

T.C.
GAZIANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU ANA BİLİM DALI

**SINAI MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA MARKA
HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE HUKUKİ VE CEZAI
SORUMLULUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

AYHAN ŞAHAN

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN

GAZIANTEP
KASIM 2019

T.C.
GAZİANTEP ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU ANA BİLİM DALI

Sonar Mükiyet Kavramı Kapsamında Mirsa Hakkında Tecavüz Halinde Hukuki Ve Cezaî
Sorumluluk
AYHAN ŞAHAN

Tez Savunma Tarihi: 20/12/2019

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı



Doç. Dr. Erol ERKAN
SBTE Müdürü

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları sağladığını onaylarım.



Prof. Dr. Emine KÖRAN
Enstitü ABD Başkanı

Bu tez tarafımdan okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.



Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ERDOĞAN
Tez Danışmanı

Bu tez tarafımdan okunmuş, kapsam ve niteliği açısından bir Yüksek Lisans tezi olarak aybırlığı açısından kabul edilmiştir.

Juri Üyesi
(Unvan, Adı ve SOYADI)

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ERDOĞAN

İmzası



Dr. Öğr. Üyesi Hakan CİNDEMİR



Doç. Dr. Mehmet ŞENTÜRK



ETİK BEYAN

Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimleri Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ayhan ŞAHAN

20.12.2019

ÖZ

SINAI VE MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUK

ŞAHAN, Ayhan

Yüksek Lisans Tezi, Ekonomi Hukuku ABD

Tez Danışmanı: Dr. Öğretim Üyesi Abdullah ERDOĞAN

Kasım 2019, 112 Sayfa

Bu yüksek lisans tezinin amacı, 6769 sayılı Sınai ve Mülkiyet Kanunu kapsamında, markanın tescili, korunması ve marka hakkının ihlali halinde, marka sahiplerinin hukuki sorumlulukları ile marka hakkını ihlal eden kişilere yönelik cezai sorumlulukların ele alınmasıdır.

Tez çalışmasının konusunu oluşturan marka hakkının genel çerçevesinin ele alındığı birinci bölümde ulaşılan sonuçlarda Türkiye'nin marka hakkının korunması hakkında 1883 tarihli Paris Konvansiyonu, WIPO kuruluş sözleşmesi, Dünya Ticaret Örgütü gibi birçok uluslararası sözleşmeye katıldığı görülmüştür. Bunun yanında markanın tanımı unsurları, markanın elde edilmesi, markanın ret sebepleri ve çeşitleri, markanın fonksiyonları, marka türleri ve markanın tescil aşamaları hakkında bilgiler verilmiştir.

İkinci bölümde ise 10.01.2017 tarihli 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile marka hakkının korunması hakkında yürürlüğe sokulan daha önceki KHK'lerden farklı olarak sınai ve mülkiyet hukukuna daha kapsamlı bir yapı kazandırıldığı görülmekle birlikte, tez konusuna ilişkin olarak 6769 sayılı kanunla marka hakkının korunması, marka hakkının ihlali hali ve marka hakkının ihlalini içeren fiiller ve marka hakkını ihlalinin internet yoluyla yapılması gibi durumlar birlikte ele alınmıştır.

Buna göre marka hakkına tecavüzü içeren fiillerin varlığı durumunda 6769 sayılı kanun kapsamında hukuki sorumluluklar, hukuki tedbirler ve cezai hükümlerle öngörülen dava çeşitleri incelenmiş ve yüksek mahkemelerin marka hakkının ihlali kapsamında açılan davalara ilişkin kararları ve içtihatları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Marka hakkı, Mülkiyet, Sınai hak.

ABSTRACT
**LEGAL AND CRIMINAL LIABILITY IN CASE OF INFRINGEMENT OF
TRADEMARK RIGHTS WITHIN THE SCOPE OF INDUSTRIAL AND
PROPERTY LAW**

ŞAHAN, Ayhan
Master's thesis, Economic Law
Thesis Advisor: Dr. Lecturer Abdullah ERDOĞAN
November 2019, 112 pages

The aim of this master's thesis is to address the legal responsibilities of the trademark owners and the criminal responsibilities of the persons who violate the trademark right in case of registration, protection and violation of the trademark right within the scope of the industrial and Property Law No. 6769.

In the first part, where the general framework of the trademark right which constitutes the subject of the thesis work is discussed, it is observed that Turkey participated in many international conventions such as the Paris Convention of 1883 on the protection of the trademark right, WIPO founding convention, World Trade Organization. In addition, the elements of the definition of the trademark, the acquisition of the trademark, the reasons and types of the trademark rejection, the functions of the trademark, the types of the trademark and the stages of registration of the trademark are given.

In the second section, the Industrial Property Law No. 6769 dated 10.01.2017 gives a more comprehensive structure to the industrial and property law, as opposed to the previous Khk which was put into effect on the protection of the trademark right, the protection of the trademark right, the violation of the trademark right and acts involving the violation of the trademark right and the.

Accordingly, in case of acts involving infringement of the trademark right, legal responsibilities, legal measures and criminal provisions in the scope of Law No. 6769 are examined and the decisions and case law of the high courts related to cases opened within the scope of infringement of the trademark right are taken into consideration.

Keywords: Trademark right, property, Industrial right.

ÖNSÖZ

Gelişen teknolojik imkanlar ve globalleşmenin verdiği zorunluluk dolayısı ile şirketler, yapmış oldukları faaliyet konusu ile ilgili olarak, piyasaya sundukları ürünlerin benzerleri ile karışmaması adına markalaşma yoluna gitme zorunluluğu hissetmekte ve bu çerçevede üretimlerini diğerlerinden ayırmaya imkan veren sözlük anlamı işaret olan “marka” sözcüğü hayatımızın bir çok alanına girmeye başlamıştır.

Marka sadece slogan ve sözcükler olarak hayatımızda yer almamaktadır. Şekil, işaret gibi bir çok farklı şekilde belli bir ürünü benzerlerinden ayırt edilmesini sağlamakta ve ürünün satış hacmini ve tüketici tercihlerini belirgin şekilde değiştirmektedir. Bu durum ürünü üreten şirketlerin lehine sonuçlar oluşturmuş olsa da günümüzde bir çok bilindik markanın ürününe ilişkin taklit ve benzeri olumsuz girişimlere rastlanmaktadır.

Tez çalışmasının konusunu oluşturan bu sorunun önlenmesi adına ülkemizin hem ulusal hem de uluslararası alanda yapmış ve katılmış olduğu hukuki çalışmalar ele alınmış olup, marka hakkına yapılan tecavüzlere yönelik hukuki ve cezai sorumluluklar ele alınmıştır. Bu tez çalışmasıyla 2017 yılında yürürlüğe giren 6769 sayılı kanunun diğer önceki KHK’lar ile karşılaştırılması yoluyla yapılan kanun çalışmasının değerlendirilmesi ile sınai mülkiyet hukuku literatürüne önemli bir katkı sağlandığı düşünülmektedir.

Bu çalışmanın hazırlanmasında öncelikle ve özellikle günün tüm yorgunluğunu atmama vesile olan Kızım Pırıl’a, her zaman yanımda olan değerli eşim Şeyda Şahan’a ve tezin hazırlanmasında hukuki tavsiyelerini ve yönlendirmelerini esirgemeyen değerli hocam Öğretim Görevlisi Dr. Abdullah Erdoğan Hocama, sayın fakülte dekanımız Prof. Dr. Emine Koban hocama, Abdullah Ceylan hocama, değerli insan Av. Hatice Türkan Çoşkun’a, Öğretim Görevlisi Hakan Kaşka hocama, tezin hazırlanması sırasında büro yükümü hafifleten ve bu zorlu süreçte tüm desteklerini esirgemeyen Av. Hasan Gür üstadıma sonsuz teşekkürler.

Ayhan ŞAHAN

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|-----|
| ETİK BEYAN | i |
| ÖZ..... | ii |
| ABSTRACT | iii |
| ÖNSÖZ..... | iv |
| İÇİNDEKİLER..... | v |
| GİRİŞ..... | 1 |
| BİRİNCİ BÖLÜM..... | 3 |
| MARKA HUKUKUNUN KAYNAKLARI, TANIMI VE UNSURLARI..... | 3 |
| I. TÜRKİYE’NİN MARKALARLA İLGİLİ KATILDIĞI ULUSLARASI | |
| ANTLAŞMALAR..... | 3 |
| A. Genel Olarak..... | 3 |
| B. Sınaî Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu) (20 Mart 1883)..... | 4 |
| C. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi | 4 |
| D. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması | 5 |
| E. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIP’s)..... | 5 |
| F. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokol | 6 |
| G. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması | 7 |
| H. Markalar Kanunu Anlaşması | 7 |
| II. MARKA KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI | 8 |
| A. Marka..... | 8 |
| B. Markanın Unsurları..... | 9 |
| 1.İşaret | 9 |
| 2.Kişi Adları | 10 |
| 3.Sözcük veya Sözcük Grupları, Sloganlar | 11 |
| 4.Şekiller..... | 13 |
| 5.Harfler ve Sayılar..... | 13 |
| 6.Renkler..... | 14 |
| 7.Ses, Melodi ve Koku..... | 15 |
| 8.Üç Boyutlu Biçimler ile Malların/ Ambalajların Biçimleri..... | 15 |

| | |
|--|----|
| C. Ayırt Edici Nitelik | 16 |
| III. MARKA HAKKININ ELDE EDİLMESİ | 19 |
| A. Mutlak Red Sebepleri | 20 |
| 1.4. Madde Kapsamında Marka Olamayacak İşaretler | 20 |
| 10.Dini Değerleri veya Sembolleri İçeren İşaretler | 23 |
| 11.Kamu Düzenine veya Genel Ahlaka Aykırı İşaretler | 24 |
| B. Nispi Red Sebepleri | 24 |
| IV. MARKANIN FONKSİYONLARI..... | 27 |
| A. Ayırt Etme Fonksiyonu | 27 |
| B. Menşe Gösterme Fonksiyonu | 28 |
| C. Reklam Fonksiyonu | 28 |
| D. Garanti Fonksiyonu | 28 |
| V. MARKANIN TÜRLERİ | 29 |
| A. Amacına Göre Markalar | 29 |
| 1.Ticaret Markaları | 29 |
| 2.Hizmet Markaları..... | 30 |
| B. Sahiplerine Göre Markalar | 30 |
| 1.Ferdi Markalar | 30 |
| 2.Ortak Markalar..... | 31 |
| 3.Garanti Markaları..... | 31 |
| C. Tescil Edilmiş Olup Olmamlarına Göre | 32 |
| D. Tanınmış Olup Olmamasına Göre Markalar | 32 |
| IV. MARKANIN TESCİLİ | 37 |
| A. Genel Olarak..... | 37 |
| B. Tescil Başvurusunda Bulunabilecekler..... | 38 |
| C. Marka Tescil Başvurusunun İşlemleri..... | 39 |
| İKİNCİ BÖLÜM | 44 |
| SINAI VE MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA MARKA HAKKININ KORUNMASI VE MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALLERİ | 44 |
| I. MARKA HAKKININ KORUNMASI..... | 44 |
| A. Genel Olarak..... | 44 |
| B. Tescil..... | 47 |
| C. Markanın Kullanılması | 48 |

| | |
|--|----|
| D. Markanın Hükümsüzlüğü, İptali ve Sona Erme Sebepleri | 51 |
| II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ..... | 52 |
| A. Genel Olarak..... | 52 |
| B. Suçun Tanımıyla Korunan Hukuki Değer | 52 |
| C. Marka Hakkına Tecavüz Suçuna İlişkin Fiiller | 53 |
| 1.Karıştırılma hali (İltibas) | 53 |
| 2.Marka Taklitçiliği (İktibas)..... | 54 |
| 3.Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletilmesi veya Bu Hakların Üçüncü Kişilere Devredilmesi..... | 57 |
| 4.Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Def'i..... | 58 |
| III. TESCİLLİ MARKAYA İNTERNET YOLU İLE TECAVÜZ..... | 58 |
| IV. MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUK | 59 |
| A. Genel Olarak..... | 59 |
| B. İhtiyati Tedbir ve Gümrüklerde El Koyma..... | 61 |
| 1.İhtiyati Tedbir | 61 |
| 2.Gümrüklerde El Koyma (SMK 159) | 64 |
| V. SMK'DA ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI | 66 |
| A. Delil Tespiti veya Fiilin Tecavüz Olup Olmadığının Tespiti (SMK 149/ 1/a)..... | 66 |
| B. Menfi Tespit Davası (SMK Madde 154)..... | 68 |
| C. Marka Hakkına Tecavüz Fiillerinin Durdurulması (Men) Davası | 71 |
| D. Tecavüzün Giderilmesi (Ref) Davası (SMK Madde 149/1/ç)..... | 72 |
| E. Maddi ve Manevi Zararın Tazmini (SMK Madde 149-150)..... | 74 |
| 1.Genel Olarak | 74 |
| 2.Maddi Tazminat Davası..... | 75 |
| 3.Manevi Tazminat Davası (SMK Madde 150) | 76 |
| 4.İtibar Tazminatı | 79 |
| 5.Yoksun Kalınan Kazanç (SMK Madde 151)..... | 80 |
| F.El Koyma Davası (SMK Madde 101) | 82 |
| G. El Konulan Ürün Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması (SMK Madde 149/e)..... | 83 |
| H.Gerekli Diğer Tedbirlerin Alınması, Markaların Silinmesi, Ürün ve Araçların İmhası (SMK Madde 149/f)..... | 83 |
| İ.Mahkeme Kararının İlgililere Tebliği ve Kamuya Duyurulması | 84 |

| | |
|--|----|
| VI. MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN CEZAI HÜKÜMLER.(SMK M.30) | 85 |
| DEĞERLENDİRME VE SONUÇ | 96 |
| KAYNAKÇA | 98 |



KISALTMALAR

| | |
|---------|---|
| ATAD | :Avrupa Topluluğu Adalet Divanı |
| ATBM | : Avrupa Topluluğu Bidayet Mahkemesi |
| CD | :Ceza Dairesi |
| bkz | : Bakınız |
| CGK | : Ceza Genel Kurulu |
| CMK | :Ceza Muhakemeleri Kanunu |
| DEÜHFD | : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| DTÖ | : Dünya Ticaret Örgütü |
| GATT | :Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| Krş | : Karşılaştırınız |
| KHK | : Kanun Hükmünde Kararname |
| MarkKHK | : Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname |
| MK | : 551 sayılı Markalar Kanunu |
| MK | :Medeni Kanun |
| PatKHK | : Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname |
| SMK | :Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TDK | :Türk Dil Kurumu |
| TPE | : Türk Patent Enstitüsü |
| TPMK | :Türk Patent Marka Kanunu |
| TRIP'S | :The Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi) |
| TSE | :Türk Standart Enstitüsü |
| TTK | :Türk Ticaret Kanunu |
| vd | : ve diğerleri |
| YİDK | : Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu |
| WIPO | : World Intellectual Property Organization(Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı) |

GİRİŞ

Hukukumuzda marka konusundaki düzenlemelerden ilki 1872 tarihli Nizamnamedir. 1888 tarihinde “Fabrikalar Mamulâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alamaet-i Farikalara Dair Nizamname” ile değiştirilen bu nizamnameler 1857 tarihinde “Fransız Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu” esas alınarak hazırlanmıştır.

Alamaet-i Farikalara Dair Nizamname, 1965 yılında yürürlüğe girmiş olan 551 sayılı “ Markalar Kanunu” ile yürürlükten kaldırıldı. 551 sayılı “ Markalar Kanunu” ise, 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname” ile yürürlükten kaldırılmış ve 29944 sayılı ve 10.01.2017 tarihinde resmi gazete de yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu” na kadar yürürlükte kalmıştır.

Söz konusu Kanunla birlikte başta 551 (patent), 554 (tasarım), 555 (coğrafi işaret) ve 556 (marka) sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler olmak üzere, "sınai" haklara ilişkin bir çok mevzuat yürürlükten kaldırılmıştır. “ Sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin var olan yasal mevzuat, tek bir çatı altında toplanması ve Kanun Hükmünde Kararnameler ile her bir hak için ayrı ayrı düzenlenen ve tekrara düşülen maddeler, yeni Kanunda her hak için uygulanır hale gelmiş, farklı hak için farklı uygulama riski ortadan kaldırılmıştır. Kanunda öncelikle genel olarak her bir sınai hak için ayrı genel düzenlemelere yer verilmiş olup, ortak hükümler başlığı altında ise, her hak için hukuki korumada tekrarlanan maddeler yerine, ortak maddeler hüküm altına alınmıştır” .¹

Bilindiği üzere uluslararası mevzuatta marka hakkının korunması için yapılmış birçok antlaşma bulunmaktadır. Bu tez çalışmamızda markanın uluslararası alanda korunması bakımından, ülkemizin taraf olduğu uluslararası antlaşmalara ana başlıklar halinde değinilecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu açısından konu irdelenirken

¹KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, *Sınai Mülkiyet Kanunu (Makale) 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı*, 2017, www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/frmmakale/2017-1/1.pdf. (20.09. 2018)

kanuni düzenlemeler, doktrin ve Yargıtay kararları kapsamında konuyu ele alarak değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Tezimizin birinci bölümünde marka hakkına tecavüz konusuna temel teşkil etmesi açısından marka kavramının tanımı, unsurları, türleri, markanın red sebepleri ve fonksiyonlarına yer verilmiştir. İkinci bölümde ise markaya tecavüz durumunda, marka hakkına sahip olan kişilerin başvurabileceği hukuk davalarına ve cezai boyutuna yer verilmiş ve özellikle Marka KHK ile yeni kanunumuz 6769 sayılı SMK'nın karşılaştırmalarına yer verilerek konu etraflıca ele alınmıştır.



BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNUN KAYNAKLARI, TANIMI VE UNSURLARI

I. TÜRKİYE’NİN MARKALARLA İLGİLİ KATILDIĞI ULUSLARASI ANTLAŞMALAR

A. Genel Olarak

Markalarla ilgili Türkiye’nin taraf olduğu birçok antlaşma vardır. Bunların bir kısmı Marka Hukukumuz ile doğrudan ilgili iken, bir kısmı dolaylı olarak ilgilidir. Sınaî Mülkiyet Hukuku ile ilgili yapılan uluslararası düzenlemelere ülkelerin iştirak etmesi ve bunu kabul ettiklerini bildirmesi yalnızca sınaî mülkiyet hukuku ile bağı kalan bir antlaşma değildir. Esasen bu tür antlaşmalar devletlerin ekonomik ve siyasi anlamda işbirliklerinin bir sonucudur. Bu uluslararası antlaşmalar hem ulusal hem de küresel anlamda markanın korunmasına ve Marka Hukukunun gelişmesine katkı kazandırmaktadır.

Öyle ki, bu antlaşmalar sayesinde sözleşmeye taraf devletler kendi ulusal mevzuatlarını da bu sözleşmelere, uluslararası antlaşmalara, uygun hale getirmektedirler. Her geçen zamanda ve küreselleşen dünyamızda Marka Hukukunun tüm dünyada geçerli yeknesak kurallarla korunma altına alınmasına yaklaşılmaktadır. Türkiye de kendi ulusal mevzuatını bu sözleşmelere ve AB’ye uyum sürecini göz önüne alarak irdelemiş ve 6769 sayılı markaların korunması hakkında Sınaî Mülkiyet Kanununu kabul etmiştir. Aşağıda uluslararası mevzuata ilişkin antlaşma ve sözleşme metinlerinden kısaca bahsedilecektir.

B. Sınâî Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu) (20 Mart 1883)

Paris Konvansiyonu, adından da anlaşılacağı gibi sınâî hakların uluslararası düzeyde korunmasını sağlamak amacıyla düzenlenen ve imzalanan en eski düzenlemedir. Paris Sözleşmesinin amacı, Fikri Mülkiyet Hukuku alanındaki düşünceleri genişletmek uluslararası korunmayı mümkün hale getirmek, ortak bir koruma politikası geliştirmek ve ulusal düzenlemelerin yapılmasını sağlamaktır.²

Paris Konvansiyonu, hem markaların hem de diğer başkaca sınâî hakların uluslararası arenada korunmasını amaç edinmektedir. Paris Konvansiyonu'nda; ayrıca “ patentler, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller, menşe adları, mahreç işaretleri, haksız rekabetin önlenmesi” gibi hususlar da düzenlemiştir.

İlk kez 20 Mart 1883 tarihinde imzalanan anlaşma,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.³ Türkiye ise Lozan Anlaşması'na bağlı Ticaret Mukavelesi'nin 14. maddesi uyarınca, “Mülkiyeti Sınaiyenin himayesine dair olup, iki Haziran 1911 tarihinde Washington'da tadil edilen 20 Mart 1883 tarihli beynelmilel Paris Mukavelesine, eşkâli muharrere dairesinde, iştirak etmeyi...” taahhüt etmiştir. Böylece, Türk hükümeti 10 Kasım 1925 tarihinde sözü geçen uluslararası antlaşmaya ilk defa olarak katılmıştır. Türkiye, Paris Konvansiyonu'nun daha sonraki tadillerine de katılmış bulunmaktadır.⁴

C. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü 14 Temmuz 1967 tarihinde İsveç'in Stockholm kentinde imzalanan sözleşmeyle kurulmuştur. Sınâî mülkiyet hakları ve telif hakları ile ilgilenen WIPO'nun ⁵ temel amacı; üye devletlerin katkılarıyla bütün dünyada fikri mülkiyetin korunmasını teşvik etmek, bunun için ilgili diğer örgütlerle işbirliği

² Krş. Beier, GRUR Int. 1983, 341.

³ Bkz. KAYA, s. 11, dn.

⁴ DİRİKKAN, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2003, s.7.

⁵ World Intellectual Property Organization.

yapmak ve fikri mülkiyet birlikleri arasında idari işbirliğini sağlamaktır.⁶ 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.”⁷Türkiye bu anlaşmaya “ 19.11.1975 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 14.08.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı” ile katılmıştır.

D. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması

“Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Uruguay Round Müzakereleri sonunda, Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması'nın (GATT) yerini alan 29 ayrı çok taraflı hukuki belgeyi / antlaşmayı ve 25 Bakanlar Bildirisini kapsayan, 15 Nisan 1994 tarihinde Marakeş'te (Fas) imzalanan Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması (Final Act) ile kurulmuştur. Çok taraflı ticaret sisteminin yasal ve kurumsal temeli olan DTÖ, 1 Ocak 1995 tarihinde resmen faaliyete geçmiştir. DTÖ, uluslararası ticaret sisteminin temel organı olduğunu ispatlamış ve özellikle üye ülkeler arasındaki anlaşmazlıkların çözümü konusundaki kararlılığı ile üye ülkelere güven vermiştir.”⁸

“Ülkemiz, Uruguay Round Müzakereleri sonunda Fas'ın Marakeş kentinde DTÖ'yü kuran antlaşmayı imzalamıştır. Bu kapsamda çıkartılan Bakanlar Kurulu Kararı ile 26 Mart 1995 tarihinden itibaren DTÖ'ye kurucu olarak üye olmuştur.”^{9,10}

E. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIP's)

Dünya Serbest Ticaret Antlaşmasını, Dünya Ticaret Örgütü Antlaşması olarak değiştiren Uruguay görüşmeleri uzun yıllar içeren görüşmeler sonucunda 15.04.1994 tarihinde tamamlanabilmiştir.1986-1994 yılları arasında sürdürülen Uruguay Turu

⁶ www.acikerisim.deu.edu.tr//

⁷ KARAAHMET, Erdoğan, “Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar”, “Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 5.Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, C. 4, S. 1-2, 1995-1996”, s. 5

⁸ www.polen.itu.edu.tr.

⁹ Türkiye Cumhuriyeti Dış İşleri Bakanlığı Resmi Web Sitesi, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş ve Amaçları, s.1 <http://dto.dt.mfa.gov.tr> (20.09. 2018)

¹⁰ www.hazer.tv.com.tr

müzakereleri sırasında DTÖ'nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), DTÖ içerisinde yer alan diğer konuların yanında, ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarını düzenleyen bir anlaşma olarak uluslararası ticaret sistemine 1995 yılında eklenmiştir. TRIP's¹¹ ile edebi ve sınaî mülkiyet farklılığı ortadan kalkmış ve bununla birlikte fikri mülkiyet kavramına geniş bir yorum tanınmıştır. TRIPS, bugüne kadar fikri mülkiyet alanında uluslararası düzeyde kabul edilen en kapsamlı anlaşma olarak geçmektedir.”¹²

Dünya Ticaret Örgütü üyesi olan tüm ülkeler bu sözleşmenin de otomatik olarak tarafı durumundadır. 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.¹³ Anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri azaltmaktır. Ayrıca özellikle sanayisi gelişmiş ülkelerin uluslararası alanda ticareti ve sınaî mülkiyet haklarının yeterli ve güçlü korunmasını, ulusal ve uluslararası icra mekanizmalarının kurulmasını sağlamaktır.¹⁴ TRIPS mevcut iki taraflı ve çok taraflı sözleşmeleri ortadan kaldırırken onlara ek düzenlemeler de getirmektedir.

F. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokol

27 Haziran 1989 tarihinde kabul edilen Madrid Protokolü, Madrid Anlaşması'nın ilkelerinin tekrarlandığı bir başka anlaşmadır. Madrid Protokolü de markaların uluslararası tescilini öngörmekte ancak asıl amaç, Madrid Anlaşmasına yöneltilen eleştirilerin dikkate alınarak, antlaşmada taraf sıfatı bulunmayan ülkelerin Protokole üye olması ve uluslararası alanda marka tescilinde bütünlük arz etmeyi sağlanmasıdır.¹⁵

“Bununla birlikte Madrid Protokolü'ne taraf ülke vatandaşları, belirlenen şartlarda markalarını uluslararası marka olarak tescil ettirebilmektedir. Bunun için de

¹¹ <http://www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS>(20.09.2018)

¹² MERAN, Necati, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara, Legal, 2008, s. 21.

¹³ Bkz. Uğur Yalçınar, “Türkiye’de 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”, s. 62-63.

¹⁴ DİRİKKAN, Tanınmış Markanın Korunması, s. 8.

¹⁵ KARA AHMET, “Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslar Arası Antlaşmalar”, s. 9.

Madrid Protokolü'ne üye ülke vatandaşları, belirlenen koşullarda markalarını uluslararası marka mahiyetinde tescil ettirebilmektedir.”¹⁶ Madrid Anlaşması'nda taraf sıfatı bulunmayan ülkelerin, Madrid Protokolü'ne taraf olması ile uluslararası marka tescilinde bütünlük sağlanması amaçlanmaktadır.¹⁷ Bu protokol sadece devletlerin değil, uluslararası örgütlerin de katılımına açıktır.

G. Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması

15 Haziran 1957'de ilk kez imzalanan bu anlaşma, 14 Temmuz 1967'de İsveç'te, 13 Mayıs 1977'de Cenevre'de gözden geçirilmiş ve 2 Ekim 1979'da da değiştirilmiştir. “Nice Anlaşması” 14 maddeden oluşmakta ve birinci maddesinde anlaşmada taraf sıfatı bulunan ülkelerin bir birlik oluşturdukları ve markaların tescil amaçlarına yönelik olarak ortak bir gruplandırma sistemi kurdukları ifade edilmektedir. Marka tesciline esas teşkil edecek olan mal ve hizmetlerin belli sınıflara ayrılmış olması başvuru sahipleri için de büyük kolaylık sunmaktadır. Bu sınıflandırma sonucunda toplam 11000 mal ve hizmet; 34 ayrı mal ve 8 ayrı hizmet sınıfına ayrılmıştır. Bunlar da kendi içlerinde alt sınıflara ayrılmakta olup, bu sınıflandırma her üç yılda bir uzmanlar komitesi tarafından gözden geçirilmekte ve yenilenmektedir. Diyebiliriz ki, Nice Sözleşmesi ile sözleşmeye taraf ülkeler arasında bir anlaşma birliği sağlanmıştır.¹⁸

H. Markalar Kanunu Anlaşması

Marka Kanunu Anlaşması 27 Ekim 1994 yılında Cenevre'de yapılan diplomatik konferans ile kabul edilmiş olup, 1 Ağustos 1996 yılında yürürlüğe girmiştir.¹⁹ Türkiye de bu anlaşmaya “5118 sayılı Uygun Bulma Kanunu”²⁰ ile 07.04.2004 tarihinde katılmıştır. Antlaşmanın amacı, marka adına yapılan başvurular,

¹⁶ www.kobifinans.com.tr14.05.2006. (25.09.2018)

¹⁷ KARA AHMET, “Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslar Arası Antlaşmalar”,s. 9.

¹⁸ 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.

¹⁹ www.acikerisim.deu.edu.tr.

²⁰ Resmi Gazete, 14.04.2004, sayı: 25433.

markaların tescili ve tescili sonrası ilgili birimlerce talep edilecek olan belgeler ve işlemlerde uluslararası uygunluğu sağlamaktır.²¹

II. MARKA KAVRAMI, TANIMI VE UNSURLARI

A. Marka

Marka sözlük anlamıyla “resim veya harfle yapılan işaret” anlamına gelmektedir.²² Marka terimi mevzuatımızda ilk kez “551 sayılı Markalar Kanunu” ile “alameti farika” kelimesi yerine kullanılmaya başlanmıştır. Bahsi geçen kanun öncesinde markayı düzenleyen “Alameti Farika Nizamnamesi” ve “Fabrikalar Mamulâtıyla Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikaya Dair Nizamname”, “alameti farika” kelimesini kullanmaktaydı. Söz konusu terim, yabancı hukuklarda, İngilizce “trade mark”, Almanca “fabrikmarken”, Fransızca “marque” olarak ifade edilmektedir.²³

Marka, ticaret ve sanayi ile hizmetler alanında, ürünleri birbirlerinden ayırt etmeye yarayan, işletmenin arz ve talep eğrilerini etkileyerek ona artı değerler kazandıran ve gayri maddi özelliğe sahip olan işaretler ya da adlardır. Yasal tanıma göre, “bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla”, her türlü işaret marka sayılır. Markalar mal veya hizmetleri birbirinden ayırt etme amacı taşımakla birlikte, malların standartlara uygun olduğunu göstermesi ve tüketiciler açısından güven duygusu oluşturmaları bakımından önemli bir unsur olmaktadır.

TRIP’s madde 15’e göre marka, “Bir işletmenin mal ve hizmetlerini, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu” olarak tanımlanmıştır. “Ayrıca harfler, sayılar, mecazi unsurlar içeren sözcükler, renk kombinasyonları, işaret kombinasyonları ve özellikle kişisel adlar, marka olabilecek işaretler olarak belirtilmiştir.”²⁴ Markanın en önemli

²¹ KARAAHMET, “Sinai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslar Arası Antlaşmalar”,s. 11.

²² <http://www.tdk.gov.tr/> (25.09.2018)

²³ TOPÇU, Deniz, *Sinai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.s.45

²⁴ ÖZDAL, Şule, *556 Sayılı KHK'nın 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler*, İstanbul 2005, Beta Yayınları, s.32

özelliği ise, ayırt etme niteliğinin bulunmasıdır. Öyle ki ayırt edici niteliği bulunmayan bir işaretin marka olarak tescil edilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁵

Bunun yanında Alman Hukukunda “1961 tarihli Markaların Korunması Hakkındaki Kanun”, markayı “Ticari bir işletmenin mamulünü diğerlerinden ayıracak olan işaret”, Amerikan Hukukunda “1946 tarihli Markalar Kanunu (Lanham Act)” ise “bir tacir veya imalatçının emtiasını belirlemek ve diğerlerinin imal ettiği ve sattığı emtiadan ayırt etmek üzere kabul ettiği ve kullandığı herhangi bir sözcük, ad, sembol, düzen veya herhangi bir sözcük grubu” olarak tanımlamıştır.²⁶

İzah etmeye çalıştığımız üzere marka kavramı; marka siciline tescilli markaları kapsadığı gibi, tanınmış markaları ve kullanım suretiyle ayırt edicilik kazanmış markaları da kapsamaktadır.

B. Markanın Unsurları

Bir markadan söz edilebilmesi için; “marka olmaya uygun bir işaretin bulunması, çizimle görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayımlanabilmesi veya çoğaltılabilmesi ve hepsinde önemlisi ayırt edici niteliğinin bulunması gerekir”.²⁷

1.İşaret

İşaret, 6769 sayılı “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun” 4.maddesinde “Marka Olabilecek İşaretler” başlığı ile açıklanmıştır. Buna göre, “*Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir.*” denmektedir.²⁸

²⁵ YASAMAN, Hamdi; “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD Kararı Üzerindeki Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 2002 s.153. <https://jurix.com.tr/article/12572> (28.09. 2018)

²⁶ TOPÇU, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.46.

²⁷ KAYA, Aslan, *Marka Hukuku, Arıkan Yayınları*, İstanbul, 2006,1. Bası, s. 14.

²⁸ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

Madde metninde geçen "... her tür işaretten oluşabilir." ifadesinden de anlaşılacağı üzere sayılan örnekler sayı itibariyle sınırlı değildir. Ayrıca marka olabilecek işaretlerin birleşimleri konusunda da niteliksel veya niceliksel bir kısıtlama da söz konusu değildir. Marka, birden fazla sözcükten, harften, sözcük, şekil veya renk birleşiminden de oluşabilir.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, "marka olarak tescil edilemeyecek işaretleri" 5. ve 6. maddelerinde "mutlak ve nispi ret nedenleri" başlığı altında belirlemiştir. Buna göre bir işaretin marka olarak tescil olunabilmesi için, 5 Maddede belirtilen mutlak ret olunacak işaretlerin ve 6. Madde belirtilen nispi ret sebepleri arasına girmemesi gerekmektedir.

Çizimle görüntülenebilen işaretlerin yanında, çizim dışında ifade edilebilen işaretlerin de marka olarak tescili mümkündür. "Sınai Mülkiyet Kanunu" ile yürürlükten kalkan MarkKHK 5. maddesinde "benzer şekilde" ifade edilebilen bu işaretler, örneğin, ses ve melodi ile açıklanabilen işaretlerdir. Doktrinde, "benzer şekilde" kelimesinden hareketle seslerin, renklerin ve kokunun da marka olabileceği kabul görmektedir. "Avrupa Adalet Divanı", kokunun marka olup olamayacağı hususunda görülen bir davada "grafikle, çizimle resmedilebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme ölçütünün koku işaretleri için de geçerli olduğunu belirtmiş ve neticede; markanın sicildeki örneğinin açık, kesin, kendi içinde bir bütün oluşturan, kolay ulaşılabilir, anlaşılır, zamanla bozulmaz ve nesnel nitelik taşıması gerektiği unsurları üzerinde durmuştur".²⁹ Söz gelimi "Mintax", başta olmak üzere çeşitli deterjanların veya bisküvilerin reklam spotları, bir TV programını veya bir diziyi simgeleyen jingle, denilen tanıtıcı kısa melodiler veya melodi niteliği taşımayan sesler, marka olarak tescil edilebilir."³⁰

Bu genel açıklamanın ardından marka olarak kabul edilebilecek işaretleri sırasıyla irdelemenin yerinde olacağı kanaatine ulaşılabilir.

2. Kişi Adları

"Kişi adları" marka olarak tescil edilebilir. Kişi adları Sınai Mülkiyet Kanununda herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan telaffuz edilmiştir. Bu bakımdan, kişi adı olarak kullanılabilir ibareden, ayırt edici nitelik ile birlikte göz

²⁹ KAYA, Marka Hukuku, s.17

³⁰ TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, 2005, Beta Yayıncılık, 4. Bası, s.344.

önüne alındığında, ad ve soyadın birlikte ya da soyadın tek başına marka olarak tescil edilebileceği anlaşılmaktadır. Örneğin; Faruk Saraç, Sabri Özel, Eyüp Sabri Tuncer, Abdullah Kiğılı, Kamil Koç gibi. Ayırt edicilik unsuru mevcut olduğu sürece öz adın da marka olarak tescili mümkündür. Örneğin; Şeyda yahut Ayhan gibi.

İsimler gerçek, hayali, Türkçe veya yabancı olabileceği gibi anlamlı ya da fantezi de olabilir. Örneğin, Neslihan Yargıcı, Sabancı, Koç, Ülker, Dr. Oetker, Philip Morris, Pınar, Topi Top gibi.³¹ Meşhur ve tarihi şahısların isimleri de marka olarak tescil ettirilebilir. Örneğin, Fransa'daki Napoleon Konyakları ile Avusturya'daki Mozart Likörleri meşhur markalardandır.³² 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 mirasımızdır³³ ve bir kimsenin inhisarına terk edilemeyecek kadar mühimdir, kıymetlidir.

3.Sözcük veya Sözcük Grupları, Sloganlar

Ayırt edici özelliğinin bulunması şartıyla her türlü kelime ve kelime grupları marka olabilir. İstatiksel olarak en çok kullanılan markalar sözcüklerden oluşmakta olup, bir sözcüğün marka olarak tescil edilebilmesi için herhangi bir anlamının olması aranmadığı gibi yabancı dilde olmaması şartı da aranmamaktadır. Sınai Mülkiyet Kanunu 4. madde uyarınca, anlamlı veya anlamsız sözcükler, sözcük grupları; ayırt edicilik ve resim veya grafikte gösterilebilme, çoğaltılabilme koşulları taşımak kaydıyla marka olarak tescil edilebilirler.

6769 sayılı Kanun'a göre, marka olarak seçilen sözcüğün markanın kullanılacağı mal veya hizmeti belirtmemesi gerekir. Örneğin, piyasaya yeni sürülen bir deftere "defter" sözcüğü marka olarak tescil edilemez. Fakat bir gofret için defter markasının tescili talep edilebilir. Bunun gibi, coğrafi kaynak belirten işaretler de marka olarak ya da markanın esas unsuru olarak tescil edilemez. Bu işaretler ancak

³¹ KARAHAN, Sami, SULUK, Cahit, SARAÇ, Tahir, NAL, *Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s.129.

³² POROY, Reha, YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş, 11. Bası, 2006, s. 367.

³³ POROY, YASAMAN, *Ticari İşletme Hukuku*, s.367.

yardımcı unsur olarak tescil edilebilirler. Örneğin, saatleri ile ünlü Cenevre şehrinin adı saat markası olarak³⁴ , 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 yerlerdir³⁵ ve bu yerlerin isimlerinin marka olarak tek bir kimsenin inhisarına verilmesi düşünülemez.³⁶

Ancak coğrafi bir yer adının marka olarak kullanabilmesi iki durumda mümkündür:

Birinci durum, coğrafi yer adının tek başına veya ana unsur olarak marka olması ve kullanıldığı mal ya da hizmet ile ilgili olarak açık bir şekilde ayırt edici nitelik kazanmasıdır. Coğrafi yer adının tek başına veya ana unsur olarak kullanılması ancak söz konusu adın, mal veya hizmet için açık bir şekilde ayırt edici nitelik kazanmış olması durumunda söz konusu olabilir.³⁷

İkinci durum ise, coğrafi yer adının, birden çok sözcükten oluşan bir markada sözcüklerden birisini oluşturması halidir. “İstanbul Modern”, “Nuh’un Ankara Makarnası”, “İstanbul Şarabı” gibi markalar buna örnek olarak verilebilir. Bu husus da coğrafi yer adının marka olarak kabul edilebileceği durumlardandır.³⁸

Bununla birlikte Sloganların marka olarak tescilinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. “Ayırt edici niteliğinin bulunması şartı ile her türlü sözcük ve sözcük gruplarının marka olma niteliği mevcuttur. Sloganın üzerinde kullanılacağı mal veya hizmetler için tanımlayıcı nitelikte olmaması, kalite bildirmemesi veya sloganın esas unsurunun başka bir marka ile aynı ya da benzer olmaması hallerinde ayırt edici nitelikte olduğu söylenebilir. Bu nedenle, günlük yaşama girmiş ve herkes tarafından her gün kullanılır durumda olan sloganlar veya bu nitelikteki terimler ayırt edici olarak değerlendirilmeyecektir.”³⁹

Sloganlar bakımından, Türk Patent Enstitüsü, marka karar kriterlerini belirlemiş bulunmaktadır. “Sloganlar, 6769 sayılı SMK’nın altıncı maddenin diğer hükümleri yönünden tescile engel bir hususun bulunmaması, sloganın üzerinde kullanılacağı mal veya hizmetler için tanımlayıcı nitelikte olmaması, kalite

³⁴ ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku, Adalet Matbaacılık*, Ankara, Cilt 1, 1997, Cilt 2 1998, C. 1, s.79.

³⁵ ARKAN, Marka Hukuku, I. s.80.

³⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 384

³⁷ KAYA, Marka Hukuku, s. 20.

³⁸ Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü *Marka Hakkına Tecavüz ve Tecavüzden Kaynaklanan Hukuk Davaları*, Yüksek Lisans Tezi Üzerine s. 25.

³⁹ www.mseneel.av.tr (13.06.2019)

bildirmemesi veya sloganın esas unsurunun başka bir marka ile aynı ya da benzer olmaması hallerinde, Enstitüce ayırt edici nitelikte görülmektedir.”⁴⁰Örneğin “seni yerim sosis” veya “akşama babacığım bana Ülker getir” gibi birden fazla sözcükten oluşan sözcük grupları marka olarak tescil edilmiştir. Yargıtay’ca tescile uygun görülen sloganlara örnek olarak “BecomeWhatYouAre” (neysen o ol) , “Get Connected to the Flavour of the World” (Dünyanın Aromasıyla Birleşen)⁴¹ verilebilir.

4.Şekiller

Marka olarak kullanılacak işaretlerden bir diğeri şekillerdir. Şekil, sözlük anlamı olarak bir cismin dış görünüşü bakımından niteliği veya dıştan görünüşü demektir. Şekil kavramının içerisine resimler, grafikler, çizimler, desenler, tasarımlar, fotoğraflar, logolar, amblemler, armalar, sözcükler, renkler veya bunlardan oluşan kompozisyonlar, kombinasyonlar girer.

İki boyutlu şekillerin olduğu gibi üç boyutlu şekillerde marka olarak kullanılabilir. Önemli olan, diğer şekillerle benzer olmaması gereken bu şekillerin, çizim ile görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanabilmesi ve çoğaltılabilmesidir. Nitekim Yargıtay bir kararında özetle “*üç paralel çizgi şeklindeki markanın davacıya spor ayakkabıları üzerinde inhisar hakkı tanımayacağı ve bu şeklin KHK/556 m.7/I’c’de öngörülen koşulları gerçekleştirmediğini*” belirtmiştir. Örneğin, Nike isimli spor ürünleri markasının yanında, işareti de ayrıca marka olarak tescilli olup, başlı başına söz konusu markayı çağrıştırmaktadır.”⁴²

5.Harfler ve Sayılar

Harflerin ve sayıların tescilinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. “Tek bir harf veya birkaç harf birlikte marka olarak tescil edilebileceği gibi aynı şekilde sayılar da tek başına veya harflerle birlikte tescil edilebilir. Kullanılacak olan harf ya da harflerin hangi alfabeden alındığının da bir önemi yoktur. Kiril, Arap, Japon,

⁴⁰ www.msenei.av.tr (13.06.2019)

⁴¹ Y11HD., 17.03.2003, E.2002/10068, K.2003/2475; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet s.345

⁴² Y11HD., 5.11.2001, E. 2001/5627 Esas, 2001/8669

Yunan, Çin alfabesinden de harfler ya da rakamlar alınabilir.⁴³ Ancak kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmamış olan bir harfin tek bir kişinin inhisarına bırakılmamasına da özen gösterilmelidir. Bu sebeple tek bir harf marka olarak kullanılacaksa, bu harfe ayırt edici nitelik kazandırılması gerekmektedir.”⁴⁴ Örneğin; 3M gibi veya Gaziantep ilinde bulunan M1 AVM gibi.

6.Renkler

SMK.’nın 4. maddesinde renklere apaçık yer verilmemiştir. Fakat, madde de “...çizimle görüntülenebilen, benzer biçimde ifade edilebilen her türü işaret...” olarak bahsedildiğinden; renklerde grafik olarak gösterilebilecek işaretler kapsamında değerlendirilebilir olabileceğinden, renklerinde marka olarak tescili mümkündür. Esasen burada tartışma konusu olan husus rengin şekilde somutlaşmaması, yani tek bir soyut rengin marka olarak tescilinin mümkün olup olmadığıdır. “Bir şekilde somutlaşmamış renk de bir mal veya hizmette özdeşleşmiş veya onu çağrıştırır hale gelmişse, ayırt edici nitelik kazandığından marka olarak tescil edilebilir.”⁴⁵

Kural olarak soyut renklerin kullanım öncesi somut ayırt edici güçleri yoktur. İç hukukumuzda da Yargıtay soyut bir rengin tek başına marka olarak tescilini kabul etmemiş , ancak renk kombinasyonlarına ve rengin şekil sayesinde benzerlerinden farklılığı açıkça ayırt edilebilecek olması halinde tescilini kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme bir kararında özetle “*“Sırf LGP tüpleri üzerindeki gümüş rengin başka kişiler tarafından kullanılması durumunun markaya tecavüz fiilini oluşturmayacağına, çünkü gümüş rengin başkasının tekiline verilemeyeceğinden marka hakkına tecavüzden söz edilemeyeceğine karar vermiştir.”*⁴⁶

.... Almanya Federal Mahkemesi 07.10.2004 tarihli kararında, “çikolata ürünü için tescil edilmiş LİLA renginin soyut renk markası olarak tescilinin, korunmasının yerinde olduğuna dair sonuca varmıştır. Mahkeme, rengin mal veya hizmetin kaynağını işaret ettiği hallerde başkası tarafından kullanımının ihlal sayılacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre ürünün paketi üzerindeki renk kural olarak kaynağı olan firmayı işaret etmez ancak dava konusu olay buna istisna oluşturmaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından LİLA renginin MİLKA markasına

⁴³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet s.346.

⁴⁴ ÖZDAL Şule, *Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler*, İstanbul ,Beta Yayınları,2005, s. 117.

⁴⁵ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, s. 131.

⁴⁶ Yargıtay 11HD., 7.7.1997, 1997/3559 Esas, 1997/5453

ait olduğu ve kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığı tespit edilmiştir. Ayrıca temel renk olan bu rengi çikolata paketlerinde esas ayırt edici unsur olduğu tespit edilmiştir.”⁴⁷

7.Ses, Melodi ve Koku

SMK'nın 4. maddesinin “sicilde gösterilebilir biçimde” ibaresinin içine ses ve melodi de girer. Sesler ve melodilerin marka olarak tescili konusunda, bunların notaya dökülmesi, kaydının yapılmış olması, ses ve melodinin grafik olarak anlatımının açık ve net, objektif ve kalıcı olması hallerinde, ayırt ediciliği söz konusu olduğunda marka olarak tescilinin mümkün olduğu söylenebilir.

“Kokuların da marka olarak tescili mümkündür; ancak kokunun marka olarak tescil edilebilmesi için tescil başvurusuna, kokunun açıklık ve kesinliğini teşhise imkan verecek vasıtalarla, kokuya ilişkin formülün eklenmesi gerekir.”⁴⁸

Mülga “ Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin” öngördüğü “grafikle temsil edilebilme özelliği, ses, melodi veya koku türü markalarda olanaksız değilse de çok güç idi. Bu nedenle SMK, AB yönergesi ile uyumlu olarak bu şartı yumuşatmıştır. Tescil başvurusu sırasında ve tescil işlemi yapıldıktan sonra, sicile başvuran kişilerin markanın neden ibaret olduğunu, hiçbir şüpheye mahal vermeksizin anlamaları için markanın çoğaltılmaya ve yayına elverişli örneğinin olması gerekir.”⁴⁹

8.Üç Boyutlu Biçimler ile Malların/ Ambalajların Biçimleri

“551 sayılı Markalar Kanunu”nun geçerli olduğu zamanda üç boyutlu cisimler marka tesciline konu olamamaktaydı. Söz konusu cisimler sadece haksız rekabet çerçevesinde korunabilmekteydi. Buna karşılık MarkKHK malların veya ambalajlarının biçiminin marka olarak tesciline izin vermiştir. MarkKHK'nın 5. maddesinde ifade edilen “malların biçimi veya ambalajları” ibaresi ile korunan hak, 6769 sayılı SMK da “malların veya ambalajlarının biçimi” şeklinde karşımıza

⁴⁷ DOĞAN Beşir Fatih, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara 2005, Y.5, C.IV, s.39

⁴⁸ www.ulusaltezmerkezi.net/

⁴⁹ ÜNAL Mehmet, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sayı. 2005/2, s. 23 vd. http://www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/004/cilt_13_sayi_2.pdf(12.01.2019)

çıkıştır. Kullanılan ibareler aynı amaca hizmet etse de SMK'da "malların veya ambalajlarının biçimi" olarak ele alınan ifadenin daha anlaşılır olduğu kanısındayız. Hukukumuzda üç boyutlu biçim fikir ve sanat eserleri bakımından koruma sağlamakta olup, SMK ile bu koruma kalkını güçlendirilmiştir. Bu konuda benimsenmiş en tipik örnek, "Coca Cola"nın şişesidir.

Tüm diğer işaretlerde olduğu gibi üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescili için de ayırt edici niteliğın sağlanması gerekmektedir. Üç boyutlu biçimler benzerlerinden ayırt edilemiyorsa, üç boyutlu şekil söz konusu malların gördüğü işlemin/işlemin sonucunda ortaya çıkmış ise veya geneli tarafından bilinen üç boyutlu bir cisim ise şekil, Tasarım Hukukunda olduğu gibi, Marka Hukukunda da korunmaz. Yüksek Mahkeme bir kararında "*dikdörtgen biçiminde, üst yandan sonra kapaklı, kızıl kahverengi karışımı rengini içeren bir sigara kutusunun renk ve şekil bakımından başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliği bulunduğundan bahisle tescil işleminin yapılması gerektiğine karar vermiştir.*"⁵⁰

Yine yüksek Mahkeme başka bir kararında ise "*Aygaz-Likitgaz kararında küresel (tombul) tüp kullanılmasının standardizasyon ve teknik zorunluluktan kaynaklandığı bu yüzden marka ile küresel tipin tescil ettirilmesinin inhisarı bir hak sağlamayacağına karar verilmiştir.*"⁵¹

Marka sahibinin ilgili ürün ambalajı, marka veya tasarım tesciline konu edilmemiş de olsa; 6102 sayılı TTK'nın 55. maddesine göre haksız rekabet hükümleri çerçevesinde, karıştırma olasılığı ve yavaşma eylemlerine karşı koruma altındadır. Ambalajın kendi başına tutarlı ve yerleşik kullanım biçimi, sahibinin ticarete kullandığı işaretlerden sayılır. Öte yandan yenilik ve ayırt edicilik taşıyan ambalaj tasarımları SMK'ya göre, tescilsiz tasarım olarak ilk sunumdan itibaren 3 yıllık korumadan yararlanmaktadır.⁵²

C. Ayırt Edici Nitelik

Ayırt edilebilme özelliği; mal veya işaretin benzerlerinden farklı olmasını sağlamayı ifade etmektedir. Ayırt edici nitelik, mehz düzenlemelerde soyut ve somut ayırt edicilik olarak ikiye ayrılarak incelemeye alınmıştır.

⁵⁰ Y.11HD. 12.11.1999, 6866 E, K.. 9075 K

⁵¹ Y.11HD.24.03.1998, 1997/9672 E, 1998/2127 K

⁵² Güneş İlhami, *Uygulamada Haksız Rekabet Ve Telif Suçları*3. Baskı, Ankara ,Adalet Yayınevi, 2017, s.25.

Soyut ayırt edilebilme, bir işaretin, başka mal veya hizmetle ilişkilendirilmeksizin marka olabilmesi adına gerekli ayırt ediciliğe sahip olup olmadığında bakılır. Diyebiliriz ki; soyut ayırt edilebilme marka olabirliğin önemli bir şartıdır.

Somut ayırt edilebilme ise bir işaretin belirli bir mal veya hizmet açısından ayırt edici olup olmamasıdır. Kısaca somut ayırt edicilik, tescil edilebilirliğin koşuludur.

“Ayırt ediciliğin belirlenmesinde, markayı oluşturan unsurlara bakılır. Markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur esas unsur olup, ayırt ediciliğin tespitinde markanın esaslı unsuru belirleyici role sahiptir. Markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsur esas unsur, esas unsura bağlı ve onunla ilişki içerisinde bulunan unsur ise, yardımcı unsur olarak adlandırılır.”⁵³

“Esas unsur, ayırt edici nitelikte olmalıdır. Öyle ki, esas unsur; yardımcı unsurlara göre daha belirgin, karakteristik ve fark edilebilir olmalıdır. Eğer bir markada yardımcı unsur olarak tescil edilmek istenen ibareler, esas unsur gibi etki bırakan türde ve çarpıcı ise yardımcı unsur olarak kabul edilemez. Özellikle esas unsorda aranmakla birlikte ayırt edicilik, markanın bütün olarak bıraktığı izlenim, tümüne hakim olan görünüş ve imajda aranmalıdır.”

Nitekim Yargıtay ayırt ediciliğin sadece bir kısmının değil, tüm marka yönünden ayırt edilebilmesi gerektiği düşüncesindedir. Örnek mahkeme kararında Yüksek Mahkeme “*“markalar arasındaki benzerliğin markanın bütünü itibariyle bıraktığı etki, alıcıların satın almayı düşündükleri yerine bir başka mal alacak durumda kalmaları halinde söz konusu olabileceği, markalar farklı unsurlardan oluşsalar dahi bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurlarının benzer olması halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer hususlardaki farklılığa rağmen itibasa yol açabileceği, taraflara ait markalar arasında da açık farklılık bulunmadığı, özel alıcı kitlesi olan çocukların yanılma ve davalı ürününün davacı ürünü ile karıştırılma ihtimali bulunduğu sonucuna varılarak davanın kabulüyle davalı kurumun red kararı ve bu kararın tesciline karar verilen Ülfet Lobi markasının iptali ile terkinine karar verilmiştir.”*⁵⁴

Ayırt ediciliğin belirlenmesinde yararlanılabilecek diğer bir unsur anlamsızlık ya da farklı bir anlatımla kelimelerin “icat” edilmesidir. Burada ürünün ortalama alıcısının algılaması esastır. İşaretler herhangi bir anlam taşımış olmasına karşın o mal ile ilgisi bulunmamakta ise, ayırt edicilikten söz edilemeyecektir.

⁵³ KARAHAN , SULUK, SARAÇ, NAL, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, s.128.

⁵⁴ Y.11HD. 30.11.1999 E, 5356/9805 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>(14.01.2019)

Yine Yüksek Mahkeme'nin "kullanım neticesi ayırt edici nitelik kazanma olgusu"nun söz konusu mal/hizmetle ilgili arz-talep eğrisine göre, alıcı-satıcı çevrelerde oluşup algılanması olduğu yönünde içtihatlar oluşturduğunu görmekteyiz.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 2002/ 5352 Esas 2002 / 10729 Karar ve 22.11.2002 tarihli "kullanım neticesi ayırt edici nitelik kazanma olgusu" na dikkat çektiği kararı şöyledir.

"Dava, davacının hizmet markası olarak tescilini talep ettiği FLORİST ibaresinin davalı kurumca reddi üzerine, ikame ettiği bu kararın iptali ve tescil istemine ilişkin bulunmaktadır. Bahçe kültürü, sera ve çiçekçilik alanında yapılacak sergi ve organizasyonlarını konu alacak bir hizmet için, Türkçe'de çiçekçi anlamına gelen ve ilgili çevrelerce bilinip kullanılan Florist yabancı sözcüğünün marka olarak tescili istemi, bu kelimenin hem hizmetin cinsini, hem de hizmete ait bir meslek grubunun adını içermesi nedeni ile 556 sayılı KHK'nun 7/1-c ve d. Maddelerine aykırılığı açıktır. Ne var ki davacı itiraz ve davasını esas olarak 556 sayılı KHK'nun 7/11. maddesine dayandırılmış bulunmaktadır. Bu madde, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (b), (c), (d) bentlerine göre tescil reddedilemez, hükmünü içermekte olup davacı bu uğurda bir kısım delil ve belge ibraz etmiştir. Bilirkişi mütalaasında ve onu benimseyen mahkeme kararında bu iddiada incelenmiş ise de, ne hukukçu bilirkişinin sıfatı nede verdiği rapor hükme yeterli bulunmamaktadır. Zira kullanım neticesi ayırt edici nitelik kazanma olgusu yerleşik içtihatlarla göre o mal veya hizmetle ilgili alıcı satıcı (hizmet alıp-veren) çevrelerde oluşup algılanmalıdır. Mahkemece yapılacak iş, yukarıda açıklanan ilkeler de göz önünde bulundurularak, ilgili hizmet çevresi ve meslekten kimselerinde içerisinde bulunacakları yeni bilirkişi kurulu oluşturmak alınacak rapor sonucuna göre karar vermektir. Bu bakımdan yetersiz bilirkişi raporuna istinaden hüküm kurulması doğru görülmemektedir davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile davanın kabulüne ilişkin mahkeme kararının BOZULMASINA karar verilmek gerekmıştır." denmektedir.

Yukarıda zikredilen mahkeme kararında bir markanın ayırt edici olup olmadığı, özellikle kullanım neticesi ayırt edicilik kazanıp kazanmadığının aynı mesleği yapan kişilerden oluşan bilirkişi heyetinden rapor alınmasına ve söz konusu hizmeti alan çevreden gerekli araştırmanın yapılarak tespit edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Yani kullanım neticesi ayırt edicilik kazana çiçek hizmetinde ki markanın ayırt edicilik kazanıp kazanmadığı, çiçekçilik ile uğraşan çevreden bir bilirkişi heyetinin görüşünün alınması ve gerekir ise o bölgede araştırma yapılarak söz konusu ürünün ayırt edicilik vasfı kazanıp kazanmadığının araştırılması gerekmektedir.

Bu bağlamda Yargıtay, örneğin "Labne" isminin peynir ürünleri için tescili talebinin, yeterli ayırt edicilik sağlanmadığı kanaatine ulaşıldığından, reddi gerektiğini bildirmiştir.⁵⁵

⁵⁵ Yargıtay 11HD. 20.09.2001 T. 2001/4623 Esas,2001/6954K.

Ancak “Steelcase” markasının tescil talebinin Enstitüce cins ve vasıf bildirdiği gerekçesi ile reddedilmesi üzerine açılan davada Yargıtay, (steelcase) sözcüğünün marka eşya listesinde yer alan mobilyalar, büro kitapları, kitaplıklar kütüphaneler iskemleler ve benzeri eşya için ayırt edici bir nitelik taşıyan bir marka sözcüğü haline gelmiş bulunduğu ve bu sebeple Enstitünün markanın (steel) ve (case) sözcüklerine ayrılarak başvuruyu ret etmesini isabetli görülmemiş ve markanın ayırt ediciliğın sağlanması nedeniyle, Enstitü kararının iptali ile bu markanın tescil olunabileceğine hükmetmiştir.⁵⁶

Markanın birden fazla sözcükten oluşması halinde ayırt edici nitelik, esas unsur niteliğini haiz olan özgün ve karakteristik olan sözcüklerde aranır. Yani, marka mutlak olarak sözcüklerden değil de sayı, harf, şekil gibi kompozisyonlardan oluşmakta ise esas unsur vasfı markanın bütünü itibari ile bıraktığı görünüm, hepsine hakim olan görüntü ve ayırt ediciliğini önemli kılan sözcüklerde aranır.

Yargıtay’ın ilgili kararında, Computerbild+ Şekilhizmet markasının Türkiye’de de tescili için vaki başvurusunun davalı Türk Patent Enstitüsü (TPE) tarafından reddine üzerine söz konusu markasının computer sözcüğünün bilgisayar anlamına gelse dahi şeklin de marka da bulunması ve hepsinin birlikte değerlendirilmesi durumunda ayırt edici nitelik kazandığından bahisle markanın tescil edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁷

Tüm bu açıkladığımız olaylar çerçevesinde; marka, içerisinde bulunan esas ve yan unsurlara ayrı ayrı bakılarak ayırt edicilik tespitinde bulunulamaz, marka bir bütün olarak değerlendirilmelidir.

III. MARKA HAKKININ ELDE EDİLMESİ

Markaya konu olacak işaretlerin seçiminde serbestlik bulunmaktadır. Ancak bu serbestinin bazen kamu hukukundan doğan, bazen ise özel hukuk ilişkilerinin gerekli kıldığı kısıtlamalara tabi tutulması kaçınılmazdır. İşte bu sınırlamalar Mutlak ve nispi ret sebepleri başlığı altında toplanmıştır.

⁵⁶ Yargıtay 11HD. 12.12.1997, 1997/7901 Esas, 1997/9168K.
[\(https://karararama.yargitay.gov.tr/\(12.01.2019\)\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(12.01.2019))

⁵⁷ Yargıtay 11HD. 01.12.2000, 2000/7590 Esas, 2000/9528 K.

A. Mutlak Red Sebepleri

1.4. Madde Kapsamında Marka Olamayacak İşaretler

SMK'nın 4. maddesinde marka olabilecek işaretler düzenlenmiştir. 5. maddenin ilk bendinde de bu maddeye atıfta bulunularak bu kapsamda olmayan işaretlerin marka olarak tescil edilemeyeceği ifade edilmiştir. O halde, çizimle görüntülenemeyen, baskı yoluyla yayınlanamayan veya çoğaltılamayan ve her şekilde mal veya hizmeti ayırt edici niteliğe haiz olmayan bir işaret için marka tescil başvurusu yapıldığında Türk Patent Enstitüsü bu talebi re'sen dikkate alarak reddedecektir.

2. Herhangi Bir Ayırt Edici Niteliğe Sahip Olmayan İşaretler

Ayırt ediciliği bulunmayan işaretler marka tesciline konu olamazlar. Bir işaretin malı veya hizmeti ayırt etme işlevi, genellikle mal veya hizmetin kendisinden veya cinsinden uzaklaştığı bağımsızlaştığı oranda artar. Bu bağlamda genellikle, anlamı olmayan fantezi ibareler; mal veya hizmetin karakteristik özelliklerinden uzak dizayn edilir.⁵⁸

3. Ticaret Alanında Cins, Çeşit, Vastıf, Kalite, Miktar, Amaç, Değer, Coğrafi Kaynak Belirten Veya Malların Üretildiği, Hizmetlerin Sunulduğu Zamanı Gösteren Veya Malların Ya Da Hizmetlerin Diğer Özelliklerini Belirten İşaret Veya Adlandırmaları Münhasıran Ya Da Esas Unsur Olarak İçeren İşaretler

Bir işaret, bir mal veya hizmetin özelliğini, kalitesini, menşe yeri veya tarihini, bulunduğu yeri belirtiyorsa; bu işaret kamuya mal olduğu için kullanılması bir kimsenin ya da bir kesimin tekeline verilemeyeceğini ifade eder. Örneğin; has, hakiki, üstün kalite gibi sıfatlar ile Adıyaman, Nemrut gibi coğrafi adların marka tesciline konu olmasının mümkünatı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın "Beykoz" olarak bilinen kararında alkollü içecekler için tescil edilmek istenen "Beykoz" markasını bu maddeye (Mülga MarkKHK 7 / c bendine) aykırı bularak reddetmiştir.⁵⁹

⁵⁸ KAYA, Marka Hukuku, s.81.

⁵⁹ Yargıtay 11. HD. 22.04.2013 Tarih, 2012/8651 Esas 2013/8025 Karar sayılı ilamı.
[https://karararama.yargitay.gov.tr/\(12.01.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(12.01.2019))

4.Aynı veya Aynı Türdeki Mal veya Hizmetlerle İlgili Olarak Tescil Edilmiş ya da Daha Önceki Tarihte Tescil Başvurusu Yapılmış Marka ile Aynı veya Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler

Söz konusu mutlak red sebebi, bir markanın aynı veya benzer türdeki mal veya hizmetin iki sahibinin olamayacağı, markanın sadece bir kişiye ait olabileceği, aynı markanın farklı kişilere ait olamayacağı gibi, aynı kişiye ait bir markanın da yine aynı kişiye ikinci defa marka hakkı veremeyeceği, bunun marka sahibinin rızası olsa bile mümkün olamayacağı kuralının bir sonucudur.⁶⁰

Tescil edilmiş bir marka ile aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmetlerle ilgili sonraki bir marka başvurusunun hangi tür mal veya hizmetlerle ilgili olduğunun tespiti konusunda, esas alınacak metin, Türkiye'nin tarafı olduğu "Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşmasıdır."⁶¹ Ancak tanınmış bir markayla aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer mahiyette olan herhangi bir marka başvurusu, tanınmış markadan farklı sınıftaki mallar veya hizmetler için başvurulmuş bulursa dahi kabul görmeyecektir.⁶²

5.Ticaret Alanında Herkes Tarafından Kullanılan veya Belirli Bir Meslek, Sanat veya Ticaret Grubuna Mensup Olanları Ayırt Etmeye Yarayan İşaret veya Adlandırmaları Münhasıran ya da Esas Unsur Olarak İçeren İşaretler

Marka hakkı, sahibine inhisari bir kullanım yetkisi tanıyan mutlak bir haktır. Ancak 6769 sayılı SMK'nın. 5 maddesinin 1.fikrasının c ve d bentlerinde kendine yer bulan ad ve işaretler nitelikleri itibariyle herkesin kullanımına açık olup, bu ad ve işaretlerin kullanımı münhasıran bir takım kimselerin tekeline bırakılmamıştır.

⁶⁰ KAYA Arslan, KENDİGELEN Abuzer, ÜLGEN Hüseyin, HELVACI Mehmet, NOMER Fusun, TEOMAN Ömer, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s.374.

⁶¹ "Nice Antlaşması 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen ve 13/8/1995 tarihli ve 22373 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır."

⁶² EROL, Elif, Emine, *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Hukuk Davaları Ve Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013

Örneğin mühendisler açısından “harita”, mobilyacılar açısından “dekorasyon” terimleri bu maddeye göre marka olarak tescil edilemeyecektir.

6.Malın Doğası Gereği Ortaya Çıkan Şeklini Ya Da Başka Bir Özelliğini Veya Teknik Bir Sonucu Elde Etmek İçin Zorunlu Olan Veya Mala Asli Değerini Veren Şekli Ya Da Başka Bir Özelliğini Münhasıran İçeren İşaretler

Bir malın özgün yapısı gereği ortaya çıkan şekillerin veya o malın teknik olarak zorunlu şekillerinin marka olarak tescili mümkün değildir. Çünkü söz konusu şekiller tek kişinin tekeline bırakılamaz. Mala özgü karakteristik vasıfların tescil edilememesi daha çok üç boyutlu şekillerin de marka olarak tescili imkanına getirilen bir istisnadır. Şayet bir şekil malın özgün doğal yapısı, işlevini yerine getirmesi için teknik olarak malın kendi şekli ise, bu şekil münhasıran veya ana unsur şeklinde marka olarak tescil edilemez. Fakat bu gibi işaretlerin yardımcı unsur olarak bulunmasına herhangi bir engel yoktur.⁶³

7.Mal veya Hizmetin Niteliği, Kalitesi veya Coğrafi Kaynağı Gibi Konularda Halkı Yanıltacak İşaretler

“Bu madde kapsamında bir yanıltıcılıktan bahsedilebilmesi için işarete yer alan asli veya yardımcı bir unsur nedeniyle tüketicinin gerçekte satın almayacağı veya yararlanmayacağı bir mal ve hizmeti sırf işarete yer alan sözcük veya anlatım nedeniyle satın alma veya yararlanma yoluna gitmesi gerekir.”⁶⁴

Buna ek olarak üretim yerine ilişkin ret sebebinin hüküm ifade edilebilmesi için kullanılan yer adının ürünün yetiştiği mahal olarak yeterince tanınmış olması şarttır. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin konuya açıklık getirecek olan kararında; “Altınözü”nün zeytinyağı üreten bir ilçe olmasına rağmen bu sıfatıyla yeteri kadar tanınmış olmadığını belirterek marka tesciline cevaz vermiştir.⁶⁵

8.Paris Sözleşmesinin 2. Mükerrer 6. Maddesine Göre Reddedilecek İşaretler

⁶³ KAYA,KENDİGELEN,ÜLGEN,HELVACI,NOMER,TEOMAN,Ticari İşletme Hukuku, s.378.

⁶⁴ www.etkinpatent.com.tr//

⁶⁵ Y.11. HD'nin 09.10.1984 tarih 1984/4499 E 1984/4560 K.
<https://karararama.yargitay.gov.tr//>(15.01.2019)

Hükmün atıf yaptığı “Paris Sözleşmesi 2. mükerrer 6. Maddesi”, “Paris Sözleşmesi’ne üye devletlerine ait hükümler / hanedanlık armaları, bayraklar ve amblemler ile devletler tarafından kabul edilmiş resmi kontrol ve garanti işaretlerinin korunmasını düzenlemektedir.”

9.Paris Sözleşmesinin 2. Mükerrer 6. Maddesi Kapsamı Dışında Kalan Ancak Kamuyu İlgilendiren, Tarihi Ve Kültürel Değerler Bakımından Halka Mal Olmuş Diğer İşaretler İle Yetkili Mercilerce Tescil İzni Verilmemiş Olan Armaları, Nişanları Veya Adlandırmaları İçeren İşaretler

Ülkeler için önemli halka mal olmuş kültürel geleneksel kimlik taşıyan arma ve nişanların tescili mutlak red nedenlerindedir. Yargıtay 11. Hukuk dairesinin konuya ilişkin kararında; yerel mahkeme, davalı Enstitünün başvurusu, içinde “Türkiye Basketbol Federasyonu ibaresi geçmesi ve başvuru sahibinin farklı olması, Basketbol Okulu ibarelerinin de markanın kullanılacağı mal ve hizmetler için yanıltıcı olacağı, ayrıca ibraz edilen sponsorluk sözleşmesinin de davacıya herhangi bir hak tanımadığı gerekçeleriyle reddetmiş, yüksek mahkemece de karar onanmıştır.”⁶⁶ Görüleceği üzere; bir kamu kurumu olan “Türkiye Basketbol Federasyonu’nun” marka içinde “yardımcı unsur” olarak yer almasını bile ilgili Federasyon veya bağlı bulunduğu genel müdürlükten gerekli izinlerin alması koşuluna bağlamıştır.

10.Dini Değerleri veya Sembolleri İçeren İşaretler

Söz konusu mutlak red sebebi, dinsel değerlerin veya kutsal sembollerin ticari işlere konu edilmesinin önüne geçmiş ve böylece bu tür değerlerin ticarete alet edilerek yıpratılması da önlenmiştir. Dinsel değerlerin olduğu kadar, evrensel köklü inançların sembolleri, bunları temsil eden işaret eden sözcük veya işaretler de mutlak olarak tescile aykırı işaretlerdir. Örneğin Hz. Muhammed, Hz. İsa, Allah, Kuran, İncil kelimeleri ile halifelerden veya herhangi bir dini liderlerden birinin veya Kabe,kilise,cami görüntüsü veya isimlerinin mal veya hizmetler için kullanılması

⁶⁶ Y.11. HD. 13.11.2006 T, 2005/10763 E, 2006/11632 K.
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>(12.01.2019)

toplumların dini düşüncelerini aşağılayıcı, onuruna dokunma ve sömürücü olduğundan marka olarak kullanılamazlar.

11.Kamu Düzenine veya Genel Ahlaka Aykırı İşaretler

Seçilen markanın, toplum tarafından önem arz eden değerleri küçük düşürücü veya ahlak anlayışına ters düşer nitelikte olmaması, malın konulduğu ürün veya hizmeti aşağılamaması, insanlarda tiksinti ve nefret uyandırmaması esastır.⁶⁷

Ayrıca toplumun moral değerlerini düşüren sözcük ve işaretler de marka olarak tescil edilemez. Maddede belirtilen bir diğer husus ise, genel ahlaka aykırı olan sözcük, işaret ve amblemlerin mutlak red nedenleri içine alınmasıdır. Böylece genel ahlaka aykırı yahut toplumun ahlak değerlerini zedeleyici kavram yahut semboller de mutlak red sebebidir. Örneğin Kürt veya Türk sözcüğünün şarap markası veya Alevi yada Sünni kelimesinin temizlik malzemesi markası olması genel ahlaka aykırı olduğundan marka olarak kullanılamazlar.

12.Tescilli Coğrafi İşaretten Oluşan ya da Tescilli Coğrafi İşaret İçeren İşaretler

Tescilli coğrafi işaretler, farklı bir hak konusu olarak koruma altındadırlar. Bu korunan hak, yan unsur olarak dahi bireysel marka tesciline konu edilememektedir.Örneğin Adıyaman sözcüğü tek başına marka olamayacaktır.Çünkü bir coğrafi işaret olarak kullanılmaktadır.Fakat yan unsur olarak tescil edilmesinde bir kusur bulunmamaktadır.Misal Adıyaman çiğköfteci gibi yada Malatya pazarları gibi.

B. Nispi Red Sebepleri

Nispi ret sebepleri mutlak ret sebepleri gibi resen göz önünde bulundurularak tescile engel haller değildir. Nispi Sebepler hakkı zedelenenler tarafından yapılan itiraz neticesine değerlendirmeye alınırlar.

SMK'nın 6. maddesine göre “ tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış bir markanın sahibinin itirazı halinde, aşağıda izah edeceğimiz kriterler dikkate alınarak

⁶⁷ YASAMAN, Hamdi, *Marka Hukuku,556 Sayılı KHK şerhi*,İstanbul, Vedat Yayınevi, 2004, s.275.

değerlendirme yapılacak ve bu madde kapsamına giren marka tescil edilemeyecektir.”

İzah edildiği üzere, nisbi ret sebebi resen değil; itirazın değerlendirilmesine alınmaktadır. Çünkü, nisbi ret nedenlerinde doğrudan kamuyu ilgilendirir bir yön bulunmamaktadır. Nisbi ret sebepleri, ilgili kişilerce markanın tescil edilmesinde önce TPE⁶⁸ ‘ye itiraz ile ya da marka tescil edilmişse hükümsüzlüğünün iddia edilmesi ile dava kanalıyla ileri sürülebilmektedir.

Tescilin nisbi ret nedenlerine madde dizini altında kısaca değinecek olursak;

(1) *“Tescil başvurusu yapılan bir markanın, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliği nedeniyle, tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile halk tarafından ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali varsa itiraz üzerine başvuru reddedilir.”*

Bu maddeye iltibas unsuru eklendiğinde mutlak red nedeni olan “6769 sayılı SMK 5/1-ç bendi” ile örtüştüğü görülecektir. “6769 sayılı SMK 5/1-ç bendine” göre “Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretler...” hükmünü ihtiva etmektedir. “İki markanın aynı veya benzer olması veya aynı mal ve hizmetleri kapsamına rağmen, iki tescilli marka varsa; markayı ilk önce tescil ettiren kişi, sonraki markanın hükümsüzlüğünü talep edebilir.”

(2) *“Ticari vekil veya temsilcinin, marka sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir sebebe dayanmaksızın markanın aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kendi adına tescili için yaptığı başvuru, marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.”*

Vekil markaları da “Paris Sözleşmesi’nin mükerrer 6. Maddesi” gereğince hükümsüzlüğe konu olmaktadır.

(3) *“Başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret için hak elde edilmişse, bu işaret sahibinin itirazı üzerine, marka başvurusu reddedilir.”*

Bu ret nedeni hem Türk Marka ve Patent Kurumu’nda bir itiraz sebebi hem de mahkemede hükümsüzlük sebebidir.

(4) *“Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.”*

“Paris Sözleşmesi, 1. Mükerrer, md.6”- “Birlik ülkeleri, tescilin yapıldığı ülkenin yetkili makamınca söz konusu ülkede bu sözleşmeden yararlanacağı kabul

⁶⁸ Türk Patent Enstitüsü

olunan bir kişiye ait olduğu, aynı veya benzeri mallar için kullanıldığı iyi bilinen tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonunu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde re'sen gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi veya iptal etmeyi taahhüt ederler. Markanın elzem bir bölümünün tanınmış bir markanın reproduksiyonundan oluşması veya bu tanınmış markayla karıştırılabilecek bir taklitten ibaret olması durumunda da, bu hükümler geçerli olacaktır.” denmektedir.

Konuya ilişkin olarak temel görüş; tanınmış markalar hakkında sahibinden izin alınmaksızın yapılan başvurular itiraz üzerine reddedileceği şeklinde olacaktır.

(5) *“Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.”*

(6) *“Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.”*

İsmin ticari hayatta kullanılması sıklıkla karşılanan bir durumdur. Bilhassa ticaret unvanlarında isimler sıklıkla kullanılmaktadır. Ticaret hukukundaki “dürüstlük kuralı uygulamalarına” aykırı düşülmemesi şartı ile kişi adları marka olarak kullanılabilir. Ancak, bu şekilde kullanma ile iltibas uyandırma niyeti taşıyorsa veya bu şekilde kullanım bir mecburiyet arz etmediği halde maksat başkalarının markasından faydalanmak amacıyla söz konusu madde bahane edilmeye çalışılıyorsa kötü niyetli bir kullanımdan söz edileceği kanaatindeyiz. Bu durum söz konusu marka başvurusu ret edilebileceği gibi mahkeme kararı ile de marka hükümsüz kılınabilir.

(7) *“Ortak markanın veya garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde yapılan, ortak marka veya garanti markasıyla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki hak sahibinin itirazı üzerine reddedilir.”*

“Ortak markanın veya garanti markasının yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yılın sonunda yapılan başvurular itiraz olsa dahi ret edilemezler.”

(8) *“Tescilli markanın yenilenmeme sebebiyle koruma süresinin sona ermesinden itibaren iki yıl içinde yapılan, bu markayla aynı veya benzer olan ve aynı veya benzer mal veya hizmetleri içeren marka başvurusu, önceki marka sahibinin itirazı üzerine bu iki yıllık süre içinde markanın kullanılmış olması şartıyla reddedilir”.*

Bu hükme göre koruma süresi biten marka sahibine süre dolduktan sonra iki yıl süreyle markaya sahip olabilme konusunda öncelik hakkı tanınmıştır. Ancak öncelik hakkının kullanılabilmesi söz konusu markanın 2 yıllık süre içerisinde kullanılmış olması gerekmektedir.

(9) “Kötü niyetle yapılan marka başvuruları itiraz üzerine reddedilir.”

IV. MARKANIN FONKSİYONLARI

Marka öncelikle ürün veya hizmetin kökenini gösterir ve ürünü diğerlerinden ayırt edilmelerini sağlar. Ancak, ticaret hayatı ve toplumsal gelişmeler markaya ekonomik özellikler ve işlevler de yüklemiştir. Zamanla markanın reklam, iletişim ve garanti (güven) işlevleri de öne çıkmıştır.⁶⁹Markanın fonksiyonları doktrinde farklı ayrımlarla incelenmekle birlikte, markanın esas olarak dört temel fonksiyonu bulunmaktadır.⁷⁰Tekinalp, markanın bu dört fonksiyonuna ek olarak markanın, tekelleştirme ve koruma fonksiyonlarının da bulunduğunu ifade etmektedir. Bunlara aşağıda kısaca değinilecektir.

A. Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın ayırt edicilik fonksiyonu, “marka sahibine, mal ya da hizmetini pazarlama, alıcıya ise rakip firmalarca üretilen ayırt edilemeyen malların ya da hizmetlerin arasından seçim yapabilme olanağı sağlar. Markaların, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetlerin diğer rakip mal ya da hizmetlerinden ayrılmasında etkili olabilmesi için, ayırt edici olmaları gerekir.”Farklı işletmelerin benzer malları veya hizmetleri adına kullandıkları markalarla ayırt edilemeyecek kadar benzer olmaması, kolayca ayırt edilmesi gerekir. Tanınmış markalarda bu fonksiyon önemini ağırlıklı olarak hissettirmektedir. Zira tanınmış markalar bizzat teşebbüsü işaret etmektedir.⁷¹ Bu nedenle, bir malın veya hizmetin farklı bir marka seçmeleri marka sahiplerini açıkça rakiplerinden ayırt eder.

⁶⁹ KAYA, *Marka Hukuku*, s.59.

⁷⁰ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s.356.

⁷¹ Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s.357. PEKDİNÇER, Tamer, Remzi, *Fikri-Sınai Mülkiyet Mevzuatı*, Ankara, Der Yayınları, 2003, s.54. KOCASOY, Banu, Aliye, *Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2006, s.11.

B. Menşe Gösterme Fonksiyonu

Menşe Arapça bir kelime olup sözcük olarak bir şeyin çıktığı yer, köken, kaynak anlamına gelmektedir.⁷² Köken (menşe) fonksiyonuyla, ürünün hangi firmanın sahipliğinde bulunduğu marka ile gösterilmesi anlamına gelmektedir. Menşe gösterme fonksiyonu, başlangıçta en önemli fonksiyon iken şimdilerde bu özelliğini yitirmiştir. Özellikle hizmet markalarına ilişkin franchising sistemleri; malın üretimine veya pazarlanmasına ilişkin lisans sözleşmeleri, marka ile mal veya hizmetin kaynağı arasındaki ilişkinin kesilmesine yol açmıştır.⁷³ Bu bakımdan bugün köken işlevinin yerini malın hüviyeti işlevine bıraktığı söylenebilir.

C. Reklam Fonksiyonu

“Markanın reklam işlevi, seçilen isabetli bir marka ile hedef kitlenin etkilenmesidir.” Reklam markalar için oldukça uygun araçlardır. Öyle ki markasız bir reklamın olmayacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Mal veya hizmet; halka veya hedef kitleye reklamla duyurulur.

Ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, markanın reklam fonksiyonuyla kastedilen sadece markanın temsil ettiği ürün aracılığıyla oluşan bir reklam gücü değil, aynı zamanda markayı oluşturan işaretin özgünlüğünden doğan bir reklam etkisidir.⁷⁴ Keza günümüzde büyük ticari işletmelerin bir çoğunun seçtiği ve kullandığı markalar, artık işaret-ürün çağrışımından çok işaret-imaj çağrışımı uyandırmaktadır.

D. Garanti Fonksiyonu

“Marka, tüketiciler nezdinde malın kalitesini garanti eden bir işarettir.” Markanın bu fonksiyonuna ekonomik açıdan temel olan olgu, tüketicilerin kalıcı olan bir kalite ile marka arasında ilişki kurma eğilimleridir. Öyle ki, tüketicilerin beğenisi bir müddet sonra markanın, o ürünün ismi ile özdeşleşmesini sağlar ve tüketicisinin söz konusu mal yerine bu markayı talep etmesi sonucunu doğurur.

⁷² www.tdk.gov.tr/(17.01.2019)

⁷³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku s.356.

⁷⁴ GÜRZUMAR, Osman, Berat, “Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, *Yargıtay Dergisi*, Ankara, 1994, C.XX, Sayı 4, s.52.

“Markanın oluşturduğu garanti ekonomik olup, hukuki bir sonuç doğurmaz. Hukuki açıdan marka sahibinin tüketicilere karşı malın kalitesini garanti etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.”⁷⁵

V. MARKANIN TÜRLERİ

Ayırt etme özelliğini içerisinde barındırmak şartı ile her işaret marka olarak kullanılabilir. Bu nedenle, markaları farklı özelliklerine göre bir takım türlere ayırabiliriz.

A. Amacına Göre Markalar

Amacına göre markalar, belirli bir mal ya da hizmetle ilgili olarak kullanılmasına, yani, amaçlarına göre, “hizmet markaları” ve “ticaret markaları” olmak üzere ikiye ayrılır.

1. Ticaret Markaları

Malların üzerlerine yerleştirilen markalar doktrinde fabrika markası ve ticaret markası olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur.⁷⁶

Fabrika markaları, imalatçılar veya sanayiciler tarafından kullanılan markalar olduğundan malların üretimine ilişkindir. O malın hangi fabrika tarafından üretildiğini gösterir ve diğer fabrikaların mallarından ayırt edilmesini sağlar. Fabrika markaları, marka tarihinde gelişim bakımından ilk önce ortaya çıkan marka çeşitleridir. Ticaret ve hizmet markalarının kullanımı ise daha yenidir.⁷⁷

Ticaret markaları ise, imal eden olmasa bile malın dağıtımını üzerine alan tacir tarafından malın üzerine konulmuş olan markadır. Ticaret Markaları malın, hangi işletme tarafından piyasaya sürüldüğünü gösterir. Tacir, satmak üzere satın aldığı maddelere bu şekilde işaret koymakla, bilhassa isimsiz markaların perakende ticarete maruz bulunduğu her türlü bozulmadan, onları kurtarmış olur. Alıcılar için

⁷⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.357. KOCASOY, *Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini*, s.4

⁷⁶ KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, s.163.

⁷⁷ ÖÇAL, Akar, *Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak)*, Ankara, 1967, s.8

önemli olan emtianın üretimini yapan fabrika değil tacirin şahsıdır. Alıcı, tacirin markasının üzerinde bulunduğu malın iyi seçildiğine, iyi bir şekilde dağıtımının yapıldığına güvenerek alışveriş yapar.

2.Hizmet Markaları

Hizmet markaları, işletmelerin sunmakta olduğu hizmetleri, başka işletmelerin sundukları hizmetlerden ayıran işaretlerdir. Hizmet markaları, malların konusunu oluşturan bir hizmetin sahibini göstermek adına mallar üzerine konulabileceği gibi kendini mallara bağlamadan sadece hizmetleri göstermek üzere de kullanılabilir.

Günümüzde, hizmet sektörünün kazandığı önem nedeniyle televizyonculuk, turizm, bankacılık, restoran işletmeciliği, sigortacılık, taşımacılık ve kiralama gibi hizmetleri sunan işletmelerin hizmetlerinin markalaştırılarak marka korumasından yararlandırması zorunluluğu doğmuştur. Bunun gibi, üretmiş oldukları malların bakımlarını da yapan işletmeler, ticaret markasının yanında ayrıca hizmet markası da kullanma ihtiyacı duymaktadır. Örneğin, bir otomobil markası, otomobilin üzerine koyduğu ticaret markası yanında, tamir ve bakım hizmetleri için ticaret markasını, hizmet markası olarak kullanabilmektedir.⁷⁸

B. Sahiplerine Göre Markalar

Markalar bir veyahut birden çok gerçek ya da tüzel kişiler tarafından kullanılabilir. Sahipleri bakımından markalar, “ferdî markalar”, “ortak markalar” ve “garanti markaları” olmak üzere üçe ayrılmaktadırlar.

1.Ferdi Markalar

Ferdi markalar, hem gerçek hemde tüzel kişiler tarafından yalnız başlarına ve bağımsız olarak, tek bir işletme tarafından kullanılırlar. Bir başka deyişle, “ferdi markalar, bir üretim veya hizmet işletmesinin tek başına kullandığı işaretlerdir.”

⁷⁸ ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Ankara, Seçkin Yayınları,2001, s.37

“Kamu tüzel kişileri de ferdi marka sahibi olabilirken; tüzel kişiliği bulunmayan kişi birleşmeleri olan adi şirketler, marka sahibi olamaz. Bireysel markada tayin edici unsur marka üzerindeki mutlak hakkın bir veya birkaç kişiye ait olması ve bu kişilerin iştirak ve müşterek mülkiyet hükümleri dahilinde marka üzerinde mutlak hak sahibi olmaları ve bütün bu hakları kullanmalarındır.”⁷⁹

2.Ortak Markalar

Ortak marka, “bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen kişilerin oluşturduğu birliğe dahil işletmelerce üretilen mal ve hizmetlerin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt edilmesi amacıyla hizmet eder.”

Ortak markaların birden fazla türü bulunmaktadır. Başlıca ortak markalar⁸⁰;

“• *Belirli bir bölgede yetişen ürünlerin özel kalitesini göstermek üzerine kullanılan işaretler,*

- *Ürünün kalitesinin belirli bir bölge ile ilgisinin olmadığını gösteren işaretler,*
- *Belirli bir bölgede üretilen malları gösteren isim ve işaretler,*
- *Belirli bir kalite ve kompozisyonu gösteren semboller ve coğrafi olmayan işaretler,*
- *Ticari bir kuruluş veya grubu gösteren isim ve semboller,*
- *Mal ve hizmetin üstün standartta olduğunu belirtmek üzere kullanılan ve doğrudan ticaret faaliyetleri ile bağlantısı bulunmayan kuruluşların markası gibidir.”*

Ortak markada, her bir marka sahibi, markanın tamamı üzerinde eşit ve bağımsız kullanma hakkına sahip olmaktadır.

Grup marka kavramı ise ortak marka kavramından ayrı bir kavramdır. Örneğin “KOÇ veya SABANCI ”gibi isimler bir grup markasıdır. Grup markası, grup işletmelerinde doğrudan ya da dolaylı olarak grup şirketlerine bağlı işletmeler üstünde hakimiyeti var olan holding adına tescil edilmektedir.

3.Garanti Markaları

Esasen garanti markaları klasik anlamda marka değildir. Örneğin, “woolmark” malın yünden üretildiğinin garantisini verirken, “TSE” üretilen malın Türk standartlarına uygun olarak üretildiğini işaret etmektedir. Dolayısıyla, bunlar

⁷⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku s.352.

⁸⁰ CAMCI, Ömer, Marka Davaları, İstanbul, 1999. s.23.

bir marka olmayıp, mal veya hizmetin nasıl özellik ve niteliklere sahip olduğunu işaret eden isimler olduğu kanaatindeyiz. Zira “TSE” standartlarında üretilen birçok ürün vardır. Bunlar söz konusu işaret ile malı birbirinden ayırmazlar, bilakis ortak özellikleri ortaya çıkararak birbirine yakınlaştırırlar.

C. Tescil Edilmiş Olup Olmamlarına Göre

Hukukumuzda marka koruması esasen tescille başlar. Marka, başvurunun eksiksiz olması yahut eksikliklerin verilen süre içerisinde tamamlanması, mutlak ve nisbi ret sebebinin olmaması halinde, tescil edilir. Tescilli marka da diğer fikri mülkiyet hakları gibi ülkesel olarak hüküm ifade eder. Tescil konusunda tek yetkili merci Türk Patent Enstitüsüdür. Tescillenen marka başvuru tarihinden itibaren 10 yıl koruma altına alınır. Tescil esasen bir sahiplik karinesi doğurur. Bu karinenin aksini iddia eden ise, tescilli markaya açacağı hükümsüzlük davasını ispat etmeye mecburdur.

6769 sayılı SMK, tescilli markaları koruma altına aldığı gibi bazı hallerde tescilsiz markaları da koruma kalkanına almıştır Bilhassa Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış olan markalar, tescilli olmadan da korumadan faydalanmaktadır. Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış olmayan markalarda ise şartları olduğu takdirde TTK 54 vd. hükümlerinde yer alan haksız rekabet hükümlerine göre korunma sağlanmaktadır.

D. Tanınmış Olup Olmamasına Göre Markalar

6769 sayılı SMK, tanınmış markayı tanımlamış değildir. Esasen 556 sayılı MarkKHK da tanımlanmadığı gibi, ne “Paris Sözleşmesinde” ne onu genişleten “TRIP’S anlaşmasında” ne de “AB Konsey Tüzüğünde” tanımlanmıştır.

Hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde “tanınmış markanın” tanımı yapılmamıştır. Tanımın yapılmamış olması bilinçli olarak yapılmış bir düzenlemedir. Bunun sebebi, tanınmış marka tanımının zaman ve mekana göre değişiklik göstermesi ve uygulamada tanınmış markaya ilişkin koşullar ve unsurlarının tek tek kriterler haline getirilerek uygulanması halinde, tanımın büyük oranda daralması ya da genişlemesi tehlikelerinin var olabilmesidir. Bu sebeple her olayın özelliğine göre ele alınarak markanın “tanınmış marka” olduğu veya olmadığı değerlendirilmesi

ve daha kapsamlı korumanın sağlanması mümkün olmaktadır. “Dünya Ticaret Örgütü, WIPO (Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı) nezdinde tanınmış marka uzmanları komitesince, tanınmış markaların belirlenmesine ilişkin getirilen birtakım kriterler üye devlet, kanun koyucu ve uygulayıcılarına tanınmış markanın tespiti için yol göstermektedir.”⁸¹

Türk Patent Enstitüsünün “Markalar Dairesi Başkanlığı” ise kriterleri daha detaylı bir şekilde belirlemiştir. “Markalar Dairesi Başkanlığı”, markanın toplum tarafından tanınmışlık seviyesini, markanın herkesçe bilinirliğini, markanın, malın potansiyel ve fiili kullanıcılarının ötesinde ulaşılmış olduğu genel tanınmışlık düzeyini belirlemiş olduğu kriterler çerçevesinde değerlendirmektedir.

Bu kriterlerden bazıları ;

- “1-Markanın tescilinin ve kullanımının süresi,
- 2-Markanın tescilinin ve kullanımının yaygınlığı coğrafi alan ve kapsam,
- 3-Markanın üzerinde kullanıldığı mal ve/veya hizmetin piyasadaki yaygınlığı, pazar payı, yıllık satış miktarı,
- 4-Markaya ilişkin promosyon çalışmalarının özellikleri,
- 5-Markanın tanınmışlığını gösterir mahkeme kararının bulunması veya marka sahibinin markasını koruma yolundaki etkin çabaları,
- 6-Markanın orijinalitesi, ayırt edicilik niteliği,
- 7-Markanın sahibi firmaya ilişkin özellikler,
- 8-Markanın üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetle özdeşleşmesi, kelime veya şekil olarak görüldüğü anda refleks olarak belli bir ürünü çağrıştırmaması, üzerinde kullanıldığı mal veya hizmetle ilgili belli bir kalite veya statüye işaret etmesi,
- 9-Markayı taşıyan ürüne veya marka sahibi firmaya ilişkin olarak alınmış belgeler, ödüller,
- 10-Markayı taşıyan ürünlerin dağıtım kanalları ve söz konusu ürünlerin ithalat ve ihracat olanakları,
- 11-Markanın parasal değeri,
- 12-Marka tescillerinin kapsadığı mal ve/veya hizmet portföyünün genişliği,
- 13-Halk nezdinde tanınan bir marka ise tanınmışlık düzeyini korumakta olduğu süre,

⁸¹ Geniş bilgi için bkz. KAYA, Marka Hukuku, s.162 vd.

14-Tanınmışlığından dolayı, bu niteliğine yönelik tecavüz fiillerinin bulunması” vb. gibi.⁸²

Markanın tanınmışlığından söz edebilmek için, bir ülkede yaşayan herkes tarafından bilinmesi şart değildir. Hedef kitle tarafından tanınmışlık düzeyine ulaştığının tespiti yeterlidir. Hukukumuzda ise tanınmış marka kavramı doktrinde kıymetli yazarlarımız tarafından tanımlanmaya çalışılmıştır. Bunlardan bazıları;

TEKİNALP, “tanınmış marka kavramı ile bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markanın değil, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesine üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait bulunan markaların kastedildiğini belirtirken”⁸³; ARKAN ise “tanınmış markadan bahsedebilmek için, reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın, sadece o markayı taşıyan mal yada hizmetlerle ilgili çevre içinde değil bu çevre dışında, o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişilerce de bilinmesi gerektiğini belirtmiştir.”⁸⁴

DİRİKKAN ise; bu konuda “*Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6.maddesinin uygulama alanı, farklı mal ve hizmetler için de korumanın sağlanması gerektiği şeklinde genişletilmiş; ancak sadece niceliksel bir değer ifade eden, markanın bilinmesi dışında özel bir itibara sahip olmasının gerekli olduğundan söz edilmemiştir. Dolayısıyla mevcut hükümler çerçevesinde, Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesinde öngörülen herkes tarafından bilinen markada niceliksel kriter esas olduğundan, tanınmış markadan farklı bir kavram söz konusudur. Bu nedenle, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış bir markanın varlığını kabul için, bu markanın iyi şöhrete sahip olması, belirli bir itibarının bulunması şeklindeki niteliksel koşulun aranmaması gerektiği açıktır. Paris Sözleşmesi'nde niteliksel unsurdan söz edilmediğinden, sadece markanın büyük ölçüde bilinmesi yeterli kabul edilmelidir. Hükmün lafzından hareketle herkes tarafından bilinen marka, korumanın talep edildiği ülkedeki ilgili toplumsal çevrenin, markanın, Paris Sözleşmesi'nden yararlanan bir kişi tarafından belirli mallar için kullanıldığı konusunda genel bir*

⁸² Kriterler hakkında geniş bilgi için bkz. GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.105 vd. KARAHAN, SULUK, SARAÇ, NAL, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, s. 139.

⁸³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku s.352

⁸⁴ ARIKAN, Serdar, *Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri, Adalet Bakanlığı, ABD ve Türkiye'de Fikri ve Sınai Hakların Etkin Korunması Semineri*, Ankara, 9-10 Eylül 2004, s.93.

bilgisinin bulunduğu markalardır.” diyerek Paris Sözleşmesinde tanımı yer alan marka ile tanınmış markanın farklı iki kavram olduğu görüşünü benimsemiştir.⁸⁵

POROY / YASAMAN, “markanın ilgili tacirler ya da malın alıcıları değil, bu mal ile ilgili olmayanlar tarafından da bilinmesi halinde tanınmış markadan bahsedilebileceğini, tanınmış marka, maruf marka karşısında daha kapsamlı, ekonomik yönden daha önemli bir kavram olarak karşımıza çıktığını belirtir.⁸⁶ Konuyu somutlaştırmak adına, bir markanın tanınmış olduğunu söyleyebilmek için, markanın konulduğu ürünün birdenbire düşünmeden ve bir hatıranın yardımı ile hatırlanmadan, refleks halinde düşünülmesi gerektiğini ve genellikle tüketicinin zihninde bir fikir uyandıran markanın tanınmışlık derecesine ulaştığını belirtir.” Örneğin, “Mercedes” dendiğinde bütün dünyada otomobiller için tanınmış markaları ifade ettiğinin şüphe götürmez bir gerçek olduğunu söyler.

Yargı kararlarında uygulama ile ortaya çıkmış olan marka tanımı birçok karara ışık tutmaktadır. Yüksek Mahkemenin bir kararında, tanınmış marka için şu tanım verilmiştir: “Tanınmış marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayırımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan çağrışımdır”. denmiş ve devamında şu görüşlere de yer verilmiştir; “Tanınmış marka kavramı ile, bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çapında olmasa bile, yurtiçi veya yurtdışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesi’ne üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait bulunan markalar kastedildiği” anlaşılmalıdır.⁸⁷

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin bir kararında ; Güney Kore ülkesinde tescil edilen bir markanın, Hem Güney Kore hem Türkiye’nin Paris Sözleşmesi’ne üye ülkelerden olması ve daha önce söz konusu markanın Güney Kore de tescil edilmesi sebebi ile Türkiye’de tescil başvurusunun ret edilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁸⁸

⁸⁵ DİRİKKAN, Tanınmış Markanın Korunması, s. 53-54.

⁸⁶ POROY, YASAMAN, Ticari İşletme Hukuku, s.305

⁸⁷ Yargıtay 11. HD E. 2002/10575, 2003/2752 24.03.2003 tarihli kararı.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>(17.01.2019)

⁸⁸ Y.11.HD 29.01.1999 tarih ve E. 1998/5372 K. 1999/256 sayılı kararı.

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>(17.01.2019)

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi bir kararında ; 22 ülke de parfüm buluşları olan bir firmanın markasına benzer bir marka başvurusuna bulunan tacirin tescil başvurusunu ret etmiştir.Söz konusu ret kararının ana gerekçesi ise, 22 ülke de parfüm buluşları olan bir firmanın markasının basiretli tacir gibi davranmak zorunda olan başvuru tacirin bilinmemesinin mümkün olmadığı ve başvuru tacirin kötü niyetli olduğu ve benzer marka ile haksız kazanç elde etme gayesinin bulunduğu gösterilmiştir.⁸⁹

Yargıtay, yerleşik içtihatlarıyla, “bir markanın birden fazla ülkede tescilli bulunması ve özellikle uluslararası tescilin yapılmış olması halinde, markanın tanınmış olduğu sonucuna varmaktadır.”

Yargıtay “ Ferrari Kararında Ferrarinin 1995 yılından bu yana markasını kullandığı ve başvuru ile Ferrari markasının şaha kalkmış at figürlerinin benzer olduğundan bahisle başvuru tacirin şaha kalkmış at figürünün Ferrari markasındaki şaha kalkmış at figürüne benzediği ve bu benzerliğin karıştırılmaları yol açtığından bahisle başvuru tacirin başvurusunu ret etmiştir. ⁹⁰

Yüksek mahkeme aynı zamanda; markanın yurtdışındaki tanınmasının, tescillerinin dolayısıyla yurtdışındaki kullanımlarının kriter olarak yeterli olacağını ve söz konusu markanın Türkiye’de tanınmasına ayrıca gerek olmadığını açıkça ifade etmektedir.⁹¹

Doktrinde tanınmış olan markalara tanınan korumanın markanın benzer işaretleri barındırıp barındırmadığı fazlaca tartışılmıştır. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın (ATAD) 2003’de verdiği “ADİDAS - SOLOMON kararı” ile “AB yönergelerinin getirdiği korumanın markanın taklitlerini de kapsadığı, korumanın uygulanabilmesi için iltibas tehlikesinin aranmasının gerekmediği, tanınmış markanın itibarından ve ayırt edici niteliğinden fayda sağlayan bu kullanımın tanınmış markaya zarar verici nitelikte olması veya bu kullanımın haklı gerekçeye dayanmamasının yeterli olduğunu belirtmiştir.” ⁹²

Son olarak diyebiliriz ki; tanınmış markalarda, uzun süre ve çok çalışma, fazla itina gösterme ve büyük fedakarlıklara mal olan tanıtma ile elde edilen haklı şöhretlerinin kötüye kullanılmasına mahal vermemek ve halkın aldatılmasına mani olmak maksadıyla istisnai bir himaye kabul edilmiştir. Tanınmış markaların tescil edildiği mal veya hizmetler dışındaki mal veya hizmetler için dahi tescili

⁸⁹ Y.11. HD 06.07.1998 tarih ve E. 1998/1734, K. 1998/5146 sayılı kararı.
[https://karararama.yargitay.gov.tr/\(17.01.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(17.01.2019))

⁹⁰ 11.HD.25.06.1999-10092/5793, <http://www.turkhukuk sitesi.com/> (20.01.2019)

⁹¹ Y.11. HD. 24.09.2001 - 5479/7121, <http://www.kazanci.com.tr.//> (20.01.2019)

⁹² KOCASOY ,Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini,s.11.

yasaklanmıştır. Yargıtay, “tanınmış marka” sahiplerinin Türkiye’de tescili bulunmamasına rağmen, Türkiye’de tescilli marka sahiplerine karşı hükümsüzlük davası açılabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu kural, “tanınmış markanın” aynı mallar bakımından tescil edilmesi hallerinde olduğu gibi, farklı mallar için tescil edilmesi hallerinde de uygulanmaktadır.

Kanaatimizce, yüksek mahkemenin kararları ve konuyu ele alışı son derece yerindedir. Yüksek mahkemenin bir çok kararında ele alındığı gibi, yurt dışında tanınmış olup da Türkiye’de tanınmamış markayı tescil ettiren kişilerin, tacir sıfatı sebebiyle bu tanınmışlığı bildiği ve söz konusu hareketinin Türk Medeni Kanunu’nun iyi niyet kurallarına aykırı olduğu kanaatindeyiz.

IV. MARKANIN TESCİLİ

A. Genel Olarak

Kişilerin isimleri, sloganlar, şekiller, sayılar ve her türlü işaret marka tesciline konu olabilir. Marka tescilinde en önemli unsur “markaya konu olan işaretin ayırt ediciliğidir. Ayırt edicilik; marka tesciline konu olan isim, işaret veya şeklin başvuru tarihinden önce marka başvurusu yapılmış diğer tescilli markaların mal ve hizmetlerden bariz bir şekilde farklı olması kriteridir”.

“556 sayılı MarkKHK” da olduğu gibi “6769 sayılı SMK’da” markanın korunması için markanın ilgili sicile tescil ettirilmiş olması koşulunu aramaktadır. Usulüne uygun olarak tescil ettirilmeyen markalar ise genel hükümlere göre korunabilirler. Ancak tescil edilmeden korumadan yararlanmanın istisnası tanınmış markalara sağlanan özel korumadır.

Marka hakkının kazanılması kullanım ile veya tescil ile gerçekleşebilir. Anglo-Amerikan sistemi açıklayıcı nitelikte tescile de yer vermekle birlikte, kullanım ile kazanmaya dayalı iken ; ülkemizin de arasında bulunduğu Kıta Avrupası sistemleri tescil ile kazanımı benimsemektedir.⁹³

Tescil sisteminde marka hakkı ; markanın kurulması, oluşturulması ve kanuni şartlara uyularak tescili suretiyle oluşur ; daha önce kullanılmamış olan markaya

⁹³ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.76

SMK' nın sağladığı haklar ve korumayı verir. Tescil bu durumda, hakkın doğumu ve korunması bakımında kurucu etkiye sahiptir.

B. Tescil Başvurusunda Bulunabilecekler

Türk Patent Marka Kurumu (TPMK), kanunlarla markanın tescili hususunda yetkili kılınan tek kurumdur. TPMK dışında başka bir kurum tescil işlemi yapmaya yetkili değildir. “Türk Patent Marka Kurumu (TPMK) Ankara' da faaliyet gösteren Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'na bağlı özerk bir kurumdur ve Türk Patent Marka Kurumu (TPMK)'nda işlem yapma yetkisi, bizzat müracaat eden gerçek hak sahiplerine veya hak sahiplerini enstitü nezdinde temsile yetkili ve sicile kayıtlı resmi marka vekillerine tanınmıştır.”⁹⁴ Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler ve kişiler tarafından yetki verilmiş sicile kayıtlı marka veya patent vekilleri Kurum nezdinde işlem yapabilir.

Tüzel kişilerin adlarına yetkili organlar işlem yetkisine sahip olduğundan tüzel kişiler adına, yetkili organları tarafından yetki verilen gerçek kişilerce temsil edilir. Yerleşim yeri Türkiye dışında bulunan kişiler sadece marka veya patent vekili unvanı bulunan kişiler tarafından temsil edilir. Vekille temsil edilmeden, asil tarafından gerçekleşen işlemler, hükümsüz kabul edilmek sureti ile yapılmamış sayılır. Kimlerin marka başvurusunda bulunabileceği 556 sayılı MarkKHK da karışık bir ifade ile anlatılmışken, 6769 sayılı SMK da bu dilin yalınlaştırıldığını görmekteyiz.

6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 3.madde de korumadan kimlerin yararlanacağını maddeler halinde belirtmiştir. Söz konusu maddeye göre ;

- a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları,*
- b) Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yerleşim yeri olan veya sınai ya da ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler,*
- c) Paris Sözleşmesi veya 15/4/1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri dâhilinde başvuru hakkına sahip kişiler,*
- e) Karşılıklılık ilkesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere sınai mülkiyet hakkı koruması sağlayan devletlerin uyruğundaki kişiler, yararlanır.”*

Kanuna göre “marka veya patent vekili tayin edilmesi hâlinde ise tüm işlemler vekil tarafından yapılır.” Vekile yapılmış olan tebligatlar aynı zamanda asile de yapılmış sayılmaktadır.

⁹⁴ <http://www.muharrembalci.com//>

C. Marka Tescil Başvurusunun İşlemleri

“6769 sayılı Kanunun 3. maddesi kapsamındaki gerçek veya tüzel kişiler marka tescili için Kuruma başvuruda bulunabilir. Başvuru tarihi, başvuru formunun ve başvuru için gerekli bilgi veya belgelerin Kurum tarafından alındığı tarih, saat ve dakikadır.”⁹⁵ Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte saat ve dakika ibresi bilhassa belirtilmiştir. Zira büyüyen ve gelişen ülkemizde gün geçtikçe tescil başvurularının sayısı artmakta olup, aynı gün tescilin yapılması da hayli çoğalmaktadır. Madrid Protokolü kapsamında “Türkiye’nin belirlenmiş akit taraf olduğu bir uluslararası başvuru, uluslararası başvuru tarihinin ilk saat ve dakikasında yapılmış sayılır. Aynı tarihli birden çok uluslararası başvurunun bulunması halinde ise uluslararası tescil numarası küçük olan önce yapılmış sayılmaktadır.”

Kurum tarafından marka başvurusu geçerlilik şartlarını taşıdığından bahisle kabul gören başvurunun formu elektronik ortamda doldurulması suretiyle kuruma sunulur. Aksi takdirde yapılan başvuru yapılmamış sayılmak suretiyle işlem den kaldırılır ve ayrıca talepte bulunulması durumunda alınan ücret başvuru sahibine iade edilir. Forma eklenmesi gereken belgeler ve başvuru formunun hangi bilgileri ihtiva etmesi gerektiği Yönetmelikte açıklanmıştır.

Sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi görme duyusu ile algılanabilen işaretlerin marka başvurusuna konu edilmesi halinde marka örneği, başvuru formu ile sunulmalıdır.

Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 5/2.Maddesine göre ;

“Başvuru formunda aşağıdaki bilgilerin yer alması zorunludur:

- a) Başvuru sahibi veya sahiplerinin kimlik ve iletişim bilgileri.
- b) Başvuru vekil aracılığıyla yapıyorsa vekilin kimlik ve iletişim bilgileri.
- c) Varsa rüçhan hakkı talebine ilişkin bilgiler.
- ç) Kanunun 4 üncü ve bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinde belirtilen şartları taşıyan marka örneği.
- d) Marka örneğinde Latin alfabesi dışında harf veya harfler kullanılmış ise bunların Latin alfabesindeki karşılığı.
- e) Marka başvurusuna konu malların veya hizmetlerin Nis Anlaşmasına göre sınıf numaraları ve bu numaralara uygun olarak düzenlenmiş listesi.
- f) Yetkili kişi veya kişilerce atılmış imza.
- g) Başvuru ücretinin, başvuru kapsamında birden fazla mal veya hizmet sınıfı varsa bu ilave sınıfların ücretinin ve varsa rüçhan hakkı talebine ilişkin ücretin ödendiğini gösterir bilgi.
- ğ) Varsa muvafakatnameye ilişkin bilgiler.
- h) Varsa ortak temsilciye ilişkin bilgiler.
- ı) Varsa ilave sayfa sayısı ve eklere ilişkin bilgiler.”

⁹⁵ Resmi Gazetede yayımlanan 24.04.2017 Tarih, 30047 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik

Başvuru formuna eklenecek belgeler başlıklı 6.Maddesinde ise ;

“ (1) Başvuru formuna aşağıdaki belgeler eklenir:

- a) Rüçhan hakkından yararlanmak isteniyorsa, yetkili makamlardan alınan rüçhan hakkını gösterir belgenin aslı ve bu belgenin yeminli tercüman tarafından onaylanmış Türkçe tercümesi.
- b) Başvuru ortak marka ya da garanti markası için yapılmış ise teknik şartname.
- c) Muvafakatname varsa noter onaylı muvafakatnamenin aslı veya söz konusu muvafakatnamenin noter onaylı örneği.”

Ses markası için başvuru yapılması halinde ise; başvuru formunda açıkça belirtilmesi ve işaretin elektronik ortamda dinlemeye ve saklamaya elverişli kaydının Kuruma sunulması gerekir. Başvuru sahibi nota ile gösterimin mümkün olduğu hallerde bu gösterimi de başvuruyla birlikte sunabilmektedir. Üç boyutlu marka tescil talebinde de başvuru formunda belirtilmesi gerektiği gibi, ayrıca koruma konusunun açıkça ve kesin olaraktan anlaşılmasını sağlayacak derecede işaretin sadece bir yönden veya farklı açılardan görüntüsünü içeren gösterimlerinin de sunulması zorunluluk arz etmektedir. Başvurunun “renk markası” olarak tescilinin talep edilmesi durumunda Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından kabul görmüş olan renk kodunun belirtilmesi gerekirken, “hareket markası” olarak tescilinin talep edildiği durumlarda ayrıca bununda başvuru formunda açıkça gösterilmesi ve işareti oluşturan hareketi gösteren bir görüntünün veyahut hareketsiz ya da hareketli görüntü silsilesinin sunulması gerekmektedir.

Sunulan gösterimlerin Yönetmelikte ki şartları taşımaması veya bilgi, gösterim ve açıklamalar arasında bir çelişki bulunduğu tespit halinde, başvuruya söz konusu eksikliği gidermesi adına iki aylık süre verilmekte ve bu süre içinde eksikliklerin giderilmemesi halinde başvuru işleminden kaldırılmaktadır.

TPE marka tescil başvurusunu 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunun’un ilgili maddelerine göre inceler ve bu inceleme neticesi bir eksiklik görülmezse marka başvurusu kesinleşir. Eksiklik saptanması halinde ise, Yönetmeliğe göre süre verir. Bu süre kimi eksiklikte iki aya kadar, kimi eksiklikte 6 aya kadar eksikliğin tamamlanması için süre verilmektedir. Örneğin, “birden fazla sınıf içeren başvurularda başvuru kapsamında yer alan mal veya hizmet sınıflarının tamamına karşılık gelen ücretin ödendiğine ilişkin bilginin sunulmadığı tespit edilirse ilave sınıf ücretine ilişkin eksikliğin giderilmesi için başvuru sahibine iki aylık süre verilirken, teknik şartnamenin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarda belirtilen hususları

içermemesi ya da kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olması halinde başvuru sahibine söz konusu eksiklikleri gidermesi için altı aylık süre verilmektedir.” Bu eksikliklerin belirtilen süre içinde giderilmemesi halinde başvuru işlemden kaldırılmaktadır.

SMK’ nın 12. maddesi ve “Sınai Mülkiyet Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin” 6. Maddesi hükümleri gereğince, talep edilen rüçhan hakkının TPE tarafından uygun bulunması durumunda, marka tescil belgesinde “rüçhan hakkına” ilişkin bilgiye yer verilir.⁹⁶ “Rüçhan hakkı” talebinde, rüçhan hakkının doğduğu, başvurunun ülkesi , tarihi, numarası belirtilir ve Türkiye’de kanuna uygun olarak yapılmış marka başvurusuna dayanarak talep edilen rüçhan hakkı belgesi, ücretin ödendiğine ilişkin bilginin TPE’ye sunulması koşuluyla marka sahibinin talebi üzerine verilmektedir.

6769 sayılı SMK Rüçhan hakkı ve etkisi

Madde 12- “(1) Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf devletlerden birinin uyruğunda olan ya da bu devletlerden birinin uyruğunda olmamakla birlikte bunlardan birinde yerleşim yeri veya işler durumunda ticari müessesesi bulunan gerçek ya da tüzel kişiler veya bunların halefleri, bu devletlerin herhangi birinde yetkili mercilere markanın tescili için usulüne uygun olarak yaptıkları başvuru tarihinden itibaren altı aylık süre içinde, Paris Sözleşmesi hükümleri kapsamında aynı marka ve aynı mal veya hizmetler için Türkiye’de başvuru yapma konusunda rüçhan hakkından yararlanır. Bu süre içinde kullanılmayan rüçhan hakları düşer. Rüçhan hakkından yararlanılabilmesi için ilk başvuru yapılan devletin yetkili makamından rüçhan hakkı belgesi alınması şarttır.”

Madde metninden anlaşılacağı üzere bu maddeye göre Rüçhan hakkından yararlanmak için;

- *“Markanın tescili için başvurusunun Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf devletlerden birinin uyruğunda olan bir ülkede yapılmalıdır.”*
- *“Ya da bu devletlerden birinin uyruğunda olmamakla birlikte bunlardan birinde yerleşim yeri veya işler durumunda ticari müessesesi bulunmalıdır.”*
- *Rüçhan Hakkı, markanın yukarıda belirtilen ülkelerde yapılan başvuru tarihinden itibaren altı aylık süre içinde Türkiye’de başvuru yapılması halinde kullanılabilir.”*
- *“Rüçhan hakkından yararlanılabilmesi için ilk başvuru yapılan devletin yetkili makamından rüçhan hakkı belgesi alınması şarttır.”*

Bu fıkra kapsamında Rüçhan hakkından yararlanmak isteyen kişilerin;

- *“Türkiye’de açılan Ulusal veya uluslararası sergilerde”*
- *“Paris Sözleşmesi veya Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf devletlerde açılan resmî ya da resmî olarak tanınan uluslararası sergilerde markalarını teşhir etmeleri gerekmektedir.”*
- *“Ayrıca bu kişiler aynı zamanda markanın tasdikli örneğini teşhir tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye’de başvuru yapmaları gerekmektedir.”*

⁹⁶ Rüçhan Türk Dil Kurumuna göre “Öncelik” anlamına gelmektedir. Rüçhan Hakkı Öncelik hakkına sahip olma anlamına gelir. <http://www.tdk.gov.tr/>18.02.2019

Dikkat edilecek olursa Türkiye’de Hem ulusal hem de uluslararası sergilerde teşhir edilmesi şartı aranırken, “Paris Sözleşmesi” veya “Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması’na taraf devletlerde” yapılan teşhirin Uluslararası Sergiler olması gerekmektedir.

Ayrıca Rüçhan hakkından faydalanmak isteyen başvurucunun sergi veya gösterim tarihinden başlanmak üzere altı ay içinde başvuru yapması gerekmektedir. Altı aylık süre hak düşürücü süre olup bu sürenin geçmesi halinde rüçhan hakkından faydalanılamayacaktır.

Başvuruda gösterilen markanın kullanılmak istenen mal veya hizmetler, sergide görünür biçimde, resmî açılıştan önce markayla birlikte sergilenmiş ise rüçhan hakkı kullanma süresi, malların sergilendiği ya da hizmetin sergilendiği tarihten itibaren başlar.

Herhangi bir sergide gösterilmiş olunan mal veya hizmetler bakımından birden fazla başvuru yapılmış ise, söz konusu mal veya hizmetleri ilk sergileyen kişi, aynı zamanda sergilenmesi hâlinde ise ilk başvuruda bulunan kişi rüçhan hakkına sahip olur.

Marka başvuru sahibin markadan doğan hakları kural olarak başvuru tarihinden itibaren işlemeye başlamaktadır. İlk etapta şekli açıdan incelemeye tabi tutulan başvuruda şekli bir noksanlık bulunamaz ya da verilen süre içerisinde eksiklik giderilirse; bu kez başvuru mutlak ve nisbi ret sebepleri yönünden incelemeye alınır. Mutlak tescil engelleri açısından yapılacak olan inceleme TPE Markalar Dairesi Başkanlığınca re’sen yapılacak bir incelemedir. Bu inceleme ile mutlak tescil engelleri yönünden aykırılık görülürse başvuru reddedilecekti. Bu hususta başvurucunun itiraz hakkı saklıdır.

Herhangi bir aykırılık görülmez ise; başvuru marka bülteninde ilan edilir ve üçüncü kişilerin itirazına sunulur. Bu itiraz süresi Yönetmeliğe göre 3 ay olup, söz konusu 3 aylık süre içerisinde itiraz edilmesi durumunda esasa ilişkin incelemenin ikinci aşaması olan nisbi tescil engeli olacaktır.

Nispi tescil engelleri açısından yapılan incelemede itirazlar haklı görülürse başvurunun reddine karar verilir. İtirazlar yerinde görülmezse itirazlar reddedilir ve başvuru kabul edilir. Bu halde verilen kararlara karşı da ikici itiraz hakkı mevcuttur. Bu itirazlar, “Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu” tarafından karara bağlanır. Söz konusu karar TPE’nin kesin kararıdır ve bu karara

karşı sadece iptal talebi ile mahkemelerde dava yoluna başvurulabilmektedir. TPE-YİDK kararı neticesinde markanın tesciline bir engel yoksa marka sicile tescil olunur ve Resmi Marka Gazetesi'nde ilan edilmektedir.



İKİNCİ BÖLÜM

SINAI VE MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA MARKA HAKKININ KORUNMASI VE MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALLERİ

I. MARKA HAKKININ KORUNMASI

A. Genel Olarak

Markanın korunması, markanın veya bir unsurunun marka sahibinin rızası olmadan başka kişilerce kullanılmaması, üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunulmaması anlamına gelmektedir. Bunun sağlanabilmesi için kanun koyucu tarafından hem temel dayanak olarak Borçlar Kanunu'nda haksız fiili düzenlenmiş, hem de 6769 sayılı SMK' da markanın korunması için çeşitli hukuki ve cezai önlemler alınmıştır.

Borçlar Kanunu'nun 49'uncu maddesine göre haksız fiil, hukuka uygun olmayan veya ahlaka aykırı davranış olması ve bu davranıştan belirli hukuk sujesinin zarar görmesi ve bunun yanında hukuka uygunluk sebeplerinin olmaması gereklidir. TCK hukuka uygunluk sebepleri meşru müdafaa, zaruret hali, kuvvet uygulanarak hakkın korunması, kanunun belirlediği sınırlar içinde kamu gücünün kullanılması, hak kullanımı ve mağdurun rızasıdır.

Tezimizin konusu gereği marka hakkının ihlali de bir haksız fiildir. Marka hakkının ihlalinden söz edilebilmesi için 6769 sayılı SMK' nın 29'uncu maddesinin birinci fıkrasının belirtilen; “marka sahibinin izni olmaksızın markayı 7'inci maddede belirtilen şekilde kullanmak”, “markayı taklit etmek”, “taklit edildiği halde ürünü satmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak ve bu ürünle ilgili olarak sözleşmeler yapmak”, “lisans yoluyla marka

sahibine verilen hakları izinsiz genişletmek ve üçüncü kişilere devretmek” fiillerinin gerçekleşmiş olması gereklidir.

Markanın korunması şekli olarak bütünüyle veya parçalar halinde olabilir. Marka üzerindeki hak, marka sahibine izni olmadan markanın kullanılmasını önleme yetkisini veren mutlak bir haktır.⁹⁷ Marka hakkı, markanın tescili ile ya da miras yoluyla veya hukuksal bir işlemle devren kazanılabilir.⁹⁸

Marka hakkı kural olarak tescil ile elde edilir. Tescil edilmemiş işaret marka değil, yalnızca bir işaret olarak kabul edilmektedir. Markanın sağladığı koruma, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerle sınırlıdır. Buna göre marka hangi mal veya hizmetler için tescil edilmişse, markanın sahibi söz konusu markanın izinsiz olarak kullanılmasını veya tescilini yalnızca bu mal veya hizmetler için ya da benzerleri için önleyebilecektir.

“Markanın tescili işlemi kurucu bir etkiye sahip olup, marka sahibinin marka üzerinde tasarruf hakkı sağlar ve buna binaen marka sahibi, markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olan, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin yapılması yoluyla tescilli markaya zarar verecek şekilde dünya ve ülke çapında üne kavuşmuş mal ve hizmetlere dayalı olarak haksız ticari menfaat sağlayanlara karşı hukuki anlamda tazminat isteme hakkına sahip olacaktır.”⁹⁹

Bu durumlarda;

- “İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması”,
- “İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması”,
- “İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması”,
- “İşaretin, teşebbüsün iş evraki ve reklamlarında kullanılması”,
- “İşareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması, yasaklanabilir.”¹⁰⁰

⁹⁷ DÜZGÜN, Ü. A., *Türk Hukukunda Markanın İzinsiz Kullanılması, Mediterranean International Conference on Social Sciences - MECAS III*, 2,2018, 553–566.

⁹⁸ KESKİN, Serap, *Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2003. s.48.

⁹⁹ ARSLAN, Çetin, ÖZDEMİR, Didar. *Türk Hukukunda Marka Suçları - Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2016.

¹⁰⁰ www.tpe.gov.tr/ (18.06.2019)

SMK' nın “marka sahibine sağladığı koruma sadece mükerrer kullanım ile tecavüze karşı değildir.”¹⁰¹ 6769 sayılı SMK' nın 8'inci maddesine göre “*tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden başvuru eserlerinde bulunması durumunda marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın talebi takip eden ilk baskısında, marka örneğini ekleyerek ve markanın tescilli olduğunu belirtmek suretiyle yanlışlığı düzeltir ya da markayı, eserden kaldırır.*”

Bu düzeltme hakkının yerine getirilmemesi, markanın halk tarafından bir cins adı haline gelmesi ve böylece ayırt edici gücünü yitirerek marka korumasının kapsamı dışında kalması tehlikesini doğuracaktır.¹⁰² Bir marka, belirli mal ya da hizmetler için piyasada genellikle, artık yalnızca o malın ya da hizmetin adı olarak kullanılır hale gelmiş ve söz konusu mal ya da hizmetin belirli bir işletmeye aidiyetini işaret etme özelliğini yitirmişse, ayırt etme gücünü yitirmiş demektir.¹⁰³

Korumanın kapsamına giren bir diğer durum ise bağlılık yükümlülüğüne ilişkin ticari temsilci vekili ile ilgili ihlallerdir. 6769 sayılı SMK' nın 10'uncu maddesi uyarınca marka sahibi izni olmadan ticari vekilin markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin ticari temsilci veya vekilinin, tescili kendi adına yapması durumunda marka sahibi, yetkili mahkemeye başvurarak markanın kullanımının yasaklanmasını veya tescilin kendisine devredilmesini talep edebilir.

Tescilsiz markalar yönünden koruma genel hükümler çerçevesinde ve haksız rekabet kurallarına göre yapılır. Ancak, bu koruma modeli tescili markanın yararlandığı koruma şemsiyesine göre daha belirsiz ve risklidir. MarkKHK' da olduğu gibi SMK da, esasen tescilli markaya özgü bir koruma getirmişse de tescilsiz markanın da korunduğu durumlara değinilmiştir. Tanınmış markalar Türkiye'de tescilli olmasa bile aynı veya farklı mal ve hizmetler için bu markanın sahibine koruma sağlanmaktadır.

SMK' nın 6/4 maddesine göre ;“*Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi bağlamındaki tanınmış markalar ile aynı veya benzer nitelikteki marka başvuruları, aynı veya benzer mal veya hizmetler bakımından itiraz üzerine reddedilir.*”

¹⁰¹ www.teknolojitransferi.gov.tr/(18.06.2019)

¹⁰² TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku s.403; KESKİN, Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması s.49.

¹⁰³ KESKİN, Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması s.49.

B. Tescil

Tescilin marka siciline işlenmesi ile markanın sahibine sağladığı haklar, 6769 sayılı SMK' nın 23'üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca tescil tarihinden itibaren 10 yıldır ve bu süre onar yıllık süreler olarak yenilenebilir. Tescil kurucu etkiye sahiptir ve tescille marka başvuru sahibinin seçtiği mal veya hizmetler koruma altına alınır. Kural tescil ilkesi olduğu için marka sahipliği de ilk kez ancak tescille kazanılabilen bir sıfattır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, markanın tescil edildiği mal veya hizmet marka korumasının kapsam ve sınırını belirler. Başvuru sahibi, marka tescilini istediği mal veya hizmetleri markaların sınıflandırılmasına ilişkin kurallara göre sınıflandırmak durumundadır.¹⁰⁴

Özel hukuk bakımından tescilsiz markanın korunduğu haller mevcuttur. Ancak ceza hukuku bakımından ancak ve sadece tescilli markalar korumadan yararlanabilmektedir. Nitekim Yargıtay bir kararında tescil edilmemiş markaya tecavüz halinde cezalandırılmasına karar verilen yerel mahkeme kararını bozmuştur.¹⁰⁵

Bir markanın gerek özel hukuk gerekse de ceza hukuku açısından korunması için tescilli olması şarttır. Bu konuda Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında yer aldığı gibi yargılamada öncelikle markanın tescilli olup olmadığı hususu araştırılır.¹⁰⁶ Tescil, marka hakları aleyhine işlenen eylemlerin tanımlanan suç tipini oluşturması için ön koşulken, özel hukuk bağlamında da men, durdurma, tazminat gibi istemlerin kabulü için zorunludur.¹⁰⁷

MarkKHK 7/f.1-b ile 8/f.1-b hükümleri gereğince öncelik ilkesi getirmiştir. Tescilde öncelik ilkesine göre, marka olarak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret, daha sonra aynı mal ve hizmetler için başkası tarafından marka olarak seçilip tescil edilemeyecektir. İşareti önce tescil ettiren, markanın sahibi olur. Aynı işaret, aynı ve benzer mal ve hizmetler için birden fazla kişi tarafından tescil ettirilemez.¹⁰⁸

Görüldüğü gibi, tescil için yapılan başvuru marka hakkının korunması için önemlidir. Markanın tescili için usulüne uygun olarak TPE'ye yapılan başvuru,

¹⁰⁴ KESKİN, Fikri Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, s.51.

¹⁰⁵ Yargıtay 7. Ceza Dairesi 4.5.1999 Tarih ve 1999/4523E.1999/4855K.<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (18.02.2019)

¹⁰⁶ Yargıtay 7.Ceza Dairesi18.09.2000 tarih ve 2000/ 6681 E. 2000 / 11243 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr/> (18.02.2019)

¹⁰⁷ TOPÇU, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.56.

¹⁰⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.360.

başvurunun reddini gerektiren bir neden yoksa Enstitü tarafından periyodik olarak yayımlanan Resmi Marka Bülteni'nde yayımlanır.

Yine 676 sayılı kanunun 22.maddesine göre; “marka başvurusu, Kanunun 22. maddesinde belirtilen aşamaların tamamlanması ve tescil ücretinin ödendiğine ilişkin bilginin Kurum tarafından verilen iki aylık süre içinde Kuruma sunulması ile tescil edilmektedir.”

6769 sayılı SMK'nın 22. maddesine göre; “tescil edilen markalar, sicil kaydında bulunan bilgileri içerecek şekilde bültende yayımlanır. Kanunun 22. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında kalan markalar ise tescilli marka olarak kabul edilmez.”

C. Markanın Kullanılması

6769 sayılı SMK, markanın kullanılması zorunluluğunu getirmiştir. Markanın kullanılması zorunluluğu ile yasaklama gibi olağanüstü yetkinin tanınarak, birçok işaretin anlamsız ve yararsız bir şekilde toplum kullanımına kapatılmasının önüne geçilmiştir. 6769 sayılı SMK'nun 9. maddesine göre “tescil edilmiş bir markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde uygun sebepler olmaksızın markanın kullanıldığı mal ve hizmetlerde marka sahibi tarafından ülke içerisinde ciddi şekilde kullanılmamış ya da kullanımına 5 yıl kesintisiz ara verilmiş olması durumunda markanın iptaline karar verilir.” Söz konusu kanun emredici niteliktedir. 5 yıl kullanımına kesintisiz olarak ara verilen tescilli markalar mahkeme kararı ile iptal edilir. Mahkemeler bu durumda başkaca bir sebep aramadan tescilli markanın iptaline karar vermek zorundadır.

Markanın kullanılması demek, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerde kullanılması anlamına gelmektedir olup uygulamada bu kuralın çok katı bir şekilde uygulanmadığı görülmekte ve bu durumun hakkaniyete uygun düşmediği kanaatine varılabilmektedir. Örneğin, usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir markanın, temsil ettiği mal ve hizmetin tescil edildiği kaliteden ve özellikten çok az bir farkı olması ya da benzer nitelikte mal ve hizmetler için kullanılmış olması durumunda bu farklara rağmen marka sahibine koruma sağlanabilmektedir.

Markanın kullanılmasına ilişkin bir ihtilafın olması durumunda ise bu durumun açıklığa kavuşmasında ispat yükü markanın sahibine ait olacaktır. Ayrıca

markanın kullanılmasının görünüşte nitelik taşıması kullanmanın gerçek ve aktif olması gerekmektedir.

TEKİNALP, ciddi kullanmayı, “Markadan işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani onun malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada veya piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması” şeklinde tanımlamaktadır.¹⁰⁹

Paris Sözleşmesi’nde de aynı yönde hüküm bulunmaktadır. Sözleşmenin 5. maddesinin C.1 bendine göre, “Tescil edilen bir markanın kullanılması bir memlekette mecburi ise bu tescil ancak makul bir müddetten sonra ve ilgilinin faaliyete geçmeme sebeplerinin haklı olduğunu ispat edememesi hallerinde iptal edilebilir. Bir fabrika ya da ticaret markasının birlik memleketlerinden birinde tescil edildiği şekilde taşıdığı ayırt edici vasfını bozmayacak unsurlarla farklı bir şekilde, sahibi tarafından kullanılması tescilin hükümsüzlüğüne yol açmaz ve sağlanan himayeyi azaltmaz”. Görüldüğü üzere, Paris Sözleşmesinde makul bir süreden bahsedilmektedir.

TRIP’S de ise, “başvurular, başvuru tarihinden itibaren 3 yıllık bir süre içinde amaçlanan kullanım şeklinin gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilemeyecektir” denmektedir. Ancak, Avrupa Birliği Marka Tüzüğü ‘tescil tarihinden başlayarak beş yıl içinde kullanmama’ diyerek süreyi daha uzun tutmuştur. Avrupa birliğine dahil ülkeler de, belirli süreler öngörerek marka hakkının bu süre içinde kullanılmamasını veya kullanımına belirli bir süreden çok ara verilmesini yasaklamaktadır. Böylelikle markanın kullanılması zorunluluğu ile birçok işaretin anlamsız ve yararsız bir şekilde toplum kullanımına kapatılmasının önüne geçilmiş ve markaların kullanılmamasına rağmen uzun süreli olarak sicilde boşuna yer işgal etmesi engellenmiştir.

Marka hakkı, mutlak bir hak olup, sahibine izni olmaksızın markanın başkaları tarafından kullanılmasını engelleme yetkisi verir. Marka kural olarak bizzat marka sahibi tarafından kullanılmalıdır. Ancak marka hakkı, lisans olarak verilme, tek satıcılık sözleşmesi, markanın devredilmesi yollarıyla da kullanılabilir.¹¹⁰

¹⁰⁹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.428.

¹¹⁰ DİRİKKAN, Hanife, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti” (Külfet), Prof. Dr. Oğuz İmregün’ e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998, No:715, s.236 ; Sabih ARKAN, “Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu” (Marka Hakkına Tecavüz) BATİDER, Haziran 2000, C.20, S.3, s.5 ; TEKİNALP, Markanın Üçüncü Kişi

Markayı kullanma sayılan haller SMK md 9/ f.2’de sayılmıştır.

“Markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması.

•Markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması.

•Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması da marka sahibi tarafından kullanım olarak kabul edilmektedir.”

Bunun yanı sıra markanın kullanılmasını sağlayan husus markanın tescil işlemlerinin belgelerinin eksiksiz düzenlenmesi ve 6769 sayılı SMK’nun 15’inci maddesinin 3’üncü fıkrası gereği ücretlerinin uygun şekilde ödenmesi ve belgelerinin ibrazının gerçekleşmesidir. Aksi takdirde ücret yatırılmış olsa bile başvuru işleminden kaldırılır Belgeleri ve ödenen ücrete ilişkin bilgi ve belgelerin incelenip kanun kapsamında değerlendirilmesi durumunda marka başvurusu kabul edilir veya mal ve hizmetlerin kısmi veya tam olarak tescil edilemeyeceğine ilişkin hususlarda 6769 sayılı SMK’nun 15. maddesinin birinci fıkrası gereği değerlendirilir. SMK 15’inci maddenin üçüncü fıkrası nedeniyle reddedilen başvuru rüçhan hakkı kaybına neden olur. Ancak başvurunun kabulü durumunda herhangi bir eksiklik içermeyen başvurularda SMK 16. maddesinin ikinci fıkrası gereği Bülten’de yayımlanır ve marka sahibinin markayı kullanım hakları bu şekilde başlamakta ve 10 yıl boyunca koruma sağlar. Koruma, markanın tescili ve üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayımlandığı tarihten itibaren başlamaktadır.

Hukukumuzda marka hakkına sağlanmış olan koruma süresi, TRİPS Anlaşmasının “Koruma Süresi” başlıklı 18. maddesi hükmünde yer alan ilk tescil ve yenilemelerin en az yedi yıl süreyle geçerli olması gerektiği ve belirsiz süreyle yenilenebileceği ilkesine uygundur.¹¹¹

Tescilli markanın korunması; diğer fikri ve sınai mülkiyet hakları olan patent ve tasarım haklarından farklı olarak süre ile sınırlandırılmamıştır. Marka hakkının korunması, on yıllık sürelerle yenilenmek koşuluyla sonsuzdur. Koruma süresi sona eren bir marka, sahibinin veya onun yetkili kıldığı vekilin talebi ve Yönetmelikte öngörülen şartların yerine getirilmesiyle koşulu ile yenilenir. Marka yenilenmediği takdirde marka hakkı sona erer ve marka suçlarına konu olamaz.

Nitekim, Yargıtay 7. Ceza Dairesi’nin kararında;

Tarafından Kullanılması, s.643 ; PINAR,Hamdi “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, M. Kemal Oğuzman’ ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.867- 868 ;SERT,Selin, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007, s.40 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.428.
¹¹¹ GÜNEŞ İlhami,Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları,Adalet Yayınları 3.Bası,Ankara,2017,s.124

“...Dosyadaki tescil belgesi yalnız giyim eşyasına ait olup, suça konu B. markasının çantada da kullanılacağına dair marka tescil belgesi dosyaya getirilmeden ve dosya içeriğine göre 075846 numaralı B. markasının 25.10.1982 tarihinden itibaren on yıl süre ile tescil edilmiş olduğu anlaşılacakla markanın tescil süresinin suç tarihini de kapsar şekilde uzatılıp uzatılmadığı araştırılmadan eksik inceleme ile karar verilmesi BOZMAYI gerektirmiş..”denmektedir.¹¹²

Marka, tescil kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin bir kısmı için yenilenebilmektedir. Ortak markanın kısmen yenilenmesi için ise gruba dahil işletmelerin tümünün birlikte hareket etmesi zorunludur.

D. Markanın Hükümsüzlüğü, İptali ve Sona Erme Sebepleri

Tescil edilmiş bir markanın ortadan kaldırılması, yenilenmemiş olması hali dışında 6769 sayılı SMK'nın 25'inci maddesinin 5'inci ve 6'ıncı fıkrasında belirtilen koşullarda, ilgili mahkemenin hükümsüzlük kararı ile mümkündür. Ancak bu karar, bir kısım mal ve hizmetlere ilişkin ise kısmi hükümsüzlük olarak verilebilir.

Tescil edilen marka, 6769 sayılı SMK'nın 26'ıncı maddesinin birinci fıkrasının (a),(b),(c) ve (ç) bendine göre, aykırılıklar taşıyorsa ve marka sahibi kötü niyetli olarak markayı kullanıyorsa üçüncü kişiler iptal talebi için patent kurumuna başvurabilir.

Hükümsüzlük ve iptalin hukuki etkisine değinilecek olursa, hükümsüzlükte hükümsüzlük kararı verilen tarihten itibaren marka hakkının doğurduğu hukuki koruma hiç doğmamış sayılır.¹¹³ İptal kararında ise iptal talebinin kuruma verildiği tarihten itibaren veya aksine bir talebin kabul edilmesi durumunda ise iptal halinin doğduğu tarihten itibaren markaya ilişkin haklar kaybedilmiş sayılır.¹¹⁴ SMK'nın 27'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince iptal kararının geriye dönük etkisi, marka hakkına tecavüzden dolayı açılan ve hükmü kesinleşmiş ve uygulanmış davalara, karardan önce uygulanmış sözleşmelere işlemeyecektir.

Marka hakkının sona ermesi durumu ise SMK'nın 28'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, koruma süresinin dolması ve marka hakkından vazgeçmesinden oluşmaktadır. Marka sahibi marka hakkından tamamen veya kısmen olarak

¹¹² Y.7.CD., 17.02.1995, E.1995/459, K.1995/1202 sayılı kararı

<https://karararama.yargitay.gov.tr/> (20.02.2019)

¹¹³ 10/01/2017 tarihli ve 29944 sayılı Resmi Gazete, Sınai Mülkiyet Kanunu, md 27/f.1

¹¹⁴ SMK. md 27/f.2.

vazgeçebilir. Ancak sicile kaydedilmiş lisans ve hak sahiplerinin izni olmadıkça marka sahibi hakkından vazgeçemez.

II. MARKA HAKKINA TECAVÜZ

A. Genel Olarak

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamındaki sınai haklarda en fazla Marka Hukukunun uygulaması bulunmaktadır. Marka hakkı kuvvetli bir hak olup, hukuken ve cezain öngörülen yaptırımlarla korunmuştur. Marka hakkına saldırı demek marka hakkından kaynaklanan hakka saldırı demektir. Ayrıca üçüncü kişilerin marka hakkına yönelik haksız müdahaleleri de marka hakkına saldırı olarak kabul edilmektedir.

Marka hakkına tecavüz durumunda hem hukuki hem de cezai yaptırımlar öngörülmektedir. Hukuk ve ceza davalarından birinin açılabilmesi için, markanın tescilli olması şarttır.

Markaya tecavüz öncelikle bir haksız eylemdir. Bunun için SMK'da düzenlenmiş eylemlerden birinin işlenmiş olması ve somut olayda hukuka uygunluk hallerinin bulunmaması gereklidir.¹¹⁵

Marka hakkına tecavüz suçunu oluşturan fiiller, 6769 sayılı SMK'nın 29'uncu maddesinde belirtilmiş olup, 30'uncu maddede suça ilişkin cezai hükümler belirlenmiştir.

B. Suçun Tanımıyla Korunan Hukuki Değer

Marka hakkında tecavüz suçunun kanunda yer verilmesiyle ilişkin korunan temel hukuki değer marka sahibinin ekonomik çıkarlarının korunmasının yanında haksız rekabetin önlenmesi yoluyla liberal ekonomik düzenin korunması sağlanmaktadır. Bu şekilde ticari hayat sağlıklı bir işleyişe kavuşur. Yani suçun kanunda tanımlanması, marka sahibinin sadece ekonomik çıkarlarını korumak dışında daha bir çok hukuki değer korunmaktadır.

¹¹⁵ GÜNEŞ İlhami, *Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları*, Ankara, Adalet Yayınları 3. Bası, 2017, s.126

C. Marka Hakkına Tecavüz Suçuna İlişkin Fiiller

Marka hakkına tecavüze ilişkin fiiller 6769 sayılı SMK' nun 29.maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre;

“a) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı 7. maddede belirtilen biçimlerde kullanmak”

a bendine ilişkin 7. maddeye yapılan atıfta, ikinci fıkrada belirtilen fiillerin engellenmesi öngörülür. Yani, *“tescilli olan markaya ilişkin işaretlerin ve sloganların başkaları tarafından mal ve hizmetlere ilişkin olarak kullanılması”,“tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması”ve“aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması.”* fiilleri tanımlanarak suçun işlenme şekli belirlenmiştir. Buna göre kanunun kapsadığı marka hakkına tecavüz suçunun karıştırılma ihtimali (iltibas) ve marka taklitçiliği (iktibas) olarak iki farklı fiille yapılabileceği görülmektedir. Bu suçla ilgili olarak hali hazırdaki Yargıtay İçtihatları SMK' ya göre değil MarkKHK' ya ilişkin olduğundan konunun özü nedeniyle yer yer KHK hükümlerine de yer verilerek konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

1.Karıştırılma hali (İltibas)

Karıştırılma ihtimali, tescilsiz bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın şekil, görünüş, ses ve genel izlenim olarak benzerlik taşıması dolayısıyla halk arasında tescil edilmiş marka izlenimi vermesi tehlikesi olarak tanımlanabilir.¹¹⁶Buna göre iltibastan söz edilebilmesi için tescili olmayan bir markanın tescilli bir markayı anımsatacak şekilde tüketicilerin ses, görüntü ve işaretler ile mal ve hizmetlerin sunulmuş biçimi itibariyle ayırtım gücünde değişiklik yaratması tehlikesi ile karşı karşıya kalması gerektiği düşünülmelidir.

¹¹⁶ Düzgün, Ülgen Aslan. “Türk Hukukunda Markanın İzinsiz Kullanılması.” Mediterranean International Conference on SocialSciences - MECAS III 2 (2018): 553–66.

Konuya ilişkin Yargıtay bir kararında iki bankanın renklerinin ve işaretlerinin benzer olup olmadığı hususunda değerlendirme yaparken, ortalama tüketicilerin iltibasa düşürecek derecede benzerlik bulunup bulunmadığını araştırılması gerektiğine, eğer ortalama tüketicilerin iltibas sebebi ile yanılgıya düşmeleri durumunda markalar arasında benzerliğin bulunduğu kabulüne, yanılgıya düşülmemesi durumunda ise iltibas sebebi ile markanın tescilinin reddine karar verilmemesi gerektiğine karar vermiştir.¹¹⁷

Yargıtay iltibasın bulunmasını sadece işaretler arasındaki benzerliğe bakım değerlendirilmemesi gerektiğine, ortalama hizmet kitlesinin de yanılgıya düşmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bu durumda iltibas sebebi ile yanılgıya düşecek kitle ise ortalama kitle olarak kabul edilmiştir. Bilinçli eğitim seviyesi yüksek kitle aranmamıştır.¹¹⁸

2.Marka Taklitçiliği (İktibas)

Marka taklitçiliği, 6769 sayılı SMK'nun 29'uncu maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtildiği gibi, marka sahibinin izni olmadan, markayı veya markayı ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmektir. Ayrıca (c) bendinde *“markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde, tecavüz yoluyla bu ürünleri veya hizmetleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde piyasaya sunmak ve iç ve dış ticaretini yapmak, bunlar için sözleşme yapmak ve öneride bulunmak”* marka taklitçiliğinin fiilleridir.

Yargıtay bir kararında,“Sanığın başkalarından temin ettiği “Diesel” ve “Lacoste” isimli taklit markalı ürünleri ticari amaçlı olarak elinde bulundurup birlikte satışa arz etmesinin sanığın sahte markalı aynı tür ürünlerin marka isimlerini ve değişik markalardan olmalarını önemsemeden bunları satarak haksız aşırı kazanç elde etmek kararını gerçekleştirmek kastı ile hareket ettiği anlamına geleceğinden cezalandırılması yoluna gidilmesine karar vermiştir.¹¹⁹

¹¹⁷ Yargıtay.11.HD, 13.06.2017 T, 2016/ 1208 E. 2017 / 3688 K..

¹¹⁸ Yargıtay 11.HD, 11.04.2017 T, 2015/ 14029 E. 2017 / 2059 K. <https://karararama.yargitay.gov.tr//> (20.02.2019)

¹¹⁹ Yargıtay 7. CD. 21.11.2003 - 13029/11076, <http://www.kazanci.com.tr//> (25.02.2019)

Yüksek Mahkeme BOSCH İle ilgili verdiği bir kararında şöyle hüküm kurmuştur. “...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...”¹²⁰

Yüksek Mahkeme bu kararında tanınmış bir marka olan Bosch’un aynı hizmet sınıfında hem isim benzerliği olan Boch isminin hem de aynı hizmet sınıfı olan araba camı sileceği alanında kullanılmasının taklitçilik olduğuna ve ortalama tüketicinin yanılgıya düşeceğine karar vermiştir.

Yine Yargıtay Valeo markasının kutularını kullanmak sureti ile daha düşük kaliteli bir ürünün satılmasını taklitçilik olarak kabul etmiştir.¹²¹

Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre; tanınmış markanın tescilli olduğu mal ve hizmetlerden farklı mal ve hizmetlerde benzerinin tescilinin; tanınmış markanın itibarını zedeleyeceği, haksız yararlanma olacağı, ayırt edici karakterine zarar vereceği kabul edilmiştir.¹²²

Bunun yanında Yargıtay, bazı özel durumlarla sınırlı olmak üzere markanın üzerine konulduğu malı, üzerindeki tasarrufları da marka hakkına tecavüz kapsamına almıştır.

Kanaatimizce, 6769 sayılı kanunun 29/1-a bendinde 7. maddeye atıfta bulunularak yapılan yasaklama, markalar hukukunda kabul olunan “öncelik ilkesi” nin gereğidir.

Öncelik ilkesi sayesinde, önceden tescil olunan veya tescil başvurusu yapılan bir marka, kendisi ile aynı türdeki bir mal veya hizmetle ilgili olup, aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan diğer markalara karşı korunmaya alınmaktadır.

Korumanın kapsamına, "aynı" veya "aynı türdeki" mallar veya hizmetler ile "aynı" veya "ayırt edilemeyecek kadar benzer" olan markalar girmektedir. "Aynı marka"dan kasıt, bir markada kullanılan işaretlerin diğerine tıpa tıp benzemesi ve müşteriler nezdinde tamamen aynı şeyi ifade etmeleridir. Aynı marka, bir diğer

¹²⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi., 19.02.2001 T., 2000/10455 E., 2001/1394 K. www.sinerjimevzuatprogramlari.com/ (25.02.2019)

¹²¹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 03.04.2000 T., 2000/1243E., 2000/2610 K., , www.sinerjimevzuatprogramlari.com/ (25.02.2019)

¹²² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 08.04.2015 T. 2013/11-1885 E., 2015/1161 K

markanın "tıpkısı"dır, yani onun. "özdeşi", "aynen kopyası", "tıpa tıp taklidi"dir. Aralarında en küçük fark olan markalar ayniyet arz etmezler. Bir markanın bir başka marka ile ayırt edilmeyecek derecede benzer olup olmadığı müşterisinin hafızasında bıraktığı imaja göre belirlenir. Bir başka markanın tıpkısı olmayan bir markaya, orta düzeydeki müşterileri tarafından sahip olduğu farklılıkların önemsizliğinden dolayı sanki diğerinin aynısıymış gibi muamele ediliyorsa, "ayırt edilemeyecek kadar benzer" bir markadan söz edilir. Markalar karşılaştırılırken onların piyasaya sürülüş biçimlerine, kullanılış şekillerine bakılarak orta düzeydeki alıcı nezdinde bıraktığı toplu intiba dikkate alınır.

“Mal veya hizmetlerdeki ya da onların türündeki ayniyet de, yoruma ihtiyaç göstermeyecek kadar açık bir husus olup, mal veya hizmetin kendisinde ya da türünde özdeşlik anlamına gelmektedir. Ayniyet kural olarak markanın tâbi olduğu sınıf değerlendirilerek tespit edilecek olmakla birlikte, TPE tarafından Nice Anlaşması göz önünde bulundurularak yapılan sınıflandırmanın esas itibariyle idarî fonksiyonunun bulunduğu, yani tescil amacına hizmet ettiği unutulmamalı ve aynı sınıf veya gruptaki markaların mutlaka aynı türden mal veya hizmeti ayırt etmek için kullanıldığı sonucuna varılmamalıdır. Dolayısıyla aynı sınıf içinde gruplandırılmış olmanın mal veya hizmetlerin aynı olduğuna delalet ettiğinin, ancak fiili bu karinenin aksinin ispatlanabileceğinin kabul edilmesinin adil bir çözüm şekli olacağı kabul edilmektedir.”¹²³

Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde buldurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak fillerinin gerçekleşerek marka hakkına tecavüzün oluşması için; taklit olgusunun ya da benzerliğin olması ve bu benzerliğin bilinmesi ya da bilinebilecek durumda olması ve en önemlisi bu iki unsurun ticari amaç için bir arada olması aranır.

Konuya ilişkin bir Yargıtay Kararında

“ Markanın hükümsüzlüğünü isteyebilecek zarar gören kişi kavramının geniş yorumlanarak, davalı şirkete ait markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan

¹²³ Hukuk Genel Kurulu 29.01.2016 tarih ve 2015/ 3127 Esas 2016 / 114 Karar sayılı kararı.
www.sinerjimevzuatprogramlari.com//(25.02.2019)

markayı taşıyan ürünleri satmak suretiyle cezalandırılmaları istemiyle yargılanan davacıların verilen ara kararı gereğince o.. markasının tanınmış X markası ile iltibas oluşturduğundan tescil edilemeyeceği gerekçesiyle açtıkları eldeki davada aktif dava ehliyetinin bulunduğu kabulü gerekir.” denmektedir.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki İktibas yani marka taklitçiliği sebebi ile markaya tecavüz olduğu hususunun tespitinde en önemli unsurlardan biri hem taklit edilen markanın hem de taklit markanın aynı hizmet sınıfında kullanılmasıdır. Örneğin taklit edilen marka araba yedek parçaları satar iken taklit marka gıda pazarında hizmet veriyorsa bu taklitçilik olarak değerlendirilemez.

3.Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletilmesi veya Bu Hakların Üçüncü Kişilere Devredilmesi

“Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları başkasına devretmek de, marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir.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 eder.”¹²⁴

Lisans sözleşmesi ile tanınan hakların izinsiz genişletilmesi lisansın süresi, markanın kullanılacağı mal veya hizmetlerin kullanım alanı gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Lisans sözleşmesi belli bir süre için yapılabileceği gibi süresiz de yapılmış olabilir. Sözleşmede belirtilen sürenin bitmesinden ya da lisans verenin sözleşmeyi feshetmesinden sonra lisans alanın markayı kullanmaya devam etmesi de lisans hakkının izinsiz genişletilmesidir. Bunun yanında lisans sözleşmesinin süresi bitmiş olsa dahi, lisans alanın sözleşme süresi içinde üretilen malları satması marka hakkına tecavüz fiilini oluşturmaz. Ancak sözleşme serbestisi gereği aksi taraflarca kararlaştırılabilir.

TEKİNALP lisans sözleşmesi ile tanınan hakların izinsiz genişletilmesini 4 gruba ayırmıştır.¹²⁵

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

¹²⁴ ÇAMLIBEL, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, s.246.

¹²⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 459

Konu ile ilgili olarak lisans sözleşmesi ile edinilen kullanım hakkının, marka hakkına tecavüz teşkil etmesi Tekinalp'in belirttiği 4 ana durumda mümkündür. Bu nedenle tecavüz fiilinin bu çerçevede incelenmesi gerektiği kanaatine ulaşılabilir.

4.Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Def'i

6769 sayılı SMK'nın 29. maddenin ikinci fıkrasında ise "19. maddenin ikinci fıkrası hükmünün tecavüz davalarında def'i olarak ileri sürülebileceği ancak bu durumda kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihinin esas alınacağı hükme bağlanmıştır." 29. maddenin atfıyla SMK'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasını incelendiğinde, bu hükmün 556 sayılı MarkKHK'da yer almayan yeni bir düzenleme olduğunu görmekteyiz. Maddeye göre, "6. maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda başvuru sahibi itiraz sahibinden, belirli şartlar dahilinde, yayıma itiraz konusu markasını ciddi şekilde kullanmakta olduğuna veya kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunmasını isteyebilecektir. Maddede ayrıca yayıma itiraz eden taraftan talep edilen delilin süresi içinde sunulmamasının sonucu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle tescilli markaların piyasada etkin şekilde kullanılmasının sağlanması ve yayıma itiraz müessesesinin afaki veya kötü niyetli kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır."

III. TESCİLLİ MARKAYA İNTERNET YOLU İLE TECAVÜZ

İnternet alanı adeta ışık hızı ile gelişmekte ve her geçen gün teşebbüsler ürünlerini pazarlama da internetten faydalanmaktadır. Bu sebeple markalar internet ortamında domain adı almaya ve bu şekilde satış veya pazarlamalar yapmaktadırlar. Hatta pek çok teşebbüs sadece internet ortamında satış ve pazarlama yapmaya başlamışlardır.

İnternet yolu ile marka hakkına tecavüz daha çok internet üzerinde satış veya pazarlama yapan teşebbüslerin markalarına tecavüz şeklinde gerçekleşmektedir. Bu sebeple internet ortamında karışıklık ve ihtilaflar çıkmaktadır. Bundan dolayı kanun koyucu 6769 sayılı yasanın 7/3-d maddesinde internet yolu ile markaya yapılan tecavüzü hüküm altına almıştır.

556 sayılı Mark KHK 9/e maddesinde internet yolu ile markaya tecavüzü hüküm altına almıştır.6769 sayılı kanun da bu maddeye uyarlı biçimde günümüz şartlarını da düşünerek internet yolu ile markaya tecavüz halini hüküm altına almıştır.

Adword reklam uygulamaları ile birlikte firmaların birbirinden bağımsız tüketici kitlelerine ulaşmaları sebebi ile çok daha geniş kitleler tarafından tercih edilmeye başlanmıştır. Google firmasının adwords reklam uygulamaları sayesinde elde ettiği gelir dikkate alındığında adwords reklamlarından vazgeçmesi söz konusu olmayacağı aşikardır. Örneğin internet arama motoruna Coca Cola yazıldığında, adwords Cola Turka'nın ekranının sağ köşesinde karşımıza çıkması, Coca Cola markasına tecavüz teşkil edecek midir? Coca Cola tanınmış bir marka olduğundan, internet arama motoru aracılığıyla arayan kullanıcının, ilgili markayı diğer markalar ile karıştırması,her iki marka arasında bağlantı bulunduğunu düşünmesi halinde markaya tecavüz eylemi gerçekleşecektir.¹²⁶

IV. MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE HUKUKİ VE CEZAI SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin var olan yasal mevzuatların tek bir çatı altında toplanması ile Sınai Mülkiyet Kanunu tüm haklar için uygulanır hale gelmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda "Ortak Hükümler" arasında "Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler" kenar başlığı altında 149. maddeye yer verilmiştir. SMK'nın 149.Maddesinin 1. fıkrasında "Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir" hükmüne yer verilmiştir.Söz konusu maddeye göre hak sahibi ;

a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.

b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.

c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.

c) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.

¹²⁶ EGE Önder,*Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları*,Ankara,Seçkin Yayıncılık, 2018,s.47

d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması.

e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.

f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası.

g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi.”

Markalarla ilgili olarak eski 556 sayılı KHK'nın 69. Maddesi, “Dava Açılmayacak Kişiler” kenar başlığı altında şu hükümleri öngörmüş idi: “Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz.” SMK.'nun 153. maddesi bu düzenlemeyi bütün sınai hakları kapsayacak şekilde 1. fıkrasında genel bir hüküm haline getirmiş, fakat eskiden olmayan bir hükme de 2. fıkrasında yer vermiştir.

Böylece 153. madde ile sınai haklara tecavüz halinde dava açılmayacak kişileri iki grup altında toplamıştır.

Maddenin 1. fıkrasına göre: “Sınai mülkiyet hakkı sahibi, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı bu kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikayette bulunamaz”.

“Burada söz konusu olan dava açılmayacak kişiler ihtiyaç için ürünlere zilyet olan veya kullananlar kişilerdir. Bir başka ifadeyle, burada ürünlerin zilyetleri ya da kullananları aleyhine dava yasağı söz konusudur. Kanun bu düzenlemesi ile tecavüze uğrayan sınai hakka dayalı olarak üretilen ürünleri kişisel ihtiyaçları için elinde bulunduran yani zilyet olan veya bunları kullanan kişileri korumuştur. Bu hükmün uygulanabilmesi için tecavüze uğrayan sınai hakka dayalı olarak üretilmiş bir ürünün olması ve bu ürünü zilyetliğinde bulunduran kişinin kişisel ihtiyacı için almış olması gerekir. Bu anlamda olmak üzere örneğin marka sahibinin rızası dışında üretilen bir gıda ürününü, ev eşyasını, kişisel kullanım eşyasını elinde bulunduran veya kullanan yani bu ürünlerin zilyedi olan kişiye karşı sınai mülkiyet hakkına

tecavüz nedeniyle açılacak davalar açılmayacak, suç nedeniyle şikayet edilemeyecektir.”¹²⁷

B. İhtiyati Tedbir ve Gümrüklerde El Koyma

1.İhtiyati Tedbir

İhtiyati tedbir talebi HMK m. 390’da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

“(1) İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir.

(2) Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir.

(3) Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebinin ve türünün açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.”

Davanın açılması ile esas hakkında hüküm verilmesi arasında geçecek zaman diliminde çeşitli tehlikeler söz konusu olabilmektedir. İhtiyati tedbir; bu tehlikeleri bertaraf edebilmek ve geçici bir hukuki koruma sağlamak için alınan tedbirlerdir.¹²⁸ SMK’ nın açık hükmü gereği ihtiyati tedbir talebi dava açılmadan önce, dava ile birlikte ya da davadan sonra yapılabilir, çünkü ihtiyati tedbir talebi davadan ayrı olarak incelenmektedir.

Tedbir kararının verilebilmesi için talepte bulunanın, dava konusu markanın kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi bu hususun ispatlanması gerekmektedir. Burada aranan ispat, yaklaşık ispattır.

¹²⁷ KILIÇOĞLU YILMAZ, Sınai Mülkiyet Kanunu, s.16.

¹²⁸ İhtiyati tedbir ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, Deren, Nevhis, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, 2. Bası, İstanbul, Alkım Kitapevi, 2003; YILDIRIM, Deren, Nevhis, *Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar*, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003, s. 199-207; ÖZEKES, Muhammet, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir*, DEÜHFD, 2002/2, s. 89-137; ERCAN, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, 1992; KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2004, s. 700-716; PEKCANITEZ, Hakan, ATAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 671-687; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. 1-2, 7. Bası, İstanbul, 2000, s. 581-589; POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 1970, s. 424-432.

Talepte bulunanın markanın izinsiz olarak kullanıldığının veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının muhtemel gösterilmesi yeterli olacak, bu durumu kesin delillerle ispatlaması gerekmeyecektir. Ayrıca ihtiyati tedbire yönelik netice-i talebin dilekçede somut bir şekilde ve net olarak gösterilmesi gerekmektedir.

YILDIRIM'IN da belirttiği gibi, "İhtiyati Tedbir Talebi ile açılan davalarda öncelikle tedbir talebinin incelenip hükme bağlanması ve verilen karara itiraz edilmesi durumunda da yine öncelikle ilk derece mahkemesinin itirazı değerlendirip yerinde görmez ise üst mahkemeye göndermesi gerekmektedir."¹²⁹

Kanaatimizce de Yıldırım'ın konuyu ele alışı yerinde olup, kararı veren ilk derece mahkemesi karara itiraz halinde önce kendi kararına yapılan itirazları incelemeli ve itirazlar kanuna uygun ise haklı itirazlarda bulunmuşsa, kendisinin verdiği ilk bu karardan dönmesine imkan verilmelidir. Zira ihtiyati tedbir talepleri özü gereği hızlı yargılamayı gerektirir bir mekanizmadır. Günlerin hatta saatlerin taraflar için ehemmiyeti büyüktür.

İstinaf Mahkemesi'nin konuya ilişkin bir kararında;

*"...Her ne kadar ilk derece mahkemesince verilen ihtiyati tedbir kararına karşı doğrudan istinaf yoluna başvurulmuş ve dosya bu nedenle dairemize gönderilmiş ise de, 6100 sayılı HMK'nun ilgili maddesinde ilk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hakkında, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabileceğinin yazılı bulunduğu, ayrıca her mahkeme kararına karşı etkin bir başvuru imkanının bulunması gerektiği, somut olayda aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen davalının istinaf başvurusunun, itiraz mahiyetinde görülerek, özellikle kararı veren ilk derece mahkemesi tarafından incelenmesinin ve eğer ilk derece mahkemesi itirazı yerinde görmez ise bu takdirde itirazın reddine karşı istinaf yoluna başvurulabileceği gözetilerek, ilk derece mahkemesi tarafından tedbire itiraz hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar verildikten sonra gerekirse yeniden gönderilmek üzere dosyanın geri çevrilmesine karar verilmesi gerekmiştir."*¹³⁰

6769 sayılı SMK uyarınca mahkeme ihtiyati tedbir olarak, markaya tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulmasına karar verebilir. Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması kapsamına; dava konusu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin üretimi, ambalajlanması, stoklanması, satılması, sipariş alınması ile tüm bu fiiller için hazırlık yapılması dahildir.

Bölge Adliye Mahkemesinin konuya ilişkin yeni tarihli kararında da markanın ürün etiketlerinde, kutu üzerlerinde ve tanıtımda kullandığı durumlarda ihtiyati tedbir koşullarının oluştuğu sonucuna varılmaktadır. Çünkü, böyle bir

¹²⁹ YILDIRIM, Deren, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler* s.200.

¹³⁰ İstanbul BAM 16. HD E: 2018/89 K:2018/221 K.T: 12.02.2018, www.sinerji.mevzuat.com/ (01.03.2019)

kullanımın Kanunun öngördüğü marka hakkına tecavüz eden fiillerden olduğu açıktır.

Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen, 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 üçüncü kişilerin mülkiyetinde olması da el koymaya engel değildir; ancak ürünleri kendi kullanımını için almış olan tüketici nezdinde ki ürünlere el konulamaz.¹³¹

Muhafaza işlemlerinin yapılması ile olası zararlar için teminat verilmesi; talep halinde mahkeme herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesine karar verebilir. Teminat, tecavüzün başlamış olduğu ya da başlaması kuvvetle muhtemel olduğu zamanlarda söz konusudur. İhtiyati tedbir talebinin kabul edilebilmesi için; tedbir talep edenin, talebe konu kullanımın tecavüz teşkil edecek derecede Türkiye topraklarında kullanıldığının veya kullanılacağıının ispatlanması gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay'ın bir kararında görüldüğü gibi;

“davalıların Tempur markalı ürünlerin İzlanda'da tek satıcısı olan dava dışı şirketten Türkiye'ye ithalat ettikleri,davalıların, Tempur markalı ürünlerin, İzlanda'da yerleşik o bölgenin yetkili distribütörü olan şirketten yasal yolla temin edilen orjinal ürünler oldukları anlaşılmaktadır. Bu haliyle davalıların eylemleri, ücretini ödemek suretiyle bir başka bölgedeki tek satıcıdan aldıkları Tempur marka orijinal ürünleri satmaktan ibaret olup, yukarıda değinilen ilkeler ve açıklamalar ışığında, Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerini ihlal eder nitelikte fiilleri mevcut değildir.”

¹³²

Söz konusu kararda görüleceği ihtiyati tedbir kararının verilebilmesi için tecavüz teşkil eden malın Türkiye'de kullanılması veya ileri de Türkiye'de kullanılacağıının ispatlanması gerekir. Türkiye dışında kullanılan veya üretilen ürünün marka hakkına tecavüz edildiğinden bahisle ihtiyati tedbir kararı verilemez.

¹³¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 480.

¹³² Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Esas: 2017/ 2676 Karar: 2018 / 479 Karar Tarihi: 22.01.2018

2.Gümrüklerde El Koyma (SMK 159)

Paris Sözleşmesi'nin 9. Maddesine göre ; bir markayı kanuna aykırı olarak taşıyan mamullere gümrükte, ithalatının engellenmesi amacıyla el konulabileceği belirtilmiştir. Değişen ve her geçen gün gelişen teknoloji ile taklit markaların gerçek markalardan ayrılması hayli zorlaşmıştır. Gerçek marka sahiplerinin menfaatleri de her geçen gün zarara uğradığından koruma kapsamının genişlemesi ve bu korumanın olabildiğince süratli olması gerektiği kanaatine varılabilir.

SMK'nın 159. Maddesinde yer alan gümrüklerde el koyma tedbiri de marka sahibinin menfaatlerinin korunmasına yöneliktir. MarkKHK'nın yürürlüğünde gümrüklerde el koyma ayrı bir madde başlığı altında yer alırken, SMK'da 159. madde de gümrüklerde el koyma tedbirinin , ihtiyati tedbir talebi ve ihtiyati tedbirin niteliğine ilişkin madde metni içinde yer aldığı görülmektedir.

Gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil buldukları her yerde el konulması talebi tedbir mahiyetinde olduğundan ve hukuki prosedür de ihtiyati tedbirin prosedürüne tabi olacağından tek bir başlık altında toplanmasının yerinde olduğu kanaatine varılabilir.

Taklit markalı ürünlere gümrükte el koymak mümkün olup, el koyma işlemi ilgili gümrük müdürlükleri tarafından taleple gerçekleştirilmektedir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57. madde hükümleri gümrüklerde el koyma tedbirine ilişkindir.

“Gümrük Kanunu MADDE 57- 55 (18/6/2009 tarihli ve 5911 sayılı Kanun ile değişik.)

“1. a) Fikri ve sınaî haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir. Durdurma veya alıkoyma kararı hak sahibi veya temsilcisi ile beyan sahibi veya 37 nci maddede belirtilen kişilere bildirilir. b) Gümrük idaresine henüz bir talepte bulunulmadığı durumda ve söz konusu eşyanın fikri ve sınaî mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde, hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen, gümrük idareleri tarafından eşya üç işgünü süresince re'sen alıkonulabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurulabilir.

2. Fikri ve sınaî hakların ihlal edildiği gerekçesi ile gümrük idaresine yapılan başvurunun kabulü, söz konusu eşyanın gümrük idaresince gereğince muayene edilmeden bırakıldığı veya eşyanın alıkonulması için herhangi bir önlem alınmadığı gerekçesi ile hak sahibine tazminat hakkı doğurmaz. Fikri ve sınaî hakları ihlal eden eşya ile mücadele kapsamında, gümrük idaresince başvuru üzerine veya re'sen

hareket edilmesi nedeniyle ilgili kişilerin zarara uğramasından gümrük idaresi ve yetkilileri sorumlu tutulamazlar.

3. Gümrük idaresince alınan durdurma veya alıkoyma 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 yapılır. Haklı bir mazeretin bulunması halinde, hak sahibinin talebi üzerine, gümrük idaresince on iş gününe kadar ek süre verilebilir.

4. Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşya, yetkili mahkemece alınan karar doğrultusunda imha veya asli nitelikleri değiştirilerek tasfiye edilir.

5. Yolcuların kendi kullarılarına mahsus kişisel eşya ile ticari mahiyette olmayan ve gümrük vergisi muafiyeti sınırları içinde kalan hediyelik eşya için bu madde hükümleri uygulanmaz. Aynı şekilde, fikri ve sınaî haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile korunmuş ve hak sahibinin izni ile üretilmiş eşyanın; hak sahibinin rızası dışında bir gümrük işlemine tabi tutulması veya hak sahibinin onayladığından farklı şartlarda üretilmesi veya başka şartlarda bir marka taşıması halinde, söz konusu eşya bu madde hükümleri kapsamı dışında tutulur.

6. Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyanın mahkemece fikri ve sınaî hakları ihlal ettiğinin tespitine gerek olmaksızın kolaylaştırılmış imha kapsamında gümrük kontrolü altında imhasına gümrük idaresi tarafından izin verilebilir. Kolaylaştırılmış imhaya ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

7. Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyanın hak sahibinin belirlediği tutarda teminatla iadesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus el koyma kararının tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde dava açmanın veya mahkemedен tedbir niteliği taşıyan karar alınmasının zorunlu olduğudur. Aksi takdire idarenin el koyma kararı ortadan kalkacaktır. Gümrük Kanunu'ndaki düzenlemeye göre ise el konulan eşyalardan çabuk bozulur mahiyette olanlar için bu süre üç işgünüdür. El Koyma sürecinin nasıl işleyeceği ise Gümrük Yönetmeliği Fikri ve Sınai Haklarının Korunması başlığı altında detaylıca düzenlenmiştir.

V. SMK'DA ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI

A. Delil Tespiti veya Fiilin Tecavüz Olup Olmadığının Tespiti (SMK 149/1/a)

Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, marka hakkına tecavüz sayılabilecek olayların tespitini de mahkemeden isteyebilir. Tespit talebinde bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının tespiti talep edilmektedir. Bu davanın açılabilmesi için, hukuki ilişkinin bir an evvel tespit edilmesinde davacının korunmaya değer bir hukukî yararı bulunmalıdır. Kanunda öngörülen tespit davaları; delillerin tespiti talebi ve marka hakkına tecavüzün mevcut olup olmadığının tespiti davasıdır.

Söz konusu madde hükmü ile, sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayana hak sahiplerinin dava yoluyla hangi taleplerde bulunabileceği düzenlenmiştir. Maddede ayrıca, tecavüzün devamını önlemek için tedbir alınabileceği birinci fıkranın (f) bendinde belirtilmiş ve örnek kabilinden bu tedbirlerin neler olabileceği sayılmıştır. Özel olarak düzenlenen bu tedbirler sınırlı sayıda olmayıp, somut durumun gereklerine göre başkaca tedbirlere de hükmedilebilmesi mümkündür.¹³³

SMK'nın 149. maddesine göre açılacak delil tespitinde amaç, mahkemenin delilleri toplayıp değerlendirmesi ve sonucuna göre SMK 29.madde'ye ve aynı maddenin atıfta bulunduğu 7. maddeye (mülga MarkKHK madde 61'e) göre tecavüz bulunup bulunmadığının değerlendirilmesidir.

Nitekim İstinaf Mahkemesi yakın bir tarihte ki kararında tecavüzün oluşup oluşmadığının tespitinin yapılması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu karara göre ; *“Tespit talebi üzerine alınan bilirkişi raporunda markanın davalı tarafından internet sayfasında kasa ve yük asansörü ve kamyon vinci ürünlerinde kullandığı görüntüleriyle tespit edilmiştir. 6769 sayılı sınai mülkiyet yasasının 149./1(F) maddesi gereğince marka sahibinin tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirler alınması, üzerlerindeki markaların silinmesini talep hakları mevcuttur. Belirtilen hüküm gereğince tedbir talebinin kabulü gerekirken yasa ve dosya*

¹³³ 6769 Sayılı SMK 149. Madde gerekçesi,

içeriğine uymayan gerekçe ile reddi yasaya aykırı olduğundan istinaf talebinin kabulüne ilk derece mahkeme kararının kaldırılmasına karar verilerek hüküm kurulmuştur. ¹³⁴

MarkKHK döneminde delillerin tespiti, delillerin tespiti davası olarak nitelendirme yönünden doktrinde çok tartışma bulunmaktaydı. Ancak SMK bu tartışmaya son vermek adına kanunun lafzında bu hususa dikkat etmiş ve bilhassa delil tespiti ifadesine yer vermemiştir.

Sınai ve Mülkiyet Kanununun 149.maddesi mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahiplerine mahkemeden hangi taleplerde bulunabileceğini hüküm altına almıştır. Söz konusu maddeye göre;

Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

- a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti.*
 - b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi.*
 - c) Tecavüz fiillerinin durdurulması.*
 - ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini.*
 - d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması.*
 - e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.*
 - f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası.*
 - g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi.*
- (2) Birinci fıkranın (e) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.*
- (3) Birinci fıkranın (g) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda ilanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.*
- (4) Coğrafi işaret ve geleneksel ürün adları bakımından manevi zararın tazmini talep edilemez.*

¹³⁴ İstanbul BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ 16.HD 2017/4563 E. 2018/124 K. Tarihi: 29.01.2018 www.sinerji.mevzuat.com// (05.03.2019)

B. Menfi Tespit Davası (SMK Madde 154)

Ticari yaşamın bir gereği olarak, bir markanın kime ait olduğu, üçüncü bir kişinin marka üzerindeki kişisel veya aynı hakkının bulunup bulunmadığı, miras ile geçip geçmediği anlaşmazlık konusu olabileceği gibi ; mesnetsiz veya kötü niyetli olarak markaya tecavüz edildiği iddiası da ileri sürebilmesi olasıdır.¹³⁵

Bu gibi durumlarda, bir marka ile ilgili işlem veya girişimde bulunacak kişi, ileride bir dava ile karşılaşmamak için fiillerinin tecavüz oluşturmadığına karar vermesini isteyebilir. Bu tespit ise menfi tespit davası ile sonuçlanır.

Menfi tespit davasında mahkeme taraflar arasındaki bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına karar vermektedir.

Bir markanın kime ait olduğu, üçüncü bir kişinin marka üzerinde kişisel veya aynı hakkının bulunup bulunmadığı, mirasla geçip geçmediği sorunuyla karşılaşılabilir gibi, kötü niyetli olarak haksız bir şekilde markaya tecavüz edildiği iddiasıyla da karşılaşılabilir.

“Uygulamadaki ve doktrindeki tereddütleri gidermek amacıyla tecavüzün mevcut olmadığına ilişkin davanın açılmasından önce hak sahibine girişimlerin hakka tecavüz teşkil edip etmediğinin sorulması ve bildirim bir zorunlu başvuru yolu olarak öngörülmüştür. Bu yolla mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve uyuşmazlıkların yargılama olmaksızın giderilmesi amaçlanmıştır. Öte yandan, önceki düzenlemelerde yer alan noter aracılığıyla ibaresi metne alınmamıştır. Noter aracılığı ile ihtarın, yurtiçinde yerleşim yeri bulunmayan kişiler bakımından uygulamada ciddi sorunlara yol açtığı tespit edildiğinden, önceki düzenlemelerde yer alan ve bildirim şeklini belirten noter aracılığıyla ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır. Noter aracılığıyla ihtar, özellikle uluslararası tebliğlerde bürokrasiyi arttıran ve çoğu halde ihtar imkânsızlaştıran bir yöntemdir. Bu haliyle, ihtarın herhangi bir şekilde yapıldığının veya tüm çabalara ve farklı yolların denenmesine rağmen yapılamadığının ispatlanması halinde davanın açılabilmesine olanak tanınmıştır.”¹³⁶

Kanun’da marka hakkına tecavüz oldukça ağır sonuçlara tabidir. Mütecevize karşı, hukuk ve ceza davaları açılabilmekte, yüksek miktarda tazminatlar talep edilebilmekte, mallarına el konulup mülkiyeti marka sahibine dahi

¹³⁵ EGE, Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları, s.65

¹³⁶ 6769 Sayılı SMK 154. Madde gerekçesi,

birakılabilmektedir. Bu gibi durumlarda bir markaya ilişkin işlem veya girişimde bulunacak olan kişiye ileride bir dava ile karşılaşmamak için fiillerinin tecavüz oluşturmadığına ilişkin karar verilmesini isteme hakkı tanınmaktadır.

Eylemin tecavüz oluşturup oluşturmadığı hususunda ki hak talebi SMK 154.maddesine dayanmaktadır. Söz konusu maddeye göre;

“(1) Menfaati olan herkes, Türkiye’de giriştiği veya girişeceği ticari veya sınai faaliyetin ya da bu amaçla yapmış olduğu ciddi ve fiili girişimlerin sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunda, hak sahibinden görüşlerini bildirmesini talep edebilir. Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap verilmemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi tarafından kabul edilmemesi hâlinde, menfaat sahibi, hak sahibine karşı fiillerinin tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesi talebiyle dava açabilir. Bildirimin yapılmış olması, açılacak davada dava şartı olarak aranmaz. Bu dava, kendisine karşı tecavüz davası açılmış bir kişi tarafından açılmaz.

(2) Birinci fıkra uyarınca açılan dava, sicile kayıtlı tüm hak sahiplerine tebliğ edilir.

(3) Birinci fıkra uyarınca açılan dava, hükümsüzlük davasıyla birlikte de açılabilir.

(4)Mahkeme, 99 uncu maddenin üçüncü veya yedinci fıkrası ile 143 üncü maddenin onuncu veya onikinci fıkrası uyarınca yapılan yayımdan önce, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak karar veremez“

İşte bu tür bir taleple mahkemeye başvurulması menfi tespit davası olmaktadır. Mahkeme yaptığı incelemede taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığını incelemektedir.

Menfi tespit davasını menfaati olan herkes, marka sahibine karşı dava açarak, fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir. Örneğin, markayı Türkiye’de giriştiği veya girişeceği sınai faaliyet sonucu üretilen ürünlerde veya hizmette kullanmak¹³⁷ veya tescil ettirmek isteyen kişi ya da marka üzerinde bir hak iddiası olanlar menfaati olan kişilerdir. Ancak şu hususu da önemle

¹³⁷ “Maddenin 2. fıkrasında sadece ürünlerde kullanılacak bir markadan söz edilmesi sebebiyle hükmün, kullanılması gereken hizmet markasında uygulanmayacağı ileri sürülmekle birlikte buradaki düzenlemenin esasen örnek kabilinden olduğunu ve sınırlayıcı olmadığını kabul etmek icap eder.”

belirtmek gerekir ki, bu dava, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz. Karşı dava olarak da ileri sürülemez.¹³⁸ Zira tecavüzün mevcut olup olmadığı tecavüz nedeniyle açılan davada zaten ele alınacağından, bu kişinin menfi tespit davası açmakta menfaati bulunmamaktadır.¹³⁹

Menfi Tespit Davasını menfaati olan herkes açabilmektedir. Bu dava marka hakkı sahibine karşı açılabilir.

Bu düzenlemenin altında yatan düşünce, marka hakkına tecavüz davasında, karşı tarafın marka hakkına tecavüzün olmadığını savunma olarak ileri sürebilme imkânı olması dolayısıyla, gereksiz davalara sebebiyet vermemektir.¹⁴⁰ Yüksek Mahkeme de bir başka dava ile menfi tespit talebi ileri sürülebilecek ise ayrıca bu menfi tespit davasının açılmasında hukuki yarar yokluğu nedeniyle davayı reddetmiştir.

Yüksek Mahkeme kararında ;

“ davacı , davalı tarafların babalarından yani, soylarından gelen soyismi ile anılan "...lar " ve "... " markasının ticari ortaklıklarında kullandıkları, ticari ortaklık sona erdirildiğinde, her ne kadar ilk tescilli markanın "... A.Ş"ye ait olsa bile, ortaklık sona ererken marka üzerinde açık bir marka paylaşımı yapılmadığı gibi her iki tarafın da "... " ve "...lar" ibareli markaları bir çok sınıfta tescilli ve tescilsiz olarak kullanmaya devam ettikleri, 50 yılı aşkın bir süredir tarafların markanın kullanımı yönünde herhangi bir ihtilaf yaşamadıkları, davalı tarafın tescilli markası olan "... " ve "...lar" markasının tek sahibi olarak davacıya ihtarname göndermesi, tarafların geçmiş soybağları, ticari ortaklıkları ve M.K'nın 2. maddesi gözönüne alındığında iyi niyet kuralları ile bağdaşır bir durum olmadığı, "... " ve "...lar" ibareli markaların davacı tarafından kullanımının markaya tecavüz etmediği gerekçesiyle, markanın hükümsüzlüğü talebinin reddine, markaya tecavüz teşkil etmediğinin tespiti ile taraflar arasındaki muarazanın bu şekilde giderilmesine karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili ve katılma yoluyla davacılar vekili temyiz etmişse de kararın ONANMASINA karar verilmiştir. ” denmiştir.¹⁴¹

¹³⁸ MERAN,Marka Hakları ve Korunması, s. 235.

¹³⁹ PEKDİNÇER, Fikri-Sınai Mülkiyet Mevzuatı,s. 184.

¹⁴⁰ KAYA, Marka Hukuku s. 282. dn. 94.

¹⁴¹ Yargıtay 11.HD,06.05.2014 T, 2013/ 12639 E, 2014 / 8579 K,

C. Marka Hakkına Tecavüz Fiillerinin Durdurulması (Men) Davası

Hukuk sözlüğünde genel olarak eda davasının tanımı şu şekilde yapılmıştır :
“Bir şey yapmaya, bir şeyi vermeye veya bir hususun yapılmasını sağlamaya yarayan davalardır”.¹⁴²

Marka sahibi, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını talep edebilir. Tecavüzün Durdurulması veya men’i davası, devam eden bir tecavüze son vermek için açılan, sadece hukuki bir durumu tespit etmeyip, hak sahibinin eserin sahibi olduğunu bir nevi tespit eden bir eda davasıdır. Bu davanın açılabilmesi tecavüzde bulunanın kusurunun veya hak sahibinin zararının varlığına bağlı değildir. Tecavüzde bulunanın kusuru bulunmasa veya hak sahibinin zararı olmasa dahi bu dava açılabilir. Bu dava sadece tecavüzün meydana gelmesinden sonra değil, tecavüzü tehlikesinin varlığı halindedey açılabilir.

Yasaman’a göre bu dava, bir eda davası değil, tespit davasıdır.¹⁴³

Görüş bildirmek gerekirse, tecavüzün durdurulması davası, tam bir eda davası olmayıp bir tespit davasıdır. Çünkü Tecavüzün durdurulması davası var olan veya ileride varlığı büyük ölçüde mevcut olacak bir tehlikenin tespit edilmesi ve tecavüzün önlenmesi adına açılan bir davadır. Tecavüzün önlenmesi davası, eda davası gibi bir şeyin vermesi veya bir hususun yapılmasını sağlama yetkisi tam anlamıyla sağlanamamaktadır. Tecavüzün önlenmesi davası eda davasının sonuçlarının bir kısmını da içinde barındırmakla birlikte tam bir eda davası değildir.

“Men davası, marka hakkına tecavüzün fiilen başlamış olması yanında, tecavüz fiili / fiilleri başlamamış olmakla birlikte tecavüz tehlikesinin bulunduğu, örneğin, tecavüz teşkil edecek fiillerle ilgili olarak ciddi hazırlıkların varlığının anlaşılması durumlarında da açılabilen bir eda davasıdır.”¹⁴⁴

Tecavüz devam ettiği sürece söz konusu taleple ilgili zamanaşımı süresi işlememekte ve talebin ileri sürülmesi ve davanın açılması için tecavüzde bulunanın kusuru ve hatta zararın varlığı da aranmamaktadır. Tecavüzün etkilerinin, tecavüzün

¹⁴² ALTAY Şakir, *Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983 s.83

¹⁴³ YASAMAN, Hamdi, *Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuk, Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları*, İstanbul, 2006, s.15 (Makaleler)

¹⁴⁴ Koruyucu dava değerlendirmesi için bkz. Yasaman, Hamdi: Fikri Haklarda Tazminat İle ilgili Bazı Sorunlar, s. 818.

sona ermesinden sonra da tecavüz fiilinin sürmesi halinde ise tecavüzün durdurulması davasının açılması mümkündür.¹⁴⁵

Yine, bu dava henüz meydana gelmemiş ancak ileride meydana gelmesi kuvvetle muhtemel olan bir tecavüzün durdurulması için de açılabilir. Markaya tecavüzün tespiti, önlenmesi, terkinin ve tazminata dair talepler tek bir dava ile de istenebilmektedir. Konunun önemine binaen ve yüksek mahkemenin ilgili kararında doktrinel olarak konuyu irdelemesi nedeniyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı'nı aşağıda sunuyoruz.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; "tacir sıfatı bulunmayan davacı üniversitenin marka tescilinden önce başlayan ve marka olarak hizmet çeşidinde tescil ettirmekle de devam eden öncelik hakkına sahip olduğu A... ibaresinin, davalının ticari unvanından terkinine (çıkartılmasına) karar verilip verilemeyeceği, noktasında toplanmaktadır...Tarafların okullarının tamamı eğitim-öğretim kapsamında kaldığından, bunlar yasal açıdan aynı faaliyet kabul edilir. Davalının ticari faaliyet alanında üniversite açmak ibaresinin varlığı da göz ardı edilmemeli, A... ibaresi salt ticari unvanında yer alan bir unsur olarak sınırlı biçimde değerlendirilmemelidir. Yine davalının ticari unvanının çekirdek kısmı, yani yasanın ayırt edici olma koşulunu aradığı kısmı A... sözcüğüdür. Faaliyetlerin nitelik ve şirket türünü ifade eden A... sözcüğü dışındaki Fen Eğitim Sağlık Turizm İnşaat Ltd. Şti. bölümü tasviri olduğundan iltibas değerlendirmesinde dikkate alınmaz. Yargısal uygulama da bu yöndedir. Hal böyle olunca, davacının ismi ve hizmet markası A... ile, davalının ticari unvanının ayırt edici unsuru olan A... arasında iltibas değerlendirilmesi yapıldığında; hem ayırt edici işaretler hem de hizmetler aynı olduğuna göre iltibasın ve dolayısıyla da taraflar arasında rekabet varlığı, davalının sonradan tescil ettirdiği ticari unvandaki ibarenin davacının tescilsiz markasına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu belirgindir. Marka tescil tarihinden önce A... ibaresinin davacının üniversite ismi ve tescilsiz marka kullanım öncelik hakkına tecavüzünün varlığı nedeniyle de, davalının ticari unvanından A... ibaresinin terkinin koşullarının gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Mahkemenin, aynı hususlara işaret eden direnme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanması gerekir."¹⁴⁶

D. Tecavüzün Giderilmesi (Ref) Davası (SMK Madde 149/1/ç)

"Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, mahkemedен, tecavüzün giderilmesini, yani tecavüzün maddi sonuçlarının, yarattığı hukuki aykırılıkların ortadan kaldırılmasını, durumun eski hale iadesini talep edebilir. Tecavüzün giderilmesi davasının açıldığı hallerde, marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller sonuçlarını doğurmuş bulunmaktadır. Yani marka hakkına tecavüz oluşturan markalı ürünler piyasada satılmaktadır veya bir fuarda sergilenmektedir ya da örneğin bir tescilli bir markanın aynısı veya benzeri örneğin unvan veya işletme adı olarak ticaret sicilinde tescillidir. Tüm bu hallerde açılan tecavüzün giderilmesi davası ile gerçekleşen bu

¹⁴⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 459.

¹⁴⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2007/ 11-965E. 2007 / 961 K. Karar Tarihi: 12.12.2007

hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması amaçlanır. Örneğin, ürünler toplatılır veya ürün üzerindeki taklit markalar silinir veya çıkartılır ya da ticaret sicili kaydı terkin yahut tadil edilir.”¹⁴⁷

“Tecavüzün giderilmesi davasında amaç, tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırı sonuçların ortadan kaldırılmasıdır. Tecavüzün giderilmesi davasının, tecavüzün durdurulması davasından farkı, doğmuş olan sonuçların etkilerini ortadan kaldırma amacına yönelik olmasıdır. Tecavüzün durdurulması davasında ise tecavüz, henüz var olmadan tehlike aşamasında dahi men edilebilmektedir. Bir mağazada markanın aynı olan işareti taşıyan malların sergilenmesinin engellenmesi tecavüzün önlenmesi; malların sergiden çıkarılması, durdurulması ; ve sergilenen mala ilişkin katalogdaki işaretin kaldırılması veya işaretin üstünün kapatılması ise tecavüzün giderilmesidir.”¹⁴⁸

Konuyu aydınlatması için Yargıtay İçtihatları’ndan birkaçını aşağıda paylaşıyoruz. Çünkü , kanunda yer alan talepler sınırlı sayıda ve seçimlik olmadığından, maddede sayılan tedbirlere ek olarak benzeri nitelikte tedbirlere de karar verilebilir.

“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 sayılı KHK’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.”¹⁴⁹

Yüksek mahkeme bir diğer kararında ise;

“Dava dilekçesinde açıkça ÜLKER markasının toplumda tanınmış olduğu ve 556 sayılı KHK’nın 8/2 maddesi gereğince davalının tescilini istediği ÜLKEM ibaresinin, tanınmışlıktan yararlanmayı hedeflediğini belirtmiştir.... 556 sayılı KHK’nın 8/2. maddesine göre tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verilebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, marka sahiplerinin itirazı üzerine farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusunun reddi gerekmektedir. Anılan yasal düzenleme çerçevesinde toplumda tanınmışlık düzeyinin davacı

¹⁴⁷ KAYA,Marka Hukuku, s. 285.

¹⁴⁸ KAYA,Marka Hukuku, s. 285.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.02.2001 T., 2000/10398 E., 2001/1469 K., [https://karararama.yargitay.gov.tr/\(10.03.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(10.03.2019))

*yanca kanıtlanması gerekmektedir.O halde mahkemece, bu kapsamda bir araştırma yapılmaksızın eksik inceleme sonucu hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”*¹⁵⁰
denmiştir.”¹⁵⁰

Yargıtay tecavüzün giderilmesi davasına ilişkin kararında markanın tanınmışlığının tespiti için “WIPO Ortak Tavsiye Kararların da ki kriterleri esas almaktadır.

Tecavüzün giderilmesi davasında, talep edilebilecek hususlardan da anlaşıldığı gibi, davanın amacı tecavüz fiilinin sebep olduğu hukuka aykırı sonuçların ortadan kaldırılması olup, bu haliyle “eski halin iadesi davası” na benzediğini söyleyebiliriz. Bu davada verilecek karar, marka hakkı sahibini koruyacak nitelikte olmakla birlikte; ölçülülük ve orantılılık ilkesine aykırı olmayacak biçimde davalıya amacı aşan biçimde zarar verici nitelikte de olmamalıdır. Bu konuda sayın yargıçlarımıza ciddi görev düştüğünü vurgulamak isteriz.

E. Maddi ve Manevi Zararın Tazmini (SMK Madde 149-150)

1.Genel Olarak

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi maddi ve manevi zararının tazminini mahkemeden talep edebilecektir. Maddi ve manevi zararın tazmini, tecavüz edene karşı açılacak tazminat davaları ile sağlanacaktır.

MarkKHK da olduğu gibi SMK da üç tür tazminat davasına yer vermiştir. Marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz edilmesi nedeniyle ortaya çıkan hem maddi hem de manevi zararların tazmini isteyebilir. Yine Kanuna göre marka sahibi, marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, maddi ve manevi tazminat dışında itibar tazminatı da isteyebilir.

¹⁵⁰ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 10.03.2005 T., 2004/4268 E., 2005/2362 K.,

2.Maddi Tazminat Davası

6769 sayılı SMK madde 149/1.ç fıkrasında sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan kişinin maddi manevi tazminat talebinde de bulunma hakkı olduğu belirtilmiştir. MarkKHK döneminde var olan bu talebin SMK'da da olduğunu görmekteyiz. Ancak MarkKHK 64. Madde ile tazminat başlığı altında 150. maddede yer alan taleplerin istenme koşullarında farklılıkların olduğunu görmekteyiz.

6769 sayılı kanunun 150. Maddesinde, 551 ve 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde olmakla birlikte,556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de olmayan tazminatın indirilmesine ilişkin düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan hükmün uygulanması halinde, hakkı kullanan ile kullanmayan hak sahiplerinin alacakları tazminat miktarları arasında farklılık ortaya çıkacak ve bu durum adalet duygusunu zedeleyecektir. Son durumda, tazminatın, hakkın bir başka şekilde hukuka uygun olarak kullanılması halinde elde edilecek bedel nispetinde indirilmesi yaklaşımından vazgeçilmiştir. Tazminat hukukunun genel prensibinin kusur şartı olması sebebiyle önceki düzenlemelerde yer alan kusur kelimesinin gereksiz olduğu düşünülmüş ve metinde kusur kelimesine yer verilmemiştir. Önceki düzenlemelerde yer alan "hakkın kötü şekilde kullanılması" ibaresi ile esasında hakkın değil, ürün ve hizmetlerin kötü şekilde kullanılması ifade edilmek istendiği için ifade, amaca uygun şekilde düzeltilmiştir.¹⁵¹

Maddî tazminat davasında, Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümleri (m.49-76) uygulanır. 818 sayılı mülga Borçlar Kanununda söz konusu hükümler 41-60 maddeleri arasında yer almaktaydı. Bu davada davacı, marka hakkına tecavüz nedeniyle bir zararın varlığını, zararın miktarını ve davalının kusurunun varlığını kanıtlamakla yükümlüdür.¹⁵²

Maddi tazminat taleplerine ilişkin karar verilmeden önce konuya ilişkin bir ceza davası var ise onun sonucunun beklenilip ceza mahkemesi dosyasının kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, ceza mahkemesi kararının işbu davaya etkisinin tartışılması gerekmektedir.

¹⁵¹ 6769 Sayılı SMK Madde154 gerekçesi

<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/D386475F-DF3B-4446-86EB-14B783211D78.pdf;jsessionid=5CBFFCE1C1C75361B59480E50342D5D8>, (10.03.2019)

¹⁵² MK. m.6, BK. m.42/I ; TEKİNAY, Sulhi, Selahattin,*Borçlar Hukuku*, B.7, İstanbul 1993, s.577-578 ;OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Dersleri*, C.II, Seçkin Yayıncılık, İstanbul ,1992, s.62-63 ;

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına değinecek olursak,

“Dava, davacıya ait internet sitesinin içeriğinin ve tasarımının kopyalanarak kullanıldığı iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, ilgili ceza mahkemesi dosyasının kesinleşip kesinleşmediği araştırılarak, ceza mahkemesi kararının işbu davaya etkisinin tartışılması, ceza dosyasındaki bilirkişi raporları, tespit ve diğer delillerin de değerlendirilerek varılacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve değerlendirmeye dayalı yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmadığından kararın bozulması gerekir.” denmektedir.¹⁵³

Yine maddi tazminat taleplerinde faiz talebi de mümkün olup, faizin ne zaman işleteceği konusunda Yüksek Mahkeme davacının da bu yönde talebi olması halinde zararın ya da kaybın meydana geldiği tarihten itibaren faizin işletilmesini uygun görmektedir. Ayrıca bir zararın meydana gelmesi durumunda zarar ortadan kalkmış olsa dahi tazminata karar verilebilecektir. Aksi hükmün kurulması kararın bozulmasına sebep olmaktadır.

Yargıtay bir kararında,

*“Dava, markaya tecavüzün tespiti, önlenmesi, maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi istemlerine ilişkindir. Dosya kapsamından davalı kullanımının ticaret unvanını aşar şekilde markasal kullanım niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda mahkemece, markaya tecavüzün tespiti ve menî davalarında, dava açıldığı sırada tecavüz teşkil eden fiilin ortadan kalkmış olması durumunda dahi tecavüz fiilinin gerçekleştiğinin sabit olması halinde fiilin gerçekleştiği döneme ilişkin tespit hükmü kurulabileceği, koşullarının oluşması halinde **maddi** ve manevi **tazminata** da hükmedilebileceği gözetilmeden yazılı gerekçelerle karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.”¹⁵⁴demektedir.*

SMK'ya göre marka hakkına tecavüz sayılan filleri işleyen kişiler, talep halinde hak sahibinin zararını tazmin etmek zorundadır.

Uygulamada, marka hakkına tecavüz halinde; tecavüzün tespiti, önlenmesi, maddi ve / veya tazminat talepleri tek bir davada talep edilebilmektedir.

3. Manevi Tazminat Davası (SMK Madde 150)

Manevi zararda, zarara uğrayanın malvarlığında bir azalma meydana gelmediğinden gerçek anlamda bir zarardan söz edilemez. Manevi zarar, kişinin iç

¹⁵³ 11.Hukuk Dairesi Esas: 2016/ 7120 Karar: 2018 / 649 Karar Tarihi: 25.01.2018
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>.(15.03.2019)

¹⁵⁴ 11.Hukuk Dairesi Esas: 2016/ 5901 Karar: 2018 / 118 Karar Tarihi: 09.01.2018
<https://karararama.yargitay.gov.tr/>.(15.03.2019)

huzuru ve manevi bütünlüğüne yapılan saldırının mecazi ifadesidir.¹⁵⁵ OĞUZMAN, bu tanıma yaşama zevkindeki azalmayı da ilave etmiştir.¹⁵⁶

Markaya tecavüz fiili neticesinde genelde zedelenen marka sahibinin ticari itibarıdır. Ticari itibara ise hem gerçek hem de tüzel kişiler sahip olabilir. Bu nedenle tüzel kişiler de marka haklarına saldırıda bulunduğu taktir de manevi tazminat talebinde bulunabilir.¹⁵⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı'nda da belirtildiği üzere; *“Manevi tazminat ne bir ceza, ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmemesinin, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Hakim manevi tazminata hükmederken para değerini de düşünmelidir. Hükmettiği meblağ, bir sadaka niteliği taşınmamalı, kısmen de olsa bir manevi tatmin fonksiyonu ifa etmeli; diğer tarafın müzayaka haline düşmesine, onun mahvına da meydan vermemelidir.”*¹⁵⁸

“Hakimin özel halleri göz önüne alarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı, asıl olarak ne tazminat ne de bir cezadır. Amacı, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmak ve ruhi ızdırabını dindirmek olması nedeniyle, tazminata benzer bir fonksiyonu vardır.”¹⁵⁹

“Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli; manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözetilmelidir.”¹⁶⁰

“Hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilerek bu para zarara uğrayandan manevi huzuru gerçekleştirecek tazminata benzer bir

¹⁵⁵ HATEMİ, Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, C.II, İstanbul 1993 s. 102.

¹⁵⁶ OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Vedat Yayın, İstanbul, 2000, s.281

¹⁵⁷ EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayınevi, İstanbul 2001, s. 794.

¹⁵⁸ 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçt.Bir K.
[\(https://karararama.yargitay.gov.tr/\(23.03.2019\)\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(23.03.2019))

¹⁵⁹ Y.17.HD.10.03.2009, E.2008/3265 K.2009/1293
[\(https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\(23.03.2019\)\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/(23.03.2019))

¹⁶⁰ Y.13.HD.23.05.2003, E.2003/3392 K.2003/6425
[\(https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/\(23.03.2019\)\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/(23.03.2019))

fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir.”¹⁶¹

“Manevi tazminatın tutarını belirlemede, hakim, takdir hakkını kullanırken, ülkenin ekonomik koşullarını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, paranın satın alma gücünü, tarafların kusur durumunu, olayın ağırlığını, davacının sürekli iş görmezlik oranını, yaşını, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutmalı; hükmedilecek tutar, manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranla olmalıdır.”¹⁶²

“Takdir edilecek manevi tazminat, tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerektiği kadar olmalıdır. 22.6.1966 gün K.1966/7-7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hakim takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.”¹⁶³

“Hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.”¹⁶⁴

Belirttiğimiz üzere manevi tazminat miktarı konusunda bir belirsizlik mevcuttur. Manevi tazminat bir zenginleşme aracı olmaması adına sosyal ve ekonomik durumun manevi tazminatın belirlenmesi noktasında önemi büyüktür. Somut olayın koşullarına göre değişen bu miktarı belirlemede gerçeği ortaya koymak adına meslektaşlarıma, gerçeğe ulaşmak ve hakkaniyetli bir karar vermek konusunda sayın yargıçlarımıza büyük görev düşmektedir.

¹⁶¹ Yargıtay 11.HD. 1.5.2000 E. 2000/2761 K. 2000/3717
[https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb// \(23.03.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb// (23.03.2019))

¹⁶² Yargıtay 21.HD.03.05.2010, E.2009/4872 K.2010/4791
[https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb// \(23.03.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb// (23.03.2019))

¹⁶³ Yargıtay 4.HD.05.02.2009, E.2008/6660 K.2009/1730
[https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb// \(23.03.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb// (23.03.2019))

¹⁶⁴ [www.adanabarasu.org.tr// \(28.06.2019\)](http://www.adanabarasu.org.tr// (28.06.2019))

Marka hakkına tecavüz durumlarında manevi tazminatla ilgili genel hüküm niteliğinde olan B.K. m.56 yanında, oluşan manevi nitelikteki zararlar için SMK bakımından da talep hakkı vardır.

Nitekim Yargıtay marka hakkına tecavüz halinde SMK gereği talep edilecek hakların yanında TTK 58 kapsamında da hak talep edebileceğine hükmetmiştir.

Yargıtay söz konusu kararında “ TTK’nın 58. maddesi hükmüne göre, “*haksız rekabet nedeniyle zarar gören kimsenin isteyebileceği şeylerden birisi de kusur varsa zarar ve ziyanın tazmini ile B.K.’nin 49. maddesinde gösterilen şartlar varsa manevi tazminat olup, B.K.’nin 49. maddesi, daha geniş bir kavram olan şahsi menfaatin ihlali esasına dayandığı halde, TTK’nın 58. maddesi sadece iktisadi menfaatin ihlaline hatta böyle bir tehlikeye maruz kalınmasına istinat etmektedir. Mahkemece, davalının eyleminin davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olduğu tespit edilerek menine karar verilmiş ve bu gerekçe davalı tarafından temyiz edilmemiştir... Bu durumda, mahkemece davacı yararına takdir edilecek maddi ve manevi tazminata da hükmetmek gerekirken, davalının iyi niyetli v kusursuz olduğundan bahisle bu yöne ilişkin istemlerin reddi doğru olmamıştır...*”¹⁶⁵

Marka hukuku anlamında manevi zararın tazminindeki amaç, bu olumsuz olay nedeniyle marka hakkı sahibinin ticari-kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasıdır. Yargıtay Karar’ında da görüldüğü üzere; marka hukukunda manevi tazminatın işlevi, manevi ticari varlıkta meydana gelen zarar neticesinde marka hakkı sahibi teşebbüsün itibar, güven ve imaj kaybının giderilmesidir.

“... 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.”¹⁶⁶

4.İtibar Tazminatı

İtibar Tazminatı, İspanya Patent Kanunu’ndan alınmış ve Pat KHK ve Mark KHK hükümlerinde aynı şekilde yer verilmiştir.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Yargıtay 11. H.D., T. 25.03.1997, E. 1997/1680, K. 1997/2101

¹⁶⁶ MERAN, Marka Hakları ve Korunması, s.248.

¹⁶⁷ EGE,Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları, s.88

Marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat istenebilir.

İtibar tazminatı her iki tazminattan ayrı bazı nitelikler taşır. Maddi ve manevi tazminattan ayrı olarak istenebilir. Hak sahibi, marka hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, marka hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Ticari amaçla taklit markalı emtiaları elinde bulunduran davalılar davacının uğradığı zararı karşılamak durumundadırlar.

Yargıtay bir diğer kararda ise;

*“ davalının, eroinlerin davacının markasını taşıyan kutuların yanındaki kutularda saklanması, davacı markası ile izleyici zihninde yanlış bir intiba, çağırışım yapmasına ve ayrıca uyuşturucu madde ticaretinin konu edildiği bölümde davacıya ait marka görüntülerinin birlikte verilerek markanın uyuşturucu ticareti ile ilgisinin olduğu izlenimine neden olacağı, bu şekilde kullanımın 556 sayılı KHK'nın 61. ve 68. maddeleri anlamında tecavüz teşkil etmediği, ancak 6762 sayılı TTK'nın 57/1 maddesi kapsamında başkalarının iş mahsullerini yanlış, yanıltıcı ve lüzumsuz yere incitici beyanlarla kötüleme teşkil edeceği, olayda adı geçen davalıların kusurlu olduklarına hükmetmiştir”.*¹⁶⁸

Yargıtay kararlarında itibar tazminatına hükmedilmesi için kötü üretim ve uygun olmayan şartlarda piyasaya sürme, hukuka aykırılık halleridir.

5.Yoksun Kalınan Kazanç (SMK Madde 151)

6769 sayılı SMK'nın 151. maddesinde yoksun kalınan kazanç ve bu kazancın nasıl hesaplanacağı düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen hesaplama metotları arasında, önceki düzenlemelerde yer alan “ ”hakkın kullanılması ile”□ ibaresi alınmamıştır. Önceki düzenlemede, tecavüz suretiyle yapılan satışlardan elde edilen kazanç, markanın katkısı oranında tazminata hükmedilmekte ve bu durum, oldukça düşük tazminatlara hükmedilmesine yol açmaktaydı. Türk

¹⁶⁸ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Esas: 2014/ 12821 Karar: 2015 / 9771 Karar Tarihi: 01.10.2015
[\(https://karararama.yargitay.gov.tr/\(25.03.2019\)\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(25.03.2019))

Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin, tecavüz edilerek elde edilen net kazancın hak sahibine verilmesini sağlayacak şekilde düzenleme getirmesi nedeniyle uygulamada sınai mülkiyet hakkı sahipleri, sınai mülkiyet hakkı koruması yerine haksız rekabet korumasını tercih etmekteydi. "Hakkın kullanılması ile" ibaresine metinde yer verilmeyerek hüküm, Türk Ticaret Kanunu ile uyumlu şekilde düzenlenmiş, metinden "tecavüz suretiyle elde edilen gelire sadece sınai mülkiyet hakkının sağladığı katkı anlamının çıkmaması gerektiği düşünülmüş, ayrıca AB direktifinde de "hakkın kullanılması ile" ibaresine karşılık gelecek ifade bulunmadığı gözetilerek anılan ibarelere fıkra da yer verilmemiştir. Yapılan düzenleme ile davaların ve tazminat sorumluluğunun daha etkin hale getirilmesi amaçlanmıştır.

Yine fıkranın (c) bendine göre yapılacak hesaplama sonucu hükmedilecek tazminatta dikkate alınacak kazancın net kazanç yani kâr olduğu vurgulanmıştır. Önceki düzenlemelerde yer almamasına rağmen yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde ihlalin nitelik ve boyutunun da dikkate alınması gerektiği düşünülmüş olup, maddenin üçüncü fıkrasında bu yönde düzenleme yapılmıştır. Örneğin, bir markanın birebir taklit edilmesinde ihlal ağır olacağı için bu durum tazminatta artırım sebebi olabileceken sadece karıştırılma tehlikesi olan bir işaretin kullanılması sebebiyle ihlal oluşması halinde ise bu durum indirim sebebi olabilecektir.¹⁶⁹

"Yoksun kalınan kazanç, hayatın olağan akışı içerisinde malvarlığında meydana gelmesi öngörülen artışın zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi neticesinde meydana gelen kayıptır."¹⁷⁰ Maddeye göre marka sahibinin uğradığı zarar, fiili zararı ve yoksun kalınan kazancı kapsamaktadır.

Yargıtay bir kararında ;

"Dava, personel taşıma sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağının tahsili ve sözleşmenin haksız feshinden dolayı yoksun kalınan karın tahsili istemine ilişkindir. Davalı tarafından gönderilen bu yazıların içerikleri itibarıyla sözleşmenin feshedildiği ve feshin haksız olduğu anlaşılmaktadır. Haksız fesih nedeniyle de davacının kazanç kaybı talep etmesi mümkün bulunmaktadır. Kazanç kaybı hesaplanırken davacının aynı nitelikte bir faaliyeti başka bir firma ile oluşturabilmesi için makul sürenin ne kadar olduğu hususunda gerekirse bu alanda faaliyet gösteren bilirkişilerin görüşüne de başvurularak tespit edilip, yoksun kalınan kar iddiasının varılacak bu sonuç çerçevesinde

¹⁶⁹ 6769 Sayılı SMK, 151 Madde gerekçesi.

¹⁷⁰ KARAN Hakan, KILIÇ Mehmet, Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 520.

değerlendirilmesi gerekirken yoksun kalınan kara ilişkin talebin reddedilmesi doğru görülmemiştir.”¹⁷¹

F.El Koyma Davası (SMK Madde 101)

6769 sayılı SMK 101.maddesine göre; tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulması mümkündür.

Tecavüzün giderilmesi davasında talep edilebilecek hukuki vasıtalardan ilki; üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulması talebidir.

Uygulamada el koyma hükmünün uygulanması için bir ceza kararına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak yine yüksek mahkemenin uygulamalarında imalat da kullanılan her türlü ekipmana el konulması kararı yeterli görülmemekte ve taklit ürünlerin imali için tahsil edilen ekipmanların nelerden ibaret olduğunun tam olarak tespiti öngörülmektedir. Yüksek mahkemenin orantılılık ilkesinin gözetilmesini vurguladığı birkaç kararına değinecek olursak;

“...Mahkemece... davalının üretim araçlarının toplatılmasının faaliyetine son vermeye yol açacağından davanın özü ile bağdaşmayan davacının bu yöndeki talebinin reddine... karar verilmiştir...”¹⁷²

“...Mahkemece sunulan ve toplanan kanıtlar ile bilirkişi raporlarına dayanılarak... davanın kabulü ile davalının haksız rekabetinin tespitine ve önlenmesine, davalının ürettiği terliklerdeki Maya sözcüğünün baskı ve işlenmesinde kullanılan kalıp, makine ve teçhizatın, başka imalatta kullanılamaz olması halinde imhasına... karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir... davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına... karar verilmiştir.”¹⁷³

¹⁷¹ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi Esas: 2009/ 3384 Karar: 2010 / 9615 Karar Tarihi: 04.10.2010
[https://karararama.yargitay.gov.tr/\(25.03.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(25.03.2019))

¹⁷² NOYAN, Erdal, Marka Hukuku, Adil Yaymevi, Ankara 2004, s. 483,484'den naklen, Yargıtay. 11. H.D., T. 04.10.2001, E. 2001/5462, K. 2001/7409)

¹⁷³ KARAN,KILIÇ, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s.499, 500'den naklen, Yargıtay 11. H.D.T. 13.02.2001, E. 2001/10189, K. 2001/1173)

G. El Konulan Ürün Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması (SMK Madde 149/e)

Söz konusu Maddeye göre; *“marka hakkı tecavüze uğrayan; tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını isteyebilir.”*

“Davacının marka hakkına tecavüz nedeniyle üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep ettiği durumlarda, söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Ürünlerin değeri, mahkemenin tespit edeceği tazminat miktarını aştığı durumlarda, marka hakkı sahibinin oluşan fazlalığı karşı tarafa ödemesi gerekir. Burada mahsuba konu teşkil eden tazminat maddi tazminattır. Ürün bedeli, manevi tazminat ve itibar tazminatından indirilemez.”¹⁷⁴

El koyulan eşya üzerinde mülkiyet hakkı tanınması halinde eşyanın değeri tazminat miktarından düşüleceği için, mülkiyet hakkı tanınması talebinin mutlaka tazminat talebi ile birlikte yapılması gerekir.¹⁷⁵

Doktrinde KILIÇKARAN, ise marka sahibinin mülkiyet devri talebinin tazminat hakkına sahip olmasına, zarar görmesine ve 61/c maddesindeki hal istisna olmak üzere, mütecevazın kusurlu olmasına bağlanmadığından, ortada tazminat şartları olmasa veya tazminat talep edilmese dahi, malın mülkiyetinin devri talebinin mümkün olduğu görüşündedir.¹⁷⁶

H.Gerekli Diğer Tedbirlerin Alınması, Markaların Silinmesi, Ürün ve Araçların İmhası (SMK Madde 149/f)

Söz konusu maddeye göre ; *“Marka hakkı tecavüze uğrayan; tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere SMK 149. Madde de yer alan (d) bendine göre el konulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesini ve somut olayın koşullarında kaçınılması imkansız ise imhasını isteyebilecektir.”*

¹⁷⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.473.

¹⁷⁵ Aynı yönde bkz. ARKAN, Marka Hukuku C.II, s.237 ; DİRİKKAN, Tanınmış Markaların Korunması, s.306 , dn.386 ;

¹⁷⁶ KARAN,KILIÇ, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s.496..

Yüksek Mahkemenin bir kararında belirttiği üzere, “*Davalının üretilip pazarladığı şarapta kullanılan etiketin davacının tescilli markasına tecavüz oluşturduğu kabul edildiğine göre, eylemli olarak el konulsun veya konulmamış olsun, davalının markaya tecavüz oluşturan etiketlerinin piyasadan toplatılarak 556 sayılı KHK.nın 62/c maddesi uyarınca sökülerek imhasına karar verilmesi gerekirken, ürün imhası ile ilgili olarak el konulma koşulu öngören aynı maddenin C bendine geniş anlam verilerek bu istemin reddi doğru görülmemiştir ...*”¹⁷⁷ denmiştir.

“Marka sahibinin, taklit mal üzerindeki markanın silinmesi ya da açık olarak malın imhasını istemesi gereklidir. Tecavüzün önlenmesi istenmiş ve tedbir isteğinde bulunulmamışsa mahkeme tedbiri kendiliğinden belirleyemeyecek, markanın silinmesine veya mal ile ürünün imhasına karar veremeyecektir. Mahkemenin kararı tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasına değil, devamının önlenmesine yönelik olmalıdır. İmha isteğinde bulunulmuş olmasına rağmen mahkeme, imhanın amacını aşıyor olduğu düşüncesinde ise, ambalajın farklılaştırılması, markanın silinmesi veya başka bir işaretin kullanılması gibi imha dışında bir tedbir uygulanmasına karar verebilir.”¹⁷⁸

İ.Mahkeme Kararının İlgililere Tebliği ve Kamuya Duyurulması

SMK Madde 149/g bendine göre; “*haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi mümkündür. SMK 160. Maddesinde ise tebliğ hususu ve işlem yetkisi yer almaktadır.*”

Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayım yoluyla duyurulması talep edilebilecektir. Yine ilanın şekli de mahkemece belirlenmedir.

¹⁷⁷ Yargıtay 11. HD.’nin 30.01.2003 tarih, 2002/8532 Esas ve 2003/920 Karar sayılı kararı [https://karararama.yargitay.gov.tr/\(28.03.2019\)](https://karararama.yargitay.gov.tr/(28.03.2019))

¹⁷⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 474-475

VI. MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN CEZAI HÜKÜMLER.(SMK M. 30)

A.GENEL OLARAK MARKA SUÇLARI

6769 sayılı SMK'nın 30. Maddesine göre; *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

“Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu maddede yer alan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır.”

“Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır. Başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.” Bu madde ile marka suçlarına etkin pişmanlık düzenlemesi getirilmiştir.

Etkin pişmanlık hüküm verilinceye kadar uygulanabileceği gibi soruşturma aşamasında uygulandığı zaman yine de kamu davası açılır ancak sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilir.

Madde ile,“marka hakkına tecavüz edilmesi halinde verilecek cezalara ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Düzenleme yapılırken 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun düzenlemeleri ile uyum sağlanması amaçlanmıştır. Marka suçlarında korunan hukuki yarar, marka sahibinin veya tekelleci lisans alanın marka hakkıdır. Ticaret alanındaki güven ve dürüstlüğü sağlanması konusundaki kamusal yarar da korunmuş hukuki yararlarıdır.”¹⁷⁹

¹⁷⁹ GÜNEŞ, Uygulamada Sınai Mülkiyet, s. 172.

Kanun'a göre; fail eğer marka ile aynı veya benzer sınıf mal veya hizmetlerde marka ile aralarında bağlantı bulunduğu olasılığını da taşıyan veya marka ile karıştırılması olasılığını yaratan biçimde işaret kullanırsa markayı haksız kullanmış olur ve tescilli marka sahibince bu durum engellenebilir. Ayrıca iltibaslı marka kullanılan malların son satıcısının sorumluluğu bakımından yasada bu durumlar için bir daraltma öngörülmemiş olup, bu anlamda son satıcı da iltibas nedeniyle üreticiler gibi sorumlu tutulabilir.

Söz konusu suç özgü suç olmaması nedeniyle yetkisi olmadan koruma belirten işareti kaldıran herkes bu suçun faili olabilir. Ancak tüketici, malı özel amaçlarla alan ve nihai olarak tüketen kişi olduğundan fail olamayacaktır. Özgü suç özel faillik niteliği taşıyan, bu sığata sahip olan kişilerin fail olabileceği suç olarak tanımlanmaktadır.¹⁸⁰

Ayrıca suç, "hizmetini yaptığı sırada bir işletmenin çalışanı tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ile suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de fail gibi sorumlu tutulur."¹⁸¹

Marka hukukunda hak sahibi olarak şikayet hakkına sahip olanlar, marka korumasından doğan hakları tecavüze uğrayan kişidir.

Mülga 556 Sayılı KHK' nın 61/A-3. Maddesinde 5590 veya 507 sayılı kanunlara tabi kuruluşların (Ticaret ve Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Borsalar ve Türkiye Odalar Birliği, Esnaf Odaları) ve Tüketici Derneklerinin de şikayet hakkına sahip olmaları öngörülmüştür. Ancak bu kuruluşlara sınırlı şikayet hakkı tanınmıştır. KHK' nın 61/A-3. Maddesine göre; kuruluşlar,

a. "Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması",

b. "Korunan bir marka hakkının sahibi olmadığı",

c. "Koruma süresi bittiđi",

d. "Herhangi bir sebeple marka hakkının hükümsüzlüğü",

e. "Marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında,"

Kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışı çıkardığı eşyalar ve ambalajların evrakların, ilanların hukuken korunan bir tescilli markayı anlattığı

¹⁸⁰ KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İbrahim, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık 3. Bası, Ankara 2010 Syf 437.

¹⁸¹ TOPÇU, Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar, s.85.

şeklinde bir kaniya varılabilecek herhangi bir işaretin veya ifadenin yazılı ve görsel basında yer alması durumunda dava açılabilir.¹⁸² 6769 sayılı SMK' nın 30'uncu maddesinde düzenleme de bu doğrultudadır.

Marka tecavüzü hallerinde bir diğer cezai müeyyide müsadere'dir. 5237 sayılı TCK 54. maddesinde müsadereyi bir güvenlik tedbiri olarak düzenlemiş olup, müsadere mülkiyet hakkını sona erdirmektedir. Müsadere kararını yalnızca hâkim verebilir ve bu kararı da esas davayı gören merci verecektir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 256. ve 258. Maddelerinde durum şöyle açıklanmıştır. *“Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir. Kamu davası açılmış olup da iade edilmesi gereken eşya veya malvarlığı değerleri ile ilgili olarak esasla birlikte bir karar verilmemiş olması durumunda, mahkemece re'sen veya ilgililerin istemi üzerine bunların iadesine karar verilir. Bu kararlar, duruşmalı olarak verilir. Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler de duruşmaya çağrılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler. Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez. Bu hükümlere karşı Cumhuriyet savcısı, katılan ve müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kimseler için istinaf yolu açıktır.”*

Yargıtay taklit edildikleri tespit edilen ürünlerin müsadere yerine sanığa iadesini içeren kararı yasaya aykırı bulmaktadır.

Ayrıca Yüksek Mahkeme; dava zamanasını gerçekleşse dahi marka hakkına tecavüz eden ürünlerin ele geçirilmesi halinde bunlar hakkında müsadereye ilişkin karar verilmesi gerektiğini de kabul etmektedir.¹⁸³

¹⁸² Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku s. 104.

¹⁸³ Yargıtay 7.CD 2004/18935E-2007/966K,
<https://karararama.yargitay.gov.tr//>(30.03.2019)

B.SMK DA DÜZENLENEN MARKA SUÇLARI

Sınai ve Mülkiyet Kanunu 30.madde marka hakkına karşı işlenen suçları konu etmektedir. Marka sahiplerinin tescil sayesinde yararlandıkları hukuki koruma seçeneği yanında cezai koruma yürümektedir.

SMK 30 göre ihlaller üç ana grupta değerlendirilmiştir. Bunlar ;

- 1.Doğrudan doğruya üretim ve ticarete marka ihlali,
- 2.Marka korumasını gösteren işaretin kaldırılması
- 3.Marka üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmak¹⁸⁴

Suçun manevi unsuru kasttır. Söz konusu suç taksirle işlenebilecek bir suç değildir. Ayrıca bu suçlar seçimlik hareketli ekonomik suçlardandır.Seçimlik hareketlerden birinin işlenmesi halinde söz konusu suç oluşmuş sayılır.

Yukarıda belirtildiği bu suçun oluşabilmesinin diğer bir kuralı da markanın Türkiye’de tescilli olmasıdır. Türkiye’ de tescilli olmayan markalar ceza anlamında korunmaz ve suç oluşturmaz.Türkiye de tescil edilmesi hususu da Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından verilen tescil belgesi ile ispatlanmaktadır.

Marka suçları şikayete bağlı suçlardan olduğundan uzlaşmaya da tabi suçlardandır.

1.DOĞRUDAN DOĞRUYA ÜRETİM VE TİCARETTE MARKA İHLALİ,

Smk madde 30/1 e göre “*Başkasına ait marka hakkına ıktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışı arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*” Hükmünü ihtiva etmektedir.

Söz konusu madde yukarıda arz edildiği ve gruplandırıldığı üzere ilk grubu oluşturmaktadır. Bu fıkra göre ;

Başkasına ait marka hakkına İktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmeti,

- ✓ Üreten,
- ✓ Satışı arz eden veya satan
- ✓ İthal ya da ihraç eden,
- ✓ Ticari amaçla satın alan,bulunduran,

¹⁸⁴ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.143

✓ Nakleden veya depolayan,

Kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu suçun maddi unsuru alıntı ve iltibas unsurlarını taşıyan satış, ithal, ihraç, nakil, depolama, ticari amaçla bulundurma ve üretim eylemleridir.¹⁸⁵

Görüldüğü üzere maddi unsurlar sınırlı olarak kanunda sayılmıştır. Söz konusu eylemler örneklenemez ve kıyas yolu ile çoğaltılamaz.

Ayrıca marka hakkı bu şekilde tecavüze uğrayan kişi öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikayet hakkını kullanması gerekmektedir. Şikayet süresi SMK da açıkça belirtilmediği halde TCK 73/1 gereği şikayete bağlı suçların şikayet süresi 6 ay ile sınırlandırıldığından bu madde aksine bir hüküm bulunmadıkça bu suça da uygulanacaktır.

- **Ürün Taklidi veya Markanın Taklidi**

Marka ile aynı işaretin tescil edildiği aynı sınıfta veya benzer sınıfta mallarda kullanılması ürün taklidi suçunu oluşturmaktadır. Bu şekilde kullanılmaya markanın iktibas denilmektedir.

Kanun bu suçun oluşması için markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini izinsiz kullanmayı markanın taklidi (iktibas) olarak nitelendirmiştir.

Daha önce ifade edildiği üzere suçun oluşabilmesi için markanın Türkiye’de usulüne uygun şekilde tescil edilmesi şarttır. Bu demek değildir ki tescilsiz marka korunmaya tabi olmayacaktır.

Tescilsiz markalar SMK 30 gereği korumaya tabi olmasa dahi suçun maddi unsurlarının oluşması halinde haksız rekabete ilişkin cezai değerlendirme kapsamında değerlendirilecektir.¹⁸⁶

Aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer kullanım durumunda tescilli markanın aynısıymış gibi tüketicide algı oluşturması olarak kabul edilmektedir. Bu durumda tüketici grubu orta sınıf tüketici grubudur. Örneğin Nike/Neke veya Adidas/Adibas gibi örnekler.

¹⁸⁵ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.145

¹⁸⁶ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.147

- **Markanın İltibaslı Olarak Kullanılması**

İltibas, bir markanın benzerini kullanmak sureti ile tüketiciler nezdinde markaların karıştırılmasına yol açmak anlamına gelmektedir.¹⁸⁷

Yargıtay bir kararında iltibas konusunu yorum yapmak şeklinde açıklamıştır. Söz konusu karara göre ; “ karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir sebep, bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından “umumi intiba” olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırılması dahi karıştırılma için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir.”¹⁸⁸

Yargıtay bir kararında özetle “Sanığın sahibi bulunduğuLtd.Şti adına kare içinde “Dereici” şeklinde yazılı ve tescilli markayı, imal ettiği çay ambalajları üzerine, müdahilin sahibi bulunduğu marka ile renk, şekil, ebat, görünüm, yazı ve dizayn benzerliği yaratarak iltibas meydana verecek şekilde basması Markalar kanununa muhalefet suçu oluşturmaktadır.”¹⁸⁹

SMK da “benzer” kavramı tanımlanmış değildir. Bir işaretin tescilli marka arasında bağlantı olasılığı olması halinde dahi karıştırılma olasılığı varsa benzer kabul edilmelidir.¹⁹⁰

Yargıtay 11.HD.26.07.1998 T.1998/3336 E.1998/5067 K sayılı kararında “Cdoss” ile “Cross” arasında; 24.06.2003 T.2003/2516 E.2003/6833 K sayılı kararında “Quantum” ile “Quantomin” arasında ve 29.09.2003 T. 2003/2514 E.2003/8366 K. sayılı kararında “Pınar” ile “Üçpınar” arasında benzerlik olduğu sonucuna varmıştır.

- **Tanınmış Markaya Tecavüz Suçu**

SMK 30.maddesi tecavüze konu markanın tanınmış marka olup olmaması ile ilgili ayırım yapmamıştır. Ancak SMK göre cezai korumadan sadece tescilli markalar faydalanabildiğinden tanınmış bir markanın iktibas veya iltibaslı olarak kullanılması suç oluşturacaktır.

¹⁸⁷ AYDIN Hüseyin, *Sınai Mülkiyet Hakları aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.94

¹⁸⁸ Yargıtay 11 HD, 13.11.2016 T.2005/9098 E.2006/9958 K.

¹⁸⁹ Yargıtay 7 CD, 23.06.1992 T.1992/1865 E.1992/3830 K.

¹⁹⁰ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.150 vd.

Tescil edilmiş markalar kural olarak tescil edildiği mal ve hizmet sınıfında hak sahibine tekeli bir yetki tanımaktadır. Ancak markanın itibarına zarar vermesi halinde aynı hizmet ve mal sınıfında olmasa dahi korumadan yine faydalanabilir. Bu durumda önemli olan tüketicinin farklı hizmet ve mal sınıfında olsa dahi tüketici bu benzerlik dolayısı ile hak sahibinin mallarını karıştırabilecek ise veya aralarında bir bağlantı olduğunu düşünecek durumda olursa cezai anlamda tecavüz eylemini gerçekleştiren sorumlu tutulacaktır. Örneğin “Cocacola” veya “Pepsi” gibi dünyaca tanınmış bir markanın üçüncü kişilerce dederjan ismi olarak kullanılması markanın itibarına zarar vereceğinden cezai korumadan faydalanacaktır.¹⁹¹

- **Taklit Markalı Malları Satın Almak**

Markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derece de benzerinin satılması SMK 30.maddeye göre suçtur. Bu suçun oluşabilmesi için Tanınmış bir markanın taklit edilerek üretilmesi ve satılması veya taklit edilen markanın üçüncü kişilerden satın alınarak satılması gerekmektedir. Bu şart suçun maddi unsurudur.Suçun manevi unsuru kasttır.

Söz konusu ürünün taklit ürün olduğunu bilip bilmeme hususunda Yargıtay uzun süre aynı hizmet ve mal sınıfında iş yapan kişinin malın taklit olduğunu bilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁹² Örneğin uzun süredir çanta satan bir dükkanda tezgahlar olarak çalışan kişinin, taklit olan çantanın taklit olduğunu bilmesi gerektiğinden söz konusu suçun unsurlarının oluştuğundan söz etmek gerekir.

2.MARKA SİMGESİNİ KALDIRMA

SMK 30 Göre Marka tescilini gösteren İşaretin Kaldırılması, şikayete bağlı bir suçtur. Ürün veya ambalaj üzerine söz konusu markanın korunduğunu gösteren genellikle “TM”¹⁹³ veya “®”¹⁹⁴ ile gösterilen işaretlerin yetkisi olmadan kaldırılması suç olarak kabul edilmiştir. Çünkü söz konusu işaretler tüketiciler açısından güven unsuru olarak kabul edilmektedirler. Bu işaretler ürünün kaynağı, firması ve içeriğinin güvenilirliği hakkında bilgi vermektedir.

¹⁹¹ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.154

¹⁹² Yargıtay 7 CD 20.10.2000 T.2000/10157 E.2000/13353 K.

¹⁹³ Tescilli Marka

¹⁹⁴ İngilizce “registered” olarak kısaltılan Türkçede tescilli anlamına gelen işaret

3.YETKİSİZ TASARRUF

SMK 30/3'e göre; *“Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkını devretmek,lisansını veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”*

Bu suç seçimlik hareketli bir suçtur. Kişi marka hakkını devrederek bu suçu işleyebileceği gibi lisansını devretmek veya rehin vermek filinin de işlenmesi halinde suç oluşmaktadır.

Kanun hak sahibine her türlü tasarrufu vermektedir. Ancak bazı durumlarda hak sahibi olunsa dahi hakkını kullanması engellenmektedir. Örneğin miras bırakanın marka hakkı mirasçılara geçmektedir. Bu durumda mirasçılar marka hakkı üzerinde iştirak sureti ile söz sahibi olmaktadır. Ancak mirasçılar diğer mirasçılardan izni olmadan tek başına söz konusu marka hakkı üzerinde tasarrufta bulunamadıklarından, mirasçılardan birinin tek başına marka hakkını devretmesi, lisansını vermesi veya rehin vermesi halinde bu suç oluşmaktadır.

Aksine sözleşme yoksa lisans alan aldığı lisansı başkasına devredemez veya lisans veremez. Bu durumda yetkisi olmadığı halde lisans verdiği için SMK 30/3 gereği cezalandırılır.

Markalar yazılı olarak başkasına devredilebilir. Bu durumda devredilen marka sicile kaydedilir. Yazılı olarak devredildiği halde sicile kaydedilmeyen markalarda devreden eski hak sahibi markasını başkasına tekrardan devredemez. Aksi eylem bu suçu oluşturmaktadır.

C.MARKA SUÇLARINDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

Genel olarak TCK da düzenlenen yasal hukuka uygunluk sebepleri cezai müeyyide olan SMK 30 kapsamında suç teşkil eden fiiller içinde uygulama alanı bulmaktadır.

Marka suçlarında hukuka uygunluk sebepleri şunlardır :¹⁹⁵

- **Marka Hakkının Tükenmesi, İlk Satış (SMK 152)**

¹⁹⁵ GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.163

SMK 152 maddesine göre ; *“Sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır.”*

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, marka sahibi mallarını piyasaya sunmasından sonra markanın piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz. Yani üçüncü kişilerin piyasaya sürülen malların ticaretini yapmasına marka sahibi engel olamaz.

Tükenme ilkesi sadece ticaret markalarında uygulama alanı bulmaktadır. Hizmet markaları tükenme özelliği taşımadığından bu ilke kapsamında değerlendirilemezler.

Markalı ürünler bir şekilde marka sahibinin rızası ile piyasaya sürüldükten sonra devam eden aşamalarda ki eylemler ve işlemleri için marka hakkı sahibinin müdahale şansı yoktur.

Bu durumda dahi markanın iktibas veya iltibas hakkı saklı tutulmaktadır. Yani iktibas veya iltibas halinde hukuka uygunluktan söz edilemez.

Örnek vermek gerekirse ülker marka çikolatanın marka sahibi tarafından büyük bir toptancıya satış verme yetkisi verildiği ve bu toptancının da küçük marketlere sattığı üründen dolayı, marka hakkı sahibi haksız rekabet oluşturduğundan bahisle marketten hak iddia edemez. Market ürünü başka bir ürünle taklit etmediği müddetçe yani aldığı gibi satması halinde cezai olarak sorumlu tutulamaz.

Marka hakkının ilk satış nedeniyle tüketilmesi nedeniyle marka sahibi,sadece SMK 152/2 gereği müdahale şansına sahiptir.

SMK 152/2 gereğince ; *“ markayı taşıyan malların kalitesinin bozulması,değiştirilmesi ve ticaret alanında kullanılması halinde marka hakkı sahibi marka hakkına dayanarak satışı engelleyebilir.”*

Örneğin daha önce 12 adet hap şeklinde kutularda satılan ilacın, şişeler halinde satılması olarak değiştirildiğinde hak sahibi kutu şeklinde satılan ilaçlara müdahale edebilir.

- **Markanın Dürüstçe Kullanılması**

SMK 7/5 maddesine göre ; “Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a. Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b. Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c. Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”

Örneğin Şahanlar markası sahibi Ayhan Şahan, şahan sokak olan tacirin ürettiği mallara şahan sözcüğünü kullanarak kullanılmasını engelleyemez.

Burada önemli olan kullanımın dürüstçe olması, haksız kazanç sağlama gayesiyle yapılmamış olmasıdır.

Ayrıca tescilli bir markanın; unvan, adres, mal ile alakalı belirtici, tanımlayıcı olarak kullanımı dışında, doğrudan doğruya kullanılması mümkündür. Örneğin fotoğraf filmi üreten bir üretici, ürünün üzerine “kodak” yazmak sureti ile makinalarını gösterebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus “kodak” markasının kullanılarak haksız kazanç elde edilme gayesinin olmaması veya iltibas veya iktibasın bulunmamasıdır.

Bir başka örnek vermek gerekirse oto tamir servisi Skoda markasını büyük harfler kullanarak isminin yanına veya önüne yazabilir. Burada amaç Skoda marka araçların tamirinin yapıldığını göstermektedir.

- **Tüketicilerin ve Tazminat Ödeyenden Mal Alanların Eylemi ve Marka Hakkı**

SMK tüketiciler ile ilgili özel bir düzenlemeye de yer vermiştir.¹⁹⁶ SMK 153.maddesine göre ;

“(1) Sınai mülkiyet hakkı sahibi, hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyaçları ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyette bulunamaz.

¹⁹⁶GÜNEŞ, Uygulamada Marka Haksız Rekabet ve Telif Suçları, s.171

(2) Sınai mülkiyet hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödeyen kişi tarafından, sınai mülkiyet hakkı sahibinin el koymaması nedeniyle piyasaya sürülmüş ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı, bu Kanunda yer alan hukuk davalarını açamaz veya ceza davası açılması için şikâyette bulunamaz.”

Bu maddeye göre marka sahibi taklitli markaları taşıyan ürünlerin tüketiciler/alıcılar tarafından bireysel ihtiyaçları kapsamında satın alınması, elinde bulundurması halinde tüketiciye karşı hak iddia edemez. Burada önemli olan taklit markanın bireysel kullanımı amacıyla elinde bulundurulması amacıdır. Ticari amaçla elinde bulunduran kişilere karşı marka sahibinin hakkı bakidir.

Diğer bir eylem ise marka hakkına tecavüz eden kişiden tazminat alan marka hakkı sahibi, ayrıca taklit edilen markalara el konulmasını talep edemez.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çok eski zamanlardan beri ekonomik hayatın asli bir unsurunu teşkil eden marka; “bir malı ve / veya hizmeti emsallerinden bir işaretle ayırt etme ve bunu hukuken koruma fikri ve uygulamasıdır.” Marka hakkı, patent ve telif haklarından çok önceleri ortaya çıkmıştır. Orta Çağ’dan sonra temel olarak marka kavramı ve korunmasına ilişkin Dünya’da ilk örnekleri, hileciliğin önlenmesi amacıyla çeşitli uygulamaların yapıldığı İngiltere ve ABD’de görülmüştür.

Markanın metotlaşma ve kanunileşme dönemi olarak 19.Yüzyıla dayanmaktadır. Marka hukuku ile ilgili gerek ulusal gerekse de uluslararası düzenlemeler bu dönem içerisinde ortaya çıkmıştır. Sıralamak gerekir ise 1857 yılında Fransa’da, 1858 yılında Avusturya’da, 1862 yılında İngiltere’de, 1874 yılında Almanya’da ve 1874 yılında Japonya’da marka hukuku ile ilgili ilk düzenlemeler yapılmıştır. Markanın Avrupa’da kanunlarla düzenlenmesi ve korunması ise 19. yüzyılda başlamıştır. Markanın klasik fonksiyonları daha ziyade bu dönemde gelişmiş, marka ile ilgili ve bugün de geçerliliğini sürdüren birçok prensip yine bu dönemde şekillenmiştir.¹⁹⁷

Ülkemizde sınaî mülkiyet hukuku ile ilgili düzenlemeler 187’li yıllarda Avrupa ile benzerlik göstermeye başlamıştır. “1871 tarihli Eşya-i Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname” ve “1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu” marka ve patent konularındaki ilk düzenlemeleri içermektedir. Bu düzenlemeler ile Türkiye’nin, sınaî mülkiyet haklarının koruma hususunda dünya ülkeleri arasında ilk sıralarda olduğunu söylemek kanaatimizce yanlış olmayacaktır.

Yaşadığımız çağın bilgi ve teknoloji çağı olması sebebiyle, toplumlar arası bilgi, hizmet, emtia alışverişinin yoğunlaşması ve karmaşık hale gelmesi fikri ve sınai hukukun gelişmesine ivme kazandırmıştır. Tüm fikir ürünleri tek bir kavram çerçevesinde ele alınmamış ancak bu çerçevede en çok kullanılan kavramlar “fikri mülkiyet”, “sınaî mülkiyet” veya “fikri hak ve sınai hak” kavramlarıdır.

Esasen söz konusu terimler arasında anlam olarak fark yoktur. Nitekim 1970’te yürürlüğe giren WİPO sözleşmesi ve 1994 tarihli TRİPS sözleşmelerinin konusunu hem buluşlar (patent), markalar, tasarımlar hem de fikir ve sanat eserleri

¹⁹⁷ İngiltere’de marka hakkının ihlaline ilişkin ilk dava, iki kumaş üreticisi arasında 1618 yılında görülmüştür. ABD’de ise marka ihlaline ilişkin ilk dava 1837 yılında günlük süt üreten ve şişeleyip satan iki süt üreticisi arasında görülmüştür.” PEKDİNÇER, Fikri-Sınai Mülkiyet Mevzuatı, s.6. KAYA, Marka Hukuku,s.5.

oluşturmaktadır. İngiliz ve ABD hukuklarından fikri mülkiyet olarak çevirdiğimiz “intellectualproperty”ye verilen bu geniş anlam bütün dünya ülkelerince de kullanılmaktadır.

Bu nedenle, fikir ve sanat eserlerini fikri hak, marka, patent ve tasarımı sınai hak olarak kabul etmek pek yerinde bir ayırım olarak kabul edilemeyecektir. Çünkü markanın, patentin, endüstriyel tasarımın ve faydalı modellerin adı sınai mülkiyet kapsamında zikredilse de meydana gelişi açısından "fikri ürün" olduğu kaçınılmazdır. Aynı şekilde bilgisayar programları, dijital iletişimler, veri tabanları, sinema eserleri ve sair eserler fikir ve sanat eserleri olarak bilinse de teknoloji alanında yaşanan süratli gelişmenin ve dinamik dünyadaki uzaklık kavramının teknoloji ile beraber yok olmasının etkisiyle sanayinin bir parçası haline gelmiştir.

Kanaatimce; “fikri hak” ve “sınai hak” kavramı birbirinden kuramsal açıdan ve tarih sahnesinde ortaya çıktıkları zaman ve sebepler yönünden ayrılmakta iken; küreselleşen dünyada korunan hak ve hukuki mahiyetleri bakımından ise birbiri ile içe içe girmiştir.

Sözlük anlamıyla işaret demek olan Marka ise, “ bir işletmenin ürettikleri mal veya hizmetleri diğer işletmelerin ürettikleri mal veya hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılan işaretlerdir.” Markanın iki unsuru vardır, “işaret” unsuru ve “ayırt etme” unsuru. “Ayırt edilmeyi sağlaması şartıyla çizim ile görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen her türlü işaret marka olarak seçilebilir.” SMK’ da kullanılan “işaret” kelimesi sadece bir şekli ifade etmek için kullanılmamıştır. Burada “işaret” kelimesinin oldukça geniş anlamda kullanıldığı kabul edilmelidir. “Kişi adları, harfler, işaretler, fotoğraflar, resimler, çizgiler, geometrik şekiller, rakamlar, grafikler, tasarımlar, logolar, malların veya ambalajların biçimi, üç boyutlu cisim ya da biçimler, sloganlar, internet alan adları, renk kombinasyonları” marka olarak tescil edilebilirler. Kısacası marka dar olarak yorumlanamayan şekil ve işaretlerin bir bütününü oluşturur. Sadece şekil veya işaretin marka olarak kullanılacağını düşünmek imkansızdır. Önemli olan husus işaretin veya şeklin benzerlerinden farklı olması ve ayırt edilebilmesidir. Marka olarak tescil edilebilme ve kabul edilebilmenin önemli şartı bunlardır.

KAYNAKÇA

- ALTAY, Şakir, *Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1983
- ARIKAN, Serdar, *Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri*, Adalet Bakanlığı, ABD ve Türkiye'de Fikrî ve Sınai Hakların Etkin Korunması Semineri, Ankara, 9-10 Eylül 2004, s.93.
- ARKAN, Sabih, *Marka Hukuku, Adalet Matbaacılık*, Ankara, Cilt 1, 1997, Cilt 2 1998, C. 1
- ARSLAN, Çetin, ÖZDEMİR, Didar, *Türk Hukukunda Marka Suçları -Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
- AYDIN Hüseyin, *Sınai Mülkiyet Hakları aleyhine İşlenen Suçlar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003
- CAMCI, Ömer, *Marka Davaları*, İstanbul, 1999
- ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin: *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Seçkin, Ankara, 2001
- DEREN YILDIRIM, Nevhis, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, İstanbul, Alkım Yayınevi, s.200.
- DİRİKKAN, Hanife, *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2003
- DİRİKKAN, Hanife, *Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1998
- DOĞAN Beşir Fatih, *Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği*, FMR, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet Ve Rekabet Hukuku Dergisi, Ankara 2005, Y.5, C.IV,
- DÜZGÜN, ASLAN, Ülgen, "Türk Hukukunda Markanın İzinsiz Kullanılması". *Mediterranean International Conference on Social Sciences - MECAS III*, 2, 2018, 553-566.
- ERCAN, İbrahim, *Medeni Usul Hukukunda İhtiyati Tedbir*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Konya, 1992
- EGE Önder, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018
- EREN, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Basım Yayınevi, İstanbul 2001

EROL, Elif, Emine, *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Hukuk Davaları Ve Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı, Ankara 2013

GÜNEŞ, İlhami, *Uygulamada Haksız Rekabet Ve Telif Suçları* 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017

GÜRZUMAR, Osman, Berat, *Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler*, Yargıtay Dergisi, Ankara, Cilt 20, Ekim 1994, Sayı 4, s.52.

HATEMİ, Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk*, C.II, İstanbul 1993

KARAAHMET, Erdoğan, *Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Antlaşmalar Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 1-2, 1995-1996

KARAHAN, Sami, SULUK, Cahit, SARAÇ, Tahir, NAL, Temel, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

KARAN, Hakan, KILIÇ, Mehmet, *Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat*, Ankara 2004

KAYA, Aslan, *Marka Hukuku*, Arıkan Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006

KAYA, Arslan, KENDİGELEN, Abuzer, ÜLGEN, Hüseyin, HELVACI, Mehmet, MERAN, Necati, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara, Legal, 2008,

NOMER, Füsun, TEOMAN, Ömer, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006,

KESKİN, Serap, *Fikri (Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, *Sınai Mülkiyet Kanunu (Makale)*, 26 Nisan Dünya Fikri Mülkiyet Günü Özel Sayısı, 2017

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık 3.Bası, Ankara 2010

KOCASOY, Banu Aliye, *Marka Hakkına Saldırıdan Kaynaklanan Maddi ve Manevi Zararların Tazmini*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2006

KURU, Baki, ARSLAN, Ramazan, YILMAZ, Ejder, *Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, Yetkin Basımevi, 2004, s

- NOYAN, Erdal, *Marka Hukuku*, Adil Yayınevi, Ankara 2004
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Dersleri, C.II*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 1992,
- OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hüükümler*, Vedat Yayın, İstanbul, 2000
- ÖÇAL, Akar, *Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak)*, Ankara, 1967
- ÖZDAL, Şule, *556 Sayılı KHK' nın 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler*, Beta Yayınları, İstanbul 2005
- ÖZEKES, Muhammet, *Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir*, DEÜHFD, 2002/2
- PEKCANITEZ, Hakan, ATAY, Oğuz, ÖZEKES, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 9. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010,
- PEKDİNÇER, Tamer, Remzi, *Fikri-Sınai Mülkiyet Mevzuatı*, Ankara, Der Yayınları, 2003
- PINAR, Hamdi, *Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, M. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan*, İstanbul 2000,
- POROY, Reha, YASAMAN, Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku*, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2006
- POSTACIOĞLU, İlhan, *Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 1970,
- SERT, Selin: *Markanın Kullanılması Yükümlülüğü*, Ankara 2007
- TEKİNALP, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Beta Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2005
- TEKİNAY, Sulhi Selahattin, *Borçlar Hukuku*, B.7, İstanbul 1993,
- TOPÇU, Deniz, *Sınai Mülkiyet Aleyhine İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007
- ÜNAL Mehmet, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, Sayı. 2005/2
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. 1-2, 7. Bası, İstanbul, 2000
- YASAMAN, Hamdi; “*Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD Kararı Üzerindeki Düşünceler*”, *GS Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002/2, İstanbul, 2002
- YASAMAN, Hamdi, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK şerhi, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2004

YASAMAN, Hamdi, *Fikri ve Sinaî Mülkiyet Hukuk, Makaleler, Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları*, İstanbul, 2006, (Makaleler)

YILDIRIM, Deren, Nevhis, *Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2003

YILDIRIM, Deren, Nevhis, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sinaî Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler*, 2. Bası, İstanbul, Alkım Kitapevi, 2003

<https://jurix.com.tr/article/12572>

<http://dto.dt.mfa.gov.tr>

www.acikerisim.deu.edu.tr

www.adanabarusu.com.tr/

www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/frmmakale/2017-1/1.pdf

www.bilisimgrup.com.tr

www.etkinpatent.com.tr

www.hazer.tv.com.tr

www.karararama.yargitay.gov.tr/

www.kazanci.com.tr

www.msenel.av.tr

www.polen.itu.edu.tr

www.selcuk.edu.tr/dosyalar/files/004/cilt_13_sayi_2.pdf

www.sinerjimevzuat.com.tr/

www.tdk.gov.tr

www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS

www.turkhukuk sitesi.com

www.turkpatent.gov.tr/

www.ulusaltezmerkezi.net.com.tr