkür ederim.

Tüm eğitim hayatım boyunca olduğu gibi bu tezin yazılmasında da sevgisini ve desteğini esirgemeyen, daha rahat çalışabilmem için ortam hazırlayan ve her türlü fedakârlığı gösteren annem Sultan AYDIN ile babam Sadık AYDIN'a minnettar olduğumu bu vesile ile ifade etmek isterim.

Tez çalışmama son halini vermemde büyük katkılarını olan, akademik hayatımda bana yol gösteren ve desteğini esirgemeyen, asistanı olmaktan son derece mutluluk duyduğum değerli hocam Doç. Dr. İbrahim ARSLAN'a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 3. sınıf öğrencisi iken Şirketler Hukuku dersinde tanıştığım, Ticaret Hukuku'nu sevmemde ve bu kürsüde asistan olmayı istememde büyük etkisi olan, her anlamda kendisini örnek aldığım sevgili ağabeyim ve değerli hocam Prof. Dr. Ömer TEOMAN'a ve İstanbul Üniversitesi'ne girdiğim ilk andan itibaren bana ve çevresindeki tüm öğrencilere ışık tutan, hukuku sevmemde ve akademik çalışma yapmamda ve dahası akademik çalışmalara devam etme isteğimin olmasında etkisi olan ve üzerimde çok büyük emeği olan sevgili hocam Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye ne kadar teşekkür etsem azdır.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
II. ÇALIŞMA PLANI.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI

I. MARKANIN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	4
II. MARKANIN TANIMI.....	6
III. MARKANIN UNSURLARI.....	8
A. İŞARET.....	8
1. Sözcükler.....	9
2. Kişi Adları.....	10

3. Harfler, Sayılar.....	11
4. Şekiller	11
5. Sesler, Melodiler ve Kokular	12
6. Renkler	12
B. AYIRT EDİCİLİK	14
IV. MARKA HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER.....	17
A. ULUSAL DÜZENLEME.....	17
B. ULUSLARARASI DÜZENLEME	18
1. Sınaî Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu).....	19
2. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO: World Intellectual Property Organisation) Kuruluş Sözleşmesi.....	20
3. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Propety Rights).....	21
4. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol	22
5. Marka Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması	22
6. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması	23
7. Marka Kanunu Anlaşması.....	23
V. MARKANIN FONKSİYONLARI	24
A. KAYNAK GÖSTERME FONKSİYONU	24
B. AYIRT ETME FONKSİYONU	25

C. GARANTİ FONKSİYONU	25
D. REKLAM FONKSİYONU	26

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ

I. GENEL OLARAK.....	27
II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDEN FİİLLER	28
A. MADDE 9'A AYKIRILIK HALLERİ	28
1. Haksız Kullanım Modelleri.....	30
a. İktibas Suretiyle Marka Hakkının İhlali (Md. 9/1.(a)).....	30
b. İltibas Suretiyle Marka Hakkının İhlali (Md. 9/1.(b)).....	31
c. Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın veya Benzerinin Başka Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının Tecavüz (Md. 9/1.(c)).	35
2. Haksız Kullanım Şekilleri	38
a. İşaretin Mal veya Ambalaj Üzerine Konulması (Md. 9/2.(a)).....	38
b. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi (Md. 9/2.(b)).....	39
c. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürme Amacıyla Stoklanması (Md. 9/2.(b)).	40
d. İşareti Taşıyan Malın Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi (Md. 9/2.(b))	41
e. İşaret Altında Hizmet Sunulması veya Sağlanması (Md. 9/2.(b))	41
f. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması (Md. 9/2.(c)).....	41

g. İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakında ve Reklamlarında Kullanılması (Md. 9/2.(d)).....	44
h. İşaretin İnternet Ortamında Kullanılması (Md. 9/2.(e)).....	45
B. MARKAYI TAKLİT ETMEK (MD 61/B).....	50
C. TECAVÜZ YOLUYLA KULLANILAN MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ TİCARET ALANINA ÇIKARMAK (MD. 61/C).....	54
D. LİSANS YOLUYLA VERİLMİŞ HAKLARI İZİNSİZ GENİŞLETMEK VEYA DEVRETMEK (MD. 61/D).....	58

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA HAKKININ KORUNMASI

I. GENEL OLARAK.....	64
II. İHTİYATİ TEDBİR VE GÜMRÜKLERDE EL KOYMA	65
A. İHTİYATİ TEDBİR.....	65
1. Tecavüzün Durdurulması	68
2. Ürünlere El Koyma	68
3. Teminat Verilmesi.....	69
B. GÜMRÜKLERDE EL KOYMA	71
III. 556 SAYILI KHK'DA ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI.....	73
A. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN MEVCUT OLMADIĞI HAKKINDA DAVA	73
B. DELİLLERİN TESPİTİ	76

C. TECAVÜZ FİİLLERİNİN DURDURULMASI (MEN) DAVASI	78
D. TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ (REF) DAVASI.....	80
E. MADDİ VE MANEVİ ZARARIN TAZMİNİ.....	83
1. Maddi Tazminat Davası	84
a. Tazminatın Hesaplanması	87
(1) Fiili Zarar	88
(2) Yoksun Kalınan Kazanç	89
i. Muhtemel Gelir	91
ii. Mütecavizin Elde Ettiği Kazanç	92
iii. Lisans Bedeli	93
2. Manevi Tazminat Davası	95
3. İtibar Tazminatı.....	99
F. ÜRETİLMESİ VEYA KULLANILMASI CEZAYI GEREKTİREN EŞYA İLE BU EŞYAYI ÜRETMEYE YARAYAN ARAÇLARA EL KONULMASI.....	101
G. EL KONULAN ÜRÜN ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI TANINMASI....	103
H. GEREKLİ DİĞER TEDBİRLERİN ALINMASI, MARKALARIN SİLİNMESİ, ÜRÜN VE ARAÇLARIN İMHASI.....	105
I. MAHKEME KARARININ İLGİLİLERE TEBLİĞİ VE KAMUYA DUYURULMASI	107
SONUÇ.....	109
KAYNAKÇA	117

KISALTMALAR

a.g.e.	: adı geçen eser
a.g.m.	: adı geçen makale
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırmamız
KHK/556 sayılı KHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

md.	: Madde
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: The Agreement On Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
vd.	: ve devamı
v.d.	: ve diğerleri
WIPO	: World Intellectual Property Organisation (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
Yönetmelik	: 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik
40/94 sayılı Tüzük	: Topluluk Markası Hakkında 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü

89/104 sayılı Yönerge : Ticaret Markalarına İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Dair Birinci 89/104 sayılı Konsey Yönergesi

818 sayılı BK : 818 sayılı Borçlar Kanunu

6098 sayılı TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

1086 sayılı HUMK : 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

6100 sayılı HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu

6762 sayılı TTK : 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu

6102 sayılı TTK : 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

Günümüz hukuk ve ticaret dünyası bakımından markanın temel anlamı, bir teşebbüsün mal ve/veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ve ayırt edici özelliği bulunması koşuluyla üretilen ticari mal ve hizmetlerin tanıtılmasına yarayan işaretlerdir¹. Marka kavramı yeni bir kavram olmayıp; marka kavramının bilincine girişimcilerin çok daha eski zamanlarda ulaşmış oldukları ve ürettikleri ya da satışını yaptıkları malları benzerlerinden ayırt etme amacı ile kendilerine özgü işaretlerler kullandıkları bilinmektedir².

Bir teşebbüsün, ne kadar büyük, ne kadar tanınmış ve ne kadar yüksek kalitede üretim potansiyeline sahip olursa olsun, güçlü bir marka oluşturamadığı ya da markasını koruyamadığı sürece rakiplerinin arasından sıyrılarak zirveye ulaşamayacağını söylemek yanlış olmayacaktır³. Marka ticari hayatta öyle önemli bir yere sahiptir ki, bazı durumlarda markanın değeri teşebbüsün sahip olduğu tüm fiziksel değerlerden bile daha fazla olabilmektedir. Örneğin, COCA COLA, MARLBORO gibi markaların değeri şirketlerin üretim tesislerinin değerlerinden çok daha fazladır⁴.

¹ Sami Karahan v.d., **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 125; Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, s.36; Arslan Kaya, **Marka Hukuku**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 13-14; Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınevi. 2003, s. 5.

² Kaya, **Marka Hukuku**, s. 1.

³ İnşaat ve gayrimenkul sektörünün tanınan isimlerden olan ve 2010 yılının Süper Markalar listesine girebilen tek inşaat ve gayrimenkul şirketi Ağaoglu Şirketler Grubu Yönetim Kurulu Başkanı Ali AĞAOĞLU, kendilerini sektörde lider konuma getiren faktörün yüksek kalitede ürün yapmalarının ve markalaşmalarının olduğunu ifade etmiştir. Markalaşmanın önemini bilen AĞAOĞLU, inşaat sektöründe markalaşmayı da trend haline getirmiştir. (Çevrimiçi, http://www.mylife.com.tr/Kurumsal/2010/10/28/agaoglu_super_markalar_arasinda, 26.11.2010).

⁴ İTO Yayını, **Sorularla Türk Markalar Hukuku**, Yayın No: 1996/21, İstanbul, 1996, s. 9.

Her açıdan büyük bir değere sahip olan marka hakkının, bazı kimselerce ihlal edilerek bir menfaat sağlanması tehlikesi de oldukça yüksektir. Bu nedenle de markanın hukuki bakımdan korunması gerekmektedir. Bu koruma cezai yoldan olabileceği gibi hukuki yoldan da olabilmekte ve marka hakkı sahibine mütecavize karşı belirli hukuki talep hakları vermektedir.

Gün geçtikçe Marka Hukukuna olan ilgi artmakta, fikri mülkiyet alanındaki akademik çalışmaların çoğu Marka Hukuku üzerine yapılmaktadır. Öyle ki, neredeyse Marka Hukukunun her alanına ilişkin bir yüksek lisans ya da doktora çalışması bulunmaktadır. Ancak 2009 yılının başlarında kabul edilen 5833 sayılı Kanun⁵ ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin⁶ marka hakkına tecavüz fiillerini ve tecavüz halinde uygulanacak cezai yaptırımları düzenleyen 61 ve 61/A maddelerinde esaslı değişiklikler yapılmış ve değişiklikten sonra bu alana ilişkin bir tez çalışması yapılmamıştır. Bu durum da bizi “556 sayılı KHK'ya göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hakkın Korunması” hakkında bir çalışma yapmak için teşvik etmiştir. Aslında bu çalışma ile güttüğümüz amaç; tescilli markaya tecavüz halinde hem kamu hukukuna ilişkin olan cezai yaptırımları hem de özel hukuka ilişkin olan hukuki talepleri incelemek olsa da, KHK'nın cezai hükümlerini düzenleyen kısmın kapsam itibari ile ayrı bir tez konusu oluşturması ve konunun kamu hukukuna ilişkin olması sebebiyle çalışmamızı özel hukuka ilişkin olan taleplerin incelenmesi ile sınırlı tutuyoruz.

Tescilli marka hakkına tecavüz halinde marka sahibi, markasını Türk Marka Mevzuatı hükümleri çerçevesinde koruyabileceği gibi, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun⁷ haksız rekabete ilişkin hükümleri uyarınca ya da 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun⁸ genel hükümleri uyarınca koruyabilecektir. Ancak, bunlar içinde 556 sayılı KHK'nın sağladığı koruma daha kapsamlı olacaktır. Markanın tescilli olmadığı

⁵ Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 28.01.2009, S. 27124.

⁶ RG. 27.06.1995, S. 22326 (Bundan sonra “556 sayılı KHK” ya da “KHK” olarak anılacaktır).

⁷ RG. 09.07.1956, S. 9353 (Bundan sonra “TTK” olarak anılacaktır).

⁸ RG. 29.04.1926, S. 359 (Bundan sonra “BK” olarak anılacaktır).

durumlarda ise marka hakkı sahibi, belirli istisnalar⁹ dışında 556 sayılı KHK'nın sağladığı korumadan yararlanamayacaktır. Çalışmamızda, tescilsiz markaya tecavüz halinde hakkın korunması yolları incelenmemiştir. Böylece çalışma, 556 sayılı KHK kapsamında ele alınarak, tescilli markaya tecavüz halinde marka hakkının korunmasının incelenmesiyle sınırlandırılmıştır.

II. ÇALIŞMA PLANI

Tez çalışmamızın esasını oluşturan konular kanuni düzenlemeler, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır. Yukarıda belirtilen sınırlamalar dâhilinde tez çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın birinci bölümünde markanın tanımı, unsurları, marka hakkının korunmasına ilişkin hukuki düzenlemeler ile markanın fonksiyonları ele alınmıştır.

İkinci bölümde marka hakkına tecavüz başlığı altında marka hakkına tecavüz halleri ayrı ayrı incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise tescilli marka hakkına tecavüz halinde hakkın korunması ele alınmıştır. Bu bölümde marka hakkının korunmasına yönelik her bir talep konusu ayrı ayrı incelenmiştir.

Çalışmamızda 5833 sayılı Kanun ile değişik KHK ile değişiklikten önceki KHK'nın karşılaştırmalarına yer verilmiş, doktrinde tartışmalı olan hususlara değinilmiş ve her bir bölümde incelenen hususlar Yargıtay kararları ile örneklendirilmiş veya açıklanmıştır.

⁹ Bkz. KHK md. 7/2, 8/3, 8/4, 8/5, 25, 26 ve 42 hükümleri.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI

I. MARKANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Markanın tanımının yapılmasından önce markanın hukuki niteliğinin ve daha da önemlisi markanın bir hak teşkil edip etmediğinin belirlenmesi çalışmanın bütünlüğü açısından önem arz etmektedir.

Hak, hukuk düzeni tarafından korunan ve kullanılması hak sahibinin iradesine bırakılmış olan menfaattir¹. Şöyle ki, hakkın varlığından bahsedebilmek için her şeyden önce hukuk düzeni tarafından kişilere tanınan bir takım yetkilerin olması ve bu yetkilerin kullanımının da kişinin isteğine bağlı olması gerekmektedir. Marka da sahibine markanın kullanılması, markadan yararlanılması ve marka üzerinde tasarrufta bulunulmasında inhisari yetkiler vermekte² ve bu yetkiler de hukuk düzeni tarafından korunmaktadır. Bununla birlikte markanın kullanılması ya da herhangi bir surette marka üzerinde tasarrufta bulunulması marka sahibinin isteğine bağlıdır. Dolayısıyla hukuk düzeni tarafından marka sahibine tanınan ve marka sahibinin isteği halinde kullanabileceği yetkiler “marka hakkı” olarak ifade edilmektedir³.

Hak kavramı mutlak ve nispi hak olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak hak, hak sahibine hakkın konusu üzerinde tam bir egemenlik sağlayan ve herkese karşı ileri

¹ Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1984, s. 13; Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul, 1986, s. 234; Kemal Oğuzman/Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 16. Bası, İstanbul, 2010, s. 129; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuk’a Giriş**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 116; Mehmet Ayan, **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2009, s. 80; Muhammet Özokes, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, **DEÜHFD**, 2002/2, s. 90.

² Reha Poroy/Ünal Tekinalp, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1990, s. 336.

³ Mücahit Ünal, **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 20.

sürülebilir haklardır⁴. Nispi hak ise herkese karşı ileri sürülemeyen yalnızca belirli bir kişi ya da kişilere karşı ileri sürülebilir hakdır⁵. Marka hakkı, hak sahibinin üzerinde mutlak bir hâkimiyet kurduğu ve herkese karşı ileri sürebildiği haklardandır. Bu özelliği itibari ile marka üzerindeki hakkın niteliği mutlak hakdır⁶.

Marka olarak tescil edilen bir işaretin maddi varlığı bulunmamaktadır⁷. Zira marka somut değil, soyuttur⁸. Öyle ki, marka somut bir mal üzerine konulsa bile soyut ve üzerinde bulunduğu maldan ayrı ve bağımsız bir hukuki varlığa sahip olma özelliğini korur⁹. Bu nedenle marka, gayri maddi mal olarak nitelendirilmektedir¹⁰.

Eşya hukuku açısından yalnızca maddi mallar eşya olarak kabul edilmekte ve gayri maddi mallar eşya olarak nitelendirilmemektedir¹¹. Dolayısıyla maddi bir varlığa sahip olmayan marka da eşya niteliğini haiz olmadığı için zilyetliğe¹² konu

⁴ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 175, dpn. 1; Köprülü, **a.g.e.**, s. 60-61; Özsunay, **a.g.e.**, s. 248; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 148; Hatemi, **a.g.e.**, s. 119; Ayan, **Medeni Hukuk**, s. 90.

⁵ Köprülü, **a.g.e.**, s. 53; Özsunay, **a.g.e.**, s. 255; Oğuzman/Barlas, **a.g.e.**, s. 148; Hatemi, **a.g.e.**, s. 119; Ayan, **Medeni Hukuk**, s. 93.

⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 175; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2005, s. 21; Poroy/ Tekinalp, **a.g.m.**, s. 336; Haydar Arseven, **Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku**, İstanbul, 1951, s. 15; Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2004, s. 356-357; Özsunay, **a.g.e.**, s. 248; Hatemi, **a.g.e.**, s. 126; Ayan, **Medeni Hukuk**, s. 90; Hamdi Yasaman v.d., **Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi**, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 176. Aynı yönde görüş için bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.04.2001T., 2001/844 E., 2001/3429 K. (www.kazanci.com.tr).

⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 20.

⁸ Hamdi Yasaman, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, **GÜHFD**, S. 2, İstanbul, 2004, s. 159; Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 1, s. 175-176.

⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 21; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 358.

¹⁰ Sami Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2010, s. 21; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 175; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 21; Arslan Kaya, “Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, **İÜHF**, C. LV, 1997, S. 4, s. 176; Köprülü, **a.g.e.**, s. 63; Özsunay, **a.g.e.**, s. 248; Ayan, **Medeni Hukuk**, s. 90.

¹¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009, s. 6; Mehmet Ayan, **Eşya Hukuku I – Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Konya, Mimoza Yayınları, 2010, s. 14.

¹² “...Marka ve ayırt edici ad ve işaretler, bir eşya niteliğini haiz olmadığından, zilyetliğe de konu olmazlar.” Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.03.2000 T., 1999/8623 E., 2000/2232 K. (www.kazanci.com.tr).

olmamaktadır¹³. Eşya olmadığı için marka üzerindeki hak aynı hak olmasa da¹⁴, marka hakkı mutlak nitelikte bir hak olduğundan sahibine verdiği yetkiler dolayısıyla aynı haklara yakın özellikler göstermektedir¹⁵. Zira marka hakkı da tıpkı aynı haklar gibi herkese karşı ileri sürülebilmekte ve hukuki işlemlere konu olabilmektedir¹⁶.

Özet olarak marka hakkını; soyut ve bağımsız bir varlığa sahip bulunan, hak sahibine marka üzerinde inhisari yetkiler veren, gayri maddi mallar üzerindeki mutlak hak olarak nitelendirebiliriz.

II. MARKANIN TANIMI

Bir mal veya hizmetin tüketici tarafından satın alınmasının en önemli unsurlarından biri de o mal veya hizmetin markasıdır. Hatta bazı durumlarda o mal veya hizmetin markası, tek tercih sebebi olabilmektedir¹⁷.

551 sayılı Markalar Kanunu'nda¹⁸ markanın tanımına yer verilmişken¹⁹, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de markanın doğrudan tanımına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte 5. maddede markanın hangi

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 5-6; Ayan, **Eşya Hukuku**, s. 14; Arseven, **a.g.e.**, s. 16-18; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 20; Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 1, s. 174.

¹⁴ Marka üzerindeki hakkın aynı hak olmadığı hususunda bkz. Saibe Oktay- Özdemir, "Fikri Nitelikteki Sınâî Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul, 2004, s. 574-576.

¹⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 21; Arseven, **a.g.e.**, s. 15; Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 1, s. 174-175.

¹⁶ Marka hakkı ile ilgili hukuki işlemler için bkz. Mücahit Ünal, **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.

¹⁷ Özellikle belirli markaları taşıyan ürünler gençler için vazgeçilmezler arasında olup; söz konusu ürünlerin en önemli tercih sebebi taşıdıkları markalar olmaktadır.

¹⁸ RG. 12.03.1965, S. 11951.

¹⁹ 551 sayılı Markalar Kanunu md. 1 markanın tanımını şu şekilde yapmıştır: "*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalaj üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konulan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır*".

işaretleri içereceği belirtilmiştir. Buna göre 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 veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.” Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi marka, her şeyden önce bir “işarettir”²⁰. Ancak bir işaretin marka olarak nitelendirilebilmesi için çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen ve temsil ettiği mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeyi sağlayıcı bir nitelik arz etmesi gerekmektedir. Bu sebeple markanın tanımındaki en önemli unsur “ayırt edicilik” unsurudur. Kural olarak ayırt etmeyi sağlamak koşuluyla her türlü kişi adı, sözcük, şekil, resim, logo, harf, sayı, malların veya ambalajlarının biçimi, üç boyutlu şekiller, renkler, kokular marka olarak kullanılabilir²¹.

556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde markanın bir teşebbüsün mal ve hizmetini diğer teşebbüsün mal veya hizmetinden ayırt etmeye yarayan işaretleri içerebileceği ifade edilmiştir. Bu noktada ARKAN²² 5. maddede kullanılan “teşebbüs” kavramının yerinde kullanılmadığını ve işletme sözcüğünün kullanılmasının daha doğru olduğunu, 556 sayılı KHK'nın birçok maddesinde ve yönetmelikte de bu terimin kullanıldığını ileri sürmüştür. TEKİNALP²³ ise kanun koyucunun teşebbüs sözcüğünü bilinçli olarak kullandığını, bunun amacının da marka sahibi olabilecek kişilerin çevresini genişletmek olduğunu savunmuştur. Hemen belirtelim ki marka sahibi olabilmek için ticari işletme sahibi olmak gerekmediğinden, kanaatimizce de işletme terimini de kapsayan teşebbüs teriminin kullanılması daha yerinde olmuştur.

²⁰ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 16.

²¹ Yasaman, **Marka Hakkının Niteliği**, s. 153; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s. 35-38; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 345; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 13.

²² Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s.36.

²³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 350.

Şu halde en genel tanımıyla marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan tanıtım işaretidir²⁴. Markanın bu tanımından yola çıkarak iki temel unsurunun bulunduğunu söylemek mümkündür: “işaret” ve “ayırt edicilik”.

III. MARKANIN UNSURLARI

A. İŞARET

556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde belirtildiği üzere marka her şeyden önce bir işarettir ve marka işaret veya işaretlerden oluşur. Md. 5'te geçen “işaret” kavramını geniş yorumlamak gerekir. Bu bağlamda işaret sözcüğü yalnızca bir simge ya da şekli ifade etmez²⁵. Tasarımlar, grafikler, kişi adları, kısa melodiler, renkler, üç boyutlu biçimler ve kokular da işaret kavramına dâhildir. Örneğin, bir deterjan veya silgideki çilek ya da vanilya kokusu da işarettir²⁶.

Marka tek bir işareten oluşabileceği gibi birden fazla işareten de oluşabilmektedir. 556 sayılı KHK'da buna ilişkin bir sınırlama bulunmamaktadır²⁷. Örneğin, ayırt edici güce sahip olmayan “a” harfinin bulunduğu zemin turuncu renkle birleşerek “atv” markası ortaya çıkmıştır. Bu marka, harflerle rengin kombinasyonundan oluşmuştur.

²⁴ Fahiman Tekil, **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1997, s.25; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009, s. 265; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 5; Karahan, **Ticari İşletme**, s. 141; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 13-14; Dilek Cengiz, **Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, Beta Yayınları, 1995, s. 1.

²⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 343; Poroy/ Yasaman, **a.g.e.**, s. 345.

²⁶ Necati Meran, **Marka Hakları ve Korunması**, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2008, s. 26.

²⁷ Ancak 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 4. maddesinde, ticaret unvanları hariç olmak üzere beşten fazla kelimeyi içeren işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir.

556 sayılı KHK “işaret” kavramını marka olarak tescil edilmemiş simgeleri ifade etmek için kullanmaktadır. Tescil edilmiş işaret ise marka kavramı kapsamına girmekte ve 556 sayılı KHK’nın korumasından yararlanmaktadır²⁸.

Marka olarak tescil edilemeyecek işaretler 556 sayılı KHK’nın 7. ve 8. maddelerinde belirtilmiştir. Dolayısıyla bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için hem KHK md. 5’te belirtilen ayırt edici özelliğinin bulunması hem de KHK’nın 7. ve 8. maddelerinde öngörülen tescil engellerinin bulunmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle ayırt edici niteliği bulunan ve KHK’nın 7. ve 8. maddelerine göre tesciline mani bir durum bulunmayan her işaret marka olarak tescil edilebilir.

Bu genel açıklamanın ardından marka olarak kabul edilebilecek işaretlerin birer birer ele alınması, konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

1. Sözcükler

İstatiksel olarak en çok kullanılan markalar sözcüklerden oluşan markalardır²⁹. 556 sayılı KHK’ya göre bir veya birden fazla sözcük (slogan) marka olarak tescil edilebilir. Örneğin “seni yerim sosis” veya “akşama babacığım bana Ülker getir” gibi birden fazla sözcükten oluşan kelime grupları marka olarak tescil edilmiştir. Ayrıca bir sözcüğün marka olarak tescil edilebilmesi için yabancı dilde olmaması şartı aranmadığı gibi herhangi bir anlamının olması da şart değildir³⁰.

Marka olarak seçilen sözcüğün markanın kullanılacağı mal veya hizmeti belirtmemesi gerekir (KHK md. 7/c). Örneğin piyasaya yeni sürülen bir kaleme “kalem” sözcüğü marka olarak tescil edilemez. Fakat bir çikolata için kalem markasının tescili talep edilebilir. Bunun gibi coğrafi kaynak belirten işaretler de marka olarak ya da markanın esas unsuru olarak tescil edilemez. Bu işaretler ancak yardımcı unsur olarak

²⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 344.

²⁹ Karahan v.d., **Fikri Mülkiyet**, s. 129.

³⁰ Sami Karahan, **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davları**, Konya, Mimoza Yayınları, 2002, s. 22.

tescil edilebilirler. Örneğin, saatleri ile ünlü Cenevre şehrinin adı saat markası olarak³¹, zeytinyağı ile meşhur Ayvalık ilçesinin adı zeytinyağı markası olarak, zeytinleri ile tanınmış olan Gemlik ilçesinin adı zeytin markası olarak tescil edilemez. Çünkü bu yerler malın üretim ve satışında adından yararlanılacak derecede tanınmış yerlerdir³² ve bu yerlerin isimlerinin marka olarak tek bir kimsenin inhisarına verilmesi düşünülemez³³. Buna karşılık üretilen mal ile ilgili olarak tanınmışlığı bulunmayan yer isimlerinin markada esas unsur olarak dahi bulunmasında bir engel bulunmamaktadır³⁴. Örneğin Hatay'ın Altınözü ilçesinin adı, satışında adından yararlanılacak derecede tanınmış olmadığından, zeytinyağı markası olarak tescil edilmiştir³⁵. Aynı şekilde Capri adası da meyvesuyu üretiminde tanınmış bir yer olmadığından Capri-Sonne sözcüğünün meyve suyu marka olarak tesciline izin verilmiştir³⁶.

2. Kişi Adları

Kişi adlarının marka olarak kullanılması KHK'nın 5. maddesinde hiçbir sınırlamaya tabi tutulmamıştır. Bu sebeple gerçek kişilerin ad ve soyadları ile tüzel kişilerin unvanları, işletme adları da marka olarak tescil edilebilecektir. Örneğin, Kamil Koç, Kemal Tanca, Sabri Özel, Sabancı, Koç, Eyüp Sabri Tuncer gibi. Ayrıca marka olarak kullanılan adın mutlaka kullanana da ait olması gerekmemektedir. Ancak şüphesiz ki bu durumun üçüncü kişilerin kişilik haklarının zedelenmesine³⁷, haksız rekabet oluşturmasına ya da üçüncü kişilerin fikri haklarının ihlaline yol açmaması gerekmektedir³⁸.

³¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s.79.

³² Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s.79.

³³ Arseven, **a.g.e.**, s.89; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 384.

³⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 59; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s.79.

³⁵ Bkz. Yargıtay 11.Hukuk Dairesi, 09.10.1984 T., 1999/4499 E., 1999/4560 K. (www.kazanci.com.tr).

³⁶ Wolfgang Berlit, **Das neue Markenrecht**, München, 1995, s. 33-34 (Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s.79'dan naklen).

³⁷ Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 23.

³⁸ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 22.

Meşhur ve tarihi şahısların isimleri de marka olarak tescil ettirilebilir. Örneğin Fransa'daki Napoleon konyakları ile Avusturya'daki Mozart likörleri meşhur markalardandır³⁹. Ancak bunun için mutlaka kişinin kendisinden, eğer bu mümkün değilse mirasçılardan izin alınması gerekmektedir. Buna karşılık tarihe mal olmuş kişilerin adlarının alınması bazı hallerde ahlaka ve kamu düzenine aykırılık oluşturabilir. Örneğin Yunus Emre, Kanuni Sultan Süleyman, Mevlana gibi kelimelerin marka olarak tescili düşünülemez. Zira bu kişilerin şanı ortak mirasımızdır⁴⁰ ve bir kimsenin inhisarına terk edilemez.

3. Harfler, Sayılar

Harflerin ve sayıların da marka olarak tescili mümkündür. Örneğin, HP, MNG, İGS, 7/24 gibi. Diğer işaretler gibi harf ve sayıların da marka olarak tescil edilebilmesi için ayırt edici bir niteliğinin bulunması gerekmektedir. Örneğin, Migros ve McDonalds'ın M'si, Boeing firmasının 727'si gibi⁴¹. Bunun yanında markanın salt harften ya da sayıdan oluşması gerekmez. Harf ve sayıların birleşiminden de bir marka oluşabilir. Örneğin, 3M ya da 3G gibi.

4. Şekiller

Şekiller de marka olabilecek işaretlerdendir. Şekil markaları tek başlarına kullanılacakları gibi sözcüklerle de kullanılabilirler. Şekil kavramının içine resimler, grafikler, çizimler, desenler, tasarımlar, fotoğraflar, logolar ve benzeri işaretler de girer.

Ayırt edici nitelik taşıyan her türlü iki ve üç boyutlu⁴² şekil ve tasarımlar ile hacimli cisimler de marka olarak tescil edilebilirler. Ancak KHK md. 7/(e) marka olabilecek şekiller konusunda bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, marka olarak kullanılacak olan şekil, malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir

³⁹ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 367.

⁴⁰ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 367.

⁴¹ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 23.

⁴² Üç boyutlu şeklin en yaygın örneği Coca-Cola şişesidir.

teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeriyorsa marka olarak tescil edilemez. Bir malın ambalajı ya da malın kendi biçimi de tescil edilebilir⁴³. Ancak malın ambalajı ile ya da malın kendisi ile birlikte tescili halinde yalnızca marka 556 sayılı KHK'nın sağladığı korumadan yararlanabilecektir (KHK md. 5/II).

5. Sesler, Melodiler ve Kokular

Seslerin ve melodilerin de marka olarak tescili mümkündür. Ancak bunun için seslerin notaya dökülebilmesi⁴⁴ veya sesin anlaşılması ve tekrarı için kaydının yapılması gerekir⁴⁵. Marka olarak tescil edilen ses ve melodilere örnek olarak Harley Davidson motosikletlerinin motorlarının sesi, Metro Goldwyn Mayer'in aslanının kükreme sesi, Aygaz'ın bir sokağa geldiğini bildiren melodisi verilebilir.

Kokuların da marka olarak tescili mümkündür⁴⁶; ancak bunun için de kokunun kimyasal bir formülle ifade edilebilmesi⁴⁷ ve ayırt edici niteliğinin bulunması şarttır⁴⁸. Örneğin cep mendilleri, tuvalet kâğıdı veya mektup kâğıtlarının özel kokusu marka olarak tescil edilebilir.

6. Renkler

Tescili mümkün işaretleri belirten 556 sayılı KHK'nın 5. maddesinde renklerin de tescil edilebileceği doğrudan ifade edilmemiştir. Ancak "*çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret*" kapsamına renklerin de girdiği kuşkusuz olduğundan renklerin de tescili

⁴³ Karahan v.d., **Fikri Mülkiyet**, s. 130.

⁴⁴ Amanda Michaels, **A Practical Guide To The Trademark Law**, 3. Edition, London, 2002, s. 14.

⁴⁵ Gül Okutan-Nilsson, "Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir Mi? Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı", **Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan**, İstanbul, 2003, s. 596-597.

⁴⁶ Aksi yönde görüş için bkz. Okutan-Nilsson, **a.g.m.**, s. 594.

⁴⁷ Michaels, **a.g.e.**, s.15.

⁴⁸ Karahan v.d., **Fikri Mülkiyet**, s. 132.

mümkün olmaktadır. Renk kompozisyonları özgün nitelik taşımaları şartıyla KHK korumasından yararlanabilirler⁴⁹

Tek bir rengin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği hususu ise tartışmalıdır. Türk doktrin ve yargı kararlarında tek bir rengin marka olarak tescili mümkün görülmemektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi bir kararında, gökkuşağında 7 ana renk bulunduğu ve renkler üzerinde belirli bir kişiye tekel hakkının tanınması halinde diğer firmalara renk kalmayacağı gerekçeleriyle renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağını karara bağlamıştır⁵⁰. Doktrinde KARAHAN⁵¹, KAYA⁵² ve OKUTAN NILSSON⁵³ da ana veya yapay renklerin soyut ve tek başına marka olmasının mümkün olmayacağı, renklerin ancak başka sözcük, şekil veya işaretlerle birlikte kombinasyon oluşturmaları halinde marka olarak tescillerinin mümkün olabileceğini belirtmişlerdir. ŞENOCAK⁵⁴ ise renk ya da renk kombinasyonlarının ayırt edici niteliği haiz olup olmadıklarını her somut olayın özelliklerini dikkate almadan peşinen kabul eden ve bu sonucu bir nevi karine olarak ortaya koyan görüşü kabul edemeyeceğini ifade etmiştir. ŞENOCAK'a göre üründe kullanılan renk, teşebbüs sahibi tarafından ürünün özelliklerini göstermek amacıyla zorunlu olarak seçilen bir renk değil de tamamen keyfi olarak seçilen bir renk ise durumun özelliklerine göre seçilen rengin ayırt edici özelliği olabilir ve bu renk tescil edilebilir⁵⁵. Kanaatimizce renklerin sınırlı sayıda olması sebebiyle renkler ancak belirli bir kombinasyon oluşturmaları⁵⁶ ya da başka sözcük ve şekillerle birlikte ayırt edici nitelik kazanmaları halinde tescil edilebilmeli; münferit olarak tescilleri ise mümkün

⁴⁹ Bkz. Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 9: 1998-1999, İstanbul, 2000, Mütalaa 98, s. 33.

⁵⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 07.07.1997 gün ve E. 1997/3559, K. 1997/5453 sayılı kararı (FMR, 2001, C. 1, S. 4, s. 212).

⁵¹ Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 28.

⁵² Kaya, **Marka Hukuku**, s. 30-31.

⁵³ Okutan-Nilsson, **a.g.m.**, s. 594-595.

⁵⁴ Kemal Şenocak, "Soyut Renk Markaları", **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara, 2003, s. 90.

⁵⁵ Şenocak, **a.g.m.**, s. 92-93.

⁵⁶ Nitekim TRIPS'in 15. maddesi de renk kombinasyonlarının marka olabileceğine işaret etmiş; ancak soyut renklerle ilgili bir hükümde bulunmamıştır.

olmamalıdır. Zira soyut bir rengin bir firma adına tescil edilmesi halinde bu renk başka firmalarca tescil edilemeyecek ve haksız rekabet gündeme gelecektir. Ancak, çok istisnai bir durum olmakla birlikte, soyut bir renk bir mal ya da hizmetle özdeşleşmiş ve tescil öncesi kullanımla ayırt edici bir nitelik kazanmışsa bu durumda bu rengin de marka olarak tesciline imkân tanımak gerekecektir⁵⁷. Örneğin lila rengi Milka çikolatalarını çağrıştıracak şekilde ürünle özdeşleştiği için ayırt edici nitelik kazanmış ve marka olarak tescil edilmiştir.

B. AYIRT EDİCİLİK

Bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için önem arz eden bir diğer unsur da işaretin ayırt edici niteliği haiz olmasıdır. Ayırt edici nitelik, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüsün mal ve hizmetlerinden farklılaşmasını sağlar⁵⁸. Ayırt edicilik unsurunda aranan özellik işaretin yaratıcı olması, yepyeni değerlerden oluşması ya da ticaret hayatında ilk kez kullanılıyor olması değildir⁵⁹. Bu bakımdan Kodak ve Exxon gibi anlamsız ve uydurulmuş sözcükler ayırt edici niteliği haiz en iyi sözcüklerdir⁶⁰.

Tescil edilecek işaretin başlangıçtan itibaren ayırt edici özelliğinin olması aranmaz. Ayırt edicilik kullanımla da kazanılmış olabilir⁶¹. Zira marka yaratıldığı anda zayıf markadır; kullanım sonucunda markanın ayırt edici ve tanıtıcı niteliği artar⁶².

⁵⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 347.

⁵⁸ Teoman, **Kitap 9**, Mütalaa 100, s. 64.

⁵⁹ Sevilay Eroğlu, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, **DEÜHFD**, C. 5, S.1, 2003, s.98.

⁶⁰ Ömer Camcı, **Marka Davaları**, İstanbul, 1999, s. 27.

⁶¹ Markanın ayırt edicilik kazanması ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, “Ayırtedici Nitelik Kazanma”, **Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul, 2003, s. 179-187.

⁶² Yasaman, **Marka Hakkının Niteliği**, s.153.

İşaret ile ayırt edilecek olan şey mal ve hizmetlerdir⁶³. Markanın ayırt edici özelliğinin bulunup bulunmadığını tespit ederken markayı oluşturan işareti bir bütün olarak değerlendirmek gerekir. Önemli olan markaya bir bütün olarak bakıldığında markanın temsil ettiği mal ve hizmeti diğer hizmetlerden ayırt edebilme özelliğinin olmasıdır.

Bir işaret tescil başvurusundan önce kullanılmış ve bu yolla ayırt edici nitelik kazanmışsa, o işaretin marka olarak tescili bakımından KHK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerinde öngörülen herhangi bir mutlak ret nedeni mevcut olsa bile söz konusu işaret marka olarak tescil edilebilir (KHK md. 7/2). Yine aynı şekilde marka hakkında KHK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasının (b), (c) ve (d) bentlerine dayanılarak hükümsüzlük davası açılmış olsa bile markanın ayırt edici nitelik kazandığının belirlenmesi halinde söz konusu işaret marka olarak tescil edilebilir. Yani marka ayırt edici nitelik kazandığında, hem bazı mutlak ret nedenleri hem de bir kısım hükümsüzlük sebepleri geçersiz kılınmaktadır⁶⁴.

Markayı oluşturan unsurlar esas unsur ve yardımcı unsur olmak üzere ikiye ayrılır⁶⁵. Ayırt edicilik niteliği markanın esas unsurunda bulunmalıdır⁶⁶.

KHK md. 7'de bazı ad ve işaretleri esas unsur olarak içeren markaların tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu maddede ya da başka maddelerde esas unsur ve yardımcı unsur kavramları bilinçli olarak tanımlanmamış ve bu ayırımın kıstaslarının oluşturulması yargı kararlarına bırakılmıştır. Buna karşılık Mülga 551 sayılı Markalar

⁶³ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 32.

⁶⁴ Tekinalp, **Ayırt Edici Nitelik**, s. 179.

⁶⁵ Doktrinde bu ayırım için farklı kavramlar kullanılmıştır. Karayalçın, markayı oluşturan unsurları "çekirdek" ve "ek" olarak ayırırken (Yaşar Karayalçın, **Ticaret Hukuku I- Giriş Ticari İşletme**, 3. Bası, Ankara, 1968, s. 413); ÖÇAL, "asli unsur" ve "tali unsur" ayırımını uygun görmüştür (Akar Öçal, **Türk Hukukunda Markaların Himayesi**, Ankara, 1996, s. 115). Danıştay ve Yargıtay ise "esas unsur"- "yardımcı unsur" ayırımı yapmaktadır. (Bkz. Danıştay 12. Daire, 05.10. 1970 T., 1970/3421 E., 1970/1791 K, Mehmet Adil Sağlam, **Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Ankara, 1973, s. 28; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 09.07.1999 T., 1999/3535 E., 1999/6583 K., www.kazanci.com).

⁶⁶ Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 16; Nazmi Ocak, **Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997, s. 34.

Kanununun 6. maddesinde esas unsur markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur olarak tanımlanırken; esas unsura bağlı ve onunla ilişki halinde bulunan ve esas unsurla birlikte tescil ettirilen unsurlar da yardımcı unsur olarak tanımlanmıştır.

Mülga Markalar Kanunu'nun ifadesinden de açıkça anlaşıldığı gibi esas unsur, markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurdur. Bu nedenle esas unsurun ayırt edici nitelikte ve özgün olması gerekmektedir⁶⁷. Yardımcı unsurlar ise ayırt edici niteliği olmayan, ilgili herkes tarafından kullanılabilen ve belirli koşullara bağlı olarak esas unsurların yanında tamamlayıcı unsur olarak kullanılabilen unsurlardır⁶⁸. Bir marka yalnızca esas unsurdan oluşabileceği gibi esas unsur ile birlikte yardımcı unsurlardan da oluşabilir. Markada esas unsurların yardımcı unsurlara nazaran daha belirgin olması gerekmektedir⁶⁹. Bir işaretin markanın yardımcı unsuru olarak kabul edilebilmesi için; 556 sayılı KHK'nın md. 7/I. (c), (d) ve (e) ile md. 42/I. (d) bendinde sayılan ad ve işaretlerden olması, esas unsura bağlı ve esas unsurdan daha az belirgin olması ve esas unsurla birlikte tescil edilmesi gerekmektedir⁷⁰.

Markanın birden fazla sözcükten oluşması halinde ayırt edici nitelik esas unsur niteliğini haiz olan kelimelerde aranır⁷¹. Marka sadece kelimelerden değil de sayı, harf, şekil gibi kompozisyonlardan oluşuyorsa, esas unsur vasfı markanın bütünü itibari ile bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve ayıricılığını vurgulayan imajda aranır⁷². Yani marka bir bütün olarak değerlendirilir ve içerisinde bulunan unsurlara ayrı ayrı bakılarak ayırt edicilik tespitinde bulunulamaz.

⁶⁷ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 413; Sağlam, **a.g.e.**, s. 55-57.

⁶⁸ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 413; Sağlam, **a.g.e.**, s. 55-57; Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 18.

⁶⁹ "... bir markada esas unsur gibi etki bırakan şekil veya ibarenin yardımcı unsur olarak kabulüne imkan yoktur..." Danıştay 12. Daire, 13.02.1971 T., 1970/5635 E., 1971/356 K. (Sağlam, **a.g.e.**, s. 61-62).

⁷⁰ Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 19; Ocak, **a.g.e.**, s. 35-36.

⁷¹ Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 19.

⁷² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 01.12.2000 T., 2000/7590 E., 2000/9528 K., "...mahkemeye iki sözcükten oluşan yazı unsuru markadaki şekil unsuru dikkate alınmadan incelenmiş, "Computer" sözcüğü biraz daha büyük ve kalın yazıldığı gerekçe gösterilerek onun asıl unsur olduğu neticesine varılmıştır. Marka sırf sözcük unsurundan oluşsa idi varılan bu netice doğru olabilecekti. Oysa anlatılan bu durumda sözcüklerden cins bildiren "Computer" sözcüğü asıl unsur olmaktan çıkmış, sözcükler özel ve özgün renk

IV. MARKA HAKKININ KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEMELER

A. ULUSAL DÜZENLEME

Ülkemizde Marka Hukuku ile ilgili ilk hukuki düzenleme 1872 tarihli Nizamname'dir. Ancak bu Nizamname 28 Nisan 1888 tarihli "Fabrikalar Mamülatıyla Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname" (kısa adıyla "Alameti Farika Nizamnamesi") ile yürürlükten kaldırılmıştır. Her iki nizamnamenin kaynağı da 1857 tarihli Fransız Kanunu'dur⁷³.

Alameti Farika Nizamnamesi, Cumhuriyetin kurulmasından sonra da yürürlükte kalmış ve 3 Mart 1965 tarihinde kabul edilen 551 sayılı Markalar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır. 1939 yılında değiştirilmiş olan İsviçre Kanunu'nda ilham alınarak hazırlanmış olan⁷⁴ 551 sayılı Markalar Kanunu, Türk Hukuku'nda markaları ayrıntılı ve modern bir şekilde düzenleyen temel bir Kanundur⁷⁵.

551 sayılı Markalar Kanunu, 1995 yılında kabul edilen 4113 sayılı Yetki Kanunu'na istinaden Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname⁷⁶ ile ceza hükümleri (md. 51-53) hariç olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak daha sonra 4128 sayılı Kanun⁷⁷ ile 556 sayılı KHK'da değişiklik yapılarak, 61. maddeden sonra 61/A maddesi eklenerek cezai hükümler getirilmiş ve 551 sayılı Markalar Kanunu tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.

ve şekil kompozisyonu içinde verilmiş bu nedenle de öne çıkıp ayırt edici özellik kazanmış ve oluşan bu genel marka şekli kabul ve tescile değer hale gelmiştir..." (Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 133-137).

⁷³ Arseven, **a.g.e.**, s. 4.

⁷⁴ Ayşe Nur Berzek, **Fikri ve Sınâî Hukuk Mevzuatı**, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2004, s. 237.

⁷⁵ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 6.

⁷⁶ RG. 27.06.1995, S. 22326.

⁷⁷ RG. 07.11.1995, S. 22456.

556 sayılı KHK'nın mehzasını büyük ölçüde Avrupa Topluluğu'nun, "Ticaret Markalarına İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Dair Birinci 89/104 sayılı Konsey Yönergesi" oluşturmaktadır. Ayrıca KHK'nın hazırlanmasında "Topluluk Markası Hakkında 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü"nden de önemli ölçüde yararlanılmıştır⁷⁸.

556 sayılı KHK'nın yanı sıra "556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik" de 05.11.1995 tarih ve 22454 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Ancak söz konusu Yönetmelik 09.04.2005 tarih ve 25781 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanmasına Dair Yönetmelik" in yürürlüğe girmesi ile kaldırılmıştır. Marka ile ilgili tescil, lisans, devir gibi işlemleri yapma yetkisi ise 06.11.2003 tarihli ve 5000 sayılı "Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun" ile Türk Patent Enstitüsü bünyesindeki Markalar Dairesi Başkanlığı'na verilmiştir⁷⁹. Bunların dışında 14.04.1995 tarih ve 22258 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği" ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan ve periyodik olarak güncellenen "Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmet Sınıflandırmasına İlişkin Tebliğ" de Marka Hukuku'nun ulusal kaynakları arasında sayılmaktadır.

B. ULUSLARARASI DÜZENLEME

Marka Hukukunu düzenleyen ve Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası anlaşma bulunmaktadır. Bu anlaşmalar sonucunda taraf devletler, kendi iç mevzuatlarını uluslararası düzenlemelerle uyumlu hale getirmek gibi bir sorumluluğun altına girdiğinden, Marka Hukukunun tüm dünyada yeknesak kurallarla koruma altına alınması amaçlanmıştır.

⁷⁸ Arkan, **Marka Hukuku**, C.1, s. 5; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 360; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 8.

⁷⁹ TPE'nin kurulması, 544 sayılı Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir (RG. 05.11.1994, S. 21970). Kararname 5000 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir.

Uluslararası anlaşmaların ulusal mevzuat bakımından ne denli önemli olduğunu 556 sayılı KHK'nın 3. ve 4. maddelerinden anlamak mümkündür. Zira KHK'nın "Korumadan Yararlanacak Kişiler" başlığını taşıyan 3. maddesinde; *"Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin öngördüğü koruma; Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgâhı olan veya sınaî veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişilerce veya Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişilerce elde edilir. Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamına girmemekle beraber, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye'de marka korunmasından aynı şekilde yararlanır."* düzenlemesi yer almaktadır. Ayrıca uluslararası anlaşmaların öncelikle uygulanmasını düzenleyen 4. maddede de Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşma hükümlerinin 556 sayılı KHK hükümlerinden daha elverişli olması halinde, 3. maddede belirtilen kişilerin, elverişli hükümlerin uygulanmasını talep etme hakkına sahip olacağı açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bu hükümler ile Türk vatandaşlarına da uluslararası anlaşma hükümlerinden faydalanma imkânı tanınarak uluslararası anlaşmaların Türk Hukuku bakımından daha yaygın uygulama alanı bulması sağlanmıştır.

Marka Hukukuna ilişkin bazı uluslararası anlaşmalara aşağıda kısaca yer verilecektir.

1. Sınaî Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu)

Yalnızca markaların değil, sınaî hakların da uluslararası düzeyde korunmasını sağlamak amacıyla hazırlanan ve imzalanan en eski düzenleme olarak karşımıza çıkan Paris Sözleşmesi'nde ticaret ve hizmet markalarından başka patentler, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller, menşe adları, mahreç işaretleri, haksız rekabetin önlenmesi ile ilgili hususlar düzenlenmiştir. Paris Anlaşması ile anlaşmaya taraf olan ülkeler, sınaî mülkiyetin korunması konusunda birlik oluşturmuşlardır. Buna göre birlik ülkelerinin

vatandaşları, diğer bütün birlik ülkelerinden sınaî mülkiyetin korunmasıyla ilgili kanunların vatandaşlara tanıdığı veya ileride tanıyacağı menfaatlerden, bu anlaşma ile ayrıca öngörölmüş haklara zarar vermemek şartıyla yararlanabileceklerdir (Paris Sözleşmesi madde 2).

İlk kez 20 Mart 1883 tarihinde imzalanan anlaşma ilerleyen yıllarda birçok kez tadil edilmiştir⁸⁰. Türkiye ise anlaşmaya ilk kez 10 Kasım 1925 tarihinde katılmış olup, sözleşmenin bu tarihten sonraki diğer tüm tadillerini de imzalamıştır⁸¹.

2. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO: World Intellectual Property Organisation) Kuruluş Sözleşmesi

14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm’de imzalanan sözleşmeyle birlikte Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü kurulmuştur. Sınaî mülkiyet hakları ve telif hakları ile ilgilenen WIPO’nun temel amacı; üye devletlerin katkılarıyla bütün dünyada fikri mülkiyetin korunmasını teşvik etmek, bunun için ilgili diğer örgütlerle işbirliği yapmak ve fikri mülkiyet birlikleri arasında idari işbirliğini sağlamaktır. Bu amaçlar doğrultusunda WIPO uluslararası anlaşmaların düzenlenmesini, ulusal düzenlemelerin çağdaş hale getirilmesini, gelişmekte olan ülkelere teknik yardım sağlanmasını, buluşlar, markalar ve endüstriyel tasarımların değişik ülkelerde korunmasını kolaylaştıran hizmetlerin verilmesini ve üye ülkeler arasında idari işbirliğini teşvik etmeyi üstlenmiş bulunmaktadır^{82 83}.

⁸⁰ 14 Aralık 1900’de Brüksel’de, 2 Haziran 1911 tarihinde Washington’da, 6 Kasım 1925 tarihinde La Haye’de, 2 Haziran 1934 tarihinde Londra’da, 31 Ekim 1958 tarihinde Lizbon’da, 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm’de olmak üzere 6 kez tadil edilmiştir.

⁸¹ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 361.

⁸² Erdoğan Karahmet, “Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmalar”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 5-6.

⁸³ Türkiye bu anlaşmaya 19.11.1975 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 14.08.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır.

3. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Propety Rights)

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın⁸⁴ bir eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS), markalar konusunda uluslararası alandaki en önemli gelişmelerden biri olmuştur. TRIPS ile sınaî ve edebi mülkiyet ayrımı ortadan kalkmış ve fikri mülkiyet kavramına geniş bir kapsam tanınmıştır⁸⁵.

Dünya Ticaret Örgütü üyesi olan tüm ülkeler bu sözleşmenin de otomatik olarak tarafı durumundadır⁸⁶. Anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri azaltmak, özellikle sanayileşmiş ülkelerin uluslararası düzeyde ticareti ve sınaî mülkiyet haklarının yeterli ve etkin korunmasını, ulusal ve uluslararası icra mekanizmalarının kurulmasını sağlamaktır⁸⁷.

TRIPS anlaşmasında Paris Sözleşmesi'ne de atıf yapılmıştır. Anlaşmanın 2. maddesinde TRIPS'e üye tüm devletlerin Paris Sözleşmesi'nin 1967 yılındaki metninin 1 ila 12. maddeleri ile 19. maddesine uymakla yükümlü oldukları ve TRIPS'de yer alan hükümlerin, üye devletlerin Paris Sözleşmesi ile üstlendikleri yükümlülüklerini ihlal etmeyeceği belirtilmiştir. Bu hükme göre TRIPS'e taraf olan ancak Paris Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir ülke için de Paris Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁸⁴ 1948 yılında yürürlüğe girerek yıllarca süren görüşmelerle şekillenen ve 1993 tarihinde üzerinde anlaşmaya varılan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT), Uruguay Round görüşmeleri sonucunda yeni konuların da eklenmesiyle Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması olarak değişikliğe uğramıştır. (Ayşe Karanfil, "Dünya Ticaret Örgütü 4. Bankalar Konferansı ve Fikri Mülkiyet Hakları", **TPE Bülteni**, Yıl 1, Sayı 2, Ankara, 2002 s. 21.)

⁸⁵ Meran, **a.g.e.**, s. 21.

⁸⁶ Türkiye, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nı 26.01.1995 tarihinde 4067 sayılı Kanunla onaylamıştır. Anlaşmanın eki olan TRIPS'de yer alan markalar ile ilgili hükümleri iç hukukuna yansıtmakla yükümlü olan Türkiye, bu yükümlülüğünü 556 sayılı KHK ile yerine getirmiştir. Bkz. Uğur Yalçın, "Türkiyede Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Getirdikleri", **Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları -3-, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri**, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 1995/39, İstanbul, 1995, s. 62-63.

⁸⁷ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 8.

4. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ile İlgili Protokol

01.12.1995 tarihinde imzalanarak yürürlüğe giren Madrid Anlaşması'na ilişkin Protokol, mevcut Madrid Anlaşması'na⁸⁸ yeni özellikler eklenerek hazırlanmıştır. Madrid Anlaşması'na göre üye devletlerden birinde tescil edilen markanın, WIPO'ya bildirilerek tescilinin yapılması ve ancak bu suretle diğer üye devletlerde markanın korunması sağlanmakta iken Madrid Protokolü önce üye devlet nezdinde marka tescilini öngören sistemi değiştirerek uluslar arası tescil için yetkili ulusal makama marka tescil başvurusunun yapılmasını yeterli görmüştür⁸⁹.

Madrid Anlaşması'na üye olmayan ülkelerin Madrid Protokolü'ne üye olması ile uluslararası marka tescilinde bütünlük sağlanması amaçlanmaktadır⁹⁰. Ayrıca Protokol sadece devletlerin değil, uluslararası örgütlerin de katılımına açıktır⁹¹.

5. Marka Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması

İlk kez 15 Haziran 1957 tarihinde imzalanan Nice Anlaşması, 14 Temmuz 1967'de Stockholm'de, 13 Mayıs 1977'de Cenevre'de gözden geçirilerek 2 Ekim 1979 tarihinde son şeklini almıştır. Nice Anlaşması'na göre; taraf ülkeler arasında bir birlik oluşturulacak ve markaların tescil amaçlarına yönelik olarak ortak bir sınıflandırma sistemi kurulacaktır (madde 1). Bu durum hem başvuru sahipleri için hem de tescil işlerini yürüten ofisler için büyük kolaylık sağlamaktadır. Örneğin, marka başvuru sahibi kendi ülkesinde 8. sınıftaki mal veya hizmet grubu için yaptığı başvuruyu sözleşmeye taraf diğer ülkelerde de tescil ettirmek istediğinde yine 8. sınıf için

⁸⁸ Türkiye, markaların uluslararası tescili ile ilgili hususları düzenleyen ve 14.04.1891 yılında imzalanarak yürürlüğe giren Madrid Anlaşması'na 1925 yılında taraf olmuş; ancak 1955 yılında çekilmiştir. Madrid Protokolü'ne ise 05.08.1997 tarihinde taraf olmuştur.

⁸⁹ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 10.

⁹⁰ Karaahmet, **a.g.m.**, s. 9.

⁹¹ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 10.

başvuruda bulunacaktır. Nice sözleşmesi ile sözleşmeye taraf ülkeler açısından sınıflandırmada bir birlik sağlanmıştır.

Türkiye, Nice Anlaşması'na 13.08.1995 tarih ve 22373 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile katılmıştır.

6. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması

12 Haziran 1973 tarihinde Viyana'da hazırlanan ve 1 Ekim 1985'te tadil edilen Viyana Anlaşması, markaların şekilli elemanlarının uluslararası alanda sınıflandırılmasını tesis eden bir anlaşmadır. Viyana Anlaşması'nda, Nice Anlaşması'ndan farklı olarak markaların mal ve hizmetler için değil, markanın kendi üzerinde mevcut şekilli elemanlarının sınıflandırılması sağlanmıştır. Türkiye söz konusu anlaşmaya 13.08.1995 tarih ve 22373 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile katılmıştır.

7. Marka Kanunu Anlaşması

Marka Kanunu Anlaşması 27 Ekim 1994 yılında Cenevre'de yapılan diplomatik konferans ile kabul edilmiş olup, 1 Ağustos 1996 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise anlaşmaya 5118 sayılı uygun bulma Kanunu⁹² ile 07.04.2004 tarihinde katılmıştır.

Anlaşmanın amacı, marka başvurusu, tescil ve tescil sonrası ilgili ofislerce talep edilen belgeler ve işlemlerde uluslar arası uyumu sağlamaktır⁹³. Anlaşma sayesinde hem ilgili ofislerin dosya yükü hafifletmekte hem de başvuru sahipleri için belge tamamlama süreci ve masrafları azalmaktadır.

⁹² RG.14.04.2004, S. 25433.

⁹³ Karaahmet, a.g.m., s. 11.

V. MARKANIN FONKSİYONLARI

Markanın, malı veya hizmeti sunan kişi ile tüketici arasındaki bağ olduğu dikkate alınarak markaya çeşitli fonksiyonlar yüklenmiştir. Ancak ticari hayatta markanın öncelikli ve temel işlevi menşei belirtme ve ayırt etmedir⁹⁴.

Doktrinde markanın farklı fonksiyonlarına⁹⁵ rastlamak mümkün olmakla birlikte genel olarak markanın temel işlevleri şu şekilde sıralanabilir: Kaynak gösterme fonksiyonu, ayırt etme fonksiyonu, garanti fonksiyonu ve reklam fonksiyonu.

Aşağıda söz konusu fonksiyonların kısa açıklamalarına yer verilecektir.

A. KAYNAK GÖSTERME FONKSİYONU

Markanın kaynak gösterme fonksiyonu sayesinde bir mal veya hizmetin hangi teşebbüs tarafından üretildiği ya da pazarlandığı tüketiciler tarafından bilinir.

Doktrinde markanın bu işlevinin eski önemini kaybettiği kabul edilmektedir⁹⁶. Bunun nedeni ise günümüzde artık lisanslı üretimin ve franchising usulünün yaygınlaşmasıyla mal veya hizmetin tüketici tarafından kime ait olduğunun anlaşılabilmesidir.

⁹⁴ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 58.

⁹⁵ OMAĞ, markanın bu dört fonksiyonuna ek olarak markanın “rekabet yaratma”, “sorumluluk doğurma”, “dağıtım sağlama”, “pazarları geliştirme” fonksiyonlarının da bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Merih Kemal Omağ, “Marka Hukuku ve Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Koruması”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 6, S. 1-3, Ocak-Aralık 1991, s. 8.

⁹⁶ Arseven, **a.g.e.**, s. 7; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356, Arkan, **Marka Hukuku**, C 1, s.1; Aksi yönde görüş için bkz. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 59-60.

Ancak tanınmış markalarda durum biraz daha farklıdır. Tanınmış marka bizzat teşebbüsü işaret ettiğinden⁹⁷ dolayı tüketicinin kaliteye gösterdiği güven, tanınmış markaya ve onun belirttiği teşebbüse güvenden gelmektedir⁹⁸.

B. AYIRT ETME FONKSİYONU

Ticari hayattaki gelişmeler markanın işlevlerini ve önem sıralarını ciddi biçimde etkilemekle birlikte ayırt etme fonksiyonu bu süreç içinde önemini korumuştur. Markanın asli fonksiyonu olan ayırt edicilik, pazarda bir malı veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye hizmet eden, mal ve hizmete kişilik kazandıran, o mal ve hizmete bir ad veren en temel unsurdur⁹⁹. Ayırt edicilik hukuken de 556 sayılı KHK'da ayrıntılı olarak korunan bir işlevdir¹⁰⁰.

C. GARANTİ FONKSİYONU

Marka, alıcıya malın veya hizmetin belirli bir kaliteye sahip olduğu güvencesini verir. Bu nedenle alıcıda aynı markalı mal veya hizmetin her zaman için aynı kalitede olacağı kanaati oluşur. Markanın garanti işlevi, bir teşebbüsün bir marka altında tanıttığı ve güven sağladığı markasını başka bir malında da kullanmasını sağlar¹⁰¹. Örneğin, ÜLKER markalı bisküvi, çikolata ve gofretler alıcıda belirli bir güven oluşturduğundan ÜLKER markalı BABY STAR çocuk bezi de alıcıda ÜLKER markasına olan güvenden dolayı bu ürüne karşı da bir güven oluşturmuştur. ÜLKER gıda sektöründe oluşturduğu

⁹⁷ Michel Jatton, **La Protection Des Marques De Haute Renommee**, Lausanne, 1961, s. 27 (Remzi Tamer Pekdinçer, **Marka Hakkı ve Koruması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2001, s.55'ten naklen).

⁹⁸ Öçal, **a.g.e.**, s. 17.

⁹⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356.

¹⁰⁰ Bkz. 556 sayılı KHK md. 5, 7/I, 8/I.

¹⁰¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356.

imajı piyasaya sürdüğü çocuk bezinde de kullanarak çocuk bezinin de tıpkı diğer ÜLKER ürünleri gibi kaliteli olduğunu garanti etmiştir. Zira ürünün arkasında da “ÜLKER kalitesi ile üretilmiştir” ibaresine yer verilmiştir.

Markanın garanti fonksiyonu 556 sayılı KHK’da doğrudan düzenlenmemiştir. Ancak bu durum markanın hukuki açıdan malın kalitesini garanti etme fonksiyonunun olmadığı anlamına gelmez¹⁰². Nitekim 556 sayılı KHK’da bu fonksiyona ilişkin dolaylı hükümler mevcuttur¹⁰³.

D. REKLAM FONKSİYONU

Markanın reklam işlevi ile kastedilen seçilen marka ile pazarın etkilenmesidir¹⁰⁴. Reklam hem marka sahibine pazarda yer sağlar hem de tüketiciyi ürün ya da hizmet hakkında bilgilendirir. Tüketici malı veya hizmeti marka aracılığı ile tanır. Markanın reklam ve garanti fonksiyonu ile de markanın tanınmışlık düzeyi yükselir¹⁰⁵. Marka tanındıkça güçlenir ve bu da pazarda adeta bir reklam etkisi yaratır¹⁰⁶.

556 sayılı KHK’da tanınmışlık düzeyi yüksek bir markanın sahip olduğu reklam fonksiyonunu koruyucu düzenlemeye de yer verilmiştir. KHK md. 8/4 uyarınca, marka sahibi, markasının toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markasının itibarının zarara uğramasının söz konusu olabileceği durumlarda markanın farklı bir mal ya da hizmet için tesciline dahi itiraz edebilir.

¹⁰² Aksi yönde görüş için bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1. s. 38-39.

¹⁰³ 556 sayılı KHK’nın 13/2, 21/8 ve 54. maddelerinde marka sahibine markanın garanti fonksiyonunu koruma imkânı tanınmıştır.

¹⁰⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356.

¹⁰⁵ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 61.

¹⁰⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 356.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ

I. GENEL OLARAK

Tescilli marka hakkının ihlalden söz edilebilmesi için öncelikle markanın koruma süresinin dolmaması ve markanın bir başkası tarafından kullanımının da kanuna veya sözleşmeye dayanmaması gerekmektedir¹. Aksi takdirde kullanım marka hakkının ihlali niteliğinde olan tecavüz fiilini oluşturmayacaktır. Örneğin, kişi markanın aynısını ya da benzerini kanuni bir hakka² ya da aralarındaki bir lisans sözleşmesine dayanarak sözleşmedeki hükümlere uygun olarak kullanıyorsa marka hakkına tecavüz fiili söz konusu olmayacaktır.

Marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde dört bent halinde düzenlenmiştir³. Buna göre; marka tescilinden doğan hakların ihlali, markanın taklit edilmesi, markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde taklit markalı ürünleri ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari

¹ Bkz. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 263.

² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda davacı vekili, davalının, müvekkilinin marka olarak tescil ettirdiği "Uludağ Kebapçısı ve Uludağ Et Lokantası" ibareleriyle iltibas yaratacak şekilde işyeri unvanında "Uludağ Kebap Pide Salonu" ibaresini kullandığını ileri sürerek, markaya tecavüzün tespit ve men'i ile maddi ve manevi tazminat istemli dava açmıştır. Mahkemece davalının, davacı markasına vaki tecavüzünün men'ine, maddi ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Yargıtay ise **davalının ticaret unvanının tescilli olduğundan hukuken var olan bir hakkının, davacı tarafından fiilen kullanılmasının engellenemeyeceğini**, davacının davalı unvanında yer alan "Uludağ Kebap" ibaresinin unvandan terkinini istemeden tazminat hakkı doğmayacağından Yerel Mahkeme kararının davalı yararına bozulmasına oybirliği ile karar vermiştir. (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.03.2004 T., 2003/8486 E., 2004/2848 K., Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 471-473).

³ Marka hakkına tecavüz fiillerine iştirak, yardım, teşvik yahut bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak fiilleri ile taklit markayı taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınma fiilleri 5833 sayılı Kanun ile birlikte KHK'nın 61. maddesinden çıkartılmıştır. Böylece bu fiiller marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller kapsamından çıkmıştır.

amaçla elde bulundurmak ve lisans yoluyla verilen hakları izinsiz olarak genişletmek ya da üçüncü kişilere devretmek tescilli marka hakkının ihlalini oluşturacaktır.

Aşağıda 556 sayılı KHK kapsamında tescilli marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller) ayrı ayrı ele alınacaktır.

II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDEN FİİLLER

A. MADDE 9'A AYKIRILIK HALLERİ

Marka hakkının ihlalini düzenleyen 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde ilk tecavüz hali olarak KHK'nın 9. maddesinin ihlali gösterilmiştir. Marka tescilinden doğan hakların koruma kapsamını gösteren KHK'nın 9. maddesinde ise markanın "*haksız kullanım modelleri*" ve "*haksız kullanım şekilleri*" sayılmıştır⁴.

Maddede sayılan "*haksız kullanım modelleri*" şunlardır:

- a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,
- b) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal ve/veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal ve/veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından, işaret ile tescilli marka arasında ilişkilendirilme ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması,
- c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye'de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.

⁴ Bu ayırım Tekinalp tarafından yapılmıştır. Bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 404-405.

Maddedeki “*haksız kullanım şekilleri*” ise şu şekilde sıralanmıştır:

- a) İşaretin mal ve ambalaj üzerine konulması,
- b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi,
- c) İşareti taşıyan malın piyasaya sürme amacıyla depo edilmesi,
- d) İşareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi,
- e) İşaret altında hizmet sunulması veya sağlanması,
- f) İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması,
- g) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması,
- h) İşaretin internet ortamında kullanılması.

Maddede sayılan haksız kullanım şekillerinden herhangi biri ile haksız kullanım modellerinden herhangi biri marka hakkı sahibinin izni olmaksızın gerçekleştirilirse 556 sayılı KHK'nın 61/(a) hükmü ihlal edilerek marka hakkına tecavüz fiili gerçekleşmiş olacaktır⁵.

KHK'nın 9. maddesinin birinci fıkrasında sayılan haksız kullanım modellerinin tahdidi olduğu, ikinci fıkrasında sayılan haksız kullanım şekillerinin ise tahdidi olmayıp, örnek kabilinden olduğu kabul edilmektedir⁶.

⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 404.

⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 211; Kutlu Oytaç, **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**, 2. Bası, Nobel Kitabevi, 2002, s. 178; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 426. SARAÇ ise md. 9/2 hükmünün de tahdidi nitelikte olduğunu kabul etmektedir. (Bkz. Tahir Saraç, “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur Mu?”, **BATİDER**, C. 24, S. 2, 2007, s. 452.)

Aşağıda 9. maddede sayılan haksız kullanım modelleri ve haksız kullanım şekilleri incelenecektir

1. Haksız Kullanım Modelleri

a. İktibas Suretiyle Marka Hakkının İhlali (Md. 9/1.(a))

Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın **aynen** kullanılması iktibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiilini oluşturur ⁷.

556 sayılı KHK'nın 9/1.(a) hükmünde “*markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması*” marka hakkına tecavüz hali olarak düzenlenmiştir. Örneğin, bir saç düzleştiricisi için tescil edilmiş ya da tescil başvurusu yapılmış olan bir markanın aynısının yine saç düzleştiricisi için haksız olarak kullanılması, bu madde kapsamında bir tecavüz fiilini oluşturur.

Sözlük anlamı “aktarmak, ödünç almak” olan iktibas⁸, madde metninde de belirtildiği gibi “*tescilli markayla aynı işaretin tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle ilgili olarak izinsiz kullanılması*” anlamına gelmektedir⁹. İktibas halinde başkasının sahip olduğu marka hiçbir değişiklik yapılmadan aynen kopyalanarak kullanılmaktadır. İktibas hali açık ve kesin bir marka hakkına tecavüz fiili teşkil ettiğinden sık başvurulan bir tecavüz şekli değildir¹⁰. Buna daha çok marka üzerinde karşılıklı hak iddialarının bulunduğu durumlarda¹¹ ve belirli emtia için kullanılan bir

⁷ Konuyla ilgili kaynaklarda “*iktibas*” kavramı yerine “*markanın aynen kullanılması*” ya da “*markanın taklit edilerek kullanılması*” kavramları da kullanılmaktadır.

⁸ Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, “Büyük Türkçe Sözlük”, www.tdk.gov.tr

⁹ Tanınmış markalarda ise durum daha farklıdır; zira tanınmış markalar için aynı işaretin tescil kapsamı dışındaki mal ve hizmetler için kullanılması da iktibası meydana getirecektir.

¹⁰ Arseven **a.g.e.**, s. 136-147.

¹¹ “ ... Davacı vekili müvekkilinin mobilya sektöründe faaliyet gösterdiğini, “Seray” markasını 1986'dan beri ürünlerinde, 1990 yılından bu yana da aynı zamanda ticaret unvanında kullandığını, davalının da aynı alanda faaliyet gösterdiğini, “Seray” ibaresini ticaret unvanında ve tanıtma evraklarında kullanarak haksız rekabette bulunduğunu, aleyhlerine yapılan tespit sonrasında “Seray” markasını tescil

markanın başka kişiler tarafından farklı türdeki emtia için kullanılması durumlarında¹² karşılaşılır¹³.

İktibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiili ayrıca 556 sayılı KHK md.7/1.(b)'de mutlak ret sebebi olarak, md.8/1.(a)'da ise nispi ret sebebi olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla tescilli bir markayla iktibas oluşturabilecek bir markanın tescil başvurusu aşamasında dahi tespiti hâlinde tescil edilmesi önlenmektedir.

b. İltibas Suretiyle Marka Hakkının İhlali (Md. 9/1.(b))

İltibas sözlük anlamıyla “birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması” anlamına gelmektedir¹⁴. Marka Hukuku anlamında ise iltibas kavramı, KHK'nın 9/1.(b) hükmünde de belirtildiği gibi tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması halidir¹⁵. Bu madde ile marka sahibinin tescilli markası, iltibasa neden olabilecek işaretlere karşı koruma altına alınmıştır.

için başvurduğunu öğrendiklerini... iltibasa neden olduğunu iddia ederek, davalının haksız rekabet yaptığının tespit ve menine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Davalı vekili iddiaların yersiz olduğunu, haksız rekabetin hiçbir unsurunun bulunmadığını... savunarak davanın reddini istemiştir... Mahkemece... davanın kabulüne... karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 12.02.2004 T., 2003/6316 E., 2004/1183K, www.kazanci.com.tr).

¹² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin önüne gelen bir olayda, davacı “Davidoff” markasını Türkiye’de tescil ettirdiğini, davalının da kötüniyetle ve davacının markasının ulaştığı haklı şöhretten yararlanabilmek amacıyla **aynı markayı** yine Türkiye’de tescil ettirip haksız rekabet yarattığını ileri sürerek haksız rekabetin men’ini ve davalı markasının sicilden terkinini talep etmiştir. Mahkemece dava reddedilmiştir. Yargıtay ise davacının söz konusu markayı davalıdan çok daha evvel meşhur hale getirdiğini göz önüne alarak, davalı markasının iptaline ve terkinine karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi sebebiyle Yerel Mahkeme kararını davacı yararına bozmuştur. (Bkz. Yargıtay 11 Hukuk Dairesi 14.06.1988 T, 1988/1918 E., 1988/3940 K., İrfan Dönmez, **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, 2. Bası, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 1992, s. 128-129).

¹³ Cengiz, **a.g.e.**, s. 6.

¹⁴ Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, “Güncel Türkçe Sözlük”, www.tdk.gov.tr .

¹⁵ Aynı markanın aynı mal ve/veya hizmetlerde kullanılması iltibasa değil; iktibasa sebebiyet vermektedir. Ancak madde metninin lafzından bu durumun bir iltibas hali taşıdığı anlamı çıkmaktadır.

İltibas suretiyle marka hakkının ihlali üç şekilde olabilmektedir:

1. Tescilli markayla **aynı** olan işaretin **benzer mal veya hizmetler** için kullanılması¹⁶,
2. Tescilli markayla **benzer** olan işaretin **aynı mal veya hizmetler** için kullanılması¹⁷,
3. Tescilli markayla **benzer** olan işaretin **benzer mal veya hizmetler** için kullanılması¹⁸

Ancak bu üç durumdan birinde iltibastan söz edebilmek için haksız kullanımın halk nezdinde tescilli marka ile tescilli olmayan marka olarak kullanılan işareti karıştırma ihtimalinin olması gerekmektedir. Dikkat edileceği gibi madde metninde de karıştırma ihtimalinin varlığını tespit etmek için ölçüt olarak “orta seviyedeki alıcı” kriteri esas alınmıştır. Ancak markayı taşıyan ürün orta seviyedeki halk kitlesine değil de yalnızca doktorlar, mühendisler ya da çocuklar gibi özel bir alıcı kitlesine hitap

¹⁶ BOSCH markasının, markanın tescil kapsamına giren malların ambalajında kullanılması hem TTK 57’ye göre haksız rekabet teşkil etmekte hem de KHK md. 61/(a) maddesine göre marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. (Hamdi Yasaman, **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları**, C. 1, Beta Yayınları, 2004, s. 169-174).

¹⁷ “...Davacının markası "**PORT**" olup, **25.sınıf emtialar** için tescil edilmiştir. Davalının markası ise "**İTERPORT**" olup yine, **25.sınıf emtialar** için tescil edilmiştir. Markalardaki kök kelime "**PORT**" ibaresi olup, her iki markada da "**PORT**" ibaresi müşterektir. Bu sözcüğün ise, davacının önceden tescilli markası ile yazılış, okunuş, görsel ve fonetik yönlerden orta seviyedeki insanlar bakımından iltibasa meydana verecek derecede benzer olduğu, davalının, sırf davacının markasından istifadeye yönelik olarak bu sözcüğü tercih ettiği anlaşılmaktadır. Davalının markasındaki mevcut eklentinin başlı başına ayırdedicilik vasfının da olmadığı anlaşılmaktadır.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05.05.2003 T., 2002/12018 E., 2003/4432 K., www.kazanci.com.tr).

¹⁸ “ ... Davacı vekili, müvekkili adına tescilli “**VİTRA**” markasının, davalı tarafından pazarlanan cam tuğlalarda “**VİTRABLOK**” olarak kullanılmak suretiyle iltibas yarattığını ileri sürerek haksız rekabetin tespiti ve men’ini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili... emtiaların farklı olduğunu arada iltibas bulunmadığını ve haksız rekabet durumunun oluşmadığını savunarak davanın reddini istemiştir... Mahkemece... markanın yazılışı ve dizayn bakımından doğrudan benzerlik bulunmadığı, davacının markasını kullandığı emtia ile davalı emtiasının benzer olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.03.1998 T., 1997/8665 E., 1998/1705K., www.kazanci.com.tr).

ediyor ise markalar arasında iltibasın tespitinde bu tüketici grubunun dikkate alınması gerekir¹⁹. Örneğin, reçete ile satılması zorunlu olan ilaç markaları arasında iltibasın varlığının tespiti için o ilacı kullanan tüketiciler değil, doktorlar ve eczacılar ölçüt olarak dikkate alınmalıdır²⁰. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de önüne gelen bir olayda “... *tarafların piyasaya sürdükleri gofretin ambalaj biçimi ve marka adları ile bu markaların yazılışını, renk, ebat ve ağırlık olarak nasıl kullanıldıkları, tüketicilerin kimler olduğu ve küçük yaştaki tüketiciler ile normal tüketiciler arasında herhangi bir ayırım yapıp yapılmayacağını...*”²¹ belirterek, davaya konu ürün gofret olduğunda, iltibasın varlığının saptanmasında küçük çocukların dahi esas alınabileceğini vurgulamıştır.

Kullanılan işaretin halk nezdinde tescilli marka ile karıştırma ihtimalinin olup olmadığının tespitinin her somut olaya göre ayrı ayrı incelenmesi gerekir²². Karıştırma ihtimalinin tespitinde markaları aynı anda gören ve farklılıkları seçebilmek için yeterli zamanı olan alıcı değil; markaları aynı anda göz önünde bulunduramayan ancak daha önceki kullanımları dolayısı ile karşılaştırma yapabilen alıcılar dikkate alınmalıdır²³. Teknik bilgi ve toplumsal araştırma gereken bu inceleme nedeniyle mahkemeler, iltibasın varlığının tespiti için bilirkişi incelemesini gerekli görmektedir²⁴.

¹⁹ Bkz. Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 1: 1989-1991, İstanbul, 1992, Mütalaa 5, s. 34 ve Mütalaa 12, s. 117-119; Arseven, **a.g.e.**, s. 146; Sami Karahan, “Markalarda İltibas”, **SÜHFD**, C. 3, Konya, 1995, s. 228.

²⁰ Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 12, s. 119-120; Öçal, **a.g.e.**, s. 122-123; Arseven, **a.g.e.**, s. 146.

²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.03.1985 T., 1985/887 E., 1985/1265 K., Gönen Eriş, **Açıklamalı-İçtihatlı, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, C.1, Ankara, 1987, s. 398-399.

²² Cengiz, **a.g.e.**, s. 7.

²³ Karahan, **İltibas**, s. 227; Arseven, **a.g.e.**, s. 144.

“...iki markanın birbiriyle karıştırılıp karıştırılmayacağı meselesinin çözümü konusunda, kullanılan kelimelerin sesi, görünüşü ve anlamı önem taşır; ancak bu unsurları değerlendirirken her iki markayı aynı anda önlerinde bulunduramayan alıcılardan beklenebilecek dikkat derecesini göz önünde tutmak gerekir...” İsviçre Federal Mahkemesi, 22.01.1935, JdT. 1935 I 409 (Kaniti, **a.g.m.**, s. 237’den naklen)

²⁴ “...Davacı vekili, müvekkilinin adına tescilli ‘He=She’ markası altında triko ürünleri ürettiği, davalının aynı ürünlerde davacı adına tescilli markayı kullandığını, davalının bu eyleminin müvekkilinin marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, müvekkili markasına yapılan tecavüzün durdurulmasına, sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalıya

İktibas suretiyle marka hakkı tecavüzünde, “aynen kullanma” söz konusu olduğundan alıcıların markaları karıştırdıkları hususunda bir kuşku yoktur²⁵. İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz halinde ise benzerlik söz konusu olduğundan, alıcıların benzer markaları karıştırıp karıştırmadığının tespiti teknik ve toplumsal bir araştırmayı gerektirdiğinden bilirkişi incelemesi yapılarak tespit edilecektir. Benzerliğin saptanmasında ise markaların tüketicide bütün olarak bıraktıkları genel izlenim dikkate alınmalıdır²⁶. Bununla birlikte orta seviyedeki alıcıların iki markanın farklı olduğunu anlamalarına rağmen söz konusu markaların sahiplerinin aynı olduğunu düşünmeleri halinde de markalar arasında iltibas tehlikesinin olduğu varsayılır²⁷.

İltibas suretiyle marka hakkına tecavüz uygulamada en çok karşılaşılan marka hakkı tecavüzüdür. Çünkü bu tecavüz türünde haksız kullanımı gerçekleştiren tarafın halk nezdinde karıştırılma ihtimalinin olmadığı savunmasını yapabilmesi olanağı vardır²⁸.

ait triko ürünü üzerinde kullanılan ürün etiketinin üst kısmında 'He&She' ibarelerinin kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, davacı markasını oluşturan işaret ile davalının ürünleri üzerinde kullandığı 'He&She' ibaresinin iltibas oluşturacak düzeyde benzer olup, olmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekir. Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle çözümün teknik bilgiyi gerektirdiği kabul edilmiş olup, raporun tanziminden sonra rapora itibar edilmeyerek, yeni bir bilirkişi raporu ya da ek rapor alınmadan hüküm tesisi, yasaya aykırıdır.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 29.03.2007 T., 2005/13779 E., 2007/4939 K., www.kazanci.com.tr).

²⁵ Karahan, “İltibas”, s. 226; Cengiz, **a.g.e.**, s. 9.

²⁶ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 461; Arseven, **a.g.e.**, s. 142; Teoman, **Kitap 1**, Mütalaa 5, s. 34 ve Mütalaa 12, s. 120; Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 2: 1986-1988, İstanbul, 1993, Mütalaa 28, s. 29; Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 4: 1982-1983, İstanbul, 1995, Mütalaa 129, s. 51 ve Mütalaa 131, s. 64.

“... diğer taraftan tescilli markanın siyah köşeli beyaz zeminli dörtgen içinde bir tek ova kelimesinden, tescilli istenen markanın ise yuvarlak bir şekil içinde Yeşilova ve ekstra kelimelerinden oluştuğu bu nedenle ilk bakışta aralarında bir benzerlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Markaların tescilinde münferit unsurlardan ziyade bir bütün olarak bıraktığı genel intibain nazara alınması kanun hükmü icabı olduğuna göre...”, (Danıştay 12. Daire, 29.02.1972 T., 1969/1433 E., 1972/633 K., Sağlam, **a.g.e.**, s. 48).

²⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s. 98; Sabih Arkan, “İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi”, **BATİDER**, C. 20, S. 2, Aralık/1999, s. 6; Karahan, **Hükümsüzlük**, s. 100; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 163.

²⁸ Ernst Hirsch, **Ticaret Hukuku Dersleri**, 8. Bası, Ankara, 1948, s. 160-161; Öçal, **a.g.e.**, s. 106; Arseven, **a.g.e.**, s. 140.

“...Davacı vekili, müvekkili adına tescilli "EFES", "EFES RAKI" ve birçok yüksek tanınırlık düzeyine erişmiş EFES markası ile iltibasa yol açan davalının "YENİ EFE" marka başvurusunun reddine

c. Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın veya Benzerinin Başka Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz (Md. 9/1.(c))

Haksız kullanım modellerinden üçüncüsü KHK'nın 9/1.(c) bendinde düzenlenen “*tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması*” halidir. Bu hüküm ile tanınmış markanın piyasada oluşturduğu itibarı, haksız olarak avantaj sağlayacak kişilere karşı korunmuştur.

5833 sayılı Kanun ile 556 sayılı KHK’da yapılan değişikliklerden biri de bu maddede yer almaktadır. Değişiklik ile birlikte madde metnine “*markanın Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi*” ibaresi eklenmiştir²⁹. Değişiklikten önceki metinde bu ibarenin olmaması nedeniyle doktrinde, eski metinde geçen “*tescilli markanın itibarı*” deyiminden tanınmış markanın kastedildiği dolaylı olarak kabul edilmekte idi³⁰. Yapılan değişiklikle bu belirsizlik sona erdirilmiştir.

Tanınmış markanın her somut olaya göre farklılık göstermesi ve önceden belirlenmiş kriterlere uymaması sebebiyle tanınmış markanın tanımına genellikle

karar verilmesini talep etmiştir. Mahkemece başvuru konusu işaret ile davacının tescilli markalarının aynı ya da benzer olmadığı, davacı markalarının kapsamında bulunan emtiaların 32. sınıfta "bira, malt ve bira mayası" davalı markasının kapsamında bulunan emtiaların 33. sınıfta "rakılar ve anasonlu içecekler" olup bira ve rakı tüketicisinin tercihini yaparken yanılmasının söz konusu olmadığı, ortalama alıcı kitlesinin markalar arasındaki biçimsel, anlamsal ve görsel, farklılık nedeniyle karıştırma ihtimali bulunmadığı gerekçesiyle...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 04.05.2006T., 2005/4782 E., 2006/5172 K., www.kazanci.com.tr).

²⁹ Değişiklikten önceki metin: “*Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescilli istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması.*”

³⁰ Bkz. Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 1, s. 491; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s. 124-125; Esin Çamlıbel-Taylan, **Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2001, s. 54.

kanunlarda rastlanmamaktadır³¹. Örneğin 556 sayılı KHK'da “*tanınmış marka*”³² ve “*markanın toplumda ulaştığı tanınırlık düzeyi*”³³ ibareleri yer almasına rağmen tanınmış markanın tanımı yapılmamıştır³⁴. Bu kavramın tanımı doktrine ve yargı kararlarına bırakılmıştır. POROY/YASAMAN’a³⁵ göre tanınmış marka; geniş ya da çok geniş halk kitleleri tarafından bilinen, o malın yalnızca alıcıları tarafından değil, bu mal ile ilgili olmayanlar tarafından da bilinmesi anlamına gelmektedir. ARKAN³⁶ tanınmış markayı, reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil, bu çevre dışında da bilinmesi şeklinde tanımlamıştır. NOMER³⁷, tanınmış markanın unsurlarını şu şekilde sıralamıştır:

- a) Markanın üstün bir ticari değere sahip olması,
- b) Markanın sahip olduğu reklam gücünün sadece kendi geleneksel mal ve hizmetlerin değil, başka mal ve hizmetlerin pazarlanmasına da elverişli olması,
- c) Markanın sadece kendi mal ve hizmetlerinin alıcıları tarafından değil, bunların dışında da geniş bir halk kitlesi tarafından da tanınması³⁸,
- d) Markanın aynısının piyasada kullanılmıyor olması³⁹.

³¹ Poroy/ Yasaman, **a.g.e.**, s. 388; Hamdi Yasaman, “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspat Sorunu”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1190.

³² KHK madde 7/1. i.

³³ KHK madde 8/4.

³⁴ Tanınmış marka bir üst kavram olup, tanınırlık düzeyi yüksek olan markayı da kapsamaktadır. (Kaya, **Marka Hukuku**, s. 118).

³⁵ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 388-389.

³⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 1, s. 93.

³⁷ N. Füsün Nomer, “Tanınmış Marka: Nike, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 24.03.1998 Tarihli Kararı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, s. 502.

³⁸ DİRİKKAN ise, doktrindeki yazarların aksine, markanın tanınırlığının belirlenmesinde markanın yalnızca hitap ettiği kitle tarafından bilinmesini yeterli görmüştür. (Dirikkan, **a.g.e.**, s. 125). YASAMAN da markanın tanınırlığının tespitinde “ilgili tüketici kitlesi”ni kriter olarak almıştır. (Yasaman, **Tanınmış Marka Kriterleri**, s. 1200).

Yargıtay da önüne gelen bir davada tanınmış markayı şu şekilde tanımlamıştır: *“Tanınmış marka bir kişi veya teşebbüse sıkı bir şekilde bağlı; garanti, kalite, kuvvetli reklam ve yaygın dağıtım içeren; müşteri, akraba, dost ve düşman ayırımı yapılmaksızın, coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan yüksek bir çağrışımdır”*⁴⁰.

Kanaatimizce de tanınmış markanın tanımı şu şekilde yapılabilir: Tanınmış marka, markanın kullanıldığı ürün ya da hizmetin hem o ürün ya da hizmetle ilgili olanlar hem de ilgisi olmayanlar tarafından herhangi bir hatırlatmaya ihtiyaç duymaksızın bilinmesidir⁴¹. Örneğin, ARÇELİK markası sadece beyaz eşya ile ilgilenenlerin değil, şimdiye kadar hiç beyaz eşya almamış olanların da bilgisi dahilindedir.

Markanın tanınmış olup olmadığı markanın özgünlüğü, piyasada teklik konumuna sahip olması, markanın kullanıldığı coğrafi alan, kullanım süresi, markanın kullanıldığı malın türü ve kalitesi gibi kriterler dikkate alınarak her somut olaya göre ayrı ayrı tespit edilmektedir⁴².

Madde metnine göre, tanınmış bir markanın aynısı veya benzerinin, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde veya bu mal veya hizmetlerden başka mal ve hizmetlerde kullanılması, markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız yarar sağlıyor veya bu sebepten dolayı tescilli markanın ayırt edici niteliği zarar görüyorsa marka

³⁹ Aksi yönde görüş için bkz. Dirikkan, **a.g.e.**, s. 100. Yazara göre tanınmış markanın diğer markalara oranla daha kapsamlı korunmasının nedeni markanın piyasada sahip olduğu teklik konumunun kaybının engellenmesi olmayıp; özel reklam gücünün zarar görmesinin ve istismarının önlenmesidir. Bu nedenle de markanın aynısının piyasada kullanılıyor olması o markanın tanınmış marka olma vasfını etkilemez. Biz de DİRİKKAN’ın bu görüşüne iştirak ediyoruz. Zira KHK md. 9/1.(c) hükmünden de anlaşıldığı gibi, tanınmış markanın korunmasının amacı markanın itibarından yararlanılarak haksız surette yarar elde edilmesinin ve markanın itibarının zarar görmesinin önlenmesidir.

⁴⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.03.1998 T., 1997/5647 E., 1998/1704 K. (Sami Karahan, “Alan Adı İle Diğer Tanıtma İşaretleri (Marka-Ticaret Unvanı ve İşletme Adı) Arasında İltibas- Somut Olay İncelemesi-”, **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2006, s. 125’ten naklen).

⁴¹ Tanınmış marka kavramı ve kriterleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dirikkan, **a.g.e.**, s. 85-155; Yasaman, **Tanınmış Marka Kriterleri**, s. 1189-1204; Yasaman, **Marka Hakkının Niteliği**, s. 151- 159; Nomer, **Tanınmış Marka**, s. 485-507.

⁴² Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 96; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 88-110, 116.

hakkı sahibi 9/1.(c) bendine dayanarak bu haksız kullanımın men edilmesini talep edebilecektir. Markanın ayırt edici niteliğinin zarar görmesi ise tüketicinin genellikle ikinci markanın kullanıldığı üründen memnun kalmaması ve bunu tanınmış markaya mal etmesi durumunda ortaya çıkar⁴³. Bu durumda tanınmış markanın itibarı zarar görecektir. Örneğin MERCEDES markasının otomotiv sektöründe değil de, izinsiz olarak, beyaz eşya sektöründe kullanılması halinde md. 9/1.(c) bendinin ihlali gündeme gelecektir. Çünkü alıcı güvendiği MERCEDES markasının artık beyaz eşya sektöründe de faaliyette bulunduğu zannına kapılacak ve tanınmış markayı bu şekilde kullanan kişi tanınmış markayı istismar ederek haksız bir yarar elde etmiş olacaktır. Ayrıca tüketicinin MERCEDES markalı beyaz eşyadan memnun kalmaması durumunda da tanınmış markanın itibarı zedelenecektir.

Belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda tanınmış markanın haksız olarak kullanıldığı ürün tanınmış markanın kullanıldığı üründen daha kaliteli ya da onunla eş kalitede olabilir. Böyle bir durumda her ne kadar tanınmış markanın itibarı istismar edilmiş olsa da itibarının zarar gördüğünden söz etmek mümkün olmayacaktır⁴⁴.

2. Haksız Kullanım Şekilleri

a. İşaretin Mal veya Ambalaj Üzerine Konulması (Md. 9/2.(a))

KHK md. 9/2.(a) hükmünde sayılan haksız kullanım şekillerinden ilki “*haksız işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması*”dır⁴⁵. Haksız işaretin⁴⁶ malın veya

⁴³ Oytaç, **a.g.e.**, s. 66-67.

⁴⁴ Bkz. Dirikkan, **a.g.e.**, s. 203-204.

⁴⁵ “... *Dava, davalının davacı Enstitü ile sözleşme akdolanmaksızın “TSE” markasını kullanmasından kaynaklanan tecavüzün önlenmesi... taleplerine ilişkindir. Türk Standartları Enstitüsü Belgelendirme Talimatı'nın 2.1. maddesine göre TSE markası, üzerine veya ambalajına konduğu malların ilgili Türk Standardına uygun olarak imal edilip piyasaya arz edildiklerini belirten ve Enstitü ile yapılacak bir sözleşme çerçevesinde kullanılabilen... monogramlar markasıdır. Davacı ile davalı arasında bu markaların kullanılması konusunda sözleşme olmadığından davalının eylemi, 556 sayılı KHK uyarınca (61. maddesi) marka hakkına tecavüz sayılan fiillerdendir...*” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 24.06.1999 T., 1999/3791 E., 1999/5701 K., www.kazanci.com).

ambalajın üzerine konulması söz konusu işaretin hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasına yol açar. Markayı mal veya ambalaj üzerine koymak marka sahibinin münhasır hakkıdır. Bu hakkın izinsiz olarak başkası tarafından kullanılması halinde ise KHK md. 9/2(a) hükmünün ihlali söz konusu olacaktır.

Bu madde anlamında marka hakkına tecavüzün gerçekleşebilmesi için tescilli marka ile aynı veya benzer işaretin üretilmesi yeterli olmayıp bu işaretin piyasaya sürülecek malın ya da ambalajın üzerine konulması gerekir. Ancak malın ayrıca piyasaya sürülmesi şart olmayıp, piyasaya sürülmesinin amaçlanması dahi yeterlidir⁴⁷. Zira malın piyasaya sürülmesi madde 9/2.(b) anlamında ayrı bir tecavüz hali olarak düzenlenmiştir.

İşaret mal veya ambalaj üzerine baskı, kabartma, kazıma, şekil verme, çizim ve benzeri yollarla konabilir⁴⁸. Önemli olan işaretin mal ile fiziksel bağlantısı olacak şekilde kullanılmasıdır⁴⁹. Orijinal ürünün ambalajının değiştirilerek yeni ambalaj üzerine orijinal markanın konulması da md 9/2.(a)'nın ihlalini oluşturacaktır⁵⁰.

b. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi (Md. 9/2.(b))

Bir diğer haksız kullanım şekli de “işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi”dir. Markanın mal üzerine konulmasından sonra bu malların piyasaya çıkarılıp çıkarılmayacağına, çıkarılması halinde bunun hangi koşullarla ve ne zaman yapılacağına karar verme yetkisi marka sahibine aittir. Marka hakkı sahibinin izni olmadan markayı taşıyan mal veya hizmetin bir başka kişi tarafından piyasaya sürülmesi, marka hakkına tecavüz fiilini oluşturur. Haksız markalı malın piyasaya sürülmesi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Örneğin, markayı taşıyan malların herhangi bir yerde satılması,

⁴⁶ Buradaki haksız işarettten kasıt tescilli markanın aynıysın ya da benzerinin olmasıdır. Ayrıca işaretin tescil kapsamına giren malların aynı ya da benzerleri için kullanılması ve bu nedenle iltibasa sebebiyet vermesi gerekmektedir. (Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 211, dpn. 10).

⁴⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 211-212.

⁴⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 415,416; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 261; Çamlıbel-Taylan, **a.g.e.**, s. 55.

⁴⁹ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 266.

⁵⁰ Çamlıbel-Taylan, **a.g.e.**, s. 212; Pekdinçer, **a.g.e.**, s. 146.

dağıtıcılara, bayilere verilmesi, kapıda satış yapılması, bir fuarda satışa konulması, bir kampanyanın konusu haline getirilmesi malın piyasaya sürülmesini ifade eder.

Marka hakkı sahibinin veya onun izniyle bir başkasının, markayı taşıyan malları kendisinin piyasaya sürmesinden sonra marka hakkı tükenmiş olur ve artık o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına marka veya lisans sahibinin müdahale etme hakkı KHK md. 13 dolayısıyla ortadan kalkar. Pek tabidir ki bu durumda bile marka sahibinin, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkı vardır (KHK md. 13/2).

c. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürme Amacıyla Stoklanması (Md. 9/2.(b))

Haksız işareti taşıyan malın “*piyasaya sürme amacıyla stoklanması*” da KHK md. 9/2.(b) anlamında marka hakkına tecavüz fiilini teşkil eder.

KHK md. 9/2.(b) bendinde de açıkça ifade edildiği gibi, işareti marka hakkına tecavüzün oluşabilmesi için haksız işareti taşıyan malın sadece stoklanması yeterli olmayacak; “*piyasaya sürme amacıyla*”⁵¹ stoklanmış olması aranacaktır. Yani kendi özel ihtiyaçları için haksız işareti elinde bulunduran kişinin bu hükme göre bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Tescilli markanın aynı veya benzeri olan işareti kendisi, mal üzerine koymamakla birlikte bu tür haksız işareti taşıyan malları piyasaya sürmek amacıyla elinde bulunduranın davranışı ise KHK md. 9/2.(b) hükmüne göre değil, ileride incelenecek olan md. 61/(c) hükmüne göre tecavüz fiilini oluşturur⁵².

⁵¹ “bu amaçla stoklama” deyiminin eleştirisi için bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 416.

⁵² Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 212

d. İşareti Taşıyan Malın Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi (Md. 9/2.(b))

556 sayılı KHK ile haksız işareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin “*teklif edilmesi*”⁵³ dahi marka hakkına tecavüz kabul edilerek marka hakkı sahibinin bunu yasaklayabileceği kabul edilmiştir. Teklifin mülkiyetin naklini temin için değil de yalnızca o mal üzerindeki kullanım hakkının devri halinde yapılmasında da yine bu madde kapsamında marka hakkına tecavüz fiilini oluşturacaktır⁵⁴. Hatta marka hakkı sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için teklif edilen malın üretilmiş olması şart olmayıp; sadece teklifi bile yeterli görülmüştür⁵⁵.

e. İşaret Altında Hizmet Sunulması veya Sağlanması(Md. 9/2.(b))

KHK md. 9/2.(b)’nin son kısmında haksız işaret altında aynı veya benzer hizmetin sunulması veya sağlanmasının haksız kullanım olup, marka hakkı sahibinin bu haksız kullanımı yasaklayabileceği ifade edilmiştir. Örneğin, bir kuaförün markası olan “*Parisli Cemil*” ambleminin bir başka kuaförün çalışanlarının kıyafetinde kullanılması marka hakkına tecavüzü oluşturacaktır.

f. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması (Md. 9/2.(c))

556 sayılı KHK’nın 9/2.(c) bendinde haksız işareti taşıyan malın ithali ve ihracı düzenlenmekte idi. Buna göre, markanın aynı ya da benzeri olan bir işareti taşıyan malın başkası tarafından ithali ya da ihracı marka hakkına tecavüz fiilini teşkil edeceğinden marka hakkı sahibinin haksız işareti taşıyan malın ithalini ya da ihracını yasaklama yetkisi bulunmakta idi.

⁵³ Bu anlamda “*teklif etme*” kavramı, işareti taşıyan malların mağaza vitrininde teşhirini de kapsar (icaba davet) ve bu itibarla “*icap*”tan daha geniş bir kavramı ifade eder. (Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 213).

⁵⁴ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 262.

⁵⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 416.

5833 sayılı Kanunla birlikte madde metninde yer alan “*işareti taşıyan malın ithali veya ihracı*” ifadesi yerine “*işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*” hükmü getirilmiştir. Madde metnine yapılan değişikliğin sonuçlarının daha iyi bir şekilde anlaşılabilmesi için söz konusu maddenin 4458 sayılı Gümrük Kanunu’nun⁵⁶ ilgili maddeleriyle birlikte incelenmesi gerekmektedir.

556 sayılı KHK’da haksız işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi hali marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu md. 2’ye göre “*gümrük bölgesi*” kavramı “*Türkiye Cumhuriyeti toprakları*”nı ifade etmektedir. Yani haksız işareti taşıyan bir malın Türkiye Cumhuriyeti topraklarına girmesi halinde 556 sayılı KHK’nın 9/2.(c) hükmü uyarınca marka hakkına tecavüz söz konusu olacaktır.

5833 sayılı Kanunla değişik 556 sayılı KHK’da haksız işareti taşıyan malın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması hali de marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu md. 3/14 hükmüne göre “*eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*” ifadesi ise haksız işareti taşıyan malın “*gümrük rejimine tabi tutulmasını*⁵⁷, *serbest bölgeye girmesini*⁵⁸, *Türkiye gümrük bölgesi dışına yeniden ihracını, imhasını ve gümrüğe terk edilmesini*” ifade eder.

Değişiklikten önce haksız işareti taşıyan malların transit geçişinin, yani ülke içinde piyasaya sürülmeden başka bir ülkeye taşınmasının, marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği hususunda kanunda bir açıklık bulunmamakta idi⁵⁹. Kanundaki

⁵⁶ R.G. 04.11.1999, S. 23866.

⁵⁷ 4458 sayılı Gümrük Kanunu md. 3/15 hükmüne göre “Gümrük rejimine tabi tutmak” kavramı; serbest dolaşıma giriş rejimini, transit rejimini, gümrük antrepo rejimini, dahilde işleme rejimini, gümrük kontrolü altında işleme rejimini, geçici ithalat rejimini, hariçte işleme rejimini ve ihracat rejimini kapsar.

⁵⁸ Serbest bölgeler; ülkede geçerli ticari, mali ve iktisadi alanlara ilişkin hukuki ve idari düzenlemelerin uygulanmadığı veya kısmen uygulandığı, sınaî ve ticari faaliyetler için daha geniş teşviklerin tanındığı ve fiziki olarak ülkenin diğer kısımlarından ayrılan yerler olarak tanımlanabilir. (www.dtm.gov.tr).

⁵⁹ ARKAN, KHK md. 9/2’de sayılan hallerin tahdidi nitelikte olmadığını kabul ettiğinden, markayı taşıyan malların transit geçişini de marka hakkına tecavüz olarak nitelendirmiştir. (Arkan, **Marka**

belirsizliğe rağmen yargı kararlarında haksız işareti taşıyan malların transit geçişi⁶⁰, serbest bölgelerde ticari amaçla elde bulundurulması⁶¹ marka hakkına tecavüz olarak

Hukuku, C.2, s. 214). KARAN, haksız kullanım şekillerinin 9. madde ile sınırlanmadığını dikkate alarak haksız markalı bir malın ithal veya ihracının yanında transit geçişinin de marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini ifade etmiştir. (Gülay Karan, “Transit veya Serbest Bölgedeki Sahte Eşyaya Tedbiren El Konulması ve Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası veya Ticaret Kanallarının Dışına Çıkarılması”, **FMR**, Yıl: 3, C. 3, S. 1, Ankara, 2003, s. 88 vd.). KARAN/KILIÇ ülkesi üzerinde hükümler bir devlet olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kendi ülke sınırları içerisinde haksız markanın bir mal veya ambalajı üzerine konulmasını engelleyebilme kudretini haiz olması gerektiğini ve haksız kullanım şekillerinin de md. 9/2 hükmü ile sınırlandırılmadığını gerekçe göstererek haksız markalı bir malın transit geçişi ve serbest bölgeye yerleştirilmesi hallerinin de marka hakkına tecavüz olduğunu kabul ederek bu durumun engellenmesi gerektiğini zikretmiştir. (Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 263-264). SARAÇ ise KHK md. 9/2’deki halleri tahdidi olarak kabul ettiğinden ve hükümde transit mallardan bahsedilmediğinden transit geçen malların marka hakkına tecavüz etmediği görüşündedir (Saraç, **a.g.m.**, s. 452-453).

⁶⁰ “.....Uyuşmazlık, serbest bölgede bulundurulup, transit mal olduğu iddia edilen taklit marka taşıyan malların marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır....ülkesellik prensibi bakımından serbest bölgelerin de ülke sınırları içinde olduğu ve bu bölgelerde faaliyet gösteren işletmeler bakımından ilgili yasada marka hakkının kullanılması ve korunması bakımından bir muafiyet tanınmadığı açıktır. Yine, 566 sayılı yasanın 9/II-c maddesinde marka hakkından doğan hakların kapsamı sayılırken, tescilli marka ile ilgili işareti taşıyan malın ithal ve ihracının yasaklanabileceği öngörüldüğü gibi, bu maddede sayılan tecavüz hallerinin sınırlı nitelikte olmadığı, marka sahibinin izni olmadan bu markayı taşıyan taklit malların transit geçişinin de markaya tecavüz teşkil edeceği doktrinde de kabul edilmektedir. (Bkz. Prof. Dr. Sabih Arkan, Marka Hukuku, Ankara,1998, Sh.213-214) Aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/c maddesi de markayı veya ayırt edilemeyecek derecede de benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gerekenlerin bu şekilde kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticari amaçla elde bulundurmanın da marka hakkına tecavüz oluşturduğunu öngörmektedir. ...Bütün bu açıklamalar ışığı altında, marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen sahte ürünleri **serbest bölgede ticari amaçla bulunduran davalının bu eyleminin suç teşkil ettiği ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun** değerlendirilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.02.2004 T., 2003/13968 E., 2004/1201 K., www.kazanci.com.tr).

⁶¹ “...Uyuşmazlık, serbest bölgeden getirtilip, davalının gümrük hattı dışı eşya satış mağazasında bulunan taklit marka taşıyan malların marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır. ... Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/c maddesi de markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gerekenlerin bu şekilde kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticari amaçla elde bulundurmanın da marka hakkına tecavüz oluşturduğunu öngörmektedir. Yine, aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 64/1 nci maddesine göre, marka taklit edilerek üretilen ürünü ticari amaçla elde bulunduran kişi ayrıca tazminat ödemekle de yükümlüdür. Uluslararası alanda taraf olduğumuz TRIPS Anlaşması'nın 41, 46, 50 nci maddeleri de taraf ülkelere marka hakkı ihlallerine neden olan malların hak sahiplerinin zarar görmesini engelleyecek şekilde ticaret kanalları dışına çıkarılması yükümlülüğü getirmektedir. O halde, mahkemece, yukarıda açıklamalar ışığı çerçevesinde, marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen ürünleri gümrük hattı dışı eşya satış mağazasında bulunduran davalının eylemi suç teşkil ettiği ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun değerlendirilerek, sonucuna göre karar verilmek gerekirken...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 17.02.2004 T. , 2003/5128 E., 2004/1432K., www.kazanci.com.tr).

kabul edilmişti. Değişiklikle birlikte bu belirsizlik ortadan kaldırılmış ve transit malların Türkiye Cumhuriyeti topraklarından geçişi de markaya tecavüz olarak kabul edilmiştir.

Özet olarak, 5833 sayılı Kanun değişikliği ile markanın koruma kapsamı daha da genişletilmiş ve sadece haksız işareti taşıyan malın ithali ve ihracı değil; Türkiye Cumhuriyeti topraklarına girmesi, haksız işaretli malın ülkeden transit geçişi, serbest bölgeye girmesi hatta imhası ve gümrüğe terk edilmesi bile marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla marka hakkı sahibi bu hallerden biriyle karşılaştığında tecavüzün önlenmesini talep edebilme imkânına kavuşmuştur.

g. İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakında ve Reklamlarında Kullanılması (Md. 9/2.(d))

Tescilli marka ile aynı veya benzer bir işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetlerle ilgili konuda faaliyette bulunan bir teşebbüsün “iş evrakında ve reklamlarında kullanılması” marka hakkına tecavüzü oluşturacağından, marka hakkı sahibi KHK md. 9/2.(d) bendi uyarınca bu haksız kullanımı engelleyebilir. Maddede iş evrakından kastedilen mektup, posta kartı, katalog, fiyat listeleri gibi yazılı kağıtlardır⁶². Reklamın ise yazılı olması şart olmayıp, radyo ve televizyon programlarında yer alan reklamlar da bu kapsamdadır.

Tecavüzün oluşması için iş evrakı ya da reklamlarda kullanılan işaretin marka hakkı sahibi ya da onun izni dışında bir başkasının kullanması yeterlidir. Bunun için işaretin üzerinde kullanıldığı malın üretilmiş olup olmadığının da bir önemi yoktur⁶³.

Marka hakkı sahibi markasını taşıyan malları piyasaya sürdükten sonra, bu malları iktisap ederek satışa sunan alıcıların markayı kullanarak reklam yapmalarına

⁶² Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 215.

“.....Davacının markasının ticarethane ve balkım servisindeki tabelalarda camkanlarda ve kartvizitlerde davacı marka sahibiyile arasında bağlılık bulunduğu izlenimini verecek şekilde aynen kullanılması haksız rekabet teşkil eder...” (Yargıtay 11 Hukuk Dairesi 15.04.1993T., 1992/1577E., 2447K., Camcı, **a.g.e.**, s. 188-189).

⁶³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 419.

marka hakkının tükenmesi ilkesi gereğince engel olamayacaktır. Ancak bu kullanım reklam ve duyuru amacını aşmamalıdır⁶⁴.

h. İşaretin İnternet Ortamında Kullanılması (Md. 9/2.(e))

5833 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte KHK'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasına (e) bendi eklenmiştir. Buna göre; *“işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması”* hali marka hakkına tecavüz kabul edilerek marka hakkı sahibinin bu durumu engelleyebileceği hüküm altına alınmıştır.

İnternetin doğumu ve ülkemizde kullanılmaya başlanması çok eski tarihlere dayanmadığından, konunun daha iyi anlaşılması açısından madde metninde geçen “alan adı”, “yönlendirici kod” ve “anahtar sözcük” gibi kavramlar için kısa bilgiler vermek yerinde olacaktır.

Alan adı (domain name), web sitelerinde sunulan mal ve hizmetlerin diğer web sitelerinde sunulan hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayan tanıtım işaretleridir⁶⁵. Alan adları bir web sitesinin tanımlanması ve kullanıcılar tarafından o siteye erişim için kullanılır. Bu nedenle alan adını web sitesine ulaşmak için kullanılacak “internet adresi” olarak da tanımlayabiliriz⁶⁶. Aslında internet adresleri telefon numaraları gibi rakamlardan ibarettir; ancak bu rakamların kullanımının ve hatırlanmasının zor olacağı

⁶⁴ Çamlıbel-Taylan, **a.g.e.**, s. 56, 57.

⁶⁵ Sefer Oğuz, “İnternet Ortamında Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanununun Çevirisi”, **FMR**, C. 5, S. 3, Yıl 5, s. 65.

⁶⁶ N. Füsün Nomer, “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.1, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 396; İsmail Kırca, “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 1, İstanbul, 2002, s. 543.

düşünülerek rakamlardan oluşan internet adresleri alan adlarına dönüştürülmüşlerdir⁶⁷. Örneğin, www.kazanci.com.tr, istanbul.edu.tr, www.kigili.com.tr birer alan adıdır.

Alan adları da tıpkı markalar gibi tescil edilmektedir. Her ülkenin alan adı vermeye ve tescil etmeye yetkili kuruluşları vardır. Türkiye’de de bu görevi ODTÜ bünyesinde oluşturulan bir birim yerine getirmektedir⁶⁸. Alan adı tahsislerinde kural olarak “*first come first served- ilk gelen ilk alır*” prensibi geçerlidir⁶⁹. Bu nedenle aynı alan adının ikinci bir kişi tarafından alınması mümkün değildir. Ancak elbette ki bir gerçek ya da tüzel kişinin birden fazla alan adı almasında bir engel bulunmamaktadır.

İsviçre, Lichtenstein ve Almanya’da da alan adı tahsis ve tescil etmede yetkili olan kuruluşlar “ilk gelen ilk alır” prensibini uyguladıkları için talep edilen alan adının talebi yapanın ismi veya tescilli markası olmasını aramamakta⁷⁰ ve bu nedenle gerçek hak sahipleri mağdur olmaktadır. Şöyle ki birçok marka, ticaret unvanı, işletme adı ve meşhur kişilerin adları bazı kimselerce menfaat sağlamak amacıyla alan adı olarak tescil ettirildiğinden gerçek hak sahipleri kendi tanıtma işaretlerini tescil ettirememişlerdir. Örneğin, gazeteci Joshua Quittner’in “mcdonalds.com” işaretini alan adı olarak kendi adına tescil ettirdiği ve daha sonra McDonald’s firmasına bu alan adını sattığı bilinmektedir⁷¹. Bunun gibi durumlar pek çok hukuki ihtilafın doğmasına neden olmaktadır. Zira başkasına ait olan marka, işaret, ad ve unvan gibi tanıtıma yarayacak

⁶⁷ Tekin Memiş, “ İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, İstanbul, 1999-2000, s. 514.

⁶⁸ Nomer, **Alan Adı**, s. 406; Mert Yaşar, “Alan Adları ve ICANN Tahkimi”, **GÜHFD**, S. 1, Yıl 3, 2004, s. 626; Mustafa Fadıl Yıldırım, “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması”, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, İstanbul, 2001, s. 1009; Kırca, **a.g.m.**, s. 531. Ayrıca alan adları tahsisi için bkz. <https://www.nic.tr> (Çevrimiçi, 05.12.2010).

⁶⁹ Bu prensip belgesiz alan adları tahsisinde uygulanır. Bazı alan adları için ise belge istenir. Örneğin avukatların kullanacağı “.av” ya da doktorların kullanacağı “.dr” uzantılı alt alan adları için belge istenmektedir. Bkz. İnternet Alan Adları Yönetmeliği, md. 8 (RG. 07.11.2010, S. 27752).

⁷⁰ Nomer, **Alan Adı**, s. 405.

⁷¹ Rolf Weber, **Schutz von Domannamen im Internet**, SJZ 92, 1996, s. 407 (Nomer, **Alan Adı**, s. 399, dpn. 8’den naklen)

işaretlerin alan adı olarak kullanılması hem marka ve isim hakkına tecavüz teşkil etmekte hem de kişiler ya da firmalar arasında haksız rekabete neden olmaktadır⁷².

Türkiye’de ise ODTÜ’nün izlediği politika sayesinde alan adları ile ilgili hukuki ihtilafların çıkması büyük oranda önlenmektedir. ODTÜ, alan adı tahsis ve tescil işlemlerini “*.tr Altında Yer Alan İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Belirlenmesinde İzlenen Politikalar, Yöntemler ve Kurallar*”⁷³ adı altında düzenlediği esaslara göre yerine getirmektedir. Bu esaslar çerçevesinde ODTÜ, talep edilen alan adının talebi yapan kişi ve/veya kuruluşun ismi ve/veya tescilli markası ile ilişkili olmasını ve bu ilişkiyi belgeleyebilmesini ve alan adı taleplerinin talepte bulunan kişi ve kuruluşun faaliyet alanı dâhilindeki alt alanlara (.com, .edu, .org gibi) ait olmasını aramaktadır.

2009 yılında 5833 sayılı Kanun ile yapılan KHK değişikliğine kadar alan adı ile ilgili yasal bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak bu durum, 2009 yılından önce tescilli markası başkaları tarafından alan adı olarak kullanılan kişinin bu haksız kullanımı engelleyebilmek amacıyla hiçbir talep hakkının olmadığı anlamına gelmemektedir⁷⁴. Zira böyle bir durumda gerçek hak sahibi genel hükümler çerçevesinde 6762 sayılı TTK md. 56 vd. (6102 sayılı TTK md. 54 vd.) hükümlerine göre haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılabilir⁷⁵. Tescilsiz marka sahipleri genel hükümlerden yararlanırken tescilli marka sahipleri de yine KHK md. 9

⁷² Memiş, **WIPO**, s. 517.

⁷³ <http://geonic.net/?section=terms&subsection=TR> (Çevrimiçi, 05.12.2010).

⁷⁴ 5833 sayılı Kanun ile yapılan KHK değişikliğinden önce internette marka hakkına tecavüz edilmesi halinde uygulanacak yaptırımlar için bkz. Fatih Bilgili, **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s. 209-210.

⁷⁵ “... Alan adlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halinde TTK'nın 56. vd. maddelerine dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılması mümkündür ve alan adı tahsisine yetkili kuruluş bu yetkisini kanundan almadığından dolayı, tahsis edilen alan adının sicilinden terkin edilinceye kadar olan kullanımında haksız rekabet oluşturması mümkündür...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.03.2008 T., 2007/1677 E., 2008/4071K., www.kazanci.com.tr).

ve 61'in sağladığı korumadan yararlanabilecektir⁷⁶. Her ne kadar KHK'nın 5833 sayılı Kanunla değişiklikten önceki metninde alan adına ilişkin bir düzenleme bulunmasa da KHK md. 9/2 hükmü tahdidi nitelikte olmayıp, örnek kabilinden olduğundan bir markanın benzerinin ya da aynının bir başkası tarafından ticari amaçla alan adı olarak kullanılması hali de marka hakkına tecavüz olarak kabul edilecek ve tescilli marka hakkı sahibi KHK'nın tescilli markalara sağladığı korumadan yararlanabilecektir.

KHK'da ve Markalar Kanunu Tasarısı'nda “*yönlendirici kod*” olarak Türkçeye çevrilen “*meta tag*”lar, bir web sitesinin kaynak kodları arasında yer alarak, siteyi arama motorlarına tanıtan ve arama motorlarından yararlanan internet kullanıcılarını söz konusu siteye yönlendiren anahtar kelimelerdir⁷⁷. Uygulamada yönlendirici kod olarak genellikle tanınmış markalar ya da arama motorlarında en çok aranan popüler kelimeler kullanılmaktadır. Bunun sebebi ise haksız olarak bu yönlendirici kodları kullanan kişilerin, internet kullanıcılarını kendi web siteleri içine çekmek ve böylece kendi web sitelerinin tanıtım ve reklamını yapmaktır⁷⁸.

“*Anahtar sözcük*” ise internet kullanıcılarının aranılan web sitesine erişimini sağlayan kelimelerdir. Son zamanlarda anahtar sözcükler satın alınmakta ve arama motoruna bir markayı tanıtan sözcük girildiğinde internet kullanıcıları markanın taklit ürünlerini satan web sitesine yönlendirilmektedir⁷⁹. Bu durum da kuşkusuz haksız rekabeti gündeme getirmektedir.

5833 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar, tıpkı alan adında olduğu gibi, işaretin yönlendirici kod ya da anahtar kelime veya benzeri biçimde kullanılmasını

⁷⁶ Bkz. Tekin Memiş, “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, s. 4 (Çevrimiçi), www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm, 05.12.2010; Memiş, **WIPO**, s. 517-518; Nomer, **Alan Adı**, s. 411.

⁷⁷ Ömer Korkut, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta-Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, **BATİDER**, C. 24, S. 2, 2007/Aralık, s. 502-504.

⁷⁸ Martin Bahr, “Meta-Tags: Keyword Stuffing-Anmerkung Zu LG Hamburg”, s. 2, http://www.jurawelt.com/download/anwaltswelt/entscheidungsbesprechungen/anmerkungurteilsteinhoefe_lggfl.pdf. (Korkut, **a.g.m.**, s. 504'ten naklen).

⁷⁹ Serhat Koç, “Google Ticari Markaları Anahtar Kelime Olarak Satabilir Mi?”, **Bilişim Hukuk Bülteni**, (Çevrimiçi), <http://www.bilisimhukuk.com/2009/10/google-ticari-markalari-anahtar-kelime-olarak-satabilir-mi>, 06.12.2010.

yasaklayan bir düzenleme bulunmamakta idi. Ancak, alan adları konusunda da belirttiğimiz gibi, bu yönde bir düzenlemenin olmaması marka hakkı sahibini korumasız kalacağı anlamına gelmemektedir. Tescilli marka özel hüküm niteliğindeki KHK md. 9/2 ve 61 hükümleri; tescilsiz markaya ise genel hüküm niteliğindeki TTK 56 vd. (6102 sayılı TTK md. 54 vd.) hükümleri sayesinde korunabilmekte idi⁸⁰.

İnternet kullanımının gün geçtikçe yaygınlaşması ve bu alanda fikri hak ihlalinin yaygınlaşması⁸¹ sonucunda kanun koyucu bu alanda yasal düzenleme yapma gerekliliği duymuş ve 5833 sayılı Kanun ile KHK'nın 9. maddesine (e) bendini ekleyerek işaretin internet ortamında alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ve benzeri biçimlerde kullanılmasını marka hakkı sahibinin yasaklayabileceğini hüküm altına almıştır. Ancak marka hakkı sahibinin bu bent uyarınca markasının başkaları tarafından internet ortamında kullanımını yasaklayabilmesi için öncelikle markasının tescilli olması gerekmektedir. Bununla birlikte tescilli markanın, internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanılması gerekmektedir. Zira ticari amaç gütmeyen bir kimsenin web sayfasında tescilli marka hakkı sahibinin markasının aynısının ya da benzerinin alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması KHK koruması dışında kalmaktadır.

⁸⁰ Ayrıca yönlendirici kod ve anahtar kelimelerin işlevi web sitesini tanıtarak sitenin reklamını yapmak olduğundan, tescilli markası bir başkası tarafından izinsiz olarak kullanılan kişi KHK md. 9/2.(d) hükmünde yer alan "*işaretin teşebbüsün reklamlarında*" kullanılması hükmüne dayanarak da bu tecavüzün engellenmesini talep edebilmelidir. (Bkz. Korkut, **a.g.m.**, s. 514).

⁸¹ İnternette fikri hakların ihlali ve korunması hakkında detaylı bilgi için bkz. Veysel Başpınar/Doğan Kocabey, **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2007.

B. MARKAYI TAKLİT ETMEK (MD 61/B)

556 sayılı KHK'nın 61/(b) hükmünde “markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek” fiilinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceği düzenlenmiştir⁸².

Madde metninden de anlaşıldığı gibi, taklit marka kavramı, bir üst kavram olup; unsurlarını “markanın aynının kullanılması” ve “markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerinin” kullanılması oluşturur. Belirtmek gerekir ki maddede düzenlenmiş olan taklit hali malın değil; markanın taklididir⁸³. Ancak Yargıtay, bazı özel durumlarla sınırlı olmak üzere, markanın üzerine konulduğu mal üzerindeki tasarrufları da marka hakkına tecavüz olarak kabul etmiştir⁸⁴.

⁸² “...Davacı vekili, müvekkili Bosch San. Ve Tic. A.Ş.’nin Bosch marka araba camı sileceklerinin Türkiye’deki tek ithalatçısı ve satıcısı olup Bosch markasının 21.11.1982 tarihinde Türkiye’de tescil edildiğini, markanın tanınmış marka olduğunu, davalının da “BOCH” marka araba camı sileceğini ithal edip sattığını, markanın taklit marka olup, Bosch markasıyla iltibas yarattığını, fonetik benzerlik olduğunu ileri sürerek, müvekkilinin marka hakkına olan tecavüzün tespiti ile durdurulmasına... karar verilmesini talep etmiştir. Davalı vekili, dava konusu emtianın CLYCO INTERNATIONAL CO. LTD. tarafından üretilip, tüm dünyada satıldığını, Türkiye’de distribütörü olmadığını, müvekkilinin malı ithal ettiğini savunarak davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece... 556 sayılı KHK’nin 61/b maddesi uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmenin marka haklarına tecavüz oluşturduğu, her iki marka arasında (S) harfi dışında büyük yazılım ve okunuş benzerliği olduğu... gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi., 19.02.2001 T., 2000/10455 E., 2001/1394 K., Karan/Kılıç, a.g.e., s. 462).

⁸³ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 269.

⁸⁴ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 269.

“...Davacı vekili, davalının müvekkile ait tescilli markası Valeo ve Verto markalı otomobil debriyaj ürünlerinin hurdalarını piyasadan toplamak ve kumlayıp revize etmek suretiyle yeni ürün görüntüsünü verip Valeo kutuları ve poşetleri içerisinde piyasaya sürmek suretiyle haksız rekabette bulunduğunu...ileri sürerek...tazminata karar verilmesini istemiştir....Mahkemece toplan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacının tescilli Valeo ve Verda markalı otomobil debriyaj ürünlerinin hurdalarını toplayıp üzerinde düşük kaliteli balata çekerek Valeo ve Verto markasının içerir ambalajlarda piyasaya sürdüğü...tazminat isteminin Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nin 66/b maddesine dayandırıldığı... gerekçesiyle... davanın kısmen kabulüne... karar verilmiştir. Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir... davalı vekilinin yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanmasına... karar verilmiştir...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.04.2000 T., 2000/1243E., 2000/2610 K., Karan/Kılıç, a.g.e., s. 460).

Maddede belirtilen tecavüz hallerinin aynı zamanda KHK'nın 61/(a) hükmüyle atıf yapılan 9. maddesinin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde de tecavüz hali olarak düzenlendiği ve bu nedenle 61/(b) bendinin gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu düşünülebilir. Bu konu hakkında doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

ARKAN⁸⁵, 61. maddenin (a) bendinin atfı ile 9. maddenin ihlalinin zaten bir tecavüz hali olarak kabul edildiğinden KHK 61/(b) bendine hiç yer verilmemesi gerektiği görüşündedir. KAYA⁸⁶, 61/(b) hükmünün markanın aynının veya iltibasa yol açacak derecede benzerinin kullanılmasını yasaklayan 61/(a) hükmüyle paralellik gösterdiğini ve 61/(b) hükmünün KHK'da yer almaması gerektiğini ileri sürmüştür. ÇAĞLAR⁸⁷ da aynı gerekçelerle 61/(b) bendine ihtiyaç duyulmadığını, zira bu hususa ilişkin düzenlemenin md. 9/1.(a) ve (b) bentlerinde düzenlendiğini beyan etmiştir.

TEKİNALP⁸⁸ ise yukarıda ileri sürülen görüşlerin haklılığını vurgulamakla birlikte markanın taklit edilmesi fiilinin sadece 61/(b) bendinde değil, KHK'nın birçok hükmünde (KHK md. 61/(c), 64, 65 ve bağlantılı olarak md. 66, 67) zikredildiğini ve diğer tecavüz hallerinden farklı hükümlere bağlandığını ifade etmiştir. Ayrıca yazar, md. 9'da "*markanın ve benzerinin kullanılması*"ndan söz edildiğini; ancak 61/(b)'de "*ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması*"ndan bahsedildiğini ve bu iki kavramın birbirinden farklı anlamlar taşıdığını belirtmiştir. Yazarın da belirttiği gibi markanın benzerinin kullanılması iltibasa; ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması ise taklit markaya yol açar. Bu sebeplerle TEKİNALP 9. maddenin varlığına rağmen 61/(b) hükmünün KHK'da yer almasını bilinçli bir tercih olarak görmüştür. YASAMAN⁸⁹ da TEKİNALP gibi kanun koyucunun 61/(b) hükmünde "aynı" ve "ayırt edilemeyecek derecede benzer" kavramlarını kullanarak özellikle taklit

⁸⁵ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 216.

⁸⁶ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 269.

⁸⁷ Hayrettin Çağlar, "556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, s. 101.

⁸⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 457.

⁸⁹ Hamdi Yasaman v.d., **Marka Hukuku-556 Sayılı KHK Şerhi**, C. 2, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2004, s. 1013.

marka hususunun düzenlediğini ve “benzer” ile “ayırt edilemeyecek derecede benzer” kavramlarının birbirlerinden çok farklı olduğunu savunarak 61/(b) hükmünün gereksiz bir tekrardan ibaret olmadığını savunmuştur.

KARAN/KILIÇ⁹⁰ ise 9. maddenin (a) ve (b) bentlerinin bir markanın aynının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılmasını yasakladığını; ancak bu bentlerle 61/(b) bendi arasında büyük bir fark bulunduğunu, 9. maddede korumadan yararlanan markanın mutlaka tescilli olması gerekirken 61/(b) bendindeki düzenlemede böyle bir tescil şartının getirilmediğini, bu itibarla tescilli olmasalar bile tanınmış veya kullanılmak suretiyle ayırt edici kılınmış markaların aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması suretiyle markanın taklit edilmesini marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini ifade etmiştir.

Kanaatimizce konunun daha iyi anlaşılması için md. 61/(b) hükmü ile md. 9/1.(a) ve (b) hükümlerinin karşılaştırılması yerinde olacaktır. KHK md. 9/1.(a) hükmünde “*Markanın tescil kapsamına giren aynı mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması*” hali, md 61/(a)’nın yollamasıyla marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmiştir. Md. 61/(b) hükmünde ise “*Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak*” fiili markayı taklit etmek suretiyle markaya tecavüz hali olarak düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 47. maddesi “*Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibarıyla eşini veya ebat yahut renk itibarıyla veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır.*” demek suretiyle “markanın aynen kullanılması” deyiminden ne anlaşılması gerektiğini açık bir dille ifade etmiştir. Yürürlükte olan 556 sayılı KHK’da ise markanın koruma kapsamını ve marka hakkına tecavüzü düzenleyen maddelerde “aynen”, “benzer” ya da “ayırt edilemeyecek kadar benzer” kavramlarının tespitinde kullanılacak kriterlere yer verilmemiştir. Ancak 556 sayılı KHK ile oluşturulan yeni Marka Hukukumuzda göre artık tescilli bir marka ile aynı olan marka, Mülga Markalar Kanunu’nun tanımından farklı olarak, iki işaretin bire bir birbirlerinin aynı olması, en

⁹⁰ Karan/Kılıç, a.g.e., s. 455.

ufak bir noktada bile aralarında hiçbir farkın bulunmamasını ifade etmektedir⁹¹. Yani markanın aynının kullanılması, o markanın gerçek hak sahibi tarafından kullanıldığı şekliyle kullanılmasıdır⁹². Dolayısıyla md. 61/(b) hükmündeki “markayı kullanmak” ifadesinden markanın birebir aynısının kullanılması anlaşılmalıdır.

İncelenecek ikinci husus ise md. 61/(b) ile md. 9/(b) hükümleri arasındaki ilişkidir. Md. 9/(b)’de “benzer markalardan”, 61/(b)’de ise “ayırt edilemeyecek derecede benzer markalardan” bahsedilmiştir. Bu iki kavram birbirinin aynı olmayıp, aralarında fark bulunmaktadır. Markanın aynının ve ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması markanın taklidi anlamına gelmekte iken, markanın benzerinin kullanılması taklide değil; iltibasa neden olur. Örneğin PRİL ile PİRİL, LÜX ile LÜKS, CHANEL ile ŞANEL markaları ayırt edilemeyecek derecede benzer markalardır; yani burada markanın taklidi söz konusudur⁹³. Buna karşılık TED ile TED İSTANBUL⁹⁴, NOTPED ile POPEL⁹⁵, PORT ile INTERPORT⁹⁶ markaları benzer markalar olduğundan bu markalar arasında taklit değil; iltibas ilişkisi bulunmaktadır.

Özet olarak, KHK 61/(b)’de taklit marka düzenlenmiş olup; “markanın tıpatıp aynının kullanılması” ve “markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması” taklit markanın unsurlarını oluşturmaktadır. Markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanıldığını tespit ederken kullanılan kriterler Mülga Markalar Kanunu’nun 47. maddesindeki “markanın aynen kullanılması”nın tespitinde belirlenen kriterlerdir. KHK 9. maddenin (a) ve (b) fıkralarında ise markanın aynının ve benzerinin kullanılması halleri düzenlenmiş olup, “benzer marka” ile “ayırt edilemeyecek derecede benzer marka” kavramları birbirlerinden farklı olup, ilk durum iltibasa, ikinci durum ise taklide sebebiyet vermektedir. Açıklanan bu nedenlerle KHK md. 61/(b) hükmü

⁹¹ Bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 412; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 82; Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. ,1 s. 396.

⁹² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 412.

⁹³ Ayırt edilemeyecek derecede benzer olma halinin belirlenmesinde geçerli olan ölçütler Mülga Markalar Kanununda markanın aynen kullanılması halini saptarken geçerli olan ölçütlerdir.

⁹⁴ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 15.01.2007 T., 2005/13295 E., 2007/134 K., (www.kazanci.com.tr)

⁹⁵ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.11.2006 T., 2005/7954 E., 2006/11333 K.,(www.kazanci.com.tr)

⁹⁶ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 05.05.2003 T., 2002/12018E., 2003/4432K., (www.kazanci.com.tr)

gereksiz bir tekrardan ibaret olmayıp, taklit markanın unsurlarının belirlenmesi bakımından yerinde bir düzenleme olmuştur.

C. TECAVÜZ YOLUYLA KULLANILAN MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ TİCARET ALANINA ÇIKARMAK (MD. 61/C)

KHK'nın 61. maddesinin (c) bendi uyarınca, *“markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak⁹⁷ veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak⁹⁸ veya ticari amaçla elde bulundurmak”* fiilleri de marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Bu hüküm sayesinde sadece taklit markayı malın veya hizmetin üzerine koyan değil; bu durumu bilerek veya bilmesi gerekerek markayı taşıyan ürünü satan, dağıtan, ticari amaçla elinde bulunduran da mütecaviz sayılarak sorumlu tutulmaktadır. Markayı taklit eden, yani markanın aynısını ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanan kişi KHK md. 61/(b) bendini ihlal ederken, bu malları durumu bilerek mütecavizden alarak satışa çıkaran, dağıtan ya da ticari amaçla elinde bulunduran kişi de aynı maddenin (c) bendini ihlal etmektedir. Maddenin kapsamına, taklit marka kullanıldığını bilmesi gereken satıcı, dağıtıcı gibi kimselerin de alınmasının amacı, bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermelerini sağlayarak marka korsanlığının önlenmesine yardımcı olmaktadır.

⁹⁷ “bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak” deyimini ile taklit markayı taşıyan malları kiraya vermek, sergide teşhir etmek gibi fiiller kastedilmektedir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 459).

⁹⁸ 5833 sayılı kanunla 9. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde işareti taşıyan malın ithali veya ihracı ifadesinin yerine işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” hükmü getirilmişti. KHK'nın 61/(c) bendinde de buna paralel bir düzenleme yapılarak eski metinde yer alan *“ithal etmek”* ifadesi çıkarılarak yerine *“gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak”* ifadesine yer verilmiştir.

Mütecavizin bu hüküm uyarınca sorumlu tutulabilmesi için öncelikle üründe taklit marka olgusunun bulunması gerekir⁹⁹. İkinci olarak ise KHK md. 61/(c) bendinde sayılan eylemlerde bulunan kişinin ürünün taşıdığı markanın taklit olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekir. Bilmeyi veya bilebilecek durumda olmayı ispatlamak, iddia sahibine aittir¹⁰⁰. Bilmek veya bilecek durumda olmak; markanın taklit olduğu hususunda herhangi bir şekilde bilgi sahibi olmayı, bu bilgiyi elde edebilecek durumda bulunmayı, tahmin etmeyi, tahmin edebilecek durumda bulunmayı ifade eder; yoksa mütecavizin taklit edenle anlaşma içinde bulunmasına gerek yoktur¹⁰¹. Markanın taklit edilmiş olduğunun bilinmesinin gerekli olup olmadığı hususu olayın özelliklerine göre belirlenir¹⁰². Örneğin, yıllardır tekstil alanında faaliyet gösteren ve bu alanda kullanılan markaları yakından bilen kişinin LACOSTE timsahının ağzının kapalı olduğu bir işareti taşıyan ürünün taklit markalı ürün olduğunu bilmediğini ileri sürmesi düşünülemez. Ya da PUMA markalı ayakkabıları piyasa fiyatının çok altında alan bir ayakkabı satıcısının ayakkabıların taklit olduğunu bilmediğini iddia ederek sorumluluktan kaçması söz konusu olamaz¹⁰³. Maddenin ihlali için gerekli olan üçüncü unsur ise taklit işareti taşıyan malların dağıtılması, satılması, başka bir surette ticaret alanına çıkarılması ya da bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirilmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasıdır. Ürünü, taklit markalı olduğunu bilerek, ticaret alanına çıkarmak amacıyla elinde bulunduranlar yeni bir tecavüz fiili işlerken, ürünü kendi kişisel ihtiyacı için elinde bulunduran kişinin eylemi bu madde kapsamında ele alınmaz. Zira bu durumda kişide malı ticari alanda tedavül ettirme

⁹⁹ Taklit marka hakkındaki açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm II/B.

¹⁰⁰ Türk Medeni Kanunu md. 6: “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*”

¹⁰¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 458.

¹⁰² Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 217.

¹⁰³ TTK md 20/2 uyarınca tacirin basiretli bir iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü tacire aldığı mallarda taklit marka kullanılıp kullanılmadığını araştırma konusunda da ağır bir yükümlülük yükler. (Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, s. 217.)

“...sattığı çayın Çay-Kur’a ait olup olmadığına uzun zamandır gıda maddesi satışıyla uğraşan sanığın bilmesi gerektiği...”, (Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 21.04.1998 T., 1998/3036E., 1998/3383K., Hüseyin Aydın, **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003, s.183-184).

amacı bulunmamaktadır. Bu anlamda malın depolanması¹⁰⁴, nakliyyeye verilmesi, ambalajcıda olması gibi durumlarda da¹⁰⁵ marka hakkına tecavüz fiili gerçekleşmiş olur.

Madde metninden de açık bir şekilde anlaşıldığı gibi malın taklit markalı olduğunu bilmeyen ya da bilmesi gerekmeyen kişiler bu madde kapsamında sorumlu olmayacaktır. Yani maddede “kusur sorumluluğu” hali vardır. Ancak doktrinde bu durum eleştirilmektedir.

ARKAN¹⁰⁶, taklit markalı malları satan, dağıtan, elinde bulunduran kişilerin durumu bilmesi ya da bilmesinin gerekli olması halinde mütecaviz sayılmasının, marka sahibinin haklarının etkin biçimde korunması amacına ters düşeceğini savunmuştur. DİRİKKAN¹⁰⁷, “bilme” veya “bilmesi gerekme” ifadelerinin maddede geçmesinden dolayı tecavüz fiilinin kusuru gerektiği yönünde bir anlam çıktığını; ancak böyle bir yorum tarzının marka hakkının etkin şekilde korunması amacı ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. ÇAMLİBEL-TAYLAN¹⁰⁸ da maddenin bu düzenlemesinin yerinde olmadığı; zira bu düzenleme nedeniyle marka sahibinin, durumu bilerek veya bilmeyerek taklit markayı taşıyan malları ticari amaçlı kullananları durdurma imkânının kalmadığı ve bu nedenle maddede bir değişiklik yapılması gerektiği görüşündedir.

¹⁰⁴ “...davacı vekili, müvekkiline ait... “Adel” markalı kalemlerin üretim ve pazarlamasının müvekkil şirkettarafından yapıldığını, davalılardan Çakıroğlu Ltd. Şti'nin ... taklit ürünleri deposunda sakladığını diğer davalının da işyerinde satışa sunduğunu ileri sürerek,... müvekkilinin marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını ve haksız rekabetin önlenmesini... talep ve dava etmiştir. davalı Çakıroğlu Ltd. Şti temsilcisi, müvekkilinin iki yıldan bu yana kırtasiye işi ile iştigal etmediğini, dava konusu kalemleri dava dışı ... şirketinden, borcuna karşılık fatura ile aldığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, ... davalının...eyleminin TTK'nın 56. ve 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi uyarınca haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz olduğu, ...davaclının davacıya ait “Adel” markasını taşıyan kalemleri piyasaya arz etmesinin ve bulundurmasının markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun tespit ve önlenmesine ... karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 23.02.2004 T., 2003/7146 E. , 2004/1610 K., Karan/Kılıç, a.g.e., s. 269-270).

¹⁰⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 459.

¹⁰⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 209.

¹⁰⁷ Dirikkan, a.g.e., s. 306, dpn. 385.

¹⁰⁸ Çamlıbel-Taylan, a.g.e., s. 59.

KARAN/KILIÇ¹⁰⁹ ise taklit markalı ürünü ticari maksatla elinde bulunduran kişinin her durumda marka hakkına tecavüz ettiği varsayımından hareket etmenin, onların ellerindeki malların markalarına olan güveni sarsacağı ve ticari ilişkilerdeki güven ortamını yıkabileceğini belirterek aksi yönde görüş beyan etmiştir.

Kanaatimizce taklit markalı ürünleri kendi ihtiyacından başka bir sebeple elinde bulunduranların müteceviz sayılmaları için, ürünün taklit markalı olduğunu bilmeleri ya da bilecek durumda olmaları şartının aranması yerinde değildir. Şöyle ki, böyle bir şart arandığı takdirde marka hakkı sahibi taklit markalı ürünü kendi ihtiyacından başka bir sebeple elinde bulunduran kişilere karşı tecavüzün durdurulması davası açamayacaktır. Zira madde metnine göre bu kişilerin fiilleri marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilmemektedir. Böyle bir durum, doktrindeki yazarların da haklı olarak belirttiği gibi, marka sahibinin haklarının etkin bir şekilde korunması amacı ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca 551 sayılı Mülga Markalar Kanunu'nun tecavüz hallerini düzenleyen 47. maddesinde de böyle bir kusur şartı aranmamakta idi. Taklit markalı malları kendi ihtiyacı dışında başkaca bir sebeple elinde bulunduranların, malın taklit markalı olduğunu bilmesi veya bilecek durumda olması, yani kusurlu olması fiilin tecavüz teşkil edip etmediğinin tespitinde değil; tazminat davaları bakımından önem taşımaktadır. TTK md. 57/5 (6102 sayılı TTK md. 55/a.4)¹¹⁰ - hükmünde de başkasının haklı olarak kullandığı marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanan veya iltibasa sebep olan malları durumu "*bilerek veya bilmeyerek*" satışa arz eden veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulunduranların fiillerinin haksız rekabet teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, maddede haksız rekabetin oluşması için kusur şartı aranmamıştır. Kusur şartı 6762 sayılı TTK md. 58/1.(d) (6102 sayılı TTK md. 56/1.(d)) bendinde zarar ve ziyanın tazmini için aranmıştır. Bu nedenlerle

¹⁰⁹ Karan/Kılıç, a.g.e., s. 457.

¹¹⁰ 6102 sayılı TTK md. 55/a.(4) bendinde başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almanın haksız rekabet teşkil edeceği ifade edilmiştir. Bu bent 6762 sayılı kanunun 57. maddesinin (5) numaralı bendi ile ilke ve amaç bakımından özdeş olsa da lafzı farklıdır. Ancak bu değişiklik 6762 sayılı kanundaki hükmün öğreti ve mahkeme kararlarındaki birikimin feda edilmesi, uygulanamaz kabul edilmesi anlamına gelmemektedir. (6102 sayılı TTK madde gerekçesi).

yapılacak bir değişiklik ile “bildiği veya bilmesi gerektiği” ifadelerinin madde metninden çıkartılması yerinde olacaktır¹¹¹.

KHK md. 61/(c) bendinde dikkat edilmesi gereken diğer bir önemli husus da 5833 sayılı Kanunla madde metnindeki “*ithal etmek*” ifadesi çıkarılarak yerine “*gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak*” ifadesine yer verilmiş olmasıdır. Buna göre artık taklit markalı malları sadece ithal etmek değil; ihraç etmek, transit geçirmek, serbest dolaşıma sokmak gibi fiiller de marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. Md. 61/(c) hükmü, md. 9/2.(c)’deki değişikliğe paralel olarak düzenlenmiştir. Ancak markanın kullanılmasını düzenleyen KHK md. 14 ve gümrüklerde el koymayı düzenleyen KHK md. 79’da hala malın ihraç ve ithali kavramlarından bahsedilmektedir. Bu maddeler de KHK’daki diğer maddelerle uyumlaştırılarak KHK’daki kavram bütünlüğü korunmalıdır.

D. LİSANS YOLUYLA VERİLMİŞ HAKLARI İZİNSİZ GENİŞLETMEK VEYA DEVRETMEK (MD. 61/D)

Marka sahibi lisans anlaşması ile kendisine ait markayı kullanma hakkını lisans alana bırakabilir (KHK md. 20). Lisans sözleşmesi ile lisans veren, üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu markayı lisans alana kullandırmayı, lisans alan da bunun karşılığında kural olarak bir bedel ödemeyi taahhüt eder¹¹².

Lisans sözleşmeleri inhisari ve inhisari olmayan lisans sözleşmesi olmak üzere iki şekilde kurulabilir (KHK md. 21). İnhisari lisans sözleşmesinde, lisans veren kişi

¹¹¹ Doktrindeki eleştirilere rağmen söz konusu hüküm Markalar Kanunu Tasarı Taslağı’nın 59/(c) bendinde aynen korunmuştur.

¹¹² Marka lisans sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Saibe Oktay- Özdemir, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002, özellikle s. 133-151; Saibe Oktay- Özdemir, “Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’ Armağan**, İstanbul, 2004, özellikle s. 585-598; Çamlıbel- Taylan, **a.g.e.**, s. 207-246; Ünal, **a.g.e.**, s. 143-197; Çağlar Özel, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.

belli bir bölgede veya ülkenin tamamında marka hakkının kullanımını başkasına devretmemeyi ve hakkını sözleşmede açıkça saklı tutmamışsa kendisi de bu hakkı kullanmama borcu altına girer¹¹³. İnhisari olmayan lisansla ise lisans veren aynı lisans alan alandan başkasına da verebileceği gibi sözleşmede bir hüküm bulunmasına gerek olmaksızın kendisi de kullanabilir¹¹⁴. Lisans sözleşmesinde lisansın türü belirtilmemişse inhisari olmayan lisans olduğu kabul edilir (KHK md. 21/2).

KHK md. 61/(d) uyarınca “*marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” de marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. 5833 sayılı Kanunla KHK’ya eklenen hükmü aslında KHK’nın ilk metninde yer almaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi 02.03.2004 tarihinde 2002/92 E., 2004/25 K. sayılı kararıyla¹¹⁵ suç ve cezalara ilişkin olan bu düzenlemenin Kanunla değil de KHK ile getirilmiş olması gerekçesiyle söz konusu hükmü iptal etmişti¹¹⁶.

¹¹³ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C 2, s. 194; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 435; Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 12; Çamlıbel- Taylan, **a.g.e.**, s. 210; Ünal, **a.g.e.**, s. 165; Özel, **a.g.e.**, s. 49; Meran, **a.g.e.**, s. 289.

¹¹⁴ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C 2, s. 195; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 435; Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 13; Çamlıbel- Taylan, **a.g.e.**, s. 210; Ünal, **a.g.e.**, s. 166; ; Özel, **a.g.e.**, s. 48-49; Meran, **a.g.e.**, s. 289.

¹¹⁵ RG. 14.05.2004, S. 25462.

¹¹⁶ Bergama Asliye Ceza Mahkemesi’nde “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakların üçüncü kişilere devredilmesi”ni yasaklayan KHK’nın 61/(d) maddesine dayanılarak kamu davası açılmış ve sanıkların 4128 sayılı kanunla değişik 61/A.(c) maddesi uyarınca cezalandırılmaları istenmiştir. Mahkeme, her ne kadar cezai yaptırımın 4128 sayılı kanunla getirilen 61/A.(c) maddesinde öngörülmüşse de, suç konusu fiilin KHK’nın 61. maddesinde düzenlendiğini, ortada kanuni bir düzenleme bulunmadığını ve bu nedenle Anayasa’nın 38. maddesindeki “suç ve cezada kanunilik” ilkesinin ihlali olarak nitelendirdiğinden ve KHK’nın 61/A.(c) bendinde öngörülen hapis cezasının da Anayasanın sadece sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmemiş alinde hiç kimsenin özgürlüğünden alıkonulamayacağını düzenleyen 38. maddesine aykırı olduğunu kabul ederek, KHK’nın 61/(d) ve 4128 sayılı Kanunla değişik 61/A.(c) maddelerinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen Anayasanın 38. maddesinin Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığı, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılamayacağı ve bu nedenle 61. maddenin d bendinin Anayasanın 91. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle KHK’nın 61 d bendinin iptaline karar vermiştir. İptali istenen 61 A c maddesi için ise; bu maddenin 4128 sayılı kanun ile KHK ya eklendiğinden Anayasanın cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uygun bulmuştur.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ve kararı isabetli değildir. KHK'nın 61/(d) bendinde "marka hakkına tecavüz sayılan fiiller" düzenlenmiştir. Sayılan bu fiiller, 4128 sayılı Kanun ile değişik 61/A.(c) bendinin yollamasıyla suç haline getirilmiştir. KHK'nın 61/A.(c) bendi de 4128 sayılı Kanun ile KHK'ya eklendiğinden ortada Anayasa'nın 38. maddesini ihlal eden bir durum bulunmamaktadır¹¹⁷. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla kanunsuz cezai sorumluluk olmayacağı gibi "kanunsuz hukuki sorumluluk da olmaz" ilkesini yaratmıştır¹¹⁸.

Anayasa Mahkemesi, KHK'nın 61/(d) bendinin iptal edilmesi halinde doğuracağı boşluğu kamu düzenini tehdit edici nitelikte gördüğünden¹¹⁹, iptal hükmünün Resmi Gazete'de yayınlanmasından 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir. Bu hükümle aslında kanun koyucuya iptal kararının yarattığı boşluğu doldurmak için 1 yıllık süre verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 1 yıl içinde yapılmasını beklediği düzenleme, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten yaklaşık 3,5 yıl sonra 5833 sayılı Kanun ile yapılmıştır.

5833 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile KHK'ya 61/(d) bendi yeniden eklenmiştir. Buna göre "*marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*" marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir.

Bu bendin tipik bir akde aykırılık hali olması nedeniyle tecavüz hallerini belirleyen 61. maddede düzenlenmesi doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir¹²⁰. Kanaatimizce söz konusu hükmün 61. maddede yer alması isabetli olmuştur. Şöyle ki, hükmün 61. maddede düzenlenmemesi halinde bir Borçlar Hukuku

¹¹⁷ Kararın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Türkay Alıca, "Marka Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", **Ankara Barosu Dergisi**, S. 2, Yıl 65, 2007, s. 149 vd.; Sabih Arkan, "Marka Hakkına Tecavüz Halleri- Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı", **GÜHFD**, Yıl 3, Sayı 1, 2004/1, Özel Hukuk, C. 1, s. 5-6.

¹¹⁸ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 458.

¹¹⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 459.

¹²⁰ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 218-219; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 260, dñn. 53; Serap Keskin, **Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 142.

sözleşmesi olan lisans sözleşmesinin¹²¹ ihlali halinde yalnızca Borçlar Hukuku'na özgü yaptırımların (tazminat, fesih gibi) uygulanması söz konusu olacakken, bu hükmün 61. maddede düzenlenmesi ile lisans veren lisans alana karşı Marka Hukukundan doğan haklarını da (KHK md. 62, 65 vd.) kullanabilecektir¹²².

Lisans sözleşmesi ile tanınan hakların izinsiz genişletilmesi lisansın süresi, markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin kullanım alanı gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir¹²³.

Lisans sözleşmesi belli bir süre için ya da süresiz olarak yapılmış olabilir. Sözleşmede belirtilen sürenin bitmesinden ya da lisans verenin sözleşmeyi feshetmesinden sonra lisans alanın markayı kullanmaya devam etmesi hakkın izinsiz genişletilmesi olup, marka hakkına tecavüz fiilini oluşturur¹²⁴. Ancak sözleşmede yasaklayıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, lisans sözleşmesinin süresi bitmiş olsa bile, lisans alanın sözleşme süresi içinde üretilen malları satması marka hakkına tecavüz fiilini oluşturmaz¹²⁵.

KHK md. 20 uyarınca lisans sözleşmesi markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için yapılabilir. Lisans alanın, markayı sözleşmede belirtilen mal veya hizmetlerin dışında başka mal veya hizmetler için de kullanması

¹²¹ Lisans sözleşmesinin hukuki niteliğindeki tartışmalar için bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 192-193; Oktay-Özdemir, **Lisans sözleşmeleri**, s. 18-30; Oktay- Özdemir, **Lisansın Niteliği**, s. 587-597; Çamlıbel- Taylan, **a.g.e.**, s. 207-209.

¹²² Aynı yönde görüş için bkz Arkan, **Tecavüz Halleri**, s. 6-7. Arkan, "Marka Hukuku" adlı eserinde karşıt görüşü savunurken 2004 yılında yayınladığı makalesinde ise görüşünü değiştirmiştir. (Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 218-219).

¹²³ TEKİNALP lisans sözleşmesi ile tanınan hakların izinsiz genişletilmesini 4 gruba ayırmıştır (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 459):

- a) Yer itibariyle genişletme
- b) Mal yönünden genişletme
- c) Kullanma tarzı bakımından genişletme
- d) Markanın başka bir marka veya işaretle kullanılması

¹²⁴ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 219; Özel, **a.g.e.**, s. 194.

¹²⁵ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 219, dpn. 45.

izinsiz genişletme sayılacağından marka hakkına tecavüz fiilini oluşturur¹²⁶. Örneğin, marka lisansı sadece bulaşık deterjanı için verilmişken markanın çamaşır deterjanı için de kullanılması lisansın izinsiz genişletilmesi sayılır ve marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Lisans sözleşmesinde lisansın belli bir yer, bölge hatta ülke için verildiği gösterilebilir. Bu durumda sözleşmede belirtilen yer dışında lisansın kullanılması marka hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır. Örneğin, sözleşmede markanın yalnızca Akdeniz bölgesinde dağıtılan ürünler için kullanılmasına izin verilmişken markanın Marmara bölgesinde dağıtılan ürünler üzerinde de kullanılması lisansın izinsiz genişletilmesi olup, KHK md. 61/(d) hükmünün ihlaline sebebiyet verecektir.

Lisans veren, lisans sözleşmesinde markayı kullanma tarzını belirlemiş olabilir. Bu durumda markanın sözleşmede belirlenen şekilde kullanılması gerekmektedir. Aksi bir durum marka hakkına tecavüzü gündeme getirir. Örneğin, lisans verenin markayı yalnızca ilan ve faturalarda kullanılmasına izin vermişken lisans alanın markayı ürünün üzerinde de kullanması halinde lisans yoluyla verilen hak izinsiz olarak genişletilmiş olur¹²⁷.

Lisans veren markanın başka bir işaret veya marka ile kullanılmasını yasaklayıp, markanın tek başına kullanılmasını şart koşmuş olabilir¹²⁸. Bu durumda markanın başka bir marka ya da işaretle yan yana ya da birlikte kullanılması hakkın izinsiz genişletilmesi olur. Örneğin lisans veren, lisans alana “X” markasının ürünlerde tek başına kullanılmasına izin vermişken, lisans alanın imal ettiği ürünlerde markayı “XY” olarak kullanılması bu tecavüz haline örnek olarak verilebilir.

¹²⁶ Arkan ise bu durumda ikili bir ayırım yapılması gerektiği görüşündedir. Yazara göre; marka tanınmış bir marka değilse, markanın lisans sözleşmesinde öngörülen mallardan farklı bir mal üzerinde kullanılması yalnızca sözleşmeye aykırılık olacak ve marka hakkına tecavüzü oluşturmayacaktır. Ancak marka itibarından yararlanılabilecek düzeyde tanınmış bir marka ise bu durumda hem sözleşmeye aykırılık söz konusu olacak hem de markaya tecavüz. (Arkan, **Tecavüz Halleri**, s. 7)

¹²⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 459.

¹²⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 459.

Lisans sözleşmesinde, lisansa konu ürün veya hizmetin kalitesine ilişkin bir hüküm olabilir. Bu durumda lisans alanının sözleşme hükümlerine uygun hareket etmesi gerekmektedir. Lisansa konu ürün veya hizmetin kalitesine ilişkin talimatlara uymak lisans alan için bir borç teşkil ettiği gibi söz konusu ürün veya hizmetin kalitesini garanti edecek önlemleri almak da lisans veren için hem bir hak hem de bir borçtur¹²⁹. Lisans verenin kaliteye ilişkin bir talimat vermemesi ya da sözleşmede ürün veya hizmetin kalitesine ilişkin bir hüküm olmaması, lisans alanın kaliteyi koruma borcunun olmadığı anlamına gelmez¹³⁰. Zira lisans alanın kaliteyi garanti borcu kanundan doğmaktadır¹³¹ (KHK md. 21/8).

Lisans sözleşmesiyle tanınan hakkın izinsiz genişletilmesi niteliğinde olmayan sözleşmeye aykırılık halleri ise sadece 818 sayılı BK md. 96 (6098 TBK md. 112) anlamında sözleşmeye aykırılık oluşturacağından, lisans veren lisans alandan marka hakkına dayanarak bir talepte bulunamaz. Örneğin, lisans bedelinin zamanında ödenmemesi marka hakkına tecavüz değil sözleşmeye aykırılık halidir¹³² ve lisans veren KHK hükümlerine göre değil; yalnızca sözleşmeye aykırılık dolayısıyla talepte bulunabilecektir.

KHK md. 61/(d) bendi uyarınca marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz olarak üçüncü kişilere devretmek de marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. KHK md. 21/4 uyarınca da, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, lisans sahipleri lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez. Madde metnindeki “devir” ibaresini teknik hukuki şekilde anlamlandırmamak gerekir; örneğin markanın izinsiz olarak üçüncü kişiye herhangi bir şekilde KHK'nın 9. maddesine göre kullanılması da devir kapsamındadır¹³³.

¹²⁹ Lisans sözleşmesinde tarafların hak ve borçları için bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 198-202; Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 141-145; Çamlıbel- Taylan, **a.g.e.**, s. 213-217; Ünal, **a.g.e.**, s. 175-191.

¹³⁰ Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 145; Çamlıbel- Taylan, **a.g.e.**, s. 216.

¹³¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 437; Oktay- Özdemir, **a.g.e.**, s. 145.

¹³² Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 220.

¹³³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 460.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA HAKKININ KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde dört bent halinde düzenlenmiş ve KHK'nın devamı maddelerinde de bu hallerde marka hakkı sahibinin ileri sürebileceği hukuki taleplere ve cezai yaptırımlara yer verilmiştir.

KHK'da yer verilen marka hakkına tecavüz fiillerinin bir kısmı aynı zamanda nitelikli bir haksız fiil hali olan haksız rekabeti de gündeme getirmektedir¹. Örneğin taklit markanın kullanılması suretiyle mütecavizin haksız olarak kendisine ya da bir başkasına yarar sağlaması hali hem marka hakkına tecavüz fiilini hem de haksız rekabet fiilini oluşturmaktadır. Bu nedenle markalar hem özel hüküm niteliğindeki KHK hükümleri ile hem de -tecavüzün niteliğine göre- genel hüküm niteliğindeki 818 sayılı BK md. 41 (6098 sayılı TBK md. 49) ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fiil hükümleri ve TTK md. 56 (6102 sayılı TTK md. 54) ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerle korunur. Hemen belirtmek gerekir ki, KHK'nın sağladığı korumadan yararlanmak için markanın tescil edilmesi zorunlu değildir². Ancak özel hüküm niteliğinde olan KHK hükümleri kural olarak tescilli markalar için uygulama alanı bulmaktadır.

Çalışmamızın başında da belirttiğimiz gibi inceleme konumuzu tescilli markaya tecavüz halinde marka hakkı sahibinin 556 sayılı KHK kapsamında ileri sürebileceği hukuki taleplerle sınırlandırdığımız için tescilsiz markaya tecavüz halinde öngörülen

¹ Arseven, **a.g.e.**, s. 43 vd.; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 431; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 259;

² Bkz. KHK md. 7/2, 8/3, 8/4, 8/5, 25, 26 ve 42 hükümleri. Ayrıca bkz. Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 3: 1984-1985, İstanbul, 1994, Mütalaa 76, s. 26-31; Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 12: 2004-2007, İstanbul, 2008, Mütalaa 140, s. 1-16.

hukuki yollar³ ile tescilli markaya tecavüz halinde KHK’da öngörülen cezai yaptırımları⁴, incelememize dâhil etmiyoruz.

Marka hakkı sahibinin ileri sürebileceği hukuki talepler KHK’nın 62. maddesinde belirtilmiş olmakla birlikte, bunlarla sınırlı değildir. Nitekim KHK’nın 64, 66 ve 67. maddelerinde tazminat hükümlerine, 68. maddesinde ayrı bir tazminat türü olan itibar tazminatına, 74. maddesinde tecavüzün mevcut olmadığının tespiti talebine, 75. maddesinde delillerin tespiti talebine, 76. maddesinde ihtiyati tedbir taleplerine ve 79. maddesinde gümrükte el koyma hükümlerine yer verilmiştir. Tescilli marka hakkı sahibi, koşullar oluşmuşsa bu talepleri de ileri sürebilecektir. Aşağıda söz konusu talepler ayrı ayrı incelenecektir.

II. İHTİYATİ TEDBİR VE GÜMRÜKLERDE EL KOYMA

A. İHTİYATİ TEDBİR

Davanın açılması ile esas hakkında hüküm verilmesi arasında geçecek zamanda birtakım tehlikeler söz konusu olabilmektedir. Bu tehlikeleri bertaraf edebilmek ve geçici bir hukuki koruma sağlamak için alınan tedbirlere “ihtiyati tedbir” denilmektedir⁵. Mahkemenin kesin hükmüne kadar geciktirilmesi tehlikeli görülen ya da

³ Tescilsiz markanın korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İbrahim Arslan, “Tescilsiz Markaların Korunması”, **SÜHFD**, C. 16, S. 1, Yıl 2008, s. 29-46.

⁴ Tescilli markaya tecavüz halinde öngörülen cezai yaptırımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serap Keskin, **Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

⁵ İhtiyati tedbir ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Nevhis Deren-Yıldırım, **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınâî Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, 2. Bası, İstanbul, Alkım Kitapevi, 2003; Nevhis Deren-Yıldırım, “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 199-207; Muhammet Özkes, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, **DEÜHFD**, 2002/2, s. 89-137; İbrahim Ercan, **Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, 1992; Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2004, s. 700-716; Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 671-687; Saim Üstündağ,

önemli bir zarara sebep olacağı anlaşılan durumlarda ihtiyati tedbire karar verilerek tehlikenin ya da zararın engellenmesi amaçlanmaktadır⁶.

556 sayılı KHK'da, ihtiyati tedbire ilişkin özel hükümler getirilmiş olup; diğer hususlar için HUMK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir (KHK md. 78).

556 sayılı KHK'nın 76. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz ya da tecavüz konusunda ciddi ve etkin çalışmalar yapılması halinde ihtiyati tedbire karar verilmesi mahkemeden talep edilebilir. İhtiyati tedbir talebinde bulunacak olanlar; marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açmış ya da açacak olan kimselerdir. Bu anlamda; marka hakkı sahibi, marka tescili için yapılan başvurunun yayınlanmasından sonra başvuru sahibi⁷ ve inhisari lisans hakkı sahibi⁸ ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

KHK md. 76/2'nin açık hükmü gereği ihtiyati tedbir talebi dava açılmadan önce, dava ile birlikte ya da davadan sonra yapılabilir. Zira ihtiyati tedbir talebi davadan ayrı olarak incelenecek olan bir husustur. Davadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunulmuşsa, kararın verildiği tarihten itibaren 10 gün içinde davanın açılması gerekmektedir; aksi takdirde verilmiş olan ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden hükmünü yitirecektir (HUMK md. 109)⁹. İnhisari olmayan lisansta, lisans alanın dava açılması

Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, 7. Bası, İstanbul, 2000, s. 581-589; İlhan Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, 1970, s. 424-432.

⁶ Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s. 3; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, 700; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 671-672; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 581; Postacıoğlu, **a.g.e.**, s. 424.

⁷ Başvuru sahibinin, marka tescili için yapılan başvurunun yayımlanmasından sonra, tazminat davası açma hakkı bulunduğu; ihtiyati tedbir talebinde de bulunabileceğinin kabulü uygun olur. (Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 226).

⁸ KHK md. 21/6 ve md. 73 uyarınca sözleşmede aksi kararlaştırılmış olmadıkça, inhisari lisans alan kimse KHK'da yer alan davaları kendi adına açma yetkisine sahip olduğundan ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için mahkemeye de başvurabilir.

İnhisari olmayan lisansa sahip olan kimse ise kural olarak KHK'da yer alan davaları kendi adına açmaya yetkili olmadığından mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmaya da yetkili değildir. Bu kimseler gerekli davaların açılmasını noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle lisans verenden ister. Lisans veren de 3 ay içinde bu davayı açmalıdır. 3 aylık süre bildirim tarihinden itibaren başlar. Ancak lisans alan ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ise 3 aylık sürenin geçmesini beklemeden de tedbir kararı verilmesi için mahkemeye başvurabilir. (KHK md. 73).

⁹ 1086 sayılı HUMK md. 109'da geçen 10 günlük süre, 6100 sayılı HMK'nın 397. maddesinde iki hafta olarak düzenlenmiştir.

için lisans verene başvurması ve 3 ay beklemek zorunda kalması uygulamada bu hususta karşılaşılabilecek sorunlardan birini teşkil etmektedir. Çünkü böyle bir durumda inhisari olmayan lisans alan 10 gün içinde dava açamayacağından ihtiyati tedbir ortadan kalkacaktır¹⁰.

Tedbir kararının verilebilmesi için talepte bulunanın, dava konusu markanın kendi marka hakkına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmesi gerekmektedir. Yani ihtiyati tedbir talebi için talepte bulunanın zarar görmesi şart olmayıp; zarar görme tehlikesi altında olması da yeterlidir¹¹. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi bu hususun ispatlanması gerekmektedir. Buradaki ispat, HUMK’daki düzenlemeye paralel olarak, tam ispat değil; yaklaşık ispattır¹². Yani markanın izinsiz olarak kullanıldığının veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının muhtemel gösterilmesi yeterli olacak, talepte bulunanın bu durumu kesin delillerle ispatlaması gerekmeyecektir. Mahkemenin, tedbir talebinde bulunanın hakkının bulunduğuna inanması yeterli olacaktır¹³. Ayrıca ihtiyati tedbire yönelik netice-i talebin dilekçede somut bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir; uygulamada bu hususa dikkat edilmediği için ihtiyati tedbirin icrasında sorunlar yaşanmaktadır¹⁴.

İhtiyati tedbir talebi esas hakkında dava açılmadan önce talep edilecekse bu hususta görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir (KHK md. 71/1). Yetkili mahkeme ise KHK md. 63/1 uyarınca tedbir talebinde bulunanın ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği ya da tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemelerdir. Esas hakkında dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir talebi davanın esasına bakmakla görevli

¹⁰ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 226-227; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s. 133.

¹¹ Özekes, **a.g.m.**, s. 103. Ayrıca zarar görme tehlikesi için bkz. Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s. 46-51.

¹² Kaya, **Marka Hukuku**, s. 302; Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s. 54-56; Deren- Yıldırım, **Sorunlar**, s. 201-202; Özekes, **a.g.m.**, s. 119; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, 707; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 676; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 586.

¹³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 479; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 227.

¹⁴ Deren- Yıldırım, **Sorunlar**, s. 203-204.

ihtisas mahkemesinden istenebilir (KHK md. 71/1). Yetkili mahkeme ise, davaya bakmakta olan ihtisas mahkemesidir.

Verilecek olan karar davanın etkinliğini temin etmek üzere verilir. Davanın etkinliğinin temin edilmesi, davanın esasını çözecek şekilde ve nitelikte tedbir kararı verileceği şeklinde anlaşılmalıdır¹⁵. Zira böyle bir yaklaşım ihtiyati tedbir müessesesinin niteliğine aykırıdır. İhtiyati tedbir, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı ve KHK md. 77'de sayılan tedbirleri kapsamalıdır. Bu tedbirler; marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması, marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylerin buldukları her yerde el konularak saklanması ve herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesidir¹⁶. Bu hususlar aşağıda kısaca açıklanacaktır.

1. Tecavüzün Durdurulması

KHK md. 77/1.(a) hükmü uyarınca mahkeme ihtiyati tedbir olarak, markaya tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulmasına karar verebilir. Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması kapsamında dava konusu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin üretimi, ambalajlanması, stoklanması, satılması, sipariş alınması ile tüm bu fiiller için hazırlık yapılması sayılabilecektir¹⁷.

2. Ürünlere El Koyma

KHK md. 77/1.(b) hükmü uyarınca marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen ürünlere el konulması ve saklanması şeklinde ihtiyati tedbire hükmedilebilir. Bu ürünlere Türkiye sınırları içinde herhangi bir yerde el konulabileceği gibi gümrüklerde, serbest liman veya bölgelerde de el konulabilir. Söz konusu ürünlerin

¹⁵ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 226, dnp. 6.; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 303-304; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, 705; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 676; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 583; Ercan, **a.g.e.**, s. 24-26.

¹⁶ Maddede sayılan tedbirler örnek kabilinden olup; hâkim hükmün etkinliğini sağlayacak şekilde sair tedbirlere de hükmedebilir. (Kaya, **Marka Hukuku**, s. 303; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 574).

¹⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 479.

üçüncü kişilerin mülkiyetinde olması da el koymaya engel değildir; ancak ürünleri kendi kullanımı için almış olan tüketici nezdindeki ürünlere el konulamaz¹⁸. Ürünlere gümrüklerde el konulması ise KHK'da ayrıca özel olarak düzenlenmiştir ve aşağıda ayrıca incelenecektir.

3. Teminat Verilmesi

KHK md. 77/(c) hükmü uyarınca mahkeme talep üzerine herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesine karar verebilir. Teminat, tecavüzün başlamış olduğu ya da başlaması kuvvetle muhtemel olduğu zamanlarda söz konusu olur. Maddi veya manevi tazminatın talep edilmiş olması mahkemece teminata karar verilmesine engel değildir¹⁹.

556 sayılı KHK'nın 77. maddesinde, hangi tarafın teminat vereceği açıkça düzenlenmeden yalnızca herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi tedbirine mahkemenin hükmedebileceği ifade edilmiştir. Hükümde geçen teminatın kim tarafından yatırılacağı hususunda doktrinde birlik bulunmamaktadır.

ARKAN²⁰ ve ARIKAN²¹, bir kişinin hem ihtiyati tedbir talebine muhatap olması hem de kendisinden teminat talep edilmesinin 1086 sayılı HUMK md. 110 (6100 sayılı HMK md. 392) hükmü gereği usul hukukunun temel ilkelerine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle söz konusu teminatın davacı tarafından verilmesi gerektiği görüşündedir. DEREN YILDIRIM²² da teminatın ihtiyati tedbir talep eden tarafından verileceğini ileri sürmektedir.

¹⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 480; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 575.

¹⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 480; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 575.

²⁰ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 228.

²¹ Ayşe Saadet Arıkan, "Tasarımların 554 Sayılı Tasarım Kararnamesi ve Fikir –Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Korunması", **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 84, dpn. 65.

²² Deren-Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s. 145.

TEKİNALP²³ ise, teminatın tecavüz fiilinin durdurulması yönünde mütecavizi ikna etmek ve verilen zararın tazminini güvence altına almak gibi iki temel işlevinin bulunduğunu, dolayısıyla maddede geçen teminatın mütecaviz yani davalı tarafından ödenmesi gerektiğini savunmaktadır.

PEKDİNÇER²⁴ ise, KHK md. 77/(c) hükmünde düzenlenen “teminat verilmesi” kavramının her iki görüşü benimseyen yazarlarca hatalı bir şekilde değerlendirildiğini, her iki görüşte de md. 77/(c)’de yer alan teminat kavramı ile ihtiyati tedbir talep etmek için verilecek teminat kavramının karıştırılarak farklı iki hususun tartışma konusu edildiğini, KHK md. 77/(c)’de yer alan teminatın markasına tecavüz edilen hak sahibinin dava sonuçlanıncaya kadar ortaya çıkabilecek kayıplarını önlemek amacıyla mütecaviz tarafından gösterilecek teminat olduğunu; tartışma konusu yapılan teminatın ise HUMK md. 110’da düzenlenen ihtiyati tedbirin mahkemeden talep edilebilmesi için davacı tarafından gösterilmesi gereken teminat olduğunu ifade etmektedir.

Kanaatimizce, ilk bakışta her ne kadar bu teminatın davalı mütecaviz tarafından gösterilmesi gerektiği anlaşılrsa da hüküm dikkatlice incelendiğinde aslında teminatın herhangi bir zararın tazminini güvence altına almak amacıyla tedbir talebinde bulunan tarafından gösterilmesi gereken teminat olduğu anlaşılmaktadır. KHK md. 76’da tecavüz halinde ya da tecavüz halinin kuvvetle muhtemel olacağı hallerde davacının ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceği düzenlenmiş, 77. maddede de mahkeme tarafından verilecek ihtiyati tedbir talebinin özellikleri belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus KHK md. 77’de sayılan tedbirlerin davacı tarafından talep edilebilecek hususlar olmayıp; mahkeme tarafından verilecek olan tedbir kararının örnek kabilinden taşınması gereken nitelikler olduğudur. Dolayısıyla maddenin lafzından, davacının davalıdan teminat göstermesini istemesi gibi bir yorum çıkarmak yerinde bir değerlendirme olmayacaktır. Yani söz konusu teminat, mahkemenin uygun görmesi halinde davalı yanın herhangi bir zararının olması halinde davalının zararının

²³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 480.

²⁴ Pekdinçer, **a.g.e.**, s. 180-181.

tazmini için davacı yandan istenecek olan tedbir niteliğindeki teminattır²⁵. Zira aksine bir yaklaşım doktrinde birçok yazar tarafından da belirtildiği gibi usul hukuku kurallarına aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca TRIPS md. 50/3 hükmünde de yetkili merciin hak ihlali konusunda yeterince ikna olması için başvurandan deliller isteyebileceği gibi davalıyı korumak ve suistimali önlemek için başvuru sahibinden teminat veya güvence vermesini emredebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle yapılacak bir değişiklikle teminatın, davacı tarafından verileceğinin KHK md. 77/(c) bendinde yer alması isabetli olacaktır.

B. GÜMRÜKLERDE EL KOYMA

556 sayılı KHK yürürlüğe girmeden önce Türk Hukuku'nda ihtiyati tedbir kararını, 1086 sayılı HUMK md. 101 (6100 sayılı HMK md. 389) ve devamı hükümleri uyarınca sadece mahkemeler verebilmekteydi. KHK'nın 79. maddesi ile gerekli şartların varlığı halinde gümrük idareleri tarafından da ihtiyati tedbir kararının verilebileceği düzenlenmiştir. Zira gümrük idareleri tarafından yapılan el koyma işlemi idare eliyle yapılan ihtiyati tedbir niteliğindedir²⁶.

556 sayılı KHK'nın 79. maddesinin birinci fıkrasına göre, marka hakkı sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi ile gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir. Ancak madde metninden de açıkça anlaşıldığı gibi, gümrük idareleri tarafından yapılan el koyma işlemi yalnızca taklit markalı malın ithali ya da ihracı ile sınırlıdır. Yani hak sahibi tarafından yapılacak olan el koyma talebinin, taklit markalı mallar, ithalat veya ihracat sırasında gümrük sahasında bulunuyor iken yapılması gerekmektedir²⁷.

²⁵ Teminat kararının verilebilmesi için talebin gerekli olup olmadığı hususu için bkz. Deren- Yıldırım, **İhtiyati Tedbirler**, s. 147.

²⁶ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 305.

²⁷ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 578.

Gümrüklerde el koymayı düzenleyen KHK'nın 79. maddesinin ikinci fıkrasında el koyma ile ilgili uygulamanın bu konuda çıkarılacak mevzuatta düzenleneceği öngörülmüştür.

KHK md. 79/3'te gümrük idarelerince yapılan el koyma kararının tebliğinden itibaren 10 gün içinde esas hakkında ihtisas mahkemesinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararının kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinin 4. fıkrasında da KHK md. 79/3'te yer alan hüküm bulunmakta ve ek olarak da 10 günlük süre içinde davanın açılmaması ya da mahkemeden tedbir niteliğinde kararın alınmaması halinde el konulan eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılacağı düzenlenmiş idi. Ancak 18.06.2009 tarih ve 5911 sayılı kanunla 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57. maddesi yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, gümrük idaresince alınan el koyma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren çabuk bozulabilir eşya için üç iş günü, diğer eşya için on iş günü içinde hak sahibince ihtiyati tedbir kararı getirilmemesi halinde, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Yani KHK'daki 10 günlük süreden vazgeçilip bozulabilir eşyalar için 3 işgünü, diğer eşyalar için de 10 işgünü içinde davanın açılması ya da tedbir niteliğinde kararın getirilmesi istenerek KHK'daki süre uzatılmıştır. Ayrıca haklı bir mazeretin bulunması halinde, hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idaresince on iş gününe kadar da ek süre verilebileceği hüküm altına alınarak talepte bulunan yararına bir düzenleme yapılmıştır. Ortaya çıkacak olan bir ihtilafta KHK md. 79/2'nin açık atfı nedeniyle Gümrük Kanunundaki düzenleme esas alınacaktır. Dolayısıyla yapılacak olan KHK değişikliğinde bu hususun da dikkate alınarak KHK md. 79/3 hükmünün Gümrük Kanunu ile uyumlaştırılması gerekmektedir.

III. 556 SAYILI KHK'DA ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI

KHK'nın 62. maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin açabileceği hukuk davaları sayılmış olup; bu sayımda marka sahibine karşı dava açarak fiillerinin tecavüz teşkil etmediğinin tespiti için ve markaya tecavüz edilmiş olduğunun tespiti için açılacak olan davalardan bahsedilmemiştir. Bu iki dava KHK'nın 74 ve 75. maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle yukarıda bahsettiğimiz iki tespit davası incelenecek, ardından da md. 62'de belirtilen davalar incelenecektir.

A. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN MEVCUT OLMADIĞI HAKKINDA (MENFİ TESPİT DAVASI)

Bazı hallerde markaya tecavüz edilip edilmediği, bir markanın kime ait olduğu ya da üçüncü bir kişinin marka üzerinde aynı veya şahsi bir hakkının bulunup bulunmadığı hususu belirsiz olabilir²⁸. Bu belirsizliğin giderilmesi için KHK'nın 74. maddesi düzenlenmiştir.

556 sayılı KHK md. 74/1 uyarınca, menfaati olan herkes, marka sahibine karşı dava açarak, fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir. Maddede geçen "menfaati olan herkes" ibaresi, kendisinin Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınaî faaliyeti sonucu üretilen ürünlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğini önceden öğrenme ihtiyacı içinde olan kişileri ifade eder. Bir başka ifadeyle marka sahibi tarafından ileride aleyhine KHK md. 62'deki davalardan birinin açılması söz konusu olabilecek kişileri kapsar²⁹.

²⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 476.

²⁹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 233.

Davanın açılabilmesi için, belli bir markayı üreteceği ürünlerde kullanmayı düşünen kişinin marka sahibinden görüşlerini bildirmesi için noter vasıtasıyla talepte bulunması gerekir (KHK md. 74/2). Marka sahibi, talebin kendisine tebliğinden itibaren 1 ay içinde cevap vermez ya da verilen cevap talepte bulunan tarafından kabul edilmezse, talepte bulunan KHK md. 74/1 uyarınca marka sahibine, marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava açabilir (KHK md. 74/3). Noter vasıtasıyla marka sahibinden görüşünün istenmesi dava şartıdır; bu bildirim yapılmaksızın açılan dava dinlenemez³⁰.

ARKAN³¹, marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında davanın, KHK'nın 74. maddesinin ikinci fıkrasındaki eksik düzenleme nedeniyle, yalnızca ürünlerde kullanılacak markalar için açılabilceğini, hizmet markaları için ise bu davanın açılmayacağını ifade ederek, kanun koyucunun asıl amacının bu yönde olmadığından madde metninde değişiklik yapılması gerektiğini ve hizmet markalarının da metne alınması gerektiğini ifade etmiştir. Zira maddede yalnızca “*sınâî faaliyet sonucu üretilen ürünlerde*” kullanılacak olan markadan bahsedilmiş olup; hizmet markalarından hiç bahsedilmemiştir. KAYA³² ise, maddedeki düzenlemenin örnek kabilinden olması sebebiyle sınırlı bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini, bu ifadenin hem ürünler üzerinde kullanılacak markaları hem de hizmet markalarını kapsadığı belirtmektedir. Madde metninde her ne kadar yalnızca ürünlerden bahsedilmiş olsa da söz konusu davanın hizmet markaları için açılmayacağını kabulü KHK'nın amacına ters düşmektedir. Bu nedenle KAYA'nın görüşüne katılmakla birlikte, yapılacak bir değişiklikle madde metnine hizmet markalarının da eklenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

KHK md. 74/5 hükmünün açık ifadesi gereği davanın, marka üzerinde hak sahibi bulunan kişinin yanı sıra lisans alan ve rehin hakkı sahibi gibi Marka Siciline

³⁰ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 23; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 476; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 566. Feyzan Hayal Şehirli, **Patent Hakkının Korunması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 1998, s. 179. KAYA ise dava öncesinde gerçekleşmemiş olan dinlenme şartının yargılama sırasında gerçekleşmesi halinde şartın yokluğundan davanın reddedilmeyip, davaya devam edilmesi gerektiği görüşündedir. (Bkz. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 282).

³¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 232, dpn. 23.

³² Kaya, **Marka Hukuku**, s. 282-282, dpn. 92.

kayıtlı olan tüm hak sahiplerine tebliğ edilmesi gerekmektedir. Davanın, dava konusu marka ile ilgili olan diğer kişilere tebliği HUMK anlamında davanın ihbarıdır³³. Bu ihbarın amacı marka üzerinde hak sahibi olanlara da gerektiğinde davaya müdahale etme imkânının sağlanmasıdır³⁴.

Dava, markanın hükümsüzlüğü davasıyla birlikte de açılabilir (KHK md. 74/6). Ancak marka hakkına tecavüzdten dolayı kendisine karşı dava açılmış kimse bu davayı açamaz (KHK md. 74/4) ya da karşı dava şeklinde ileri süremez³⁵. Bu düzenlemenin amacı; gereksiz davalara sebebiyet vermemektir³⁶. Çünkü tecavüzün olup olmadığının tespiti, tecavüz nedeniyle açılan davada inceleneceğinden, davacının böyle bir davayı açmada menfaati bulunmayacaktır³⁷.

Marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki dava, menfi tespit davasının tüm şartlarını taşımasa da esas itibariyle bir menfi tespit davasıdır³⁸. Menfi tespit davası, varlığı iddia edilen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığının tespiti için açılır. Maddi vakıalar yalnız başına tespit davasına konu yapılamaz. Menfi tespit davasının açılabilmesi için iki dava şartının birlikte bulunması gerekmektedir. Bunlardan birincisi bir hukuki ilişkinin varlığının iddiası, ikincisi ise davacının tespit davasına konu yapılan hukuki ilişkinin yokluğunun tespit edilmesinde hukuki yararının bulunmasıdır³⁹. Usul hukukunda menfi tespit davasından söz edilebilmesi için davalının önceden bir hukuki ilişkinin varlığını iddia etmiş olması ve davacının da buna istinaden aralarında iddia edilen bir hukuki ilişkinin bulunmadığının tespiti için dava açmış olması gerekir. Oysaki KHK'nın 74. maddesinde düzenlenen dava türünde marka hakkına tecavüzün varlığı iddia edilmeden davacı söz konusu davayı ikame edebilmektedir. Ayrıca menfi tespit davası eda davasının açılabileceği hallerde

³³ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 233.

³⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 477.

³⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 477; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 282.

³⁶ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 282, dpn. 94.

³⁷ Pekdinçer, **a.g.e.**, s. 184; Yasaman v.d., **a.g.e.**, C. 2, s. 1205.

³⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 476; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 233; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 282; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 565; Camcı, **a.g.e.**, s. 151; Şehirli, **a.g.e.**, s. 179-180.

³⁹ Tespit davaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baki Kuru, **Tespit Davaları**, Ankara, 1963.

açılmaz. Zira böyle bir durumda davacının hukuki menfaati bulunmamaktadır. Ancak marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava, eda davasıyla birlikte de açılabilir⁴⁰. Bu düzenlemenin temelinde yatan neden, eda davasına nazaran bu davanın açılmasının daha kolay olduğu düşüncesidir⁴¹.

B. DELİLLERİN TESPİTİ

KHK'nın 75. maddesine göre, marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir. Tespit talepleri bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespitine ilişkin taleplerdir⁴². Tespit talebi, henüz şartları tamam olmadığından açılmayan eda davasının öncüsü durumundadır⁴³. Talebin kabulü halinde verilen hüküm ile hukuki ilişkinin var olduğu; reddedilmesi halinde de hukuki ilişkinin mevcut olmadığı kesin olarak tespit edilmiş olur⁴⁴.

KHK'nın ilk metninde 75. maddenin kenar başlığı "Delillerin Tespiti Davası" şeklindeydi. Kenar başlığında geçen "dava" ibaresi, maddede düzenlenen hususun nizalı kaza hükümlerine tabi ayrı ve yeni bir tespit davası mı yoksa HUMK md. 368 ve devamı maddelerinde düzenlenen delillerin tespiti talebi mi olduğu hususunda tartışmaya neden olmaktaydı.

TEKİNALP⁴⁵, ARKAN⁴⁶ ve KAYA⁴⁷ 556 sayılı KHK'nın 75. maddesinde yapılan düzenlemenin Türk Hukuku açısından yeni bir dava olduğu, HUMK md. 368-

⁴⁰ Ünal Tekinalp, "Gümrük Birliği'nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri", **İÜHFİM**, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 77.

⁴¹ Tekinalp, **Gümrük Birliği**, s. 78.

⁴² Bkz. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 324-325; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 302-303.

⁴³ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 325.

⁴⁴ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 328.

⁴⁵ Tekinalp, **Gümrük Birliği**, s. 78.

⁴⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 231-232.

374 arasında düzenlenen delillerin tespitinden farklı olduğu, delillerin tespiti davasından sonra mahkemece verilen kararın kesin hüküm teşkil edeceğini ve başka bir mahkemece incelenemeyeceği, yalnızca temyiz edilebileceği görüşünde idiler. ŞEHİRALİ⁴⁸, DEREN - YILDIRIM⁴⁹ ve ERGÜN⁵⁰ ise delillerin tespitinin bir dava olmadığını, “Delillerin Tespiti Davası” başlığının yanlışlıkla kullanıldığını ve bunun “Delillerin Tespiti” ya da “Delillerin Tespit İstemi” şeklinde düzeltilmesi gerektiğini savunmaktaydılar. Öte yandan Yargıtay, KHK md. 75 uyarınca açılacak olan davanın HUMK md. 368 ve devamı hükümlerinde düzenlenen delillerin tespiti talebinden farklı olduğunu, 556 sayılı KHK ile getirilen yeni ve özel bir tespit davası türü olduğunu kabul etmekteydi⁵¹.

26.06.2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5194 sayılı “Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 18. maddesiyle “dava” kelimesi KHK md. 75’in kenar başlığından çıkarılarak, 75. maddenin kenar başlığı “Delillerin Tespiti” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca KHK’nın 78. maddesinde geçen “tespit davaları” ifadesi de “tespit talepleri” şeklinde değiştirilmiştir⁵². Ancak bu değişiklikle doktrindeki tartışma tam olarak ortadan kalkmamıştır. Nitekim söz konusu değişiklik doktrinde eleştirilerek kanun

⁴⁷ Arslan Kaya, “Marka Hukukunda Delillerin Tespiti Davası”, **Patent&Marka Dünyası**, Yıl 4 , S. 12-13, 2004, s. 11.

⁴⁸ Şehirali, **a.g.e.**, s. 147-148.

⁴⁹ Deren-Yıldırım, **a.g.e.**, s. 100-102.

⁵⁰ Mevci Ergün, “Türkiye’de Marka Hakkına Tecavüz Davaları”, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu (24-25 Haziran 1998), **Türk Patent Enstitüsü**, Ankara, s. 168.

⁵¹ “...556 sayılı KHK ile yapılan düzenleme... bir tespit davasıdır. Böylece kanun koyucu tarafından eda davası açılabilmesi halinde sadece tespit davası açma olanağı açıkça tanınmıştır. Somut olaya baktığımızda; davacının açtığı dava HUMK 368 vd. maddelerinde sayılan delillerin tespiti isteği olmayıp kanun tarafından ihdas edilmiş bir tespit davasıdır...556 sayılı KHK’nın 75. maddesi ile kabul edilen dava esasa ilişkin bir dava olduğundan kabili itiraz kararlardan olmayıp, temyizi kabil kararlardandır.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 30.01.1997 T., 1996/8836 E., 1997/424 K., Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 568-570).

⁵² 26.04.2004 tarihli Adalet Komisyonu Raporu’nda, haklarının ihlal edildiğini ve acil olarak durumun mahkemece belirlenerek tedbir alınmasını isteyen hak sahiplerinin başvurması hallerinde işin dava olarak nitelendirilmesi nedeniyle esasa kaydedilmesi hallerinde KHK ile elde edilmek istenen amacın sağlanamadığını ve bu nedenle KHK’nın “Delillerin Tespiti Davası” olan madde başlıklarını “Delillerin Tespiti”, madde metinlerinde yer alan “tespit davaları” ibarelerini “tespit talepleri” şeklinde değiştirmek amacıyla tasarıya çerçeve 18. maddenin ilave edilmesi gerektiği yer almıştır. (Erdal Noyan, **Marka Hukuku**, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 611).

koyucunun bu değişlikle ulaşmak istediği amacın anlaşlamadığı ifade edilmiştir. KAYA⁵³, KHK’da yapılan değişlikle md. 75’in, HUMK’ta yer alan tespit taleplerinin bir tekrarı niteliğinde olduğunu; KARAN/KILIÇ⁵⁴ da değişlikten önce marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin hukuki konumunun mütecavize karşı güçlendiğini ve sorunun hukuk ve ceza davası açılmadan uzlaşma ile çözümlenmesine imkân sağladığını, ancak değişlikle bu durumun ortadan kaldırıldığını ifade ederek değişikliği eleştirmişlerdir.

C. TECAVÜZ FİİLLERİNİN DURDURULMASI (MEN) DAVASI

Davalının olumsuz bir edime mahkum edilmesi amacıyla açılan davaya men davası denir⁵⁵. Marka hakkı tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi de KHK md. 62/(a) hükmü gereği mahkemeden tecavüz fiillerinin durdurulmasını talep ederek “*men davası*” açabilir. Bu davada amaç, davalının tecavüz fiillerine devam etmemesi ya da eğer tecavüz tehlikesi varsa bunu gerçekleştirmemesi gibi davalı hakkında olumsuz bir eda kararı almaktır⁵⁶.

Men davası yalnızca marka hakkına tecavüzün fiilen başlamış olduğu durumlarda değil; tecavüzün henüz başlamamış olmakla birlikte ciddi bir tecavüz tehlikesinin bulunduğu durumlarda da açılabilir⁵⁷. Koruyucu dava niteliğinde olan men davasının hukukumuzdaki işlevi; tecavüzü önlemeye, etkisizleştirmeye ya da tekerrürünü önlemeye hizmet etmektedir⁵⁸. Dolayısıyla madde metninde yalnızca tecavüz

⁵³ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 278-281.

⁵⁴ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 567-568.

⁵⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 323; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 290-291; Üstündağ, **a.g.e.**, s. 314.

⁵⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, S. 234; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 283; Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 323.

⁵⁷ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 283; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 234; Arseven, **a.g.e.**, s. 179-180; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 469.

⁵⁸ Hamdi Yasaman, “Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı**, C. 1, İstanbul, 2002, s.818.

fiillerinin durdurulmasından bahsedilse de henüz tecavüzün başlamamış ancak tecavüz için ciddi hazırlıkların yapıldığı⁵⁹ ya da gerçekleşmiş bir tecavüz fiilinin tekrarlanması durumlarında da KHK md. 62/(a) hükmüne dayanılarak men davası açılacaktır⁶⁰.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması talebiyle men davasının açılabilmesi için mütecavizin kusurlu olması ya da ortada bir zararın olması aranmaz⁶¹. Bilindiği gibi, kusur unsuru yalnızca tazminat davalarında gündeme gelmektedir. Men davası için sadece “hukuka aykırılık” unsurunun bulunması yeterlidir⁶². Ancak men davası için kusur unsurunun aranmayacağı kuralının bir istisnası bulunmaktadır. KHK md. 61/(c) hükmü uyarınca taklit markalı ürünleri satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan veya ticari amaçla elinde bulunduran kişiye karşı tecavüz fiillerinin durdurulması talebiyle men davasının açılabilmesi için mütecavizin kusurlu olması gerekmektedir⁶³.

Tecavüzün durdurulması talebiyle açılan men davası, tecavüz veya tecavüz tehlikesinin devam ettiği sürece açılabilir ve bu süre içinde zamanaşımı işlemez⁶⁴. Tecavüz fiillerinin sona ermesinden sonra ise kural olarak durdurma davası açılmaz; ancak tecavüzün etkileri tecavüzün durmasından sonra da devam ediyorsa ve bu

⁵⁹ “...Mahkemeye, iddia, savunma ve toplanan kanıtlar, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davalının davacı ile sözleşme yapmadığı dönemde işyerinde yapılan tespitte çok miktarda istif edilmiş, ambalajlanmış parafudilerin görüldüğü, üzerlerinde TSE markasının bulunduğu, bunların satışa arz edilmek için hazırlandığı, davalının bu şekilde markaya tecavüz eylemini işlediği, gerekçeleriyle davanın kabulüne, davalının, davacının marka hakkına vaki tecavüzünün menine... karar vermiştir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.04.2000 T., 2000/2598 E., 2000/3579 K., www.kazanci.com.tr).

⁶⁰ KHK md. 9/1.(b) hükmünde yer alan bağlantı olduğu ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali md. 61’in atfı ile tecavüz hali olarak belirlenmiştir. “Karıştırılma ihtimali” bir tecavüz hali olarak kabul edildiğine göre, men davası da tecavüz tehlikesinin bulunduğu hallerde açılacaktır demektir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 401; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 283).

⁶¹ Bkz. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 284; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 234; Ergün, **a.g.e.**, s. 159; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 401; Yasaman, **Fikri Haklarda Tazminat**, s.806-807; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 304.

⁶² Yasaman, **Fikri Haklarda Tazminat**, s.818.

⁶³ Bu husustaki eleştiriler için bkz. İkinci Bölüm II/C.

⁶⁴ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 493.

etkilerin ortadan kaldırılması mütecavizin elinde ise tecavüzün giderilmesi davası açılabileceği gibi durdurma davası da açılabilir⁶⁵.

Her eda hükmü, eda hükmü ile birlikte dava konusu hakkın ya da hukuki ilişkinin tespitini de kapsar. Yani eda davasının kabulüne ilişkin davada hem tespit hem de eda hükmüne yer verilmelidir. Eda davasının reddine ilişkin hüküm ise yalnızca tespit hükmü niteliğindedir ve bu hüküm davalıya karşı açılacak olan diğer davalarda kesin delil ve kesin hüküm teşkil eder⁶⁶. Tecavüzün durdurulması talebiyle açılan men davası da bir eda davası olduğundan⁶⁷, söz konusu davanın kabulü halinde verilecek hüküm; davacının dava konusu markanın gerçek sahibi olduğu ve davalının bu markayı haksız olarak kullandığının tespiti (tespit hükmü) ile davalının bu markayı kullanmaya son vermesi (eda hükmü) hususlarını ihtiva edecektir. Davanın reddi halinde ise davalının markayı haksız olarak kullanmadığı tespit edilerek – temyiz aşamasından da geçtikten sonra- bu tespit hükmü kesin delil ve kesin hüküm teşkil edecektir.

D. TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ (REF) DAVASI

KHK md. 62/(b) hükmü gereği, marka hakkı tecavüze uğrayan kişi mahkemeden tecavüzün giderilmesini talep edebilir. Ref davası olarak da anılan bu dava, tecavüz fiilinin meydana getirdiği sonuçların ve hukuki aykırılıkların ortadan kaldırılması, tecavüzden önceki durumun sağlanması amacıyla açılır⁶⁸. Davanın açılma amacından da anlaşıldığı gibi ref davasının açılabilmesi için tecavüz fillerinin sonuçlarını doğurmuş olması gerekmektedir. Örneğin, taklit markalı ürünler piyasada satılmaktadır. Bu

⁶⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 462; Şehirali, **a.g.e.**, s. 153.

⁶⁶ Eda davaları için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 322-324.

⁶⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 234; Pekdiğer, **a.g.e.**, s. 186; Cengiz, **a.g.e.**, s. 136.

⁶⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 462; Karayalçın, **a.g.e.**, s. 468; Arkan, **Marka Hukuku**, s. 284-285; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 456; Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 2, s. 1123; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 306; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 493.

durumda açılacak ref davası ile bu ürünlerin piyasadan toplatılması veya ürün üzerindeki taklit markaların silinmesi amaçlanır⁶⁹.

Tecavüz tehlikesinin bulunduğu durumlarda söz konusu dava ikame edilemeyecektir. Çünkü ortada bir tecavüz bulunmadığından tecavüzün giderilmesi de talep edilemeyecektir. Bu durumda marka hakkı sahibine tecavüzün men'i davasını ikame edebilme imkânı tanınmıştır. Ref davasının açılabilmesi için tecavüz fiilinin hukuka aykırı sonuçlarının varlığı yeterlidir; tecavüz teşkil eden fiilin devam etmesi ya da devam etme tehlikesinin bulunması şart değildir⁷⁰. Önemli olan tecavüzün etkilerinin halen hissedilebiliyor olmasıdır⁷¹. Yani tecavüz fiili sona ermiş olsa bile hukuka aykırı sonuçların varlığı halinde bu aykırılıkların giderilmesi için ref davası açılabilecektir. Tecavüzün durdurulması davasında olduğu gibi tecavüzün giderilmesi davasında da mütecavizin kusurlu olması ya da marka hakkı sahibinin zarara uğramış olması aranmaz⁷².

KHK md. 62/(b) hükmünde, açılan davada tecavüzün giderilmesi ile birlikte, şartların varlığı halinde, maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunulabileceği düzenlenmiştir⁷³. Ayrıca 62. maddenin diğer bentlerinde tecavüzün giderilmesi davasında ileri sürülebilecek taleplerin bir kısmına da yer verilmiştir. Örneğin, tecavüzün giderilmesi davasında davacı mahkemeden şu taleplerde bulunabilecektir⁷⁴:

⁶⁹ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 285.

⁷⁰ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 285.

⁷¹ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 493.

⁷² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 463; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 285; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 493; Dirikkan, **a.g.e.**, s. 306-307.

⁷³ ARKAN, tecavüzün giderilmesi davasının konusunun tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması ve bu bağlamda KHK md. 62'nin (c)-(e) bentlerinde gösterilen hususların karara bağlanması gerektiğinden KHK md. 62/(b) bendinde tecavüzün giderilmesinden hiç söz edilmemesi gerektiği görüşündedir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 240). Aksi yönde görüş için bkz. Ömer Faruk Özeroğlu, **Marka Korsanlığı (Markaya Tecavüzün Hukuki Sonuçları ve Marka Korsanlığı İle Mücadele Tedbirleri)**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2007, s. 219-220.

⁷⁴ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 240; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 285.

- a) Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması (KHK md. 62/(c)),
- b) El konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması (KHK md. 62/(d))⁷⁵,
- c) El konulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası (KHK md. 62/(e)),

hususlarını talep edebilecektir. KHK md. 62’de yer alan talepler sınırlı sayıda ve seçimlik olmadığından maddede sayılan tedbirlere ek olarak benzeri nitelikte tedbirlere de karar verilebileceği gibi, tedbirlerden bir veya birkaçına ya da hepsine aynı anda hükmedilebilir^{76 77}.

Tecavüzün giderilmesi davasında, talep edilebilecek hususlardan da anlaşıldığı gibi, davanın amacı tecavüz fiilinin sebep olduğu hukuka aykırı sonuçların kaldırılmasıdır. Aslında bu davaya bir nevi “eski halin iadesi davası” da diyebiliriz⁷⁸.

⁷⁵ El konulan ürün üzerinde mülkiyet hakkının tanınması ile birlikte tazminat da talep edilmişse, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir (KHK md. 62/(d)).

⁷⁶ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 286.

⁷⁷ “...davacı vekili, davalının işletme adı ve tanıtma araçlarında aynı konuda faaliyet gösteren müvekkilinin tescilli hizmet markasının esas unsuru olan “uzelli” sözcüğünü kullanarak markaya tecavüz ve haksız rekabette bulunduğunu ileri sürerek, haksız rekabetin tespitini ve önlenmesini, davalının kullandığı eşyalara veya üretime yarayan araçlara el konulmasına, “Hasan Uzelli, Uzelli Musiz Club” ad ve ticaret unvanından “Uzelli” sözcüğünün çıkartılmasını ve ticaret sicilinde terkinini, haksız rekabet oluşturan ambalaj, kutu gibi ürünlere el konularak toplatılmasını ve hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir. Mahkemece... davalının “Uzelli” sözcüğünü kullanmayı sürdürmesinin haksız rekabet oluşturduğunun tespitine ve önlenmesine, 556 sayılıKHK’nın 62. maddesi gereğince markaya tecavüz niteliği taşıyan araçlar ile bu araçları üretmeye yarayan araç, makine gibi araçlara el konulmasına, davalı unvanından “Uzelli” sözcüğünün çıkartılmasına ve ticaret sicilinden terkinine, anılan sözcüğün tanıtma araçları ve haksız rekabet oluşturan ambalaj, kutu ve tabela gibi ürünlerden çıkarılmasına ve hükmün ilanına karar verilmiştir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.02.2001 T., 2000/10398 E., 2001/1469 K., Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 500-501).

⁷⁸ Karayalçın, **a.g.e.**, s. 468.

Tedbir taleplerinden de anlaşıldığı gibi davada hükmedilecek karar marka hakkı sahibini koruyacak nitelikte olmakla birlikte; davalıya amacı aşan biçimde zarar verici nitelikte olmamalıdır⁷⁹.

E. MADDİ VE MANEVİ ZARARIN TAZMİNİ

KHK md. 62/(b) hükmünde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin maddi ve manevi zararının tazminini mahkemeden talep edebileceği düzenlenmiştir. Maddi ve manevi zararın tazmini, mütecevize karşı açılacak tazminat davaları ile sağlanacaktır.

Madde metninden de anlaşılacağı gibi, tecavüz dolayısıyla tazminat isteme hakkı öncelikle marka hakkı sahibine aittir. 556 sayılı KHK'nın md. 9/3 hükmü gereği, marka hakkı sahibi bu hakkını üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayımı tarihinden itibaren ileri sürebilir. Markanın tescili için başvuruda bulunan kişiye de tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. Ancak bu hakkın kullanılabilmesi için tecavüzün, başvurunun Resmi Marka Bülteni'nde yayımlanmasından sonra gerçekleşmiş olması gerekir (KHK md. 9/3). Lisans alan da KHK'nın 73. maddesinde belirtilen koşullar altında mütecevize karşı tazminat talebinde bulunma hakkına sahiptir.

556 sayılı KHK üç tür tazminat davasına yer vermiştir. Bunlar; md. 62/(b) ve md. 64'te düzenlenen "*maddi tazminat*" davası, md. 62/1.(b)'de düzenlenen "*manevi tazminat*" davası ve md. 68'de düzenlenen "*itibar tazminatı*" davasıdır. Aşağıda her 3 dava da ayrı ayrı incelenecektir.

⁷⁹ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 287.

"...sadece markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturan davalı ürününün ad ve cinsi açık ve net olarak belirtilip ambalajlarının toplattırılmasına hükmedilmek gerekirken, **davaya konu edilmeyen ambalaj içerisindeki çay ürününün de toplattırılmasına karar verilerek davanın özünün gerektirdiği sonuçların aşılması ve hangi ürünün kastedildiği belirsiz bırakılarak icra ve infazda duraksamalara meydan verilmesi doğru bulunmamış, kararın bu yön bakımından da bozulması gerekmiştir.**" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.11.2002 T., 2002/7205 E., 2002/10668 K., www.kazanci.com.tr).

1. Maddi Tazminat Davası

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka hakkı sahibinin zararın tazmini için maddi tazminat talebinde bulunabileceği KHK md. 62/(b) hükmünde düzenlenmiştir. KHK'nın 64. maddesinde ise tazminat davasının şartları düzenlenmiştir. Buna göre, “*marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elinde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavülden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*”

TEKİNALP⁸⁰, KHK md. 62/(b) ile 64. maddede yer alan düzenlemelerin farklı olduğunu, 64. maddede yalnızca taklit markadan söz edilmesi sebebiyle taklit marka haricindeki marka hakkı ihlallerinde 64. maddenin değil, yalnızca 62/(b) hükmünün uygulanacağını, bu ayrıma bağlı olarak da 62/(b) hükmüne dayanılarak tazminat talep edildiğinde mütecevizin kusurlu olması gerektiğini; ancak taklit marka sebebiyle 64/1 hükmüne dayanılarak tazminat talep edildiğinde ise mütecevizin kusurlu olup olmamasının önemli olmadığı, zira bu durumda kusursuz sorumluluk halinin olduğunu ileri sürmüştür.

Doktrinde ağırlıklı olan görüş, TEKİNALP'in aksine, KHK md. 64/1 hükmünde kusurdan söz edilmemiş olmasının, maddede sözü edilen kişilerin kusurlu olmaları dahi tazminat ödemekle yükümlü tutulabilecekleri şeklinde yorumlanmaması gerektiği, kast veya ihmali kapsayan bir kusur olmadığı sürece mütecevizin tazminat sorumluluğuna gidilemeyeceği yönündedir. ARKAN⁸¹, bir işareti marka olarak kullanmayı düşünen kişinin bu işaretin kullanılmasının başkalarının marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği hususunda araştırma yapmayarak işareti marka olarak kullanmasının kanun koyucu tarafından kusurlu bir davranış olarak kabul edildiğini ve

⁸⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 464.

⁸¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 241.

bu nedenle KHK md. 64/1'de kusur unsurundan söz edilmediğini; ancak maddede sayılan kişilerin kusursuz olduklarını ispat etmeleri halinde tazminat sorumluluğuna gidilemeyeceğini savunmuştur. DİRİKKAN⁸² da ARKAN gibi, taklit markalı ürünleri üreten, satan dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elinde bulunduran kişinin fiillerinin kanun koyucu tarafından kusurlu fiiller olarak kabul edildiğini; ancak mütecavizin kusursuz olduğunu ispatlamakla tazminat yükümlülüğünden kurtulabileceğini beyan etmiştir. KAYA⁸³, tazminat sorumluluğu için kusurun varlığının asıl olduğunu ve kusursuz olduğunu ispatın markayı taklit eden üzerinde olduğu görüşündedir. POROY/YASAMAN⁸⁴ ve KARAN/KILIÇ⁸⁵, 64. maddede geçen taklit kavramının 61/(b) bendinde yer alan taklit kavramı ile aynı olduğunu, madde 61/(b)'nin ihlali için kusur unsurunun kanunen düzenlenen bir şart olduğunu ve bu nedenle tazminat için mutlaka mütecavizin kusurlu olması gerektiğini ifade etmiştir. OYTAÇ⁸⁶, Paris sözleşmesi hükümlerinden hareketle, bu hükümlerin doğrudan doğruya haksız rekabet hükümlerine gönderme yaptığını, haksız rekabeti ve markaya iltibası düzenleyen TTK md. 57/5 vd. maddelerinde de kusurun arandığını belirterek, taklit olgusunu bilmeyen ya da bilmeyecek durumda olan kişilerin kusursuz sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatindedir.

Kanaatimizce de KHK md. 64'de kusur unsurunun açık bir şekilde zikredilmemiş olması, marka hakkına tecavüz halinde tazminat sorumluluğunun doğması açısından kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiğini göstermez. Marka hakkına tecavüz, haksız fiilin özel bir türüdür ve hukukumuzda haksız fiil sorumluluğu kusur esasına bağlı olarak düzenlenmiştir. Markanın taklit edilmesi de KHK md. 61'de düzenlenen tecavüz hallerinden biridir. Diğer tecavüz hallerinde mütecavizden tazminat talebinde bulunmak için kusur unsurunun varlığı aranırken, taklit markalar söz konusu olduğunda mütecavizin kusursuz sorumluluğuna gidilmesi KHK'nın sistematığına uygun düşmeyecektir. Zira KHK md. 61/(c) hükmünde, taklit markalı malları satan,

⁸² Dirikkan, **a.g.e.**, s. 307 ve dnp. 388.

⁸³ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 290.

⁸⁴ Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 457.

⁸⁵ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 516.

⁸⁶ Oytaç, **a.g.e.**, s. 318-319.

dağıtan ya da başka surette ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştiren, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan veya ticari amaçla elde bulduranların, marka hakkına tecavüz ettiklerinin kabul edilebilmesi için kusurlu olmaları yani markanın taklit edilmiş olduğunu bilmeleri ya da bilmelerinin gerekli olması aranmıştır⁸⁷.

KHK md. 64/2 hükmünde de ifade edildiği gibi, taklit markayı kullanmakta olan kişiye karşı tazminat davasının ikame edilebilmesi için mütecavizin markanın taklit edildiğini bildiği halde taklit markalı ürünü kullanması ya da durumdan haberdar edildiği halde kullanıma devam etmesi gerekmektedir. Kanun koyucu burada kusur unsurunu açıkça düzenlemiştir. Bildirim⁸⁸ üzerine kullanıma son verilmişse tazminat davası ikame edilemeyecektir. Madde metninde bildirim için bir şekil şartı öngörülmediğinden bildirim yapılması herhangi bir geçerlilik şartına bağlı değildir. Ancak bildirim yazılı olarak yapılması ispat açısından kolaylık sağlar. Bildirimde marka hakkına tecavüze son verilmesi gerektiği hususu yer almalıdır⁸⁹. Tecavüzün durdurulması için uygun bir sürenin verilmesi ve bu süre bittikten sonra hala kullanımın devam etmesi halinde tazminat davasının ikame edilmesi hükmün amacına daha uygun olacaktır⁹⁰.

KHK md. 64/2’de geçen “markayı kullanmakta olan kişi”den kasıt nihai tüketici olmayıp; bakımcı, tamirci, boyacı gibi taklit markalı malları meslekleri gereği kullanan kişilerdir⁹¹. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu kişilerin sorumlu tutulabilmeleri için kendilerine bildirim yapılmasına rağmen taklit markalı malları kullanmaya devam

⁸⁷ Marka hakkına tecavüz fiili de bir haksız fiil olduğundan, tazminat talebinde bulunabilmek için kusur unsurunun yanı sıra ortada zarar ve bu zarar ile tecavüz fiili arasında uygun illiyet bağı da bulunmalıdır. (Bkz. Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 2, s. 113.). Ancak kusurun ağır olması koşulu aranmamıştır. (Ergün, **a.g.e.**, s. 160).

⁸⁸ Maddede bildirim marka sahibi tarafından yapılacağından söz edilmekle birlikte marka sahibinin üye olduğu bir meslek teşekkülü ya da kamu makamları tarafından yapılan bildirim de geçerli olacaktır. (Bkz. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 289; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 517). Zira önemli olan husus taklit markayı kullanan kişinin haberdar edilmesidir.

⁸⁹ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 289.

⁹⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 465; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 289.

⁹¹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 464.

etmeleri ya da bu malları kullanımlarının kusurlu olması gerekmektedir. Nihai tüketicilere karşı ise, KHK md. 69 hükmü gereği, bu tür davalar ikame edilemeyecektir.

KHK'nın 62/(b) ve 64. maddelerinde "marka sahibi" ifadesi yer aldığından tazminat talebinde bulunma yetkisinin yalnızca marka sahibine ait olduğu izlenimi uyanmaktadır. Tazminat talebinde bulunma hakkı öncelikle tescilli marka sahibine tanınmış olmakla birlikte KHK md. 73 gereği marka lisansına sahip olan kişiye de belli koşullar altında tecavüz nedeniyle tazminat talebinde bulunma hakkı tanınmıştır. Ayrıca tescil için marka başvurusunda bulunup da henüz markası tescil edilmemiş olan kişinin de, başvurunun Resmi Marka Bülteni'nde yayımlanmasından sonra gerçekleşen tecavüz fiillerine karşı tazminat talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmıştır (KHK md. 9/3).

Marka hakkına tecavüz nedeniyle kimlerin talepte bulunabileceği hususunda KHK'da istikrarlı bir düzenleme bulunmamaktadır⁹². Örneğin, KHK'nın tecavüz halinde talep edilebilecek hususları düzenleyen 62. maddesinde, tazminat şartlarını düzenleyen 64. maddesinde ve yoksun kalınan kazancı düzenleyen 66. maddesinde "marka sahibi" ifadesine yer verilmekte iken; yoksun kalınan kazancın artırımını düzenleyen 67. maddede "marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi" ifadesine yer verilmiştir.

a. Tazminatın Hesaplanması

Maddi tazminat davasında davacı, marka hakkına tecavüz fiili nedeniyle bir zararın varlığını, zararın miktarını ve davalının kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlüdür (818 sayılı BK md. 42/1; 6098 sayılı TBK md. 50/1). Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil; marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsamaktadır (556 KHK md. 66/1). Zarar miktarının ve dolayısıyla tazminatın hesaplanmasında önemli olan "fiili zarar" ve "yoksun kalınan kazanç" kavramları ayrı ayrı incelenecektir.

⁹² Kaya, **Marka Hukuku**, s. 288, dpn. 105.

(1) Fiili Zarar

Fiili zarar, mal varlığındaki aktiflerin azalmasını, pasiflerin ise çoğalmasını ifade eder⁹³. Başka bir ifade ile fiili zarara, marka hakkı sahibinin doğrudan malvarlığında meydana gelen fiili eksilme de diyebiliriz⁹⁴.

Taklit veya benzer markanın kullanılması sonucunda marka hakkı sahibi piyasada meydana gelen karışıklığı tüketicilere açıklamak için, yeni bir reklam kampanyasına girişmek, durumu açıklayıcı ilanlar yapmak gibi masraflarda bulunmak zorunda kalabilir⁹⁵. Yine aynı şekilde marka hakkı sahibinin tecavüz sebebiyle piyasaya etkin biçimde girememesi, ürettiğini satamaması, hukuki yollara başvurmak gibi masraflarda bulunması da söz konusu olabilir⁹⁶. İşte tüm bunlar fiili zararı oluşturmakta ve tazminatın hesaplanmasında esas alınmaktadır.

556 sayılı KHK'da fiili zararın hesaplanması için özel bir hüküm öngörülmediğinden, fiili zararın tespitinde 818 sayılı BK md. 42-44 (6098 sayılı TBK md. 50- 52) hükümleri uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır.

Zararın varlığını ispat davacı üzerindedir (818 sayılı BK md. 42/1; 6098 sayılı TBK md. 50/1). Ancak KHK md. 65 uyarınca marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini de talep edebilir. Böylece davacıya, genel ispat hukuku kurallarından farklı olarak, zararın varlığının ve miktarının ispatında davalı tarafın belgelerinden de yararlanabilme imkânı tanınmıştır. Zarar miktarının ispatının mümkün olmadığı hallerde ise hâkim olayın mutad akışına ve davacının yaptığı tedbirleri dikkate alarak

⁹³ Fiili zarar kavramı için bkz. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler-**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 343-344.

⁹⁴ Bkz. Kaya, **Marka Hukuku**, s. 291; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 465; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 520.

⁹⁵ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 244.

⁹⁶ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 291.

adalete uygun bir fiili zarar miktarı tayin eder⁹⁷ (818 sayılı BK md. 42/2; 6098 sayılı TBK md. 50/2).

Tecavüz fiilinin marka hakkı sahibine bir takım yararlar sağlamış olması halinde, denkleştirme ilkesi gereği, fiili zarardan sağlanan yararlar tazminat miktarından mahsup edilir⁹⁸. Marka hakkına tecavüzden doğan tazminatın belirlenmesinde denkleştirme ilkesinin özel bir görünümü, KHK md. 62/(d) bendi oluşturmaktadır⁹⁹. KHK md. 62/(d) uyarınca marka hakkı sahibi tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması halinde bu ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir. İşte bu durumda söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından mahsup edilebileceği gibi, bu değer kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin aşan miktarı mütecavize ödemesi gerekir.

(2) Yoksun Kalınan Kazanç

Marka hakkı tecavüze uğrayanın, mütecavizden talep edebileceği bir diğer husus da yoksun kalınan kazancın mütecaviz tarafından karşılanmasıdır. Yoksun kalınan kazanç, tecavüz fiilleri sonucunda marka hakkı sahibinin elde edemediği muhtemel kazançtır¹⁰⁰. Marka hakkı sahibi, KHK md. 66'da düzenlenen bu müessese sayesinde markasına tecavüz fiilleri hiç gerçekleşmemiş olsa idi ileride elde edeceği ancak tecavüz fiili sonucunda elde edemediği ve bu nedenle yoksun kaldığı kazancın belirlenmesini ve ödenmesini talep edebilir¹⁰¹.

⁹⁷ “...Kural olarak davacı maddi zararını ve tutarını ispat etmek zorundadır. Davalı ihracatçı firmanın defter ve kayıtları ile elde ettiği kazancın tespit edilmesi mümkündür. Şayet maddi zarar tutarı ispat edilemez ise, zarara uğradığı sabit olan davacının talep edebileceği tazminat tutarının BK'nın 42 nci maddesi uyarınca tespit edilmesi gerekmektedir...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 11.05.2009 T., 2008/1536 E., 2009/5629 K., www.kazanci.com.tr).

⁹⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 465.

⁹⁹ Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C.2, s. 1131, dpn. 47.

¹⁰⁰ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 244; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 292; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 520. Ayrıca yoksun kalınan kazanç kavramı için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 343-344.

¹⁰¹ ERGÜN, yoksun kalınan kazancın KHK'da düzenlenmesinin amacının mütecavizin haksız olarak edinmiş olduğu yararları kendisinden geri almak olduğunu, uygulamada mütecavizin elde ettiği zarardan

Yoksun kalınan kazanç, zarar görenin malvarlığının fiili durumunda değil de; gelecekteki durumunda bir eksilmeye neden olacağından bu eksilmenin ne miktarda olacağına ispatı ve tespiti oldukça güçlük arz etmektedir¹⁰². Bu nedenle kanun koyucu KHK md. 66'nın ikinci fıkrasında bu zararın tespitinde kullanılacak bazı hesaplama yöntemlerini; 66'ncı maddenin üçüncü fıkrası ile 67'nci maddelerinde de yoksun kalınan kazancın hesabına etki edecek diğer hususları düzenlemiştir. Markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi, tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi faktörler yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında göz önünde tutulur (KHK md. 66/3). Ayrıca mahkeme ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine varırsa yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir (KHK md. 67/1). Bu hüküm ile markanın tanınmış olması halinde sahibine sağlayacağı kazancın daha fazla olacağı ifade edilmiştir¹⁰³.

Zarar gören marka sahibi KHK md. 66/2'de yer alan üç hesaplama yönteminden hangisinin esas alınacağına seçimlik hakka sahip olup, bunun dışında bir hesaplama usulünü tercih edemez. Marka hakkı sahibinin hangi hesaplama usulünü seçtiğini talebinde belirtmesi gerekir; aksi takdirde mahkeme karar vermeyip, bu seçimin yapılmasını isteyecektir¹⁰⁴. KHK md. 66/2'nin açık hükmü gereği seçim hakkına zarar gören sahip olduğundan, mahkeme zarar gören yerine geçerek bu seçimi re'sen yapamaz¹⁰⁵. KHK md. 66'da gösterilen hesaplama yöntemlerinden birini seçen davacı,

çok daha az miktarda tazminat ödediğini ve bu durumun da hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmadığını, bu nedenle yoksun kalınan kazancın talep edilmesinin mütecevize uygulanan medeni bir ceza olduğunu ve bu düzenlemeyi hakkaniyet ilkesi açısından yerinde bulduğunu ifade etmektedir. (Ergün, **a.g.e.**, s. 161-162).

¹⁰² Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 245; Poroy/Yasaman, **a.g.e.**, s. 458; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 292; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 520; Ergün, **a.g.e.**, s. 162.

¹⁰³ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 246; Hamdi Yasaman, "Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar", **GÜHFD**, Yıl 3, Sayı 1, 2004/1, Özel Hukuk, C. 1, s. 59.

¹⁰⁴ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 293.

¹⁰⁵ "... **Mahkemece, davacının yoksun kalınan kazançta dair maddi tazminat isteminin açıklattırılması, bundan sonra ise, dosya içerisine gerekli belgeler getirilerek, gerektiğinde kayıtları incelenmesi gereken şirket merkezinde uzman bilirkişilere inceleme yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmektedir...**" (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.03.2002 T., 2001/10185 E., 2002/2000 K., www.kazanci.com.tr).

sonradan bu seçiminden vazgeçerek diğer bir usule göre hesaplama yapılmasını talep edebilir¹⁰⁶.

KHK md. 66/2'de öngörülen hesaplama yöntemleri aşağıda kısaca incelenecektir:

i. Muhtemel Gelir

KHK'nın 66/2.(a) maddesi uyarınca zarar gören marka hakkı sahibi yoksun kaldığı kazancın, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre hesaplanmasını isteyebilir¹⁰⁷. Bu durumda mütecavizin fiillerinin olmadığı varsayımsal bir ortam oluşturulur ve bu ortamda marka sahibinin markasını kullanmak ile elde edeceği muhtemel gelir tespit edilir¹⁰⁸. Bu tespit davacının tecavüz fiillerinin gerçekleşmesinden önceki ticari defterleri ve kayıtları büyük önem arz etmektedir. Örneğin, taklit markaların piyasaya sürülmesinden sonra marka sahibinin cirosu düşmüş ve defterlerinde de söz konusu düşüş oranı belirlenebiliyorsa aradaki fark mütecavizden talep edilebilir¹⁰⁹.

Yoksun kalınan kazancın muhtemel gelir usulüne göre hesaplanması ispat açısından bazı güçlükler içermektedir; zira gelirin elde edilmesinde markanın kullanılması tek başına yeterli olmayıp, uygulanan pazarlama teknikleri, kullanılan

¹⁰⁶ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, s. 245. Aksi yönde görüş için bkz. Yasaman, **Tazminat Talepleri**, s. 53. Yazar, yargılama esnasında hesaplama usulünün kural olarak değiştirilemeyeceğini; bunun ancak değiştirilen hesaplama yöntemi sonucunda müddeabihin artmaması halinde mümkün olacağını kabul etmektedir.

"...Davacı vekili, her ne kadar maddi tazminat isteminin 556 sayılı KHK'nın 66. maddesindeki üç hesaplama şekli ile TTK'nın 58/2. maddesi uyarınca belirlenecek miktarlardan hangisi fazla ise o miktarda hüküm altına alınması istemiyle kısmi dava açmış ise de, yargılama esnasında talebini, 556 sayılı KHK'nın 66/2-b maddesine yani, "Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre sınırlandırmıştır..." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 21.03.2006 T., 2005/790 E., 2006/2934 K., www.kazanci.com.tr).

¹⁰⁷ Yasaman'a göre, maddi tazminat talebinde bulunan tarafın, hiçbir ayırım yapmadan, muhtemel gelir hesaplama usulünü seçtiğini kabul etmek gerekir. Zira bu hesaplama usulü genel kural olup; diğer hesaplama usulleri özel hal içinde mütalaa edilir. (Yasaman, **Tazminat Talepleri**, s. 53).

¹⁰⁸ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 521; Yasaman, **Tazminat Talepleri**, s. 54.

¹⁰⁹ Yasaman, **Tazminat Talepleri**, s. 54.

araçlar, satış sonrası hizmetler gibi işletmesel faktörler de rol oynamaktadır¹¹⁰. Bu nedenle bu hesaplama usulünde gerçeğe en yakın miktarın belirlenmesi esastır¹¹¹.

ii. Mütecavizin Elde Ettiği Kazanç

Marka hakkı sahibi yoksun kalınan kazancın muhtemel gelir usulüne göre hesaplanması yerine, mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre hesaplanmasını da talep edebilir (KHK md. 66/2.(b)). Bu hesaplama usulünde marka sahibinin malvarlığındaki eksilme ya da azalma değil; markayı kullanmak suretiyle mütecavizin malvarlığında meydana gelen artış dikkate alınır¹¹². Ancak mütecavizden talep edilecek miktar, haksız markanın kullanılması nedeniyle elde edilen net gelirdir¹¹³. Bu nedenle mütecavizin ödediği vergilerin kazanç miktarından düşülmesi gerekmektedir¹¹⁴. Ayrıca mütecavizin elde ettiği kazancın hesaplanmasında yalnızca haksız markalı ürünlerden elde edilen kazanç esas alınır; mütecavizin diğer markalı ürünleri hesaplama esas teşkil etmez¹¹⁵.

KHK md. 65 uyarınca marka sahibi, mütecavizden markanın kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini talep edilebilir. Bu husus markayı kullanmak suretiyle elde edilen kazancın belirlenmesine yardımcı olabilir. Maddede belgelerin ne zaman

¹¹⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 466; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 521.

¹¹¹ Yasaman, **Tazminat Talepleri**, s. 59.

¹¹² Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 521.

¹¹³ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 247; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 467.

¹¹⁴ “...mahkemece bilirkişilerce tazminat miktarına esas alınan dönem için, davalının ödediği vergi mevcut ise bu tespit edilip kazanç miktarından düşülerek kazanç netleştirilip sonucuna göre bir karar verilmek gerekirken eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 07.03.1991 T., 1991/771 E., 1991/1570K., www.kazanci.com.tr).

¹¹⁵ “...Davacı markaya tecavüz ve ambalaj iltibas yolu ile haksız rekabet sonucu uğradığı zararı 556 sayılı KHK'nın 66/2.(b) maddesi hükmü anlamında marka hakkına tecavüz eden davalının elde ettiği kazançta dayandırdığına göre, markaya tecavüz oluşturan davalı eylemine konu "Vatan" markalı üründen sağlanan kazancın somut olarak hesaplattırılıp tazminata esas tutulması gerekirken, davalının değişik markaları taşıyan tüm çay üretim ve satış verileri üzerinden bu konuda uzman olmayan hukukçu bilirkişi tarafından yapılan hesaplamasının hükme dayanak kılınması doğru olmamıştır...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 28.11.2002 T., 2002/7205 E., 2002/10668 K., www.kazanci.com.tr).

verileceği ve nasıl isteneceği düzenlenmemiştir¹¹⁶. Tazminat davasının açılmasında zarar miktarının belirlenmesi önemli olduğundan, tazminat davasının açılabilmesi için gerekli şartların oluşması halinde bu belgelerin de verilmesi talep edilebilmelidir¹¹⁷.

Yukarıda da belirtildiği gibi, gelirin elde edilmesinde markanın kullanımı dışında birçok işletmesel faktör rol oynadığından, KHK md. 66'da yer alan ikinci hesaplama usulü de ilk hesaplama usulündeki güçlükleri içermektedir.

iii. Lisans Bedeli

KHK md. 66/2.(c) hükmü uyarınca marka sahibi yoksun kalınan kazancın, diğer hesaplama usulleri yerine, mütecevizin markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanmasını talep edebilir. Bu hesaplama usulünde dava konusu her bir olay için emsal araştırması yapılarak objektif bir lisans bedeli belirlenir¹¹⁸. Ayrıca markanın tanınmışlığı da lisans ücretini yükselten önemli faktörlerden biridir¹¹⁹.

KHK'nın md. 66/3 ve 67'nci hükümlerinde yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında dikkate alınacak diğer unsurlara örnek kabilinden yer verilmiştir. Buna göre yukarıda bahsedilen üç farklı hesap usulünden hangisi tercih edilirse edilsin markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda markanın geçerlilik

¹¹⁶ Tekinalp, **Gümrük Birliği**, s. 80.

¹¹⁷ Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, s. 247.

¹¹⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 467; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 521.

“...Davacı vekili dava dilekçesinde açıkça 556 sayılı KHK'nın 66/c ve 67'nci maddeleri hükümlerine dayanarak tecavüze uğrayan markanın bir lisans sözleşmesiyle davalıya verilmiş olması halinde elde edebilecek kazancın tahsilini talep etmiştir. Mahkemece, bu yönde bilirkişi incelemesi yapılmış ise de, alınan rapor maddi tazminatın hesabı yönünden yeterli bulunmadığı gibi davacı tarafça itiraza da uğramıştır. Bu durumda mahkemece, dosyanın İstanbul Ticaret veya Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesine gönderilerek marka konusunda uzman bilirkişilerce ve gerekirse Ticaret Odası'ndan sorularak davaya konu markanın emsali bir markanın lisans bedelinin tespit ettirilmesi; bunun tespit edilememesi halinde davacının lisans bedeli olarak isteyebileceği tazminatın objektif verilere dayandırılarak tespiti ile oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna dayanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.09.2003 T., 2003/1774 E., 2003/7915 K., www.kazanci.com.tr).

¹¹⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 467; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 294.

süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında göz önünde tutulur (KHK md. 66/3). Ayrıca mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir (KHK md. 67/1). Ancak mahkemenin bu şekilde bir karar verebilmesi için ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici unsur olduğunun açık bir şekilde anlaşılması gerekmektedir (KHK md. 67/2).

Genel ispat yükü kuralları çerçevesinde yoksun kalınan kazancı ve zararın miktarını ispat yükü davacı üzerindedir. Ancak söz konusu zararın ve zarar miktarının ispatının son derece güç olması nedeniyle KHK md. 65 hükmünde davacıya kolaylık sağlamak amacıyla bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre davacı, mütecevizden yani tazminat yükümlüsünden zarar miktarının belirlenmesi için markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilecektir. Böylece tazminat yükümlüsü olan müteceviz, zararın miktarının tespiti için kendi aleyhine olan belgeleri ibraz etmekle yükümlü olacaktır. KHK md. 65 ile Roma Hukuku'nda kabul edilen ve Türk Hukuku'nda da geçerli olan "*memo contra se edere tenetur*" yani "*kimse kendi aleyhine olan belgeleri mahkemeye ibrazla yükümlü tutulamaz*" ilkesine bir istisna getirilmiştir¹²⁰ ¹²¹. Madde metnindeki "*zarar miktarı*" ibaresi "*fiili zarar miktarı*" ile "*yoksun kalınan kazanç miktarını*" ifade etmektedir¹²². Bu nedenle ibrazı istenen belgeler yalnızca zarar miktarının belirlenmesine yardımcı olacak olan belgelerle sınırlıdır¹²³. Söz konusu belgelerin başında mütecevizin ticari defterleri gelmekle birlikte; muhasebede yer alan kayıtların evrakı, gümrük kâğıtları, müşteriler, dağıtıcılar, ilgili kişilerle yapılan yazışmalar, siparişleri içeren belgeler gibi tazminat hesabına etki edebilecek tüm belgeler hükmün kapsamındadır¹²⁴. Ancak KHK'da tazminat

¹²⁰ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 295; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 467.

¹²¹ Benzer bir düzenleme 1086 sayılı HUMK ve 6762 sayılı TTK'da da yer almaktadır. Ticari defter kayıtlarının ibrazı HUMK md. 326 vd. hükümleri ile TTK md. 80 hükmü çerçevesinde de sağlanabilmektedir. Söz konusu düzenleme henüz yürürlüğe girmemiş olan 6100 sayılı HMK md. 219 vd. hükümleri ile ve 6102 sayılı TTK md. 83 vd. hükümlerinde de yer almaktadır.

¹²² Kaya, **Marka Hukuku**, s. 295.

¹²³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 467-468.

¹²⁴ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 468.

yükümlüsünün belgeleri ibraz etmemesinin yaptırımını düzenlenmemiştir. Kanaatimizce bu durumda genel hüküm niteliğindeki 1086 sayılı HUMK md. 332 (6100 sayılı HMK md. 220) hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Bazı hallerde ise davalının belgeleri ibraz etmesine rağmen yoksun kalınan kazancın tespiti mümkün olmayabilir. Bu durumda, fiili zararın tespitinde olduğu gibi, BK md. 42 gereği hâkim uygun bir tazminata karar verecektir¹²⁵.

556 sayılı KHK'nın 73'üncü maddesi, belirli şartların gerçekleşmesi halinde lisans sahibinin de dava açabileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre, md. 62 ve buna bağlı olarak md. 66'da ifade edilen fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç, lisans sahibi tarafından da talep edilebilecektir.

2. Manevi Tazminat Davası

Marka hakkına tecavüz sonucunda marka sahibinin maddi olarak zarar görmesi söz konusu olabileceği gibi manevi olarak zarar görmesi de mümkündür. Marka hakkına tecavüz fiillerinin gerçekleşmesi ile markanın güvenilirliğinin ve itibarının zedelenmesi halinde marka sahibi üzüntü veya acı duyabilir. Örneğin, tanınmış bir parfüm markasının tuvalet kağıdı için kullanılması ya da kelime oyunu yapılarak markanın gülünç duruma sokulması¹²⁶ veyahut restoran sektöründeki ünlü bir hizmet markasının yıllardır kalitesiyle kurduğu güven ve imaj, aynı sektörde faaliyet gösteren taklit markalı başka bir restoranın aynı kalitede olmayan hizmeti marka hakkı sahibinde manevi bir

¹²⁵ “...556 sayılı KHK'nın 61/c maddesi uyarınca davalının bu eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiği açıktır. Davacının satış tutarının olumsuz yönde etkileneceği kuşkusuzdur. Davalı, davacının uğrayacağı zararı karşılamak durumundadır. Davacı vekili, maddi ve manevi tazminat istemini aynı KHK'nın 62, 66/b ve 67. maddelerine dayandırmış, maddi zararın karşılığı olarak davalının markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanç karşılığını istemiştir. Ancak, **davalı defter ve kayıtlarının incelenmesinde elde edilen kazanç tespit edilememiştir. Bu durum karşısında, davacının zarara uğradığı sabit olduğuna ve bunun miktarı ispat edilemediğine göre, BK'nın 42. maddesi uyarınca uygun bir maddi tazminata karar verilmesi gerekirken...**” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.10.2007 T., 2006/9700 E., 2007/12510 K., www.kazanci.com.tr).

¹²⁶ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 249, dpn. 68.

zararın meydana gelmesine neden olabilir. Bu durumda marka hakkı sahibi, KHK md. 62/(b) hükmü gereği manevi zararının tazminini talep edebilir¹²⁷.

Manevi tazminatın amacı, fiziki veya ruhsal acıların, üzüntülerin, ihlal sonucu oluşan yaşama sevincindeki azalmanın bir miktar para veya başka bir yolla giderilmesidir¹²⁸. Marka Hukuku anlamında manevi tazminat, tecavüz dolayısıyla marka sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların kaldırılmasına hizmet etmekle birlikte olumsuz sonucun oluşmaması için caydırıcı nitelik de taşımaktadır¹²⁹.

Markaya tecavüz çoğunlukla kişinin ticari itibarının zedelenmesine neden olmaktadır¹³⁰. Ticari itibar ise hem gerçek hem tüzel kişilerin sahip olduğu bir değer olduğundan gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de manevi tazminat talebinde

¹²⁷ “... davalının üretip pazarladığı ürünlerde kullanılan “Prens” ibaresinin davacının tescilli markalarında yer alan “Prince” esas unsuru ile iltibas yarattığı ve davalı eyleminin haksız rekabet oluşturduğu isabetle saptandığına göre, Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı KHK’nın 62/1-b ve TTK’nın 58/1-e maddeleri uyarınca bir tür haksız eylem niteliği taşıyan davalının markaya tecavüzü sonucu davacı marka sahibinin piyasada edindiği imaj ve güvenden oluşan manevi ticari varlığında meydana gelen kayıp ve zararlar ile **uzun süren çabalarla yaratılan marka imajının zedelenmesi nedeniyle manevi tazminat isteminin yerinde olduğu** gözetilerek, esasen uygun ve ılımlı bir miktar içeren bu istemin aynen kabulü gerekirken, koşulların oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 06.02.2001 T., 2001/9741 E., 2001/888 K., Meran, **a.g.e.**, s. 388-389).

¹²⁸ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.12.2000 T., 2000/6-249 E., 2000/258 K., (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde görüş için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 679. Ayrıca manevi zarar kavramı ve manevi tazminatın amacı hakkındaki tartışmalar için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 678, dpn. 8; Ahmet Kılıçoğlu, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1984, s. 15-21.

¹²⁹ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 468.

“...**Esasen manevi tazminat ne bir ceza, ne de gerçek anlamda bir tazminattır.** 22.6.1969 günlü ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde belirtildiği gibi, ceza değildir; çünkü davacının yararı düşünülmezsizin sorumlu olana hukukun ihlalinin dolaylı yapılmış bir kötülük değildir. Mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanmasını amaç edinmediği için de, gerçek anlamda bir tazminat sayılamaz. **Manevi tazminatmağdurda veya zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu doğurmalıdır. Manevi tazminata temel olan ana düşünce budur...**” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 16.06.1977 T., 1976/9690 E., 1977/7016 K., www.kazanci.com.tr).

¹³⁰ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 494.

bulunabilmektedir¹³¹. Nitekim Yargıtay pek çok kararında TSE markasının izinsiz kullanılması halinde kuruma manevi tazminat ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹³².

556 sayılı KHK'da manevi tazminata hangi koşullarda hükmedileceğine dair bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle manevi tazminat isteminin genel hükümler arasında yer alan 818 sayılı BK md. 49 (6098 sayılı TBK md. 58)¹³³ ve 6762 sayılı TTK md. 58/1.(e) (6102 sayılı TTK md. 56/1.(e)) maddeleri kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir¹³⁴. Manevi tazminatın talep edilebilmesi için marka hakkına hukuka aykırı bir şekilde tecavüz edilmesi, bundan dolayı marka hakkı sahibinde manevi bir zarar doğması ve mütecevizin bu eylemlerinde kusurlu olması gerekmektedir¹³⁵. Maddi tazminat bölümünde de ifade edildiği gibi, tecavüz halinde talep edilebilecek diğer hususlarda mütecevizin kusuru aranmazken tazminat talebi söz konusu olduğunda mutlaka mütecevizin kusurlu olması aranmaktadır. Mütecevizin kusuru bulunmadığı takdirde diğer şartlar gerçekleşse bile manevi tazminata hükmedilemeyecektir.

Manevi tazminatı düzenleyen 818 sayılı BK'nın 49'uncu maddesinde zarar verenin ağır kusuru aranmakta iken 04.05.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda ağır kusur unsuru madde metninden çıkarıldığından, manevi

¹³¹ Nisim İ. Franko, **Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1973, s. 187 vd.; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 212-213; Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 249; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 684, dph. 30.

¹³² "... Davalının, sözleşme yapmadığı dönemde davacının yaptırdığı tespit sırasında, üretilen mallarda ve ambalajlarda TSE markasını kullandığı belirlendiğine ve mahkemece de böyle kabul edildiğine göre davalının eylemi 556 sayılı KHK'nın 61. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz sayılan fiillerdendir. Aynı KHK'nın 62.maddesine göre de marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararının tazminini mahkemeden talep edebilir... O halde, mahkemece davalının eylemi, TSE. markasına dolayısıyla TSE. Kurumuna tüketici tarafından duyulan güveni sarsacağı ve marka sahibi olanlarla olmayanlar arasında haksız rekabet ortamı yaratacağı, kamu oyunu yanıltacağı muhakkak olduğundan, davacı kurum lehine münasip miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken ..." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.04.2000 T., 2000/2598 E., 2000/3579 K., www.kazanci.com.tr).

¹³³ 818 sayılı BK md. 49/2'de yer alan "hakimin manevi tazminat miktarını tayin ederken tarafların sıfatlarını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alması gerektiği" hükmü, 6098 sayılı TBK'ya alınmamıştır.

¹³⁴ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.01.2007 T., 2005/13781 E., 2007/565 K., (www.kazanci.com.tr).

¹³⁵ Manevi tazminat talebinin şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 681-688.

tazminatın talep edilebilmesi için artık kusurun ağır olması aranmayacak ve tek başına kusurun varlığı yeterli olacaktır^{136 137}.

Marka hakkına tecavüz nedeniyle talep edilen manevi tazminat miktarının hesabında ise, genel hüküm niteliğinde olan 818 sayılı BK md. 42, 43, 44 (6098 sayılı TBK md. 50, 51, 52) hükümleri göz önünde bulundurulur¹³⁸. Tecavüz fiilinin ağırlığı, bu fiilin markanın itibarına verdiği olumsuz etkiler, malın satışında markanın katkısı, markanın ekonomik önemi gibi hususlar tazminat miktarının belirlenmesinde yol gösterici olur¹³⁹.

KHK'nın 62/1.(b) ve 64. maddelerinde her ne kadar yalnızca “marka sahibi” ifadesi yer almakta ise de KHK md. 73 gereği lisans alan da belli koşullar altında tecavüz nedeniyle manevi zararının tazminini talep edebilir. Tazminat sorumlusu ise tecavüzde bulunan kişidir. Ancak manevi tazminat davası, md. 64/2'de zikredilen “kullanmakta olan kişi” yani bakımcı, tamirci, boyacı, yapıcı gibi, tecavüze konu malları meslek gereği kullanan kişiler aleyhine açılmaz¹⁴⁰. Zira bu kişiler, 61. maddede sayılan tecavüz fiillerinin faillerinden değildir¹⁴¹.

¹³⁶ “...BK'nın 49'uncu maddesinde açıklanan şartların varlığı halinde haksız rekabete maruz kalan yararına manevi tazminatın da hüküm altına alınması gerekir. 3444 sayılı Yasa ile değişik BK'nın 49'uncu maddesi uyarınca, **manevi tazminat için hukuka aykırılığın varlığı yeterli olup, ayrıca kusurun özel bir kasta veya ağırlığa bağlı olması şart değildir. O halde, tarafların aynı alanda faaliyette bulunduğu ve davalı eyleminin hukuka aykırılığı tespit edildiğine göre, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak uygun miktarda manevi tazminatın hüküm altına alınmaması da yanlış olmuş...**” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 31.01.2008 T., 2006/13696 E., 2008/883 K., www.kazanci.com.tr).

¹³⁷ Bu maddeye karşılık gelen 6098 sayılı TBK'nın 58. maddesinde de “ağır kusur” unsuruna yer verilmemiştir.

¹³⁸ Bkz. Ergün, **a.g.e.**, s. 160.

¹³⁹ Özeroğlu, **a.g.e.**, s. 229.

¹⁴⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 469.

¹⁴¹ Yasaman v.d., **KHK Şerhi**, C. 2, s. 1133.

3. İtibar Tazminatı

556 sayılı KHK’da maddi ve manevi tazminatın yanında bir de itibar tazminatına yer verilmiştir¹⁴². Yeni bir tazminat türü diyebileceğimiz itibar tazminatı, kaynağını İspanya’nın 20 Mart 1986 tarih ve 11 sayılı Patent Kanunu’nun 68. maddesinden almıştır¹⁴³. Mehzada yalnızca patentler hakkında öngörülen itibar tazminatı Türk Hukuku’nda hem 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de hem 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de hem de 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de yerini almıştır¹⁴⁴.

556 sayılı KHK’nın 68’inci maddesinde “*marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı helale uğrarsa marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir*” hükmü yer almaktadır. Bu hükme göre, itibar tazminatının talep edilebilmesi için marka hakkına tecavüz edilmiş olması tek başına yeterli olmayıp; aynı zamanda markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması ve bu kullanım sonucunda markanın itibarının zarar görmesi gerekmektedir. Markanın itibarı; markanın üçüncü kişiler nezdindeki imajını, markanın itibar zararı ise bu imajın zedelenmesi ya da tamamıyla yok olmasını ifade eder¹⁴⁵. İtibar tazminatında önemli olan husus markanın itibarı olup; söz konusu tazminatın talep edilebilmesi için aynı zamanda işletmenin itibarının da zarar görmesi şart değildir¹⁴⁶.

İtibar tazminatı genellikle tanınmış markalar için söz konusu olmaktadır¹⁴⁷. Örneğin, tanınmış bir gömlek ya da kravat markasının kalitesiz bir malda yer alması¹⁴⁸,

¹⁴² İtibar tazminatı hakkında detaylı bilgi için bkz. Ünal Tekinalp, “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1999, s. 589-598.

¹⁴³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 469.

¹⁴⁴ İtibar tazminatı 551 sayılı KHK’nın 142’nci maddesinde; 554 sayılı KHK’nın 54’üncü maddesine düzenlenmiştir.

¹⁴⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 470.

¹⁴⁶ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 299.

¹⁴⁷ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 309.

reklam amacıyla üretilen tişörtlerin üzerinde Adidas markasının benzeri olan Adihash markasının uyuşturucuyu çağrıştıracak şekilde kullanılması¹⁴⁹, dünyaca tanınmış bir markanın işportada taklitlerinin satılması ya da Ferrari marka arabaya LPG takılması¹⁵⁰ hallerinde itibar tazminatı gündeme gelebilir.

İtibar tazminatı, hem maddi hem de manevi tazminatın unsurlarını taşısa da maddi ve manevi tazminat türünden ayrı bir tazminattır¹⁵¹. Dolayısıyla maddi veya manevi zararın tazminin talep edilmesi itibar tazminatının talep edilmesine engel teşkil etmez¹⁵². Bu tazminat türünde amaç, maddi ve manevi tazminat talebindeki amaçtan farklı olarak, imajı zedelenen ya da tamamıyla yok olan markanın itibarının bir miktar para ile yeniden inşa edilmesine yardımcı olmaktır. Bu nedenle itibar tazminatının miktarının belirlenmesinde hâkim, markanın toplumda ulaşılmış olduğu tanınırlık düzeyinin yanı sıra markanın imajının yeniden yapılandırılması için gerekli olan reklam ve ilan kampanyası gibi¹⁵³ giderleri de dikkate almalıdır¹⁵⁴. Kısacası, tazminat miktarının markanın itibarının eski haline gelmesi için yapılan giderlere göre belirleneceğini ifade edebiliriz¹⁵⁵.

İtibar tazminatının mütecevizden talep edilebilmesi için mütecevizin, hem marka hakkına tecavüzde bulunarak hukuka aykırı bir fiili icra etmiş olması hem de markayı kötü veya uygun olmayan şekilde kullanması gerekmektedir. Madde metninde “*marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması*” ibaresi yer aldığından itibar tazminatının söz konusu olabilmesi için her iki fiilin de tek bir kişi tarafından gerçekleştirilmiş olması gerektiği anlamı çıkmaktadır.

¹⁴⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 471.

¹⁴⁹ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 309, dpn. 394.

¹⁵⁰ Kaya, **Marka Hukuku**, s. 300.

¹⁵¹ Tekinalp, **İtibar Tazminatı**, s. 590, 594; Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 469; Kaya, **Marka Hukuku**, s. 299.

¹⁵² Tekinalp, **İtibar Tazminatı**, s. 590.

¹⁵³ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 471.

¹⁵⁴ TEKİNALP tazminat miktarının belirlenmesinde aynı zamanda itibar kaybının manevi cephesinin de hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 471).

¹⁵⁵ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 22.01.2007 T., 2005/13781E., 2007/565 K., (www.kazanci.com.tr).

Oysaki marka hakkına tecavüz eden ile markayı itibarını zedeleyecek biçimde kullananın farklı kişiler olması mümkündür. TEKİNALP¹⁵⁶ marka hakkına tecavüz ve markanın kötü şekilde kullanımı fiillerinin farklı kişilerce gerçekleştirildiği durumlarda 818 sayılı BK md. 50 hükmü gereğince hem tecavüzde bulunan hem de markayı kötü şekilde kullanan kişilerin itibar tazminatından müteselsilen sorumlu tutulmaları gerektiğini ifade etmiştir.

KHK md. 68’de lâfzî yorum yapılacak olursa markaya tecavüz edenle markanın itibarını zedeleyenlerin farklı kişiler olmaları halinde her iki failden de itibar tazminatını talep etmek mümkün olmayacaktır¹⁵⁷. Ancak bu yorum tarzı marka hakkına tecavüzü önleyici ve caydırıcı tedbirler alan KHK’nın amacına uygun düşmemektedir. Bu nedenle TEKİNALP’in de haklı olarak belirttiği gibi hükmün lafzına göre değil de; amacına göre yorum yapmak gerekmekte ve hem tecavüzde bulunan hem de markayı kötü şekilde kullanan kişiler itibar tazminatından müteselsil olarak sorumlu tutulmalıdırlar. Kanaatimizce yapılacak bir değişiklikte hem tecavüzde bulunanın hem de markayı kötü şekilde kullananın itibar tazminatından müteselsilen sorumlu olacaklarının madde metninde açık bir şekilde yer alması isabetli olacaktır.

F. ÜRETİLMESİ VEYA KULLANILMASI CEZAYI GEREKTİREN EŞYA İLE BU EŞYAYI ÜRETMEYE YARAYAN ARAÇLARA EL KONULMASI

KHK md. 62/(c) hükmüne göre; *“marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasitalara el konulmasını dava yolu ile talep*

¹⁵⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 472.

¹⁵⁷ TEKİNALP ise metnin lafzından hareket edilse bile bu durumda itibar tazminatının yine gündeme geleceğini ancak yalnızca marka hakkına tecavüzde bulunandan talep edilebileceğini ifade etmiştir. (Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 472).

edebilir”¹⁵⁸. Kanun koyucu bu hüküm sayesinde tecavüzün tekrarlanması tehlikesini de tamamıyla bertaraf etmeyi amaçlamıştır¹⁵⁹.

Marka hakkı sahibinin bu talepte bulunabilmesi için el konulacak olan eşyanın marka hakkına tecavüz dolayısıyla, üretilmesinin veya kullanılmasının cezayı gerektirmesi şarttır. Madde metninde “*cezayı gerektiren*” ifadesi kullanıldığından, el koyma hükmünün uygulanabilmesi için bir ceza kararının alınması şart değildir¹⁶⁰.

KHK md. 62/(c) bendinde “*üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya*”nın ne olduğu KHK’nın cezai hükümlerini düzenleyen md. 61/A hükmünde¹⁶¹ düzenlenmiştir. Buna göre, iktibas veya iltibas suretiyle başkasına ait marka hakkına tecavüz edilerek eşya üretilmesi halinde bu eşyalar ile bu eşyaları üretmek için kullanılan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulabilir. Örneğin, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın aynen ya da ayırt edilemeyecek derecede benzeri bir markanın basılması amacıyla hazırlanmış cihaz ve makineler ile bu markanın basılmış olduğu ürün, ambalaj gibi eşyalara da, KHK md. 62/(c) hükmü sayesinde, el konulması talep edilebilir¹⁶².

Aynı şekilde KHK 61/A maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işaretin

¹⁵⁸ “... davalının “*Hasan Uzelli-Uzelli Music Club*” unvanında yer alan çekirdek unsur “*Uzelli*” sözcüğünün davacının tescilli markalarının esas unsuru bulunmakla ... haksız rekabet oluşturduğunun tespitine ve önlenmesine, 556 sayılı KHK’nın 62. maddesi gereğince markaya tecavüz niteliği taşıyan araçlar ile bu araçları üretmeye yarayan araç, makine gibi araçlara el konulmasına ...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.02.2001 T., 2000/10398 E., 2001/1469 K., Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 500-501).

¹⁵⁹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 234.

¹⁶⁰ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 473.

¹⁶¹ 556 sayılı KHK’nın 61/A hükmü 5833 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir.

¹⁶² ARKAN, Anayasa Mahkemesi’nin taklit edilen eşya yanında başka maddelerin de üretimini yapan ya da üretiminde kullanılan makine ve tezgahların, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK’dan önce yürürlükte olan İhtira Beratı Kanununun taklit olduğu anlaşılan eşyanın üretimine ilişkin alet ve edevatın zorulmasını öngören 50. maddesi kapsamında olmadığını, bu maddenin, özel olarak taklit edilmek suretiyle haksız rekabete konu olan eşyanın yapımına mahsus alet ve edevatın zorulmasını öngördüğünü belirtmiş ve Anayasa Mahkemesi’nin bu kararını 556 sayılı KHK’ya uyarlayarak taklit ya da benzer markaların üretiminin yanı sıra başka mallar için de kullanılan araçlara el konulmaması gerektiğini ifade etmiştir. (Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 235-236).

(®, ™ gibi işaretlerin) kaldırılarak satışa sunulması halinde bu eşya da “kullanılması cezayı gerektiren eşya” konuma gireceğinden, KHK md. 62/(c) hükmü gereğince, el konulması talep edilebilir¹⁶³.

Dikkat edilmesi gerekir ki, her iki halde de söz konusu eşyaların cezayı gerektiren eşya olması ve dolayısıyla bu eşyalara el konulabilmesi için markanın Türkiye de tescilli olması gerekmektedir. Zira 5833 sayılı Kanun ile değişik KHK md. 61/A.5 hükmü, KHK md. 61/A hükmündeki fiillerden dolayı cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olmasını zorunlu kılmıştır. Bu düzenleme karşısında Türkiye’de tescilli olmayan ancak uluslar arası sözleşmeler gereğince Türkiye’de korumadan yararlanan markalara yönelik olarak işlenen fiiller 556 sayılı KHK uyarınca cezalandırılmayacaklardır¹⁶⁴. Söz konusu fiiller cezayı gerektirmediğinden, bu fiillere konu olan ürünlere de el konulması talep edilemeyecektir. Zira düzenleme karşısında bu ürünler de “kullanılması cezayı gerektiren ürünler” kapsamına girmeyecektir.

G. EL KONULAN ÜRÜN ÜZERİNDE MÜLKİYET HAKKI TANINMASI

Marka sahibi, KHK md. 62/(c) hükmüne dayanılarak el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını mahkemeden talep edebilir (KHK md. 62/(d)). Söz konusu talep el koyma talebi ile birlikte ileri sürülebileceği gibi, ürünlere el koyulduktan sonra da ileri sürülebilir¹⁶⁵.

Mahkeme mülkiyetin nakline karar verecek olursa, marka hakkı sahibinin tazminat da talep ettiği durumlarda, ürünlerin değeri tazminat miktarından düşüleceği gibi takdir edilen değer tazminat miktarını aştığı zaman marka hakkı sahibinin aşan

¹⁶³ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2, s. 234-235.

¹⁶⁴ Çağlar, **a.g.m.**, s. 107-108.

¹⁶⁵ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 474.

kısmı mütecevize ödemesi gerekmektedir (KHK md. 62/(d)). Tenkise konu olan tazminat miktarı manevi tazminat ya da itibar tazminatı olmayıp; maddi tazminattır¹⁶⁶.

Mahkemenin vereceği mülkiyetin nakli kararı ile marka sahibi söz konusu ürünler üzerindeki mülkiyet hakkını her türlü sınırlamadan arî olarak aslen iktisap eder¹⁶⁷. Elbette ki bu durumda el konulan ürünler, üzerinde mülkiyet hakkı tanınmaya elverişli olmalıdır. Zira müteceviz tarafından nihai tüketicilere satılan ürünler için mülkiyet hakkı tanınması artık söz konusu olamaz (KHK md. 69). Marka hakkı sahibi el konulan ürünlerin tamamının mülkiyetinin kendisine devrini talep edebileceği gibi ürünlerin bir kısmının devrini de talep edebilir¹⁶⁸.

Doktrinde ARKAN¹⁶⁹, el konulan ürünler üzerinde marka hakkı sahibine mülkiyet hakkı tanınmasının ancak tazminat talebinin de koşulları oluştuğunda mümkün olabileceğini ifade etmekle birlikte bu hususun eleştiriye açık olduğunu da belirtmiştir. DİRİKKAN¹⁷⁰ da giderme talebiyle tazminat taleplerinin bir arada düzenlenmiş olmasından ve el konulan eşya üzerinde mülkiyet hakkı tanınması halinde eşyanın değerinin tazminat miktarından düşüleceği hususundan yola çıkarak, mülkiyetin devri talebinin ancak tazminat talepleriyle birlikte yapılabileceğini; ancak bu hususun tartışmalı olduğunu ifade etmiştir. KARAN/KILIÇ¹⁷¹ ise marka sahibinin mülkiyeti devir talebinin tazminat hakkına sahip olmasına bağlı kılınmadığından, ortada tazminat şartları mevcut olmasa ve hatta tazminat şartlarının mevcut olmasına rağmen marka sahibi tarafından talep edilmemiş olması halinde dahi mülkiyeti devir talebinin mümkün olabileceğini zikretmiştir.

¹⁶⁶ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 474; Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 496.

¹⁶⁷ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 496.

¹⁶⁸ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 474. ARKAN, madde metninde yalnızca el konulan “ürünler” üzerinde mülkiyet hakkının tanınmasından söz edildiğinden, eşyayı üretmeye yarayan araç ve makinelerin bu hükmün kapsamı dışında olduğunu ifade etmiştir. (Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 236).

¹⁶⁹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 237.

¹⁷⁰ Dirikkan, **a.g.e.**, s. 306, dnp. 386.

¹⁷¹ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 496.

Kanaatimizce, 62'nci maddedeki talepler birbirinden bağımsız olduğundan ve KHK'da da mülkiyeti devir talebi tazminat talebinin varlığına tabi kılınmadığından, tazminat koşullarının oluşmadığı durumlarda da el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkının tanınmasına engel bir durum bulunmamaktadır.

H. GEREKLİ DİĞER TEDBİRLERİN ALINMASI, MARKALARIN SİLİNMESİ, ÜRÜN VE ARAÇLARIN İMHASI

Marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere gerekli diğer tedbirlerin alınmasını, özellikle el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesini veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise bunların imhasını da talep edebilir (KHK md. 62/(e)). Madde metninde de açıkça ifade edildiği gibi, bu tür tedbirlerin amacı marka hakkına tecavüzün devamının önlenmesi olduğu için ürünlerin ya da araçların imhası ancak söz konusu tedbirlerin tecavüzün devamını önlemeye yeterli olamayacağı durumlarda talep edilebilecektir¹⁷². Örneğin, bir elbisenin kesim biçimi ve kullanılan kumaşın cinsi itibari ile alıcıların bu elbise ile orijinal markayı taşıyan elbise arasında bağıllık kurma ihtimali devam ediyorsa¹⁷³ ya da haksız olarak kullanılan markanın üründen sökülmesi ya da silinmesi mümkün değilse¹⁷⁴ bu durumda marka ile birlikte bu markayı taşıyan ürünler de imha edilebilir.

KHK md. 62/(e) hükmü kaynağını TRIPS md. 41 ve devamı hükümlerinden almaktadır. TRIPS md. 41'de, fikri hakların tecavüz tehlikesine karşı üye devletlerin etkin önlem almaları ve bu önlemlere de kendi kanunlarında yer vermeleri gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca TRIPS md. 46'da mahkemelerin, tecavüzü etkin biçimde

¹⁷² Türk hukukunda haksız markayı taşıyan ürünler için imha kararı başvurulacak son yol olmasına rağmen Alman Hukukunda alınacak tedbirler marka korsanlığını önlemeye yönelik olduğundan kural olarak haksız kullanılan markayı taşıyan ürünler imha olunur. (Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 238 ve dpn. 38).

¹⁷³ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 238.

¹⁷⁴ Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 497. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 13.02.2001 T., 2001/10189 E., 2001/1173 K. (Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 499-500).

önleyebilmek için tecavüze neden olduğu tespit edilen malların herhangi bir karşılık ödenmeden hak sahibinin zarar görmesini önleyecek biçimde ticaret kanalları dışına çıkarılmasına veya mevcut anayasal koşullara aykırı olmadığı takdirde imha edilmesine karar verebilecekleri düzenlenmiştir.

Marka hakkına tecavüzün ağırlığı ile KHK md. 62/(e) hükmü uyarınca hükmedilecek tedbirler arasında ölçülülük ilkesine uygun davranılmalıdır¹⁷⁵. Zira kaynak metin olan TRIPS md. 46'da da tecavüzün ağırlığı ile hüküm altına alınacak telafi yönteminin uygunluk içinde olmasına özen gösterilmesi ve üçüncü kişilerin çıkarlarının dikkate alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Örneğin el koyulan ürünlerin üzerindeki markaların silinmesi tecavüzün devamını önleyecek nitelikte ise bu ürünlerin imhasına karar verilmesi yerinde olmaz. Ya da haksız kullanıma sebebiyet verecek marka, ürün üzerinde değil de yalnızca ürünün ambalajında kullanılmışsa ambalajın imhası tecavüzün devamının önlenmesi için yeterli olacağından daha ağır sonuçlar içeren ürünün imhasına karar vermek ölçülülük ilkesine uygun düşmeyecektir¹⁷⁶.

Dava dilekçesinde mahkemece hüküm altına alınması istenen tedbir talebinin açıkça ifade edilmesi gerekir. Yalnızca tecavüzün önlenmesi istenmiş; fakat tedbir

¹⁷⁵ Bkz. Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 238.

¹⁷⁶ “...Davacılar vekili; müvekkili şirketler adına kayıtlı “Perma-Sharp” ve “Permatik” markalarının piyasada haklı şöhrete ulaştıklarını, ... davalının “Pol Supermatic” ibaresinden oluşan bir markayı tescil ettirdiğini ... böylelikle, müvekkillerinin iktisadi menfaatleri bakımından zarar gördüklerini, ileri sürerek davalı şirketin fiilinin haksız olduğunun tespiti ile davalıların vaki haksız rekabetlerinin men'ine, markalara vaki tecavüzün ref ve men'ine, davalı markası ile satışa arz edilen emtianın, ambalajının vs, basılı maddelerin toplanmasına ve imha edilmesine, davalı markasındaki “Supermatic” ibaresinin iptaline ve sicilden terkinine, hükmün ilanına karar verilmesi talep ve dava etmiştir... Mahkemece talep gibi, davalı tarafından imal ve satışa arz edilen “Pol Supermatic” markalı her cins traş aletleri ve benzeri emtianın mevcutlarının ticari gaye ile buldukları her yerden toplanmasına karar verilmiş ise de, davalı tarafından imal ve satışa arz edilen traş aletleri üzerinde herhangi bir marka yazılı değildir. Sadece koruyucu kağıdı ve ambalajlarındaki yazılar ile markaya tecavüz mevcut olduğundan mahkemece davalının marka ihtiva etmeyen mamullerinin imal ve satışının da önlendiği yorumuna imkan verecek şekilde karar tesis edilmesi ve mamullerin ticari gaye ile buldukları her yerden toplatılmasına karar verildiği halde, ambalaj içinde bulunan marksız ve yazısız mamuller hakkında ne işlem yapılacağına açık şekilde belirtilmeyerek imha kararının mamullere de şamil olacağı anlamına gelecek şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 08.06.1989 T., 1989/2191E., 1989/3517 K., www.kazanci.com.tr).

belirtilmemişse mahkeme tedbire kendiliğinden karar verip ürün üzerindeki markanın silinmesine ya da imhasına karar veremez¹⁷⁷.

Tecavüz halinde haksız markayı taşıyan ürünlerin ve münhasıran bunların üretiminde kullanılan araç ve cihazların imhasını öngören KHK md. 62/(e) hükmü Anayasanın mülkiyet hakkının korunması ile ilgili 35'inci maddesine aykırılık teşkil etmemektedir¹⁷⁸. Ancak KHK md. 61/(c) hükmü uyarınca taklit markayı taşıyan, malları satan, dağıtan veya ticari amaçla elinde bulunduran üçüncü kişi sadece markanın taklit olduğunu bildiği ya da bilmesinin gerektirdiği hallerde marka hakkına tecavüz etmiş sayılacağından durumu bilmeyen kişilerin zilyetliğinde bulunan mallara el konulup, bunların imhası talep edilemeyecektir.

I. MAHKEME KARARININ İLGİLİLERE TEBLİĞİ VE KAMUYA DUYURULMASI

KHK md. 62/(f) hükmü uyarınca, marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması da talep edilebilir. Tecavüz fiilinin sınırlı kaldığı durumlarda hükmün ilgililere tebliği yeterli olmakta iken; haksız markayı taşıyan ürünlerin piyasaya dağıtımının yapıldığı hallerde kararın yayın yoluyla kamuya duyurulması gerekli olabilir¹⁷⁹. Madde metninde geçen ilgililerden kasıt bayii, temsilci, distribütör, tüketici dernekleri gibi kişi ve kuruluşlardır¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Tekinalp, **Fikri Mülkiyet**, s. 474. Aksi yönde görüş için bkz. Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 496-497. Yazar, mahkemenin tecavüzün devamını önlemek için hangi tedbirleri alacağına resen karar vereceğini, ancak marka sahibinin de dilekçesinde mahkemece karar altına alınmasını istediği tedbirleri açıklayarak hâkime yol göstermesinin uygun olacağı kanaatindedir.

¹⁷⁸ Bkz. Anayasa Mahkemesi 08.12.1983 T., 1981/10 E., 1983/16K., RG. 07.08.1984, S. 18482, (www.kazanci.com.tr).

¹⁷⁹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 249.

¹⁸⁰ Pekdinçer, **a.g.e.**, s. 196, dpn. 584.

Hükmün kamuya yayın yoluyla duyurulması, KHK md. 72’de yer alan usul çerçevesinde yapılır. Buna göre marka sahibi, kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep edebilir. Ancak marka sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için hükmün kamuya ilan edilmesinde haklı bir sebebinin ya da menfaatinin bulunması gerekmektedir. KHK md. 72/1’de “*dava sonucunda haklı çıkan taraf*” ibaresine yer verildiğinden, mahkeme tarafından marka hakkına tecavüzün oluşmadığı yönünde karar verilmesi halinde davalı tarafın da - menfaati olması koşuluyla- bu kararın ilanını talep etme hakkı bulunmaktadır.

İlanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. Mahkeme kararın ilgili tüm çevrelere ulaşmasını sağlamak amacıyla ilanın hangi vasıtalarla, kaç kere yapılacağını da tespit eder¹⁸¹.

Kararın ilan edilmesi hususundaki talep, davanın başında ileri sürülebileceği gibi karar kesinleştikten sonra da ileri sürülebilir. Ancak söz konusu talebin kararın kesinleşmesinden itibaren 3 ay içinde ileri sürülmesi gerekir; aksi takdirde ilan hakkı düşer (KHK md. 72/2).

¹⁸¹ Arkan, **Marka Hukuku**, C. 2., s. 250.

“... davalının akaryakıt istasyonu girişindeki davacı şirkete usulünce tescilli “AYGAZ-OTOGAZ” ve “OTOAYGAZ” markaları ile açıkça iltibas yaratacak şekilde tanıtma vasıtaları kullanmak suretiyle yapmış olduğu fiillerin haksız rekabet olduğunun tespitine, yapmış olduğu tecavüzün ref ve men’ine, bu konudaki levha, ofis ve benzeri emtianın, her cins basılı evrak ve ticari evrakın toplatılmasına, kaldırılmasına ve imhasına, hüküm fıkrasının ülke çapında ve mahallinde yayınlanan gazetelerde birer defa ilanına karar verilmiştir...” (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 27.05.2003 T., 2002/13264E., 2003/5624 K., Karan/Kılıç, **a.g.e.**, s. 504-505).

SONUÇ

Türk Hukuku'nda marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde dört ayrı başlık halinde düzenlenmiştir. Maddede sayılan tecavüz halleri aynı zamanda nitelikli bir haksız fiil hali olan haksız rekabet teşkil etmektedir. Dolayısıyla söz konusu tecavüz hallerine maruz kalan marka sahibi, hakkını, hem 556 sayılı KHK'nın hukuki ve cezai yaptırım hükümleriyle hem de -eylemlerin haksız fiil niteliği sebebiyle- 818 sayılı BK'nın genel hükümlerine ve 6762 sayılı TTK'nın 56 (6102 sayılı TTK'nın 54) ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlere dayanarak koruyabilecektir. Ancak 556 sayılı KHK tescilli marka sahibine daha etkin bir koruma sağlayacaktır.

556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde dört bent halinde sayılan tecavüz hallerinden ilki, 61/(a) bendinin atfıyla "9. maddenin ihlali" halidir. KHK md. 9 esasen marka tescilinden doğan hakların kapsamını belirlemektedir. Maddenin ilk fıkrasında "haksız kullanım modelleri"ne, ikinci fıkrasında ise birtakım "haksız kullanım şekilleri"ne yer verilmiştir. Haksız kullanım şekillerinden birisinin uygulanarak haksız kullanım modellerinden birinin oluşturulması durumunda 61/(a) kapsamında marka hakkına tecavüz fiili ortaya çıkmaktadır. 61. maddenin (b) bendinde markanın ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılarak markanın taklit edilmesi diğer bir tecavüz hali olarak düzenlenmiştir. KHK md. 61/(c) bendinde ise haksız markalı ürünün herhangi bir şekilde ticaret alanına çıkarılması veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirilmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması ya da ticari amaçla elde bulundurulması hali de ayrı bir tecavüz hali olarak belirtilmiştir. Son olarak md. 61/(d) bendinde de lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz olarak genişletilmesi ya da üçüncü kişilere devredilmesinin marka hakkına tecavüz fiili teşkil ettiği hüküm altına alınmıştır. KHK md. 61 hükmünde sayılan tecavüz halleri tahdidi nitelikte olup; maddede belirtilenlerden başka bir durum marka hakkına tecavüz fiili olarak nitelendirilmemektedir.

KHK'nın 61. maddesinde tecavüz teşkil edecek fiiller sayıldıktan sonra 61/A maddesiyle tecavüz halinde uygulanacak cezai müeyyideler gösterilmiş, 62. maddede ise marka hakkı tecavüze uğrayan tescilli marka sahibinin ileri sürebileceği hukuki taleplere yer verilmiştir. Buna göre marka hakkı sahibi marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını (md. 62/(a)), tecavüzün giderilmesini ve maddi manevi zararının tazminini (md. 62/(b)), marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan cihazlara el koyulmasını (md. 62/(c)) ve el koyulan bu ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını (md. 62/(d)), marka hakkına tecavüzün devamını önlemek amacıyla gerekli diğer tedbirlerin alınmasını (md. 62/(e)) ve son olarak da mütecaviz aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları mütecavize ait olmak üzere, ilgililere tebliğ edilmesini ve kamuya duyurulmasını (md. 62/(f)) talep edebilecektir. Maddede sayılan talepler nitelikleri bakımından çekişmeli bir dava şeklinde ileri sürülecek olan ve bir eda hükmünü içeren taleplerdir. 62. maddede ileri sürülebilecek olan talepler ayrı bentler halinde sayılmış olsa da, bu taleplerin aynı dava içinde ileri sürülmesi de mümkündür.

Marka sahibinin ileri sürebileceği talepler 62. maddede belirtilmiş olmakla birlikte bunlarla sınırlı değildir. Nitekim KHK'nın 64, 66 ve 67. maddelerinde tazminat hükümlerine, 68. maddesinde ayrı bir tazminat türü olan itibar tazminatına, 74. maddesinde tecavüzün mevcut olmadığının tespiti talebine, 75. maddesinde delillerin tespiti talebine, 76. maddesinde ihtiyati tedbir taleplerine ve md. 79'da gümrükte el koyma hükümlerine yer verilmiştir. Tescilli marka hakkı sahibi koşullar oluşmuşsa bu talepleri de ileri sürebilecektir.

556 sayılı KHK markaya tecavüz durumunda marka hakkı sahibinin başvurabileceği yolları ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek markaya etkin bir koruma sağlamaya çalışmıştır. 556 sayılı KHK, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne kabul edilebilme çabalarının bir sonucu olarak ortaya çıktığından kaynağını da Avrupa Topluluğu'nun Ticaret Markalarına İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Dair 89/104/AET sayılı Konsey Yönergesi ile 40/94 sayılı Konsey Tüzüğü oluşturmuştur. Bu nedenle de KHK, bazı kısımlarda ifade zayıflıkları nedeniyle yoruma açık ve tartışmalı hükümleri ihtiva etmekte ve uygulamada karışıklığa neden olmaktadır.

“556 sayılı KHK’ya göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hakkın Korunması” adlı bu çalışmamızda tescilli markaya tecavüz ve hakkın korunmasına ilişkin hususlar, ilgili başlıklar altında ayrıntılı olarak incelenmeye gayret edilmiştir. Bu bölümde de Markaların Korunması Hakkında Kanun Tasarısı’na da yol gösterici olması ümidiyle bazı önemli konularda ulaşılan kanaatlere sıra numarası altında kısaca yer verilecektir:

- 1- 556 sayılı KHK’da göze çarpan ilk husus, maddeler arasındaki kavram yeknesaklığının sağlanamamış olmasıdır. Şöyle ki,
 - KHK’nın birçok maddesinde markanın veya işaretin üzerinde kullanılacağı “mal”dan bahsedilirken (md. 5, 7, 8, 9, 13, 14, 16, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 32...), bazı maddelerinde ise “ürün”den bahsedilmiştir (md. 61, 62, 64, 67 ve 69).
 - Tecavüz halinde talep edilebilecek hususları düzenleyen 62. maddede, tazminat şartlarını düzenleyen 64. maddede ve yoksun kalınan kazancı düzenleyen 66. maddede “marka sahibi” ifadesine yer verilmekte iken; yoksun kalınan kazancın artırımını düzenleyen 67. maddede “marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi” ifadesine yer verilmiştir.
 - 5833 sayılı Kanunla birlikte KHK md. 9/2.(c)’de yer alan “işareti taşıyan malın ithali veya ihracı” ifadesi yerine “işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” ifadesine yer verilmiştir. Buna paralel olarak md. 61/(c) bendindeki *ithal etmek*” ifadesi de çıkarılarak yerine “gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak” ifadesine yer verilmiştir. Ancak markanın kullanılmasını düzenleyen KHK md. 14 ve gümrüklerde el koymayı düzenleyen KHK md. 79’da geçen “ihraç ve ithal” ifadeleri aynen kalmıştır.

Söz konusu maddelerdeki terminolojinin KHK’daki diğer maddelerle uyumlaştırılarak KHK’da kavram bütünlüğünün sağlanması yerinde olacaktır.

2- KHK md. 61/(c) hükmü uyarınca taklit markalı ürünleri satan, dağıtan veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştiren, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutan ya da ticari amaçla elinde bulunduran kişi marka hakkına tecavüz etmiş sayılır. Ancak bunun için kişinin ürünün taklit markalı olduğunu bilmesi ya da bilecek durumda olması gerekmektedir. Böyle bir şartın aranması marka sahibinin haklarının etkin bir şekilde korunması amacı ile bağdaşmadığından yerinde değildir. Şöyle ki, mevcut düzenlemeye göre marka hakkı sahibi taklit markalı ürünü kendi ihtiyacından başka bir sebeple elinde bulunduran kişilere karşı tecavüzün durdurulması davası açamayacaktır. Kişinin malın taklit markalı olduğunu bilmesi veya bilecek durumda olması, yani kusurlu olması fiilin tecavüz teşkil edip etmediğinin tespitinde değil; tazminat davaları bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle yapılacak bir değişiklik ile KHK md. 61/(c) bendinin aşağıdaki şekilde düzenlenmesi daha uygun olacaktır:

➤ *“taklit markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak”*

3- KHK md. 61/(d) hükmü uyarınca marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletilmesi veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek marka hakkına tecavüz hali olarak düzenlenmiştir. Bu bendin tipik bir akde aykırılık hali olması nedeniyle tecavüz hallerini belirleyen 61. maddede düzenlenmesi doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir. Ancak söz konusu hükmün 61. maddede yer alması isabetli olmuştur. Şöyle ki, hükmün 61. maddede düzenlenmemesi halinde bir Borçlar Hukuku sözleşmesi olan lisans sözleşmesinin sözleşmede verilen hakların izinsiz olarak genişletilmesi ya da üçüncü kişilere devredilmesi halinde tazminat ve fesih gibi yalnızca Borçlar Hukuku’na özgü yaptırımların uygulanması söz konusu olacakken, bu hükmün 61. maddede düzenlenmesi ile lisans veren

lisans alana karşı Marka Hukukundan doğan haklarını da (KHK md. 62, 65 vd.) kullanabilecektir.

- 4- KHK md. 62/(d) bendinde, marka sahibinin md. 62/(c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Maddenin devamında parantez içinde de söz konusu ürünlerin değerinin tazminat miktarından düşeceği ifadesine yer verilmiştir. Bu ifade, marka sahibine el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasının yalnızca tazminat koşullarının olduğu durumlarda mümkün olacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira KHK 62. maddedeki talepler birbirinden bağımsızdır ve KHK’da mülkiyeti devir talebi tazminat talebinin varlığına bağlı tutulmamıştır. Marka sahibinin hem tazminat hem de el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı talep etmesi halinde haklı olarak bir tenkis yapılması gerektiği öngörülmüş ve madde bu yönde düzenlenmiştir.
- 5- KHK md. 64/2 uyarınca taklit markayı herhangi bir şekilde kullanan kişilerin tazminattan sorumlu olabilmesi için ya marka sahibi tarafından bildirim yapılması ya da taklit markayı kullanımlarının kusurlu bir davranış teşkil etmesi gerekir. Maddede yapılacak olan bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmamıştır. Bildirimin ise marka sahibi tarafından yapılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Oysaki bu maddede geçen “marka sahibi”ni dar yorumlamamak gerekir. Şöyle ki bildirim marka sahibi yerine kamu makamları tarafından ya da marka sahibinin üye olduğu meslek teşekkülü ya da herhangi biri tarafından yapılması da mümkün olmalıdır. Zira önemli olan taklit markayı kullanan kişinin durumdan haberdar olmasıdır. Ayrıca KHK md. 73’te marka lisansına sahip kişilerin belli koşullar altında tazminat talebinde bulunabileceği hüküm altına alınmışken bu kişilerin bile md. 64/2’de yer alan bildirimde bulunamayacaklarının kabulü KHK’nın sistematiğine uygun düşmeyecektir. Bu nedenlerle md. 64/2 hükmü aşağıdaki şekilde yeniden kaleme alınabilir:

➤ *“Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi tecavüzden haberdar edilmesi ve tecavüzün durdurulması talep edildiği takdirde veya kullanımının kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.”*

6- KHK md. 65’te marka sahibinin, mütecavizden markanın kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini talep edebileceği düzenlendiği halde söz konusu belgelerin nasıl istenmesi gerektiği ve verilmemesi halinde bir yaptırımının olup olmadığı düzenlenmemiştir. KHK’da bu durumun düzenlenmemiş olması belgelerin ibraz edilmemesinin yaptırımsız kalacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu durumda genel hüküm niteliğindeki HUMK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle ya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmasını gösteren KHK’nın 78. maddesine *“tecavüzü kanıtlayan belgeler”* ifadesi de eklenebilir ya da KHK md. 65 hükmü şu şekilde yeniden kaleme alınabilir:

➤ *“Marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden mahkeme aracılığı ile markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir. Belgelerin ibrazı ile ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) hükümleri uygulanır.”*

7- KHK md. 68 gereği itibar tazminatının talep edilebilmesi için markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması, marka hakkına tecavüz eden tarafından gerçekleştirilmelidir. Oysaki marka hakkına tecavüz eden ile markayı itibarını zedeleyecek şekilde kullanan kişiler farklı olabilir. Bu durumda bu kişilerin 818 sayılı BK md. 50 (6098 sayılı TBK md. 60-61) hükmü gereğince müteselsilen sorumlu tutulmaları gerekir. Bu sebeple KHK md. 68’ aşağıdaki gibi ikinci bir fıkra eklenebilir:

➤ *“Marka hakkına tecavüz edenle markanın itibarını birinci fıkradaki kullanım nedeniyle zarar uğratanın farklı kişiler olması halinde birinci fıkradaki tazminattan marka sahibine karşı müteselsilen sorumlu olurlar.”*

8- KHK md. 74'te marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve söz konusu davanın şartları düzenlenmiştir. Ancak md. 74/2 hükmünde sınâî faaliyet sonucu üretilen ürünlerde kullanılacak olan markalardan bahsedilip, hizmet markalarından bahsedilmemiştir. Mevcut düzenlemeyi, KHK md. 74'te bahsi geçen davanın hizmet markaları için açıklamayacağı şeklinde yorumlamak isabetli olmayacaktır. Böyle bir yorum tarzı marka sahibine etkin koruma sağlamayı hedefleyen KHK'nın amacına uygun düşmeyecektir. Maddedeki düzenleme örnek kabilinden olup, sınırlı şekilde yorumlanmamalıdır. Markalar Kanunu Tasarısı'nda da KHK md. 74/2'ye karşılık gelen md. 69/2'de hizmet markaları isabetli olarak madde metnine aşağıdaki şekilde eklenmiştir.

➤ *“Birinci fıkrada belirtilen davanın açılmasından önce, kendisinin Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınâî faaliyeti sonucu üretilen ürünlerde ve sağlanan hizmetlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, marka sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep eder.”*

9- KHK md. 77'de ihtiyati tedbirin niteliği düzenlenmiş olup aynı maddenin (c) bendinde herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi hususunun da ihtiyati tedbirin kapsamında olduğu vurgulanmıştır. Ancak teminatın kim tarafından verileceği madde metninde yer olmadığından doktrinde bu hususta fikir birliği sağlanamamıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus KHK md. 77'de sayılan tedbirlerin davacı tarafından talep edilebilecek hususlar olmayıp; mahkeme tarafından takdir edilecek olan tedbirler olmasıdır. Dolayısıyla maddenin lafzından, davacının davalıdan teminat göstermesini istemesi gibi bir yorum çıkarmak yerinde bir değerlendirme olmayacaktır. KHK md. 77/(c) hükmü, yetkili merciin

başvuru sahibinden teminat veya güvence vermesini emredebileceği TRIPS md. 50/3 ve usul hukukun genel hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde söz konusu teminatın davalı tarafın değil, davacı tarafın göstermesi gerektiği açıktır. Bu nedenlerle KHK md. 77/(c) hükmü teminatın davacı tarafından gösterilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Ancak yapılacak olan bir değişiklikle madde metninde teminatın davacı tarafından gösterileceğinin yer alması isabetli olacaktır. KHK md. 77/(c) bendi şu şekilde değiştirilebilir:

- *“herhangi bir zararın tazmini bakımından davacının teminat vermesi”.*

KAYNAKÇA

- ALICA, Türkay : “Marka, Tasarım ve Patent Hakkına Tecavüz Suçlarına İlişkin Hükümlerin Anayasaya Aykırılığı Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:65, Sayı:2, 2007, 149-157.
- ARIKAN, Ayşe Saadet : “Tasarımların 554 Sayılı Tasarım Kararnamesi ve Fikir – Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Korunması”, **Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 71-93.
- ARKAN, Sabih : **Ticari İşletme Hukuku**, 13. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2009.
- ARKAN, Sabih : **Marka Hukuku**, C.1, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.
- ARKAN, Sabih : **Marka Hukuku**, C.2, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.
- ARKAN, Sabih : “Marka Hakkına Tecavüz Halleri -Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 Tarihli Kararı”, **GÜHFD**, Yıl:3, Sayı:1, Özel Hukuk, Cilt 1, 2004, s. 3-8. (Tecavüz Halleri)
- ARKAN, Sabih : “İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi”, **BATİDER**, C. 20, S. 2, Aralık/1999, s. 5-11. (İltibas)

- ARSEVEN, Haydar : **Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku**, İstanbul, 1951.
- ARSLAN, İbrahim : “Tescilsiz Markaların Korunması”, **SÜHFD**, C. 16, S. 1, Yıl 2008, s. 29-46.
- AYAN, Mehmet : **Eşya Hukuku – Zilyetlik ve Tapu Sicili-**, 5. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2010. (Eşya Hukuku)
- AYAN, Mehmet : **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2009. (Medeni Hukuk)
- AYDIN, Hüseyin : **Sınaî Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2003.
- BAHR, Martin : “Meta-Tags: Keyword Stuffing-Anmerkung Zu LG Hamburg”,
http://www.jurawelt.com/download/anwaltswelt/entscheid_unksbesprechungen/anmerkungurteilsteinhoefelggffl.pdf.
- BAŞPINAR, Veysel/
KOCABEY, Doğan : **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Ankara, Yetkin Basımevi, 2007.
- BERLIT, Wolfgang : **Das neue Markenrecht**, München, 1995.
- BERZEK, Ayşe Nur : **Fikri ve Sınaî Hukuk Mevzuatı**, 1. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.
- BİLGİLİ, Fatih : **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006.
- CAMCI, Ömer : **Marka Davaları**, İstanbul, 1999.

- CENGİZ, Dilek : **Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararları**, İstanbul, Beta Yayınları, 1995.
- ÇAĞLAR, Hayrettin : 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 1-2, S. 97-112.
- ÇAMLİBEL- TAYLAN, Esin : **Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Ankara, 2001.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis : “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Ünal Tekinalp’e Armağan**, C. 2, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 199-207. (Sorunlar)
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis : **Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sinaî Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler**, 2. Bası, İstanbul, Alkım Kitapevi, 2003. (İhtiyati Tedbirler)
- DİRİKKAN, Hanife : **Tanınmış Markanın Korunması**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.
- DÖNMEZ, İrfan : **Markalar ve Haksız Rekabet Davaları**, 2. Bası, İstanbul, Seçkin Yayınevi, 1992.
- ERCAN, İbrahim : **Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, 1992.

- ERGÜN, Mevci : “Türkiye’de Marka Hakkına Tecavüz Davaları”, Marka Koruması Uluslar Arası Sempozyumu, Ankara, **Türk Patent Enstitüsü**, 24-25 Haziran 1998, s. 145-194.
- ERİŞ, Gönen : **Açıklamalı-İçtihatlı, Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler**, C.1, Ankara, 1987.
- EROĞLU, Sevilay : “**Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili**”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2003, s. 95-167.
- FRANKO, Nisim İ. : **Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1973.
- HATEMİ, Hüseyin : **Medeni Hukuk’a Giriş**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- HIRSCH, Ernst : **Ticaret Hukuku Dersleri**, 8. Bası Ankara, 1948.
- JATON, Michel : **La Protection Des Marques De Haute Renommee**, Lausanne, 1961.
- KANİTİ, Salamon : “İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları”, **BATİDER**, C.1, S.2, 1961, s. 235-250.
- KARAAHMET, Erdoğan : “Sinaî Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmalar”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, **Avrupa Araştırmaları Dergisi**, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 3-17.

- KARAHAN, Sami : **Ticari İşletme Hukuku**, 19. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2010. (Ticari İşletme)
- KARAHAN, Sami : **Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davları**, Konya, Mimoza Yayınları, 2002. (Hükümsüzlük)
- KARAHAN, Sami : “Alan Adı İle Diğer Tanıtma İşaretleri(Marka-Ticaret Unvanı ve İşletme Adı) Arasında İltibas –Somut Olay İncelemesi-” , **Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan**, 2006, Ankara, s. 107-141. (Alan Adı)
- KARAHAN, Sami : “Markalarda İltibas”, **SÜHFD**, C.3, Konya, 1995, s. 214-239. (İltibas)
- KARAHAN, Sami /
SULUK, Cahit /
SARAÇ, Tahir/
NAL, Temel : **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007. (Fikri Mülkiyet)
- KARAN, Gülay : “Transit veya Serbest Bölgedeki Sahte Eşyaya Tedbiren El Konulması ve Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası Veya Ticaret Kanallarının Dışına Çıkartılması”, **FMR**, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuk Dergisi, Ankara, 2003, Yıl 3, C. 3, S. 1, s. 87-133.
- KARAN, Hakan/
KILIÇ, Mehmet : **Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2004, Turhan Kitabevi
- KARAHAN, Mustafa Reşit : **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, 6. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2001.

- KARANFİL, Ayşe : Dünya Ticaret Örgütü 4. Bankalar Konferansı ve Fikri Mülkiyet Hakları, **TPE Bülteni**, Yıl 1, S. 2, Ankara, 2002, s. 21.
- KARAYALÇIN, Yaşar : **Ticaret Hukuku I- Giriş Ticaret İşletme**, 3. Bası Ankara, 1968.
- KAYA, Arslan : **Marka Hukuku**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 2006.
- KAYA, Arslan :“Marka Hukukunda Delillerin Tespiti Davası”, Patent&Marka Dünyası, Yıl 4, S. 12-13, 2004, s. 10-12.
- KAYA, Arslan :“Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar”, **İÜHFİM**, C. LV, 1997, S. 4, s. 174-200.
- KESKİN, Serap : **Patent ve Markanın Ceza Normları İle Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.
- KILIÇOĞLU, Ahmet : “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği” , **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 1984, s. 15-21.
- KIRCA, İsmail : “Tescilli Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Alan Adı Olarak Kullanılması”, **Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani**, C.1, İstanbul, 2002, s. 527- 544.
- KOÇ, Serhat : “Google Ticari Markaları Anahtar Kelime Olarak Satabilir Mi?”, **Bilişim Hukuk Bülteni**, (Çevrimiçi), <http://www.bilisimhukuk.com/2009/10/google-ticari-markalari-anahtar-kelime-olarak-satabilir-mi>, 05.12.2010.
- KORKUT, Ömer : “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod Olarak Kullanılması Sorunu”, **BATİDER**, Cilt 24, Sayı 2, Aralık 2007, s. 501-519.

- KÖPRÜLÜ, Bülent : **Medeni Hukuk, Genel Prensipler- Kişinin Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, 1984.
- KURU, Baki : **Tespit Davaları**, Ankara, 1963.
- KURU, Baki/
ARSLAN Ramazan/
YILMAZ Ejder : **Medeni Usul Hukuku**, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2004.
- MEMİŞ, Tekin : “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WİPO Ara Raporu,” **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, İstanbul, 1999-2000, s. 513-527. (WİPO)
- MEMİŞ, Tekin : “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, www.wipo.org/eng/internet/domains/openlet.htm, 05.12.2010. (Alan İsmi)
- MERAN, Necati : **Marka Hakları ve Korunması**, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
- MICHAELS, Amanda : **A Practical Guide To The Trademark Law**, 3. Edition, London, 2002.
- NOMER, N. Füsün : “Tanınmış Marka: NIKE, İsviçre Federal Mahkemesinin 24.03.1998 Tarihli Kararı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul, 1999, s. 485-507. (Tanınmış Marka)

- NOMER, N. Füsün : “İnternet Alan Adının Hukuki niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Benzerlikler Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağani**, C.1, İstanbul, Beta, 2001, s. 395-418. (Alan Adı)
- NOYAN, Erdal : **Marka Hukuku**, 4.Bası, Ankara, Adalet Yayınları, 2009.
- OCAK, Nazmi : **Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997.
- OĞUZ, Sefer : “İnternet Ortamında Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanununun Çevirisi”, **FMR**, C. 5, Sayı 3, Yıl 5, s. 65-87.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut : **Borçlar Hukuku – Genel Hükümler-**, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami : **Medeni Hukuk**, 16. Bası, İstanbul, 2010.
- OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe : **Sınâî Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2002. (Lisans Sözleşmeleri)

- OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe :“Fikri Nitelikteki Sınaî Değerler Üzerindeki Haklar İle Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay’ Armağan**, İstanbul, 2004, s. 571-598. (Lisansın Niteliği)
- OKUTAN NİLSSON, Gül :“Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir Mi?- Avrupa Toplulukları Mahkemesinin Üç Kararı”, **Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan**, İstanbul, 2003, s. 579-599.
- OMAG, Merih Kemal : “Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Koruması”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 6, S. 1-3, Ocak-Aralık 1991, s. 5-14.
- OYTAÇ, Kutlu : **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku**, 2.Bası, Nobel Kitapevi, 2002.
- ÖÇAL, Akar : **Türk Hukukunda Markaların Himayesi**, Ankara, 1967.
- ÖZEL, Çağlar : **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- ÖZEKES, Muhammet : “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, **DEÜHFD**, 2002/2, s. 89-137.
- ÖZEROĞLU, Ömer Faruk : **Marka Korsanlığı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 2007.
- ÖZSUNAY, Ergun : **Medeni Hukuka Giriş**, 5. Bası, İstanbul, 1986.

- PEKCANITEZ, Hakan : **Medeni Usul Hukuku**, 9. Bası, Ankara, Yetkin
ATALAY, Oğuz/ Yayınları, 2010.
ÖZEKES, Muhammet
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer : **Marka Hakkı ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora
Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2001.
- PINAR, Hamdi : “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, **Prof. Dr.
Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul 2000, s.
855-910.
- POROY, Reha / : **Ticari İşletme Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Vedat
YASAMAN, Hamdi Kitapçılık, 2007.
- POROY, Reha/ : “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr.
TEKİNALP, Ünal Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve
Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1990, s.
333-345.
- POSTACIOĞLU, İlhan : **Medeni Usul Hukuku**, İstanbul, 1970.
- SAĞLAM, Mehmet Adil : **Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı**, Ankara,
1973.
- SARAÇ, Tahir : “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz
Oluşturur Mu?”, **BATİDER**, C. 24, S. 2, 2007, s. 443-470.
- ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal : **Patent Hakkının Korunması**, Ankara, Turhan
Kitapevi, 1998.
- ŞENOCAK, Kemal : **“Soyut Renk Markaları”, Turgut Kalpsüz’e Armağan**,
Ankara, 2003, s. 55-125.

- TEKİL, Fahiman : **Ticari İşletme Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, 1997.
- TEKİNALP, Ünal : **Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Arıkan Yayınları, 4. Bası, 2005. (Fikri Mülkiyet)
- TEKİNALP, Ünal : “Ayırteci Nitelik Kazanma”, **Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul , 2003, s.179-187. (Ayırteci Nitelik)
- TEKİNALP, Ünal : “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, **Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, s. 589-597. (İtibar Tazminatı)
- TEKİNALP, Ünal : Gümrük Birliği’nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri, **İÜHFİM**, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 27-86. (Gümrük Birliği)
- TEOMAN, Ömer : **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 1: 1989-1991, İstanbul, 1992. (Kitap 1)
- TEOMAN, Ömer : **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 2: 1986-1988, İstanbul, 1993.
- TEOMAN, Ömer : **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 3: 1984-1985, İstanbul, 1994.
- TEOMAN, Ömer : **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 4: 1982-1983, İstanbul, 1995.
- TEOMAN, Ömer : **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 9: 1998-1999, İstanbul, 2000. (Kitap 9)
- TEOMAN, Ömer : **Yaşayan Ticaret Hukuku**, C. 1: Hukuki Mütalaalar, Kitap 12: 2004-2007, İstanbul, 2008.

- ÜNAL, Mücahit : **Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim : **Medeni Yargılama Hukuku**, C. 1-2, 7. Bası, İstanbul, 2000.
- WEBER, Rolf : **Schutz von Domannamen im Internet**, SJZ 92, 1996.
- YALÇINER, Uğur :“Türkiyede Marka Uygulamaları ve Markaların Korunması Hakkında KHK’nın Getirdikleri”, **Gümrük Birliği Bilgilendirme Toplantıları -3-, Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyumu ve Sorunları Semineri**, İstanbul Ticaret Odası, Yayın No: 1995/39, İstanbul, 1995.
- YASAMAN, Hamdi : **Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları**, C.1, Beta Yayınları, 2004.
- YASAMAN, Hamdi “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspat Sorunu”, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s. 1189-1204. (Tanınmış Marka Kriterleri)
- YASAMAN, Hamdi : “Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar”, **GÜHFD**, S. 1, Yıl 3, Özel Hukuk, 2004, s. 55-67. (Tazminat Talepleri)
- YASAMAN, Hamdi : “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Kararı Üzerine Düşünceler”, **GÜHFD**, S.2, Yıl 1, 2002, s. 151-159. (Marka Hakkının Niteliği)

- YASAMAN, Hamdi : “Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar”,
Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağani, C.1, İstanbul,
2002, s. 805- 819. (Fikri Haklarda Tazminat)
- YASAMAN, Hamdi / : **Marka Hukuku- 556 Sayılı KHK Şerhi**, C. 1,
ALTAY, Sıtkı Anlam / İstanbul, Vedat kitapçılık, 2004. (KHK Şerhi, C. 1)
AYOĞLU, Tolga /
YUSUFOĞLU, Fülürya /
YÜKSEL, Sinan
- YASAMAN, Hamdi / :**Marka Hukuku- 556 Sayılı KHK Şerhi**, C. 2,
ALTAY, Sıtkı Anlam / İstanbul, Vedat kitapçılık, 2004. (KHK Şerhi, C. 2)
AYOĞLU, Tolga /
YUSUFOĞLU, Fülürya /
YÜKSEL, Sinan
- YAŞAR, Mert : “Alan Adları ve ICANN Tahkimi”, **GÜHFD**, S. 1, Yıl 3,
2004, s. 625-637. (Alan Adı)
- YILDIRIM, Mustafa Fadıl : “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili
Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması”, **Prof. Dr.
Aysel Çelikel’e Armağan**, İstanbul, 2001, s. 1007-1036.
- FMR : “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 07.07.1997 Gün ve E.
1997/3559, K. 1997/5453 Sayılı Kararı”, **Ankara Barosu
Yayınlari**, C. 1, S. 4, s. 212.
- İTO YAYINI : **Sorularla Türk Markalar Hukuku**, Yayın No:
1996/21, İstanbul, 1996.

www.dtm.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.tdk.gov.tr

<https://www.nic.tr>

<http://geonic.net/?section=terms&subsection=TR>

<http://rega.basbakanlik.gov.tr/default.aspx>

http://www.mylife.com.tr/Kurumsal/2010/10/28/agaoglu_super_markalar_arasinda