

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE TECAVÜZDEN KAYNAKLANAN
HUKUK DAVALARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUHAMMET BİLAL ÜZER

**ANA BİLİM DALI: ÖZEL HUKUK
PROGRAMI: ÖZEL HUKUK**

KOCAELİ 2008

**T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE TECAVÜZDEN KAYNAKLANAN
HUKUK DAVALARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MUHAMMET BİLAL ÜZER

ANA BİLİM DALI : ÖZEL HUKUK

PROGRAMI : ÖZEL HUKUK

TEZ DANIŞMANI : PROF. DR. MEHMET BAHTİYAR

KOCAELİ 2008

T.C.
KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

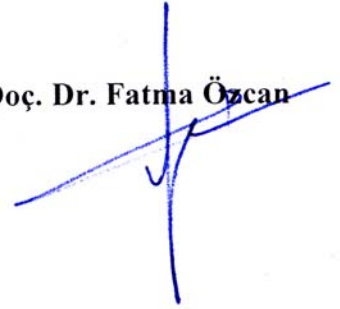
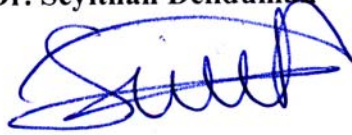
MARKA HAKKINA TECAVÜZ VE TECAVÜZDEN KAYNAKLANAN HUKUK
DAVALARI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: MUHAMMET BİLAL ÜZER

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Tarihi ve No: 02.07.2008–2008/19

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar Doç. Dr. Seyithan Deliduman Yrd. Doç. Dr. Fatma Özcan



KOCAELİ 2008

İÇİNDEKİLER

ÖZET	V
ABSTRACT	VI
KISALTMALAR:	VII
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM: GENEL OLARAK MARKA	3
1. MARKA KAVRAMI.....	3
1.1. TARİHÇE	3
1.2. MARKAYLA İLGİLİ MEVZUAT.....	5
1.2.1. Ulusal Mevzuat.....	5
1.2.2. Uluslararası Düzenlemeler.....	9
1.2.2.1. Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu) (20 Mart 1883)	10
1.2.2.2. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO: World Intellectual Property Organisation) Kuruluş Sözleşmesi	10
1.2.2.3. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Propety Rights).....	11
1.2.2.4. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması	12
1.2.2.5. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşmasıyla İlgili Protokol ..	13
1.2.2.6. Marka Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması	14
1.2.2.7. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması.....	15
1.2.2.8. Marka Kanunlarının Harmonizasyonu Anlaşması	15
1.3. MARKANIN TANIMI.....	15
1.4. MARKANIN UNSURLARI.....	18
1.4.1. İşaret	20
1.4.1.1. Kişi Adları.....	22
1.4.1.2. Sözcükler	23
1.4.1.3. Şekiller	26
1.4.1.4. Harfler	27
1.4.1.5. Sayılar.....	27
1.4.1.6. Renkler	28
1.4.1.7. Çizimle Görsütülebilen Veya Benzer Biçimde İfade Edilebilen, Baskı Yoluyla Yayınlanabilen Ve Çoğaltılabilen Her Türlü İşaret.....	28
1.4.2. Ayırt Edici Niteliğe Sahip Bulunma	29
1.5. MARKANIN İŞLEVLERİ.....	30
1.5.1. Mal Ve Hizmetin İşletmesel Kökenini Gösterme İşlevi	31
1.5.2. Ayırt Etme İşlevi.....	33
1.5.3. Mal Ve Hizmetin Niteliklerini Garanti Etme İşlevi	35
1.5.4. Reklâm İşlevi.....	36
1.6. MARKA TÜRLERİ.....	37
1.6.1. Amaç Ve Niteliklerine Göre Marka Türleri.....	38
1.6.1.1. Ticaret Markaları.....	38
1.6.1.2. Hizmet Markaları.....	39
1.6.2. Marka Sahibi Yönünden Marka Türleri.....	39
1.6.2.1. Bireysel Marka	39
1.6.2.2. Ortak Marka	40
1.6.2.3. Garanti Markası	42

1.7.	MARKANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI	43
1.7.1.	Ticaret Unvanı ve Marka	43
1.7.2.	İşletme Adı ve Marka	45
1.7.3.	Patent ve Marka	45
1.7.4.	Endüstriyel Tasarım ve Marka	46
1.7.5.	Coğrafi İşaretler ve Marka	47
1.7.6.	İnternet Alan Adı ve Marka	49
II. BÖLÜM: MARKA HAKKINA TECAVÜZ		51
1.	GENEL OLARAK	51
2.	MARKA HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDEN FİİLLER	59
2.1.	MARKHK'NIN 9. MADDESİNE AYKIRLIK [KHK m. 61/(a)]	59
2.1.1.	Haksız Kullanım Modelleri	62
2.1.1.1.	İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz [KHK m. 9/1 (a)]	62
2.1.1.2.	İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz [KHK m. 9/1 (b)]	65
2.1.1.3.	Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Veya Benzerinin Başka Mal Ve Hizmetler İçin Kullanılması Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz [KHK m. 9/1 (c)]	70
2.1.2.	Haksız Kullanım Şekilleri	74
2.1.2.1.	İşaretin Mal Ve Ambalaj Üzerine Konulması [KHK M. 9/2(a)]	74
2.1.2.2.	İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi [KHK m. 9/2 (b)]	75
2.1.2.3.	İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürme Amacıyla Depo Edilmesi [KHK m. 9/2 (b)]	76
2.1.2.4.	İşareti Taşıyan Malın Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi [KHK m. 9/2 (b)]	77
2.1.2.5.	İşaret Altında Hizmet Sunulması Veya Sağlanması [KHK m. 9/2 (b)]	78
2.1.2.6.	İşareti Taşıyan Malın İthal Veya İhracı [KHK m. 9/2 (c)]	78
2.1.2.7.	İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakı Ve Reklâmlarda Kullanılması [KHK m. 9/2 (d)]	82
2.2.	MARKAYI TAKLİT ETMEK [KHK m. 61/(b)]	83
2.3.	MARKANIN TAKLİT EDİLDİĞİNİ BİLDİĞİ VEYA BİLMESİ GEREKTİĞİ HALDE TAKLİT MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ SATMAK, DAĞITMAK VEYA BİR BAŞKA ŞEKİLDE TİCARET ALANINA ÇIKARMAK VEYA BU AMAÇLAR İÇİN İTHAL ETMEK VEYA TİCARİ AMAÇLA ELDE BULUNDURMAK [KHK m. 61/(c)]	89
2.4.	MARKA HAKKINA TECAVÜZ FİİLLERİNE İŞTİRAK, YARDIM, TEŞVİK YAHUT BU FİİLLERİN YAPILMASINI KOLAYLAŞTIRMAK [KHK m. 61/(e)]	94
2.5.	TAKLİT MARKALI MALIN NEREDEN ALINDIĞINI VEYA NASIL SAĞLANDIĞINI BİLDİRMEKTEN KAÇINMAK [KHK m. 61/(f)]	96
III. BÖLÜM: MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN HUKUK DAVALARI		99
1.	GENEL OLARAK	99
2.	TESPİT DAVA VE TALEPLERİ	100
2.1.	TECAVÜZÜN OLMADIĞININ TESPİTİ (MENFİ TESPİT) DAVASI (KHK m. 74)	100
2.2.	DELİLLERİN TESPİTİ (KHK m. 75)	104
3.	EDA DAVALARI	106
3.1.	TECAVÜZÜN DURDURULMASI (MEN) DAVASI [KHK m. 62/(a)]	106
3.2.	TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ (REF'İ) DAVASI [KHK m. 62/(b)]	109
3.2.1.	Üretilmesi Veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya İle Bu Eşyayı Üretmeye Yarayan Araçlara El Konulması [KHK m. 62/ (c)]	111
3.2.2.	El Konulan Eşya Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi [KHK m. 62/(d)]	115
3.2.3.	Marka Hakkına Tecavüzün Devamını Önlemek Üzere Tedbirlerin Alınması, Özellikle Markaların Silinmesi Veya İmhası Talebi [KHK m. 62/(e)]	118
3.2.4.	Hükümün İlgililere Tebliği, Kamuya Yayın Yoluyla Duyurulması ve İlanı [KHK m. 62/(f)]	121

3.3. TAZMİNAT DAVALARI.....	125
3.3.1. Maddi Tazminat Davası [KHK m. 62/(b) ve 64]	126
3.3.2. Manevi Tazminat Davası [KHK m. 62/(b)]	135
3.3.3. İtibar Tazminatı (KHK m. 68).....	138
3.4. <i>HÜKMÜN İLGİLERE TEBLİĞİ VE İLANI</i>	142
4. USUL HÜKÜMLERİ.....	143
4.1. <i>İHTİYATİ TEDBİRLER VE GÜMRÜKTE EL KOYMA</i>	143
4.1.1. İhtiyati Tedbir Talebi (KHK m. 76).....	143
4.1.1.1. <i>Tecavüzün Durdurulması [KHK m. 77/(a)]</i>	145
4.1.1.2. <i>Mallara El Koyma [KHK m. 77/(b)]</i>	145
4.1.1.3. <i>Teminat Verilmesi [KHK m. 77(c)]</i>	147
4.1.2. Gümrükte El Koyma(KHK m. 79).....	151
4.2. <i>TARAFLAR</i>	152
4.2.1. Davacı	152
4.2.2. Davalı.....	155
4.3. <i>GÖREV</i>	156
4.4. <i>YETKİ</i>	158
4.5. <i>ZAMANAŞIMI</i>	160
SONUÇ	163
YARARLANILAN KAYNAKLAR:	166

ÖZET

Eski çağlardan bu yana, mal ve hizmet üretenler, kendi mal ve hizmetlerini emsallerinin arasından ayırt etmek amacıyla kendilerine özgü ve benzersiz işaretler kullanma yolunu tercih etmişlerdir. Bugün marka olarak isimlendirdiğimiz bu işaretler günümüzde ticaret hayatının en önemli unsurları arasında yer almakta ve bazen teşebbüsün diğer tüm malvarlığından değerli olabilmektedir.

Mal veya hizmet üreticileri için bu derece önem ve değere sahip markalar, bu özellikleri dolayısıyla suiistimal edilmekte ve hak sahibi olmayanlarca kendilerinden izinsiz olarak faydalanılabilmektedir. Sanayi devrimi sonrasında malların seri üretimine başlanması ve mal ve hizmet tüketiminin yaygınlık kazanmasıyla birlikte, üreticilerin markalarını koruma ihtiyaçları daha da artmıştır. İşte bu tehlikenin önüne geçebilmek amacıyla, özellikle 19. yüzyıldan bu yana, marka hakkı hem ulusal hem de uluslararası hukukların ilgilendiği ve düzenlediği konular arasında yer almaktadır. Ticaretin küresel boyut kazandığı günümüzde ise, markanın ticari faaliyet açısından ifade ettiği değer tartışmasızdır. Bu sebeple hukuk dünyası, marka hukuku konusunda küresel bir korumanın yollarını aramaktadır.

Ülkemizde de marka hukukunu düzenleyen ve marka haklarının korunmasını sağlayan hukuki metinler dünya ile paralel olarak 19. yüzyılda ortaya çıkmış, uluslararası marka hukukuyla da bütünleşerek günümüze kadar gelmiştir.

Bu çalışmada da, bahsedilen bu gelişmeye paralel olarak, marka hakkının korunması bağlamında, Türk Hukuku'nda tescilli marka hakkına tecavüz halleri ve tecavüz durumunda marka hakkı sahibinin özel hukuka ilişkin talep hakları incelenmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

From old ages, the producers of the goods and the services prefer to use some unique symbols and signs in order to distinguish their products or services among the similar ones. These signs that we call “trademark” today, are taking place among the most important factors of business trade and occasionally become more valuable than all other assets of the business enterprise.

Trademarks, which are highly important and valuable for the producers of the goods and the services, are being abused and benefited without approval by the ones who hasn't right to use them. After the industrial revolution, with arise of widespread of quantity production and consumption, the need of protection of producers for their trademarks have risen. And in order to eliminate the risk, especially from 19th century, trademark rights have become an important regulation area of national and international law systems. At the present day, in a global trade age, the value of trademark for commercial activities is unquestioning. For this reason, law systems all over the world are looking for the better ways of global protection about trademark law.

The laws and the regulations which regulate trademark law and the protection of trademark rights in our country, has been taking place in the law system since 19th century in parallel with the rest of the world and is still in process on integrating with international trademark law.

With this study, in parallel with the development mentioned above, variations of violation of registered trademark rights and legal instruments of trademark right holder in accordance with Turkish Law has tried to analyze.

KISALTMALAR:

40/94 sayılı Tüzük

89/104 sayılı Yönerge

AB

AT

B.K.

C

C.D.

Coğ.İş.KHK

dn.

D.T.Ö.

E.

End.Tas.KHK

G.K.

H.D.

H.G.K.

H.U.M.K.

K.

KHK

MarkaKHK

Marka Yönetmeliği-MarkaY.

M.K.

PatentKHK

R.G.

S.

s.

T.

T.C.

TBMM

TRIPS

TSE

T.T.K.

v.b.

v.d.

WIPO

Y.İ.D.K.

Yarg.

Topluluk Markası Hakkında 40/94 Sayılı

Konsey Tüzüğü

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

Avrupa Birliği

Avrupa Topluluğu

Borçlar Kanunu

Cilt

Ceza Dairesi

555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Dipnot

Dünya Ticaret Örgütü

Esas

554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Gümrük Kanunu

Hukuk Dairesi

Hukuk Genel Kurulu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

Karar

Kanun Hükmünde Kararname

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik

Türk Medeni Kanunu

551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

Resmi Gazete

Sayı

Sayfa

Tarih

Türkiye Cumhuriyeti

Türkiye Büyük Millet Meclisi

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması

Türk Standartları Enstitüsü

Türk Ticaret Kanunu

ve benzeri

ve devamı

Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü

Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

Yargıtay

GİRİŞ

Günümüz hukuk ve ticaret dünyası bakımından markanın temel anlamı ve işlevi, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırmak, bu özelliğiyle hem teşebbüsü hem de mal veya hizmeti tanıtmak ve tercih edilmelerini sağlamaktır. Bugün sahip olduğu anlam ve içeriğine sahip olmamakla beraber, marka kavramının varlığını çok eski tarihlerden beri sürdürdüğü bilinmektedir.

Ancak dünden bugüne gelişen ve değişen ekonomik hayat, ticaret faaliyetlerinin küresel boyut kazanması, tüketim alışkanlıklarının değişmesi, imaj fikrinin kazandığı önem gibi birçok etken dolayısıyla, marka ticaret hayatının en önemli unsurlarından biri halini almıştır. Markanın kazandığı bu önem, marka hukukunun da buna paralel olarak gelişmesine sebep olmuştur. Ticari küreselleşmenin etkisiyle, ekonomik bir değer ifade eden marka hakkındaki hukuki düzenlemeler de küreselleşme sürecine girmiş, markayı ülke sınırlarının dışında da koruma altına alacak hukuki mekanizmalara ihtiyaç duyulmuştur. Bugün markanın hem ulusal mevzuatlarda ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulduğunu, hem de uluslararası anlaşmalar yoluyla tek tip bir marka hukuku oluşturma yoluna gidildiğini görmekteyiz.

Ülkemizde de marka, yeni sayılamayacak tarihlerden beri hukuki düzenlemelere konu olmaktadır. Tüm dünyada olduğu gibi, bu süreç bizim ülkemizde de uluslararası düzenlemeler paralelinde gelişmektedir. Böylece Türk Marka Hukuku, giderek daha kapsayıcı ve ayrıntılı bir özellik arz etmektedir. Bu kapsamda marka hakkının ihlali durumları ve bu ihlaller karşısında başvurulabilecek hukuki mekanizmalar konularında, günden güne daha net ve ihtiyaca cevap veren bir hukuk uygulaması gelişmektedir.

Bu çalışmanın konusu ve amacı da, yürürlükteki Türk marka mevzuatı ışığında, marka hakkına tecavüz hallerinin nelerden ibaret olduğunu, bu ihlallerin varlığı halinde marka hakkı sahibinin başvurabileceği özel hukuka ilişkin hukuki mekanizmaları ortaya koymaktır. Çalışmanın ilgili bölümlerinde de açıklanacağı gibi, hakkı ihlal edilen tescilli marka hakkı sahibi, hakkını Türk Marka Mevzuatı

hükümleri çerçevesinde arayabileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uyarınca veya Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümleri uyarınca da arayabilecektir. Ancak, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin sağladığı koruma daha geniş kapsamlı olacaktır. Markanın tescilli olmadığı durumlarda ise marka hakkı sahibi, belirli istisnalar dışında 556 sayılı KHK'nın sağladığı korumadan yararlanamayacak, hakkını B.K. ve T.T.K. hükümleri doğrultusunda arayabilecektir.

Bu çalışmada, tescilsiz markalara karşı ihlaller ve bu ihlallere karşı hukuk yolları çerçeve dışı bırakılmıştır. Böylece çalışma 556 sayılı KHK kapsamında ele alınarak, tescilli markaya tecavüz halleri ve tecavüz sebebiyle tescilli marka hakkı sahibinin başvurabileceği özel hukuk mekanizmalarının incelenmesiyle sınırlandırılmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde marka kavramı hakkında genel bir bilgi verilmek suretiyle, marka kavramı, türleri, işlevleri, markanın benzer kavramlardan farkı gibi konulara değinilmiş, böylelikle tecavüz halleri ve hukuk yollarının incelenmesi için bir zemin oluşturulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın ikinci ve üçüncü bölümleri ise tescilli marka hakkına tecavüz hallerinin ve tecavüz sebebiyle başvurulabilecek hukuki mekanizmaların incelenmesine ayrılmıştır. Her bir tecavüz hali kendine has özellikler arz etmekte ve uygulamada da hem tecavüz şekilleri bakımından hem de hukuki yollar bakımından birçok farklı olasılık ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple tescilli markanın tecavüze karşı korunması konusunun anlaşılmasında mahkeme kararlarının büyük önemi bulunmaktadır. Bu husus da göz ardı edilmeyerek, çalışmada yalnızca doktriner tartışmalara yer verilmemiş, Yargıtay içtihatlarından da büyük ölçüde yararlanılmaya çalışılmıştır.

I. BÖLÜM: GENEL OLARAK MARKA

1. MARKA KAVRAMI

1.1. TARİHÇE

Bir malı ve/veya hizmeti benzer mal ve/veya hizmetlerden bir sembolle ayırt etme fikri çok eski zamanlara dayanmaktadır. Bu sembolü hukuken koruma fikrinin ne zaman ortaya çıktığı konusunda ise tam bir görüş birliği olduğunu söylemek güçtür. Kimi yazarlar marka kavramını ve bunun hukuken korunmasını Eski Mısır ve Roma uygarlıklarına kadar gerilere götürmekte¹, diğer bazıları ise marka kavramının yazının bulunmasından önce dahi var olduğunu, ancak bunun hukuken korunmasının nispeten daha yakın zamanlarda gerçekleştiğini düşünmektedir².

Kesin olan şudur ki; marka fikri ve kavramı, tam olarak bugünkü anlam ve içeriğine ulaşmak için birçok aşamadan geçmiş olsa da, eski çağlardan beri varlığını sürdüren bir olgudur. Eski Mısır, Yunan, Roma, Çin ve Mezopotamya gibi dünyanın farklı kültür coğrafyalarında bulunmuş olan vazo ve çömleklerin üzerine, tuğla ve seramik gibi ürünlerin kenarlarına, hatta giyecek eşyalarının üzerlerine işlenen desenler, figür ve semboller, o dönemlere özgü marka uygulamasının örneklerini oluşturmaktaydı. Bu işaretler; buldukları coğrafyaya ve çağa göre, kimi zaman aidiyeti, yani mülkiyeti belirtmekte, kimi zaman bir malın menşeyini veya yapıldığı hammaddeyi ortaya koymakta, kimi zaman ise o malı yapan kişinin kimliğini yansıtmaktaydılar³. Eski Türklerde de, bugün Anadolu'da yaygın olduğu şekliyle, büyük sürü sahiplerinin sürüye dâhil hayvanlarını diğer sürülere karışmasını önlemek amacıyla, marka kavramıyla eşdeğer “*damğa-tamğa*” diye tabir edilen işaretler kullanılmıştır⁴. Ancak eski çağlarda kullanılmakta olan bu işaret ve sembollerin

¹ Bkz. Aslan Kaya, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006, s. 4.

² Bkz. Kutlu Oytaç, **Karşılaştırmalı Markalar Hukuku-Endüstriyel Tasarım İçerikli**, Nobel Kitapevi, Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 2002, s. 1.

³ Bkz. Reha Poroy/Hamdi Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitpçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2006, s. 346, 352 v.d.; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Beta Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 337; Ömer Camcı, **Marka Davaları**, İstanbul 1999, s. 1, 2; Hüseyin Aydın, **Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar**, Yetkin Yayınları-Ankara, 2003, s. 59; Kaya, s. 4; Oytaç, s. 1.

⁴ Aydın, s. 62.

günümüz anlamında marka olduğunu söyleyebilmek elbette ki mümkün değildir. Bunlar marka kavramının kökenini oluşturmaktadırlar.

Günümüzde kullanılan marka kavramından bahsedebilmek için bu kavramı muhakkak mal ve hizmet ticareti ile ilişkilendirmek gerekmektedir. Bu ise, ortaçağda Avrupa'da yaygın şekilde, ticaret ve zanaat erbabının örgütlenmesiyle kurulan loncaların faaliyetleri sonucunda gerçekleşmiştir. Ticaret hayatında emtiayı, ticarethaneyi veya ticari faaliyetleri benzerlerinden ayırt etme amacı ile marka ya da diğer ayırt edici işaretlerin kullanılması fikrinin yaygınlaşması, bu loncalar eliyle gerçekleşmiştir⁵. Özellikle İtalya, Almanya, İsviçre ve Fransa'daki loncalar; kendi örgütlerini belli işaret veya sembollerle ifade etmişler, aynı lonca örgütü içinde faaliyet gösteren ticaret veya zanaat erbabı da ürettikleri veya alıp sattıkları mallarda, mensubu oldukları loncanın sembollerini kullanmışlardır. Böylelikle her loncanın ticaret konusu yaptığı emtia, bu sembollerle birbirinden ayrılmış ve günümüz anlamındaki marka kavramı ticaret hayatına yansımıştır.

Lonca mensuplarınca kullanılan bu markalar, her bir ticarethanenin ferdi markası değil, loncanın markasıydı. Her lonca kendi mesleki ve ahlaki düzenlemesine de sahip olduğundan lonca sistemi içerisinde bu markaların korunmasına ve kullanılmasına ilişkin teamüli kurallar da oluşmaya başlamıştır. Bir süre sonra, loncalar arası rekabet yerini toplum menfaatine bırakmış ve hangi ticaret malının hangi loncaya ait olduğunu belirleyebilmek amacıyla, marka kullanma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Böylece markanın köken gösterici ve ayırt edici işlevleri birbirini tamamlamıştır⁶. Orta çağ başlarında marka, Avrupa'da örfi olarak himaye edilirken, 13. yüzyıldan itibaren de kral emirnameleri marka taklidi fiillerini cezalandırmaya başlamıştır. Ancak bu emirnamelerle korunan da her bir ticarethaneye ait markalar değil lonca markalarıydı. 14. ve 15. yüzyıllardan itibaren ise ferdi markalar kullanılmaya ve himayeleri de örf yoluyla sağlanmaya başlamıştır⁷.

⁵ Kaya, s. 4.

⁶ Tekinalp, s. 338.

⁷ Poroy/Yasaman, s. 352 v.d.

Bizde ise marka kavramı ve marka hukukunun gelişimi, yukarıda anlatılan tabloyla paralellik göstermemiştir. Osmanlı İmparatorluğu dönemi ve öncesinde yaygın ve işlevsel bir lonca teşkilatı olmasına, loncaların meslek ve zanaat erbabının uyacağı meslek kurallarını belirlemesine ve uygulamasını da gözetmesine rağmen, daha önemlisi meslek gruplarını ifade eden alametler kullanılmasına karşın, ayrıca meslek ve sanat erbabını ayıran bir düzenleme yapılmamış, bireysel marka fikri gelişmemiştir⁸.

Markanın kanunlarla korunması için ise 19. yüzyıla kadar beklenmesi gerekmiştir. Yasal koruma öncelikle Kara Avrupa'sı, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde başlamış, 19. yüzyıl sonrasında da dünyaya yayılmıştır⁹. Hatta günümüzde yeni teknolojilerin gelişmesi, ekonominin küreselleşmesi, teşebbüslerin çalışma biçimlerindeki değişimler, fikri mülkiyet haklarının kısmen siyasallaştırılması, markalar hukuku alanında önemli yansımalar meydana getirmiştir¹⁰. Ticaretin uluslararası boyut kazandığı ve küreselleştiği çağımızda, ulusal düzenlemeler de yeterli olmamaya başlamış ve ülkeler çok taraflı anlaşmalar yoluyla marka hukuku konusundaki mevzuatlarını birbirine uyumlu hale getirme çabası içine girmişlerdir.

1.2. MARKAYLA İLGİLİ MEVZUAT

1.2.1. Ulusal Mevzuat

Ülkemizde marka hukukuyla ilgili ilk hukuki düzenleme, 1872 tarihli (hicri 1288) Nizamnamedir¹¹. Ancak bu Nizamname 28 Nisan 1888 tarihli (Hicri 1304) “*Fabrikalar Mamülatıyla Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alameti Farikalara Dair Nizamname*” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu ikinci Nizamname, hukuk

⁸ Kaya, s. 5.

⁹ Çağlar Özel, **Marka Lisansı Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2002, s. 26; Tekinalp, s. 338 ayrıca bkz. Camcı, s. 2–4.

¹⁰ Oytaç, Önsöz.

¹¹ Kaya, s. 6; Özel, s. 26; Poroy/ Yasaman, s. 358.

uygulamasında “Alameti Farika Nizamnamesi” olarak anılmaktadır. Her iki nizamnamenin kaynağı da 1857 tarihli Fransız Kanunu’dur¹². Alameti Farika Nizamnamesi, Cumhuriyet’in kurulmasından sonra da yürürlük kalmış ve 1965 yılına kadar hukuk sistemindeki varlığını sürdürmüştür. Ancak yürürlükte kaldığı süre içinde Nizamname’ye çeşitli değişiklikler ve ekler (zeyiller) ile müdahale edilmiştir. Son olarak; 27 Mayıs 1955 tarihinde 6591 sayılı yasa ile tescilli markalara aynen veya ilk bakışta ayırt edilemeyecek derecede benzeyen markaların reddi için hüküm eklenmiştir¹³. Ayrıca bu yasayla eklenen önemli bir değişiklik olarak, tescil taleplerinin İktisat ve Ticaret Bakanlığı’nca incelemeye tabi tutulacağı kabul edilmiştir. Bu değişiklikten önce Nizamname, Fransız sistemine uygun olarak tescil taleplerini incelemeye tabi tutmuyorken değişiklikle ön inceleme sistemi getirilmiştir¹⁴.

77 yıl yürürlükte kalan ve Osmanlı’dan Cumhuriyet’e geçen ender düzenlemelerden birisi olan Alameti Farika Nizamnamesi, yerini 3 Mart 1965 tarihli ve 551 sayılı Markalar Kanunu’na¹⁵ bırakmıştır. Zira Alameti Farika Nizamnamesi çağın çok gerisinde kalmış bir hukuki düzenlemeydi ve Türkiye’nin de taraf olduğu Paris Anlaşması’yla da uyum içinde değildi.

1939 yılında değiştirilmiş olan İsviçre Kanunu’ndan ilham alınarak hazırlanmış olan¹⁶ 551 sayılı Markalar Kanunu, Türk Hukuku’nda markaları ayrıntılı ve zamanının modern anlayışına uygun bir şekilde düzenleyen temel bir kanundu¹⁷.

¹² Tekinalp, s. 338; Oytaç, s. 2; Özel, s.26.

¹³ Aydın, s. 62.

¹⁴ Özel, s. 26, Sabih Arkan, **Marka Hukuku**, Ankara, 1997, C. I, s. 13.

¹⁵ Resmi Gazete, 12.03.1965, sayı: 11951.

¹⁶ Ayşe Nur Berzek, **Fikri Ve Sinaî Hukuk Mevzuatı**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2004, “Markaların Korunması Hakkında 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Gerekeşi- Genel Gerekeşi”, s. 237; Poroy/Yasaman, s. 359.

¹⁶ Berzek, s. 237.

¹⁷ Kaya, s. 6.

Bu kanun ise hukuk sistemindeki ömrünü 1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile tamamlamıştır.

551 sayılı Kanun, adı “Markalar Kanunu” olmasına karşın, iki ana marka türünden birisi olan ve “ticaret markası” olarak adlandırılan markaları, yani eşyalar için kullanılan markaları ele almış, fakat ikinci tür olan “hizmet markaları”nı kapsam dışı bırakmış bulunmaktaydı. Bundan başka; Kanun marka tescillerinin sınıflandırılmasına yarayan sınıflandırma sistemini ve marka tescilleri sırasında hak sahibi olan üçüncü kişilerin başvurulara itiraz etmelerini sağlayan ilan ve itiraz sistemlerini de kapsamamaktaydı¹⁸. Bu haliyle Kanun, çağın marka konusundaki ihtiyaçlarına cevap veremediği gibi Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara da uygunluk göstermemekteydi.

Belirtilen bu ihtiyaçlar neticesinde, Bakanlar Kurulu 1995 yılında çıkarılan 4113 sayılı Yetki Kanunu’na¹⁹ istinaden “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”yi (MarKHK) çıkarmıştır. Resmi Gazete’de yayınlandığı 22.06.1995 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan MarKHK’nın 82. maddesi ile 551 sayılı Markalar Kanunu, 51.-53. maddelerde yer alan ceza hükümleri hariç olmak üzere, yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Kanun’un cezaya ilişkin olan 51, 52 ve 53. maddeleri ise 03.11.1995 tarih ve 4128 sayılı Kanun’un²⁰ 5. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış, aynı madde ile MarKHK’nın 61. maddesinin arkasına 61/A maddesi eklenerek suç kabul edilen fiillere uygulanacak cezalar KHK içinde yerini almıştır. Böylelikle 551 sayılı Markalar Kanunu’nun varlığı tam anlamıyla son bulmuştur.

¹⁸ Berzek, s. 237.

¹⁹ “Patent, Faydalı Model, Coğrafi İşaretler, Endüstriyel Tasarımlar, Yaş Sebze ve Meyve Ticareti, Toptancı Halleri, Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği, Türkiye Turistik Otelciler ve Turizm İşletmecileri Birliğinin Kuruluşu, Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri ile Gıda Konularının Düzenlenmesine ve Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanunu’nun Mer’iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanunu ile Sermaye Piyasası Kanunu ve Gümrük Kanunu’nun Bazı Hükümlerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu”, R.G. 24.06.1995, S. 22323.

²⁰ “12.09.1960 tarihli ve 80 sayılı, 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı ve 10.06.1930 tarihli ve 1705 sayılı Kanunlar ile 24.06.1995 tarihli ve 551, 552, 554, 556 sayılı Kanunu Hükmünde Kararnameler ile 28.06.1995 tarihli ve 560 sayılı Kanun hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” R.G. 07.11.1995, S. 22456.

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin mehzazını büyük ölçüde Avrupa Topluluğu'nun, "Ticaret Markalarına İlişkin Olarak Üye Devletlerin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına Dair Birinci 89/104 sayılı Konsey Yönergesi" oluşturmaktadır. Bu Yönerge'den Almanya ve İsviçre'de marka ile ilgili kanunlarının hazırlanmasında yararlanılmıştır. 556 sayılı K.H.K'nın hazırlanmasında ayrıca, "Topluluk Markası Hakkında 40/94 Sayılı Konsey Tüzüğü"nden de önemli ölçüde yararlanılmıştır²¹. MarKHK'da birçok yeni düzenleme mevcuttur. 551 sayılı Markalar Kanunu'nda düzenlenmeyen "Hizmet Markaları" düzenlenmiş, bunun yanında "Ortak Marka" ve "Garanti Markası" kavramları KHK'da yerini almıştır. Ayrıca bu KHK ile uluslararası anlaşmaların öncelikle uygulanacağı hükmü de getirilmiştir. Düzenlemelerin amacı, Türk mevzuatını AB mevzuatıyla uyumlaştırmaktır. 80'li yıllardan itibaren sınaî mülkiyet haklarına dair mevzuatımızın çağdaş normlara uydurulması için çalışmalar başlatılmış ve bu çalışmalar, Avrupa Topluluğu (AT)- Türkiye Ortaklık Konseyi'nin 06.03.1995 tarih ve 1/95 sayılı kararından sonra hızlandırılmıştır. Türkiye bu kararla, kararın yürürlüğe girmesinden itibaren en geç üç yıl içinde "Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Anlaşması"nın (TRIPS) uygulamayı, fikri ve sınaî mülkiyet haklarının AT'de geçerli olan koruma düzeyine denk biçimde korunmasını sağlayacak tedbirler almayı ve ayrıca kararın yürürlüğe girmesinden önce telif-komşuluk hakları, patent, ticaret ve hizmet markaları, sınaî tasarım ve coğrafi işaretler koruması hususunda AT veya üye devletlerde kabul edilen hükümlere denk düzenlemeler getirmeyi üstlenmiştir²². Tüm bu düzenlemeler, Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne katılma amacı doğrultusunda atılan adımlardır. İşte MarKHK'da bu çerçevede uygulamaya girmiş hukuki düzenlemelerden biridir.

MarKHK'dan başka, "556 Sayılı Kanun Hükümünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik" (Marka Yönetmeliği- MarkaY.) de 05.11.1995 tarih ve 22454 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelik

²¹ Poroy/Yasaman, s. 360; Kaya, s. 8; Özel, s. 26.

²² Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 18; Aydın, s. 36.

ayrıca 18.04.1995 tarih ve 22262 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Markalar Kanunu’nun uygulama Şeklini Gösteren Yönetmelik”i de yürürlükten kaldırmıştır.

Marka Hukuku’nun ulusal kaynakları arasında sayılabilecek diğer düzenlemeler ise; 554 sayılı “Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”, bu kararnameyi yürürlükten kaldıran 06.11.2003 tarihli ve 5000 sayılı “Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun”, 14.04.1995 tarih ve 22258 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği” ve 12.03.1999 tarih ve 23637 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik”tir. Bunlardan başka, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan ve periyodik olarak güncellenen “Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmet Sınıflandırmasına İlişkin Tebliğ” de Marka Hukuku’nun ulusal kaynakları arasında sayılabilir.

1.2.2. Uluslararası Düzenlemeler

Sınaî mülkiyet hukuku ile ilgili olarak yapılan uluslararası düzenlemeler, esasen devletlerin ekonomik ve siyasi anlamda işbirliklerinin bir sonucudur. Sınaî mülkiyet genelinde ve marka hukuku özelinde düşünülecek olursa, söz konusu uluslararası anlaşmaların, hem ulusal hem de küresel anlamda markanın korunmasına ve marka hukukunun gelişmesine ivme kazandırdığı bir gerçektir. Bu anlaşmalar sonucundadır ki; taraf devletler, kendi iç mevzuatlarını uluslararası düzenlemelerle uyumlu hale getirmek gibi siyasi bir sorumluluğun altına girmekte, böylelikle marka hukuku tüm dünyada yeknesak kurallarla korunma altına alınmış olmaktadır. Türkiye de; gerek doğrudan doğruya marka ile ilgili olsun, gerekse genel olarak sınaî haklarla ilgili olsun belli başlı uluslararası anlaşmaların tarafı konumunda bir ülkedir. Zaten markalarla ilgili hukuksal anlamda yapılan atılımlar, çok büyük oranda bu anlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile ortaya çıkmıştır.

Bu çerçevede marka hukukuna ilişkin uluslararası hukuki düzenlemeleri aşağıdaki gibi açıklayabiliriz:

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

Paris Konvansiyonu, adından da anlaşılacağı gibi sınaî hakların uluslararası düzeyde korunmasını sağlamak amacıyla düzenlenen ve imzalanan en eski düzenleme²³ olarak karşımıza çıkmaktadır. Paris Konvansiyonu, yalnızca markaların değil, diğer sınaî hakların da uluslararası düzeyde korunmasını amaçlamaktadır. Bu çerçevede; sözleşmede sınaî hakların korunmasının yanında; ticaret ve hizmet markalarından başka patentler, endüstriyel tasarımlar, faydalı modeller, menşe adları, mahreç işaretleri, haksız rekabetin önlenmesi gibi hususlar düzenlenmiştir. İlk kez 20 Mart 1883 tarihinde imzalanan anlaşma ilerleyen yıllarda birçok kez tadil edilmiştir²⁴.

Türkiye ise Lozan Anlaşması'na bağlı Ticaret Mukavelesi'nin 14. maddesi uyarınca, “mülkiyeti sınıyenin himayesine dair olup, iki Haziran 1911 tarihinde Washington'da tadil edilen 20 Mart 1883 tarihli beynelmil Paris Mukavelesine, eşkâli muharrere dairesinde, iştirak etmeyi...” taahhüt etmiştir. Böylece, Türk hükümeti 10 Kasım 1925 tarihinde sözü geçen uluslararası anlaşmaya ilk defa olarak katılmıştır. Türkiye, Paris Konvansiyonu'nun daha sonraki tadillerine de katılmış bulunmaktadır²⁵.

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

Bu sözleşme 14 Temmuz 1967 tarihinde Stockholm'de imzalanmıştır ve sözleşmeyle beraber Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO: World Intellectual Property Organisation) kurulmuştur. 21 maddeden oluşan sözleşmeyle kurulan

²³ Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2003, s. 7.

²⁴ 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. Bkz. Kaya, s. 11, dn. 25, Dirikkan, s. 7, dn. 8; Poroy/Yasaman, s. 360.

²⁵ Kaya, s. 11, 12.

örgütün temel amacı; üye devletlerin katkılarıyla bütün dünyada fikri mülkiyetin korunmasını teşvik etmek, bunun için ilgili diğer örgütlerle işbirliği yapmak, fikri mülkiyet birlikleri arasında idari işbirliğini sağlamaktır. Bu amaçlar doğrultusunda örgütün görevleri; fikri mülkiyet ile ilgili yeni uluslararası belgelerin hazırlanmasına çalışmak, bu konuda ulusal mevzuatların modernleştirilmesi için çaba göstermek, geliştirmekte olan ülkelere teknik yardımda bulunmak olarak sayılabilir²⁶.

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

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

Markalar konusunda uluslararası alanda en önemli gelişmelerden birisi, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması’nın bir eki olan, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması olmuştur. 1995 tarihinde D.T.Ö. anlaşmasıyla birlikte imzalanan TRIPS, fikri haklar alanında uluslararası bir standart sağlama amacı taşımaktadır. D.T.Ö. üyesi olan tüm ülkeler, bu sözleşmenin de otomatik olarak tarafı durumundadır. Anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri azaltmak, özellikle sanayileşmiş ülkelerin uluslararası düzeyde ticareti ve sınaî mülkiyet haklarının yeterli ve etkin korunmasını, ulusal ve uluslararası icra mekanizmalarının kurulmasını sağlamaktır²⁷. TRIPS esasen mevcut iki taraflı ve çok taraflı sözleşmeleri ortadan kaldırmamakta, ancak onlara ek düzenlemeler getirmektedir²⁸. Sistem ile üye devletlere D.T.Ö. bünyesinde kurulan serbest ticaret sisteminin dışında kalmamak için, fikri hakların korunmasıyla ilgili minimum düzeydeki standartlara uyum mecburiyeti getirilmiştir.

²⁶ Marka Patent Vekilliği Yeterlilik Sınavı Hazırlık Kitabı, Deneyim Yayınları, İstanbul, 2005, s. 175; Erdoğan Karaahmet, “Sınai Mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslararası Anlaşmalar”, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt 4, S. 1-2, 1995-1996, s. 5, 6; Mustafa Ateş, **Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı Ve Sınırlandırılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 45.

²⁷ Dirikkan, s. 8.

²⁸ Sınava Hazırlık Kitabı, s. 175.

Bu anlaşma; sınaî ve edebi mülkiyet ayrımını ortadan kaldırmış ve “fikri mülkiyet” kavramını geniş anlamda kullanmıştır. Ayrıca ilaç patentlerinin genel olarak kabulünü sağlamıştır. Türkiye; TRIPS’e 25.02.1995 tarihli ve 22213 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 03.02.1995 tarih ve 1995/6525 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla taraf olmuştur²⁹.

1.2.2.4. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması

14 Nisan 1891 tarihinde imzalanan bu anlaşma, daha sonraki tarihlerde birçok kez tadil edilmiştir³⁰. Bu anlaşma ile marka sahiplerine uluslararası büroda yapılacak tek bir tescil işlemiyle anlaşmaya taraf olan ülkelerin hepsinde markalarının korunması imkânı getirilmiş bulunmaktadır. Ancak bu anlaşmaya göre bir markanın Madrid Anlaşması çerçevesinde uluslararası tescilinin ve korunmasının sağlanması için, tescil başvurusu yapılan markanın, önce kendi ülkesinde tescil edilmiş olması koşulu aranmaktadır.

Bu anlaşma çerçevesinde uluslararası tescil, marka sahibine ciddi avantajlar sağlamaktadır. Kendi ülkesinde markası tescilli olan bir marka sahibi, diğer ülkelerde de markasını tescil ettirmek istediğinde doğal olarak her bir ülkede ayrı ayrı tescil işlemlerini tamamlaması gerekmektedir. İşte bu anlaşmayla, tek bir tescil işlemiyle anlaşmaya taraf olan tüm ülkelerde markanın korunması mümkün olmaktadır. Böylece hem zaman açısından hem de maddi anlamda büyük bir külfetin önüne geçilmiş olmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, uluslar arası marka siciline yapılan tescil, bu vasıta ile markanın tevdi edildiği üye ülkelerde, milletlerarası düzeyde yeknesak bir biçimde korunan bir marka hakkının doğumuna sebebiyet vermez. İlgili markaya ilişkin korumanın içeriği ve kapsamı, korumanın talep edildiği her bir üye ülke hukukuna göre tayin edilecektir³¹.

²⁹ Sınava Hazırlık Kitabı, s. 176; Erdal Noyan, **Marka Hukuku**, Adil Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2004, s. 77.

³⁰ Anlaşma; 1900 yılında Brüksel’de, 1911 yılında Washington’da, 1925 yılında La Haye’de, 1934 yılında Londra’da, 1957 yılında Nice’de ve 1967 yılında Stockholm’de olmak üzere 6 kere tadilata uğramıştır. Bkz. İsmail Kırca, **Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)**, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005/XII, s. 5; Kaya, s. 9, dn. 20.

³¹ Kırca, s. 7.

Türkiye Madrid Anlaşması'na 1930 yılında 1619 sayılı Kanun'la taraf olmuştur. Ancak Türkiye'de yapılan marka başvurusu sayısı az olmuş, dolayısıyla Türkiye Uluslararası Tescil Bürosu tarafından ülkelere dağıtılan gelirden yeterince pay alamamış, çok sayıda yabancı markanın bu yolla Türkiye'de korunmasına rağmen bu imkândan yararlanacak yeterli sayıda Türk markası oluşmamıştır. Bu gerekçelerle Bakanlar Kurulu 1955 yılında sözleşmeden çekilme kararı almıştır³².

1.2.2.5. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşmasıyla İlgili Protokol

27 Haziran 1989 tarihinde kabul edilen bu protokol (Madrid Protokolü), Madrid Anlaşması'nın ilkelerinin tekrarlandığı ayrı bir anlaşmadır³³. Madrid Protokolü de markaların uluslararası tescilini öngörmektedir. Ancak burada amaç, Madrid Anlaşmasına yöneltilen eleştirilerin dikkate alınarak³⁴, Anlaşma'ya üye olmayan ülkelerin Protokol'e üye olması ile uluslararası marka tescilinde bütünlük sağlanmasıdır³⁵. Bunun için de Madrid Protokolü'ne üye ülke vatandaşları, belirlenen koşullarda markalarını uluslararası marka olarak tescil ettirebilmektedir³⁶. Madrid Anlaşması'yla Madrid Protokolü arasındaki önemli fark ise Protokol'ün Madrid Anlaşması'na göre daha avantajlı hükümler içermesidir. Örneğin yukarıda belirtildiği gibi, Madrid Anlaşması'nda uluslararası tescil için bir markanın öncelikle kendi ülkesinde tescil edilmiş olması şartı aranırken, Madrid Protokolü'nde bu şart aranmamakta, markanın kendi ülkesinde tescil başvuru işlemleri tamamlanmadan dahi uluslararası tescil talebinde bulunulabilmektedir. Bundan başka, Madrid Anlaşması'na göre bir markanın kendi ülkesinde herhangi bir sebeple iptali o markanın uluslararası tescilinin de iptaline yol açarken Madrid Protokolü'ne göre

³² Tekinalp, s. 75; Kaya, s. 9, dn. 20; Dirikkan, s. 7, dn. 9; Poroy/Yasaman, s. 362; Kırca, s. 10.

³³ Sınava Hazırlık Kitabı, s. 176.

³⁴ Kırca, s. 17.

³⁵ Karaahmet, s. 9.

³⁶ www.kobifinans.com.tr 14.05.2006.

ulusal tescilin iptali sonucunda, söz konusu uluslararası tescilin ulusal tescile dönüştürülmesi imkânı bulunmaktadır.

Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde, Türkiye'nin önüne koyulan yükümlülüklerden birisi de bu Protokole taraf olma zorunluluğu idi. Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'nin 1/95 sayılı kararının 8 numaralı ekinde, Türkiye'nin bu kararın yürürlüğe girmesinden itibaren üç yıl içinde Madrid Protokolüne katılması öngörülmüştür. Bu bağlamda Türkiye 05.08.1997 tarih ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Protokol'e taraf olmuş bulunmaktadır³⁷.

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

Bu anlaşma 15 Haziran 1957 tarihinde ilk kez imzalanmış, 14 Temmuz 1967 de Stockholm'de, 13 Mayıs 1977'de Cenevre'de gözden geçirilmiş ve 2 Ekim 1979 tarihinde değiştirilmiştir. Anlaşma 14 maddeden ibaret olup, birinci maddesinde bu anlaşmaya taraf olan ülkelerin bir birlik oluşturdukları ve markaların tescil amaçlarına yönelik olarak ortak bir sınıflandırma sistemi kurdukları ifade edilmektedir. Anlaşma hükümlerine göre, marka tesciline esas teşkil edecek olan mal ve hizmetler belli sınıflara ayrılmışlardır. Bu sınıflandırma sonucunda toplam 11000 mal ve hizmet; 34 ayrı mal ve 8 ayrı hizmet sınıfına ayrılmıştır. Bunlar da kendi içlerinde alt sınıflara ayrılmaktadır. Bu sınıflandırma her üç yılda bir uzmanlar komitesi tarafından gözden geçirilmekte ve yenilenmektedir.

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.

³⁷ Tekinalp, s. 75; Kaya, s. 10, dn. 21.

1.2.2.7. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması

Viyana Anlaşması 12 Haziran 1973 tarihinde Viyana’da hazırlanmış ve 1 Ekim 1985’te tadil edilmiştir³⁸. Anlaşma, şekilli elemanlardan oluşan veya şekilli elemanları içeren markalara ilişkin olarak bir sınıflandırma sistemi öngörmektedir. Nice Anlaşması’ndan farklı olarak Viyana Anlaşması’nda markaların mal ve hizmetler için değil, markanın kendi üzerinde mevcut şekilli elemanlarının sınıflandırılması sağlanmıştır. Türkiye bu anlaşmaya 13.08.1995 tarih ve 22373 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile katılmıştır.

1.2.2.8. Marka Kanunlarının Harmonizasyonu Anlaşması

Anlaşma 27 Ekim 1994 tarihinde Cenevre’de kabul edilmiştir. Bu anlaşmayla ulaşılmak istenen amaç, marka tescil prosedürlerini basitleştirip harmonize etmektedir. Bu amaç doğrultusunda marka tescili prosedürü; tescil başvurusu, tescil ve tescil sonrası işlemler olarak üçe ayrılmıştır. Her bir aşama için ulusal ofislerce yürütülecek işlemlerin ve talep edilecek belgelerin tek tip olması hedeflenmiştir.

Türkiye’nin Anlaşma’ya katılmasını uygun bulan 5118 sayılı Kanun 14.04.2004 tarih ve 25433 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Anlaşma metni ise 23.09.2004 tarih ve 25592 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

1.3. MARKANIN TANIMI

Üretici ve ürünün son tüketiciye ulaşması zincirinde yer alan her bir girişimcinin temel amacı, ürünü özel bir işaret ile rekabet alanına koymak ve bu yolla piyasadaki yerini sağlamlaştırmaktır. Günümüzde; markaların iktisadi yaşamın vazgeçilmez bir parçası olması, hem mallar hem de hizmetler açısından her türlü yatırım için geçerlidir³⁹. Bu anlamda marka, esas itibarı ile üretilmiş olan bir mal

³⁸ Kaya, s. 10, dn. 23; Noyan, s. 79.

³⁹ Özel, s. 25.

veya hizmete hüviyet kazandıran bir işarettir⁴⁰. Küresel ticaretin inanılmaz bir hızla geliştiği çağımızda, teşebbüsler üretip pazarladıkları sayısız mal veya hizmeti diğerlerinden daha cazip hale getirmek amacıyla, onları birbirinden ayıran işaretlerden faydalanmaktadırlar. Sinaî mülkiyet haklarından birini oluşturan marka, bu haliyle kendiliğinden ticari bir değere kavuşmuştur⁴¹.

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin yürürlükten kaldırdığı 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 1. maddesinde, markanın tanımı şu şekilde yapılmaktaydı: “*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda imal izhar istihsal olunan veya ticarete satışı çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalajı üzerine konan, emtia üzerine konulamadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır.*” Görüldüğü gibi eski Kanun'da yapılan marka tanımı, kavramın çağdaş anlamını karşılamaktan oldukça uzak ve eksik bir tanımdır. Eski Kanun; sadece ticaret markalarını, yani mallara ilişkin markaları dikkate almakta, hizmet markalarını kapsam dışı bırakmaktadır. Eski Kanun'da marka kavramına ilişkin bu zaaf 556 sayılı KHK ile giderilmiştir.

Daha önce de belirtildiği gibi; 556 Sayılı KHK, kaynağını Avrupa Topluluğu Konseyinin 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104 sayılı direktifinden ve 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğü'nden almaktadır⁴². Direktifin 2. ve Tüzüğün 4. maddelerinde marka şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların veya ambalajlarının biçimi gibi grafik olarak temsil edilebilen her türlü işaretleri içerir.*”

⁴⁰ Hakan Karan/Mehmet Kılıç, **Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat**, Turhan Kitabevi, 1. Bası, Ankara, 2004, s. 33.

⁴¹ Camcı, s. 127.

⁴² Karan/Kılıç, s. 29.

TRIPS m. 15 ise marka kavramıyla ilgili olarak bu düzenlemelere paralel bir tanım getirmiştir. Buna göre: *“Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka meydana getirebilir. Bu kapsamda, kişi adlarını da içerecek şekilde özellikle sözcükler, harfler, rakamlar, şekilli öğeler, renk kombinasyonları ve bu sayılan işaretlerin kombinasyonları marka olarak tescil edilebilir.”*

556 Sayılı KHK'nın 5. maddesi de esasen markanın içereceği işaretleri göstermek maksadını taşısa da dolaylı bir şekilde⁴³ marka kavramına ilişkin ayrıntılı bir tanım yapmıştır. Buna göre *“Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.”* Bu marka tanımının önemi, hangi unsurların marka olarak tescil edilebileceğine ve korunacağına ilişkin çerçeveyi çiziyor olmasındadır. Görüldüğü gibi, kaynağını oluşturan belgelerle KHK arasında küçük de olsa birtakım farklar bulunmaktadır. Ancak yine de KHK uluslararası uygulamalara paralel olarak marka kavramına sınırlama getirmemiş ve marka kavramının tanımından kaçınmış ve bu kavram *“markanın kapsayacağı işaret”* olarak ele alınarak, yeni marka kullanım şekillerinin kapsam dışı kalması önlenmiştir⁴⁴. Hatta kaynak düzenlemelerde mevcut olmayan *“veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen”* *“her türlü işaret”* ifadeleriyle marka olabilecek işaretlerin kapsamı konusunda daha da geniş bir anlayış benimsenmiştir. Yani bu madde için sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerli olmayacaktır. Bu yorum şekli TRIPS m. 15/I'e de uygundur⁴⁵.

Esasen marka kavramının tanımı yalnızca KHK'nın 5. maddesinde değil, başka maddelerinde de yer almaktadır. Ancak KHK'nın diğer maddelerinde bulunan

⁴³ Tekinalp, s. 343; Kaya, s. 13.

⁴⁴ Berzek, s. 238.

⁴⁵ Karan/Kılıç, s. 29.

marka tanımlarının hiçbirisi marka kavramının asgari unsurlarını karşılamaya muktedir değildir. Örneğin, MarKHK'nın "tanımlar" başlıklı 2/I (a) maddesinde markaya ilişkin olarak, "*ortak markalar ve garanti markaları dâhil ticaret markaları veya hizmet markaları*" şeklinde tanım yapılmıştır. KHK'nın 54. ve 55. maddelerinde de ortak markalar ve garanti markalarına ilişkin tanımlar yapılmıştır. Fakat ticaret ve hizmet markalarına ilişkin tanımlar KHK'da yer almamaktadır. Bunlara ilişkin tanımlar ise Marka Yönetmeliği'nin 8.⁴⁶ ve 9.⁴⁷ maddelerinde yapılmış bulunmaktadır. Ancak görüldüğü gibi, KHK'nın 5. maddesinde dolaylı olarak yapılmış tanım dışındaki tanımların hiçbirisi marka kavramını açıklamakta yeterli olamamaktadır.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, MarKHK'nın 5. maddesinde markaya ilişkin olarak dolaylı da olsa yapılan tanımın güncel marka hukuku anlamında tatmin edici bir tanım olduğuna şüphe yoktur. Buna göre markayı, "*bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret veya işaret kombinasyonları*" şeklinde tanımlamak yanlış olmayacaktır.

1.4. MARKANIN UNSURLARI

556 sayılı MarKHK'nın 5. maddesinde yapılan marka tanımı irdelendiğinde , bu tanımdan markayı oluşturan unsurların neler olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre markanın unsurları:

aa. İşaret

bb. Ayırt edici niteliğe sahip bulunma

olarak sayılabilir.

⁴⁶ Marka Yönetmeliği m. 8: "*Ticaret Markası, bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir.*"

⁴⁷ Marka Yönetmeliği m. 9: "*Hizmet Markası, bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir.*"

Doktrinde birtakım yazarlar, KHK m. 5'te zikredilmiş olması dolayısıyla, "teşebbüs" kavramını da markanın unsurları arasına dâhil etmektedir. Bu görüşe göre marka hakkına sahip olabilmek için ticari işletme anlamında bir teşebbüsün varlığı şarttır. Arkan, KHK'nın 5. maddesindeki "teşebbüs" kelimesinin yerinde kullanılmadığını ve "işletme" kelimesinin amaca daha uygun olduğunu savunmuştur. Arkan'a göre "işletme" kavramı, kanun koyucunun amacına daha uygun düşmektedir, zira KHK'nın başka birçok yerinde ve Uygulama Yönetmeliği'nde "teşebbüs" kavramı değil "işletme" kavramı kullanılmıştır⁴⁸. Diğer birtakım yazarlar ise "teşebbüs" kavramını markanın unsurları arasına dâhil etmemektedir. Bu görüşe göre; KHK marka tescili için ticari işletme anlamında bir teşebbüsün varlığını şart koşmamıştır. Bir gerçek ya da tüzel kişi herhangi bir ticari işletmeye veya teşebbüse bağlı olmadan da bir işareti marka olarak tescil ettirebilir. Tekinalp'e göre markanın tanımındaki "teşebbüs" kavramı tanım unsuru niteliğini haiz değildir. KHK m. 5'te "teşebbüs"ten ayırt etme ögesi olarak söz edilmiştir. Kanun koyucu "teşebbüs" sözcüğünü bilerek "ayırt etme" kavramıyla bağlantı kurarak kullanmış ve böylece marka sahibi olabilecek kişilerin çerçevesini genişletmiştir⁴⁹.

Kanımızca bu ikinci görüş daha isabetlidir. AT Komisyonu da işletme kavramını geniş bir şekilde yorumlamaktadır. Buna göre; üretim, dağıtım veya hizmet verme gibi ticari ve ekonomik faaliyetlerle uğraşan tek kişinin işlettiği dükkândan büyük sanayi şirketlerine kadar bütün ekonomik varlıklar işletmedir⁵⁰. 4054 sayılı Rekabeti Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesi de teşebbüsü "*Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzelkişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler*" olarak tanımlamaktadır. Bu çerçeveden bakılarak, MarKHK'nın 5. maddesinde "teşebbüs" kavramının "işletme" kavramını da kapsayacak şekilde geniş bir anlamda ve marka kavramının çerçevesini genişletmek maksadıyla kullanıldığı

⁴⁸ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 36.

⁴⁹ Tekinalp, s. 350, aynı doğrultuda görüş için bkz. Kaya, s. 15, dn. 5 ve s. 16; Poroy/Yasaman, s. 346; Karan/Kılıç, s. 33: "Teşebbüs" kavramının markanın unsuru olmadığı görüşüne katılan Karan/Kılıç, bu kavram yerine KHK'nın 3. maddesinde kullanılan "kişi" kavramının kullanılmasının uygun olacağı, zira bazı hizmetler için ne teşebbüse ne de işletmeye gerek olduğu görüşündedir.

⁵⁰ İ. Yılmaz Aslan, **Rekabet Hukuku**, Ekin Kitabevi, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2005, s. 37.

düşünülmelidir. Bu sebeple, bu çalışmada “teşebbüs” kavramına markanın unsurları arasında yer verilmeyecektir.

Ancak normlar arasında bir çelişkinin olduğu da gerçektir. Kanun koyucu teşebbüs kavramını bilinçli olarak ve genişletme işlevi görmesi için 5. maddeye eklerken MarKHK’nın başka birçok yerinde ve Uygulama Yönetmeliği’nde aynı hassasiyeti göstermemiştir. Yönetmeliğin 4/3. maddesinde “teşebbüs” yerine “işletme” kavramına yer vermiştir. Buna göre marka “bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları ve/veya hizmetleri, başka işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan ticaret ve/veya hizmet markası olarak nitelendirilebilen işareti ifade eder.” Maddede işletme kavramına yer verilerek marka kavramıyla ticari işletme kavramı birbirine bağlanmıştır. Bu sebeple ticari işletme kavramının markanın bir unsuru olduğu izlenimi doğmaktadır. Yine Yönetmeliğin 23/1-h maddesinde, lisans için gerekli belgeler arasında “başvuru sahibinin ticaretle uğraştığını gösterir belge” ye yer verilmesi, marka hakkına sahip olabilmek için bir ticari işletmenin varlığının arandığı izlenimini doğurmaktadır. Normlar arasındaki bu çelişkinin giderilmesi, KHK ve Yönetmelikteki “işletme” kelimelerinin teşebbüs olarak değiştirilmesi gerekmektedir. Markanın unsurları marka kavramının anlaşılması bakımından daha ayrıntılı olarak aşağıda incelenmektedir:

1.4.1. İşaret

Markanın bir cümlelik tanımı “ bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan her türlü işaret” şeklinde yapılırsa, markanın başlıca unsurunun işaret olacağına şüphe yoktur. KHK’da kullanılan anlamıyla işaret, yalnızca görme duyusunun algılayabileceği unsurlardan meydana gelmemektedir⁵¹. Yani “işaret” sözcüğü, yalnızca bir simge ya da şekli değil⁵², daha geniş bir çerçeveyeyle kişi adları, harfler, grafikler, tasarımlar, logolar, sloganlar, üç boyutlu şekiller, renkler, melodiler ve hatta tat ve kokuları veya

⁵¹ Poroy/Yasaman, s. 345; Kaya, s. 17.

⁵² Tekinalp, s. 343; Necati Meran, **Marka Hakları ve Korunması**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Bası, Ankara, 2004, s. 28; Kaya, s. 17.

bunların kombinasyonlarını içeren bir kavramdır⁵³. Zaten markanın tanımına dolaylı olarak yer veren KHK m. 5'in amacı da esasen, başlığından da anlaşılacağı gibi "markanın içereceği işaretler" i düzenlemektir⁵⁴.

Madde metninde "...kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret..." ifadesi yer almaktadır. Bu ifadedeki "...veya benzer biçimde ifade edilebilen..." ve "...her türlü işaret..." kriterleri, madde metninde sayılan örneklerin tahdidi, yani sınırlı sayıda (numerus clausus) olmadığını, bu kriterlere uyan tüm işaretlerin marka kavramı içine dâhil olabileceğini açıkça ortaya koymaktadır⁵⁵. Ayrıca marka olabilecek işaretlerin kombinasyonları konusunda niteliksel veya niceliksel bir kısıtlama da söz konusu değildir. Marka, birden fazla sözcükten, sözcük, şekil ve renk kombinasyonundan oluşabilir. Tekinalp bu serbestiyi "seçimde genişlik ilkesi" olarak tanımlamış ve bu ilkenin MarKHK'nın temel ilkelerinden biri olduğunu vurgulamıştır⁵⁶. Maddede böyle genel bir tanım yapılmasının sebebi, yeni marka kullanım şekillerinin korumadan mahrum kalmasını engellemektir. Zira dünyada zaten sınırlı sayıda bulunan bu işaretlerin kapsamının sınırlandırılması veya daraltılması, yeni işletmelerin ya da mal veya hizmetlerin piyasaya girişini oldukça zorlaştıracaktır⁵⁷.

Madde metninde yer alan "...çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret" ifadeleri üzerinde başka bir açıdan ayrıca durmak gerekmektedir. Bu ifade aynı zamanda marka olabilecek işaretin başka bir zorunlu özelliğini de ortaya koymaktadır. Bu, işaretin "grafik olarak tasarlanabilirliği" şartıdır.

⁵³ Poroy/Yasaman, s. 345.

⁵⁴ Kaya, s. 16.

⁵⁵ Tekinalp, s. 344; Sınava Hazırlık Kitabı, s. 20; Karan/Kılıç, s. 30 ve aynı sayfa dn. 46'daki yazarlar.

⁵⁶ Bkz. Tekinalp, s. 344; Kaya, s. 17.

⁵⁷ Karan/Kılıç, s. 29; Berzek, s. 238.

MarKHK'ya kaynak teşkil eden Konsey Direktifi'nde ve AB Marka Tüzüğü'nde “*grafik olarak tasvir edilebilme*” şeklinde tanımlanmış olan bu ifade, KHK'nın 5. maddesine “*çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme*” olarak yansımıştır. Marka olacak işaretin bu zorunlu özelliği dolayısıyla bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için aranan şart, söz konusu işaretin grafik olarak tasvir edilebilmesidir⁵⁸. Bu bağlamda; renklerin, sözcük, şekil ve sayıların grafik olarak tasvirinde problem yoktur. Ses, tat ve kokunun da marka olarak tescil edilip edilmeyeceği tartışmasında ise bu unsur başat rol oynamaktadır. Bir nota veya sonagram ile tespit edilmesi durumunda ses veya melodiler, kimyasal bir formülasyonla ortaya konulması durumunda kokular, tatlar ya da dokular da grafik olarak tasvir edilmiş olma özelliğine sahip olacaklar ve bu sebeple marka olarak tescil edilebileceklerdir⁵⁹.

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

1.4.1.1. Kişi Adları

Kişi adları unsuru, KHK'nın 5. maddesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan telaffuz edilmiştir. Bu sebeple gerçek kişilerin ad ve soyadları ile tüzel kişilerin unvanları, işletme adları marka olarak tescil edilebilecektir⁶⁰. Ayrıca, bu adların bir kısmının, belli bir parçasının da marka olarak tescili mümkündür⁶¹.

⁵⁸ Tekinalp, s. 344. Yazar bu şartı “*somutluk*” kavramıyla tanımlamıştır; Kaya, s. 14; Esin Çamlıbel Taylan, **Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2001, s. 31. Yazar, işaretin grafik olarak tasvir edilebilme zorunluluğunu, markanın ayrı bir unsuru olarak ele almış ve “*Şekille Görüntülenebilme ve Benzer Şekilde İfade Edilebilme*” olarak tanımlamıştır.

⁵⁹ Tekinalp, s. 347; Kaya, s. 26–27, Karan/Kılıç, s. 38–39; Sevilay Eroğlu, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 95 v.d.; Gül Okutan Nillson, “Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 23, Sayı 1–2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, s. 579 v.d.

⁶⁰ Örneğin: Faruk Saraç, Sabri Özel, Mithat, Kamil Koç, Phillip Morris, Kemal Tanca v.b.

⁶¹ Örneğin: Eczacıbaşı, Koç, Sabancı, Dr. Oetker v.b.

Üstelik kullanılan adın mutlaka kullanana ait olması da gerekmemektedir⁶². Ad veya unvanı koruyan kanuni düzenlemelere ve bilhassa kişilik haklarına hanel getirmemek kaydıyla bir başkasına ait olan ad veya unvan dahi marka olarak kullanılabilir⁶³. Bunun dışında, sanatçı adlarının ve müstear adların (lakapların) da marka olarak kullanılabilen işaretler arasında olduğuna şüphe yoktur.

1.4.1.2. Sözcükler

Sözcükler de marka olabilecek işaretler arasında sayılır. Hatta istatistiksel olarak en çok kullanılan markalar sözcüklerden oluşan markalardır⁶⁴. Kullanılan sözcüğün hangi lisandan olduğunun bir önemi de yoktur. Hatta sözcüğün bir anlamı olması, sözlükte bir karşılığının olması da aranmaz. Tamamen uydurma sözcükler de marka olabilirler. Markalar, sadece bir sözcükten ibaret olabilecekleri gibi, birden fazla sözcüğün kombinasyonundan müteşekkil de olabilirler. Bu anlamda, sloganların da marka olarak tescil edilmelerinde hiçbir sakınca yoktur. Örneğin İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin gaz dağıtımını ile işgal eden şirketi, "İgdaş" markası yanında "İgdaş Gökyüzüyle Arkadaş" sloganını da marka olarak kullanmaktadır^{65 66}.

Marka olabilecek sözcük grubunun en fazla kaç kelimededen oluşması gerektiği konusunda KHK'da herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. 551 sayılı eski Marka Kanunu'nun 4/b maddesi, bu konuda bir sınırlama getirerek marka olarak tescil edilecek sözcüklerin en fazla beş kelimededen müteşekkil olmasını arıyor, beş kelimeyi aşan sözcük gruplarının marka olarak tesciline imkân tanımıyordu. Ancak 556 sayılı KHK bu anlayıştan vazgeçmiş ve kelime sayısı konusundaki bu sınırlamayı ortadan kaldırmıştır.

⁶² Kaya, s. 22; Karan/Kılıç, s. 34.

⁶³ Karan/Kılıç, s. 34'ten naklen Mollet-Vieville, T.: Absolute Grounds For Refusal, s. 183.

⁶⁴ Sami Karahan/Cahit Suluk/Tahir Saraç/Temel Nal, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 1299.

⁶⁵ Kaya, s. 18.

⁶⁶ "İgdaş" aynı zamanda söz konusu şirketin ticaret unvanında yer alan bir sözcüktür. Bu durum işletme adının veya ticaret unvanının marka olarak kullanılabilmesine örnek teşkil eder.

Marka olarak kullanılacak sözcüğün coğrafi bir yer adı olması durumunda konunun ayrıca ele alınması gerekir. Genel ilke bakımından coğrafi yer adlarının marka olarak tescilinde de herhangi bir hukuki sakınca bulunmamaktadır⁶⁷. Ancak bu adların marka olarak kullanılması için bir takım sınırların mevcudiyetinden de bahsetmek gerekir. Bu sınırlar çerçevesinde coğrafi bir yer adı iki şekilde marka olarak kullanılabilir.

Birinci durum, coğrafi yer adının tek başına veya ana unsur olarak marka olması ve kullanıldığı mal veya hizmetle 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 bariz bir şekilde ayırt edici nitelik kazanmış olması halinde mümkündür^{68 69}.

İkinci durum ise, coğrafi yer adının, birden çok sözcükten oluşan bir markada sözcüklerden birisini oluşturması halidir. “İstanbul Modern”, “Nuh’un Ankara

⁶⁷ “...coğrafi işaretlerin marka olarak alınabileceği yönünde açık bir düzenleme yok ise de, maddenin genel düzenlemesi ve özellikle son sözcüklerden bu gibi yer isimlerinin de marka olarak tescil edilebileceği kanısın vermektedir. Nitekim doktrinde de bölge veya şehir adlarının marka olarak tesciline ilke olarak engel bulunmadığı benimsenip savunulmuştur...” (Karan/Kılıç, s. 45, 46’dan naklen, Yargıtay 11. H.D., 26.11.1999, E. 1999/5790, K. 1999/9590)

⁶⁸ Kaya, s. 20.

⁶⁹ “... davacı şirket davalı adına tescilli Çırağan markasının KHK’nın 42/b maddesi gereğince hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiştir...” Çırağan” adı davalı şirketin unvanını taşıyan otel kompleksinin bulunduğu yerdeki saraydan gelmektedir. Bu yerde ilk kez 17. yüzyılda ilk saray binası yapıldıktan sonra Osmanlı sultanlarından III. Ahmet zamanında Nevşehirli Damat İbrahim Paşa tarafından yaptırılan saray bahçesinde (1730) saray erkânının katıldıkları Çırağan (Çerağan) eğlencelerinin yapılmasından bu yana Sultan I. Mahmut, Sultan III. Selim ve nihayet Sultan Abdülaziz zamanında onarım ve yeniden yapılan saraylara hep bu ad verilmiş, bir başka deyişle bu yerde yapılan saraylarla Çırağan adı özdeşleşmiş bulunmaktadır. En son olarak söz konusu saray binası ise, geçen yüzyıl başlarında (19.01.1910) çıkan yangın sonucu tamamen yanmış ve enkaz olarak kalan dış duvarlar restore edilerek ve içi yeniden aslına uygun şekilde davacı tarafından inşa edilmiş olduğu anlaşılmaktadır... Söz konusu saray kalıntısı ve arsa için Maliye Hazinesi tarafından davacı şirket lehine 49 yıl süreyle irtifak hakkı tesis edilmiş, davacı taraf kalıntısını restore edip yanındaki arsaya da 5. yıldızlı otel inşa ederek tamamını “Çırağan Palace Hotel Kempinski” adı altında işletmektedir. Bütün bu açıklamalardan “Çırağan” sözcüğünün “Çırağan Sarayı”yla özdeşleşmiş bulunmasına ve Milli Emlak Müdürlüğü’nce verilen irtifak hakkına ilişkin protokolde irtifak konusu taşınmazın “Çırağan Sarayı ve bitişiğindeki arsa” olduğuna ve böylece “Çırağan” adının da davacı tarafından kullanılmak üzere devredildiğinin kabulünün gerekmesine, Çırağan adı Çırağan Sarayını çağrıştırdığına göre, bu sözcüğün öncelikli olarak kullanma hakkının sözleşme uyarınca davacıda olduğu kabul edilerek, davalının 42. sınıf mal ve hizmetler için tescil ettirdiği “Çırağan” markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmamıştır...” (Yargıtay 11. H.D., T. 25.06.2000, E. 2000/2127, K. 2000/5561 sayılı kararı.)

Makarnası”, “İstanbul Şarabı” gibi markalar bu durma örnek olarak verilebilir. Bu durum da coğrafi yer adının marka olarak kabul edilebileceği durumlardandır.

Bu arada, burada kullanılan “coğrafi yer adı” kavramıyla “coğrafi işaret” kavramlarını birbirinden ayırmak gerekmektedir. 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 3. maddesine göre, “*Belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaret*” olarak tanımlanan coğrafi işaretler “menşe adı” ve “mahreç işareti” olarak ikiye ayrılır. Menşe adlarının kullanılabilmesi için ürünün belli bir yöre, bölge ya da alanda işlenmesi, üretilmesi ve diğer işlemlerinin tamamlanması gereklidir. Ürünle ilgili sayılan bu işlemlerin ancak ve sadece o yörede yapılması durumunda ürün o menşe adını kullanabilir⁷⁰. Dolayısıyla menşe adının kullanılabilmesi için ürünle coğrafi köken arasındaki bağ çok kuvvetli olmalıdır⁷¹. Mahreç işaretlerinin kullanılabilmesi için ise, ürünün ait oldukları bölge veya alan dışında üretilmeleri mümkün olmakla birlikte, o ürünün söz konusu yöreyle ilgili hammadde, üretim yöntemi, doğal özellikleri gibi birtakım özellikleri taşıması gerekmektedir⁷². Daha net bir ifadeyle menşe adının aksine, mahreç işaretinde ürünün tüm veya esaslı özelliklerini yöreden alması gerekmekte, birtakım özelliklerini bu coğrafya dışında da alabilmektedir. Mahreç işaretine konu olacak ürünün üretimi işlenmesi veya hazırlanması işlemlerinden en az birinin sınırları belirlenen coğrafyada gerçekleşmesi yeterlidir⁷³.

Coğrafi işaretlerle markalar arasında önemli farklar vardır. Marka evleviyetle bir malın veya hizmetin belirli bir teşebbüs tarafından imal edildiğini veya piyasaya sunulduğunu gösterirken, coğrafi işaretler üzerine konulduğu malın belirli bir bölge

⁷⁰ Örnek: Amasya elması, Bozcaada şarabı gibi...

⁷¹ Gökmen Gündoğdu, **Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı Ve Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 62 v.d.

⁷² Örnek: Trabzon ekmeği, Maraş dondurması, Isparta halısı gibi...

⁷³ Gündoğdu, s. 66 v.d.

veya alan dâhilinde ya da o yöreye özgü koşullarda üretildiğini gösterir. Marka özünde bireysel ayırt işarettir, oysa coğrafi işaret kolektif bir tanıtma vasıtasıdır⁷⁴.

Coğrafi yer adlarının yukarıda sayılan kullanım biçimlerinden farklı olarak, coğrafi işaretler kolektif nitelik taşırlar ve bu nitelikleriyle marka olarak tescil edilmeleri mümkün değildir. Bu husus 556 sayılı MarKHK m. 7/(c) ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK m. 18/1 ile hüküm altına alınmıştır. Buradaki ölçü; coğrafi yer adının mal ve hizmetlerin coğrafi kaynağı konusunda yanıltıcı olmamasıdır. Eğer yanıltıcılık söz konusu değilse coğrafi yer adı marka olarak tescil edilebilecektir. Örneğin, “İstanbul” sözcüğü şarap için marka olarak tescil edilebilecektir. Zira İstanbul bağcılık ve şarapçılıkta ünlü bir bölge değildir. Oysa “Bozcaada” sözcüğü bir şarap markası olarak tescil edilemeyecektir. Çünkü bağcılık ve şarapçılıkta ünlü bu coğrafi yer adının kullanılması tüketicinin, ürünün coğrafi kökeni konusunda yanılmaya sevk edebilir⁷⁵.

1.4.1.3. Şekiller

Marka olarak kullanılacak işaretlerden bir diğeri şekillerdir. Bu kavramın içine, çizimler, resimler, tasarımlar, desenler, geometrik şekiller, armalar, amblemler, rölyefler, logolar, hologramlar, grafikler, fotoğraflar, etiketler vb. işaretler girebilir⁷⁶. Elbette ki yalnızca iki boyutlu şekillerin değil üç boyutlu şekillerin de marka olarak kullanılabilmesi mümkündür⁷⁷. 556 sayılı KHK m. 5’deki “...şekiller, ...malların biçimi ve ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen...” ifadeleri bunu ortaya koymaktadır.

Ancak, MarKHK m. 7/1 marka olabilecek şekiller konusunda bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, marka olarak kullanılacak olan işaret, malın özgün doğal

⁷⁴ Kaya, s. 21.

⁷⁵ Poroy/Yasaman, s. 365, 366.

⁷⁶ Örneğin: Lacoste markasının timsah şekli, Coca Cola ve Pepsi’nin şişe şekilleri, Mercedes’in yıldızı gibi...

⁷⁷ Karan/Kılıç, s. 35; Sabih Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası, Ankara, 2004, s. 259; Karahan/Suluk, s. 130.

yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeriyorsa marka olarak tescil edilemez. Örneğin bir portakal üreticisinin ürettiği ürünlere ilişkin portakal resmini veya fotoğrafını ya da pencere üreticisinin ürettiği pencerelerin resmini marka olarak tescili mümkün olmayacaktır.

1.4.1.4. Harfler

Marka olarak seçilen işaret bir veya birden fazla harfin bir araya gelmesinden oluşabilir⁷⁸. Bu harflerin hangi alfabeden alındığının da bir önemi yoktur. Ancak kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmamış olan bir harfin tek bir kişinin inhisarına bırakılmamasına da özen gösterilmelidir. Yani tek bir harfin marka olarak seçilmesi ve bunun tescil ettiren kişinin tekelinde olması mümkün olmamalıdır. Bu sebeple tek bir harf marka olarak kullanılacaksa bu harfe ayırt edici nitelik kazandırılması gerekmektedir^{79 80}.

1.4.1.5. Sayılar

Bir marka sayılardan müteşekkil de olabilir. Harfler için yapılan açıklamaların hepsi sayılar için de geçerlilik taşımaktadır⁸¹. Sayılar konusunda da, bir sayının veya rakamın marka olarak seçilmesi ve bunun tescil ettiren kişinin tekelinde olması mümkün olmamalıdır. Bu sebeple, bir sayı marka olarak kullanılacaksa bu sayı ya da rakama ayırt edici nitelik kazandırılması gerekmektedir⁸².

⁷⁸ Örneğin: HP, İGS, MNG.

⁷⁹ Şule Özdal, **Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler**, Beta Yayınları, İstanbul 2005, s. 117; Kaya, s. 23; Karan/Kılıç, s. 36'dan naklen Mollet-Vieville, T.: Absolute Grounds For Refusal, s. 187; Karahan/Suluk, s. 131.

⁸⁰ Örneğin: Migros'un veya Mc. Donalds'ın belli tonda bir renkle ve özel bir şekille ayırt edici hale getirilmiş "M" harfleri gibi...

⁸¹ Bkz. Özdal, s. 116–118.

⁸² Örneğin: Deodorant markası olarak "8×4"ün veya marketler zinciri markası olarak "7 Eleven"ın kullanılması gibi...

1.4.1.6. Renkler

Salt bir rengin marka olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu doktrinde tartışmalı bir konudur⁸³. Tıpkı harfler ve sayılarda olduğu gibi doğadaki ana renklerin veya yapay renklerin tek başlarına marka olması ve tek bir kişinin tekeline bırakılması hukuken mümkün olamaz⁸⁴. Nitekim Yargıtay da bir kararında 551 sayılı Kanun'un 4. ve 556 sayılı KHK'nın 5. maddesine göre "...renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağı... gökkuşağında yedi renk bulunduğu, renklerin üzerinde tekel hakkının tanınması halinde bir kısım firmaların renk kalmadığından faaliyet yapamamaları gibi garip bir sonuçla karşılaşılacağı..." gerekçesiyle davanın reddine karar veren yerel mahkeme kararını onamıştır⁸⁵. Renklerin marka olarak kullanılabilmesi için kendi başına veya başka renklerle beraber de olsa bir figür, kombinasyon şeklinde ayırt edici nitelik kazanmış olmaları gerekmektedir.

1.4.1.7. Çizimle Görüntülenebilen Veya Benzer Biçimde İfade Edilebilen, Baskı Yoluyla Yayınlanabilen Ve Çoğaltılabilen Her Türü İşaret

Daha önce de belirttiğimiz gibi; MarKHK 5. maddesinde somut olarak saydığı işaretlerin yanında "...çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret..." ifadesiyle marka olabilecek işaretlerin kapsamını sınırlamamış, bu konuda serbesti tanımıştır. Yani somut olarak sayılanlardan başka, belli kriterlere uygun işaretlerin marka olarak kullanılabilmesinin altı çizilmiştir. Bu kriterler ise "...çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret..." ifadesiyle belirlenmiştir. MarKHK'ya kaynak olan uluslararası metinlerde bu ifadenin karşılığı olarak, "grafik olarak tasvir edilebilme kabiliyeti" ifadesi kullanılmıştır⁸⁶.

⁸³ Kaya, s. 30, dn. 41'den naklen, Völker, Stefan/Semler, Jörg; Markenschutz für Farben und Farbkombinationen, GRUR 1998, Heft 2, s. 95; Kemal Şenocak, "Soyut Renk Markaları", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara-2003, s. 78 v.d., 117.

⁸⁴ Özdal, s. 124.

⁸⁵ Kaya, s. 30, dn. 42'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 07.07.1997, E. 1997/3559, K. 1997/5453.

⁸⁶ Bkz. 89/104 sayılı Yönerge m. 2, 40/94 sayılı Tüzük m. 4.

Yani grafik olarak tasvir edilebilmek suretiyle, maddede somut olarak sayılanlardan başka unsurlar da marka olarak kullanılabilir. Bu kapsamda olmak üzere; bir nota veya sonagram ile tespit edilmesi durumunda ses veya melodilerin⁸⁷, kimyasal bir formülasyonla ortaya konulması durumunda kokuların, tatların ya da dokuların da marka olarak tescili mümkün olacaktır⁸⁸.

1.4.2. Ayırt Edici Niteliğe Sahip Bulunma

Marka olarak kullanılacak işaretin diğer bir özelliği ise ayırt edici olmasıdır. Bu anlamda işaret; bir mal veya hizmeti somutlaştıracak, onun yalnızca duyu organları tarafından algılanmasının ötesinde ona ayrı bir kimlik verecek ve gözümüzde somut bir mal veya hizmet olarak canlanmasına sebebiyet verecektir. Böylelikle söz konusu mal veya hizmeti insan zihninde diğerlerinden farklı kılabilecek güçte olmalıdır⁸⁹. Esasen bir malı/hizmeti hangi teşebbüs piyasaya arz ederse etsin, arz edilen mal/hizmet kavram olarak diğer teşebbüsününkinin aynıdır. Örneğin, “otomobil” kavram olarak tek bir malı ifade ederler. Ancak (X) teşebbüsünün ürettiği otomobil ve (Y) teşebbüsünün ürettiği otomobil birbirinden farklıdır. İki ayrı firmaya ait otomobillerin birbirinden ayırt edilmesini sağlayacak olan ise (X)’in ve (Y)’nin ürünleri için kullandıkları işaretlerdir. İşaretin ayırt edici olması marka için hem yasal hem de işlevsel bir zorunluluktur⁹⁰. Yani markanın ayırt edici niteliğe sahip olması bir anlamda markanın temel fonksiyonların yerine getirmesi açısından zorunludur⁹¹. Bu sebeple, hiç şüphe yok ki, marka olarak

⁸⁷ Örneğin: Metro Golden Mayer’in kükreyen aslan sesi veya Aygaz araçlarında çalan Aygaz melodisi gibi... Bkz. Tekinalp, s. 347

⁸⁸ Tekinalp, s. 347, 348; Kaya, s. 26–27, Karan/Kılıç, s. 38–39; Çamlıbel Taylan, s. 32, 34; Özdal, s. 128-137; Ayrıca ses, renk ve kokuların marka olarak tescili hakkında bkz. Sevilay Eroğlu, “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2003, s. 95 v.d. ; Gül Okutan Nillson, “ Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 23, Sayı 1–2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, s. 579 v.d. ; Karahan/Suluk, s. 132 Yazar tadların marka olarak tescil edilemeyeceği görüşündedir.

⁸⁹ Karan/Kılıç, s. 32’den naklen Mollet-Vieville, T.: Absolute Grounds For Refusal, s. 184.

⁹⁰ Kaya, s. 32.

⁹¹ Çamlıbel Taylan, s. 33.

kullanılacak olan işaretin bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye yarayacak belirginlikte olması gerekmektedir. Şunu belirtmek gerekir ki; bir işaret ya başından itibaren ayırt edici niteliğe sahip olur ya da bu niteliği sonradan kazanır. Ancak koruma kapsamına dâhil olma bakımından, baştan beri ayırt edici karaktere sahip olma ile bu karakteri sonra kazanmak arasında herhangi bir fark yoktur. Her iki durumda da marka olarak tescil edilebilecektir.

MarKHK m. 5 esasen ayırt edicilik unsurunu tanımlamamakta, fakat tanıtmaktadır⁹². Buna göre, bir işaretin marka olarak tescil edilebilmesi için sahip olması gereken birinci koşul, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini diğer bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırmasıdır. Bunun için işaretin hem simgesel (şekilsel, görsel, renksel, sessel vb.) gücünü hem de işletmesel kökenini ifadeye elverişli olması gereklidir⁹³. Burada anlaşılması gereken ayırt edicilik, işaretin orijinal veya estetik olması ya da markanın karakteristik özelliğini yansıtması anlamında değildir. Özgün veya estetik ya da değil, bir işaret ile mal veya hizmet arasında kurulan algılama bağlantısı ve bu bağlantının mal veya hizmet üzerinde somutlaşması ayırt ediciliği belirler. Zira kullanılan, seçilen ve tescil edilen işaretle ayırt edilecek olan mal veya hizmettir⁹⁴.

1.5. MARKANIN İŞLEVLERİ

Markanın, malı üreten veya hizmeti sağlayan ile müşteri arasındaki bağ olduğu dikkate alınarak markaya farklı işlevler yüklenmiştir. Markanın tarihçesinin anlatıldığı önceki bölümler de dikkate alınarak düşünüldüğünde, markanın işlevlerinin tarihsel süreç içerisinde artarak belirginleştiğinden bahsetmek yanlış olmayacaktır. Marka, ilk kez kullanılmaya başladığı zamanlardan bu yana, öncelikle ürünün kim tarafından ve/veya nerede üretildiğini göstermeyi amaçlamıştır. Ancak zamanla bu işlevinin yanı sıra kullanıldığı mal ve hizmetin kalitesine ilişkin bir

⁹² Tekinalp, s. 348.

⁹³ Tekinalp, s. 348'den naklen Althammer/Ströbele/Klaka, bölüm 8, Anm. 12.

⁹⁴ Kaya, s. 33.

garanti unsuru oluşturma ve hatta ürünün reklâmını yapma işlevlerini de bünyesinde barındırır olmuştur. Bu tarihsel süreç içerisinde, çağların kendine has koşulları sebebiyle, markanın işlevlerinden bir kısmı önemini artırmış ve diğerlerini nispeten geri planda bırakmıştır. Geçmişte de günümüzde de ticari yaşamdaki gelişmeler markanın fiili işlevlerine ve bunların önem sırasına büyük etkide bulunmaktadır⁹⁵.

Marka hukukuna ilişkin yapılan çalışmalarda; markanın işlevlerine ilişkin farklı sıralamalar olmakla beraber, doktrinde büyük çoğunluğun üzerinde ittifak ettikleri markanın temel işlevleri şu şekilde sıralanabilir: ayırt etme işlevi, köken gösterme işlevi, garanti işlevi ve reklâm işlevi⁹⁶. Bu işlevler ticari hayat içinde birbirlerini de etkileyerek geliştirmişlerdir. Marka, esas itibarı ile bir mal veya hizmete hüviyet kazandıran bir işarettir. Bir işaret ne kadar çok bilinirse, onun ayırt ettiği mal veya hizmetin o kadar reklâmı olur. İşaretler, mal veya hizmetleri ayırt etmek yanında onların işletmesel kökenini de ifade edebilecek işlev görebilirler. Böyle bir durumda, bir markaya duyulan güven, işletme veya teşebbüsün diğer mal veya hizmetlerine sirayet edebilir, o işletme veya teşebbüsün mal veya hizmet kalitesini garanti etmeye başlayabilir⁹⁷.

Aşağıda, söz konusu işlevlerin kısa açıklamalarına yer verilecektir.

1.5.1. Mal Ve Hizmetin İşletmesel Kökenini Gösterme İşlevi

Köken gösterme işlevi bir mal veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunun marka ile gösterildiği anlamına gelmektedir⁹⁸. Marka kavramının var olduğundan bu

⁹⁵ Camcı, s. 11.

⁹⁶ Tekinalp, (s 356) markanın işlevlerini; ayırt etme, köken gösterme, garanti, reklâm, tekelleştirme ve koruma olarak sıralamış, ayırt etme, köken gösterme, garanti işlevlerinden daha ayrıntılı olarak bahsetmiştir. Eroğlu (“Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler” s. 465) ve Özel (s.30-31) de aynı sıralamayı kabul etmişlerdir. Kaya (s. 58 v.d.) ve Camcı (s. 10 v.d.) tekelleştirme ve koruma işlevlerine değinmemiş, markanın unsurlarını ayırt etme, köken gösterme, garanti, reklâm işlevleri olarak sıralamıştır. Çamlıbel Taylan, (s. 34 v.d.) sadece kaynak gösterme, garanti ve reklâm işlevlerinden bahsetmiş, Noyan (s.128) ise markanın unsurlarını ayırt edicilik, görünüm, yatırım, reklâm, tanıtım, menşe, kalite ve garanti olarak sıralamıştır. Doktrinde bunlardan başka farklı ayrımlara rastlamak da mümkündür.

⁹⁷ Karan/Kılıç, s. 33.

⁹⁸ Tekinalp, s. 356.

yana, markanın en temel işlevinin köken gösterme işlevi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Daha önce de belirtildiği gibi⁹⁹ işaretlerin marka olarak kullanılmasının başlangıç noktası, lonca örgütlenmelerinin kendi ürettiği malların kökenini göstermek ihtiyacıdır.

Günümüzde markanın köken gösterme işlevinin önemi konusunda tam bir fikir birliği olduğunu söylemek güçtür. Doktrinde bir görüşe göre, ticaret hayatında çağlar boyunca meydana gelen gelişmeler, markanın köken gösterme işlevini geri plana itmiş bulunmaktadır. Zira tüketici açısından bakıldığında, bir mal ve hizmeti belirli bir işletmeyle ilişkilendirme ihtiyacı, yerini büyük ölçüde söz konusu mal ve hizmetin türü, kalitesi, beklentilere cevap vermesi gibi faktörlere bırakmıştır. Bu bakımdan mal veya hizmet tüketicinin beklentilerini karşıladığı sürece o mal veya hizmeti üreten veya sunanın kimliği tüketici açısından eski önemini yitirmiş gözükmemektedir. Ayrıca; günümüzde marka hakkının devredilebilir olması ve bu bakımdan mal veya hizmetin işletmesel kökeninin de değişebilir olması¹⁰⁰, marka olarak kullanılan işaretlerin çoğu kez fantezi sözcük ve simgelerden oluşup mal ve hizmeti sunan işletme hakkında herhangi bir çağrışım da yapmıyor olması gibi faktörler, markanın köken gösterme işlevinin ikincil bir unsur halini almasına sebebiyet vermiştir. Bu yeni haliyle marka, kendi simgesel gücünün yarattığı farklılıkla diğer markalardan ayrılır. Bu görüşün savunucularına göre günümüzde pek çok mal açısından markanın ayırt etme fonksiyonu malın menşeyini gösterme fonksiyonunun yerini almış bulunmaktadır¹⁰¹.

⁹⁹ Bkz. “Tarihçe”.

¹⁰⁰ 89/104 sayılı AB Direktifinde yapılan düzenleme ile, marka hakkının tescili için tescil ettirenin bir işletmeye sahip olması zorunluluğunun bulunmaması, işletmeden ayrı olarak devrinin mümkün bulunması, Topluluk çapında marka hakkının tükenmesi ilkesi ve benzer olmayan mal ve hizmetler için de koruma sağlanması nedeniyle, markanın köken işlevinin artık hukuken korunmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. Eroğlu, “Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler”, s. 97, dn. 10’dan naklen, Tilman, Winfried: “Das neue Markenrech und die Herkunftsfuntion” ZHR 158 (1994) s. 376 v.d.; Ingler/Rohnke, Einl. Rdn. 34.

¹⁰¹ Köken gösterme işlevinin eski önemini yitirdiğine ilişkin görüş için bkz.: Tekinalp, s. 356. Yazar, köken gösterme işlevinin bugün anlamını yitirdiği, bu işlevin yerini “*malın hiviyeti*” işlevine bıraktığı düşüncesindedir. Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 38; Dirikkan, s. 13, 14, Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2001, s. 143

Diğer görüş ise markanın köken gösterme işlevinin ticari hayatta meydana gelen gelişmelerden etkilendiğini kabul etmekle birlikte, bu etkinin köken gösterme işlevinin önemini ortadan kaldırmadığını savunmaktadır^{102 103}. Bu görüşe göre, markanın işletmeyle olan sıkı bağının ortadan kalkması ile işletmesel kökeni ayırt etme işlevi ortadan kaldırılmış değildir. Tescil ettiren işletmeyi devretmiş olsa da, bu işletmenin çevre tanınırlığından bağımsız olarak marka, yine mal veya hizmetleri işletmesel kökenine göre ayırt etmeye hizmet eder. Bu nedenle ayırt etme işleviyle kastedilen ayın zamanda köken ayırt etme işlevidir^{104 105}. Kaldı ki, markanın köken gösterme işlevi, üretici ve tüketicinin haklarının ve sorumluluklarının somutlaşmasında da ciddi bir önemi haizdir ve bu önem gittikçe artmaktadır¹⁰⁶.

1.5.2. Ayırt Etme İşlevi

Ayırt etme işlevi, köken göstermeyle beraber markanın en temel işlevlerindedir. Ticari hayattaki gelişmeler markanın işlevlerini ve bunların önem sırasını ciddi biçimde etkilemekle beraber, ayırt etme işlevi bu süreç içerisinde önemini korumaktadır. Ayırt etme işlevi, pazarda bir mal veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye hizmet eden, mal veya hizmete adeta kişilik kazandıran,

¹⁰² 89/104 sayılı AB Direktifinin 10 no'lu gerekçesine göre de tescilli marka yoluyla sağlanan korumanın amacı, özellikle markanın köken işlevinin garanti edilmesidir. Bkz. Eroğlu, “Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler”, s. 97, dn. 10'dan naklen, Erwägungsgrund 10 der Richtlinie; Erwägungsgrund 7 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates von 20.13.1993 über die Gemeinschaftsmarke-GMV, GRUR Int. 1994, s. 402.) Kaya, s. 59.

¹⁰³ AB Adalet Divanı'na göre de, temel işlevi, alıcıya mal veya hizmeti iltibas tehlikesi olmaksızın farklı kökene sahip mal ve hizmetlerden ayırt etmeyi mümkün kılmak suretiyle, markayla donatılan mal ve hizmetin kökenine ilişkin kimliğini garanti etmektir. Markanın, rekabet hukukunun önemli bir parçası olarak görevini yerine getirebilmesi için, nitelediği tüm mal ve hizmetlerin kalitesinden sorumlu tutulabilen aynı işletmenin kontrolü altında üretilmiş veya kullanılmış olduğunu garanti etmesi gerekir. Bkz. Eroğlu, “Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler”, s. 97, dn. 10'dan naklen, EuGH-Koninklijke Philips/Remington, GRUR Int. 2002, s. 845.

¹⁰⁴ Eroğlu, “Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler”, s. 98, dn. 10'dan naklen, von Gamm, Otto-Friedrich: “Schwerpunkte des neuen Markenrechts-Referat anlässlich der GRUR- Jahrestagung am 3.6.1994” GRUR 1994, s. 777,778.

¹⁰⁵ Köken gösterme işlevinin eski önemini koruduğuna ilişkin görüş için bkz.: Kaya, s. 59-60, Çamlıbel Taylan, s. 35, Eroğlu, “Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler”, s. 97, 98, dn. 10, Camcı, s. 16, Noyan, s. 127.

¹⁰⁶ Kaya, s. 60.

bireyselleştiren¹⁰⁷, o mal veya hizmete bir ad veren en temel unsurdur¹⁰⁸. Bir cümleyle marka, tüketici açısından bir ayırt etme aracıdır. Markanın amacı da bu ayırt etme olgusundan hareketle, tüketicinin marka ile her karşılaşmasında bu ayırt etme vakiasının tekrarlanmasını sağlamaktır¹⁰⁹. Ayırt edicilik hukuken de MarKHK’da ayrıntılı olarak korunan bir işlevdir¹¹⁰. Hatta sadece tescilli markaların MarKHK kapsamında korunacağı gerçeği bir yana, bir işaretin marka sayılabilmesi için ayırt edici olması yeterlidir, ayrıca onun tescili gerekmez. Bir ayırt edici işaretin marka olarak nitelendirilmesi ve onun tescil ile korunması farklı hususlardır¹¹¹. Daha net bir ifadeyle, bir işaretin marka olma kabiliyetini haiz olması, o işaretin ayırt edicilik işlevine sahip olmasına bağlıdır¹¹².

Altı çizilmesi gereken önemli bir husus da, ayırt etme işleviyle köken gösterme işlevi arasında sıkı bir bağlantı olduğu hususudur¹¹³. Markanın asli işlevi de

¹⁰⁷ Dirikkan, s. 12.

¹⁰⁸ Tekinalp, s. 356; Kaya, s. 60; Camcı, s. 7; Eroğlu, “Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretler”, s. 7, dn. 10; Beşir Fatih Doğan, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 5, C. 5, S. 4, s. 40; Noyan, s. 128. Yazar, markanın asıl baskın özelliğinin ayırt edicilik olduğunu belirterek diğer işlevlerden bu işlev sayesinde yararlanılabildiğini belirtmiştir.

¹⁰⁹ Dirikkan, s. 12.

¹¹⁰ Ayırt etme fonksiyonunun doğrudan ifade edildiği düzenlemelere örnek olarak bkz. MarKHK, m. 5, 7/1, 8/1.

¹¹¹ Karan/Kılıç, s. 29.

¹¹² Doğan, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği” s. 40; Doğan, “Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 6, C. 6, S. 3, s. 18.

¹¹³ Doğan, bir işaretin marka olabilmesi için aranan genel ayırt edici niteliği “soyut ayırt edicilik”, markaların kökenlerinin ayırt edilmesi hususunu ise “somut ayırt edicilik” olarak tanımlamıştır. Bkz. Doğan, “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği” s. 39 v.d. , Doğan, “Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu”, s. 18 v.d.

Ayrıca Tekinalp ve Özel’de çağlar boyunca markanın köken gösterme işleviyle ayırt etme işlevinin birbirini tamamladığını vurgulamışlardır. Bkz. Tekinalp, s. 338, Özel, s. 31.

Çamlıbel Taylan’a göre de köken gösterme fonksiyonu anlamını yitirdiği takdirde, ayırt edicilik fonksiyonu da ortadan kalkar. Bkz. Çamlıbel Taylan, s. 35.

bu ikisinin birlikte korunması gereğidir¹¹⁴. Çünkü markanın tanımından da çıkarılacağı gibi, ayırt edilen, bir teşebbüsün mal veya hizmetleriyle diğer teşebbüslerin mal ve hizmetleridir.

1.5.3. Mal Ve Hizmetin Niteliklerini Garanti Etme İşlevi

Kısaca “garanti işlevi” olarak adlandırabilecek bu işlev, markanın tüketicide beğendiği ve tercih ettiği mal veya hizmetin her zaman aynı veya daha iyi şekil ve kalitede, aynı miktar veya ebatta sunulacağına ilişkin bir güven oluşturması anlamına gelir¹¹⁵. Bu işlev, bir teşebbüsün bir marka altında tanıttığı ve güven sağladığı¹¹⁶ markasını başka bir malında da kullanması halinde kendini göstermektedir. Örneğin; (X) teşebbüsü (Y) markalı buzdolaplarıyla tüketicide güven oluşturmuşsa, aynı teşebbüsün (Y) markası altında piyasaya süreceği çamaşır, bulaşık makineleri, televizyonlar da aynı güveni elde eder¹¹⁷. Markalı malın veya hizmetin kalitesi, bu kalitenin sürekliliği tüketicinin bir malı tercih etmesindeki sebeplerin başında gelmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, günümüzde markanın garanti işlevi sadece mal veya hizmetle de sınırlı değildir. Satış sonrası teknik ve destek hizmetleri de markaya ilişkin garanti işlevinin unsurlarıdır¹¹⁸.

Doktrinde, söz konusu işlevin KHK’da açıkça düzenlenmemiş olması dolayısıyla, bunun hukuki değil sadece ekonomik anlamı olduğu savunulmuştur¹¹⁹.

¹¹⁴ Dirikkan, s. 12, dn. 31’ten naklen, Wilfried Heinzelman, “Der Schutz der berühmten Marke, Diss., Bern, 1993 s. 32; Carl-Stephan Schweer, Die erste Markenrechts-Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Rechtsschutz bekannter Marken”, Diss. 1. Aufl., Baden-Baden, 1992, s. 31; Andreas Meyer, “Das deutsche und französische Markenrecht nach der Umsetzung der Ersten Markenrichtlinie (RL 89/104 EWG)”, GRUR Int. 1996, s. 605; Wolfgang Thomasberger, Rufausbeutung im Wettbewerbsrecht. Ein Problem des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes Frankfurt am. Main/Berlin/Bern/Newyork/Paris/Wien, 1993, s. 168; Klaus Samwer, Der Rechtsschutz berühmter Marke, Diss., Göttingen 1997, s. 5.

¹¹⁵ Kaya, s. 61; Dirikkan, s. 14; Karahan, s. 143.

¹¹⁶ Doktrinde Dirikkan ve Kaya, garanti işlevini aynı zamanda “güven işlevi” olarak da adlandırmaktadır. Bkz. Dirikkan, s. 14; Kaya, s. 61.

¹¹⁷ Tekinalp, s. 356.

¹¹⁸ Kaya, s. 61.

¹¹⁹ Bkz. Tekinalp, s. 356, Arkan, Marka Hukuku, s. C. 1. s. 38; Dirikkan, s. 17.

Gerçekten markanın garanti fonksiyonu MarKHK’da doğrudan düzenlenen ve korunan bir unsur değildir¹²⁰. Ancak bu fonksiyona ilişkin dolaylı hükümler mevcuttur. Örneğin KHK’nın 13. maddesinde düzenlenen tükenme ilkesi gereğince, marka hakkı sahibinin veya onun izniyle başkasının, markayı taşıyan malları kendisinin piyasaya sürmesinden sonra marka hakkı tükenmiş olur ve markayı taşıyan malları iktisap eden kişilerin bu malları tekrar satışa sunmalarına engel olunamaz. Fakat bu durumda dahi marka hakkı sahibinin malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanımlarını önleme yetkisi vardır. Böylelikle malın kalitesine ilişkin tüketici nezdindeki algının değişmesi, zarar görmesi engellenmek istenmiştir. Görüldüğü gibi bu olasılıkta markanın garanti işlevi devreye girmektedir¹²¹. Markanın garanti işlevi lisans alana karşı da korunmuştur. MarKHK m. 21/10’a göre, marka sahibi lisans altında üretilen malın veya sağlanan hizmetin kalitesini garanti edecek önlemleri alma hakkına sahiptir. Yine, KHK m. 7/(f)’e göre, mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar tescil edilemez. Bunun gibi, KHK m. 54’te düzenlenen garanti markaları, “marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeğe yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır. Burada da markanın garanti fonksiyonunun öne çıktığına şüphe yoktur. Zikredilen tüm bu maddelerin markanın garanti işlevini hukuken teyit eder nitelikte olduğunun kabulü gerekir¹²².

1.5.4. Reklâm İşlevi

Reklâmın asli amacı, muhatap çevreyi ekonomik olarak etkilemek; reklâm yapanın ekonomik hedeflerine uygun olarak belirli bir mal veya hizmetin alımı konusunda yönlendirmektir¹²³. Marka; sayılan diğer tüm işlevinin yanında, marka

¹²⁰Oysa KHK’ya kaynak metin olan 89/104/AET sayılı Marka Direktifi’nin başlangıç kısmının 10. paragrafında markanın garanti fonksiyonuna değinilmiştir.

¹²¹ Karan/Kılıç, s. 294; Çamlıbel Taylan, s. 35; Kaya, s. 61.

¹²² Çamlıbel Taylan, s. 35.

¹²³ Dirikkan, s. 17.

sahibinin ve markanın üzerine konduğu mal veya hizmetin reklâmını yapmak gibi ekonomik bakımdan son derece önemli bir işleve de sahiptir. Günümüz ticari hayatında, bir mal veya hizmetin pazarlanmasında reklâmın ne kadar hayati öneme sahip olduğu düşünüldüğünde, markanın bir reklâm aracı olmasının marka sahibi için ifade ettiği anlam daha iyi anlaşılacaktır¹²⁴. Tüketici, malı veya hizmeti marka aracılığı ile tanımakta; reklâm ve garanti işlevine bağlı olarak markanın tanınmışlık düzeyi yükselmektedir. Bizatihi markanın kendisi tanınmışlık skalasının yükselmesine paralel olarak reklâm yapmakta; giderek reklâm sayesinde işletme ile söz konusu marka arasında bağlantı kurulur hale gelmektedir¹²⁵. Bu anlamıyla marka üretici ile tüketici arasında bir iletişim aracıdır. Tüketici markayı, marka ile bağladığı belli bir imajın temsilcisi olarak benimsemekte ve bu tür markalar, kullanıldığı mal ve hizmeti diğerlerinden ayırt etmekle birlikte; tescil edildikleri mal veya hizmet kategorisinden tamamen bağımsız olarak başlı başına bir kalite sembolü ve reklâm aracı haline gelmektedir. Aynı şekilde, tüketicinin markalı mallardan duyduğu memnuniyeti ve çevresinde bulunan kişilere bu markayı tavsiye etmesi suretiyle markanın reklâm işlevi genişlemekte; böylece markanın temsil ettiği olumlu imaj satışı artırıcı bir rol oynamakta, markaya ayrı bir kimlik kazandırmaktadır¹²⁶.

1.6. MARKA TÜRLERİ

MarKHK'nın "tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde, marka kavramının "ortak markalar ve garanti markaları dâhil ticaret markaları veya hizmet markaları" olarak tanımlandığını görmekteyiz. Yine KHK'nın 54. ve 55. maddelerinde de garanti markaları ve ortak markalar tanımlanmaktadır. Ticaret ve hizmet markaları ile garanti markası ve ortak marka kavramları ayrıca, Marka Yönetmeliği'nin 6. 7. 8. ve 9. maddelerinde de açıklanmıştır. KHK'da marka türleri olarak 2. maddede sayılanlar belirlenmişse de, markalar kendilerine yüklenen işlevler, zaman içinde kazandıkları anlam veya marka hakkı sahiplerine göre değişik sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Doktrinde birçok farklı tasnif olmakla beraber,

¹²⁴ Karahan, s. 144.

¹²⁵ Kaya, s. 61.

¹²⁶ Dirikkan, s. 18, 19.

MarKHK ve Marka Yönetmeliği ışığında marka türleri aşağıdaki şekilde ele alınabilir.

1.6.1. Amaç Ve Niteliklerine Göre Marka Türleri

Amaç ve niteliklerine göre markalar; ticaret markaları ve hizmet markaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu sınıflandırma, markanın ne için kullanıldığı ile ilgili olup, mallar için kullanılan markalara ticaret markası, hizmetler için kullanılan markalara ise hizmet markası denilmektedir.

1.6.1.1. Ticaret Markaları

“556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik”in 8. maddesinde “*bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir.*” ifadeleriyle ticaret markası tarif edilmiştir. Buna göre ticaret markası; bir teşebbüsün üretim ve/veya ticaretini yaptığı malları, başka teşebbüslerin mal ve/veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanabilecektir. Anlaşılacağı gibi, ticaret markaları bir malın veya ambalajının üzerine konmak suretiyle kullanılan, sanayide, ticarete, tarımda veya küçük sanatlarda üretilen veya pazarlanan malla ilgili markalardır¹²⁷. Bu nedenle ticaret markaları doktrinde “mal markası” olarak da anılmaktadır. Ticaret markasını kullanan teşebbüsün mutlaka üretici olması gerekmez. Nitekim uygulamada özellikle süpermarketlerin, çeşitli üretici firmalara verdikleri siparişlerle kendi ticaret markalarını yaratma yoluna gittikleri görülmektedir^{128 129}.

¹²⁷ Kaya, s. 50.

¹²⁸ Tekinalp, s. 351, Remzi Tamer Pekdiğer, **Marka Hakkı Ve Korunması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora tezi, İstanbul, 2001, s. 60; Meran, s. 30; Camcı, s. 20, 21.

¹²⁹ Örneğin, Migros, Bim, Tansaş v.b. markalı ürünler.

1.6.1.2. Hizmet Markaları

Hizmet markaları uzun süre yasal düzenlemelerde yer almamış, sadece haksız rekabet hükümlerine göre korunmuştur. Ancak; gelişen ekonomik hayat içinde, hizmet sektörü olarak adlandırılan sektörde de marka kullanılması ve bu markaların korunması da bir zorunluluk haline gelmiştir. Marka Yönetmeliği m. 9, hizmet markalarını “*bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret*” olarak tanımlamıştır. Hizmet markaları; mal imalatı veya pazarlaması ile ilgisi olmayan, bağımsız ya da yardımcı hizmetler sunan teşebbüslerin hizmetlerini ayırt etmek amacıyla kullanılmaktadır.

Hizmet markaları, hukukumuzda 556 sayılı KHK ile girmiştir. Buna göre; özellikle turizm, pazarlama, taşımacılık, bankacılık, sigortacılık, muhasebe ve mali müşavirlik ve benzeri alanlarda faaliyet gösteren kişi ve kuruluşlara ait hizmet markalarının tescil edilmesi ve bu sektörlerde faaliyet gösteren teşebbüsler tarafından verilen hizmetlerin bir markaya bağlanarak ferdileştirilmesine olanak sağlamış, marka haklarının koruması amaçlanmıştır¹³⁰.

1.6.2.Marka Sahibi Yönünden Marka Türleri

Sahipleri yönünden markalar ise üç kategoride ele alınabilir. Bunlar Bireysel markalar, ortak markalar ve garanti markalarıdır.

1.6.2.1.Bireysel Marka

Bireysel markalar, gerçek ya da tüzel kişilerin münferiden ve müşterek ya da iştirak halinde hak sahibi oldukları markalardır. Bireysel markada markanın sağladığı hak, bu gerçek veya tüzel kişi veya kişilere aittir; bu kişiler tek bir marka hakkını kullanır veya üzerinde tasarruf ederler¹³¹. Bireysel markanın ana unsuru, marka üzerindeki hakkın bir veya birkaç kişiye ait olması ve bu hakları bu kişilerin

¹³⁰ Meran, s. 33.

¹³¹ Kaya, s. 54.

münhasıran kullanılmalarıdır. Bu bağlamda elbette ki bireysel marka müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olabilecektir¹³².

Ticaret markası, hizmet markası, garanti markası ve ortak marka tanımlarını yapan MarKHK “bireysel marka” kavramı altında açık bir tanım yapmamakla birlikte, tüm KHK sisteminin bireysel marka üzerine kurulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹³³. Yani MarKHK’nın hükümleri genel olarak bireysel marka hakkındadır¹³⁴. Ancak ortak marka ve garanti markası için ayrıca düzenlemeler mevcuttur. Esasen bireysel marka olan garanti markasını diğer bireysel markalardan ayıran temel husus marka sahibinin markayı kullanamaması iken, ortak markayı bireysel markadan ayıran husus ise her ortağın marka üzerinde ayrı ayrı hak sahibi olmasıdır.

1.6.2.2. Ortak Marka

MarKHK’nın 55. maddesi ortak markayı, “*üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan işaret*” olarak, Marka Yönetmeliği’nin 6. maddesi ise “*üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grubun mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret*” olarak tanımlamıştır. Ortak markalar birden çok teşebbüs adına tescil edilmiş olan, markanın her bir sahibinin markanın tümü üzerinde, diğer sahiplerinin aynı nitelikte haklarıyla sınırlı olmak üzere ancak bağımsız olarak hak sahibi olduğu markalardır. Örneğin aynı veya ayrı gruba dâhil üç bira şirketinin biralarını aynı marka altında pazarlamaları¹³⁵ veya aynı grup içinde yer alan beş basın şirketinin yayınlarını aynı hizmet markası altında

¹³² Tekinalp, s. 352; Kaya, s. 54; Meran, s. 32.

¹³³ Tekinalp, s. 352; Dirikkan, s. 22; Kaya, s. 55.

¹³⁴ Arkan, KHK anlamında “ticaret markası”nın bireysel markayı ifade ettiğini ileri sürmektedir. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 44, 45, dn. 45. Karşı görüşte olan Pekdinçer ve Çamlıbel Taylan ise, ticaret markasının bireysel marka olarak düşünülmemeyeceğini, zira bu durumda bir hizmet markasının bireysel marka olamayacağı anlamının ortaya çıkacağını, oysa bir hizmet markasının bireysel marka olabileceğini ifade etmektedirler. Bkz. Pekdinçer, s. 63; Çamlıbel Taylan, s. 37.

¹³⁵ Tekinalp, s. 353.

pazarlamaları¹³⁶ gibi. Yani ortak marka, bir grup adına değil, aynı veya ayrı gruplara dâhil veya tamamen bağımsız teşebbüsler adına tescillidir¹³⁷. İşte ortak markalar bu yönleriyle grup/holding markalarından ayrılmaktadır. Grup/Holding markaları, iştiğal konuları ne olursa olsun bir gruba dâhil, yani aynı hâkimiyet altında bulunan işletmelerin –varsa- kendi markalarının yanında mensubu oldukları grubu simgelemek için kullandıkları markadır. Örneğin Sabancı Grubu’na giren işletmelerin, -varsa- kendi markaları yanında, grubu temsil eden mavi yuvarlak içinde SA harflerinden oluşan holding markasını kullanmaları böyledir. Grup markası; markayı kullanan işletmelerin değil, çoğu kez o işletmeleri hâkimiyet alanında toplayan grubun/holdingin adına tescillidir. Oysa ortak marka grup adına değil markayı kullanan her bir teşebbüs adına tescillidir. Ayrıca markanın sahibi olan teşebbüsler aynı hâkimiyet alanı altında olmayabilirler.

MarKHK ve Marka Yönetmeliği’nde “grup” ifadesinin kullanılması eleştirilmiş, hukuken herhangi bir anlam ifade etmeyen böyle bir terime KHK’da yer verilmesi uygun bulunmamıştır¹³⁸. Gerçekten KHK’da “grup” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama bulunmamaktadır.

MarKHK ve Marka Yönetmeliği’ndeki tanımlardan da anlaşılacağı gibi, ortak markanın amacı, belli bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırmak değil, bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelmiş kişilerin oluşturduğu gruba dâhil teşebbüslerin mal veya hizmetlerini diğer teşebbüslerinden ayırmaktır. Bu yolla, birlik içinde üretilen ve sunulan mal ve hizmetlerin belli bir kalite standardını sağlaması öngörülmektedir. Böylece ortak markada belli bir birliğe üye olmak ön plana çıkmaktadır¹³⁹. MarKHK m. 56/3 uyarınca; bir ortak marka tescili için ortak marka sahiplerinin birlikte hareket etmeleri gerekir. Ancak m. 56/4’e göre, ortak markanın yenilenmesi için tek bir marka sahibinin talebi

¹³⁶ Pekdiğer, s. 64.

¹³⁷ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 45; Tekinalp, s. 353.

¹³⁸ Bkz. Karan/Kılıç, s. 449.

¹³⁹ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 45; Pekdiğer, s. 64; Çamlıbel Taylan, s. 37.

yeterlidir. Dolayısıyla ortak markayı kullanan işletmelerin oluşturduğu grup bir tüzel kişiliğe sahip değildir¹⁴⁰.

Ortak markalarda da, tescil başvurusu sırasında markanın kullanım usul ve şeklini gösteren bir teknik yönetmeliğin de ibrazı zorunludur. “Ortak Marka Teknik Yönetmeliği”nde, ortak markayı kullanmaya yetkili teşebbüsler belirtilir. KHK m. 59’a göre marka sahibi, ortak markanın belirli bir sürede teknik yönetmeliğe aykırı olarak kullanılmasına göz yumar ve taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece tanınacak süre içinde, söz konusu aykırı kullanım düzeltilmediği takdirde, marka, tanınan süre sonunda mahkeme tarafından iptal edilir.

1.6.2.3. Garanti Markası

Garanti markası MarkHKK’nın 54. ve 56. hükümleri ile Marka Yönetmeliği’nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümlere göre garanti markası; bir mal veya hizmetin üretim usulleri, hammaddesi, kalitesi, coğrafi kökeni gibi ortak özelliklerini garanti eden markadır¹⁴¹. Bu tür markalarda marka hakkı sahibi, markanın kullanıldığı mal veya hizmete ilişkin asgari koşulları garanti altına alır ve bunların devamlılığını sağlar¹⁴². Garanti markası, ortak markada olduğu gibi, marka sahibinin marka ile birlikte tescil ettirdiği teknik yönetmelikte belirlenen şartları yerine getiren birçok teşebbüs tarafından marka sahibinin kontrolünde kullanılabilir. Söz konusu teknik yönetmelik markayla garanti edilen mal ve/veya hizmetlerin ortak özelliklerine, garanti markasının kullanılış ve kontrol usulüne ve gerektiğinde uygulanacak cezalara ilişkin hükümleri içerir. Buna ilişkin düzenleme KHK’nın 56. maddesinde mevcuttur.

Garanti markaları çoğu kez bir meslek mensupları derneği, bir meslek odası ya da bir gerçek veya tüzel kişi adına tescil edilmiş olarak ortaya çıkar¹⁴³. Bu

¹⁴⁰ Pekdincer, s. 65.

¹⁴¹ Woolmark, ISO 9001 garanti markasına örnektir.

¹⁴² Kaya, s. 53, 54.

¹⁴³ Tekinalp, s. 353; Özel, s. 33.

özelliğiyle esasen bireysel marka niteliğine sahip olan garanti markasının diğer bireysel markalardan ayrıldığı nokta, yukarıda da belirtildiği gibi, garanti markası sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı bir işletmenin mal veya hizmetlerinde kullanılmıyor olmasıdır. Bu husus MarKHK m. 54/2’de açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı, kişinin kendi kendini kontrol etme durumunda bırakılmasının çeşitli güçlüklerle neden olacağı düşüncesidir¹⁴⁴.

Garanti markalarının klasik anlamda marka olduğunu söylemek güçtür¹⁴⁵. Görüldüğü gibi, bu markaların, değişik teşebbüslerin mal veya hizmetlerini birbirinden ayırt etme işlevleri sınırlıdır. Malın kimin tarafından üretilip satıldığını veya hizmetin kimin tarafından sağlandığını göstermezler. Mal veya hizmetin belli özellik ve niteliklere sahip olduğunu gösterirler¹⁴⁶. Markayı kullanan teşebbüslerle kullanmayanların mal veya hizmetlerini ayırt etme gibi bir işlevleri varsa da, markayı kullanan teşebbüsleri birbirinden ayırmaz, hatta ortak özelliklerini ortaya çıkarırlar.

1.7. MARKANIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKLARI

Ticari hayat içinde bir işletmeyi veya işletmenin sahiplerini veya işletmelerin mal ve hizmetlerini diğerlerinden ayırt etmek için birçok işaret, ad, kavram kullanılmaktadır. Söz konusu işaretler, ayırt etme, belirleme, tanıma gibi niteliklere sahip olup bu özellikleri dolayısıyla birçok bakımdan ve farklı kanuni düzenlemeler vasıtasıyla korumaya tabi tutulmaktadır. Bu çalışmanın konusu itibarıyla, markayı benzer kavramlardan ayırmak, benzerlik ve farklarını tespit etmek faydalı olacaktır. Markanın benzer kavramlardan farkları aşağıdaki şekilde sıralanabilir.

1.7.1. Ticaret Unvanı ve Marka

Türk Ticaret Kanunu’nun 41. v.d. maddelerinde düzenlenmiş olan ticaret unvanı, bir ticari işletmenin sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin adı olup, tacir ticari

¹⁴⁴ Pekdinçer, s. 66.

¹⁴⁵ Meran, s. 32; Karahan, s. 146. Yazar Garanti Markalarını “garanti işaretleri” olarak tanımlamakta ve marka statüsünde değerlendirmemektedir.

¹⁴⁶ Pekdinçer, s. 66.

faaliyetini bu ad altında yürütür. Ticaret unvanı kullanmak zorunludur. Ticaret unvanıyla, bir şirket, yani tacir, diğer şirketlerden ayrılmaktadır. Elbette ki ticaret unvanının bir işletmeyi diğerinden ayırmak gibi dolaylı bir işlevi de bulunmaktadır¹⁴⁷. Markanın temel işlevleri ise, daha önce açıklandığı gibi, bir mal veya hizmetin hangi şirkete ait olduğu hususunda köken göstermek ve teşebbüslerin mal veya hizmetlerini birbirlerinden ayırt etmektir¹⁴⁸. Şunu da önemle belirtmek gerekir ki, bir ticaret unvanının unvan sahibince marka olarak tescili de her zaman mümkündür.

Ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilmesi T.T.K.'nın 51. maddesi¹⁴⁹ uyarınca mümkün değildir. Ancak, işletmenin devrinde devreden ticaret unvanını devretmeyip muhafaza edebilmektedir. Marka ise, MarkHK m. 16/2'ye göre işletmeden ayrı olarak devredilebilmektedir. Ayrıca ticaret unvanının tescili T.T.K.'nın 42. maddesiyle¹⁵⁰ zorunlu kılınmıştır. Oysa marka kullanımında tescil zorunlu değildir. Tescil Türk Hukuku'nda markanın korunması bakımından önem teşkil etmektedir. Tescilli ticaret unvanı haksız rekabet hükümlerine göre korunurken tescilli marka MarkHK hükümleri çerçevesinde korunmaktadır. Tescilsiz marka ise yine haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır¹⁵¹.

¹⁴⁷ Tekinalp, s. 23.

¹⁴⁸ Markanın işlevleriyle ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. I. Bölüm, 1.5.

¹⁴⁹ T.T.K. m. 51: *“Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez. Bir işletmenin devri, aksi açıkça kabul edilmiş olmadıkça, unvanın dahi devrini tazammun eder.”*

¹⁵⁰ T.T.K. m. 42/1: *“Her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren on beş gün içinde ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirmeye mecburdur.”*

¹⁵¹ Markaya tecavüz hallerinin nitelik itibarıyla esasen birer haksız fiil olduğu ve haksız rekabet teşkil ettiği hususunda bkz. II. Bölüm, 1.

1.7.2. İşletme Adı ve Marka

TTK m. 55'e¹⁵² göre işletme adı; işletme sahibinin hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullandığı addır. Ticaret unvanını sadece tacirler kullanabilirken işletme adını esnaf da kullanabilmektedir. Bazen işletme adında işletme sahibinin adı veya soyadı da bulunabilir. Yani burada ayırt edilen markada olduğu gibi teşebbüs tarafından üretilen mal veya hizmetler değil işletmenin kendisidir. Ticaret Unvanının aksine işletme adı kullanılması zorunluluğu yoktur. Ancak kullanıldığı takdirde tescil edilmesi TTK m. 55'e göre zorunludur. İşletme adı burada da markadan ayrılmaktadır. Bilindiği gibi, bir markayı kullanmak için tescil şart değildir, tescil sadece KHK anlamında koruma bakımından önem taşımaktadır. Kanunda yasaklayıcı bir ifade bulunmadığına göre, işletme adının işletmeden ayrı olarak devri, markada olduğu gibi, mümkün olmalıdır¹⁵³.

İşletme adı; TTK m. 55'in göndermesiyle TTK m. 43/2¹⁵⁴ kapsamında tescilinin yapıldığı sicil çevresinde korunacaktır. Burada korunan, işletme adının sahibi tarafından tekel şeklinde kullanılması hakkıdır. Sicil çevresi dışında ise haksız rekabet hükümlerine dayanarak koruma sağlanır. Tescil edilmemiş işletme adı da yine haksız rekabet hükümlerine tabidir. Markada ise, tescil ile başlayan KHK kapsamındaki koruma tüm ülkede geçerlidir.

1.7.3. Patent ve Marka

Patent hukuku 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiş bulunmaktadır. Patent kavramını açıklamanın

¹⁵² T.T.K. m. 55: “İşletme sahibini hedef tutmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtmak ve benzer işletmelerden ayırt etmek için kullanılan adların da sahipleri tarafından tescil ettirilmesi lazımdır. İşletme adları hakkında dahi 28, 40, 43 fık 2, 52, 53 ve 54 üncü maddeler tatbik olunur.”

¹⁵³ Poroy/Yasaman, s. 341; Arkan, Ticari İşletme Hukuku, s. 257.

¹⁵⁴ T.T.K. m. 43/2: “Ticaret unvanına aynı sicil dairesinde daha evvel tescil edilmiş olan unvanlardan açıkça ayırt etmeye yarayacak ilavelerin yapılması mecburidir. Başka bir sicil dairesinde daha önce tescil edilmiş olan aynı ad ve soyadını ihtiva eden bir ticaret unvanı sahibinin haksız rekabetten doğan hakları mahfuzdur.”

ön koşulu “buluş” kavramı üzerinde durmaktır. Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de buluş tanımlanmamıştır. Ancak KHK’nın 7. maddesinde “ *teknîğin bilinen durumuna dâhil olmayan buluş yenidir*” şeklindeki düzenlemeyle buluşun teknik ile ilgili olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda buluş, dünya üzerindeki teknik gelişmeler doğrultusunda, insanoğlunun çözüm beklediği sayısız sorundan birine yanıt veren yeni bir çözüm olarak tanımlanabilir. İşte patent, buluş sahibinin, teknik çabası sonucu meydana getirdiği buluşa ilişkin haklarını koruyan kavramdır. Ancak her buluşa patent verilmez. 551 sayılı KHK’ya göre bir buluşun patent konusu olabilmesi için; sanayiye uygulanabilir olma, yenilik ve tekniğin bilinen durumunu aşma kriterleri birlikte aranmaktadır.

Görüldüğü gibi, patent, markadan tamamen farklı bir konuyu düzenleyen, sınaî mülkiyete konu olması dışında markayla ortak noktası bulunmayan bir kavramdır.

1.7.4. Endüstriyel Tasarım ve Marka

Tasarımın sözcük anlamı bir şeyi zihinde biçimlendirmek, bir plan ve düzenleme yapmak üzere zihinde canlandırmak, kurmak, biçim vermektir¹⁵⁵. Ancak plan ve proje aşamasında kalan çalışmalar tasarım olarak korunmazlar. Tasarım; bir ürün ya da ürün parçasının veya bunların plan ve projesinin düzenlemesi yanında bunların iç ve dış görünüm özelliklerini de içine alan geniş bir kavramdır¹⁵⁶. Endüstriyel tasarımlar 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir. Bu KHK’nın 3. maddesine göre tasarım, *bir ürünün tümü veya bir parçası veya üzerindeki süslemenin, çizgi, şekil, biçim, renk, doku, malzeme veya esneklik gibi insan duyuları ile algılanan çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu bir bütündür.*” Bu anlamda, tasarım genel itibariyle görünümdür. Bu görünüm, bir ürün üzerinde şekiller, renkler, biçimler vb.

¹⁵⁵ Karahan/Suluk, s. 215.

¹⁵⁶ Cahit Suluk, **Tasarım Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 36.

şekilde insan duyularıyla algılanabilmelidir¹⁵⁷. Tüm bu tanımlar çerçevesinde tasarımın hukuki tanımı; bir ürünün tamamı veya bir parçasının çizgi, renk, şekil, biçim, doku, malzemenin esnekliği ve/veya süslemesi gibi insan duyuları ile algılanabilen çeşitli unsur veya özelliklerinin oluşturduğu görünümü¹⁵⁸ olarak yapılabilir. Endüstriyel tasarımlar da markalar gibi ayırt edici niteliğe sahiptir¹⁵⁹. Her iki kavram da; sahiplerine mutlak hak vermeleri, üründen ayrı ve soyut bir varlığa sahip olmaları, iki ve üç boyutlu olabilmeleri, bir ürünün görünümüyle ilgili olmaları gibi yönleriyle birbirlerine benzemektedirler. Ancak tasarımda markada olduğu gibi köken gösterme işlevi mevcut değildir. Bundan başka tasarımda yenilik aranırken, markada yenilik aranmamaktadır¹⁶⁰.

Daha önceki bölümlerde, iki veya üç boyutlu şekillerin marka olarak tescilinin mümkün olduğu zikredilmişti¹⁶¹. Bu durumda bir ürünün şeklinin, örneğin bir kola şişesinin üç boyutlu şeklinin, hem marka hem de endüstriyel tasarım olarak ayrı ayrı tescili mümkün müdür? Bu soruya olumlu cevap vermek gerekir. Şekli tasarlayan kişi, 554 sayılı KHK anlamında şeklini endüstriyel tasarım olarak tescil ettirip bu anlamda 554 sayılı KHK'nın sağladığı korumadan yararlanabileceği gibi, aynı şekli 556 sayılı KHK anlamında marka olarak da tescil ettirebilmeli ve 556 sayılı KHK'nın sağladığı korumadan da ayrıca yararlanabilmelidir¹⁶².

1.7.5. Coğrafi İşaretler ve Marka

Daha önce de değinildiği gibi, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 3. maddesine göre, “ *Belirgin bir niteliği, ünü veya diğer özellikleri itibariyle kökenin bulunduğu bir yöre, alan, bölge veya ülke ile özdeşleşmiş bir ürünü gösteren işaret*” olarak tanımlanan coğrafi

¹⁵⁷ Hazırlık Kitabı, s. 168.

¹⁵⁸ Suluk, s. 42.

¹⁵⁹ Karahan/Suluk, s. 223 v.d.; Suluk s. 245 v.d.

¹⁶⁰ Suluk, s. 577- 580.

¹⁶¹ Bkz. I. Bölüm, 1.4.1.3.

¹⁶² Karahan/Suluk, s. 215, 217; Suluk, s. 569 v.d.

işaretler “menşe adı” ve “mahreç işareti” olarak ikiye ayrılır. Menşe adlarının kullanılabilmesi için ürünün belli bir yöre, bölge ya da alanda işlenmesi, üretilmesi ve diğer işlemlerinin tamamlanması gereklidir. Ürünle ilgili sayılan bu işlemlerin ancak ve sadece o yörede yapılması durumunda ürün o menşe adını kullanabilir¹⁶³. Dolayısıyla menşe adının kullanılabilmesi için ürünle coğrafi köken arasındaki bağ çok kuvvetli olmalıdır¹⁶⁴. Mahreç işaretlerinin kullanılabilmesi için ise, ürünün ait oldukları bölge veya alan dışında üretilmeleri mümkün olmakla birlikte, o ürünün söz konusu yöreyle ilgili hammadde, üretim yöntemi, doğal özellikleri gibi birtakım özellikleri taşıması gerekmektedir¹⁶⁵. Daha net bir ifadeyle menşe adının aksine, mahreç işaretinde ürünün tüm veya esaslı özelliklerini yöreden alması gerekmemekte, birtakım özelliklerini bu coğrafya dışında da alabilmektedir. Mahreç işaretine konu olacak ürünün üretimi işlenmesi veya hazırlanması işlemlerinden en az birinin sınırları belirlenen coğrafyada gerçekleşmesi yeterlidir¹⁶⁶.

Coğrafi işaretlerin de aynı markalar gibi ayırt etme, köken gösterme, garanti ve reklâm gibi asli fonksiyonları bulunmaktadır¹⁶⁷. Her iki kavram da sınaî mülkiyet haklarındandır. Bu bakımdan iki kavram benzerlik arz etmektedirler. Ancak, coğrafi işaretlerle markalar arasında önemli farklar da vardır. Marka evleviyetle bir malın veya hizmetin belirli bir teşebbüs tarafından imal edildiğini veya sunulduğunu gösterirken, coğrafi işaretler üzerine konulduğu malın belirli bir bölge veya alan dâhilinde ya da o yöreye özgü koşullarda üretildiğini gösterir. Markalar bireysel mülkiyete konu olabilirlerken coğrafi işaretlerde bu durum söz konusu değildir. Bunun gibi, marka hakkı lisans yoluyla devredilebilirken coğrafi işaret için bu da mümkün değildir¹⁶⁸. Yani marka özünde bireysel ayırt işarettir, oysa coğrafi işaret

¹⁶³ Örnek: Amasya elması, Bozcaada şarabı gibi...

¹⁶⁴ Gündoğdu, s. 62 v.d.

¹⁶⁵ Örnek: Trabzon ekmeği, Maraş dondurması, Isparta halısı gibi...

¹⁶⁶ Gündoğdu, s. 66 v.d.

¹⁶⁷ Gündoğdu, s. 68–70, 73.

¹⁶⁸ Gündoğdu, s. 74 v.d. ; Karahan, s. 146.

kolektif bir tanıtma vasıtasıdır¹⁶⁹. Bu nitelikleri sebebiyle coğrafi işaretlerin marka olarak tescil edilmeleri mümkün değildir. Bu husus 556 sayılı MarKHK m. 7/c ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK m. 18/1 ile hüküm altına alınmıştır.

1.7.6. İnternet Alan Adı ve Marka

İnternete bağlı bilgisayarlar internet protokolünü¹⁷⁰ kullanarak iletişim kurarlar. Bu protokol, gönderilen bilgileri paketlere bölerek varış istasyonlarına gönderir. İnternetin bir tanımı da IP kullanarak birbirine bilgi paketleri gönderen bilgisayarlar kümesidir. İki bilgisayar birbiriyle iletişime geçmek isterse, bunlar birbirlerinin kimliklerini tespit edebilmelidir. Bu nedenle internete bağlı bir bilgisayarla bağlantı kurmak isteyen bir internet kullanıcısı, bu bağlantı için bir açık adrese ihtiyaç duyar¹⁷¹. İşte bu adres, bağlantı kurulmak istenen bilgisayarda yüklü ve çalışmakta olan internet sitesinin alan adıdır¹⁷².

Alan adı, internette bir objeyi, yani ağa bağlı işlemciyi kişiselleştirme ve tespit etme işlevine sahiptir, bu bakımdan markayla benzerlikleri mevcuttur. Ancak göz ardı edilemeyecek fark, alan adının ne bir şahsı veya bilginin göndericisini ve ne de bir mal veya hizmeti nitelememesi, sadece bir araç olmasıdır. Ayrıca marka hukukunda tescilli markayla aynı veya benzer bir işaretin, tanınış marka hükümleri dışında, farklı mal ve hizmetler için tescili mümkün iken alan adı belli bir alan ya da ülkeyle sınırlı olmaksızın yalnızca bir kere verilebilir, bu bakımdan ihlal eylemi hemen tespit edilebilir¹⁷³.

¹⁶⁹ Mehmet Bahtiyar, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2006, s. 98; Kaya, s. 21.

¹⁷⁰ İngilizcesi “İnternet Protocol” olan bu kavram kısaca “IP” olarak bilinir.

¹⁷¹ Sevilay Eroğlu, “Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl, 1, S. 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 462.

¹⁷² Örneğin; www.sabanci.com.tr, www.tpe.gov.tr birer internet alan adıdır.

¹⁷³ Eroğlu, “Marka Hakkını Koruyucu Olarak İnternette İşaret”, s. 464; Hülya Pekşirin, “İnternet Alan Adları Ve Markalar Hukuku”, Sınai Haklarda Son Gelişmeler, Bildiriler Ve Tartışmalar, 4 Nisan 2001-Ankara, Fikri ve Sınai Haklar Araştırma Ve Uygulama Merkezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2002, s. 105.

Bu noktada akla gelen soru, tescilli bir markayla aynı veya benzer kelimeleri veya sembolleri içeren bir alan adının kullanılması durumunda, bunun marka hukuku bakımından ne ifade edeceğidir. Bu somut durum iki farklı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Birincisi; alan adının teknik olarak yalnızca bir kişi veya teşebbüs tarafından kullanılabilmesi sorunudur. Buna alan adının “bloke edici etkisi” denir¹⁷⁴. Bir alan adı sadece bir kişi tarafından kullanılabilirdi için, marka sahibi kendi markasını alan adı olarak da kullanamayabilmektedir. İkincisi ise, alan adı kullanımı yoluyla marka hakkına tecavüz durumlarının ortaya çıkabilmesidir.

¹⁷⁴ Fahri Murat Arıkan, “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül 2000, s. 783.

II. BÖLÜM: MARKA HAKKINA TECAVÜZ

1. GENEL OLARAK

Bir markanın haksız kullanılıp kullanılmadığı yani tecavüzün var olup olmadığı tespit edilirken, tescilli markanın tescil edilmiş hali ile haksız kullanıldığı iddia edilen işaretin fiili hali birbiriyle karşılaştırılır¹⁷⁵. Türk Hukuku'nda marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, MarKHK'nın 61. maddesinde beş ayrı başlık halinde¹⁷⁶ düzenlenmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, maddede sayılan ihlal

¹⁷⁵ Karan/Kılıç, s. 260'tan M. Franzosi, European Community Trade Mark, Commentary to the European Community Regulations, The Hague 1997, Rights Conferred, s. 301.

¹⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 tarih ve 2002/92 E., 2004/25 K. Sayılı kararıyla KHK'nın 61. maddesinin (d) bendi iptal edilmiştir. Ancak iptalin doğurduğu hukuksal boşluk kamu düzenin tehdit edici nitelikte görülerek iptal hükmünün yayımdan itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Dolayısıyla önceden 6 bent halinde sayılan tecavüz halleri 5 bende düşmüştür.

KHK'nın 61. maddesinin (d) bendi, yürürlükte olduğu süre içinde, "marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek" fiillerini marka hakkına tecavüz saymaktaydı. Ancak Anayasa Mahkemesi, yukarıda tarih ve numarası zikredilen kararıyla (14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.), bu bendi Anayasa'nın 91. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararını verirken "kanunsuz suç ve ceza olmaz" prensibinden yola çıkmış ve KHK'nın 61/A maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yapıldığı şekilde 61. maddeye gönderme ile herhangi bir cezanın getirilemeyeceğini kabul etmiştir.

Doktrinde bu karar bazı yazarlarca eleştirilmiştir. Buna göre; 61/A maddesi bir kanun ile yürürlüğe sokulmuş ve TBMM kendi ihtiyarıyla, usul ekonomisi gereği, 61/(d) ye yollama yapmayı tercih etmiştir. Bu bakımdan suç ve ceza kanunidir. Bir an için, TBMM'nin kanundaki bir yollamayla suç ve ceza getiremeyeceği kabul edilse dahi, iptal edilmesi gereken madde 61. maddenin (d) bendi değil, 61/A maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi olmalıydı. Anayasa Mahkemesi, TBMM'nin verdiği bir yetki ile Bakanlar Kurulu'nda usulüne uygun olarak kaleme alınan 61. maddenin bir hükmünü iptal etmek suretiyle, sadece failerin cezalandırılmasını engellemekle kalmamış, ayrıca KHK'nın 62. maddesi uyarınca failin muhatabı olacağı taleplerinde önünü kesmiştir. Böylece kanunsuz sadece ceza değil hukuki sorumluluk da olmaz ilkesini getirmiştir. Söz konusu görüş için bkz. Karan/Kılıç, s. 458; Hamdi Yasaman/Sıtkı Anlam Altay/Tolga Ayoğlu/Fülürya Yusufoglu/Sinan Yüksel, **Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, C. 2, s. 1019, 1020.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda tarih ve numarası verilen kararının KHK 61/(d) maddesinin iptaline ilişkin kısmının metnine yer verilmesi, konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır:

"Başvuran Mahkeme, kanun hükmünde kararnamele suç oluşturulamayacağını ve sözleşmeden doğan borç için hapis cezası öngörülemediğini ileri sürerek, 24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi ve aynı Kararnameye, 4128 sayılı Yasa ile eklenen 61/A maddenin (c) bendinde yer alan kuralların, Anayasa'nın 7., 13., 33., 38., 64. ve 91. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptalini istemiştir.

1- 61. Maddenin (d) Bendinin İncelenmesi

hallerinin önemli bir kısmı, aynı zamanda nitelikli bir haksız fiil hali olan haksız rekabet teşkil eder¹⁷⁷ ¹⁷⁸. Bu bakımdan, marka hakkına tecavülden doğan hukuki sorumluluk bir haksız fiil sorumluluğudur¹⁷⁹. Dolayısıyla söz konusu ihlallere maruz

61. maddenin itiraz konusu (d) bendinde, “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek” marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterilmiştir.

61/A maddenin (c) bendinde de, “61 maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına ve altı yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para cezasına, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunur” denilmiştir.

Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken Anayasa’ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılanmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasa koyucuya aittir.

Anayasa’nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

İtiraz konusu 556 sayılı KHK’nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa’nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa’nın 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 13 ve 38. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.”

¹⁷⁷ Tekinalp, s. 36; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1010; Kaya, s. 261, 262; Karan/Kılıç, s. 259; Dilek Cengiz, **Türk Hukukunda İktibas Veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1995, s. 59.

¹⁷⁸ “ ... Marka haklarına tecavüz ve haksız rekabet esas itibariyle bir haksız fiil olup, ticaret ile uğraşan davalının basiretli bir tacir gibi davranması, özellikle bayileri tarafından satışa sunulan davacı ürünlerinin, üstelik taklit edilmiş benzerlerini rast gele piyasadan alıp satış işyerinde bulundurmaması gerekir...” (Noyan, s. 424’ten naklen Yarg. H.G.K., 17.12.1997 T., 1997/836 E., 1997/1075 K.)

¹⁷⁹ MarKHK m. 61/(d) “marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etme” yi düzenlemekteydi. Görüldüğü gibi bu ihtimalde bir haksız fiil değil bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olup sorumluluk da sözleşmesel sorumluluktu. Dolayısıyla bu bendin varlığı, tecavüz durumlarına ilişkin haksız fiil sorumluluğun bir istisnasını teşkil etmekteydi. Ancak belirtildiği gibi, bu bent Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 tarih ve 2002/92 E., 2004/25 K. Sayılı kararıyla iptal edilmiştir.

kalan marka hakkı sahibi, hakkını, hem MarKHK'nın hukuki ve cezai yaptırım hükümleriyle hem de -eylemlerin haksız fiil niteliği sebebiyle- Borçlar Kanunu'nun 41. ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız fiil hükümleriyle ve Türk Ticaret Kanunu'nun 56 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerle arayabilecektir.

Böylece bu konuda hukuk düzenimizin marka hakkı sahibine kümülatif (eş zamanlı) bir koruma sağlamakta olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır¹⁸⁰. “Kümülatif Koruma” terimiyle anlatılmak istenen; haksız rekabet hükümlerinin fikri sınai mülkiyet hukuku kuralları yanında ikinci derecede değil, gereğinde –ve şartları varsa- doğrudan ve birinci derecede uygulanabilir olduğudur¹⁸¹. Zira marka hukukunun konusu marka iken, haksız rekabet hukukunun konusu dürüstlük ilkesine aykırı ticaret yöntem ve uygulamalarına karşı emek ilkesi uyarınca işletmesel çabayı, birikimi ve yatırımı kapsayan emeğin korunmasıdır. Yani korumanın dayandığı ilkeler farklıdır. Ancak kümülatif koruma anlayışı; haksız rekabet hükümlerini her konuda tamamlayıcı olarak kabul etmemekte, özel olarak düzenlenen marka, patent, fikir ve sanat eserleri ya da endüstriyel tasarımda, zamanaşımına uğrayan bir talebin haksız rekabet hükümlerine dayanılarak ileri sürülebilmesini sağlamaktadır. Marka tescilinden doğan koruma devam ettiği sürece haksız rekabet hükümlerinden de kümülatif olarak yararlanılabilecek, markanın korunmasında MarKHK hükümleriyle haksız rekabet hükümleri yarışacaktır.

Vurgulanması gereken diğer bir husus da, tescilli bir marka için marka hakkı sahibi yönünden MarKHK hükümlerinin B.K. m. 41 v.d. hükümleriyle¹⁸² TTK m. 56 v.d. hükümlerinden¹⁸³ daha avantajlı olduğudur¹⁸⁴. Çalışmamızın başında da belirtildiği gibi¹⁸⁵, biz de çalışmamızın konusuna tescilsiz markalara karşı ihlalleri ve

¹⁸⁰ Tekinalp, s. 36; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1010; Kaya, s. 260.

¹⁸¹ Tekinalp, s. 36; Kaya, s. 262; Oytaç, s. 298.

¹⁸² B.K. m. 41 v.d. hükümleri haksız fiil sorumluluğunu düzenlemektedir.

¹⁸³ T.T.K. m. 56 v.d. hükümleri haksız rekabeti düzenlemektedir.

¹⁸⁴ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1011.

¹⁸⁵ Bkz. Giriş

hukuk yollarını dâhil etmeyerek bu çalışmayı tescilli markalara karşı ihlaller ve bu ihlallerin varlığı halinde uygulanabilecek hukuk yollarıyla sınırlı tutuyoruz.

Marka hakkını ihlal eden hallerin, temelde birer haksız fiil (haksız rekabet) olduğu hususunda doktrinde herhangi bir fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak birtakım yazarlar; tecavüz hallerinin birer haksız fiil hali olduğunu belirtmekle birlikte, marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için, ayırık durumlar haricinde, failin kusurunun aranmayacağını da haklı olarak belirtmişlerdir. Failin kusuru bazı ihlal halleri için¹⁸⁶ aranır; ayrıca, tazminat talepleri bakımından rol oynar¹⁸⁷. Tecavüz halleri haksız fiil niteliği taşıdığından, kusurun arandığı ayırık durumlarda zararın ve kusurun ispatı, akit dışı sorumluluk hükümlerinin karakteristik özelliği gereği davacıya, yani marka hakkı sahibine aittir¹⁸⁸.

Tecavüz hallerine ilişkin olarak açıklanması gereken hususlardan biri de maddede sayılan bu hallerin tahdidi olup olmadığıdır. Bu hususu açıklamak için, aşağıdaki bölümlerde ayrıntılarıyla incelenecek olan 61. maddenin içeriğine genel bir bakış yapmak gerekli olacaktır. Aşağıda, maddenin incelenmesinde değinileceği üzere, 61. maddede tecavüz halleri beş bent halinde sayılmıştır. Bu tecavüz hallerinden ilki 61/(a) bendinde zikredilen “9. maddenin ihlali” halidir. 9. madde ise esasen marka tescilinden doğan hakların kapsamını belirlemektedir. Maddenin ilk

¹⁸⁶ MarKHK; 61/(c) maddesinde düzenlenen ihlal halleri için, “ *bildiği veya bilmesi gerektiği halde*” ifadesini kullanmak suretiyle kusurun arandığını açıkça ortaya koymuştur. Doktrindeki hakim fikre göre, 61/e maddesinde öngörülen tecavüz halinin varlığı için de kusur aranır. Konuyla ilgili daha ayrıntılı açıklama için bkz. II. Bölüm, 2.3. ve 2.4.

¹⁸⁷ Bkz. Kaya, s. 264; Çamlıbel, s. 59; Oytaç, s. 301; Arkan; Marka Hukuku, C. 2, s. 209. Yazar, 61. maddenin (c) bendinde failin kusurunun aranmasını marka hakkının etkin biçimde korunması amacına ters düşüğünü belirtmek suretiyle bu husustaki görüşünü beyan etmiştir.

Doktrinde Yasaman; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi isimli eserinin 1010. sayfasında, “ ... marka hakkına tecavüzden doğan hukuki sorumluluğun, marka sahibi ile mütecaviz arasında akdi biri ilişkinin bulunduğu istisnai haller dışında (örneğin maddenin (d) bendinde öngörülen ihtimalde durum böyledir) akit dışı sorumluluk temeline dayandığı hatırlanmalıdır. Bir diğer ifadeyle, yukarıda belirtilen istisnai haller dışında, marka hakkına tecavüzden doğan hukuki sorumluluk geniş anlamda haksız fiil, dar anlamda haksız rekabet temeline dayanmaktadır. Bu nedenle, KHK m. 61 hükmünün uygulama alanı bulunduğu yargılamalarda, zararın ve *yukarıda belirtilen istisnai hal dışında kusurun ispatı akit dışı sorumluluk hükümlerinin karakteristik özelliği gereği davacıya aittir.*” ifadelerini kullanmıştır. Yazarın bu ifadeleri, açıkça olmasa da dolaylı olarak marka hakkına tecavüz fiillerinde –ayırık durumlar dışında- kusurun varlığının aranacağı kanaatinde olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

¹⁸⁸ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1010, 1015; Tekinalp, s. 458; Meran, s. 226.

bendinde, “haksız kullanım modelleri” öngörölmüş, ikinci bendinde ise birtakım “haksız kullanım şekilleri”ne yer verilmiştir. Haksız kullanım şekillerinden birisinin uygulanarak haksız kullanım modellerinden birinin oluşturulması durumunda 61/(a) kapsamında tecavüz ortaya çıkmaktadır. 61. maddenin sonraki (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde de diğler marka hakkına tecavüz halleri belirlenmiştir.

Bu kısa açıklama doğrutusunda, doktrindeki baskın görüş, 61/(a) maddesinin atfıyla 9/1. maddede sayılan haksız “kullanım modellerinin” ve 61. maddenin (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde sayılan diğler tecavüz hallerinin tahdidi olduğu, yani sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesine tabi olduğu yolundadır¹⁸⁹. Ancak 9/2 maddede sayılan “haksız kullanım şekilleri” – yani “haksız kullanım modelleri”nin tezahür ettiği kullanım şekilleri- örnek kabilinden olup tahdidi değildir^{190 191}. Nitekim 9. maddenin menşesini oluşturan¹⁹² 89/104/AET sayılı Marka Direktifi’nin 5. maddesi ile 40/94 sayılı AB Tüzüğü’nün 9. maddesindeki ifade de haksız kullanım modellerinin tahdidi, haksız kullanım şekillerinin örnek kabilinden olduğunu açıkça ortaya koymaktadır¹⁹³. Yargıtay’ın görüşü de bu doğrutudadır¹⁹⁴.

¹⁸⁹ Bkz. Tekinalp, s. 456, Yasaman ve diğlerleri, C. 2, s. 1010; Meran, 222; Karan/Kılıç, s. 454.

¹⁹⁰ Bkz. Tekinalp, s. 415; Karan/Kılıç, s. 261; Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 211; Sabih Arkan “Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu” Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER) Haziran 2000, Cilt XX, S. 3, s. 11; Sabih Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri- Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 Tarihli Kararı” Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:3, S. 4, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt 1, s. 5. Yazar, anılan eserlerinde, m. 61’de yer alan tecavüz hallerinin tahdidi olduğu hususuna değinmemekte fakat m. 9/2’deki haksız kullanım şekillerinin örnek kabilinden olduğunu vurgulamaktadır.; Dirikkan, s. 266; Oytaç, s. 178.

¹⁹¹ Aksi görüş için bkz. Kaya, s. 263, dn. 57. Yazara göre, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin 61. maddede sayılanlarla sınırlı olmadığını, bizatihi KHK’da yer verilen sair tecavüz fiillerine ilişkin (KHK 10, 11, 12) düzenleme göstermektedir.

¹⁹² Direktif’in MarKHK’ya etkisi konusunda bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 23 v.d.; C. 2, s. 211, dn. 9.

¹⁹³ 89/104 sayılı Marka Direktifi’nin 5.3. maddesinde yer alan “The following, *inter alia*, may be prohibited under paragraphs 1 and 2” ifadesiyle 40/94 sayılı AB Tüzüğü’nün 9. maddesinde yer alan “The following, *inter alia*, may be prohibited under paragraph 1” ifadeleri bu hususu kanıtlar niteliktedir.

¹⁹⁴ “...556 sayılı KHK’nın 9/II-c maddesinde marka hakkından doğan hakların kapsamı sayılırken... bu maddede sayılan tecavüz hallerinin sınırlanmadığı... öğretide de kabul edilmektedir...” (Noyan, s. 456’dan naklen Yarg. 11. H.D., T. 01.04.2004, E. 2003/8321, K. 2004/3406 ve s. 462’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 17.02.2004, E. 2003/5148, K. 2004/1432)

Marka hakkına tecavüz fiilinin gerçekleşmesi için, tecavüz eden işaretin muhakkak marka olarak kullanılması gerekmekte midir? Yani, tecavüzün varlığı için işaretin markasal kullanımı şart mıdır? 556 sayılı MarKHK'nın 9. maddesinin 2. fıkrasında, marka hakkı sahibinin tekel hakları düzenlenmiştir. Ancak 9. maddenin 1. fıkrasında, işaretin “mal ve hizmetlerde” kullanılmasından söz edildiğinden, markaya tecavüzden bahsedebilmek için markasal kullanımın şart olup olmadığı hususunda görüşler ortaya çıkmıştır. Bu sorunun cevabı, marka hakkına tecavüz durumlarının kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır.

Markasal kullanım; markanın mal veya hizmetin köken itibariyle diğerinden ayırt edilmesine yönelik olarak kullanılmasıdır¹⁹⁵. O halde, kural olarak markasal kullanım, bir ticaret markasının ticari dolaşıma sunulan malların veya ambalajların üzerine konulmasını veya hizmet markasının, hizmetlerin sunulmasında kullanılmasını ifade etmektedir¹⁹⁶. Buradaki önemli nokta, kullanımın malın veya hizmetin kökenini gösterici olarak yapılmasıdır. Buradan, markanın mal veya hizmetlerle birlikte ticaret mevkiine konulmayarak, sadece iş evrakında, kataloglarda, faturalarda, reklâmlarda ve ilanlarda yer almasının markasal kullanım oluşturmadığı sonucuna varılmaktadır¹⁹⁷. Aynı şekilde markanın işletmesel kökenini göstermeyecek, örneğin ticaret yapan bir mağazanın çalışanlarının giyim eşyalarında, gazete haberlerinde, slogan biçiminde veya reklâmlarda kullanılan resmin bir parçası olacak şekilde kullanılması da markasal kullanım sayılmayacaktır¹⁹⁸. İşaretin ticaret unvanı, işletme adı veya internet alan adı olarak kullanıldığı durumlar da markasal kullanımın dışındadır.

Daha eski tarihli olan bir görüşe göre, işaretin markasal kullanımı söz konusu olduğunda, KHK anlamında tecavüzün gerçekleştiği kabul edilmeli, markasal kullanım dışındaki kullanımlarda ise, marka haksız rekabet hükümlerine göre

¹⁹⁵ Tekinalp, s. 405; Dirikkan, s. 272.

¹⁹⁶ Dirikkan, s. 272.

¹⁹⁷ Dirikkan, s. 272.

¹⁹⁸ Dirikkan, s. 272 ve aynı sayfa dn. 302'de anılan yazarlar.

korunmalıdır¹⁹⁹. Bu görüş, markanın hukuken korunan köken gösterme fonksiyonunu ön plana çıkarmakta²⁰⁰, köken gösterme fonksiyonunun da ancak aynı veya benzer işaretin “marka şeklinde” kullanılmasıyla ihlal edilebileceğini öngörmektedir. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nun benimsediği görüş de buydu²⁰¹. Özetle bu görüşe göre, MarKHK anlamında tecavüzün mevcut sayılması için işaretin markasal kullanımını zorunludur.

Ancak Türk doktrinindeki hâkim görüş bunun tersi yönündedir. Bu ikinci görüşe göre tecavüzün oluşması için işaretin mutlaka markasal kullanımı gerekmez, belli istisnalar dışında²⁰², herhangi bir şekilde ticari alanda kullanılması²⁰³ da marka

¹⁹⁹ Bkz. Dirikkan, s. 274 ve aynı sayfa dn. 303’te anılan yazarlar.

Arkan, bu görüşün eskiden hem Türk hem de İsviçre ve Alman doktrinlerinde geçerli görüş olmakla beraber, artık geçerliliğini kaybettiğini ifade etmektedir. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s, 214 v.d.

²⁰⁰ Arkan, “İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, s. 6.

²⁰¹ Arkan, Marka Hukuku, s. 214; Arkan, “İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, s. 5, 6.

²⁰² Bkz. MarKHK m. 12.

²⁰³ “... Dava esas itibariyle davacı şirketin unvan ve markasına davalı şirketin vaki tecavüzünün önlenmesi, ibarenin davalı unvanından terkinin istemlerine ilişkindir... Davalı unvanı davacı unvanından önce tescilli olduğuna göre, TTK’nun 52. maddesi hükmü uyarınca unvanını münhasıran kullanma hakkını haiz olan tarafın davalı şirket olduğu kuşkusuzdur. Öte yandan, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 8/5. fıkrası hükmüne göre, önce tescilli unvan sahibinin itirazı üzerine marka tescili başvurusu reddedilir. Davacı şirketin marka tescil başvurusunun ilanı üzerine davalı taraf itiraz etmemiş ve sonradan da hükümsüzlük davası açtığını, temyiz dilekçesinde ileri sürmemiş ise de, önce tescilli unvan ile sonra tescilli marka kullanımının birbirine üstünlüğü ve önceliği bulunmadığının, diğer anlatımla davalının yasal öncelik hakkına dayanarak unvanını kullandığının ve mutlaka davacı aleyhine marka iptal davası açmak zorunda olmadığı kabulü gerekir... Davacı markasının korunması aynı Kanun Hükmünde Kararname’nin 6. maddesi hükmü uyarınca, tescil ile elde edilmesine karşın, davalı unvanının korunması da TTK’nun 52. maddesi hükmü uyarınca ticaret siciline tescille başlar. Her iki madde hükmü ile başlayan korumanın, her iki taraf için de iyiniyet hükümleri çerçevesinde devam etmesi gerektiğinin kabulü gerekir...” (Noyan, s. 464, 465’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 09.02.2004, E. 2003/6408, K. 2004/1022)

“... Dava, davacının tescilli markasında ve ticaret unvanında yer alan “Protel” sözcüğünün davalının ticaret unvanında ve üretip pazarladığı ürünlerde haksız olarak kullandığı savına dayalı olarak açılan TTK’nın 57/5, 556 sayılı KHK’nin 9 ve 61. maddeleri uyarınca haksız rekabetin önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması... istemine ilişkindir...” (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1052’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 28.11.2000, E. 2000/7300, K. 2000/9419)

“...Davacı vekili, müvekkilinin 17.06.1999 tarihinde tescil edilen “TÖMER” markasının sahibin olduğunu...davalıların davacı adına tescilli markayı aynen ve izinsiz kullandıklarını ileri sürerek davacının marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin durdurulmasına... karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar vekilleri... TÖMER ekinin davacının tekelinde olmadığını... davalı Taksim

hakkına tecavüz oluşturacaktır²⁰⁴. Her ne kadar, KHK m. 9/1’de işaretin “mal ve hizmetlerde” kullanılmasından söz ediliyor ve m. 9/2’de de “aşağıda belirtilen durumlar birinci fıkraya uyarınca yasaklanabilir” ifadesi yer alıyorsa da, buradaki “birinci fıkraya göre” ibaresi “mal ve hizmetlerle ilgili” kullanma, yani markasal kullanma durumu olarak anlaşılmalıdır. Bu ifade; marka/işaret veya mal/hizmet arasında ayniyet veya benzerlik bulunması veya yerine göre (c) bendindeki özel şartların mevcudiyeti halinde, m. 9/2’nin devreye gireceği şekilde anlaşılmalıdır²⁰⁵. Kaldı ki; KHK’nın “işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklâmlarda kullanılması”nı yasaklayan 9. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendi, bu kullanım türü markasal kullanım sayılmayacağından, bu görüşü desteklemektedir²⁰⁶. Yine, KHK m. 10’da “tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde, yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltir.” ifadesi yer almaktadır. Bu fiil de esasen markasal kullanım olmamakla beraber, maddede zikredilen yanlışlığın düzeltilmemesi durumu bir tecavüz hali olarak kabul edilmiştir²⁰⁷. Ayrıca, KHK m. 12, “Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna” başlığı altında, “dürüstçe ve ticari veya sanayi konularla ilgili olarak kullanmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle

Tömer Eğitim ve Turizm Ltd. Şti.’nin bu unvan ile ticaret siciline tescilli olduğunu, marka ve ticaret unvanlarının farklı şeyler olduğunu, kullanım yer ve şekillerinin farklı olduğunu belirterek davanın reddini istemişlerdir...TÖMER markasını adına tescil ettiren davacı davalı şirketin ticaret sicilinde tescilli ticaret unvanının terkinini istememiş, sadece fiili durumun ortadan kaldırılmasını istemiştir. Hukukun var olan bir hakkın fiilen kullanılması engellenemez... yazılı gerekçeyle davanın kabulü doğru görülmemiş, hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir.” (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1049’dan naklen Yarg. 11. H.D., T. 03.07.2000, E. 2000/5334, K. 2000/6307)

²⁰⁴ Bkz. Tekinalp, s. 405; Arkan, Marka Hukuku, s. 214-216; Arkan, “İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, s. 5-13; Kaya, s. 240; Dirikkan, s. 272 v.d.; Özge Erdem, **Tanımlı Markanın Farklı Mal Veya Hizmetler Bakımından Korunması**, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s. 70; Suluk, s. 570.

Doktrinde, Camcı ise, genel olarak markasal kullanımın zorunlu olmadığını savunmakla birlikte, KHK, m. 9/1 (b) de düzenlenen “iltibas” durumunda, halkın yanlış anlaşılmasının gerçekleşmesi için markasal kullanımı zorunlu görmüştür. Bkz. Camcı, s. 97, 98.

²⁰⁵ Arkan, “İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, s. 8, dn. 12; Dirikkan, s. 280.

²⁰⁶ Tekinalp, s. 405; Dirikkan, s. 279.

²⁰⁷ Arkan, “İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, s. 8; Dirikkan, s. 279; Kaya, s. 240.

ilgili cins, kalite, miktar kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.” hükmünü getirmektedir. Dolayısıyla, dürüstçe kullanım istisnası dışında kalan kullanımlar da markasal kullanım olmamalarına rağmen marka hakkına tecavüz sayılacaklardır²⁰⁸.

Sonuç olarak tüm bu açıklamalar çerçevesinde, 556 sayılı KHK sisteminde marka hakkına tecavüzün gerçekleşmesi için markasal kullanımın zorunlu olmadığı sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar marka hakkına tecavüz hallerinin 61. maddede düzenlenmesini eleştirmekte, marka tescilinden doğan hakların kapsamı 9. maddede hükme bağlanmış olduğundan, tecavüz fiillerinin de bu 9. madde çerçevesinde düzenlenmesinin daha isabetli olacağını belirtmektedirler²⁰⁹. Nitekim MarKHK’ya kaynak teşkil eden 89/104 sayılı Konsey Direktifi’nde, marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri gösteren ayrı bir maddeye yer verilmemiş, sadece tescilli markanın sağladığı haklar 5. maddeyle düzenlenmiştir²¹⁰.

2. MARKA HAKKINA TECAVÜZ TEŞKİL EDEN FİİLLER

2.1. MARKHK’NIN 9. MADDESİNE AYKIRLIK [KHK m. 61/(a)]

Bu tecavüz hali MarKHK’nın 61/(a) maddesinde düzenlenmiştir. Esasen 61/(a) maddesi bu tecavüz halini “9. maddenin ihlali” şeklinde ifade etmektedir.

²⁰⁸ Arkan, “İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”, s. 8, 11; Tekinalp, s. 405; Dirikkan, s. 280; Erdem, s. 65.

²⁰⁹ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1010; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 209. Yazar, bu durumun sakıncalarına örnek olarak KHK 9/2 (b) maddesi ile KHK 61/(c) maddesi arasındaki konusal benzerliğe dikkat çekmiş ve bu durumun yaratabileceği karışıklığı şu şekilde ifade etmiştir: “...KHK’da yapılan bu düzenleme sakıncalara neden olabilecek niteliktedir. Örneğin KHK 9/2 (b)’de tescilli markanın aynı veya benzeri olan işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi, stoklanması bir tecavüz fiili sayılmış; KHK 61/(c)’de ise markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gereken kişinin taklit markayı taşıyan ürünleri satmasının, dağıtmasının tecavüz oluşturacağı gösterilmiştir. Görüldüğü üzere, KHK’da, aynı konuda iki farklı düzenleme yer almıştır...” Söz konusu bentler arasındaki ilişkiye dair açıklama için bkz. II. Bölüm, 2.1.2.2. ve 2.3.

²¹⁰ Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri”, s. 5, dn. 2.

Böylece MarKHK'nın marka tescilinden doğan hakların kapsamını gösteren, yani tescil olunan bir markanın sahibine hangi hal ve şartlarda ne gibi koruma imkânları sağlandığını açıklayan²¹¹ 9. maddesine yollama yapmaktadır. 9. maddede birtakım haksız kullanım modelleri ve yine birtakım haksız kullanım şekilleri sıralanmıştır. Yani 9. maddenin ihlali anlamına gelecek fiillerin oluşumu için 9. maddede yer alan "haksız kullanım modelleri"nden birinin, yine aynı maddede yer alan "haksız kullanım şekilleri"nden biri vasıtasıyla işlenmiş olması gerekmektedir^{212 213}. Söz konusu maddenin menşei, 89/104/AET sayılı Marka Direktifi'nin 5. maddesi ile 40/94 sayılı AB Tüzüğü'nün 9. maddesidir²¹⁴. Şunu da belirtmek gerekir ki, MarKHK'nın 6. maddesine göre markanın korunmasının şekil şartı, onun "tescili" olduğundan, 9. maddenin uygulama sahası da sadece tescil olunan markalara teşmil edilmiştir²¹⁵.

Maddede sayılan "haksız kullanım modelleri" şunlardır:

- a- Tescilli markayla *aynı* işaretin, tescil kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak izinsiz kullanılması (iktibas) (m. 9/1 (a)) ,
- b- Tescilli markayla *aynı ya da benzer* bir işaretin, tescil kapsamına giren mal ve/veya hizmetler ya da bunların benzeri olan mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak, halk nezdinde bağlantı olduğu ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali doğurabilecek şekilde izinsiz kullanılması (iltibas)²¹⁶ (m. 9/1 (b)),

²¹¹ Karan/Kılıç, s. 258.

²¹² Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1011.

²¹³ "haksız kullanım modelleri" ve "haksız kullanım şekilleri" terimleri Tekinalp'e aittir. Bkz. Tekinalp, s. 404, 405 ve 456, 457.

²¹⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 23 v.d.; C. 2, s. 211, dn. 9; Arkan, "Marka Hakkına Tecavüz Halleri", s. 5, dn. 2; 89/104 sayılı Marka Direktifi ile 40/94 sayılı AB Tüzüğü için bkz.: Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün resmi internet sitesi <http://www.wipo.int> .

²¹⁵ Karan/Kılıç, s. 259.

²¹⁶ "İltibas" kavramı haksız rekabet hükümleri kapsamında T.T.K. m. 57/5'te de tanımlanmıştır. Anılan maddeye göre; "*Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyile başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya*

- c- Tescilli markayla *aynı ya da benzer* bir işaretin, tescil kapsamında *bulunmayan* mal ve/veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılmasına karşın, tescilli markanın itibarından haksız yarar sağlayacak, itibarına zarar verecek ve bu markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte izinsiz kullanılması (m. 9/1 (c)).

Maddedeki “haksız kullanım şekilleri” de şu şekilde sıralanmıştır:

- a- İşaretin mal ve ambalaj üzerine konulması (m. 9/2 (a)),
b- İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi (m. 9/2 (b)),
c- İşareti taşıyan malın piyasaya sürme amacıyla depo edilmesi (m. 9/2 (b)),
d- İşareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi (m. 9/2 (b)),
e- İşaret altında hizmet sunulması veya sağlanması (m. 9/2 (b)),
f- İşareti taşıyan malın ithal veya ihracı (m. 9/2 (c)) ,
g- İşaretin, teşebbüsün iş evrakında ve reklâmlarında kullanılması (m. 9/2 (d)).

Bu çerçevede anılan maddede sayılan “haksız kullanım şekilleri”nden (m. 9/2) herhangi biri vasıtasıyla “haksız kullanım modelleri”nden (m. 9/1) herhangi biri, marka hakkı sahibinin rızası olmadan, yani maddedeki ifadesiyle izinsiz olarak gerçekleştirilirse, MarKHK m. 61/(a) hükmü ihlal edilmiş olacaktır. İzin açıkça veya zımni olarak verilebilir²¹⁷.

Marka hakkına tecavüz hallerinin KHK’da tahdidi olarak sayılıp sayılmadığı konusunda yaptığımız daha önceki açıklamalarımızda²¹⁸, 9/1. maddede sayılan “haksız kullanım modelleri”nin tahdidi olduğu, 9/2. maddede sayılan “haksız kullanım şekilleri”nin ise örnek kabilinden sayıldığı hususundaki baskın doktriner görüşe yer verilmişti. Çalışmamızın bu bölümünde ise, sayılan haksız kullanım model ve şekilleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak” haksız rekabet sayılmıştır.

²¹⁷ Karan/Kılıç, s. 261.

²¹⁸ Bkz. II. Bölüm, 2.1.1. ve 2.1.2.

2.1.1. Haksız Kullanım Modelleri

Tecavüz hallerinin gerektiği gibi incelenmesi bakımından 9/1. maddede yer alan haksız kullanım modellerinden daha ayrıntılı olarak bahsetmek faydalı olacaktır:

2.1.1.1. İktibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz [KHK m. 9/1 (a)]

MarKHK'nın 9/1 (a) maddesinde “Markanın tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması” tecavüz hali olarak öngörülmüştür. KHK böylece markanın, özellikle mal veya hizmetin menşeyini gösterme fonksiyonunu mutlak biçimde koruma altına almıştır²¹⁹. Sözlük anlamı “aktarmak/alıntulamak/ödünç almak” olan²²⁰ “iktibas” , yukarıda da belirtildiği gibi, tescilli markayla aynı işaretin tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle ilgili olarak izinsiz kullanılmasını ifade eder. Bu tür tecavüz halinde, marka hakkının ihlali son derece açık bir biçimde tezahür etmektedir²²¹. Maddede zikredilen aynen kullanma tam ya da kısmi olarak ortaya çıkabilir²²². Tam aynen kullanma, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın tıpatıp aynen kopya edilerek kullanılmasıdır²²³. Bu, açık ve kesin bir tecavüz oluşturduğu için az başvurulan bir tecavüz halidir ve daha çok marka üzerinde karşılıklı hak iddialarının

²¹⁹ Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri”, s. 4.

²²⁰ Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, “Güncel Türkçe Sözlük” arama motoru, www.tdk.gov.tr .

²²¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 97, Camcı, s. 95.

²²² Cengiz, s. 6, 7; Kaya, s. 266; Meran, s. 224.

²²³ “... 556 sayılı KHK'nın 9/a maddesi gereğince markanın tescili kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması halinde, marka sahibinin, izin almadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır. Marka sahibi, marka tescilinin yanını tarihinden itibaren markanın sağladığı haklardan ve himayeden istifade eder. Davalı tarafından aynen kullanılan davacı markası tescilli olduğuna ve tarafların faaliyet konuları da aynı olduğuna göre, davacın tescilli markasının korunması zorunludur...” (Kaya, s. 239, dn. 13'ten naklen Yarg. 11. H.D., T. 09.05.2002, E. 2002/361, K. 2002/4522)

“ Davacı vekili, Turizm Bakanlığı tarafından tescilli bulunan Asena Otel'in “Asena” isminin TPE tarafından hizmet markası olarak tescil edildiğini, markanın davalı tarafından izin alınmaksızın kullanıldığını ileri sürerek davalının “Asena” markasına vaki tecavüzün önlenmesine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir...” (Noyan, s. 430'dan naklen Yarg. 11. H.D., T. 29.03.2001, E. 2001/512, K. 2001/2592)

bulunduğu durumlarda²²⁴ ya da belli bir emtia için kullanılan markanın başka kişiler tarafından farklı türde emtia için kullanılması durumlarında²²⁵ rastlanır²²⁶. Kısmi aynen kullanma halinde ise, başkasının hak sahibi olduğu marka aynen kopya edilerek değil ancak aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanılır²²⁷. Bir markanın aynen denecek kadar az değiştirilip değiştirilmediği her somut olayda mahkemelerce saptanmalıdır. Ancak kuşkusuz söz konusu markanın esas unsurları yani özgün, ayırt

²²⁴ “ Davacı vekili, müvekkilinin tescilli “Fly-Inn” ismiyle İstanbul’da restoran ve bar işlettiğini, tescilden önce de kullanımı bulunduğunu, davalıların markanın popülerliğinden faydalanmak için Fethiye’de aynı isimle cafe-bar açtıklarını, davalı Adventura Ltd. Şti. markayı unvan olarak kullandığı, işyerinin Buke Ltd. Şti. tarafından işletildiği, müvekkilinin markasına tecavüz olup haksız gelir temin ettiklerini ileri sürerek, haksız kullanımın tespiti ile tecavüzün ref’ine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı Buke Ltd. Şti. vekili, müvekkilinin kullanımının tescilden önceye dayandığını, davacı tescilinin hükümsüz sayılması gerektiğini, davacının kazanç kaybının bulunmadığını savunarak davanın reddini istemiştir... Karar, ... Buke Ltd. Şti. vekili tarafından temyiz edilmiştir... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre ... Buke Ltd. Şti. temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” (Noyan, s. 454, 455’ten naklen Yarg. 11. H.D., T. 05.04.2004, E. 2003/9339, K. 2004/3478)

“ ... Davacı vekili... müvekkilinin mobilya sektöründe faaliyet gösterdiğini, “Seray” markasını 1986’dan beri ürünlerinde, 1990 yılından bu yana da aynı zamanda ticaret unvanında kullandığını, davalının da aynı alanda faaliyet gösterdiğini, “Seray” ibaresini ticaret unvanında ve tanıtma evraklarında kullanarak haksız rekabette bulunduğunu, aleyhlerine yapılan tespit sonrasında “Seray” markasını tescil için başvurduğunu öğrendiklerini... iltibasa neden olduğunu iddia ederek, davalını haksız rekabet yaptığının tespit ve menine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Davalı vekili iddiaların yersiz olduğunu, haksız rekabetin hiçbir unsurunun bulunmadığını... savunarak davanın reddini istemiştir... Mahkemece... davanın kabulüne... karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin yerinde görülmemen... temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” (Noyan, s. 461, 462’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 12.02.2004, E. 2003/6316, K. 2004/1183)

²²⁵ “... Davacı vekili, davalının müvekkili şirkete tescilli ARK markasını iltibas yaratacak şekilde aynen taklit ettiği ürün, ambalaj ve paketlerde kullandığını ileri sürerek haksız rekabetin tespit ve menisi... istemiştir. Davalı vekili, davacının markayı tescil ettirdiği şekilde kullanmadığını, maket bıçağının marka tescil belgesinde sayılan emtialardan olmadığını, ambalaj tasarımının tescilli olmadığını, tarafların maket bıçakları ve ambalajlarının farklı olduğunu, bu nedenle... davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece... davanın ... kabulüne karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir... davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına karar verildi.” (Noyan, s. 457’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 29.03.2004, E. 2003/8614, K. 2004/3167)

²²⁶ Cengiz, s. 6, 7.

²²⁷ Tam veya Kısmi aynen kullanma kavramları KHK m. 61/(b) de öngörülen tecavüz hallerinden biri olan “markanın taklit edilmesi” konusunda da karşımıza çıkacaktır. Maddeye göre “markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek” marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. İşte maddedeki “ayırt edilmeyecek derecede benzeri” ifadesi, markanın aynen denecek kadar az değiştirilmesi olup kanaatimizce kısmi aynen kullanma olarak nitelenebilir.

edici unsurları bozulmamış, değiştirilmemiş olmalıdır^{228 229}. Yürürlükten kalkan 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47/a maddesi tescilli bir markanın aynısının boyut veya renk bakımından değiştirilerek kullanılmasını aynen kullanma kabul etmiştir. Bir markanın biçim veya söyleniş bakımından eşinin kullanılması da aynen kullanım yani iktibas olarak değerlendirilmelidir²³⁰. Bu örnekler tipik birer kısmi aynen kullanmadır. 551 sayılı kanun bir markanın anlam bakımından eşinin kullanılmasını da aynen kullanma saymıştır. Ancak bu konu doktrinde haklı olarak eleştiri konusu olmuştur²³¹.

MarKHK'nın getirdiği sistemde tescil için başvurusu yapılan bir işaret 7. ve 8. maddelerde yer alan mutlak ve nispi ret nedenleri bakımından incelenmektedir. Bu inceleme sisteminin bir sonucu olarak aynı mal ve hizmetlerle ilgili tescilli bir markanın aynısının tescili mümkün değildir. Bu husus MarKHK m. 7/1 (b)'de mutlak ret nedeni, m. 8/1 (a)'da nispi ret nedeni olarak sayılmıştır. Yani tescilli bir markanın aynısının tescili KHK tarafından engellenmiştir, iktibasın önüne geçilmiştir. Ancak her nasılsa tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın aynısı aynı tür mal ve hizmetler için bir başkası adına tescil edilirse veya tescilsiz ve izinsiz olarak kullanılırsa, KHK m. 9/1 (a) bu ihtimalin de önüne geçmektedir²³².

²²⁸ Cengiz, s. 7.

²²⁹ İktibas suretiyle marka hakkına tecavüz fiiline diğer bir örnek için bkz. Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler- Hukuki Mütalaalar (1988–1991) IV**, Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 60 v.d., Ata Spor ve Etap/Adidas davası.

²³⁰ “... Davacı vekili, müvekkilinin kurucusu ve yöneticisi olduğu Metropol Tıp Merkezi ve bu merkeze bağlı Holter merkezinin sağlık hizmetleri verdiğini, “Metropol Tıp Merkezi” markasının... müvekkili adına tescil edildiğini, davalının ise izinsiz olarak “Metropol” ismini kurduğu hastanede kullandığını, kendisine gönderdikleri uyarıya verdiği yanıtta Metropol sözcüğünü kullanmayacağını bildirdiği halde, bu sözcüğü kullanmadığı görüntüsü vermek için bu sözcükle şekil ve telaffuz olarak aynı olan “metropolitan” sözcüğünü kullanmaya başladığını, davalının eyleminin markaya tecavüz olduğunu... markaya tecavüzün önlenmesini... talep ve dava etmiştir...” (Noyan, s. 506, 507'den naklen Yarg. 11. H.D., T. 31.05.1999, E. 1999/2719, K. 1999/4582)

²³¹ Bkz. Cengiz, s. 9; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 86.

²³² Noyan, s. 127, 128.

2.1.1.2. İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz [KHK m. 9/1 (b)]

“İltibas” kelimesinin sözlük anlamı “birbirine çok benzeyen iki şeyin karışması”dır²³³. Marka hukukuna ve haksız rekabet hükümlerine göre ise iltibas, tescilli markayla *aynı ya da benzer* bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetler ya da bunların benzeri olan mal ve hizmetlerle ilgili olarak, halk nezdinde bağlantı olduğu ihtimali de dâhil karıştırılma ihtimali doğurabilecek şekilde izinsiz kullanılmasını ifade için kullanılmaktadır. Bu kullanım üç farklı şekilde olabilir. Bunlar;

- 1.Tescilli markayla aynı olan işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması²³⁴,
- 2.Tescilli markayla benzer olan işaretin aynı mal veya hizmetler için kullanılması²³⁵,
- 3.Tescilli markayla benzer olan işaretin benzer mal veya hizmetler için kullanılması²³⁶

²³³ Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi, “Güncel Türkçe Sözlük” arama motoru, www.tdk.gov.tr.

²³⁴ “ ... Davacı vekili, müvekkilinin mobilya ve ev tekstili alanında tanınmış “İSTİKBAL” markası ve unvanını haksız kullanan davalının... anılan marka ve unvanı ticari işletmesinde kullandığı, ürettiği halıları aynı marka ile piyasaya sunduğunu ileri sürerek tanınmış marka ve ticaret unvanına tecavüzün önlenmesini... talep ve dava etmiştir... Davalı vekili, müvekkilinin faaliyet konusu olan halı üretiminin davacının faaliyet türleri içinde bulunmadığını... savunmuştur... Dava dosyası içindeki bilgi belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına... göre, davalı vekilinin... temyiz itirazları yerinde değildir...” (Noyan, s. 451’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 22.04.2004, E. 2003/9291, K. 2004/4330)

²³⁵ “... Davacı vekili, davalının, müvekkilin tescilli “Tofy” ve “Kent Tofy” markaları ile iltibas yaratacak şekilde “Toffe” ibaresini marka olarak şekerleme ürünlerinde kullandığını, ayrıca ambalajları ile de iltibas yarattığını “Uysal” ismi etrafındaki elips şekli ile renklerin de müvekkilinin tanınmış Kent marka ve unvan ve logosunun ayırt edici karakterine zarar verdiğini ileri sürerek bu eylemlerin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğinin tespiti ve menine... karar verilmesini istemiştir... Davalı vekili ... markaların iltibas yaratmadığını, ambalajlar arasında benzerlik olmadığını, “Toffe” markasının ve ambalaj tasarımlarının kendileri adına tescilli olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir... Mahkemece... davalının kullandığı “Toffe” ibaresinin davacının tescilli markası ile fonetik olarak iltibasa yol açacak şekilde benzerlik taşıdığı, ilk üç harfi ile de aynı olduğunu, aynı şekerleme ürünü için kullanıldığını, ambalajındaki renkleri logosunu grafik tasarımı ve genel görünümü ile davacı ambalajları ile iltibas yarattığı, bu nedenle eylemin markaya tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiği, TPE başkanlığı’nın cevabi yazısına göre davalı adına tescilli marka bulunmadığı... gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir... Davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına karar verildi.” (Noyan, s. 449’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 24.05.2004, E. 2003/11880, K. 2004/5833)

halleridir²³⁷.

Ancak iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, genel olarak ilk iki şekilde, yani markaya benzeyen ve alıcı tarafından marka ile karıştırılma olasılığı bulunan benzer bir işaretin kullanılması suretiyle olur. Bu hal en çok başvuru tecavüz halidir²³⁸. Ayrıca sayılan birinci ve üçüncü şekil bakımından, markaların kapsadığı mal veya hizmetler birbirine yakın olduğu ölçüde iltibas ihtimali de artmış olacaktır²³⁹.

MarKHK m. 9/1 (b) hükmünde “işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali” unsuruna da yer verilerek iltibas kavramı genişletilmiştir. Buna göre marka ile işareti kullanan işletmenin aynı olduğu veya aynı şirketler veya işletmeler grubuna ait olduğu yönündeki bağlantı ihtimali²⁴⁰ ya da tescilli marka ile işaret arasındaki çeşitli yönlerden benzerlik sebebiyle bağlantı ihtimali, iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz oluşturur²⁴¹.

²³⁶ “ ... Davacı vekili, müvekkili adına tescilli “VİTRA” markasının, davalı tarafından pazarlanan cam tuğlalarda “VİTRABLOK” olarak kullanılmak suretiyle iltibas yarattığını ileri sürerek haksız rekabetin tespiti ve men’ini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili... emtiaların farklı olduğunu arada iltibas bulunmadığını ve haksız rekabet durumunun oluşmadığını savunarak davanın reddini istemiştir... Mahkemece... markanın yazılışı ve dizayn bakımından doğrudan benzerlik bulunmadığı, davacının markasını kullandığı emtia ile davalı emtiasının benzer olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir... Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir.” (Noyan, s. 513, 514’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 13.03.1998, E. 1997/8665, K. 1998/1705)

²³⁷ Meran, s. 128.

²³⁸ Cengiz, s. 8.

²³⁹ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 97; Meran, s. 128.

²⁴⁰ “... Davacı vekili, davalının hamburger ekmeği için “Mc Uno” ibaresini kullanarak üretim yaptığını ve piyasaya sunduğunu, anılan ibarenin müvekkilinin dünyaca tanınmış ve Türkiye’de de tescilli olan “Mc Donalds”, “Mc Nuggets”, “Mc Royal”, “Mc Express”, “Mc Chicken”, “McMuffin” gibi markaları ile iltibas yaratıcı nitelikte olduğunu ileri sürerek davalının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabette bulunduğu tespitini ile önlenmesini istemiştir...” (Noyan, s. 466, 467’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 11.11.2003, E. 2003/4319, K. 2004/10775)

²⁴¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 98 v.d.; Kaya, s. 266, Noyan, s. 372.

Burada dikkat edilecek husus, “bağlantı ihtimali” kavramının nasıl ele alınacağıdır. Tescilli bir markayla aynı veya benzer bir işaretin kullanılması alıcının iki malı karıştırmasına, tescilli markalı ürün yerine diğerini tercih etmesine neden olmasa bile, tescilli markayı anımsatarak onun imajını sulandırabilir, piyasadaki konumuna zarar verebilir. Bu durumda ortada iltibas yoktur, çünkü alıcının karıştırması yoktur. Dolayısıyla sadece zihnen bağlantı kurulması tehlikesi (bağlantı ihtimali) madde 9/1 (b)’nin uygulanması için yeterli değildir. Bu bağlantı ihtimali sebebiyle iltibas meydana gelmelidir. Bağlantı ihtimali, iltibas tehlikesinin alternatifi değildir. Yalnızca iltibas tehlikesinin kapsamının belirlenmesine yardımcı olmaktadır. Yani “bağlantı ihtimali” kavramına ayrı bir anlam verilmemeli, bu kavramın sadece iltibas tehlikesinin bulunup bulunmadığının belirlenmesinde dikkate alınacak unsurlardan biri olduğu kabul edilmelidir²⁴².

Benzerliğin saptanmasında markaların bütün olarak bıraktığı genel izlenim dikkate alınmalıdır²⁴³. Benzerlik, tüketici üzerinde karıştırmaya neden olacak bir etki bırakıyorsa, tüketicinin tescilli markalı ürün yerine tescilsiz işaretli ürünü tercih etmesine neden oluyorsa, iltibasın varlığından söz edilebilecektir. Karıştırma gerçekleşme dahi iltibas ihtimali tecavüzün varlığı için yeterlidir²⁴⁴.

Markalar şekilleri bakımından göze, söylenişleri bakımından kulağa ve anlamları bakımından düşünceye etkide bulunurlar. Alıcıların benzer markaları karıştırıp karıştırmadıkları bu hususlardaki etkilenimlerine göre saptanır²⁴⁵. Bu bakımdan alıcıların, iki üründen hangisini neden seçtikleri konusu, yani benzer markaları karıştırıp karıştırmadıkları konusu da uzmanlık isteyen ayrı bir teknik konudur. Bu araştırmada marka ve işaretin birbirine görsel, anlamsal ve fonetik olarak benzerliğini incelemek de yeterli değildir. Bunlar kadar markanın bütün olarak bıraktığı etki, markanın kullanıldığı mal veya hizmetin ekonomik değeri, markayı

²⁴² Konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Meran, s.128, 129; Arkan, “İşareti ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi”, Batider, C. XX, S. 2, 1999, s. 5 v.d.

²⁴³ Ömer Teoman, **Yaşayan Ticaret Hukuku-Hukuki Mütalaalar, C. 1, 1989–1991**, s. 34; Cengiz, s. 7.

²⁴⁴ Karahan/Suluk, s. 158.

²⁴⁵ Teoman, C. 1, s. 33–36, Cengiz, s. 29.

taşıyan ürünlerin tüketici grubu yani hedef kitlesi, bu hedef kitlenin sosyal ve ekonomik durumları, eğitim düzeyleri, yaşları, cinsiyetleri, söz konusu mala ayırdıkları zaman gibi birçok unsur bir arada değerlendirilmelidir²⁴⁶. Bu nedenle iltibasın konu olduğu hukuki ihtilaflarda bilirkişi incelemelerinin önemi büyüktür. Bu incelemelerde benzer markaların yan yana konularak karşılaştırma yapılması yanıltıcı olabilir. Zira alıcılar benzer markaları genellikle ayrı zamanlarda görürler²⁴⁷. Ayrıca, iltibasa neden olacak benzerlik ayrıntılı bir araştırma veya inceleme neticesinde ortaya çıkacak türden değil, kolay ve yüzeysel bir incelemeyle dahi ortaya çıkabilecek türden olmalıdır²⁴⁸. Yani markalar ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek şekilde birbirine benzemelidir²⁴⁹.

Örneğin, tescilli bir markayla yazılış bakımından aynı olmayan fakat söyleniş bakımından aynı olan bir işaretin kullanılması iltibasa neden olabilecek bir benzerliktir. Ya da tescilli markanın kendine has, özel tasarlanmış yazı karakteri kullanılarak, kelimeler farklı olsa da yazı karakteri bakımından tescilli markaya benzetilerek kullanılan işaretler iltibas suretiyle tecavüzü oluşturabilir²⁵⁰. Bunun gibi,

²⁴⁶ Tekinalp, s. 409, Çamlıbel, Taylan, s. 54; Meran, s. 129.

²⁴⁷ Cengiz, s. 29.

²⁴⁸ “... ‘rus’ sözcüğünü tuğla ve kiremit üretim ve ticaretinde kullanmakta olan marka sahibinin daha sonra başkalarının yine tuğla ve kiremit üretimi ve ticaretinde kullanılmak üzere tescil başvurusunda buldukları ‘sanrus’ kelimesinin tesciline sadece her iki kelimenin gerek yazılım gerekse okunuş itibarıyla iltibasa neden olabilecek nitelikte bulunmaları nedeniyle değil de alıcının büyük olasılıkla ‘sanrus’ markasının kendi (rus markası sahibince) tarafından kullanıldığını düşünecekleri nedeniyle itiraz hakları bulunduğu dair karar verilmiştir.” (Camcı, s. 98, 99’den naklen W. R. Cornish, Professor of Law, London School of Economics and Political Science, Intellectual Property, London, 1996, s. 621)

“...Yukarıda da tetkik olunan kararda GE markasını gören tüketicinin bunu GEC markası sanacağı için değil de GE (Amerikan) markasını GEC (İngiliz) markası olarak algılayacağı sebebiyle iltibasın bulunduğu karar verilmiştir.” (Camcı, s. 98, 99’den naklen W. R. Cornish, Professor of Law, London School of Economics and Political Science, Intellectual Property, London, 1996, s. 621)

²⁴⁹ Karahan/Suluk, s. 158.

²⁵⁰ “... Davacı vekili, müvekkili şirketin “ÜLKER” markası altında bisküvi çeşitleri ve benzeri gıda maddeleri ürettiğini ve bu marka ile meşhur olduğunu, Ülker markasının çok uzun yıllardan beri ve değiştirilmeden “Kırmızı çerçeveli beyaz renkli zemin üzerine özel bir kırmızı renkle ve etli büyük harflerden oluşan” bir şekilde yazıldığını, davalılardan Güler Helva Ltd. Şti.’nin Ülker markasının yazılış tarzını vesair özelliklerini renkleri dâhil aynen taklit etmek suretiyle “Güler” markasının Saray Helvası ve çok yakın benzeri emtia üzerinde marka ve tanıtma vasıtası olarak kullanarak müvekkiliyle iltibas yarattığını... ileri sürerek haksız rekabet ve markaya tecavüzün önlenmesini... talep ve dava etmiştir...emtiaların satışı sırasında ambalaj ve tanıtım

tescilli markanın esaslı unsurunun işaretin bir bölümünde kullanılması veya ufak tefek değişikliklerle işaretin içine yerleştirilmesi de iltibasa örnektir²⁵¹. Marka olarak

vasıtalarında, “Güler” markasının yazılış biçimi tüm görsel ve grafolojik özellikleri ile gözde bıraktığı etki genel intiba yönünden davacının tescilli “Ülker” markası ile iltibas yaratacak şekilde kullanıldığı anlaşılmış olup, nitekim bu husus mahkemenin de kabulüdür. Öte yandan, davalıya ait “Güler” markasının tescil belgesindeki yazılış şekli (dizaynı, harflerin dizilişi)nin de davacının “Ülker” markasıyla çok benzer olduğu ve her iki markanın da aynı emtia sınıfında kullanıldığı, dolayısıyla davalının markayı bu şekilde kullanmasının 556 sayılı KHK'nın 9/b maddesi hükmüne aykırılık oluşturduğu saptanmıştır...” (Karan/Kılıç, s. 269, 270'ten naklen Yarg. 11. H.D., T. 11.09.2000, E. 2000/5607, K. 2000/6604)

Yüksek mahkeme bu kararında davalının tescilli markasının davacının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği yönünde karar vermiş görünmektedir. Oysa bir marka tescilli olduğu sürece esasen haksız kullanım söz konusu olamayacağından, hükümsüzlüğüne karar verilmeye kadar KHK'nın 9. maddesi uygulanarak kullanımının yasaklanamaması gerekir. Yargıtay başka birçok kararında bu doğrultuda kararlar vermiştir.

²⁵¹ “ ... Davacı tescilli “CAMSİL MATİK” markasını kullandıklarını ve davalının “YAYLAMATİK CAMSİL” markasını aynı tip ürünlerin üretim ve pazarlamasında kullandığını ileri sürmüş, davalı da davacının tescilli markasının kendilerince kullanılmadığını savunmuştur. Mahkemece markalar arasında iltibas bulunmadığından talebin reddine karar verilmiş ve karar Yüksek Yargıtay'ca usul ve kanuna uygun bulunarak onanmıştır.” (Camcı, s. 99'dan naklen Yarg. 11. H.D., T. 16.10.1998, E. 1998/6421, K. 1998/7638)

Kanımızca Yargıtay'ın bu kararı isabetli değildir. Söz konusu ihtilafta tescilli bir markanın esaslı unsuru tescilsiz işaretin içerisine yerleştirilmekte ve ürünün işletmesel kökeni konusunda kullanıcıyı yanıltmayı amaçlamaktadır. Bu bakımdan ihtilafa konu fiil tam anlamıyla iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir.

“... Davacı vekili, müvekkili şirketin 1911 yılında kurulup, o tarihten beri hizmet sektöründe faaliyet gösterip, gerek Harry's New York Bar S.A. olarak bizzat açtığı barlar ile gerekse üçüncü kişilere ve özellikle de büyük tanınmış uluslararası otel işletmecilerine franchising vermek suretiyle faaliyetlerini sürdürdüğünü, "Harry's New York Bar", "Harry's Bar" ve "Harry's" markalarını kendi adına dünyanın pek çok ülkesinde tescil ettirdiğini, "Harry's Bar" markasının bar hizmetlerini içeren 42. sınıf hizmetler için ülkemizde de tescilli olduğunu, müvekkili markalarının Paris Sözleşmesi'nin 6. mükerrer 1. maddesi kapsamında dünyaca tanınan markalar olduğunu, davalının uluslararası oteller zincirinin bir parçası olan Hyatt Regency otelinin İstanbul şubesini ve otelin içerisinde "Harry's Jazz Bar" ismiyle bir bar işlettiğini, davalının kullandığı "Harry's Jazz Bar" ibaresinin müvekkilinin "Harry's Bar" ibareli tescilli markasıyla aynı olduğu, davalının müvekkilinin ticari unvan ve marka tecavüzü yoluyla oluşturulan ayınlık ve ayınlık derecesindeki benzerliklerinin davalının işletmesinin müvekkilinin işletmesi veya müvekkilinin izni veya lisansı ile işletilmekte olduğu şeklinde algılanmasına neden olduğu ve bundan dolayı davalı tarafın haksız olarak kazanç elde ettiğini ileri sürerek, davalının müvekkili ticari unvanına ve marka hakkına tecavüz ettiğinin ve haksız rekabet işlediğinin tespitine, önlenmesine, sonuçlarının ortadan kaldırılmasına 556 sayılı KHK'nin 66 ve 67. maddeleri ile TTK'nun 58/2. fıkrası gereğince belirlenecek en fazla miktar üzerinden ödenmesi gereken tazminatın belirlenmesine, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla (100.000) Euro'nun faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, hükmün ilanına kadar verilmesini talep ve dava etmiştir.... Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran... davanın kabulü ile... hükmün ilanına karar verilmiştir. Karar, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir... Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde değildir.” (Yarg. 11. H.D., T. 21.03.2006, E. 2005/790, K. 2006/2934, Dialog Prestige İnteraktif Mevzuat Koleksiyonu)

tescil edilmiş bir kelimenin çizim olarak kullanılması, örneğin sincap kelimesinin marka olarak tescilinden sonra başka bir teşebbüsün ürünlerinde sincap resmini kullanması halinde iltibas yoluyla tecavüzün varlığından söz edilebilecektir.

2.1.1.3. Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın Veya Benzerinin Başka Mal Ve Hizmetler İçin Kullanılması Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz [KHK m. 9/1 (c)]

Bir kısım markalar, tescilli buldukları mal ve hizmet kategorilerinden bağımsızlaşarak, başlı başına bir kalite sembolü ve reklâm aracı haline gelmişlerdir. Bu durum marka hakkı sahibinin kaliteli üretimi, yoğun tanıtım faaliyetinde bulunması sonucunda ortaya çıkar ve toplumun büyük kesiminde o mal veya hizmet, alıcısı olmayanlar tarafından da bilinir hale gelir ki buna “tanınmış marka” denir²⁵². Bir markanın tanınmış olup olmadığının tespitine ilişkin birçok ölçüt bulunmaktadır. Bunlar; markanın özgünlüğü, piyasada teklik konumuna sahip olması, markanın kullanıldığı malın türü ve kalitesi, kullanıldığı coğrafi alan, kullanım süresi gibi ölçütlerdir²⁵³. Bir markanın tanınmışlığı, ayırt ettiği malın veya hizmetin Türkiye’de bulunmasına, tesciline ve kullanılmasına bağlı değildir. Türkiye’de tescilli olmayan bir marka dahi tanınmış marka statüsünde olabilir. Yeter ki Türkiye’de tanınabilir olsun²⁵⁴. Tanınmış marka KHK’nın 7/(1) maddesinde tescil için mutlak ret nedeni olarak, 8/4 maddesinde ise nispi ret nedeni olarak yer almaktadır. Tescilli markanın aynı zamanda tanınmış marka olması -diğer bir ifadeyle toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olması- halinde, marka hakkı sahibi marka ile aynı veya benzer bir

“...Davacı vekili, müvekkilinin... “SEVEN HILL” markasını ... tarihinde tescil ettirdiğini, yurt dışında da 27 ülkede tescilli olduğunu, davalının ise “unvan + SILVER HILL” ibaresini ... tarihinde tescil ettirdiğini, her iki tarafın tekstil ürünlerinin ... mağazasında satıldığını, davalının markasını tescil edilen şekilde değil unvansız olarak sadece “SILVER HILL” şeklinde kullandığını ve bu suretle iltibas yarattığını, davalının bu durumda müvekkili karşısında marka sahibi değil markaya tecavüz eden 3. kişi durumunda olduğunu...ileri sürerek davalı eyleminin haksız rekabet ve markaya tecavüz olduğunun tespit ve önlenmesine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir...” (Noyan, s. 426’dan naklen Yarg. 11. H.D., 24.05.2004 T, 2003/12131 E., 2004/5852 K.)

²⁵² Arkan, Marka Hukuku, C. 1, s. 104; Meran, s. 103. Tanınmış Marka kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Hanife Dirikkan, **Tanınmış Markanın Korunması**, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara, 2003.

²⁵³ Dirikkan, s. 85 v.d.; Karan/Kılıç, s. 96.

²⁵⁴ Karan/Kılıç, s. 95.

işaretin farklı mal ve hizmetler bakımından dahi kullanılmasını men edebilir. MarKHK'nın 9/1 (c) maddesi tanınmışlık kavramından açık olarak bahsetmemektedir. Bunun yerine; “ Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal ve hizmetlerle benzer olmayan mal ve hizmetlerde kullanılması halinde tescili istenen işaretin kullanılmasıyla *tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek* veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması” ifadesini kullanmaktadır. MarKHK tanınmış markayı, itibarına zarar verilmesine karşı korumuştur. Bu durum, KHK'nın 8/4 maddesinde açıkça “toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış” kavramıyla ifade edilmişken²⁵⁵ KHK'nın 9/1 (c) maddesinde tanınmış marka kavramı açıkça ifade edilmemiştir. Bunun yerine “tescilli markanın itibarı” kavramı tercih edilmiştir²⁵⁶. Aslında bu eksiklik kanun koyucunun 40/94 sayılı AB Marka Tüzüğünü, KHK'nın 9. maddesine tercüme yoluyla aktarırken yaptığı bilinçli bir tercihten değil, ihmalinden kaynaklanmaktadır²⁵⁷. Dolayısıyla esasen 9/1 (c) maddesinde “tescilli markanın itibarı” kavramıyla amaçlanan, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış tescilli markayı korumaktır. Bu hususta Türk Hukuk doktrini de fikir birliği içindedir²⁵⁸. Zira toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmamış bir tescilli marka hakkı sahibi de marka itibarından dolayı haksız avantaj elde edildiği iddiasıyla önleme yetkisini kullanmak isteyebilir. Bu istek kabul

²⁵⁵ “ ... Davacı Boyner Holding A.Ş. vekili, müvekkili şirketin adına tescilli “ADVANTAGE” markası ile itibar yaratması muhakkak olan “AVANTAJ” ibareli marka başvurusunda bulunan davalı Avantaj A.Ş.'nin haksız yarar sağlayacağını, diğer davalı nezdinde yapılan itirazın en son Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile reddedildiğini ileri sürerek, ret kararının iptalini, davalılardan Avantaj A.Ş. adına tescilli markanın terkinini talep ve dava etmiştir. Davalı TPE vekili, davanın reddini istemiştir. Diğer davalı davaya yanıt vermemiştir. Mahkemece... 556 sayılı KHK'nın 8/4 maddesi koşullarının oluştuğu, dava sırasında davacının markasını HSCB Bank A.Ş.'ye devrettiği, bankanın bu davaya devam ettiği, devralanın devredenin tanınmışlık düzeyinden yararlanacağı gerekçesiyle davanın kabulüne karar vermiştir. Karar davalılardan TPE vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere... göre TPE vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...” (Noyan, s. 450'den naklen Yarg. 11. H.D., 19.04.2004 T, 2003/9746 E., 2004/4252 K.)

²⁵⁶ Meran, s. 135.

²⁵⁷ Karan/Kılıç, s. 260.

²⁵⁸ Bkz.: Tekinalp, s. 406; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 210; Kaya, s. 268; Karan/Kılıç, s. 260, 261; Noyan, s. 372; Çamlıbel Taylan, s. 54; Dirikkan, s. 24, 25; Oytaç, s. 287; Karan/Kılıç, s. 260'dan naklen, von Meibom W. – Rödiger, F.: Reputed Trade Marks, s. 211; Meran, 134, 135; Camcı; s. 96 ve 99 v.d., Yazar buradaki tanınmışlık ölçüsünün tanınmış marka kavramında aranacak olan düzeyin altında da olabileceğini öngörmektedir.

edilecek olursa, madde 9/1 (c)'nin uygulama alanı çok genişletilmiş olur²⁵⁹. Dolayısıyla maddede açıkça ifade edilmiş olmasa bile burada da 8/4. maddede zikredilen “toplumda tanınmışlık düzeyi”nin aranması gerekmektedir²⁶⁰.

Bu açıklama doğrultusunda, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olan bir markanın aynısı veya benzerinin, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerden başka mal ve hizmetler için kullanılması, markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız avantaj sağlıyor veya bu sebeple tescilli markanın ayırt edici niteliği zarar görüyorsa, marka hakkı sahibi m. 9/1 (c)'ye dayanarak bu haksız kullanımı men edebilecektir^{261 262}.

Markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde etmek, marka hakkı sahibinin yaptığı reklâm harcamalarını, markanın piyasadaki gücünü kullanmak suretiyle haksız kullananın satışlarının artması şeklinde ortaya çıkabilir²⁶³. Markanın reklâm

²⁵⁹ “... Kanun Hükmünde Kararnamenin 9/1 c maddesindeki haksız avantajı 8/4 maddesindeki haksız yararlanma, markanın itibarına zarar verme, ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurma olgularına dayalı itirazın, ancak tanınmış marka veya toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka sahibince yapılabileceği, diğer bir anlatımla, bu olguların tanınmış veya tanınmışlık düzeyine ulaşmış olmayan marka sahibince itiraz nedeni yapılmasının mümkün olmadığı gerek maddenin lafzı gerekse doktrinin getirdiği yorumlar karşısında kuşkusuzdur...” (Meran, s. 106, 107’den naklen Yarg. 11. H.D., 23.06.2003 T, 2003/1241 E., 2003/6759 K.)

²⁶⁰ Tekinalp, s. 407.

²⁶¹ Tekinalp, s. 406; Karan/Kılıç s. 267; Tekinalp, m. 9/1 c anlamındaki tecavüzü “haksız yararlanma veya şöreti sömürme” kavramlarıyla ifade etmektedir. Bkz. Tekinalp, s. 406.

²⁶² “... Davacı markasının, yüzden fazla ülkede tescilli olduğunun ve tanınmışlık düzeyine eriştiğinin kabulü gerekmektedir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporu ve mahkemenin kabulü de bu yöndedir. Davada halli gereken çekişme, bu markanın başka mal ve hizmetlerde kullanılmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. 556 sayılı Markalar Hakkında KHK’nın 9/1 c madde, fıkra ve bendi uyarınca, marka sahibi markasının aynı veya benzeri olan bir işaretin markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerden başka mal veya hizmetler için kullanılmasını, bu kullanım tescilli markanın itibarından dolayı kullanana haksız avantaj sağlıyor veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar veriyorsa men edebilir.. Somut olayda, davacının tanınmış markası davalı tarafından başka mallarda kullanılmak üzere tescil edilmiştir. Davalı markasının davacının tanınmış markasının toplumda yarattığı isimden yararlanacağı ve satışlarını bu suretle artıracacağı, yani kendisine haksız avantaj sağlayacağı kuşkusuzdur...” (Karan/Kılıç, s. 266’dan naklen Yarg. 11. H.D., T 03.07.2000, E. 2000/5331, K. 2000/6265)

²⁶³ “... Davacılar vekili, müvekkili şirketlerin her ikisinin de, usulünce tescilli ticaret unvanlarının ilk ve ayırt edici kelimesini oluşturan “REAL” ibaresinin satışı gerçekleştirilen tüm emtiaları ve faaliyet gösterilen tüm hizmetleri kapsayacak şekilde marka olarak da tescilli için TPE’ye başvurular yapıldığını, bir kısım emtia ve hizmetler için marka tescil belgesinin de alındığını, davalının bir süreden beri “REAL” ibaresini “Classic” ibaresini de küçük puntolarla eklemek suretiyle müvekkil şirketlerin tescilli ticaret unvanları ve tanınmış markası “REAL” ibaresini tabela, tanıtım broşürleri ve poşetlerinde kullandığını, bu şekilde müvekkillere ait tanınmış

gücü ve etkisini kullanma hakkı marka hakkı sahibine aittir ve başkası tarafından farklı mal ve hizmetlerde kullanılması gelecekte markanın reklâm gücü ve etkisini kaybetmesine sebep olabilir²⁶⁴. Markanın ayırt edici niteliğinin zarar görmesi ise, genellikle tüketicinin ikinci markanın kullanıldığı daha düşük kaliteli mallarla ilgili kötü deneyimlerini tanınmış markaya mal etmesi şeklinde gerçekleşebilir²⁶⁵. Böylelikle tanınmış markanın itibarı zarar görecektir²⁶⁶. Bu hüküm, markayı da içine alacak şekilde yapılan haksız nitelikli reklâmları da yasaklama imkânı vermektedir²⁶⁷. Zira markanın iletişim kurma etkisi, sadece işaretin doğrudan doğruya malın üzerine konulması ile değil, özellikle reklâmlarda kullanılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, markanın reklâmlarda kullanılması, münhasıran marka hakkı sahibine tanınmış bir haktır²⁶⁸. Tanınmış markanın internet ortamında

“REAL” markasının haklı şöhretinden yararlanmak suretiyle haksız rekabette bulunduğunu ve tescilli marka hakkına tecavüz ettiği ileri sürerek davalının tecavüz ve haksız rekabet fiillerinin men’ine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili... davanın reddini... savunmuştur. Mahkemece davanın kabulüne... karar verilmiştir. Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir... taraf vekillerinin temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına karar verilmiştir.” (Noyan, s. 467’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 04.11.2003, E. 2003/3488, K. 2003/10420)

²⁶⁴ Dirikkan, s. 216’dan naklen, Carl Stephan Schweer, Die erste Markenrechts-Richlinie der Europäischen Gemeinschaft und der Rechtsschuts bekannter Marken, Diss. 1. Aufl., Baden-Baden 1992, s. 51.

²⁶⁵ Dirikkan, s. 215’ten naklen, Wilfried Heinzelmann, Der Schutz der berühmten Marke, Diss., Bern, 1993.

²⁶⁶ *“... Davacı vekili, davalının ürettiği kakao kremalı bisküvilerde ve bu ürünlerin ambalajlarında müvekkilinin dünyaca tanınmış “Choco Prince” ve “Prince Fourse” markalarındaki “Prince” ibaresiyle iltibas yaratacak biçimde “Prens” tescilsiz markası kullanılarak markaya tecavüz ve haksız rekabette bulunduğunu ileri sürerek... davalı vekilinin eyleminin haksız rekabet olup bunun tespitini... talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, tek başına “Prince” sözcüğünden ibaret markası bulunmadığını ve markada esas unsurun bu ibare olmadığını, müvekkilinin tescilli “Karsa Prens” markasının kullanılmamasını istemenin dayanaksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece... davanın kısmen kabulü ile davacının markasının çok tanınmış markalar olduğunu ve davalı eyleminin bu markalara karşı haksız rekabet olduğunun tespitine... karar verilmiştir. Karar taraf vekilleri tarafından ayrı ayrı temyiz edilmiştir... Markaların Korunması Hakkında KHK’nin 62/1-6 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... kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir.”* (Noyan, s. 494’den naklen Yarg. 11. H.D., T. 06.02.2001, E. 2000/9741, K. 2001/888)

²⁶⁷ Camcı, s. 97.

²⁶⁸ Dirikkan, s. 288.

haksız kullanıldığı durumlar ile internet alan adı olarak kullanıldığı durumlar da m. 9/1 (c) anlamında tecavüz teşkil edecektir²⁶⁹.

Haksız kullanım modellerinin incelenmesinin ardından, bu modellerin tecessüm edeceği haksız kullanım şekillerine de kısaca değinilmesi, konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

2.1.2. Haksız Kullanım Şekilleri

MarKHK m. 9/2, daha önce de açıklandığı gibi, Tekinalp'in ifadesiyle birtakım haksız kullanım şekillerini öngörmüş bulunmaktadır. Bu kullanım şekilleri şu şekilde sıralanabilir:

2.1.2.1. İşaretin Mal Ve Ambalaj Üzerine Konulması [KHK M. 9/2(a)]

KHK'da dört bent halinde sayılan haksız kullanım şekillerinden ilki "haksız işaretin mal ve ambalaj üzerine konulması"dır²⁷⁰. Markayı mal veya ambalajı üzerine koymak marka hakkı sahibini münhasır hakkıdır²⁷¹. İşaret mal ve ambalaj üzerine baskı kabartma, kazıma, şekil verme, çizim ve benzeri yollarla konabilir²⁷². Önemli olan işaretin mal ile fiziksel bağlantısı olacak şekilde kullanılmasıdır²⁷³. Şu husus da önemle belirtilmelidir ki madde metninde geçen "mal" kavramı hizmetleri de

²⁶⁹ Dirikkan, s. 296 v.d.; Erdem, s. 70.

²⁷⁰ "... Dava, davalının davacı Enstitü ile sözleşme akdolunmaksızın "TSE" markasını kullanmasından kaynaklanan tecavüzün önlenmesi... taleplerine ilişkindir. Türk Standartları Enstitüsü Belgelendirme Talimatı'nın 2.1. maddesine göre TSE markası, üzerine veya ambalajına konduğu malların ilgili Türk Standardına uygun olarak imal edilip piyasaya arz edildiklerini belirten ve Enstitü ile yapılacak bir sözleşme çerçevesinde kullanılabilen... monogramlar markasıdır. Davacı ile davalı arasında bu markaların kullanılması konusunda sözleşme olmadığından davalının eylemi, 556 sayılı KHK uyarınca (61. maddesi) marka hakkına tecavüz sayılan fiillerdendir..." (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1039, 1040'tan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 24.06.1999, E. 1999/3791, K. 1999/5701)

²⁷¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 211; Noyan, s. 373; Erdem, s. 66.

²⁷² Tekinalp, s. 415; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 211, 212; Karan/Kılıç, s. 261; Dirikkan, s. 267; Çamlıbel Taylan, s. 55.

²⁷³ Dirikkan, s. 266.

kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır²⁷⁴. Bu durumda bir hizmetin üzerine işaretin nasıl tatbik edileceği veya bir hizmetin ne tür bir ambalajı olacağı sorusu akla gelebilir. Örneğin, bir taşıyıcının düzenlediği konşimento, sigortacının kaleme aldığı poliçe ve hesap özeti onların hem hizmet ürünleri hem de mallarıdır. Taşıma hizmetinin verilmesi esnasında kullanılan konteynerlerin üzerine işaretin uygulanması m. 9/2 (a) anlamında haksız kullanım şeklini oluşturur²⁷⁵. Ayrıca, m. 9/2 (a) anlamında haksız kullanımın oluşması için haksız işaretin mal veya ambalajın üzerine konması yeterlidir, malın piyasaya sürülmüş olması gerekmez²⁷⁶. Zira malın piyasaya sürülmesi madde 9/2 (b) anlamında ayrı bir tecavüz hali olarak düzenlenmiştir²⁷⁷.

2.1.2.2. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi [KHK m. 9/2 (b)]

Bir diğer haksız kullanım şekli m. 9/2 (b) de ifadesini bulan “işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi”dir. Markanın mal üzerine konulmasından veya bir hizmete özgülenmesinden sonra, bu mal veya hizmetlerin piyasaya çıkarılıp çıkarılmayacağı veya piyasaya çıkış zamanlaması ve koşulları gibi hususlarda karar vermek münhasıran marka hakkı sahibinin yetkisindedir. Marka hakkı sahibinin izni olmadan markayı taşıyan mal veya hizmetlerin bir başka kişi tarafından piyasaya sürülmesi, marka hakkına tecavüz oluşturur. Ancak marka hakkı sahibinin veya onun izniyle başkasının, markayı taşıyan malları kendisinin piyasaya sürmesinden sonra marka hakkı tükenmiş olur ve markayı taşıyan malları iktisap eden kişilerin bu malları tekrar satışa sunmalarına engel olunamaz^{278 279}. MarKHK m. 13/1’de

²⁷⁴ Karan/Kılıç, s. 261.

²⁷⁵ Karan/Kılıç, s. 261.

²⁷⁶ Noyan, s. 373; Karan/Kılıç, s. 261; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 211, 212.

²⁷⁷ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 211, 212; Erdem, s. 66.

²⁷⁸ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 212.

²⁷⁹ “... Markalı bir ürün, marka sahibi ya da somut olayda olduğu gibi onun izni ile lisans sahibi tarafından piyasaya sürülünce, hak tükenmiş olmakla, artık o markayı taşıyan malın sonraki satışlarına davacının müdahale etme hakkı ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla, aynı KHK’nin 9/2 ve 61/a maddelerine dayanılarak marka hakkına tecavüz iddiası dahi dinlenemeyeceği gibi, davalı eylemini haksız rekabet olarak nitelendirmek de mümkün olmayacaktır...” (Karan/Kılıç, s. 461’dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 09.11.2000, E. 2000/7381, K. 2000/8746)

ifadesini bulan ve çalışmamızın birçok yerinde de değinmiş bulunduğumuz bu kurala “marka hakkının tükenmesi ilkesi” denir²⁸⁰.

KHK m. 9/2 (b)’de zikredilen bu tecavüzün oluşması için mal veya hizmetin piyasaya hangi hukuki şekil altında sokulduğunun da bir önemi yoktur. Piyasaya sürme; satım, kiralama, leasing ve benzeri yollarla gerçekleştirilebilir²⁸¹. Ayrıca, piyasaya sürmek kavramının müşterinin beğenisine arz anlamını taşıdığı düşünülürse, bir malın fabrikada, toptancıda, perakendecide, bir fuarda, sergi salonunda, işyerinin vitrininde ve hatta internet sitesinde²⁸² müşterilerin beğenisine sunulması, bir kampanyanın konusu haline getirilmesi²⁸³ piyasaya sürme kavramının içinde değerlendirilmelidir. Hizmet markalarında piyasaya sürmeye örnek olarak ise, garsonun servisi işletmenin markasını taşıyan üniforma ile yapması gösterilebilir²⁸⁴. Ancak zaten bu son durum başka bir kategori olup, birazdan değinilecek olan ve m. 9/2 (b)’nin son cümlesinde ifadesini bulan “o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması” fiilini oluşturmaktadır.

2.1.2.3.İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürme Amacıyla Depo Edilmesi [KHK m. 9/2 (b)]

KHK m. 61/(a)’nın yollamasıyla, m 9/2 (b)’ye göre, haksız işareti taşıyan malların piyasaya sürülmek amacıyla stoklanması da marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir. Bu bentle marka hakkı sahibine daha etkili bir koruma sağlanmakta; henüz mallar ticari dolaşım sunulmadan, bunu engelleme olanağı verilmektedir²⁸⁵.

²⁸⁰ Tükenme ilkesinin ticaret markalarıyla ilgili olduğu, hizmet markalarını kapsamadığı konusunda bkz.: Tekinalp, s. 424; Kaya, s. 250 v.d.; İlkenin hizmet markalarını kapsamaması hizmet markalarının doğası gereğidir. İlke; satış ve benzeri tedavül olgularıyla ilgilidir, hizmetin sunulmakla sona ermesi, kural olarak ayrıca tedavülünün olmaması sebebiyle tükenme söz konusu olmaz.

²⁸¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 212; Erdem, s. 67.

²⁸² Karan/Kılıç, s. 262’den naklen, Fransozi M.: Rights Conferred, s. 296.

²⁸³ Tekinalp, s. 416.

²⁸⁴ Karan/Kılıç, s. 262.

²⁸⁵ Dirikkan, s. 267’den naklen, Joachim Starck, “Markenmassiger Gebrauch – Besondere Voraussetzung für die Annahme einer Markenverletzung?“, GRUR 1996, s. 688–693.

Stoklama imalat mahallinde, yani mamul ambarında olabileceği gibi bölge veya semt depolarında, bayi veya bayilerde veya bir umumi mağazada ya da fuar yönetimi gibi üçüncü bir kişi nezdinde olabilir. Yani malın stoklandığı yerin kime ait olduğu önem taşımaz²⁸⁶. Tekinalp, maddedeki “bu amaçla stoklama” ifadesini eleştirmiştir. Yazar, taklit markayı taşıyan ürünün piyasaya sürülmek amacı dışında hangi amaçla stoklanabileceği sorusunu sorarak bu ifadenin stoklayan kişinin malları başka amaçla stokladığı savunmasına imkân tanıyabileceğini ve ispat hukuku bakımından zorluklara yol açtığını belirtmiştir²⁸⁷. Oysa Arkan, söz konusu ifadenin, taklit markalı malı özel ihtiyacı için elinde bulunduran tüketiciyi korumak amacına hizmet ettiğini haklı olarak belirtmiştir²⁸⁸. Ayrıca yazara göre, tescilli markanın aynı veya benzeri olan işareti mal üzerine koyan kişiden malları iktisap ederek piyasaya sürmek amacıyla elinde bulunduran kişinin davranışı ise, bu bent hükmüne göre değil, daha sonra incelenecek olan 61/(c) maddesine göre marka hakkına tecavüz teşkil eder²⁸⁹.

2.1.2.4. İşareti Taşıyan Malın Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi [KHK m. 9/2 (b)]

KHK m. 9/2 (b), haksız işareti taşıyan malın tesliminin teklif edilmesini de marka hakkına tecavüz saymış ve marka hakkı sahibine söz konusu fiilin men’i yetkisini vermiştir. Bir malın tesliminin teklif edilmesi onun arzıdır. Bu anlamda teklif etme, işareti taşıyan malların mağaza vitrininde teşhirini de kapsar ve bu yönüyle Borçlar Hukuku anlamında icaba daveti de kapsayan icaptan daha geniş bir kavramdır²⁹⁰. Teklifin mutlaka mülkiyetin naklini temin için yapılması gerekmeyip, arzdan beklenen o mal üzerindeki kullanım hakkının devri de olabilir²⁹¹. Ayrıca; burada malın imal edilmiş veya ambalajına haksız işaretin konulmuş olması tecavüzün oluşması için şart değildir. Mal henüz üretilmemiş bile olsa, “haksız”

²⁸⁶ Tekinalp, s. 216; Karan/Kılıç, s. 262’den naklen, M. Fransozi: Rights Conferred, s. 297.

²⁸⁷ Bkz. Tekinalp, s. 416.

²⁸⁸ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, s. 212, aynı doğrultuda bkz. Noyan, s. 373.

²⁸⁹ Arkan, Marka Hukuku, s. 212.

²⁹⁰ Arkan, Marka Hukuku, s. 213.

²⁹¹ Karan/Kılıç, s. 262.

işareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi haksız kullanma için yeterlidir²⁹².

2.1.2.5. İşaret Altında Hizmet Sunulması Veya Sağlanması [KHK m. 9/2 (b)]

KHK m. 9/2 (b)'nin son kısmında tescilli hizmet markalarının aynı veya benzerini teşkil eden bir işaret altında hizmet sunulması veya sağlanmasından söz edilmiştir. Bu durum yukarıda da değinildiği gibi, garsonun servisi işletmenin markasını taşıyan üniforma ile yapması veya otele ait çarşaflarda, havlu veya sabunlarda, hatta otel binasının üzerinde işaretin kullanılması örnekleriyle somutlaştırılabilir.

2.1.2.6. İşareti Taşıyan Malın İthalı Veya İhracı [KHK m. 9/2 (c)]

KHK'nın 9/2 (c) maddesindeki ifadeyle “işareti taşıyan malın ithali veya ihracı” da marka hakkına tecavüz olarak öngörülmüştür. Böylece haksız işareti taşıyan bir malın Türkiye'ye girmesi ve Türkiye'den çıkmasının da önüne geçilmektedir. Marka hakkı sahibi, markasını veya benzerini taşıyan aynı veya benzer malın üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak yurtdışına ihracına veya yine markasını veya benzerini taşıyan aynı veya benzer malların üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak yurtdışından ithaline bu maddeye dayanarak engel olabilecektir²⁹³. Zira bu hak da münhasıran marka hakkı sahibine aittir²⁹⁴. Tanınmış markalar açısından bu yasak farklı mal veya hizmetler bakımından da uygulanacaktır²⁹⁵.

Marka hakkı sahibi, aynı malın aynı markayla başkası tarafından ithal veya ihraç edilmesini, markasıyla işaretlediği kendi mallarını henüz iç piyasaya

²⁹² Tekinalp, s. 416; Arkan, Marka Hukuku, s. 213.

²⁹³ “...556 sayılı KHK'nın 9/II maddesinin (c) bendinde, markayı taşıyan malın ithali veya ihracının, münhasıran marka sahibine ait bir yetki olduğu gösterilmiştir. Dolayısıyla bu markanın aynı ya da benzeri olan işareti taşıyan malların bir başka kişi tarafından ithali ya da ihracı, ilke olarak marka hakkına tecavüz teşkil edecektir...” (Karan/Kılıç, s. 460'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 12.03.1999, E. 1999/7997, K. 1999/2098)

²⁹⁴ Arkan, Marka Hukuku, s. 213.

²⁹⁵ Erdem, s. 67.

sunmadıysa, engelleyebilecektir. Bu onun münhasır hakkı gereğidir. Ancak markayı taşıyan mallar, marka hakkı sahibi tarafından bir kez iç pazara sunulmuş ise, MarKHK'nın 13. maddesinde ifadesini bulan "marka hakkının tükenmesi ilkesi" gereği aynı malın aynı marka ile ithali veya ihracı yasaklanamaz²⁹⁶. Bu iki olasılıkta dikkat edilecek husus ortada taklit markalı mal olmayışıdır. Burada mallar orijinaldir.

Taklit markalı ürünler için ise, tecavüzün oluşması bakımından marka hakkı sahibinin markasını kullandığı kendi mallarını iç pazara kendisinin sunmuş olup olmamasının bir önemi yoktur. Yani marka hakkı sahibi kendi markasıyla işaretlediği mallarını iç pazara sunmuş olsa da, aynı ya da benzer işareti taşıyan taklit mallar izinsiz olarak üçüncü kişilerce ithali veya ihracı marka hakkına tecavüz oluşturur. Ayrıca, söz konusu markanın ithalatın yapıldığı ülkede başkası adına tescilli olması da durumu değiştirmez. Türkiye'de tescilli bir marka, yurt dışında başkası adına tescilli ama Türkiye'de tescilli olmayan markaya karşı da korunabilmektedir²⁹⁷. Bu "ülkesellik prensibi"nin²⁹⁸ bir gereğidir. İhraç durumunda, işareti taşıyan malların yabancı ülkede kullanılacak olması nedeniyle Türkiye içinde kullanılan marka ile

²⁹⁶ Noyan, s. 374.

²⁹⁷ Tekinalp, s. 417; Noyan, s. 374.

²⁹⁸ "Ülkesellik Prensibi" uyarınca, her devlet, marka korumasını – hukukundaki maddi ve şekli koşullar yerine getirilmek şartıyla – sadece kendi ülkesinde sağlar; her devlet sadece kendi ülkesindeki ihlallerde tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi kişinin kendi ülkesindeki hukuk yollarına başvurmasına izin verir. Bu ilke uyarınca, markanın sahibi, izni olmadan markasının kullanılmasına ancak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde engel olabilir, yoksa Türkiye'deki tescile dayanarak Türkiye dışında markanın kullanılmasını yasaklayamaz. Diğer bir ifadeyle; ülkesellik ilkesi gereği, aynı işaret marka olarak birçok ülkede o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil edilecek olursa, tescil olduğu ülkelerin hukukları uyarınca ve o ülkelerin egemenlik sınırlarıyla sınırlı olmak üzere marka hakkı doğar. Tescilin hak sağlayıcı ve koruyucu etkisi tescil edildiği ülkenin sınırlarını aşamaz. Ülke, tescilli markanın ülke sınırları içinde izinsiz kullanılmasına engel olur. İzinsiz kullanılan markanın dışarıda müseccel olması durumu değiştirmez. (Bkz. Tekinalp, s. 402, 403) Ancak ülkesellik ilkesi, yabancıların Türkiye'de, Türk Hukuku çerçevesinde korumadan yararlanmasına engel değildir. Benzer şekilde Türk vatandaşları da yabancı ülkelerde korumadan belli şartlar çerçevesinde yararlanır. Bu bağlamda, Türk vatandaşları yanında ayrıca Türkiye'de ikametgâhı olan veya sınıai veya ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile Paris, Bern ve TRIPS gibi fikri mülkiyet haklarıyla ilgili uluslararası anlaşma hükümleri çerçevesinde koruma talep edebilen yabancılar da korumadan yararlanır. Zira anılan uluslararası anlaşmalarda vatandaşla eşit muamele ilkesi benimsenmiştir. Bu sayılanların dışında kalmakla birlikte Türk vatandaşlarına kanunen veya fiilen koruma sağlayan devletlerin uyruğundaki gerçek ve tüzel kişiler de karşılıklılık ilkesi gereği Türkiye'de korumadan faydalanır. Bu hususlar ülkesellik prensibinin istisnalarıdır. (Bkz. Dr. Cahit Suluk, "Fikri Mülkiyet Hakları", www.fikrimulkiyet.com)

karışıklığa yol açacağı söylenemese de, bu durum, Türkiye'deki marka hakkı sahibinin KHK 9/2 c'ye dayanmasına engel oluşturmaz²⁹⁹.

Ancak; ithalat durumunda, söz konusu marka hem Türkiye'de hem de malın ithal edildiği ülkede aynı kişi adına tescilli veya lisanslı ise, tecavüzün varlığından söz edilemez. Örneğin; (X) markasının (A) firması adına hem Türkiye'de hem de İtalya'da tescilli olduğunu ve İtalya'da (X) markasını kullanarak üretim yapma ve piyasaya sürme yetkilerini de (B) firmasına lisans yoluyla devrettiğini varsayalım. (A) firması, kendi markasıyla Türkiye iç piyasasına ürün arz etmiş olsun veya olmasın, Türkiye'deki üçüncü kişi (C) bu ürünleri İtalya'daki (B)'den veya (B)'nin ürünleri İtalya'da sattığı diğer üçüncü kişi (D)'den satın alıp İtalya'dan Türkiye'ye ithal edebilecektir. Burada olduğu gibi; iki ülkede de aynı kişi adına tescilli veya lisanslı markayı taşıyan ürünlerin, bu ülkelerden birinden diğerine ithal edilmesi durumuna “paralel ithalat” denir³⁰⁰. Böyle bir durumda tecavüz gerçekleşmiş olmaz³⁰¹. Aynı şekilde; marka hakkı sahibi, markasını taşıyan ürünlerin üretimini başka bir ülkede yaparsa, kanuni prosedüre uygun olarak menşe ülkesinden başka bir ülkede üretilen bu ürünlerin Türkiye'ye ithali halinde, ithalatçı tarafından satılması veya ithalatçı firmadan fatura karşılığı satın alınıp satışa arz edilmesi halinde m. 9/2 (c) hükmü uygulanmayacaktır³⁰².

Marka hakkı sahibi, markasını taşıyan kendi ürününü, Türkiye piyasasına değil de yurtdışında bir ülke pazarına arz ederse (iç piyasaya arz durumunda tükenme ilkesiyle karşı karşıya kalınacağı yukarıda belirtilmişti), bu ülkelerden üçüncü kişilerin söz konusu ürünleri satın alıp Türkiye'ye ithaline ise MarKHK m. 9/2 (c)'ye dayanarak engel olabilecektir. Buradaki durum “yeniden ithalat” olup paralel ithalattan ayrılır³⁰³.

²⁹⁹ Arkan, Marka Hukuku, s. 214.

³⁰⁰ Tekinalp, s. 417; Meran, s. 141; Karan/Kılıç, s. 263; “Paralel İthalat” kavramıyla ilgili geniş bilgi için bkz. Esin Çamlıbel Taylan, **Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi**, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2001.

³⁰¹ Tekinalp, s. 417; Karan/Kılıç, s. 263; Meran, s. 141.

³⁰² Tekinalp, s. 418; Meran, s. 140.

³⁰³ Tekinalp, s. 418.

Haksız işaretli ürünlerin ithali veya ihracı ile ilgili olarak en önemli problemlerden birisi, bir serbest bölgeye³⁰⁴ yerleştirilmiş veya Türkiye’den transit olarak geçen³⁰⁵ haksız markalı malın geçişinin engellenip engellenemeyeceğidir. Bu durum, ülkesellik ilkesinin nasıl uygulanacağı ile ilgilidir. Ülkesellik ilkesi bir malın Türkiye’de piyasaya sunulup sunulamayacağıyla değil, o mal üzerinde Türk makamlarının icrai tasarruf yetkisine sahip olup olmadığıyla alakalıdır³⁰⁶. Serbest bölgeler ve gümrüklerin de Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde olup, Türk makamlarının yetki çerçevesine dâhil olduğu açıktır. Bu bakımdan, haksız işaret taşıyan bir ürünün, serbest bölgeden iç veya dış pazara sevki ya da transit geçişi, MarKHK m. 9/2 (c) kapsamında engellenebilmelidir^{307 308}. Aynı şekilde; ülkesellik prensibi bakımından, gümrük hattı dışı eşya satış mağazalarının ülke sınırları içinde

³⁰⁴ Serbest Bölgeler; bir ülkenin siyasi sınırları içinde olmakla birlikte; gümrük, vergi, kambiyo, fiyat, kalite ve standartlara ilişkin mevzuat ve kısıtlamaların kısmen ve tamamen uygulama dışı bırakıldığı belirli alanlardır. Bu alanlar ülkede dış ticaret rejimi için gerekli olan, ihracata yönelik faaliyet gösteren seçilmiş alanlardır. Bu bölgeler; ülkedeki ihracat için yatırım ve üretimi artırma, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli bir şekilde temin, ülkede kullanılması düşünülen yeni ticari ve ekonomik politikaların denenebilmesini temin, yabancı sermayeli firmaların, risk faktörünün düşük, karlılığın yüksek olduğu serbest bölgelere yatırım yapmalarını teşvik ve böylece ülkeye yeni teknolojilerin girmesini hızlandırma, büyük partiler halinde serbest bölgeye getirilen malların gerektiğinde küçük partiler halinde ülkeye ithal edilmesini sağlayarak üretim maliyetlerini düşürme gibi amaçlara hizmet ederler. Serbest bölgeler yarattığı doğrudan istihdamın yanında, bölgedeki üretim ve ticari faaliyetlerle ülke içindeki diğer faaliyetlere etki ederek dolaylı istihdam da yaratırlar. (Bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Serbest_Bolge) Hukukumuzda 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile düzenlenmiş olan bu alanlar, Kanun’daki ifadesiyle, “Türkiye’de ihracat için yatırım ve üretimi artırmak, yabancı sermaye ve teknoloji girişini hızlandırmak, ekonominin girdi ihtiyacını ucuz ve düzenli şekilde temin etmek, dış finansman ve ticaret imkânlarından daha fazla yararlanmak üzere” kurulmuşlardır. Yine Kanun’un 6. maddesinde 5084 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle “Serbest bölgeler gümrük bölgesi dışında sayılır.”

³⁰⁵ Transit geçiş, millî topraklardan geçiş sırasında, durmadan geçen, iç piyasaya girmeyen mallar için gümrüksüz geçme anlamına gelmektedir.

³⁰⁶ Karan/Kılıç, s. 263.

³⁰⁷ Tekinalp, s. 419; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 214; Kaya, s. 240, 241; Karan/Kılıç, s. 263 v.d.; Noyan, s. 374.

³⁰⁸ “... Ülkesellik prensibi bakımından, serbest bölgelerin de ülke sınırları içinde olduğu ve burada faaliyet gösteren işletmeler bakımından tescilli markaların kullanılması ve korunması bakımından bir muafiyet tanınmadığı açıktır. Taklit markalı ürünlerin ithal ve ihracının yanı sıra 9/II (c) uyarınca transit geçişi de marka hakkına tecavüz teşkil eder...” (Kaya, s. 240, 241’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 13.02.2004, E. 2003/13968, K. 2004/1201)

olduğu ve bu bölgelerde faaliyet gösteren işletmeler açısından da marka hakkının kullanılması ve korunması bakımından bir muafiyet tanınmadığı açıktır^{309 310}.

2.1.2.7. İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakı Ve Reklâmlarda Kullanılması [KHK m. 9/2 (d)]

Haksız işaretin herhangi bir kişi tarafından; mektup, zarf, fatura başlıklarında; fiyat, renk, mal, hizmet kataloglarında; mönülerde; broşürlerde; ticari defterlerde yani iş evrakında ya da reklâmlarda kullanılması –mal ister imal edilmiş olsun ister olmasın; ister ticaret mevkiine konmuş bulunsun ister bulunmasın- markanın haksız kullanımı olup marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabilir³¹¹. Reklâmın mutlaka yazılı olması gerekmez, radyo ve televizyon programlarında yer alan reklâmlar da bu kapsamdadır. Ancak, mukayeseli reklâmlar, haksız rekabet teşkil etmedikçe, marka hakkına tecavüz oluşturmaz. Zira bu tür reklâmlarda, rakibe ait marka, mütecavizin kendi mal ve hizmetlerini ayırt etmek amacıyla kullanılmaktadır³¹². Ancak, bu şekildeki bir kıyaslamaya, objektif ve ispat edilebilir nitelikte olması, dürüstçe yapılması ve yanıltıcı, iltibasa müsait olmaması, kişilere veya karakterlerine atıfta bulunmaması ve diğer markanın itibarından istifadeye yönelik olmaması halinde izin verilmelidir³¹³.

³⁰⁹ Noyan, s. 374.

³¹⁰ “...Ülkesellik prensibi bakımından, gümrük hattı dışı eşya satış mağazalarının ülke sınırları içerisinde olduğu ve bu bölgelerde faaliyet gösteren bakımından da ilgili yasada marka hakkının kullanılması ve korunması bakımından bir muafiyet tanınmadığı açıktır. Yine, 556 sayılı KHK'nın 9/II c maddesinde marka hakkından doğan hakların kapsamı sayılırken, tescilli marka ile ilgili işareti taşıyan malın ithal ve ihracının yasaklanabileceği öngörüldüğü gibi, bu maddede sayılan tecavüz hallerinin sınırlı nitelikte olmadığı, marka sahibinin izni olmadan bu markayı taşıyan taklit malların transit geçişinin de markaya tecavüz teşkil edeceği doktrinde de kabul görmektedir...” (Karan/Kılıç, s. 279, 280'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 17.02.2004, E. 2003/5128, K. 2004/1432)

³¹¹ Tekinalp, s. 419; Karan/Kılıç, s. 263'ten naklen, M. Franzosi: Rights Conferred, s. 298.

³¹² Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 215, dn. 28'den naklen, Amtliche Begründung zum Entwurf Gesetzes zur Reform des Markenrechts... zu § 14 (s. 154).

³¹³ Camcı, s. 102, dn. 333'ten naklen, W. R. Cornish, Professor of Law, London School of Economics and Political Science, Intellectual Property, London, 1996, s. 428.

Elbette ki marka hakkının tükenmesi ilkesi gereğince, marka hakkı sahibi markasını taşıyan kendi malını bir kez piyasaya sürdükten sonra, bu malları iktisap ederek satışa sunan sonraki alıcıların markayı kullanarak reklâm yapmalarına KHK m. 9/2 (d)'ye dayanarak engel olamayacaktır. Ancak bu kullanım reklâm ve duyuru amacının ötesine taşmamalıdır³¹⁴.

2.2. MARKAYI TAKLİT ETMEK [KHK m. 61/(b)]

MarKHK'nın 61/(b) maddesinde “markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etme”nin³¹⁵ marka hakkına tecavüz teşkil edeceği hükme bağlanmıştır. Ancak maddede zikredilen fiil, aynı zamanda 9. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde bir tecavüz hali olarak belirlenmiş bulunmaktadır. Hatta 9. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde düzenlemiş olan “iltibas” durumunun dahi, 61/(b) bendinde “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ifadesiyle tekrarlandığı düşünülebilir. Bu hususun bir çelişki olup olmadığını tartışmaya açmak gereklidir. Doktrinde, bu hususta farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Arkan; “Marka Hukuku” adlı eserinde tescilli markanın aynısının ya da benzerinin kullanımının 61/(a) maddesinin yollamasıyla 9/1 (a) ve (b) maddelerinde yasaklanmasından hareketle; m. 61/(a) (dolayısıyla m. 9) varken m. 61/(b)'deki düzenlemenin gereksiz olduğu düşüncesindedir. Hatta yazar, KHK'da değişiklik yapıncaya kadar 61/(b) maddesinde yer alan “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ibaresini, tekerrüre yol açacak olsa da, m. 9/1 (b) anlamında “benzer marka” olarak değerlendirmek gerekeceğini belirtmektedir³¹⁶. Oytaç da aynı görüştedir³¹⁷.

³¹⁴ Çamlıbel Taylan, s. 56, 57, Noyan, s. 375; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 215.

³¹⁵ “ 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... davanın reddini talep etmiştir... 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. Karar davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir... davalı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına... karar verildi.” (Karan/Kılıç, s. 462'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 19.02.2001, E. 2000/10455, K. 2001/1394)

³¹⁶ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 216.

Ancak Arkan, daha yeni tarihli diğerk bir eserinde; sonucu bakımından ilk görüşüyle aynı noktaya varmakla birlikte, “ayirt edilemeyecek kadar benzer” ifadesi hakkındaki bu görüşüyle örtüşmeyen fikirlerini beyan etmiştir. Yazara göre; “...mutlak ret nedenlerini düzenleyen 7/1. maddenin (b) bendinde “*aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayır edilemeyecek kadar benzer olan markaların*” da tescil edilemeyeceği gösterilmiştir. Görüldüğü üzere bu hükümde, nispi ret nedenlerini düzenleyen 8/1. maddenin (b) bendinden farklı olarak tescili istenen marka ile daha önce tescil edilmiş marka arasında “*karıştırılma ihtimali*” bulunmasından hiç söz edilmemiştir. Bu ihtimalin varlığı marka ile tescili istenen işaret arasındaki güçlü benzerlik nedeniyle mutlak olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla KHK açısından “*ayirt edilemeyecek kadar benzer*” marka ile “*benzer*” marka arasında fark vardır. Buna karşılık “*ayirt edilemeyecek kadar benzer*” marka ile “*aynı*” marka arasında sıkı bir bağıllık, kader birliği vardır ve KHK açısından ayirt edilemeyecek kadar benzer markada da aynı markada olduğu gibi “*karıştırma*” tehlikesinin varlığını ayrıca aramaya gerek yoktur³¹⁸.

Kaya da aynı doğrultuda görüş beyan ederek KHK 61/(b) hükmünün 61/(a) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür³¹⁹.

Tekinalp ise; yukarıdaki görüşte haklılık payı olabileceğini de zikrederek, “taklit marka” kavramının sadece 61/(b) maddesinde düzenlenmediğini, diğerk birçok maddede de (m. 61/(c), 64, 65, 66, 67) zikredildiğini belirtmiştir. Dolayısıyla 61/(a)’nın (ve m. 9’un) varlığına rağmen “taklit marka”nın 61/(b)’de bilinçli olarak düzenlendiğini, bu kavramın madde 9’da düzenlenen halden ayrıldığını savunmuştur. Ayrıca yazara göre, m. 9 “markanın ve benzerinin” kullanılmasından söz etmiş, 61/(b)’deki gibi “ayirt edilemeyecek derecede benzerinin” kullanılmasından söz

³¹⁷ Oytaç, s. 288.

³¹⁸ Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri”, s. 5, 6.

³¹⁹ Kaya, s. 269.

etmemiştir. Oysa 9/1 (b)'de kullanılan “benzer” ve 61/(b)'de kullanılan “ayırt edilemeyecek derecede benzer” kavramları farklı kavramlardır. Birincisi iltibas” yaratırken ikincisi “taklit” meydana getirmektedir. Dolayısıyla 9. maddenin varlığına rağmen 61/(b)'nin de varlığı bilinçli ve yerinde bir tercihtir³²⁰.

Yasaman ise Tekinalp'le aynı doğrultuda olarak, geniş anlamda m. 9/1 (b) hükmü kapsamı dâhilinde değerlendirilebilecek olan “markanın ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin üçüncü kişiler tarafından” kullanımını durumunun, kanun koyucu tarafından 61/(b) bendinde özel olarak düzenlendiği ve ilerleyen maddelerde farklı hükümlere tabi tutulduğunu ifade etmektedir³²¹.

Karan/Kılıç ise başka bir bakış açısıyla; 9. maddenin (a) ve (b) bentlerinin bir markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılmasını yasakladığı, ancak bu bentlerle 61/(b) bendi arasında çok ciddi bir fark olduğunu, 9. maddeye yollama dolayısıyla 61/(a) maddesinde korumadan yararlanan markanın tescilli olmasının arandığı, 61/(b) bendinde ise böyle bir tescil şartının gerekmediği, bu itibarla tescilli olmasalar dahi, tanınmış ve kullanma suretiyle ayırt edicilik kazanmış markaların aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması suretiyle bir markanın taklit edilmesini tecavüz saymıştır³²².

Kanımızca, tüm bu görüşlerin konu bakımından uygun olan ve olmayan yanları bulunmaktadır. Konunun anlaşılması; 61/(b) maddesindeki taklit hükümlerinin 9/1 (a) ve 9/1 (b) maddeleri hükümleriyle ayrı ayrı olarak karşılaştırılması neticesinde mümkün olabilecektir. Bu sebeple, aşağıda bu doğrultuda bir yöntem izlenerek konuyla ilgili kanaatimiz açıklanmaya çalışılmıştır. Öncelikle yapılması gereken, 61/(b) maddesi ile 9/1 (a) ve 9/1 (b) maddeleri arasındaki ilişkiyi ya da farkı ayrı ayrı inceleyerek ortaya koymaktır.

³²⁰ Tekinalp, s. 457.

³²¹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1013.

³²² Karan/Kılıç, s. 455.

İncelenecek ilk husus KHK m. 9/1 (a) ile KHK m. 61/(b) ilişkisidir. KHK m. 61/(b) anlamında bir markanın taklit edilmesi demek, o markanın “aynının” veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması demektir. Maddedeki “markayı... kullanmak” ifadesi markanın “aynının” kullanmaktır. KHK m. 9/1 (a) maddesinde de markanın “aynının” kullanılmasının marka hakkı sahibi tarafından engellenebileceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda, hem 9/1 (a) maddesi hem de 61/(b) maddesi markanın “aynının” kullanılmasını tecavüz saymıştır. KHK’nın 61/(a) maddesi de 9. maddenin ihlalini marka hakkına tecavüz olarak belirlediğine göre, 9/1 (a) varken 61/(b)’de de markanın “aynının” kullanılması fiilinin tecavüz sayılmasının gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu sonucuna varılabilir.

KHK m.61/(b) ile m. 9/1 (a) arasındaki ilişkinin incelenmesinde üzerinde durulacak diğer nokta, m. 9/1 (a)’daki “aynı” ifadesiyle 61/(b)’deki “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ifadesinin karşılaştırılmasıdır. Yukarıda, 9. maddenin incelenmesi sırasında ifade edildiği üzere³²³, maddede zikredilen “aynen kullanma” tam ya da kısmi olarak ortaya çıkabilir³²⁴. “Tam aynen kullanma”, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın tıpatıp aynen kopya edilerek kullanılmasıdır³²⁵. “Kısmi aynen kullanma” halinde ise, başkasının hak sahibi olduğu marka aynen kopya edilerek değil ancak aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanılır. İşte “aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanma”, “ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma”dır. Dolayısıyla, “ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma” kısmi aynen kullanmadır ve netice olarak markanın “aynının” kullanılmasıdır. Esasen 556 sayılı MarKHK “aynı” ve ”benzer” kavramlarının tanımını yapmış değildir. Bu kavramlar, 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’nun 47. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre “başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşinin veya ebat yahut renk

³²³ Bkz. II. Bölüm, 2.1.

³²⁴ Cengiz, s. 6, 7; Kaya, s. 266; Meran, s. 224.

³²⁵ “ 556 sayılı KHK’nın 9/a maddesi gereğince markanın tescilli kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması halinde, marka sahibinin, izin almadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır. Marka sahibi, marka tescilinin yanını tarihinden itibaren markanın sağladığı haklardan ve himayeden istifade eder. Davalı tarafından aynen kullanılan davacı markası tescilli olduğuna ve tarafların faaliyet konuları da aynı olduğuna göre, davacın tescilli markasının korunması zorunludur.” (Kaya, s. 239, dn. 13’ten naklen Yarg. 11. H.D., T. 09.05.2002, E. 2002/361, K. 2002/4522)

itibariyle veyahut *dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şekli*” “aynı”dır. “Başkasına ait tescilli markanın, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek şekilde benzeyeni ve bu suretle iltibasa sebebiyet vereni” ise “benzer” olarak kabul edilmiştir. İşte maddede “aynı” kavramı dâhilinde tarif edilen “*dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şekli*”, “ayırt edilemeyecek derecede benzeri” ifadesinin paralelidir. Her ne kadar 556 sayılı KHK’da aynı ve benzer tanımları yapılmamışsa da, söz konusu kavramların yeni KHK sistemi için de geçerli sayılmalıdır. Bu bakımdan; kanun koyucunun KHK’da bu tanımlara yer vermemiş olması, mülga Kanun’a göre yapılan tanımların yeni sistemde geçersiz olacağı anlamına gelmemelidir. Hal böyle olunca, 9/1 (a)’da markanın aynının kullanılması fiili yasaklanmışken 61/(b)’de markanın “ayırt edilemeyecek derecede benzerinin” kullanılması fiilinin tecavüz sayılması da gereksiz bir tekrardan ibaret olmaktadır. Bir markanın aynının kullanılmasıyla ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması arasında marka hakkına tecavüz bakımından herhangi bir fark olmamalıdır³²⁶.

Bu değerlendirme neticesinde, tescilli markanın aynısının ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanımının 61/(a) maddesinin yollamasıyla 9/1 (a) maddesinde yasaklanmasından hareketle; m. 61/(a) (dolayısıyla m. 9) varken m. 61/(b)’deki düzenlemenin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılabilir³²⁷.

³²⁶ Aksi görüş için bkz. Tekinalp, Mülkiyet Hukuku: yazar sözü edilen eserinin 409 v.d. sayfalarında “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ve “aynı” kavramlarının farklı kavramlar olduğunu, mülga Markalar Kanunu’ndaki tanımlardan hareketle bu kavramların aynı anlama gelmeyeceğini, zira KHK sisteminin bu ölçüleri değiştirdiğini, sebebi hakkında açıklama yapmadan ifade etmektedir. Ancak aynı eserin 457. sayfasında “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ile “benzer” kavramlarının da farklı kavramlar olduğunu belirtmiştir. Böylece yazar “ayırt edilemeyecek kadar benzer” kavramını ne “aynı” kavramıyla ne de “benzer” kavramıyla ilişkilendirmemiş gözükmekte, bu bakımdan eleştiriye açık bir değerlendirmede bulunmaktadır. Oysa kanımızca, “ayırt edilemeyecek kadar benzer” kavramının ya “aynı” kavramıyla veya “benzer” kavramıyla ilişkilendirilmesi, bu kavramlardan birinin içine dâhil edilmesi mantıklı bir zorunluluktur.

³²⁷ Arkan’da aynı doğrultuda görüş bildirerek aynı sonuca ulaşmaktadır. Ancak; daha önce de belirtildiği gibi yazar, Marka Hukuku adlı eserinde bizim çalışmamızdakinden farklı olarak, m. 61/(b)’deki “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ifadesini m. 9/1 (a) ile değil, 9/1 (b) ile ilişkilendirmektedir. Yani “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ifadesinin “kısmi ayniyet” anlamına geldiğinden yola çıkmamakta, bu ifadenin tekerrüre yol açacak olsa da, m. 9/1 (b) anlamında “benzer marka” olarak değerlendirmek gerekeceğini belirtmektedir. “Marka Hakkına Tecavüz Halleri- Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 Tarihli Kararı” adlı makalesinde ise (Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:3, S. 4, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt 1, s. 5, 6); “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ifadesi hakkındaki bu görüşüyle örtüşmeyen

İncelenecek ikinci durum ise, KHK m. 9/1 (b)'de ifade edilen “markanın benzeri” kavramıyla m. 61/(b)'de ifade edilen “ayırt edilemeyecek kadar benzeri” kavramlarının aynı şeyi ifade edip etmeyeceğidir. Önceki iki paragrafta açıkladığımız kanaatimiz dikkate alındığında, bu ikinci durumun incelenmesi anlamını yitirse de, doktrindeki tartışmalar dikkate alındığında bu konuyu da zikretmek faydalı olacaktır. Bir markanın “ayırt edilemeyecek kadar benzerinin” kullanılması, 9/1 (b)'ye göre “benzerinin” kullanılması olarak tanımlanmamalıdır. “Benzer” kavramı “ayırt edilemeyecek derecede benzer” kavramının içini doldurmada yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla; “benzer” ve “ayırt edilemeyecek derecede benzer” kavramlarının farklı durumları ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. İlki “iltibasa” neden olurken ikincisi “taklit” meydana getirir³²⁸. Bu bakımdan, m. 9/1 (b)'deki “benzer” ifadesi varken m. 61/(b)'deki “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ifadesi tekrardan ibarettir denmemelidir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, “ayırt edilemeyecek derecede benzer” ifadesi, “benzer” olmaktan çok “kısmi ayniyet” ifade etmektedir.

Belirtmek gerekir ki maddede düzenlenmiş olan taklit hali markanın taklididir. Markanın üzerine konulduğu malın taklidi hüküm kapsamında düşünülmemelidir. Ancak Yargıtay, bazı özel durumlarla sınırlı olmak üzere markanın üzerine konulduğu malı üzerindeki tasarrufları da marka hakkına tecavüz kapsamına almaktadır^{329 330}.

fikirlerini beyan etmiştir. Bu eserinde yazar; KHK açısından “ayırt edilemeyecek kadar benzer” marka ile “benzer” marka arasında fark olduğunu, buna karşılık “ayırt edilemeyecek kadar benzer” marka ile “aynı” marka arasında sıkı bir bağlılık, kader birliği olduğunu ifade etmektedir. KHK açısından ayırt edilemeyecek kadar benzer markada da aynı markada olduğu gibi “karıştırma” tehlikesinin varlığını ayrıca aramaya gerek olmadığını beyan etmektedir.

³²⁸ Tekinalp, s. 457; Ayrıca, konuyla ilgili olarak bkz. Sevgi Epçeli, **Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali**, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, s. 33–38.

³²⁹ Kaya, s. 296.

³³⁰ “Davacı vekili, davalının müvekkile ait tescilli markası Valeo ve Verto markalı otomobil debriyaj ürünlerinin hurdalarını piyasadan toplamak ve kumlayıp revize etmek suretiyle yeni ürün görüntüsü verip valeo kutuları ve poşetleri içerisinde piyasaya sürmek suretiyle haksız rekabette bulunduğunu...ileri sürerek...tazminata karar verilmesini istemiştir....Mahkemece toplan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacının tescilli Valeo ve Verda markalı otomobil debriyaj ürünlerinin hurdalarını toplayıp üzerinde düşük kaliteli balata çekerek Valeo ve Verto markasının içerir ambalajlarda piyasaya sürdüğü...tazminat isteminin Markaların Korunması Hakkındaki

2.3. MARKANIN TAKLİT EDİLDİĞİNİ BİLDİĞİ VEYA BİLMESİ GEREKTİĞİ HALDE TAKLİT MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ SATMAK, DAĞITMAK VEYA BİR BAŞKA ŞEKİLDE TİCARET ALANINA ÇIKARMAK VEYA BU AMAÇLAR İÇİN İTHAL ETMEK VEYA TİCARİ AMAÇLA ELDE BULUNDURMAK [KHK m. 61/(c)]

KHK'nın 61. maddesinin (c) bendi uyarınca, markayı veya ayırt edilemeyecek derecede bezerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde³³¹ tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak³³² ya da bu amaçlar için ithal etmek ya da ticari amaçla elde bulundurmak da marka hakkına tecavüz sayılmıştır. Bu bent ile, sadece taklit markayı malın/hizmetin üzerine koyan değil, bu durumu bilerek veya bilmesi gerekerek markayı taşıyan ürünü satan, dağıtan, ticari amaçla elinde bulunduran da müteceviz olmaktadır³³³. Örneğin malın depolanması³³⁴, nakliyeciyeye

KHK'nin 66/b maddesine dayandırıldığı... gerekçesiyle... davanın kısmen kabulüne... karar verilmiştir. Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir... davalı vekilinin yerinde görülmemen temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanmasına... karar verilmiştir. (Karan/Kılıç, s. 460'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 03.04.2000, E. 2000/1243, K. 2000/2610)

³³¹ Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin örnek durumlarını düzenleyen 57. maddesinin 5. bendinde ise, "...iltibasa meydan veren malları, durumu *bilerek veya bilmeyerek* satışa arz etmek ya da kişisel ihtiyaçtan başka bir nedenle elde bulundurmak" bir haksız rekabet durumu olarak belirlenmiştir. Görüldüğü gibi T.T.K. haksız rekabete ilişkin bu ihtimalde MarKHK'nın m. 61/(c)'de aradığı kusur sorumluluğunu aramamıştır.

³³² Örneğin, taklit markayı taşıyan malları kiraya vermek, sergide teşhir etmek gibi... Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 217, dn. 36; Tekinalp, s. 459; Kaya, s. 270; Karan/Kılıç, s. 456.

³³³ " *Davacı vekili, Federeal Almanya Cumhuriyeti uyruğundan olan müvekkilinin "GRUNDIG" marka ürünlerin marka ve lisans haklarına sahip olduğunu, davalı "... A.Ş." ile bağlantılanan... lisans anlaşmasının müvekkilince feshedilmesine rağmen bir kısım davalıların GRUNDIG lisansı ile ilgisi olmayan televizyon üretip davacıya ait markayı kullanarak spot piyasa ve bayii aracılığıyla pazarladıklarını, hukuken sahip olmadıkları markanın sahipleri gibi 3. kişileri aldattıkları, diğer davalıların da durumu bile bile işyerlerinde bu televizyonları satışa arz ettiklerini ileri sürerek davalıların eylemlerinin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olduğunun tespitine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı "... A.Ş." vekili, davacı ile olan mümessillik ve lisans sözleşmesinin yürürlükte olup davalıların iyiniyetli olduklarını savunarak davanın reddini istemişlerdir...Mahkemece... marka kullanma izni olmadığı halde ilk üç davalının imal ettikleri televizyon ve ambalajlarında GRUNDIG markasını kullanmaya devam ettikleri, ürünlerin grundig standardına uygu olmadığı, diğer iki davalının da üretilen bu televizyonları satışa sundukları, davalılar eylemlerinin 556 sayılı KHK'nin 61/a-c maddeleri ile TTK'nun 58/5-8 maddelerinde yazılı fülleri olduğu... gerekçesiyle... davanın kabulüne karar vermiştir...davalı vekillerinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile usul ve yasaya uygun görülen kararın onanmasına... karar verildi." (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1047, 1048, 1049'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 27.09.1999, E. 1999/5222, K. 1999/7186)*

" *...Davacı vekili, müvekkilinin tescilli "loft" markası ile giyim eşyası üretip pazarladığını, müvekkilinin bu mamüllerinin ancak sözleşme imzalayan bayileri vasıtasıyla satılabileceğini, davalının ise bayi olmadığı gibi taklit "loft" markalı kalitesiz ürünleri işyerinde pazarladığını, bu hususun markaya tecavüz ve haksız rekabet olduğunu ileri sürerek haksız rekabetin tespit ve*

verilmesi, ambalajcıda olması gibi durumlar da³³⁵ madde kapsamına girer. Yani taklit markayı ürünün üzerine koyan KHK m. 61/(a) ve 61/(b) bentleri gereğince sorumlu olacakken³³⁶, bu malları bilerek failden satın alıp satışı çıkarana ya da ticari amaçla elinde bulunduran kişi ise KHK 61/(c) bendine göre sorumlu olacaktır³³⁷.

menine, ... karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Mahkemece davalı eyleminin davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet olduğu tespit edilerek karar verilmiş ve bu gerekçe davalı tarafından temyiz edilmiştir...” (Noyan, s. 424 v.d.’den naklen Yarg. H.G.K., T. 17.12.1997, E. 1997/836, K. 1997/1075)

³³⁴ “ *Davacı vekili, müvekkili adına marka tescilli olan LPG tüplerinin davalı yanca bayilik sözleşmesine dayanmaksızın işyerinde, depo ve vasıtalarında bulundurduğunu ileri sürerek, marka haklarına tecavüz teşkil ettiğinin ve haksız rekabetin tespitine, men’ine... karar verilmesini talep ve dava etmiştir... Mahkemece... davalıyı bayi omadığı, davacı şirkete ait boş ve dolu tüpleri işyerinde bulundurmasının Markalar Kanunu ve TTK’nun 57/5 maddesine göre haksız fiil olarak nitelendirdiği gerekçesiyle davanın kabulüne... karar verilmiştir...Kararı davalı temyiz etmiştir...davalının bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına...karar verildi.*” (Karan/Kılıç, s. 471’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 16.03.2004, E. 2003/8006, K. 2004/2612)

³³⁵ Tekinalp, s. 459; Oytaç, s. 289.

³³⁶ KHK 61/(a) ve 61/(b) arasındaki ilişki için bkz. II. Bölüm, 2.1. ve 2.2.

³³⁷ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 209, 217. Yazar bu eserinde, bir taraftan KHK m. 9/2 (b) ile m. 61/(c) nin aynı konudaki iki farklı düzenleme olduğuna değinmiş, diğer taraftan da bu karışıklığın giderilmesi için şöyle bir formüle yer vermiştir. Markanın aynını ya da benzerini malın üzerine koyan kişinin davranışının 61/(a) maddesine (dolayısıyla bu maddenin yaptığı yollaıyla 9/2 (a) veya 9/2 (b) maddelerine) göre; bu malları bilerek failden alıp satışı çıkarana ya da ticari amaçla elinde bulunduran sonraki kişinin davranışının ise 61/(c) maddesine göre tecavüz teşkil etmelidir. Nitekim KHK m. 9/2’nin “bilmek veya bilmesi gerekme” kriterlerine yer vermemesi iki madde arasındaki farkı göstermektedir. Dolayısıyla yazara göre 61. maddenin (c) bendinde öngörülen tecavüz fiillerinin, sadece taklit markayı taşıyan malların maliki tarafından değil bu ürünleri ticari amaçla elinde bulunduran zilyet tarafından işlenmesi de mümkündür. Böylece yazar anılan eserinin ilgili sayfalarında 61/(a) (dolayısıyla 9/2 (a) ve 9/2 (b)) maddesiyle 61/(c) maddesi arasında bir ayrım yapmaktadır. Oysa yazarın diğer bir eserinde, marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin esasen 9. madde çerçevesinde ele alındığı, dolayısıyla 61/(c) maddesinin KHK metninden çıkarılması gerektiği görüşüne yer verilmiştir. Zira 61/(c) maddesi esas itibariyle 9/2 (b) maddesinin tekrarından ibarettir. Bkz. Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri- Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 Tarihli Kararı” Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:3, S. 4, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt 1, s. 6.

Yasaman, Arkan’ın bu son görüşünden ayrılmaktadır. Yazara göre, “61. maddenin c bendi, yalnızca “taklit” markayı taşıyan malların üçüncü kişiler tarafından ticari amaçla elde bulundurulması ya da bu mallar üzerinde ticari amaçla tasarrufta bulunulması durumunda uygulanabilir. Taklit marka kullanımı söz konusu olmayıp, herhangi bir nedenle iltibasa neden olacak şekilde benzer marka kullanımının söz konusu olduğu hallerde ise, bu malları piyasaya süren ya da stoklayan kimselerin eylemleri, 61. maddenin (c) bendine göre değil, (a) bendindeki gönderme nedeniyle m. 9/2 (b) hükmü çerçevesinde marka hakkına tecavüz oluşturur. Bu takdirde ise iltibasa neden olan markayı taşıyan malları piyasaya süren ya da piyasaya sürme amacı dışında kalan kimseler hakkında marka hakkına tecavüz iddiasında bulunulamaz. Zira hiçbir satıcı ya da dağıtıcı, taklit marka kullanımı söz konusu olmadıktan sonra, sattığı ya da dağıttığı malların üzerindeki marka ile başka tescilli marka arasında iltibas oluşup oluşmayacağını araştırmak zorunda değildir ve böyle bir zorunluluk altında bırakılamaz.” Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1014, dn. 10.

Serbest bölgelerde ticari amaçla elde bulundurulmuş taklit markalı ürünler bakımından da, bu alanlar ülkesellik prensibi gereği ülke sınırları içine dâhil sayıldıklarından, marka hakkına tecavüz oluşturacaktır³³⁸.

Hüküm malın tüketilmesi amacıyla elde bulundurulmasını kapsamaz. Zira tüketicinin malı yeniden ticaret alanına çıkarmak gibi bir gayesi yoktur. Malların bir iş için, örneğin bir binanın boyanması amacıyla, depolanması veya yurtdışında tescilli bir markayı taşıyan malların Türkiye’de fason olarak üretilmesi ve yurtdışına gönderilmesi de, o marka Türkiye’de başkası adına tescilli olsa bile, ihlal değildir³³⁹.

KHK m. 61/(c) hükmünün uygulanması için ortada taklit bir markanın bulunması, yani 61/(a)’nın yollamasıyla 9/1 (a) ve 61/(b) anlamında tescilli markanın aynının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin söz konusu olması gereklidir. Sadece 9/1 (b) de öngörülen iltibas durumunun varlığı, maddenin uygulanması için yeterli değildir³⁴⁰. Bu hususun bir eksiklik olduğuna şüphe yoktur. Ayrıca maddenin aradığı taklitlik marka hakkındadır, yoksa mal değil. Bir mal taklit edilmeden sadece markasının taklit edilmiş olması, tecavüze bağlı sonuçların ortaya çıkması için yeterlidir³⁴¹.

Karan/Kılıç’a göre ise, bu maddeye göre tecavüz teşkil eden durumlar, markanın m. 9/2 anlamında kullanılması değil, böyle kullanılan taklit markalı bir malın “ticari maksatla elde bulundurulması”dır. Ancak m.9/2 anlamında kullanma ile m. 61/c anlamında ticari amaçla elde bulundurma arasındaki sınırı baştan çizmek çok olay değildir. Bkz. Karan/Kılıç, s. 456.

³³⁸ “...Uyuşmazlık, serbest bölgede bulundurulup, transit mal olduğu iddia edilen taklit marka taşıyan malların marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği noktasında toplanmaktadır... marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen sahte ürünleri serbest bölgede ticari amaçla bulunduran davalının bu eyleminin suç teşkil ettiği ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun değerlendirilerek, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, sadece açıklandığı gibi serbest bölgede bulunan transit mal niteliğindeki malın iç piyasaya arz edilmek üzere bulundurulduğunun kanıtlanamadığı gerekçesiyle davanın reddine dair verilen kararın bozulması yerini onandığı anlaşıldığından davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile onamaya dair DAİRE kararının kaldırılarak, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir. (Karan/Kılıç, s. 466, 467’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 13.02.2004, E. 2003/13968, K. 2004/1201)

³³⁹ Tekinalp, s. 459; Oytaç, s. 289 Aksi görüş için bkz. Karan/Kılıç, s. 456.

³⁴⁰ KHK 61/(a) ve 61/(b) arasındaki ilişki için bkz. II. Bölüm, 2.1. ve 2.2.

³⁴¹ Karan/Kılıç, s. 455.

Maddede belirtildiği gibi, bu tecavüz halinin varlığından bahsedebilmek için, söz konusu fiilleri işleyen kişinin ürünün taşıdığı markanın taklit olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Bilmek veya bilebilecek durumda olmak, markanın taklit olduğu konusunda herhangi bir şekilde bilgi sahibi olmayı, bu bilgiyi elde edebilecek durumda bulunmayı, taklit edildiğini görmeyi, tahmin etmeyi, tahmin edebilecek halde olmayı ifade eder, yoksa taklit edenle anlaşma içinde bulunmaya gerek yoktur³⁴². Ayrıca, hükmün uygulanabilmesi için, taklit işareti taşıyan malları dağıtan, satan ya da ticaret alanına çıkararak veya elde bulunduran, vb. faaliyet gösteren kişinin, taklit eylemini gerçekleştiren kişiyi tanıması, malları doğrudan ondan almış bulunması da şart değildir³⁴³.

Failin, markanın taklit olduğunu bilmesinin gerekli olup olmadığı hususu her somut olayın özelliklerine göre araştırılacak bir konudur. Örneğin aynı tür malların yıllardır satışını yapan ve bu alanda kullanılan markaları yakından bilen kişinin, bu tür mallarda kullanılan taklit markayı ayırt edebileceği kabul edilebilir^{344 345}. Yine, toplum tarafından tanınmışlık düzeyine ulaşmış bir markanın taklidini taşıyan ürünü, taklit olmayanın piyasa fiyatından çok düşük bir bedele, ticaretini yapmak için satın alan şahsın da markanın taklit olduğunu bilebilecek durumda olduğuna şüphe yoktur. Bilmek veya bilmesi gerekmem kavramlarının değerlendirilmesinde Türk Ticaret Kanunu'nun "basiretli tacir" kriterleri ve Türk Medeni Kanunu'nun iyi niyet ve dürüstlük kuralına ilişkin düzenlemeleri de birer ölçü olarak kabul edilmelidir³⁴⁶.

³⁴² Tekinalp, s. 458; Oytaç, s. 289; Kaya, s. 270.

³⁴³ Tekinalp, s. 459; Oytaç, s. 289.

³⁴⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 218; Kaya, s. 270.

³⁴⁵ “ Sanık, mahkemede alınan savunmasında tezgâhtar olarak çalıştığı dükkâna çanta getiren şahıstan suç konusu çantaları mal sahibinin haberi olmadan çeşit olsun diye alıp vitrine koyduğunu hatta birkaç tane de sattığını öne sürdüğüne göre bu işle iştirak eden sanığın dava konusu malların orijinal LOUIS VUITTON MALLETTIER markasının taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğu... yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi, yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden hükmün sonuçta isteme uygun olarak bozulmasına...karar verildi.” (Kaya, s. 271, dn. 75'den naklen, Yarg. 7. C.D., T. 20.10.2000, E. 2000/10157, K. 2000/13353)

³⁴⁶ Noyan, s. 387; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1015; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 218; Karan/Kılıç, s. 457.

Maddede bulunan “bilme veya bilebilecek durumda olma” şartı yüzünden, markanın taklit olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişinin söz konusu fiilleri işlemesi tecavüz oluşturmayacaktır. Doktrinde bu husus, marka hakkı sahibinin haklarının etkin bir şekilde korunması amacına ters düştüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁴⁷. Ancak uygulamada “bilmesi gerekme” geniş yorumlanmakta ve ticaretle uğraşanların alımını, satımını, dağıtımını yaptıkları malların gerçek durumlarını bildikleri kabul edilmektedir³⁴⁸. Yapılan iş ve meslek gereği taklit eşyayı taklit olmayandan ayırabilecek konumda olmak, taklit eşyayı piyasa fiyatından ucuza veya faturasız almak gibi durumlar “bilmek veya bilmesi gerekme” olarak kabul edilmektedir³⁴⁹.

Bilmeyi veya bilebilecek durumda olmayı iddia sahibinin, yani marka hakkı sahibinin ispatlaması gerekmektedir³⁵⁰.

³⁴⁷ Bkz. Çamlıbel Taylan, s. 59; Noyan, s. 387; Dirikkan, s. 306, dn. 385; Yazar, özellikle KHK m. 62/(b) maddesinde düzenlenen tecavüzün refi (giderilmesi) davası bakımından m. 61/(c)’de düzenlenen suçların işlenmesi halinde kusurun aranmaması gerektiğini ifade etmiştir. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 209. Yazar; aynı sayfadaki dn. 3’te, bu koşulun ne mülga 551 sayılı Marka Kanunu’nda ne de Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinde yer almadığını da belirtmektedir.

Aksi görüş için bkz. Karan/Kılıç, s. 457. Yazar; Taklit markalı ürünü ticari maksatla elinde bulunduran kişinin her halde marka hakkına tecavüz ettiği varsayımından hareket etmenin onların ellerindeki malların markalarına olan güveni sarsacağı ve ticari ilişkilerdeki güven ortamını yıkabileceği görüşündedir. Yazara göre, böyle bir durum tacirleri ya ticaretini yaptıkları malın taklit markalı olup olmadığı hakkında araştırma yapmaya sevk ederek onların gereksiz bir mali külfet altına girmelerine sebebiyet verecek, ya da muhataplarından teminat mektubu almaya zorlayacaktır.

³⁴⁸ “...sattığı çayın Çay-Kur’a ait olup olmadığını uzun zamandır gıda maddesi satışıyla uğraşan sanığın bilmesi gerektiği gözetilerek...” (Kaya, s. 271, dn. 75’den naklen, Yarg. 7. C.D., T. 21.04.1998, E. 1998/3036, K. 1998/3383)

³⁴⁹ “... Suça konu markanın 19.01.1992 tarihinden muteber olmak üzere 10 yıl süreyle adı geçen firma adına tescil edilmiş olmasına göre, sanık uzun zamandan beri beyaz eşya ticareti ile uğraşmakta olup, dolayısıyla suç konusu makineleri alıp satarken taklit edilmiş olup olmadığını meslek açısından bilmesi gerektiği düşünülerek... sonucuna göre suç vasfi ve sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik incelemeye dayalı şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır...” (Noyan, s. 589, 590’dan naklen Yarg. 7. C.D., T. 28.05.1998, E. 1998/4116, K. 1998/4799)

“... Sanık mahkemede alınan savunmasında tezgâhtar olarak çalıştığı dükkâna çanta getiren şahıstan suç konusu çantaları mal sahibinin haberi olmadan çeşit olsun diye alıp vitrine koyduğunu, hatta birkaç tane de sattığını öne sürdüğüne göre, bu işle iştigal eden sanığın dava konusu malların orijinal LOUIS VUITTON MALLETIER markasının taklidi olduğunu bilebilecek durumda olduğu... gözetilmeden yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi yasaya aykırı olup, müdahil vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmiştir.” (Noyan, s. 577, 578’dan naklen Yarg. 7. C.D., T. 20.10.2000, E. 2000/10157, K. 2000/13353)

³⁵⁰ Tekinalp, s. 458; Kaya, s. 270; Meran, s. 226; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1015; Oyaç, s. 288.

Taklit marka kullanıldığını bilen veya bilebilecek durumda olan satıcı, dağıtıcı gibi üçüncü kişilerin 61. madde kapsamına alınmasının amacı, bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermelerini sağlayarak, marka korsanlığının önlenmesine ve ticari hayatta dürüstlüğün yerleşmesine yardımcı olmaktır³⁵¹.

2.4. MARKA HAKKINA TECAVÜZ FİİLLERİNE İŞTİRAK, YARDIM, TEŞVİK YAHUT BU FİİLLERİN YAPILMASINI KOLAYLAŞTIRMAK [KHK m. 61/(e)]

Bu bent ile, 61. maddenin (a), (b) ve (c) bentleri içinde öngörölmüş olan tecavüz hallerine iştirak etmek, bu fiillerin işlenmesine yardım veya bu fiilleri teşvik etmekle hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bunların işlenmesini kolaylaştırmak da marka hakkına tecavüz olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla bu bendin uygulanabilmesi için, ortada (a), (b) veya (c) bentlerine uygun bir tecavüz durumunun var olması gerekmektedir³⁵². Bu nedenle; başkası adına tescilli bir markanın taklidini tasarlayan tasarımcı veya hazırlayan matbaacı, söz konusu işaret (a), (b) veya (c) bentleri anlamında kullanılmadıkça (d) bendi anlamında marka hakkına tecavüz etmiş olmayacaktır³⁵³. Doktrinde, bu düzenlemenin, haksız fiilden doğan zarardan müteselsil sorumluluğu düzenleyen B.K. m. 50'ye paralel olarak hazırlandığı görüşü hâkimdir³⁵⁴. Maddedeki “iştirak” ifadesini de ceza hukuku anlamında yorumlamamak gerekmektedir. Buradaki iştirak, ihlal fiillerinin ortaklaşa işlenmesi ve fiil ile tecavüze katılmayı ifade etmektedir³⁵⁵.

Doktrindeki hâkim fikre göre, m. 61/(e) anlamında tecavüzdten bahsedebilmek için, faillerin asıl mütecavizin fiillerinin (a), (b) veya (c) bentlerine göre tecavüz

³⁵¹ Arkan, Marka Hukuku, C.2 s. 218; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1015.

³⁵² Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 221; Kaya, s. 274.

³⁵³ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 221.

³⁵⁴ Bkz., Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1020; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 221; Kaya, s. 274; Noyan, s. 388; Pekdinçer, s. 172.

³⁵⁵ Tekinalp, s. 460; Meran, s. 233.

oluşturduğunu bilmeleri ya da bilebilecek durumda olmaları gerekmektedir³⁵⁶. Yani bu bende göre sorumluluk, kusur sorumluluğudur³⁵⁷. Dolayısıyla burada da kusurun varlığına ilişkin ispat yükü davacıda yani marka hakkı sahibindedir.

Hüküm, bu kapsamdaki tecavüz fillerini iştirak, yardım, teşvik ve kolaylaştırma şeklinde tanımlamıştır. Bu tür bir tanımlamanın oldukça geniş çerçeveli olduğunu ve kapsamının yorum yoluyla uygulama alanı dışında da genişletilebileceğini söylemek yanlış olmayacaktır³⁵⁸. Bu kapsamda, taklit markayı tasarlayan tasarımcı, taklit markaya ilişkin kalıbı hazırlayan, taklit malları taşıyan nakliyeci, taklit markalı mal veya hizmetlerin dağıtımına yardımcı olanlar, taklit markalı malı deposunda bir süre tutan³⁵⁹, taklit markalı malı gizleyen, gizlenmesine aracılık eden, taklit markalı malın transit geçişini kolaylaştıran³⁶⁰ kişilerin filleri marka hakkına tecavüz oluşturur. Hatta doktrinde, bu kapsam daha da genişletilmekte

³⁵⁶ Tekinalp, s. 460; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1020; Meran, s. 233; Kaya, s. 274. Karan/Kılıç ise, KHK'nın 9. maddesine aykırı kullanımın kolaylaştırılması bakımından mütecevizin bu kullanımın tecavüz teşkil ettiğini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi aranmayacağını, 61. maddenin (b) ve (c) bentlerine aykırı fiiller söz konusu olduğunda ise, markanın taklit olduğunu bilmeleri veya bilebilecek durumda olmalarının aranacağını belirtmiştir. Bkz. Karan/Kılıç, s. 459.

³⁵⁷ Marka hakkına tecavüz hallerinde kabul edilen sorumluluk durumları için bkz. II. Bölüm, 1.

³⁵⁸ Kaya, s. 274.

³⁵⁹ “ Davacı vekili, gerek müvekkiline ait, gerekse müvekkiline Faber-Castell tarafından verilen lisans gereğince “Adel” markalı kalemlerin üretim ve pazarlamasının müvekkili şirket tarafından yapıldığını, davalılardan ... Ltd. Şti.’nin “Adel” markasını taşıyan taklit ürünleri deposunda sakladığını, diğer davalının da işyerinde satışa sunduğunu ileri sürerek... müvekkilinin marka hakkına tecavüzün durdurulmasını... talep ve dava etmiştir. Davalı ... Ltd. Şti. temsilcisi, müvekkilinin iki yıldan beri kırtasiye işiyle iştigal etmediğini, dava konusu kalemleri dava dışı ... Ltd. Şti.’den, borcuna karşılık fatura aldığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Mahkemece... davalının savunmasını kanıtlamadığı, eyleminin TTK’nın 56. ve 556 sayılı KHK’nın 61. maddesi uyarınca haksız rekabet ve marka hakkına tecavüz oluşturduğu... gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. Kararı ... Ltd. Şti. vekili temyiz etmiştir... Davalı ... Ltd. Şti. vekilinin bütü temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına karar verildi.” (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 461’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 23.02.2004, E. 2003/7146, K. 2004/1610)

³⁶⁰ “ Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış ve Türkiye’de tescilli bulunan MARLBORO markalı sigaraların üreticisi olduğunu, Anbarlı Gümrük Müdürlüğü’nce Ege Kont Konteyner Taşımacılık A.Ş. acentesi adına tescilli 08.05.2001 tarih ve 5304 sayılı özet beyanın B/L M87003832 nolu konşimentosuna kayıtlı YMLU 805636-0 nolu konteyner içindeki MARLBORO marka sigaraların taklit sigaralar olduğunun öğrenilerek gümrük işlemlerinin 10 gün süreyle durdurulduğunu ileri sürerek, marka hakkına tecavüzün önlenmesini... istemiştir. Davalı vekili davanın reddini istemiştir. Mahkemece davanın reddine ilişkin olarak verilen karar, davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemizce davacı yararına bozulmuştur. Davalı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuştur. Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere ve 556 sayılı KHK’nın 61/e maddesi hükmüne göre davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm karar düzeltme itirazlarının reddi gerekmiştir...” (Karan/Kılıç, s. 470, 471’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 12.03.2004, E. 2004/1534, K. 2004/2465)

ve örneğin taklit markalı malları sigortalayanlar veya reklâmını yapanlar dahi bu kapsamda sorumlu tutulmaktadır³⁶¹. Bundan başka, tecavüz fiili işlendikten sonra kanıtların ortaya çıkmasına engel olan kişinin de – örneğin elde kalan taklit markalı ambalajları saklayan kişi- bu kapsamda değerlendirileceği söylenebilir. Zira KHK m.61/(e)’de genel bir ifade kullanılmış ve “hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerinin yapılmasının kolaylaştırılması”ndan söz edilmiştir³⁶². Ancak, bir istihdam ilişkisi ile bağlı buldukları işverenin emir ve talimatları dairesinde iş gören işçilerin fiilleri bu kapsama sokulup tecavüz olarak değerlendirilemez. Zira bu kişilerin faaliyetleri kendilerine iş sözleşmesiyle yükletilen borcun ifasına yöneliktir³⁶³.

2.5. TAKLİT MARKALI MALIN NEREDEN ALINDIĞINI VEYA NASIL SAĞLANDIĞINI BİLDİRMEKTEN KAÇINMAK [KHK m. 61/(f)]

KHK m. 61/(f) ile bir şahsın, malik veya herhangi başka bir sıfatla zilyetliğinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini³⁶⁴ taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınması marka hakkına tecavüz olarak belirlenmiştir.

Madde metninden anlaşıldığı üzere, bu hükümlerle ulaşılmak istenen amaç, marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak olan davalarda ihtiyaç duyulan delillere

³⁶¹ Tekinalp, s. 460; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 221; Kaya, s. 275, Meran, s. 233; Karan/Kılıç, s. 459; Pekdinçer, s. 172.

³⁶² Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 221, dn. 47.

³⁶³ Tekinalp, s. 460; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1020; Karan/Kılıç, s. 459; Meran, s. 233.

³⁶⁴ Tekinalp, bu hükmün uygulanabilmesi için, söz konusu ürünün, tescilli markayla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer bir işaret taşıması gerektiği, hükmün benzerlik halinde uygulanamayacağı görüşündedir. Bkz. Tekinalp, s. 460; Aynı doğrultuda bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1021; Meran, s. 234; Erdem, s. 74.

Aksi görüş için bkz. Arkan, “Marka Hakkına Tecavüz Halleri”, s. 6. Yazar bu eserinde, esasen 61. maddenin (b) bendinin (a) bendi varken gereksiz bir tekrar olduğu noktasından hareketle, (f) bendindeki tecavüz halinin de sadece taklit marka durumuna özgülenmesini eleştirerek, bu bendin taklit markayla bağlantılı olmaktan çıkarılması gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir.

ulaşmak, yargılama neticesinde hükmün delillere dayanılarak ve gerekçeli olarak tesisini sağlamaktır³⁶⁵.

Maddede “ürün” ve “mal” kavramları birbirinden ayrı olarak zikredilmiştir. Bu sebeple ürün kavramı geniş olarak değerlendirilmeli, bu kavramın içine taklit malla ilgili hizmet evrakını, reklâm malzemelerini, fiyat listeleri ve prospektüsleri de eklemek gereklidir³⁶⁶. Dolayısıyla, sadece taklit markayı taşıyan mala zilyet olan değil, bu mallarla ilgili olarak sayılan ürünlere zilyet olan kişiler de maddedeki bilgi verme yükümlülüğünü taşımaktadır. Ayrıca, madde her ne kadar sadece mal ve ürünlerden bahsediyorsa da “ürün” kavramının bu geniş yorumu sayesinde, maddenin hizmet markaları bakımından da uygulanması mümkün olmalıdır³⁶⁷.

Bilgi verme yükümlülüğünün mal veya ürünü ticari amaçla elinde bulunduranlara mı ait olduğu, yoksa mal ve hizmetin son kullanıcıyı yani tüketiciyi de mi kapsadığı hususu doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bir görüşe göre, hükmün uygulanması, mal veya ürünün ticari amaçla elde bulundurulmasına bağlı değildir. Mal ve hizmetin son kullanıcısı olan tüketici de gerektiğinde madde kapsamında değerlendirilmeli, bilgi verme yükümlüsü olarak değerlendirilmelidir³⁶⁸.

Diğer görüş ise, hüküm ancak ticari amaçla bu mal veya ürünleri elinde bulunduranlara karşı uygulanması gerektiğini, kişisel gereksinim nedeniyle mal veya ürünü elinde bulunduran tüketicinin bu bent kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindedir³⁶⁹. Benden amacının tecavüz sebebiyle açılacak olan davalarda ihtiyaç duyulan delillere ulaşmak, dayanağı ve gerekçeleri sağlam hükümlerin tesisini sağlamak olduğu belirtilmiştir. Bu amaç düşünüldüğünde, tüketicinin de bent kapsamına alınması, marka hakkının etkin korunması bakımından

³⁶⁵ Kaya, s. 276; Karan/Kılıç, s. 459; Noyan, s. 288; Meran, s. 234.

³⁶⁶ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1021; Arkan, Marka Hukuku, C 2, s. 221; Kaya, s. 276.

³⁶⁷ Kaya, s. 276.

³⁶⁸ Karan/Kılıç, s. 459; Kaya, s. 276.

³⁶⁹ Arkan, Marka Hukuku, C 2, s. 221 ve aynı sayfa dn. 49’da anılan yazarlar; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1021; Pekdiñer, s. 172.

işlevsel gibi gözükmemektedir. Ancak kanaatimizce, bu yolla tüketicilerin müteceviz sayılarak KHK'daki ağır hukuki ve cezai yaptırımlara tabi tutulması, MarKHK'nın tüketiciyi sorumlu tutmayan genel sistemine ve mantığına aykırılık teşkil edecek ve hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, eğer maddeyle amaçlanan diğer bentlerdeki tecavüz halleri için gerekli delillere ulaşılması ise, asıl hedefin diğer bentlerdeki mütecevizler olduğu düşünülebilir. Diğer bentlerde yer alan hiçbir tecavüz halinde tüketicinin sorumluluğuna gidilmemişken, söz konusu tecavüz halleri için yeterli delil elde edilmesini amaçlayan bu bentte tüketicinin sorumluluğuna gidilip müteceviz sayılması, marka hakkının etkin korunması amacını aşacaktır. Bu gerekçeyle hükmün tüketicileri kapsamaması gerektiği görüşüne katılmaktayız.

Hükmün uygulanması için öncelikle bilgi verme yükümlüsünün bilgi vermeye davet edilmesi gerekmektedir. Davet herhangi bir şekil şartına da bağlı değildir. Ancak elbette adi yazılı şekilde veya noter kanalıyla yapılması ispat kolaylığı bakımından önem arz edecektir³⁷⁰. Yükümlünün bilgi vermesi de herhangi bir şekil şartına tabi değildir³⁷¹. Ayrıca yükümlüye bilgi verme davetinin mutlaka mahkeme veya resmi bir makam tarafından yapılması gerekmez. Marka hakkı sahibi veya dava açma hakkı bulunan lisans alan tarafından yapılması da mümkün ve geçerlidir³⁷². Mal veya ürünleri elinde bulunduran kişinin bunları kimden aldığını ya da nasıl sağladığını bildirmesi gerekirse de mal veya ürünleri kendisine devreden kişinin bunları kimden ve nasıl temin ettiğini açıklamak gibi bir yükümlülüğü yoktur³⁷³.

³⁷⁰ Tekinalp, s. 460; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1021; Kaya, s. 276.

³⁷¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 222.

³⁷² Tekinalp, s. 260; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 222; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1021; Kaya, s. 277; Karan/Kılıç, s. 459.

³⁷³ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1021; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 222 dn. 51'den naklen, Lucas David, Markenschutzgesetz, Muster-und Modellgesetz (Kommentar zum Schweizerischer Privatrecht, Herausgeber: Honsell-Vogt-David), Basel, 1994, Art. 55, Nr. 26.

III. BÖLÜM: MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN HUKUK DAVALARI

1. GENEL OLARAK

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8. kısmında, öncelikle 61. maddeyle marka hakkına tecavüz olan fiiller öngörülmüş, daha sonra 61/A maddesiyle tecavüz halinde uygulanacak cezai müeyyideler gösterilmiş, 62.-79. maddelerinde de marka haklarına tecavüz halinde kullanılacak tüm hukuki başvuru yolları ve davalarla ilgili hükümler düzenlenmiş bulunmaktadır.

MarKHK'nın 62. maddesi, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin ileri sürebileceği hukuki talepleri altı fıkra halinde ayrı ayrı öngörmüş bulunmaktadır. Maddede sayılan talepler, nitelikleri bakımından görevli ve yetkili mahkemede açılacak olan çekişmeli bir dava şeklinde ileri sürülecek, bir edayı içeren taleplerdir. Maddede açılacak olan davalar ayrı ayrı sayılmış olmakla birlikte, eğer çelişki oluşturmuyor ise, bu taleplerin aynı dava içinde ileri sürülmesi de mümkündür³⁷⁴.

KHK'nın 62. maddesinde, ileri sürülebilecek hukuki talepler sayılmış ise de, marka hakkı sahibinin kullanabileceği hukuki yollar bu maddede sayılanlarla sınırlı değildir. 62. madde dışında; KHK m. 64, 66 ve 67 tazminat hükümlerini, KHK m. 68 itibar tazminatını, KHK m. 75 marka hakkı sahibinin delillerin tespiti talebini, KHK m. 76 ise ihtiyati tedbir taleplerini düzenlemektedir. Yine bir ihtiyati tedbir talebi olarak gümrükte el koyma da KHK m. 79'da düzenlenmiştir.

Marka hakkı sahibinin kullanabileceği hukuki yollardan olmamakla beraber; Türkiye'de sınaî faaliyet yapan veya bu tür faaliyete başlayacak olan kişilerin, bu faaliyetleri sırasında kullanmayı düşündüğü işaretin, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, tecavüzün mevcut olmadığının tespitine ilişkin talep hakları da KHK m. 74'te düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda, marka hakkı sahibinin kullanabileceği hukuki yolların yanında, 74. maddede düzenlenen bu talep hakkı da ele alınacaktır.

³⁷⁴ Kaya, s. 277.

MarKHK'nın 63, 65, 69, 70, 71, 72 ve 73. maddeleri ise sayılan hukuki yollara ilişkin usul hükümlerinin düzenlendiği maddelerdir.

Genel olarak yukarıdaki şekilde ifade edilebilecek olan hukuki koruma yolları, ayrıntılı olarak aşağıda incelenmeye çalışılacaktır.

2. TESPİT DAVA VE TALEPLERİ

Tespit dava ve talepleri başlığı altında incelenebilecek olan iki hukuki müessese türü, MarKHK'nın 74. ve 75. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

2.1. *TECAVÜZÜN OLMADIĞININ TESPİTİ (MENFİ TESPİT) DAVASI (KHK m. 74)*

MarKHK'da marka hakkına tecavüz oldukça ağır sonuçlara tabi kılınmıştır. Mütecevize karşı, hukuk ve ceza davaları açılabilen, yüksek miktarda tazminatlar talep edilebilmekte, haksız markalı mallara el konulup mülkiyeti marka sahibine dahi bırakılabilmektedir. Oysa bir kişinin sahibi olduğu markanın tescilli bir marka ile ve kapsadığı mal ve hizmetlerle benzerliği izafi bir husus olup, tacirler böyle bir benzerlik olmadığı yanılgısına düşerek ticarete kalkışabilirler³⁷⁵. Bazı hallerde; bir markanın kime ait olduğu veya üçüncü bir kişinin marka üzerinde aynı veya şahsi nitelikte bir hakkının bulunup bulunmadığı ya da böyle bir hakkın mirasla geçip geçmediği belirsizlik de taşıyabilir. Bu belirsizlikten kurtulabilmek için, bir marka ile herhangi bir işlem veya girişimde bulunacak olan kimsenin ileride bir dava ile karşılaşmaması için kendisine bir imkân sağlamak gereği duyan kanun koyucu, bu davayı düzenlemiştir³⁷⁶. Böylece müteşebbislerin tecavüz durumunun ağır sonuçlarından kendilerini koruyabilmeleri amaçlanmıştır. Bu dava, diğer fikri ve sınai haklar bakımından da kendi hukuki metinlerinde yer almıştır³⁷⁷.

³⁷⁵ Karan/Kılıç, s. 565.

³⁷⁶ Tekinalp, s. 476.

³⁷⁷ Bkz. 551 sayılı PatentKHK, m. 149; 554 sayılı End.Tas.KHK, m. 61; 555 sayılı Coğ.İş.KHK m. 32.

KHK'nın 74. maddesinde “*marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve şartları*” başlığı altında düzenlenmiş bulunan bu dava türü, niteliği itibariyle bir menfi tespit davasıdır. Doktrinde bu konuda fikir birliği mevcuttur. Ancak diğer tespit davalarından farklı olarak, bir eda davasının açılacağı hallerde dahi söz konusu davayı açmak mümkündür³⁷⁸. Bu bakımdan kendine has bir menfi tespit davası olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³⁷⁹.

Bu dava, KHK'nın ifadesiyle, menfaati olan herkes tarafından açılabilir. Burada menfaatten ne kastedildiği de yine 74. maddenin 2. fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre; Türkiye'de sınaî faaliyet yapan veya başlayacak olan kişiler, bu faaliyetleri sırasında kullanmayı düşündüğü işaretin, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hususunun tespitini mahkemeden talep edebileceklerdir. Bir başka ifadeyle menfaati olan kişiler, marka sahibi tarafından ileride aleyhine marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açılması söz konusu olabilecek kişilerdir³⁸⁰. Zikredilen kişilerin bu dava hakkından yararlanabilmelerinin önkoşulu; dava

³⁷⁸ Bilindiği gibi usul hukukunda kural, eda davası açılacakken tespit davası açılmasında hukuki yararın bulunmadığı yönündedir: “...*Yukarıda açıklandığı gibi, doğrudan açılacak bir eda davası ile amaçlanan durum elde edilecektir. Eda davasının açılması mümkün olan hallerde hukuki yarar bulunmadığından tespit davası dinlenemez...*” (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası'ndan naklen, Yarg. 14. H.D., T. 19.06.1990, E. 190/2712, K. 1990/5796)

³⁷⁹ Tekinalp, s. 476; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1204; Kaya, s. 282; Camcı, s. 151; Noyan, s. 257; Meran, s. 234; Karan/Kılıç, s. 565; Pekdiñer, s. 185; Şevket Güney Çakmak, “Marka Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığına Dair Dava”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2004, Yıl 2, S. 22, s. 2867; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 233. Yazar bu davanın esas itibariyle menfi tespit davası niteliğini dile getirmekle beraber davayı tam anlamıyla bir menfi tespit davası olarak görmemektedir. Zira usul hukukunda menfi tespit davasından söz edebilmek için, davalının daha önce belli bir hukuki ilişkinin varlığını iddia etmiş olması gerekir. Oysa burada henüz marka hakkına tecavüzün varlığı iddia olunmamıştır.

Yasaman ise, bu davanın saf bir menfi tespit davası sayılmaması bakımından daha öncelikli bir gerekçe ileri sürülebileceğini ifade etmiştir. Yazara göre, menfi tespit davasında bir hukuki ilişkinin, eldeki vakıalar ve hukuki sebepler ışığında var olmadığı iddia edilir. Buna karşın, m. 74 ile getirilen davada, henüz girişilmemiş, ancak ileride girişilecek fiillerin, marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği hususunun dahi tespiti istenebilir. Kaldı ki, davadan önce bildirim ve görüş talebinde bulunulması, sınaî faaliyete başlanılmadan önce de söz konusu olabilir. Buna göre, pekâlâ faaliyete başlanılmadan da dava ikame edilebilir. Görüldüğü üzere, henüz hukuki ilişkinin varlığına yahut yokluğuna delalet eden vakıalar dahi gerçekleşmemiştir. Bu olasılıkta aslen mahkemeden bir yorum istenmekte; gelecekteki fiillerin, marka hakkına tecavüz niteliği taşımayacağı bu karar tahtında hüküm altına alınmaktadır. Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1204.

³⁸⁰ Pekdiñer, s. 184.

açmadan önce marka hakkı sahibine, girişimin niteliği hakkında bilgi vermek ve girişimin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığı konusunda görüşünü almaktır. Bu önkoşul, menfi tespit davasının dinlenme şartı mahiyetindedir³⁸¹. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır³⁸². Maddeye göre; 1. fıkrada “menfaati olan herkes” olarak tanımlanan kişiler, davanın açılmasından önce, kendisinin Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınaî faaliyeti sonucu üretilen ürünlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, marka sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep eder. Bu talebin marka sahibine tebliğinden itibaren bir ay içinde marka sahibinin cevap vermemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi tecavüzün olmadığını tespit talebiyle dava açabilir. Bu cevabın da noter kanalıyla iletilmesinin gerekli olup olmadığı maddede açıklanmamıştır. Tekinalp, bu şart gerçekleştirilmeden açılan menfi tespit davalarında, mahkemenin şartın tamamlanması için süre vermesinin işin niteliğiyle bağdaşmayacağı yönünde fikir beyan etmiştir³⁸³. Kaya ise; dava öncesinde gerçekleşmemiş olan dinlenme şartının yargılama sırasında gerçekleşmesi halinde, şartın yokluğundan davanın reddedilmeyip tamamlanmış olması nedeniyle davaya devam edilmesi gerektiğini ifade etmiştir³⁸⁴.

Doktrinde Arkan, 74. maddenin 2. fıkrasında yer alan, “*üretilen ürünlerde kullanacağı markanın*” ifadesinden yola çıkarak, hükmün bu haliyle sadece ticaret markaları bakımından kullanılabileceği, hizmet markalarıyla ilgili olarak bu davanın açılmayacağı görüşündedir. Kanun koyucunun esasen bu sonucu amaçlamadığını da belirten yazar, m. 74/2'nin hizmet markalarından bahsedecek şekilde değiştirilmesi

³⁸¹ Tekinalp, s. 476; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 232; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1204; Kaya, s. 282; Pekdinçer, s. 185.

³⁸² “*Davalı vekili, davacının davasının 556 Sayılı KHK'nin 74. maddesi uyarınca açılmasına rağmen maddede öngörülen noter ihtarının müvekkiline gönderilmediğini... savunarak davanın usulden ve esastan reddini istemiştir. Mahkemece davanın reddine dair verilen karar davacı vekilinin temyizi üzerine Dairemiz'in sayılı kararıyla onanmıştır. Davacı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur. Yargıtay ilamında benimsenen gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin HUMK'nun 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteminin reddi gerekir...*” (Karan/Kılıç, s. 566, 567'den naklen Yarg. 11. H.D., T. 15.01.2004, E. 2003/12428, K. 2004/255)

³⁸³ Bkz. Tekinalp, s. 476.

³⁸⁴ Bkz. Kaya, s. 282.

gerektiğini belirtmiştir³⁸⁵. Buna karşın Yasaman ve Kaya, maddedeki ifadenin örnek kabilinden olduğu ve sınırlayıcı bir şekilde yorumlanmaması gerektiğini, “ürün” kavramının mal ve hizmetleri kapsayacak biçimde geniş yorumlanmasının uygun olacağını ifade etmiştir³⁸⁶.

KHK m. 74/6’ya göre menfi tespit davası, hükümsüzlük davasıyla birlikte de ikame edilebilir. Yasaman’a göre böyle bir ihtimalde, 74. maddenin 2. ve 3. firkalarında öngörülen bildirim ve görüş talep etme zorunluluğunun bir anlamı kalmayacaktır³⁸⁷. Dava, marka üzerinde hakkı olan ve bu hakkı marka siciline kaydedilmiş olan kişilere tebliğ edilir. Bu kapsamda, sadece marka sahibine değil, lisans yoluyla marka üzerinde hak kazanmış olanlar ya da marka üzerinde rehin veya intifa hakkı olanlar da davadan haberdar edilecektir. Davanın bu kişilere tebliği H.U.M.K. anlamında davanın ihbarıdır³⁸⁸. Bu ihbarın amacı, hak sahiplerine isterlere davaya müdahale imkânı vermektir³⁸⁹.

Şu hususu da önemle belirtmek gerekir ki, KHK menfaati olan herkesin tecavüzün olmadığıнын tespiti davasını açabileceğini öngörmüş ise de, m. 74/4’e göre bu dava, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz. Karşı dava olarak da ileri sürülemez³⁹⁰. Zira tecavüzün mevcut olup olmadığı tecavüz nedeniyle açılan davada zaten ele alınacağından, bu kişinin menfi tespit davası açmakta menfaati bulunmamaktadır³⁹¹. Bu düzenlemenin altında yatan düşünce, marka hakkına tecavüz davasında, karşı tarafın marka hakkına

³⁸⁵ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 232, dn. 23.

³⁸⁶ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1205; Kaya, s. 281, dn. 92.

³⁸⁷ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1205.

³⁸⁸ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 233; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1205; Pekdinçer, s. 185; Çakmak, s. 2869.

³⁸⁹ Kaya, s. 283; Pekdinçer, s. 185; Meran, s. 235.

³⁹⁰ Meran, s. 235.

³⁹¹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1205; Pekdinçer, s. 184.

tecavüz olmadığını savunma olarak ileri sürebilme imkânı olması dolayısıyla, gereksiz davalara sebebiyet vermemektir³⁹².

2.2. DELİLLERİN TESPİTİ (KHK m. 75)

MarKHK'nın ilk metninde 75. maddenin başlığı “Delillerin Tespiti Davası” olarak yer almaktaydı. Madde metni ise, “*Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir*” şeklinde düzenlenmişti. Bu düzenleme tarzı, maddeyle getirilen müessesenin H.U.M.K. m. 368 ve devamı maddelerinde düzenlenen “delillerin tespiti” müessesesi mi, yoksa yeni ve ayrı bir tespit davası türü mü olduğu konusunda tartışmalara neden olmaktaydı³⁹³. Doktrindeki hâkim görüş, 75. maddeyle getirilen müessesenin yeni bir tespit davası olduğu yönüyle³⁹⁴ bazı yazarlar bunun H.U.M.K. 368 v.d. maddelerinde yer alan, delillerin yok olması tehlikesine karşı güvence altına alınması amacına yönelik müessese olduğunu savunmuşlardır.³⁹⁵ Yargıtay ise, hâkim görüşe paralel olarak, bu madde uyarınca açılacak olan davanın H.U.M.K. 368 v.d. maddelerinde sayılan delillerin tespiti talebi olmadığını, kanun tarafından ihdas edilmiş özel bir tespit davası türü olduğunu kabul etmekteydi³⁹⁶.

³⁹² Kaya, s. 282, dn. 94.

³⁹³ Bilindiği gibi; delillerin tespiti müessesesi, esas olarak H.U.M.K.'un 368–374. maddeleri arasında düzenlenmekte olup, bu hukuki mekanizmanın niteliği bir “dava” değildir. Bu, belli şartların varlığı halinde yetkili mahkemeye yöneltilebilen bir “talep”tir. Oysa 75. maddenin kenar başlığında eskiden yer alan “Delillerin Tespiti Davası” ifadesinin bir dava olduğu kabul edilirse, Türk Hukuku'na yeni bir tespit davası türünün girdiği kabul edilecektir. Dolayısıyla, bu dava sonunda mahkemece karara bağlanan delillerin başka mahkemede yargılama konusu yapılamaması, mahkemenin verdiği kararın temyizinin de mümkün olması gerekecektir.

³⁹⁴ Bkz. Tekinalp, s. 461; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 232; Kaya, s. 277 v.d.; Meran, s. 235; Oytaç, s. 334; Camcı, s. 146; Pekdinçer, s. 184.

³⁹⁵ Bkz. Dirikkan, s. 302, 303.

³⁹⁶ “...556 sayılı KHK ile yapılan düzenleme, TTK 58/a ve 5846 sayılı Yasanın 15/111 maddesine paralel türde yapılmış bir tespit davasıdır. Böylece kanun koyucu tarafından eda davası açılabileceği halde sadece tespit davası açma olanağı açıkça tanınmıştır. Somut olaya baktığımızda; davacının açtığı dava HUMK 368 v.d. maddelerinde sayılan delillerin tespiti isteği olmayıp kanun tarafından ihdas edilmiş bir tespit davasıdır...” (Karan/Kılıç, s. 568-570'den naklen Yarg. 11. H.D. , T. 30.01.1997, E. 1996/8836, K. 1997/424)

Ancak 26.06.2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5194 sayılı “Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un 18. maddesiyle 75. maddenin kenar başlığı “Delillerin Tespiti” olarak değiştirilmiş, “dava” kelimesi madde kenar başlığından çıkarılmıştır. Ayrıca 78. maddedeki “tespit davaları” ifadesi de “tespit talepleri” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik, maddenin H.U.M.K. m. 368–374. maddeleri arasında düzenlenmekte olan delillerin tespiti müessesesinin bir tekrarı olduğu yönündeki görüş doğrultusunda yapılmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeyle doktrindeki mevcut tartışma ortadan kaldırılmış bulunmaktadır³⁹⁷.

Söz konusu değişiklik doktrinde eleştirilmiş, kanun koyucunun bu değişikliklerle ulaşmak istediği amacın anlaşılacağı yorumları yapılmıştır. Karan/Kılıç, Madde başlığının önceki haline göre delillerin kesin hükümle tespit edilmesi halinde, marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin hukuki konumunun mütecavize karşı güçlendiğini ve sorunun hukuk ve ceza davası açılmadan uzlaşma ile çözümlenmesine imkân sağladığını, değişikliklerle bu durumun ortadan kaldırıldığını ifade etmiştir³⁹⁸. Kaya da aynı doğrultuda görüş beyan etmiş, tespit talebi hükümlerinin H.U.M.K.’da zaten düzenlenmekte olduğunu, madde başlığının yeni halinin bir tekrardan öteye gitmediğini vurgulamıştır³⁹⁹.

³⁹⁷ 26.04.2004 tarihli Adalet Komisyonu Raporu’nda bu değişikliklerle ilgili şu ifadeler yer verilmiştir: “ Kanun Hükmünde Kararnamelerin madde başlıklarında yer alan “Delillerin Tespiti Davası” ibaresi uygulamada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 368 ve devamı maddelerinde düzenlenen “Delillerin Tespiti”ne dair hükümleri neredeyse uygulanmaz hale getirmektedir. Haklarının ihlal edildiğini ve acil olarak durumun mahkemece belirlenerek tedbir alınmasını isteyen hak sahiplerinin başvurması hallerinde işin dava olarak nitelendirilmesi nedeniyle esasa kaydedilmesi hallerinde Kanun Hükmünde Kararnamelerle elde edilmek istenen amaç hâsıl olmamaktadır. Bu nedenle anılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin “Delillerin Tespiti Davası” olan madde başlıklarını “Delillerin Tespiti”, madde metinlerinde yer alan “tespit davaları” ibarelerini “tespit talepleri” şeklinde değiştirmek amacıyla tasarıya çerçeve 18. madde ilave edilmiştir.” (Noyan s. 403’ten naklen.)

³⁹⁸ Bkz, Karan/Kılıç, s. 567, 568.

³⁹⁹ Bkz. Kaya, s. 278.

3. EDA DAVALARI

3.1. TECAVÜZÜN DURDURULMASI (MEN) DAVASI [KHK m. 62/(a)]

Marka KHK'nın 62. maddesinin (a) bendinde; “*marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması*” ifadeleriyle yer bulan bu dava ile 61. maddede sayılan tecavüz hallerinden biri veya birkaçı ile tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi, mahkemeden marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını talep edebilecektir.

Madde metninde her ne kadar sadece durdurmadan bahsediliyor ve men kelimesi yer almıyorsa da, bu dava sadece marka hakkına tecavüzün fiilen başlamış olduğu durumlarda değil, tecavüz fiili/fiilleri henüz başlamamış olmakla birlikte tecavüz tehlikesinin mevcut bulunduğu durumlarda da açılabilen bir eda davasıdır⁴⁰⁰. 554 sayılı End.TasKHK, m. 49/1 (b); 555 sayılı Coğ.İş.KHK m. 25/1 (b) hükümleri ve T.T.K.'nın haksız rekabete ilişkin önleme davasını düzenleyen 58. maddesi, tecavüz tehlikesinin varlığı halinde birer önleme davası öngörmüş bulunmaktadır. Bu tür bir düzenleme 556 sayılı MarKHK'da mevcut değildir. KHK'daki bu boşluğun bilinçli bir tercih olduğu düşünülmemelidir. Bu sebeple önleme davalarını bu madde kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira marka sahibinin, tecavüz tehlikesinin bulunduğu durumlarda; dava açmak için bu fiilin ve zararın gerçekleşmesini beklemek zorunda olduğunu kabul etmek, marka korumasının amacıyla bağdaşmamaktadır⁴⁰¹. KHK'nın 61/(a) maddesinin yaptığı yollama ile m. 9/1 (b) hükmünde, “*bağlantılı olduğu ihtimali de dâhil karıştırma ihtimali*”nin tecavüz hallerinden sayılması, bu davanın tecavüz tehlikesinin bulunduğu hallerde de açılabileceğini doğrulamaktadır. Yani tecavüzün durdurulması davası, önleme davasını kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır⁴⁰². Tecavüz tehlikesinden anlaşılması gereken, asıl fiilin gerçekleşmesi veya tekrarlanması emarelerinin güçlü biçimde varlığı halidir⁴⁰³. Tecavüz tehlikesi, henüz hiç başlamamış fiil öncesinde

⁴⁰⁰ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Tekinalp, s. 461; Poroy/Yasaman ve diğerleri, s. 456.

⁴⁰¹ Dirikkan, s. 304.

⁴⁰² Bkz. Tekinalp, s. 461; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Kaya, s. 283, 284; Karan/Kılıç, s. 493; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1121; Meran, s. 235; Noyan, s. 398; Dirikkan, s. 304; Oytaç, s. 300.

⁴⁰³ “*serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içinde kullanılmakta olduğunu veya bu konuda yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının davacı tarafından kanıtlanabilmesi halinde bu durum Türkiye'de tescilli aynı markaya karşı tecavüz eylemi içinde*

olabileceği gibi, gerçekleşmiş bir tecavüz fiilinin tekrarlanması ya da uzantısı olarak da gündeme gelebilir⁴⁰⁴.

Marka hakkına tecavüz veya tecavüz tehlikesine binaen men davası açılması halinde, failin kusuru veya bir zararın meydana gelmiş olması aranmayacaktır⁴⁰⁵. Kusur sadece tazminat davaları bakımından önem taşır. Ancak burada, MarKHK m. 61/(c) hükmünü tekrar hatırlamakta yarar vardır. Daha önce de açıklandığı gibi⁴⁰⁶; KHK'nın 61/(c) maddesi tecavüz durumlarında kusurun aranmaması genel kuralına bir istisna teşkil etmektedir. Maddedeki "bilme veya bilebilecek durumda olma" şartı yüzünden, markanın taklit olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişinin söz konusu fiilleri işlemesi tecavüz oluşturmayacaktır. Bu durumda 61/(c) maddesinde sayılan tecavüz fiillerinden birini işleyen faile, kusursuz olması durumunda men davası açılmayacaktır. Doktrindeki hâkim fikre göre 61/(e) hükmü için de kusur aranmaktadır.

Tecavüzün durdurulması davası bakımından, tecavüz veya tecavüz tehlikesinin devam ettiği sürece bu davanın açılabilmesi, herhangi bir zamanaşımının gerçekleşmeyeceği de belirtilmelidir⁴⁰⁷. Elbette ki tecavüz sona ermişse tecavüzün durdurulması davası açılmayacaktır. Ancak doktrinde, tecavüz ortadan kalkmakla birlikte etkilerinin devam ettiği ve bu etkilerin bertarafının mütecavizin elinde olduğu durumlarda da tecavüzün durdurulması davasının açılabilmesi görüşü hâkimdir⁴⁰⁸. Bu durumda eğer şartları varsa daha sonra incelenecek olan tecavüzün ref'i (giderilmesi) davası da ikame edilebilecektir.

olduğu kabul edilebilecektir." (Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası, Versiyon No: 2.0'den naklen Yarg. 11. H.D., T. 23.09.1999, E. 1999/4928, K. 1999/7026)

⁴⁰⁴ Kaya, s. 283.

⁴⁰⁵ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1121; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Kaya, s. 284; Karan/Kılıç, s. 493; Pekdiğer, s. 186; Noyan, s. 398.

⁴⁰⁶ Bkz. II. Bölüm, 1. ve 2.3.

⁴⁰⁷ Tekinalp, s. 461; Meran, s. 236.

⁴⁰⁸ Bkz. Tekinalp, s. 462; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Dirikkan, s. 304; Pekdiğer, s. 186.

Markaya tecavüz teşkil eden işaretin bir başkası tarafından ticaret unvanında kullanılması sebebiyle m. 62/(a)'da yer alan men davasının açılması durumunda, iki mutlak hak karşı karşıya gelmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, marka hakkı sahibinin, bu dava yoluyla ticaret unvanının kullanılmasını durdurabileceği yönünde görüş bildirmektedir⁴⁰⁹. Ancak Yargıtay, birçok kararında tecavüzün meni davasının yanında unvanın ticaret sicilinden terkininin de talep edilmesi gerektiğini aramaktadır⁴¹⁰.

Marka hakkına tecavüzün önlenmesi davası sonucunda dava kabul edildiği takdirde; mahkeme davalının dava konusu markaya 61. maddede hüküm altına alınan fiillerden biriyle, yani somut olayda mevcut olan fiille tecavüz etmemesine karar verir. Bu anlamda örneğin, dava konusu markayı kullanmamasına, markayı taşıyan emtiayı bu marka ile satmamasına veya hizmeti bu marka altında sunmamasına, markayı taşıyan mal veya hizmeti ülkeye sokmamasına veya ülkeden çıkarmamasına hükmeder. Verilen hükmün iki ayrı boyutu vardır. Birincisi; davacının dava konusu markanın gerçek sahibi olduğunun ve davalının da bu markayı haksız olarak

⁴⁰⁹ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1121, 1122.

⁴¹⁰ “ Davacı vekili, davalının, müvekkilinin... 1988 yılında marka olarak tescil ettirdiği “Uludağ Kebapçısı” ve “Uludağ Et Lokantası” ibareleriyle iltibas yaratacak şekilde işyeri unvanında “Uludağ Kebap Pide Salonu” ibaresini kullandığını ileri sürerek, markaya tecavüzün tespit, men’ine... karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, müvekkilinin 17 yıldan beri “Uludağ Kebap ve Pide Salonu İşletmeciliği Ahmet Çerkezoğlu” ibaresini ticaret unvanı olarak Kastamonu’da kullandığını, marka ve ticaret unvanının ayrı kavramlar olduğunu... savunarak davanın reddini talep etmiştir. Hukuken var olan bir hakkın fiilen kullanılmasını istenemez. Davacının davalı unvanında yer alan Uludağ Kebap ibaresinin unvandan terkinini istemeden tazminat hakkı doğmaz. Dava dilekçesinin sonuç bölümünde bu ibarenin davalı unvanından TTK’nun 54. madde hükmü çerçevesinde terkinini istenmediğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekirken... yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.” (Karan/Kılıç, s. 471 v.d.’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 22.03.2004, E. 2003/8486, K. 2004/2848)

“ Davacılar vekili, müvekkillerinin tescilli “ÇERÇİ YUSUF” markasının davalı tarafından haksız olarak ticaret unvanında kullanıldığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüzün önlenmesini ve maddi ve manevi tazminat verilmesini talep etmiştir. Davalının unvanı 03.08.1999 tarihli ticaret sicil tasdiknamesi ve 09.08.1999 tarihli oda sicil kayıt suretinden anlaşılacağı üzere Ticaret Siciline tescilli bulunmaktadır. 19.11.1999 tarihinde “ÇERÇİ YUSUF” markasını adına tescil ettiren davacılar, davalının ticaret sicilinde tescilli ticaret unvanının tescilini istememiş, sadece fiili durumun ortadan kaldırılmasını istemiştir. Hukuken var olan bir hakkın fiilen kullanılmasını engellenemez. Marka hakkına tecavüzde bulunulduğunu iddia eden davacıların, davalının unvanındaki “ÖZ ÇERÇİ YUSUF” kelimesinin ticaret sicilinden terkinini istemeden fiili durumun ortadan kaldırılmasını isteyemeyeceklerdir...” Noyan, s. 466, 467’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 12.01.2004, E. 2003/5347, K. 2004/39)

kullandığının, yani tecavüzün tespiti boyutudur. İkincisi ise, davalının tecavüzünü durdurması veya muhtemel tecavüzünü men hususunda emir boyutudur⁴¹¹.

3.2. **TECAVÜZÜN GİDERİLMESİ (REF'İ) DAVASI [KHK m. 62/(b)]**

MarKHK m. 62/(b) 'de düzenlenen bu dava türü, tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın sonuçlarının ortadan kaldırılmasını, diğer bir ifadeyle ref'ini, durumun eski hale iadesini konu alan bir dava türüdür⁴¹². Dolayısıyla söz konusu davanın açılabilmesi için tecavüzün birtakım sonuçlarının doğmuş olması gerekmektedir. Örneğin, taklit markayı taşıyan ürünün üretilmiş olması, halen piyasada olması, sergide teşhir edilmeye başlanmış veya fuara kabul edilmiş olması gibi⁴¹³.

MarKHK m. 62/(b), tecavüzün giderilmesinden bahsetmişse de, bu kapsamda marka hakkı sahibinin talep edebileceği hukuki vasıtaları saymamıştır. Ref davasında marka hakkı sahibinin talep haklarının bazıları 62. maddenin (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde sayılmıştır⁴¹⁴. Bu bentlerde düzenlenen talepler, hukuka aykırılığın sonuçlarının, tecavüzün son bulmasına karşın, gelecekte devam etmemesini veya tekrarlanmamasını sağlama amacına yöneliktir⁴¹⁵. Arkan; 62. maddenin kendi içinde tecavüzün giderilmesi taleplerini içerdiğinden yola çıkarak, 62/(b) bendinde tecavüzün giderilmesi ibaresinin yer almasının isabetli olmadığı görüşünü dile getirmiştir⁴¹⁶. Yasaman ise, haklı olarak, KHK m. 62/(b)'de öngörülen tecavüzün giderilmesi talebinin, aynı maddenin (c)-(f) bentlerinde yer alan, tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması ve tecavüzün gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılmış eşyanın, tecavüzün tekrarını önlemek amacıyla mütecavizin mülkiyetinden çıkartılması taleplerinden daha geniş bir etki alanına sahip olduğu

⁴¹¹ Cengiz, s. 136.

⁴¹² Tekinalp, s. 462; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1123; Poroy/Yasaman, s. 456; Karan/Kılıç, s. 493; Kaya, s. 285; Dirikkan, s. 306; Meran, s. 239.

⁴¹³ Tekinalp, s. 462; Kaya, s. 285.

⁴¹⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Tekinalp, s. 462; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1123; Dirikkan, s. 306; Poroy/Yasaman, s. 456.

⁴¹⁵ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1123.

⁴¹⁶ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 240.

görüşündedir. Yazara göre, KHK'nın 62/(c)-(f) hükümlerinde öngörülen taleplerin, markalara marka ile tecavüz edilmesi sonucunda ortaya çıkmış somut sonuçları yok etmeyi amaçladıkları son derece açıktır. Ancak kimi hallerde tecavüz fiili, marka sahibini, haksız olarak kullanılan markayı taşıyan ve bu nedenle imha edilmesi gereken ürünlerle karşı karşıya bırakmaz. Tescilli markanın bir üçüncü kişi tarafından, KHK m. 61'in yollamasıyla 9. maddeye aykırı olarak ticaret unvanında veya işletme adında kullanması durumunda olduğu gibi. O halde, geniş anlamda ve KHK'nın 62/(b) hükmü bakımından tecavüzün giderilmesi talebi, bir ticaret unvanının⁴¹⁷, bir işletme adının veya internet alan adının⁴¹⁸ terkin taleplerini de kapsayacaktır. Yani giderme talepleri MarKHK m. 62/(c)-(f) bentlerinde öngörülmüş olanlarla sınırlı değildir. Tecavüzün giderilmesi ile ortadan kaldırılmasına ilişkin sonuçlar her somut olaya göre değişebilir. Zira her bir tecavüz olayı, hukuki çerçevesi belirli olsa da çok çeşitli şekillerde gerçekleşebilir⁴¹⁹. Bu açıklamalar doğrultusunda m. 62/ (c)-(f) bentleri göz önünde alındığında, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi:

⁴¹⁷ "...Davacı vekili, müvekkilinin... "EGE SERAMİK" sözcüğünü hem ticaret unvanı hem de marka olarak tescil ettirdiğini, davalının müvekkilinin tanınmışlığından ve itibarından yararlanmak üzere "EGE-SER" sözcüğünü hem ticaret unvanı hem de marka olarak tescil ettirerek seramik yapıstırcısı üretip piyasaya arz ettiğini, davalının bu eyleminin ticaret unvanı ve markaya tecavüz oluşturduğunu ileri sürerek, davalının haksız rekabetinin önlenmesi ile "EGE-SER" sözcüğünün davalının ticaret unvan ve markasından terkinini... maddi durumun ortadan kaldırılmasını talep ve dava etmiştir... Mahkemece... davalının "EGE-SER" markasının terkinini ile, "EGE-SER" sözcüğünün davalının ticaret unvanından terkinine, anılan sözcüğün marka ve unvan olarak kullanmasının önlenmesine... karar verilmiştir... davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına... karar verildi." (Karan/Kılıç, s. 506, 507'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 04.03.2004, E. 2003/7745, K. 2004/2120)

⁴¹⁸ "... davacının "Kentbank" hizmet markasını ... tarihinde tescil ettirmiş olduğu, davalının internet ortamında "Kentbank Kentlilerin Bilgi Bankası" adı ile kamuoyu oluşturduğu ve sayfanın yöneticisinin davalı Osman Genç olduğunun saptandığı, davalının bu eyleminin haksız rekabet yarattığının açık olduğu, davalı yan hiçbir ticari amaç taşımadığını, İstanbul'da yaşayan ve internet bağlantısı kurabilen insanların kent yaşamı ile ilgili konularda bilgi edinilmesi amacı ile yapılan faaliyetin söz konusu olduğunu savunmuşlarsa da, davalının faaliyetlerini başka bir isim altında sürdürmesi mümkün olduğundan savunmanın dikkate alınmadığını, davalının Bankalar Kanunu'na tabi olmadığı halde banka sözcüğünü kullanmasının Bankalar Kanunu'na aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne... karar verilmiştir. Kararı davalı Osman Genç vekili temyiz etmiştir... mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı Osman Genç vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar verilmiştir." (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1145, 1146'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 01.11.1999, E. 1999/6674, K. 1999/8598)

⁴¹⁹ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1123-1125.

- a- Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulmasını (m. 62/ (c)),
- b- (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını (m. 62/(d)),
- c- Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınmasını, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesini veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhasını (m. 62/(e)),
- d- Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını (m. 62/(f))

talep edebilecektir. Her bir talep hakkının kendine has özellikleri dolayısıyla bunları ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.

3.2.1. Üretilmesi Veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya İle Bu Eşyayı Üretmeye Yarayan Araçlara El Konulması [KHK m. 62/ (c)]

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. Görüldüğü gibi, bent metninde “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren” ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla marka hakkı sahibinin m. 62/(c) kapsamında el koyma talep edebilmesi için, el konulacak olan eşyanın marka hakkına tecavüz dolayısıyla, üretilmesinin veya kullanılmasının cezayı gerektirmesi şarttır. Bilindiği gibi, 5194 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle 22.06.2004 tarihinde MarKHK’ya eklenen 61/A maddesi, bu KHK kapsamında uygulanacak cezayı gerektiren fiilleri ve bu fiiller neticesinde hükmolunacak cezaları öngörmüş bulunmaktadır. Bu bağlamda; marka hakkı sahibinin bu bent kapsamında el koyma talep edebilmesi için, tecavüzün MarKHK

m. 61/A kapsamına giren bir fiil olması gerekmektedir⁴²⁰. Üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşyayı üretmeye yarayan araçlar da el koyma talebinin konusu olabilirler. Böylece bu bent ile haksız olarak kullanılan markayı taşıyan mallarla bu malların üretilmesine yarayan araçlara el konulmak suretiyle tecavüze konu olan malların ticaret alanı dışına çıkarılma sağlanacak⁴²¹, bu yolla tecavüz giderilmiş olacaktır. El koyma; malın devlet tarafından zaptı, yani malın devletin fiili hâkimiyeti ve kontrolüne sokulmasıdır⁴²².

KHK m. 62/(c)'ye göre “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya”nın nelerden ibaret olduğu m. 61/A'nın (a), (b) ve (c) bentlerinde gösterilmiştir⁴²³. KHK m. 61/A (a) bendine göre , “...marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş, marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar...”ın bu fiillerine konu olan eşyalar “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya” olarak nitelenebilecektir. KHK m. 61/A (b) maddesi anlamında “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya” ise, “marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında; kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına, hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyan veya bu amaçla yazılı ve görsel basındaki ilan ve reklâmlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar”ın fiillerine konu eşyalardır. KHK m. 61/A (c) ise “61 inci maddede yazılı fiiller” suç sayılmıştır. Dolayısıyla marka hakkına tecavüz durumlarını düzenleyen ve bu çalışmanın II. Bölüm’ünde ayrıntılarıyla incelenmeye çalışılmış olan 61. madde’de yer alan fiillerin üzerinde işlendiği her türlü eşya da “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya” kavramının içine dâhil olmaktadır.

⁴²⁰ Tekinalp, s. 473, Karan/Kılıç, s. 495; Meran, s. 249, 250.

⁴²¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Meran, s. 249; Pekdiñer, s. 192; Erdem, s. 82.

⁴²² Karan/Kılıç, s. 495.

⁴²³ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234; Tekinalp, s. 473; Meran, 250; Karan/Kılıç, s. 495.

Tekinalp “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya” kavramını ele alırken, 61/A maddesinde öngörülen fiillerin tümünü bu kapsama dâhil etmekte, böylece, örneğin maddede geçen “kimlik bildirimini doğru olmaması” veya “kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterme” gibi fiillerin de el koyma hükmünün sınırları içine dâhil etmektedir⁴²⁴.

Yasaman ise, Tekinalp’in görüşüne katılmadığını belirterek, “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya” kavramına, 61/A maddesinin yalnızca (c) bendinde öngörülen hallerin, yani bendin yollaması nedeniyle 61. maddedeki tecavüz hallerinin, dâhil olduğunu, (a) ve (b) benlerinin dâhil olmadığını ifade etmiştir⁴²⁵.

KHK m. 62/(c)’ye göre netice olarak el koymaya konu olacak olan, “eşya”dır. 61/A maddesinde yer alan tüm fiillerin, örneğin “kimlik bildirimini doğru olmaması” veya “kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterme” gibi fiillerin eşya ile ilgisi olmadığı ortadadır. Bu sebeple kanaatimizce; 61/A maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan hükümlerden sadece “eşya”yı konu alan düzenlemelerinin 62/(c) anlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, 61/A maddesinin yalnızca (c) bendi değil, (a) ve (b) bentleri de “eşya”ya ilişkin hükümler içermektedir. 62/(c) maddesinde yer alan “üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya” kavramını, 61/A maddesinin (a), (b) ve (c) bentlerinin “eşya”ya ilişkin hükümlerini kapsayacak şekilde değerlendirmek uygun olacaktır.

KHK m. 62/(c) uyarınca, sadece üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya değil, bu eşyayı üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulabilmektedir. Bu hükümden yola çıkarak, özellikle taklit markanın basılması amacıyla hazırlanmış olan damga, kalıp ve klişelere el konulabileceği açıktır. Ancak taklit markalı ürünlerin yanında, başka malların üretiminde de kullanılan, çok amaçlı araç ve makinelere KHK m. 62/(c) gereğince el konulabilmesi için güçlü gerekçelerin varlığı aranmalıdır^{426 427}. Bent kapsamına, sadece doğrudan doğruya,

⁴²⁴ Bkz. Tekinalp, s. 473.

⁴²⁵ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1135, 1136.

⁴²⁶ Karan/Kılıç, s. 496.

münhasıran tecavüzü oluşturan üretimde kullanılan araç ve gereçler girmektedir⁴²⁸. Yani sadece tecavüze konu malların, etiketlerin, iş evrakının, ambalajların üretimi için özel olarak kurulmuş makine ve cihazlara el konulabilir. Ancak, örneğin bir baskı makinesi münhasıran taklit markalı malların üretimi için kullanılmışsa, bu makineye el konulmasına, bunun, gelecekte başka malların üretimi için de kullanılabilecek olmasına dayanılarak karşı çıkılmamalıdır⁴²⁹.

Bendin cezai hükümlere yapmış olduğu bu dolaylı yollama sebebiyle, kusur doğal şarttır⁴³⁰. Görüldüğü gibi; MarKHK m. 61/A sadece 61. maddede yazılı fiillerden birinin işlenmesi, yani tecavüz hallerinde değil, koruma işaretinin kaldırılması, tasarruf yetkisi bulunmadan bazı işlemler yapılması gibi “eşya”yı konu alan başka durumlarda da uygulanır.

Bentte her ne kadar kullanılması ve üretilmesi cezayı gerektiren eşyadan bahsediliyor ise de, el koyma kararı verilebilmesi için ortada MarKHK m. 61/A’ya dayanılarak alınmış bir ceza mahkemesi kararının bulunmasına gerek yoktur. Çünkü hükümde bu yönde bir şart aranmamıştır. Maddede “cezalandırılması halinde” denmemiş, “cezayı gerektiren” ifadesi kullanılmıştır⁴³¹. Ancak burada bir ayırım yapmak gereklidir. Hukuk mahkemesi; tecavüzün bulunduğu hallerde, yani 61. maddede yer alan fiillerden birinin varlığı halinde, bir tecavüzün var olup olmadığına

⁴²⁷ “...Mahkemece... davalının üretim araçlarının toplatılmasının faaliyetine son vermeye yol açacağından davanın özünü ile bağdaşmayan davacının bu yöndeki talebinin reddine... karar verilmiştir...” (Noyan, s. 483, 484’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 04.10.2001, E. 2001/5462, K. 2001/7409)

⁴²⁸ “...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 verildi.” (Karan/Kılıç, s. 499, 500’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 13.02.2001, E. 2001/10189, K. 2001/1173)

⁴²⁹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 236.

⁴³⁰ Tekinalp, s. 473; Fakat Karan/Kılıç, aksi yönde görüş belirterek el koyma kararı için 61. maddedeki (c) bendindeki hal müstesna mütecavizin kusurlu olmasının aranmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Karan/Kılıç, s. 495.

⁴³¹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1136; Karan/Kılıç, s. 495; Tekinalp, s. 473; Meran, s. 250.

karar verecektir. Bu noktada olumlu sonuca varmışsa el koyma talebini de olumlu cevaplayacaktır. Bu konuda bir ceza yargılaması yapılıyor ya da yapılmış olmasını aramayacaktır. Oysa m. 61/A'da öngörülen diğer hallerde, yani m. 61/A'nın (a) ve (b) bentlerinde öngörülen fiillerin varlığı halinde, hukuk mahkemesi doğal olarak bir ceza mahkemesi kararının varlığını arayacak ve ceza davası varsa onun sonucunu bekleyecektir. Çünkü söz konusu (a) ve (b) bentlerinde marka hakkına tecavüz değil doğrudan cezai eylemler söz konusudur⁴³².

Tescilli markanın aynısı veya benzeri bir mal üzerine basılmayıp, onun ambalajı veya işletmenin kırtasiyesi, iş evrakı üzerine konulmuş, reklâmlarında kullanılmış olsa dahi, mala ve diğer malzemelere el konulabilir⁴³³. Bende konu mallar mütecaviz tarafından üçüncü bir kişi nezdinde depolanmışsa, bu mallara da el konulabilir⁴³⁴. Ancak şu hususu vurgulamak gerekir ki, bende konu malları kendi kişisel ihtiyacı için elinde bulunduran tüketiciye yönelik olarak el koyma kararı verilemez⁴³⁵.

3.2.2. El Konulan Eşya Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi [KHK m. 62/(d)]

MarKHK m. 62/(d)'ye göre marka hakkı sahibi, tecavüzün giderilmesi davası kapsamında (c) bendi uyarınca el konulan ürünler⁴³⁶ üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını da talep edebilir⁴³⁷. Bu talep, işaretin malların değil de ambalajın üzerine konulması veya teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklâmlarında kullanılması

⁴³² Tekinalp, s. 473; Meran, s. 250.

⁴³³ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 235; Tekinalp, s. 473; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1136; Karan/Kılıç, s. 495; Pekdiğer, s. 193.

⁴³⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 235, dn. 30; Pekdiğer, s. 193.

⁴³⁵ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 235; Pekdiğer, s. 193; Meran, s. 250.

⁴³⁶ Arkan, el koymayı düzenleyen 62/(c) bendinde eşya terimi kullanılmışken (d) bendinde "ürün"den söz edildiğini, "ürün" tabirinin ise MarKHK'da tanımlanmadığını belirtmiştir. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 236, dn. 32.

⁴³⁷ Arkan; 62. maddenin (e) bendinde "tecavüzün devamını önlemek için gerekli tedbirlerin alınması" ifadeleriyle düzenlenen hükmün, mülkiyetin marka sahibine devrini de kapsayacağını ifade ederek, (d) bendine hiç yer verilmeyip bu hususun (e) bendi içinde hükme bağlanmasının daha uygun olacağı şeklinde görüş bildirmiştir. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 237.

halinde de yapılabilir, yeter ki kusur var olsun⁴³⁸. Ancak bu talepte bulunulabilmesi için; el konulan ürünler, üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasına elverişli olmalıdır. Örneğin ürünler mütecaviz tarafından nihai tüketiciye satılmışsa artık bu talep ileri sürülemeyecektir⁴³⁹.

Hükümde yer alan “ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması” ifadesi başarısız olup tereddütlere yol açmaktadır. Bu ifade ile ürünlerin mülkiyetinin marka hakkı sahibine devredilmesi kastedilmiştir⁴⁴⁰. Mahkemenin vereceği mülkiyetin devri kararı ile marka hakkı sahibi mal üzerindeki mülkiyetini her türlü sınırlamadan arî olarak aslen iktisap eder. Tescilli markanın aynısının veya benzerinin bir mal üzerine basılmayıp, onun ambalajı veya işletmenin kırtasiyesi üzerine konulmuş, reklâmlarında kullanılmış olsa dahi, malın mülkiyeti marka hakkı sahibine devredilebilir⁴⁴¹. Ancak madde metninde sadece el konulan “ürün”ler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasından söz edildiğine göre⁴⁴², eşyayı üretmeye yarayan araç ve makineler bu hükmün kapsamına girmez⁴⁴³.

Tekinalp, bendin ifadesinden, hükmün uygulanması için önceden (c) bendine göre talepte bulunulmuş olması gerektiği yönünde bir anlam çıktığını, yani (c) bendinin (d) bendine göre talepte bulunmak için ön şart gibi gözüktüğünü, oysa her iki talebin aynı ayda yapılabileceğini ifade etmektedir⁴⁴⁴. Karan/Kılıç ise, (d) bendinde düzenlenen talebin, mallara el konulduktan sonra veya el koyma talebiyle birlikte yapılabileceği görüşündedir⁴⁴⁵. Yasaman’a göre ise marka sahibinin her iki

⁴³⁸ Tekinalp, s. 474.

⁴³⁹ Pekdiğer, s. 194.

⁴⁴⁰ Tekinalp, s. 474.

⁴⁴¹ Karan/Kılıç, s. 496; Meran, s. 251.

⁴⁴² 551 sayılı Patent.KHK’nın mülkiyetin devrini düzenleyen 137/1 (d) maddesinde, sadece ürünler üzerinde değil ürünlerin üretilmesine yarayan araçların üzerinde de mülkiyet hakkı tanınmasından söz edilmektedir.

⁴⁴³ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 236; Erdem, s. 83; Pekdiğer, s. 194.

⁴⁴⁴ Bkz. Tekinalp, s. 474.

⁴⁴⁵ Bkz. Karan/Kılıç, s. 496.

talebi aynı anda yapması zaten zaruridir. Zira hükme göre mülkiyeti davacıya devredilecek olan ürünler “(c) bendine göre el konulan ürünler”dir. Davalının söz konusu ürünler üzerindeki mülkiyeti de, (c) bendine göre yapılan el koyma işlemi ile sona erecektir. Bu itibarla (c) bendine göre el koyma talebinde bulunmadan (d) bendine göre mülkiyetin devri talep edilemeyecektir⁴⁴⁶. Kanaatimizce, bu son görüş uygulama bakımından daha tutarlıdır. Mülkiyetin devri talep edilecekse el koyma talebiyle birlikte yapılması zorunlu olmalı, el koyma talebinden sonra mülkiyetin devrini talep etmek ise mümkün olmamalıdır. Çünkü el koyma talebi esasen giderme davasında ileri sürülebilecek taleplerden biridir. Mülkiyetin devri talebinin el koyma talebinden sonra da ileri sürülebileceği kabul edilirse, el koymanın tek başına talep edildiği giderme davası sonuçlanıp el koyma kararı verildikten sonra, mülkiyetin devri talebi için yeni bir dava açılmasının gerekip gerekmeyeceği sorusu gündeme gelecektir. Hem usul ekonomisi bakımından hem de hâkimin son taleple bağlılığı kuralı bakımından mülkiyetin devri talebinin el koyma talebiyle birlikte yapılabilmesi gerekir.

Mahkeme re’sen marka hakkı sahibine tecavüz edenin ürünleri üzerinde mülkiyet hakkı tanıyamaz. Bunun için marka hakkı sahibinin talepte bulunması şarttır⁴⁴⁷. Bu husus da hâkimin taleple bağlılığı kuralının bir gereğidir. Mülkiyetin devri talep edilmeden el koymanın talep edilmesi de mümkün olmalıdır. Zira el koyma talebiyle birlikte şartları varsa m. 62/(e) bendine göre el konulan malların imhası da talep edilebileceğine göre, el koyma talebiyle birlikte mülkiyetin devrini talep etmek şart olmasa gerekir⁴⁴⁸.

Marka hakkı sahibinin talebi üzerine, mahkeme mülkiyetin devri kararı verecek olursa, marka hakkı sahibinin tazminat da talep ettiği durumlarda, ürünlerin

⁴⁴⁶ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1137.

⁴⁴⁷ Pekdinçer, s. 194.

⁴⁴⁸ “...davacı vekili dava dilekçesinde rekabete konu eşyaların davalıda bulunması durumunda el konulmasına karar verilmesini istemiş olup, mahkemeye el konulan malların bedeli mukabilinde davacıya verilmesine karar verilmiştir. Davacının bu yöndeki talebinin hangi kanun hükmüne dayandırıldığına açıklattırılmasından sonra hâsıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde talebin aşularak karar verilmesi de doğru görülmemiştir...” (Meşe Yazılım İhtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası, Versiyon No: 2.0’dan naklen Yarg. 11. H.D., T. 06.10.2003, E. 2003/2585, K. 2003/8782)

değeri takdir edilen tazminattan indirilecektir. Hatta ürünlerin değeri, tazminat miktarından fazla olursa, aşan tutar marka hakkı sahibi tarafından mütecevize ödenir. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, söz konusu indirmeye konu olan maddi tazminattır. Ürünün bedeli manevi tazminattan veya itibar tazminatından indirilemez⁴⁴⁹. Marka sahibinin mülkiyeti devir talebi, onun tazminat hakkına sahip olmasına, zarar görmesine ve m. 61/(c) deki hal müstesna, mütecevizin kusurlu olmasına bağlanmadığından, ortada tazminat şartları olmasa veya tazminat talep edilmese dahi, malın mülkiyetinin devri talebi mümkündür⁴⁵⁰.

Marka hakkı sahibi MarKHK m. 62/(e) uyarınca ürünlerin imhasını da talep hakkına sahip olduğuna göre, ürünün bir kısmının kendisine devrini talep etmeye de hakkı vardır⁴⁵¹.

3.2.3. Marka Hakkına Tecavüzün Devamını Önlemek Üzere Tedbirlerin Alınması, Özellikle Markaların Silinmesi Veya İmhası Talebi [KHK m. 62/(e)]

Markası tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi, mahkemeden tecavüzün önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını, bu kapsamda tecavüze uğrayan markayı taşıyan eşya ve bunları üretmeye yarayan araçlar üzerinden bu markanın silinmesini veya tecavüz ancak ürünler ile araçların imhası ile önlenebilecek ise bunların imha edilmesini talep edebilir. Bu talep söz konusu işaretin malın üstünde bulunmadığı, fakat ambalajlarda veya teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklâmlarda kullanıldığı hallerde de yapılabilir⁴⁵².

⁴⁴⁹ Tekinalp, s. 474; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1136, dn. 67; Karan/Kılıç, s. 496; Meran, s. 251.

⁴⁵⁰ Karan/Kılıç, s. 496. Aksi görüş için bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 237; Dirikkan, s. 306, dn. 386; Her iki yazar da; 62. maddenin (b) fıkrasında, giderme talebiyle tazminat taleplerinin bir arada düzenlenmiş olmasından ve el konulan eşya üzerinde mülkiyet hakkı tanınması halinde eşyanın değerinin tazminat miktarından düşüleceği hususundan yola çıkarak, mülkiyetin devri talebinin ancak tazminat talepleriyle birlikte yapılabileceğini ifade etmiştir. Ancak her iki yazar da, 62. maddede yer alan taleplerin birbirinden bağımsız olması dolayısıyla bu durumun eleştiriye açık olduğu görüşünü de eklemiştir.

⁴⁵¹ Tekinalp, s. 474.

⁴⁵² Tekinalp, s. 474; Erdem, s. 83.

Bu talebin kabul edilmesi için markanın silinmesinin veya imhanın veya durumun özelliklerine göre gerektiği düşünülen tedbirin açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Sadece tecavüzün önlenmesi istenmiş, ancak tedbir belirtilmemişse, mahkeme tedbiri kendisi düşünüp belirleyemez ve imhaya veya markanın silinmesine karar veremez⁴⁵³.

KHK m.61/(e) hükmü, imha talebinin kabul edilmesini, tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz olması şartına bağlamıştır. Bu sebeple; tecavüzün diğer bir şekilde önlenmesi mümkünse veya imha somut olayın özelliklerine göre amacı aşan bir ağırlık taşıyorsa ve başka bir tedbir de istenen sonucu verecekse, imha talebi açıkça yapılmış olmasına rağmen mahkeme, başka bir tedbirin uygulanmasına karar verebilecektir. Bu kapsamda; markanın silinmesi, malın şekil değiştirmesi, ambalajın farklılaştırılması, başka işaret kullanılması, iş evrakının kullanılmaması gibi imha dışında bir tedbir uygulamak yoluna gidebilir veya araçların değil sadece ambalajların yahut iş evrakının imhasına karar verebilir. Örneğin taklit markanın mal üzerinden silinmesi, kazınması kolaylıkla mümkünse malların imhası istenemez⁴⁵⁴. Ancak sadece taklit markanın sökülmesi, malların orijinal mallar ile benzerliğini ortadan kaldırmaya yetmiyorsa, örneğin elbisenin kesim biçimi, kullanılan malzemenin cinsi itibarıyla de alıcıların bu mallar ile orijinalleri arasında bağlılık kurması ihtimali devam ediyorsa malların imhasına karar verilmelidir^{456 457}.

⁴⁵³ Tekinalp, s. 474; Meran, s. 251. Aksi görüş için bkz Karan/Kılıç, s. 496, 497. Yazar, mahkemenin tecavüzün devamını önlemek için hangi tedbirleri alacağına resen karar vereceğini, ancak marka sahibinin dilekçesinde mahkemece karar altına alınmasını istediği tedbirleri açıklayarak hâkime yol göstermesinin uygun olacağını ifade etmektedir.

⁴⁵⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 238; Pekdiğer, s. 195; Erdem, s. 84.

⁴⁵⁵ "... ambalajın içindeki ürün yönünden bir haksız rekabet iddiası olmayan böyle bir davada, haksız rekabet ve tecavüzün, ürünün ambalaj, kapak ve etiketinin değiştirilmesi ile giderilebileceği düşünülmeden, ürünün dahi imhasını gerektirecek şekilde hüküm tesisi isabetsiz olmuştur..." (Noyan, s. 485-487'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 20.09.2001, E. 2001/4623, K. 2001/6954)

"...Mahkemece sunulan ve toplanan kanıtlar ile bilirkişi raporlarına dayanılarak... davanın kabulü ile davalının haksız rekabetinin tespitine ve önlenmesine... anılan sözcüğün sökülerek çıkarılması mümkün olmayan ürünlerin imhasına... karar verilmiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir... davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına... karar verildi." (Karan/Kılıç, s. 499, 500'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 13.02.2001, E. 2001/10189, K. 2001/1173)

⁴⁵⁶ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 238; Noyan, s. 400.

Görüldüğü gibi mahkemenin kararının tecavüzün devam etmesini önleyecek nitelikte olması şarttır⁴⁵⁸. Talepler değerlendirilirken, tecavüzün ağırlığı ile hüküm altına alınacak telafi yönteminin uygunluk içinde olmasına özen gösterilmeli ve üçüncü kişilerin çıkarları da dikkate alınmalıdır⁴⁵⁹. KHK'nın eşyanın imhası talebine bir anlamda son çare olarak bakmasının nedeni, imha edilecek olanın esas itibariyle eşya değil marka olmasındandır. Bu bakımdan marka fiziken birbirinden koparılamayacak şekilde mala bağlanmışsa, bu durumda markayla birlikte malın da imhasına karar verilir⁴⁶⁰.

Şunu da belirtmek gerekir ki, tüketiciler bakımından hayati önemi haiz mallarda, örneğin ilaç gibi ürünlerde, marka hakkına tecavüz halinde imha yoluna gidilmesi, istisnai bazı haller dışında aşırı bir tedbir niteliğinde görülmemelidir⁴⁶¹.

İmha kararı verilebilmesi için, 61. maddenin (c) ve (e) bendindeki haller müstesna, mütecavizin kusurlu olmasına gerek yoktur⁴⁶². Nihai tüketicinin eline ulaşmış mallar bakımından da imha kararı verilemez. KHK'nın 62/(e) maddesi çerçevesinde münhasıran taklit markayı üretmek için kurulmuş makine veya cihazların imhası da istenebilir⁴⁶³. Her ne kadar, bent metninde “*özellikle bu maddenin (c) bendine göre el konulan ürünlerin veya araçların üzerindeki markaların silinmesi veya ... imhası*” ifadeleri ye alıyorsa da, Yargıtay uygulamasına

⁴⁵⁷ “... Davalının ürettiği halılarda kullandığı “İstikbal Mega” markasının üründe ne şekilde (etiket ve tanıtıcı işaret ekleme mi yoksa ürünün dokusuna işleme niteliğinde mi) yer aldığı saptanarak buna göre markaya tecavüz oluşturan unsurun ayrıca toplanıp imhası olanağı araştırılmadan doğrudan haksız rekabet iddiasına konu edilemeyen ürünlerin imhası yolunda hüküm kurulması da isabetsiz görülmüş, kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir...” (Noyan, s. 451, 452’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 22.04.2004, E. 2003/9291, K. 2004/4330)

⁴⁵⁸ Tekinalp, s. 474; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 238; Meran, s. 251, 252.

⁴⁵⁹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 237.

⁴⁶⁰ Karan/Kılıç, s. 497.

⁴⁶¹ Arkan, Marka Hukuku, s. 239’dan naklen, Karl Heinz Fezer, Markenrecht (auf der Grundlage von Baumbach Hefermehl, Warenzeichenrecht, 12.Auflage, 1985) München 1997.

⁴⁶² Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1137; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 239; Pekdinçer, s. 195.

⁴⁶³ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1137; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 239; Pekdinçer, s. 195.

göre, tecavüzün varlığı tespit edildikten sonra eylemli olarak el konulmuş olsun olmasın, tecavüzü oluşturan ürün ve araçların imhasına karar verilebilmektedir⁴⁶⁴.

Madde metninde de belirtildiği gibi, sadece markanın silinmesi veya imha değil, durumun özelliklerine göre başka tedbirlerin talep edilmesi de mümkündür. Karar verilen tedbirin masraflarına müteceviz katlanacaktır⁴⁶⁵. Talep edilen tedbir tecavüzün devam etmesini önleyici nitelikte olduğu kadar sonuçlarını ortadan kaldıracı nitelikte de olmalıdır⁴⁶⁶. Her ne kadar madde metninde sadece tecavüzün devamının önlenmesinden bahsediliyorsa da markanın silinmesi ve imha taleplerinin aynı zamanda tecavüzün sonuçlarını ortadan kaldıracı nitelikleri unutulmamalıdır. Kaldı ki daha önce de izah ettiğimiz gibi, 62. maddenin (e) bendi, tecavüzün giderilmesi davasında ileri sürülebilecek talepleri düzenleyen bentlerden biridir. Bu bakımdan, bu bende göre alınacak tedbirlerin tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasını da amaçlaması gerekeceği açıktır. Ancak bent metnindeki “tecavüzün devamını önlemek üzere “ ifadesinin karışıklığa yol açtığını da belirtmek gerekir.

3.2.4. Hükümün İlgililere Tebliği, Kamuya Yayın Yoluyla Duyurulması ve İlanı **[KHK m. 62/(f)]**

Marka hakkı sahibi; marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını m. 62/(f) uyarınca talep etme hakkına sahiptir. Madde metnine göre tebligat ve yayın masrafları müteceviz

⁴⁶⁴ “... davalının üretip 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'nin 62/(c) maddesi uyarınca sökülerek imhasına karar verilmesi gerekirken, ürünün imhasıyla ilgili olarak el konulma koşulu öngören aynı maddenin (c) bendine geniş anlam verilerek bu istemin reddi doğru görülmemiştir...” (Yasaman ve diğerleri, C 2, s. 1142, 1143'ten naklen, Yarg. 11. H.D., T. 30.01.2003, E. 2002/8532, K. 2003/920)

⁴⁶⁵ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 237; Karan/Kılıç, s. 496; Meran, s 252; Pekdinçer, s. 195; Noyan, s. 400.

⁴⁶⁶ Arkan Marka Hukuku, C. 2, s. 238. Aksi görüş için bkz. Tekinalp, s. 474; Meran, s. 251. Her iki yazar da madde metnindeki “tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması” ifadesinden yola çıkarak, söz konusu tedbirlerin tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılmasına değil devam etmesinin önlenmesine yönelik olduğu yönünde görüş bildirmiştir.

tarafından karşılanacaktır. Tebliğ veya yayın yoluyla duyurulma talep edebilmek için mütecavizin kusurlu olması şart değildir⁴⁶⁷.

Madde metninde kararın tebliğ edileceği öngörülen “*ilgili kişiler*” ifadesi söz konusu kararı bilmekte menfaati olan kimselerdir⁴⁶⁸. Örneğin bayiler, servisler bu gruba girmektedir⁴⁶⁹.

Mahkeme kararının kamuya yayın yoluyla duyurulması MarKHK m. 72 dairesinde ilan suretiyle yapılacaktır⁴⁷⁰. 72. madde 62/(f)'ye göre daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu bakımdan 62/(f) bendiyle 72. madde birbirinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Ancak şekil itibarı ile 72. madde hükümlerine göre yapılacak olan bu ilan, esasen 62/(f) maddesinde düzenlenen ilandan farklıdır. Zira m. 72'de belirtilen ilan, davanın marka hakkı sahibi lehine sonuçlanmasından ve kesinleşmesinden sonra talep edilebilirken; m. 62/(f)'de düzenlenen ilan, davacının dava dilekçesinde yer alacak taleplerden birisidir⁴⁷¹. 72. madde hükümlerine göre mahkemede haklı çıkan taraf, masrafı diğer tarafa ait olmak üzere, kesinleşmiş mahkeme kararının günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep edebilecektir. Dolayısıyla m. 62/(f) kapsamında hükmün yayın yoluyla duyurulması talebi de, marka hakkı sahibinin menfaati olduğu durumlarda kabul edilecektir⁴⁷². İlanın şekli ve kapsamı kararda tespit edilecektir⁴⁷³. KHK m. 72/2'de ilan hakkının, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşeceği hükmüne bağlanmıştır. Dolayısıyla söz konusu üç aylık süre, hak düşürücü süredir⁴⁷⁴.

⁴⁶⁷ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 250.

⁴⁶⁸ Karan/Kılıç, s. 497.

⁴⁶⁹ Tekinalp, s. 475.

⁴⁷⁰ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249; Tekinalp, s. 475; Karan/Kılıç, s. 497.

⁴⁷¹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1138; Karan/Kılıç, s. 558.

⁴⁷² Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249; Meran, s. 250.

⁴⁷³ “...hüküm fıkrasının ülke çapında ve mahallinde yayınlanan gazetelerde birer defa ilanına karar verilmiştir...” (Karan/Kılıç, s. 504, 505'ten naklen, Yarg. 11. H.D., T. 27.05.2003, E. 2002/13264, K. 2003/5624)

⁴⁷⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249; Meran, s. 250, dn. 72.

KHK'nın 62/(f) maddesinde hükmün “*yayın yoluyla duyurulması*”ndan bahsedilirken 72. maddede *gazete veya benzeri vasıtalarla... ilanı*”ndan bahsedilmektedir. Bu iki madde hükümleri bir arada ele alındığında kararın sadece gazete gibi basın araçlarıyla değil; radyo, televizyon gibi yayın araçları vasıtasıyla da ilan edilebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁷⁵.

Mahkeme kararının yalnızca ilgililere duyurulması, tecavüzün sınırlı kalması halinde, örneğin mütecavizin sadece dağıtıcılarla ilişki kurduğunun saptandığı hallerde istenir. Taklit markalı malların fiilen piyasaya dağıtımının yapıldığı durumlarda ise, tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için, kararın yayın yoluyla kamuya duyurulması gerekli olacaktır⁴⁷⁶. Davacının kesinleşen mahkeme kararının kamuya duyurulmasına ilişkin isteğinin mahkeme tarafından reddolunması durumunda davacının kendiliğinden ilan yoluna başvurması haksız rekabete yol açabilir⁴⁷⁷.

Yukarıda ayrıntılarıyla açıklanmaya çalışıldığı gibi⁴⁷⁸, MarKHK m.62/(b) tecavüzün giderilmesi davasını düzenlemiş, bu davada marka hakkı sahibi tarafından ileri sürülebilecek taleplerden bazıları ise 62. maddenin (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde öngörülmüştür. Sayılan bu hukuki talep hakları sınırlı sayıda ve seçimlik değildir. Tecavüz durumunun özelliklerine göre bunlardan başka giderme talepleri ileri sürülmesi de mümkündür. Ayrıca giderme taleplerinin sadece biri ileri sürülebileceği gibi birkaçı veya hepsi de marka hakkı sahibi tarafından aynı davada ileri sürülebilecektir⁴⁷⁹ ⁴⁸⁰. Ancak, tüm bu hallerde başvurulacak tedbirler, marka hakkı

⁴⁷⁵ Noyan, s. 401.

⁴⁷⁶ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249; Meran, s. 250; Pekdinçer, s. 196.

⁴⁷⁷ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249; Meran, s. 250.

⁴⁷⁸ Bkz. III. Bölüm, 3.2.

⁴⁷⁹ Kaya, s. 286; Tekinalp, s. 462.

⁴⁸⁰ “... 556 sayılı KHK'nun 62. maddesi gereğince, markaya tecavüz niteliği taşıyan araçlar ile bu araçları üretmeye yarayan araç, makine gibi araçlara el konulmasına, davalının unvanının “Uzelli” sözcüğünün çıkarılmasına ve ticaret sicilinden terkinine, anılan sözcüğün tanıtma araçları ve haksız rekabet oluşturan ambalaj, kutu ve tabela gibi ürünlerden çıkarılmasına ve hükmün

sahibinin hakkını koruyacak ölçü ve nitelikte olmalı, davalıya marka hakkını koruma amacını aşan, zarar verici nitelikte olmamalıdır. Bu dengede şüphesiz öncelikli olan marka hakkı sahibinin korunmasıdır; ancak davalıya karşı önleme veya giderme yöntemlerinin en az zarar verecek şekilde kullanılması önem arz etmektedir⁴⁸¹. Yüksek Mahkeme içtihatları da bu doğrultudadır.⁴⁸²

Bir önceki başlık altında incelenmiş olan tecavüzün durdurulması (men'i) davasıyla tecavüzün giderilmesi (ref'i) davası çoğu kez birbirine karıştırılmaktadır⁴⁸³. Tecavüzün giderilmesi (ref'i) davasının tecavüzün önlenmesi (men'i) davasından farkı, birincisinin doğmuş bulunan bir tecavüzün sonuçlarını ortadan kaldırmaya, silmeye, bertaraf etmeye yönelik olmasına karşılık, ikincisinin mevcut bir tecavüzün durdurulmasını veya muhtemel bir tecavüzün önlenmesini amaçlamasıdır⁴⁸⁴. Ref davasının açılabilmesi için, tecavüz fiillerinin hukuka aykırı sonuçlarının varlığı yeterlidir. Ayrıca tecavüz teşkil eden fiillerin devam etmesi ya da devam etme tehlikesinin bulunması şart değildir. Dolayısıyla, marka hakkına tecavüz teşkil eden markalı ürünler piyasaya çıkartıldıktan sonra, üretimine son verilmiş olması, davanın açılmasına engel teşkil etmez. Söz konusu son verme, sadece men davasının açılmasını engeller⁴⁸⁵. Durdurma, önleme ve giderme davalarının birlikte açılmasına

ilanına karar verilmiştir..." (Karan/Kılıç, s. 500, 501'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 20.02.2001, E. 2000/10398, K. 2001/1469)

⁴⁸¹ Kaya, s. 287.

⁴⁸² "... davacı tarafça markaya tecavüz ve ambalaj iltibas yolu ile haksız rekabet sonucu uğradığı zararı 556 sayılı KHK'nun 66/II-b maddesi hükmü anlamında mark hakkına tecavüz eden davalının elde ettiği kazanca dayandırıldığına göre, markaya tecavüz oluşturan davalı eylemine konu "Vatan" markalı üründen sağlanan kazancın somut olarak hesaplattırılıp tazminata esas tutulması gerekirken, davalının değişik markaları taşıyan tüm çay üretim ve satış verileri üzerinden bu konuda uzman olmayan hukukçu bilirkişi tarafından yapılan hesaplamanın hükme dayanak kılınması doğru olmamıştır. Öte yandan, hüküm fıkrasının dördüncü satırında, sadece markaya tecavüz ve haksız rekabet oluşturan davalı ürününün ad ve cinsi açık ve net olarak belirtilip ambalajlarının toplattırılmasına hükmedilmesi gerekirken, davaya konu edilmeyen ambalaj içerisindeki çay ürününün de toplattırılmasına karar verilerek davanın özünün gerektirdiği sonuçların aşılması ve hangi ürünün kastedildiği belirsiz bırakılarak icra ve infazda duraksamalara meydan verilmesi doğru bulunmamış, kararın bu yön bakımından da bozulması gerekmiştir. (Kaya, s. 287, dn. 104'ten naklen, Yarg. 11. H.D., T. 28.11.2002, E. 2002/7205, K. 2002/10668)

⁴⁸³ Tekinalp, s. 462; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1123.

⁴⁸⁴ Tekinalp, s. 462; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1123; Meran, s. 239.

⁴⁸⁵ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 234 v.d.; Poroy/Yasaman, s. 456 v.d.; Tekinalp, s. 461, 462; Karan/Kılıç, s. 493; Kaya, s. 285; Dirikkan, s. 306, Noyan, s. 398; Erdem, s. 77.

da hiçbir engel yoktur⁴⁸⁶. Hatta genellikle önleme, durdurma ve giderme talepleri aynı dava içinde ileri sürülürler. Örneğin; taklit markalı bir giyim eşyasının üretiminin yapılmasının engellenmesi (önleme), üretimi yapılanların taşıma aracından çıkartılması veya satışının yasaklanması (durdurma) ve eşya üzerindeki taklit markaların silinmesi, ya da karalanması (giderme) talepleri birlikte mahkemeye arz edilir⁴⁸⁷. Zaten çoğu zaman bu talepleri birbirinden ayırmak da güç ve anlamsızdır⁴⁸⁸.

Marka hakkı sahibinin giderme davası açabilmesi için failin kusuru aranmayacaktır. Dava ayrıca, marka hakkı sahibinin zarar görmüş olmasına da bağlı değildir. Ancak men davasından farklı olarak, giderme davası zamanaşımına tabidir⁴⁸⁹. Mahkeme, giderme veya eski hale getirmeyi makul bir süreye bağlayabilir⁴⁹⁰.

3.3. TAZMİNAT DAVALARI

MarKHK üç tazminat davasına yer vermiş bulunmaktadır. Bunlar m. 62/(b) ve m. 64'de düzenlenen maddi tazminat davası, yine m. 62/(b)'de düzenlenen

⁴⁸⁶ Tekinalp, s. 462, 463.

⁴⁸⁷ “ Davacı vekili, müvekkili şirketin ürettiği ve satışa arz ettiği mamüllerin ambalajları içinde, halk arasında “POKEMON TASO” olarak bilinen kartların da tüketiciye sunulduğunu, “TASO” ve “TASO+şekil” ibarelerini müvekkilinin marka olarak tescil ettirdiğini, davalının başka adı ile ürettiği ürünlerin ambalajları içinde aynı kartları piyasaya arz ettiğini, benzerlik nedeniyle ürünün müşteriler tarafından karıştırıldığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz fiilinin durdurulmasını, tecavüzün giderilmesini, davalı ürünlerine el konulmasını, imhasını ve hükmün ilanını talep ve dava etmiştir...” (Noyan, s. 432'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 09.12.2003, E. 2003/4849, K. 2003/11714)

“ Davacı vekili, müvekkilinin tanınmış ve Türkiye’de tescilli bulunan MARLBORO markalı sigaraların üreticisi olduğunu, Anbarlı Gümrük Müdürlüğü’nce Ege Kont Konteyner Taşımacılık A.Ş. acentesi adına tescilli 08.05.2001 tarih ve 5304 sayılı özet beyanın B/L M87003832 nolu konşimentosuna kayıtlı YMLU 805636-0 nolu konteyner içindeki MARLBORO marka sigaraların taklit sigaralar olduğunun öğrenilerek gümrük işlemlerinin 10 gün süreyle durdurulduğunu ileri sürerek, marka hakkına tecavüzün önlenmesini, haksız rekabetin men ve ref’ini istemiştir.” (Noyan, s. 458'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 12.03.2004, E. 2003/1534, K. 2004/24659)

⁴⁸⁸ Karan/Kılıç, s. 493, 494; Camcı, s. 136.

⁴⁸⁹ Tekinalp, s. 463; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1126; Kaya, s. 285; Karan/Kılıç, s. 494.

⁴⁹⁰ Tekinalp, s. 463.

manevi tazminat davası ve m. 68’de düzenlenen itibar tazminatı davasıdır. Marka KHK’nın 65, 66, ve 67. maddeleri de yine mütecevize karşı açılacak tazminat davalarına ilişkin hükümler içermektedir.

3.3.1. Maddi Tazminat Davası [KHK m. 62/(b) ve 64]

MarKHK’nın 62/(b) maddesi, marka hakkı sahibinin talepleri arasında maddi ve manevi tazminat taleplerinin de olduğunu hükme bağlamıştır. “Tazminat” başlıklı 64. maddede ise söz konusu tazminat davasının şartları düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre *“marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar ithal eden veya ticari amaçla elinde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olur. Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.”*

Doktrinde Tekinalp; marka taklidinin özel bir anlamı olduğu görüşünden yola çıkarak⁴⁹¹, 64. maddenin lafzına göre burada sadece taklit markaya tecavüz durumunda maddi tazminat hükümlerinin yer aldığı, 62/(b) maddesinde ise genel olarak marka hakkına tecavüz durumunda tazminatın düzenlendiğini savunmuştur. Bu bakımdan yazara göre 62/(b) maddesi ile 64. madde düzenlemelerinin ayrıdır. Markanın taklit edilmesinin söz konusu olmadığı durumlarda 64. maddenin değil, 62/(b) maddesinin uygulama alanı bulacağını savunan yazar, bu halde tazminata ilişkin koşulların TTK m. 58 ve B.K. m. 41 kapsamında değerlendirileceğini ileri sürmüştür. Yazar ayrıca bu ayırmadan yola çıkarak 62/(b) maddesine göre maddi tazminat talep edildiği durumlarda kusur sorumluluğunun devreye gireceğini, 64. madde kapsamında talep edilen maddi tazminat durumunda ise kusur aranmayacağını belirtmiştir⁴⁹². Noyan ve Meran da kusur hususunda Tekinalp’le aynı kanaattedir⁴⁹³.

⁴⁹¹ Yazarın bu görüşüyle ilgili olarak bkz. II. Bölüm, 2.2.

⁴⁹² Bkz. Tekinalp, s. 464.

Karan/Kılıç da Tekinalp'le aynı doğrultuda görüş bildirmekle birlikte, 64. madde kapsamında kusurun aranmayacağı noktasında Tekinalp'ten ayrılmaktadır. Yazara göre 64. madde lafzından yola çıkarak tazminat için kusurun aranmadığı ileri sürülemez⁴⁹⁴.

Daha önceki bölümlerde de izah edildiği gibi⁴⁹⁵; kanaatimizce MarKHK'nın 61/(b) maddesinde düzenlenen taklit olgusu, esasen yine 61/(a) maddesinin 9. maddeye yaptığı yollama sebebiyle 9. maddenin bir tekrarından ibaret olup özel bir tecavüz hali değildir. Bu sebeple taklidin özel bir tecavüz hali olarak KHK'da diğer tecavüz hallerinden ayrıca düzenlendiği, buradan yola çıkarak taklit durumunda tazminat şartlarının da 64. maddede ayrıca düzenlendiği yolundaki bir kabul, hem kargaşa yaratmaya müsait hem de yargıyı pratik sonucu olmayan bir arayışa sürükleyecek bir husustur⁴⁹⁶. Dolayısıyla maddi tazminat davasının temel olarak iki ayrı maddede düzenlediğini ancak her iki maddede düzenlenen davanın da aynı dava olduğunu ve kusur sorumluluğuna tabi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁴⁹⁷. Doktrindeki hâkim görüş de bu doğrultudadır⁴⁹⁸.

Hem 62/(b) maddesinde hem de 64. maddede “marka sahibi” ifadeleri yer almakta ve tazminat davası açma yetkisinin yalnızca marka sahibi olduğu izlenimi uyanmaktadır. Oysa marka hakkına tecavüz sebebiyle tazminat talep edebilecek yegâne kişi marka sahibi değildir. Kural olarak, marka sahibinin dışında, yasa veya sözleşme ile marka sahibinden birtakım hakları devralmış bulunan kişiler, örneğin lisans sahipleri de şartları varsa tazminat davası açmaya yetkilidirler⁴⁹⁹. Bu hususta

⁴⁹³ Bkz. Noyan, s. 398; Meran, s. 240, 241.

⁴⁹⁴ Bkz. Karan/Kılıç, s. 494 ve 516, 517.

⁴⁹⁵ Bkz. II. Bölüm, 2.2.

⁴⁹⁶ Kaya, s. 288, 289.

⁴⁹⁷ Kaya, s. 290.

⁴⁹⁸ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 240 v.d.; Poroy/Yasaman, s. 457; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1126, 1127 ve 1163 v.d.; Dirikkan, s. 307; Kaya, s. 290; Camcı, s. 139; Oytaç, s. 301 v.d., 318 v.d.

⁴⁹⁹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 244; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1132; Kaya, s. 288, dn. 105.

KHK’da istikrarlı bir düzenleme oluşunu söylemek güçtür. 62, 64, 65 veya 66 maddede “marka sahibi”nden söz eden kanun koyucu, yoksun kalınan kazancın artırımını düzenleyen 67. maddede “marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi” ifadesini kullanmıştır⁵⁰⁰.

62. ve 64. maddenin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, markaya tecavüz sebebiyle tazminat yükümlüsü olacak kişinin nihai kullanıcı olmayacağı aşikârdır. Nitekim 64. maddenin 1. fıkrası “ürünü ticaret alanına çıkaran ve ticari amaçla elde bulunduran”dan söz etmektedir. Maddenin 2. fıkrasında yer alan “taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi”den kasıt da nihai tüketici olmayıp; bakımcı, tamirci, boyacı, yapıcı gibi, tecavüze konu malları meslek gereği kullanan kişilerdir⁵⁰¹.

Belirtildiği gibi, 64. maddenin 2. fıkrasında zikredilen “markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişiler” in tazminattan sorumlu olabilmeleri için, marka hakkı sahibince kendilerine bildirim yapılması ve tecavüze konu malı kullanmalarının kusurlu davranış teşkil etmesi gerekmektedir. Maddede geçen bildirim yönüyle herhangi bir şekil şartı getirilmemiştir. Ancak yazılı şekilde yapılması ispat kolaylığı sağlayacaktır⁵⁰². Bildirimin konusunu marka hakkına tecavüzün söz konusu olduğu ve kullanıma son verilmesi oluşturur. Bildirimde makul bir süre tayin edilmesi de hükmün amacına uygun olacaktır⁵⁰³. Söz konusu bildirim marka hakkı sahibi tarafından yapılabileceği gibi, bu kişinin üye bulunduğu meslek kuruluşları veya kamu makamları tarafından da yapılabilir⁵⁰⁴. Bildirimin yapılması, tazminat talep edilebilmesine ilişkin şartın kendiliğinden gerçekleştiği anlamına gelmemelidir. Tazminatın talep edilebilmesi için, bildirim sonrasında da

⁵⁰⁰ Kaya, s. 288, dn. 105.

⁵⁰¹ Tekinalp, s. 464; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1129, 1165; Kaya, s. 289; Meran, s. 241.

⁵⁰² Tekinalp, s. 464; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1166; Kaya, s. 289.

⁵⁰³ Tekinalp, s. 465.

⁵⁰⁴ Kaya, s. 289; Karan/Kılıç, s. 517.

malın kullanımına devam ediliyor olmalıdır⁵⁰⁵. Malı kullanan bildirim sonrasında kullanmaya son vermişse tazminat talebinde bulunma hakkı doğmaz.

MarKHK'da düzenlenen tecavüz hallerinin esasen haksız fiilin özel bir tezahürü olan haksız rekabet teşkil etmesi sebebiyle, KHK m. 62/(b) ve m. 64'te düzenlenen tazminat davası da özü itibariyle haksız fiil temelli bir davadır. Bu sebeple 61. maddenin (c) ve (e) bentlerindeki haller müstesna tecavüz durumlarında kusurun varlığı aranmaz. Fakat tazminat davaları bakımından; marka hakkı sahibinin tazminat talep edebilmesi için, mütecavizin fiili, bu fiilden kaynaklanan bir zarar, fiille zarar arasında uygun illiyet bağı ve failin kusurlu olması unsurlarının bir arada mevcut olması gerekmektedir⁵⁰⁶. Ancak 64. maddenin 1. fıkrası kusurdan söz etmezken 2. fıkrasında kusurun aranıyor olması tartışmaya yol açmıştır. Doktrinde bir görüşe göre, ilk fıkroda belirlenen hal bir kusursuz sorumluluk hali iken, ikinci fıkradaki hal için kanun koyucu kusur sorumluluğunu aramıştır⁵⁰⁷. Baskın olan diğer görüşe göre ise her iki halde de kasıt ve ihmali kapsayan⁵⁰⁸ bir kusur sorumluluğunu aramak gerekmektedir⁵⁰⁹. Birinci fıkrada kusurdan bahsedilmezken ikinci fıkrada bahsediliyor olmasının sebebi, birinci fıkradaki fiiller bakımından kusurun doğal şart olmasıdır. Fiilin niteliği gereği kusurun varlığı asıl olduğundan ve başka türlü işlenmesi mümkün olmadığından KHK m. 64/1'de ayrıca kusurdan söz edilmesine gerek duyulmamıştır⁵¹⁰. Bu sebeple kusurun varlığının asıl olduğu birinci fıkraya yönünden kusurun olmadığını ispat, markayı taklit eden kişi üzerindeyken; ikinci fıkraya bakımından kusurun varlığını ispat marka hakkı sahibi üzerindedir⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Tekinalp, s. 464; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1166.

⁵⁰⁶ Kaya, s. 290; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 240-243; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1127 v.d.; Dirikkan, s. 307; Poroy/Yasaman, s. 457 v.d.; Oytaç, s. 303.

⁵⁰⁷ Bkz. Tekinalp, s. 464

⁵⁰⁸ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 240; Tekinalp, s. 467; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1129.

⁵⁰⁹ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 240 v.d.; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1127 v.d.; Dirikkan, s. 307; Kaya, s. 290; Oytaç, s. 303; Karan/Kılıç, s. 516, 517.

⁵¹⁰ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 241; Kaya, s. 290.

⁵¹¹ Kaya, s. 290; Dirikkan, s. 307, dn. 388.

Belirtildiği gibi, KHK'nın 65, 66 ve 67. maddeleri de tazminat davalarına ilişkindir. 66. maddenin 1. fıkrasına göre marka hakkı sahibi, sadece fiili zararını değil ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kaldığı kazancı da mütecavizden talep etme hakkına sahiptir.

Fiili zarardan anlaşılması gereken, marka hakkı sahibinin aktifinin azalması veya pasifinin çoğalması biçiminde ortaya çıkan doğrudan zarardır. Bir başka ifadeyle, zarar görenin malvarlığında meydana gelen fiili eksilmedir⁵¹². Bu kapsamda olmak üzere; tecavüz durumunu tüketiciye açıklamak için yaptığı ek masraflar; tecavüz dolayısıyla zedelenen ayırt edici gücü ve itibarı yeniden sağlamlaştırmak için ihtiyaç duyulan yeni reklâm kampanyası masrafları, markaya tecavüz nedeniyle marka hakkı sahibinin ürettiğini satamaması, istihdam edilenlere bu süreçte fazladan ödenen paralar, marka hakkına tecavüz sebebiyle başvuru hukuki yollar sebebiyle yapılan masraflar vb. örnek olarak gösterilebilir⁵¹³.

Yoksun kalınan kazanç ise, objektif piyasa koşullarında, marka hakkı sahibinin faaliyet gösterdiği alana da bağlı olarak beklenen, meydana gelmesi muhtemel malvarlığı artışlarının mütecavizin fiilleri sebebiyle önlenmesi, bunlardan yoksun kalınmasıdır⁵¹⁴. Yani, eğer marka hakkına tecavüz gerçekleşmemiş ve markasını yalnız ve bizzat kendisi kullanabilmiş olsaydı, marka hakkı sahibinin edinmiş olacağı muhtemel kazanç, yoksun kalınan kazançtır⁵¹⁵. Bu duruma örnek olarak da, marka hakkı sahibinin tecavüz fiilleri sebebiyle piyasaya etkin biçimde girememesi, yatırımlarının bu süreçte boşa gitmesi gibi unsurlar gösterilebilir⁵¹⁶.

⁵¹² Tekinalp, s. 465; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1131; Kaya, s. 291; Karan/Kılıç, s. 519, 520; Erdem, s. 78.

⁵¹³ Arkan, Marka Hukuk, C. 2, s. 244; Tekinalp, s. 465; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1131, 1132; Kaya, s. 291; Pekdinçer, s. 189.

⁵¹⁴ Kaya, s. 292; Karan/Kılıç, s. 520; Pekdinçer, s. 189; Erdem, s. 78.

⁵¹⁵ "... davacının ürünlerinin satışında artış olması, haksız rekabet sonucu davacının zarar görmediği sonucunu doğurmaz. O halde burada tazminat hesabına esas alınması gereken kıstas, TTK'nın 58. maddesinin (e) bendinden sonra gelen cümlesinde belirtildiği gibi, "haksız rekabet sonucunda davalının elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığı" da olabilir. Mahkemece yukarıda açıklanan yasal düzenlemeye uygun olarak davacının maddi tazminat isteminin değerlendirilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle maddi tazminat isteminin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir..." (Noyan, s. 493'ten naklen Yarg. 11. H.D., T. 19.03.2001, E. 2001/44, K. 2001/2072)

⁵¹⁶ Kaya, s. 292.

Yoksun kalınan kazancın ispatı fiili zararın ispatına göre daha zordur. Bu sebeple kanun koyucu, marka sahibine ve mahkemeye kolaylık sağlamak amacıyla⁵¹⁷ yoksun kalınan kazanca ilişkin talep seçeneklerini ve ispat esaslarını KHK'nın 66. ve 67. maddelerinde düzenlemiştir. 66. maddeye göre yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka hakkı sahibinin seçimine bağlı olarak üç farklı şekilde hesaplanacaktır. Buna göre yoksun kalınan kazanç;

- a- Marka hakkına tecavüz edenin rekabet olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre⁵¹⁸,
- b- Marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre^{519 520},

⁵¹⁷ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1172; Karan/Kılıç, s. 520.

⁵¹⁸ Bu usul ispat açısından güçlükler içerir. Zira bir mal veya hizmetin ticaretinde geliri sağlayan tek unsur marka değildir. Pazarlama teknikleri, organizasyonun etkinliği, satış sonrası hizmetler gibi birçok faktör geliri etkiler. Marka, geliri etkileyen bu faktörlerden sadece birisidir. Bkz. Tekinalp, s. 466; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1173; Karan/Kılıç, s. 520. Buna karşın markanın ekonomik önemi atıkça hesaplamının da kolaylaşacağı söylenebilir. Özellikle markanın tanınmış olması, ekonomik önemin de o oranda fazla olması sonucunu doğurur. Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1173.

⁵¹⁹ Tazminatın bu esasa göre belirlenmesini isteyen davacının markayı fiilen kullanma yoluyla kazanç elde edip etmeyeceğine bakılmaz. Ancak talep edilen kazanç, mütecevizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği net gelirdir. Bu nedenle davacının ödediği vergilerin kazanç miktarından düşülmesi gerekir. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 247; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1173. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, birinci usulde olduğu gibi bu usulde ispat açısından güçlük içermektedir. Bir mal veya hizmetin ticaretinde geliri sağlayan tek unsur marka olmadığından mütecevizin elde ettiği gelirin ne kadarının markayı kullanmaktan kaynaklandığının hesabı, diğer unsurların ayıklanması güçtür. Dolayısıyla hükmün "markayı taşıyan mal ve hizmetten elde edilen gelir" şeklinde anlaşılması daha doğru olur. Bkz. Tekinalp, s. 466; Karan/Kılıç, s. 521.

⁵²⁰ " ... Bu durumda anılan yasal düzenlemeler uyarınca, haksız rekabetin gerçekleştiği 26.03.1998-27.07.1998 tarihleri arasında davalının davacı markası ile üretilen ürünlerden dolayı elde ettiği net kar tutarı... liranın maddi tazminat ve takdir edilecek uygun miktar manevi tazminatın hüküm altına alınması gerekirken... yazılı biçimde karar verilmesi doğru görülmemiştir..." (Karan/Kılıç, s. 502-504'ten naklen, Yarg. 11. H.D., T. 04.10.2001, E. 2001/5462, K. 2001/7409)

"... Davacının maddi tazminat istemi 556 sayılı KHK'nın 66/2-a maddesine dayandırıldığına göre davalının tüm ticari defter ve kayıtları üzerinde uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak... markası altında ürettiği halılardan sağladığı kazancın saptanarak maddi zararın belirlenmesi gerekirken, faaliyet türleri ve niteliği içermeyen davalının 2000 yılı gelir tablosunda yazılı kardan vergi sonrası net kar hesaplatılarak tazminatın belirlenmesi de doğru bulunmamıştır..." (Karan/Kılıç, s. 529-530'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 22.04.2004, E. 2003/9291, K. 2004/4330)

- c- Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşmasıyla hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre⁵²¹ hesap edilecektir.

Marka hakkı sahibi bu konuda bir seçimlik hakka sahiptir ve söz konusu seçenekler sınırlı sayı ilkesine tabidir. Hak sahibi, bu seçimlik haklardan birini seçmek zorundadır⁵²². Hükümde yer alan hesaplama usullerinden başka bir usulle hesaplama yapılamaz⁵²³. Maddi tazminat kapsamında yoksun kalınan kazancı da talep eden davacı, bu seçimlik haklarından hangisini tercih ettiğini dava dilekçesinde belirtmelidir⁵²⁴. Aksi takdirde mahkeme, bu seçimin yapılmasını isteyecek ve ona göre hüküm tesis edecektir⁵²⁵. Mahkemenin re'sen bir seçim yapıp bu seçeneklerden birine göre veya başka bir hesap tarzına göre hüküm tesis etmesi mümkün değildir⁵²⁶

527

⁵²¹ Tekinalp, bu yöntemi “lisans örnekesmesi” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Tekinalp, s. 467. Böylece failin markayı hukuka uygun şekilde kullanan kişiye (lisans alan) oranla daha avantajlı duruma geçmesine engel olunmaya çalışılmıştır. Ödenmesi gereken lisans bedeli, somut olayın özellikleri, bu arada taklit olunan markanın tanınırlık düzeyi de dikkate alınarak yapılacak bir lisans sözleşmesinde lisans alan tarafından ödenmesi makul görülecek bedele göre tayin olunur. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 248.

⁵²² Oytaç, s. 322.

⁵²³ Tekinalp, s. 466; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1172; Kaya, s. 293; Poroy/Yasaman, s. 458; Karan/Kılıç, s. 520; Meran, s. 242.

⁵²⁴ Arkan; KHK'da sayılan seçimlik haklardan birini seçmiş olan davacının, yargılama sürecinde bu seçimini değiştirerek diğer bir usule göre hesaplama yapılmasını talep edebileceği görüşündedir. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 245. Pekdinçer de aynı doğrultuda görüş bildirmiştir. Bkz. Pekdinçer, 190, dn. 572.

⁵²⁵ “... Dava, maddi tazminat yönünden, 556 sayılı KHK'nın 66. maddesinde öngörülen kazanç kaybına yönelik olarak açılmıştır. Anılan Kararname maddesinde, yoksun kalınan kazancın istenme ve hesaplama usulleri belirtilmektedir. Marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, tecavüz edenin elde ettiği kazanç veya lisans bedeli, yoksun kalınan kazanç olarak istenebilir... Mahkemece, davacının yoksun kalınan kazanca dair maddi tazminat isteminin açıklattırılmasına, bundan sonra ise... bilirkişilerce inceleme yaptırılarak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm tesisi yerinde görülmemiştir. (Karan/Kılıç, s. 523, 524'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 07.03.2002, E. 2001/10185, K. 2002/2000)

⁵²⁶ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1173; Kaya, s. 293.

⁵²⁷ “... Davacı vekili dava dilekçesinde yoksun kalınan kazanç miktarını talep etmiş olup, yargılama sırasında bu talebini 556 sayılı KHK uyarınca lisans devir sözleşmesi yapılsaydı alması gereken miktar olarak açıklamıştır... Mahkemece bu konuda yaptırılan bilirkişi incelemesinde davalının ticari defterleri incelenerek elde etmesi muhtemel kazanca göre davacının alması gereken tazminat miktarı saptanmış ve mahkemece de bu miktara hükmedilmiş ise de, davacının talebi bu şekilde bir

KHK m. 66/son'a göre, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi⁵²⁸ ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur. Bu etkenler tahdidi değildir⁵²⁹.

Markanın ekonomik önemi konusu, "Yoksun Kalınan Kazancın Artırımı" başlıklı 67. maddede daha net bir biçimde düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine varırsa, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verebilir. Bu hususun tanınmış markalar bakımından var olduğu şüpheden uzaktır. Dolayısıyla tanınmış markaya tecavüz nedeniyle yoksun kalınan karın her halükarda daha fazla olacağı ileri sürülmektedir⁵³⁰. Maddedeki "ürün" ifadesini hizmetleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlamak gerekmektedir⁵³¹. 2. fıkrada ise markanın ilgili mal ve hizmete ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kabulü için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hususun tespiti; markanın işlem gördüğü piyasanın incelenmesi, piyasanın yerel mi genel mi olduğu, piyasanın coğrafi şartlara olan bağımlılığı gibi birçok teknik sorunun cevabını gerektirdiğinden mahkemenin bilirkişi incelemesi yoluna gitmesi isabetli olacaktır^{532 533}.

tazminat istemini kapsamamış bulunmasına göre davacının talebi doğrultusunda delillerin toplanarak ve gerektiği takdirde B.K.'nın 43. maddesine uygun olarak tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde talep dışına çıkılarak tazminat belirlenmesi doğru görülmemiştir..." (Karan/Kılıç, s. 527-528'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 05.04.2004, E. 2003/9339, K. 2004/3478)

⁵²⁸ Arkan, tescilli markanın koruma süresinin on yıl olduğunu ve bu sürenin onar yıllık dönemler halinde yenilenmesinin mümkün olduğunu hatırlatarak, tecavüz anında tescilli markanın koruma süresinin bitimine az bir zaman kalmış olsa bile, koruma süresinin yenilenerek uzatılmasının söz konusu olabileceğini belirtmiş, bu sebeple muhtemel gelirin hesabında, geçerlilik süresinin dikkate alınmasını isabetsiz bulmuştur. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, S. 245, dn. 58.

⁵²⁹ Tekinalp, s. 466; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1175; Meran, s. 242.

⁵³⁰ Dirikkan, s. 308; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1181; Erdem, s. 79.

⁵³¹ Tekinalp, s. 466; Karan/Kılıç, s. 531.

⁵³² Tekinalp, s. 466; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1175, 1181; Camcı, s. 140; Oytaç, s. 324.

Marka hakkına tecavüzü, fiili zararı, yoksun kalınan kazancı ve zarar miktarını ispat yükü kural olarak davacı üzerindedir⁵³⁴. Bu noktada KHK'nın "Tecavüzü Kanıtlayan Belgeler" başlıklı 65. maddesi, klasik ispat hukuku kurallarından ayrılarak, marka hakkı sahibinin tecavüze, kusura ve zarara, yani markanın kullanılmasına ilişkin belgeleri vermesini⁵³⁵ mütecevizden talep edebileceğini hükme bağlamıştır⁵³⁶. Davacıya tanınan bu imkân, Roma Hukuku'ndan gelen kimsenin kendi aleyhine olan belgeleri ibraz ve teslim etmeye mecbur tutulamayacağı prensibine ayırık bir düzenlemedir. Hüküm uyarınca, müteceviz kendi aleyhine olan belgeleri ibraz etmek zorunda kalabilecektir⁵³⁷. Böyle bir istisna getirilmemiş olsaydı, mütecevizin aleyhine açılmış davaların çoğunluğu delil yetersizliğinden ret ile sonuçlanacaktı⁵³⁸. Maddenin başlığıyla içeriği birbirini tutmamaktadır. Başlıkta "tecavüzü" kanıtlayan belgelerden bahsedilirken, madde metninde "zarar miktarı"nın ispatından söz edilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre 65. madde sadece tazminat taleplerine ilişkin belgelerin ibrazı zorunluluğunu kapsamakta olup, maddedeki "zarar miktarının belirlenmesi için" ifadesinden dolayı

⁵³³ "... 556 sayılı KHK'nın 67. maddesine göre haksız rekabet sebebiyle uğranılan zarar açıkça saptanamadığı hallerde hakim davalının bu haksız rekabet sebebiyle elde ettiği veya etmesi mümkün görülen menfaatin karşılığında da hükmedebilir. Mahkemece öncelikle bilirkişi incelemesi yaptırılarak tazminat miktarının saptanması, şayet bu işlemde bir sonuç elde edilemezse, uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde davacının tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir..."(Noyan, s. 512'den naklen Yarg. 11. H.D., T. 22.09.1998, E. 1998/3880, K. 1998/5842)

"... Mahkemece, davacının markasını kendi izni ile davalıya kullandırması halinde talep edebileceği ücretin onun zararını oluşturacağı gözetilip... gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılarak sonucuna uygun bir tazminat takdir edilmek gerekirken, bu hususlar göz önünde bulundurulmadan yazılı şekilde tazminat isteminin reddi doğru görülmemiştir..." (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1140, 1141'den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 31.05.1999, E. 1999/2716, K. 1999/4582)

⁵³⁴ Kaya, s. 294.

⁵³⁵ Kaya'ya göre maddedeki "verme" ibaresi isabetli değildir. Yazara göre söz konusu olan daha ziyade mali ve finansal belgeler olacağı için T.T.K. ile paralel olarak (T.T.K. 79, 80) "teslim" veya "ibraz" kavramlarına yer verilmesi gerekir. KHK m. 65'te söz konusu olan esas itibarıyla ibrazdır. Bkz. Kaya, s. 295, dn. 121. Karan/Kılıç ve Meran da aynı doğrultuda görüş bildirmiştir. Bkz. Karan/Kılıç, s. 518; Meran, s. 246.

⁵³⁶ Karan/Kılıç, maddenin bir markanın taklidi sonucunu doğurmayan hallerde uygulanma kabiliyetini haiz olmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. Karan/Kılıç, s. 518.

⁵³⁷ Kaya, s. 295; Tekinalp, s. 476; Karan/Kılıç, s. 518; Oytaç, s. 321.

⁵³⁸ Oytaç, s. 321; Karan/Kılıç, s. 518.

diğer hukuki taleplere konu olabilecek belgelerin ibrazının madde kapsamında istenemeyecektir⁵³⁹. Söz konusu belgelerin başında mütecevazın ticari defterleri gelir⁵⁴⁰. Ancak ibrazı istenebilecek belgeler bununla sınırlı değildir. Muhasebede yer alan kayıtların evrakı, gümrük kâğıtları, makine parkı listesi, ambar kayıtları, müşteriler, dağıtıcılar, lisans alanlar başta olmak üzere ilgili kişilerle yazışmalar, kısaca, tecavüzün kaynağı, gelişimi ve etkilediği yerler; üreticilerin, dağıtıcıların, taşıyıcıların, depolayanların unvanlarını, adreslerini, siparişleri içeren belgeler hükmün kapsamındadır⁵⁴¹. Hüküm sadece “belge” verilmesinden bahsettiği için, belge dışında başka türlü bir bilginin verilmesi talebinde bulunulamayacaktır⁵⁴². Maddede belgelerin ne zaman ve nasıl isteneceği gösterilmemiştir. Dolayısıyla tazminat davasının açılmasından önce bu bilgilerin verilmesinin istenip istenemeyeceği belli değildir. Ancak, zarar miktarının belirlenmesinin açılacak bir tazminat davasına hazırlık yönünden büyük öneme sahip olduğu dikkate alınarak, tazminat davasının açılabilmesi için gerekli şartların oluştuğu hallerde bu talebin bağımsız olarak ve asıl davadan önce yapılmasına izin verilmelidir⁵⁴³.

Maddi tazminatın tespitinde hüküm tarihi esas alınmalıdır. Dava tarihinin esas alınması halinde enflasyonist bir ortamda davacı kayba uğrayacaktır⁵⁴⁴.

3.3.2. Manevi Tazminat Davası [KHK m. 62/(b)]

MakKHK 62/(b) maddesine göre marka hakkı sahibi, manevi zararının tazminini de talep edebilir. Manevi tazminat esas itibariyle özel hukuka ilişkin bir

⁵³⁹ Bkz. Tekinalp, s. 468; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1169; Karan/Kılıç, s. 518. Yazar bu görüşüne madde başlıklarının metne dâhil olmadığı ve dolayısıyla başlıktaki “tecavüzü kanıtlayan belgeler” ifadesinin metnin dışında kaldığı düşüncesinden hareketle ulaşmaktadır.

⁵⁴⁰ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 248; Tekinalp, s. 468; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1169.

⁵⁴¹ Tekinalp, s. 468; Karan/Kılıç, s. 518.

⁵⁴² Karan/Kılıç, s. 518.

⁵⁴³ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 247; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1169.

⁵⁴⁴ Salahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988; s. 812, 813; Mustafa Kılıçoğlu, **Tazminat Hukuku**, 2. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 56 v.d. Tekinalp, s. 467; Pekdinçer, s. 189.

konu olup, amacı fiziki veya ruhsal acıların, üzüntülerin, ihlal sonucu oluşan yaşama sevincindeki azalmanın bir miktar para veya başka yolla giderilmesidir⁵⁴⁵. Manevi zarar hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler tarafından talep edilebilmektedir⁵⁴⁶. Zira tüzel kişilerin ruhi veya fiziki bir ızdırap çekmeyecekleri ortada ise de, zarara uğrayabilecek şeref, onur ve itibarları bulunmaktadır. Manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi, zarar görende meydana gelen, parayla ölçülemeyen fiziksel ve duygusal olumsuzluklar içindir⁵⁴⁷. Marka hukuku anlamında manevi zararın tazmininden amaç, tecavüz dolayısıyla marka hakkı sahibinin ticari-kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasıdır. Ticari-kişisel varlık, marka sahibinin ticari işletmesinin dış dünyada, yani ilgili piyasada sahip olduğu imaj ve oluşturduğu itibar ve güvendir⁵⁴⁸. Marka hakkına tecavüz durumunda, marka hakkına sahip olan teşebbüsün faaliyet gösterdiği piyasada, imajının zedelenmesi⁵⁴⁹, kullanıcı gözünde oluşturduğu güvenin zarar görmesi veya kaybedilmesi mümkündür. Bu durumda teşebbüsün manevi ticari varlığının zarara uğratıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. İşte marka hukukunda manevi tazminatın işlevi, manevi ticari varlıkta meydana gelen zarar neticesinde marka hakkı sahibi teşebbüsün itibar, güven ve imaj kaybının giderilmesidir⁵⁵⁰. Fikri mülkiyette manevi tazminatın diğer bir amacı da potansiyel mütecavizi tecavüzden caydırmaktır⁵⁵¹.

⁵⁴⁵ Noyan, s. 399.

⁵⁴⁶ Nisim İ. Franko, **Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1973, s. 187 v.d.; Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001, s. 212, 213; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249.

⁵⁴⁷ Noyan, s. 399.

⁵⁴⁸ Tekinalp, s. 468; Pekdinçer, s. 191; Erdem, s. 79; Poroy/Yasaman, s. 459.

⁵⁴⁹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1133; Karan/Kılıç, s. 494.

⁵⁵⁰“... 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 ilımlı bir miktar içeren bu istemin aynen kabulü gerekirken, koşulların oluşmadığı gerekçesiyle reddedilmesi doğru olmamış, kararın bu yön bakımından davacı yararına bozulması gerekmiştir.” (Meran, s. 248, 249'dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 06.02.2001, E. 2001/9741, K. 2001/888)

⁵⁵¹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1133; Tekinalp, s. 468; Erdem, s. 79; Poroy/Yasaman, s. 459.

Manevi tazminat davası, m. 64/2’de zikredilen “kullanmakta olan kişi” yani bakımcı, tamirci, boyacı, yapıcı gibi, tecavüze konu malları meslek gereği kullanan kişi aleyhine açılmaz⁵⁵². Zira bu kişiler, 61. maddede sayılan tecavüz fiillerinin faillerinden değildir. Bu şahısların maddi tazminat sorumluluğu dahi, bir önceki başlık altında görüldüğü gibi 64. maddede özel hükümle düzenlenmiştir⁵⁵³.

Mahkemenin manevi tazminata hükmedebilmesi için, KHK’da başkaca hüküm bulunmadığından, B.K. m. 49’daki şartların varlığı aranacaktır. Yani zarar, ziyan ve hatanın ağırlığına uygun olarak hâkim tarafından takdir edilecektir⁵⁵⁴. Manevi tazminatın kapsamının tayin ve tespiti için ise, 62/(b) hükmü dışında B.K. m. 48, 49 ve TTK m. 57, 58 hükümleri de dikkate alınacaktır⁵⁵⁵. Manevi tazminat bakımından da mütecevizin kusurlu olmasının aranacağına şüphe yoktur⁵⁵⁶. Ancak kusurun varlığı yeterli olup, ağır kusur aranmayacaktır^{557 558}.

⁵⁵² Tekinalp, s. 468; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1133.

⁵⁵³ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1133.

⁵⁵⁴ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 249; Karan/Kılıç, s. 494; Kaya, s. 297 Camcı, s. 143.

⁵⁵⁵ “... 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 ihlali”ne 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...” (Noyan, s. 519’dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 25.03.1997, E. 1997/1680, K. 1997/2101)

⁵⁵⁶ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1133; Tekinalp, s. 468; Karan/Kılıç, s. 495; Kaya, 297; Meran, 248; Oytaç, s. 300.

⁵⁵⁷ Noyan, s. 400.

⁵⁵⁸ “... Davacı taraf, haksız rekabetin varlığının tespiti ve devam etmekte olan bu eylemin önlenmesinin yanında TTK’nın 58. maddesi hükmüne dayanarak, her bir davalıdan otuzar milyon lira da manevi tazminatın tahsilini talep etmiştir. Anılan yasa maddesi ile B.K.’nin 49. maddesinde gösterilen şartların mevcut olması halinde manevi tazminatın hüküm altına alınması gereği öngörülmüştür. Mahkemece bilirkişi görüşüne uygun olarak TTK’nın 58/e maddesinde gönderme yapılan B.K.’nin 49. maddesinde belirtilen ihlalin ve kusurun özel ağırlıkta olması gerektiği yolundaki koşulun gerçekleşmediğinden bahsolunarak bu talep reddedilmiştir. Hâlbuki dava tarihinden önce yürürlüğe giren 3444 sayılı Yasa ile değiştirilen B.K.’nin 49 maddesinde manevi tazminat için hukuka aykırılığın mevcut olması yeterli bulunmuş, ayrıca hukuka aykırılık ve bu aykırılığı doğuran kusurun özel ağırlıkta olması aranmamıştır...”(Noyan, s. 515, 516’dan naklen, Yarg. 11. H.D., T. 10.02.1998, E. 1997/8258, K. 1998/682)

Manevi tazminatın kaynaklarından birisi de 132 sayılı TSE Kanunu'na dayanılarak çıkartılan 18.10.1996 tarihli Yönetmelik'tir. Bu Yönetmeliğin 29. maddesinde, *“kamu kuruluşunun manevi itibarını haksız rekabet ortamı yaratarak kamu yararını zedeleyecek şekilde kullanılması ve kamuoyunu yanıltarak Enstitü'ye olan güveni sarsması nedeniyle firmanın büyüklüğü göz önüne alınarak dava tarihindeki marka ve belge kullandırma ücreti taban miktarından az olmamak üzere tavan miktarının 10 katına kadar manevi tazminat davaları açılır”* hükmü bulunmaktadır⁵⁵⁹. Yargıtay, TSE markasının haksız kullanımı söz konusu olduğunda Yönetmeliğin anılan hükmünü kararlılıkla uygulamaktadır⁵⁶⁰.

3.3.3. İtibar Tazminatı (KHK m. 68)

MakKHK maddi ve manevi tazminatların yanında, itibar tazminatı adı altında özel bir üçüncü tazminat türüne daha yer vermiştir. MarKHK'nın 68. maddesine göre, *“Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir.”*

⁵⁵⁹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1134. Yazar, Yönetmelikte böyle bir hususun düzenlenmesini kanun tekniğine aykırı bulmaktadır. Yazara göre, 132 sayılı Kanun incelendiğinde, Yönetmelikteki bu hükmün hiçbir dayanağının bulunmadığı görülmektedir. Ayrıca on kata kadar manevi tazminat, yükümlülüğün ceza niteliğinde öngörüldüğünü göstermektedir. Bu bakımdan kanunda öngörülme bir yaptırımın yönetmelikle düzenlenmesi kanuna aykırılık teşkil eder.

⁵⁶⁰ *“...Davalının, sözleşme yapmadığı dönemde... üretilen mallarda ve ambalajlarda TSE markasını kullandığı belirlendiğine... göre davalının eylemi... marka hakkına tecavüz sayılan fiillerdendir ve... marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazminini mahkemeden talep edebilir. Dairemizin uygulaması da bu doğrultudadır... Yine 132 sayılı TSE Kanunu'na dayanılarak çıkartılan 18.10.1996 tarihli Yönetmeliğin 29. maddesinde de Kamu Kuruluşunun manevi itibarını haksız rekabet ortamı yaratarak kamu yararını zedeleyecek şekilde kullanılması ve kamuoyunu yanıltarak Enstitü'ye olan güveni sarsması nedeniyle firmanın büyüklüğü göz önüne alınarak dava tarihindeki marka ve belge kullandırma ücreti taban miktarından az olmamak üzere tavan miktarının 10 katına kadar manevi tazminat davaları açılır hükmüne yer verilmiştir. O halde, mahkemece davalının eylemi, TSE markasına, dolayısıyla TSE Kurumu'na tüketiciler tarafından duyulan güveni sarsacağı ve marka sahibi olanlarla olmayanlar arasında haksız rekabet ortamı yaratacağı, kamuoyunu yanıltacağı muhakkak olduğundan, davacı kurum lehine münasip miktarda manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle bu talebin reddi doğru görülmemiş, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir...”* (Kaya, s. 298'den naklen, Yarg. 11. H.D., T 27.04.2000, E. 2000/2598, K. 2000/3579)

Madde metninde geçen “ayrıca” kelimesi bu tazminat türünün maddi veya manevi tazminat taleplerinden ayrı, onlara ek olarak üçüncü bir tazminat türü olduğunu kanıtlamaktadır⁵⁶¹. Bu sebeple itibar tazminatının maddi ve manevi tazminat taleplerinden ayrıldığı noktaların altını çizmekte fayda vardır. Bilindiği gibi maddi tazminat, marka hakkı sahibinin tecavüz dolayısıyla uğradı fiili maddi zararı ve yoksun kalınan karı tazmin amacıyla düzenlemiş bir tazminat türüdür. Maddi tazminatın malvarlıksal zararı karşılamayı amaçladığı açıktır. Esas olarak amacı; haksız fiil sonucu oluşan fiziki veya ruhsal acıların ve zararların bir miktar para veya başka yolla giderilmesi olan manevi tazminat kavramı ise fikri hukuk anlamında, tecavüz dolayısıyla marka hakkı sahibinin, yani teşebbüsün ticari-kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların, itibar, güven ve imaj kaybının giderilmesidir. Dolayısıyla manevi tazminatta gerçek ya da tüzel kişiliğin korunması amaçlanmıştır. İtibar tazminatında ise, bizzat tecavüze uğrayan markanın itibarında meydana gelen zararın giderilmesi amaçlanmaktadır. Tecavüz fiili ayrıca teşebbüsün ticari itibarına zarar vermiş de olabilir. Ancak itibar tazminatı talep edebilmek için teşebbüsün itibarının zarar görmüş olması gerekmez. Bu bakımdan itibar tazminatı ne fiili zararın ya da yoksun kalınan karın tazmini, ne de marka sahibinin imaj ve itibar kaybının karşılığıdır. Markanın kendisinin itibar ve güven kaybının karşılığıdır⁵⁶². İtibar tazminatının talep edilebilmesi için marka hakkına bir tecavüz, yani bir hukuka aykırılık söz konusu olmalı, bu tecavüz kötü üretim veya uygun olmayan bir şekilde piyasaya sürme şeklinde ortaya çıkmalıdır. Madde metnindeki “*kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılma*”dan anlaşılması gereken budur. Bundan başka; söz konusu kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme eylemleriyle, markanın itibarı zarara uğratılmış olmalıdır. Dolayısıyla itibar tazminatına hükmedilebilmesi için; kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırılığın yanında, bu hukuka aykırılık sonucunda markanın itibarı zarara uğramış olması koşulları birlikte aranacaktır. Oysa maddi veya manevi tazminatın talep edilebilmesi için, şartların varlığı halinde, sadece hukuka aykırılık unsurunun bulunması yeterli olacaktır⁵⁶³.

⁵⁶¹ Meran, s. 248.

⁵⁶² Kaya, s. 299; Karan/Kılıç, s. 533; Meran, s. 248.

⁵⁶³ Tekinalp, s. 469; 470.

Markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. İmaj ve güven kurmanın bir maliyeti bulunmaktadır. İşte itibar tazminatı söz konusu maliyetin talep edilmesidir⁵⁶⁴. Bu özelliğiyle itibar tazminatı hem maddi hem de manevi tazminatın özelliklerini taşır⁵⁶⁵. Bu ikili yapı, itibar tazminatının hesaplanmasında ölçü olarak kullanılacak unsurlardan hareket edildiğinde daha net bir şekilde görülmektedir. Mahkeme itibar tazminatına hükmederken, bir taraftan B.K. 49/2'yi, yani imaj inşası için gerçekleştirilen giderlerden hareket ederek hasarın tamiri için yapılması gerekenleri ve bunların giderlerini göz önüne almalı⁵⁶⁶, diğer taraftan da itibar kaybının manevi cephesini göz önünde tutmalıdır⁵⁶⁷. Ancak, itibar tazminatının talep edilmesi maddi veya manevi tazminat talep edilmesine bağlı değildir. Sadece itibar tazminatı da talep edilebilir⁵⁶⁸.

Özetlemek gerekirse hâkimin itibar tazminatına hükmedebilmesi için; hakkın tecavüze uğramış olması, bu tecavüz neticesinde marka itibarının zarara uğramış olması, bu zararın markanın kötü veya uygun olmayan bir biçimde kullanılmasından kaynaklanması gerekmektedir. Mütecavizin kusurunun aranacağı da muhakkaktır⁵⁶⁹.

Kötü veya uygun olmayan tarzda kullanmanın; kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme şeklinde ortaya çıkacağı belirtilmişti. Bu kapsamda olmak üzere, markanın kötü bir mal veya ambalaj üzerinde kullanılması, kötü satış şartlarında satılıyor olması, ürünlerin bozuk⁵⁷⁰ ya da kalitesinin düşük olması⁵⁷¹,

⁵⁶⁴ Meran, s. 248.

⁵⁶⁵ Tekinalp, s. 469; Kaya, s. 300.

⁵⁶⁶ Meran, s. 248.

⁵⁶⁷ Tekinalp, s. 469.

⁵⁶⁸ Kaya, s. 300; Meran, s. 248; Karan/Kılıç, s. 533; Pekdinçer, s. 192.

⁵⁶⁹ Tekinalp, s. 471; Yasaman ve diğerleri, C. 2, 1184.

⁵⁷⁰ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1183.

⁵⁷¹ Yasaman ve diğerleri, C. 2, 1183; Tekinalp, s. 471; Dirikkan, s. 309.

hatta malın markanın itibarını düşürecek düzeyde düşük fiyatla satılması⁵⁷² vb. durumlar kötü kullanım sayılacaktır. Sadece mala bağlı olarak markanın kötü biçimde kullanılması değil, doğrudan doğruya markanın kötü biçimde kullanılması da yeterli olacaktır. Örneğin reklâm amacıyla üretilen tişörtlerin üzerine “Adidas” markasının benzeri olan “Adihas” markasının uyuşturucu maddeleri çağrıştıracak şekilde kullanılmasında malla bağlantılı olmaksızın doğrudan doğruya markanın kötü biçimde kullanımı söz konusudur⁵⁷³. Zorunlu olmamakla birlikte, hükmün uygulanması daha çok tanınmış markalar bakımından gündeme gelir. Örneğin dünyaca tanınmış bir markanın taklidinin işportada satılması veya Lüks ve tanınmış marka bir aracın LPG takılmak suretiyle satılıyor olması gibi durumların marka itibarına zarar vereceği açıktır⁵⁷⁴.

Zararın başka sebeplerle ortaya çıktığı yani “*kötü şekilde kullanma*”nın mevcut olmadığı durumlarda itibar tazminatına hükmedilemez. İtibar tazminatı sebepleri MarKHK’da tahdidi olarak gösterilmiştir. Zarar, bu sebeplerin dışında başka bir sebepten, örneğin kötülemeden, engellemeden, mübalağalı ilanlarla ezme ve karartmadan kaynaklanmışsa, itibar tazminatı talep edilemez⁵⁷⁵. Söz konusu tazminatın gündeme gelebilmesi için, markanın dâhil olduğu işletmenin itibarının da zarar görmesi şart değildir; yani işletmenin itibarının zarar görmesi itibar tazminatı talebinin zorunlu bir şartı değildir⁵⁷⁶. İşletmenin itibarının zedelendiği durumlarda istenecek olan tazminat manevi tazminattır⁵⁷⁷. Ancak elbette, işletme ile marka arasındaki yakın bağlantı sebebiyle markanın itibarına verilen zararlar birlikte çoğu kez işletmenin itibarı da zarar görmektedir⁵⁷⁸. Yargıtay, genellikle markanın

⁵⁷² Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1183.

⁵⁷³ Dirikkan, s. 309 ve aynı sayfadaki dn. 394.

⁵⁷⁴ Dirikkan, s. 309, ve aynı sayfada dn. 391; Kaya, s. 300; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1183.

⁵⁷⁵ Tekinalp, s. 471; Kaya, s. 299; Dirikkan, s. 309.

⁵⁷⁶ Kaya, s. 299; Karan/Kılıç, s. 533; Dirikkan, s. 309; Karşı görüş için bkz. Oytaç, s. 325.

⁵⁷⁷ Karan/Kılıç, s. 533.

⁵⁷⁸ Kaya, s. 300.

itibarındaki zedelenmenin gideriminin manevi tazminat yoluyla sağlanabileceği görüşündedir⁵⁷⁹.

İtibar tazminatı; sadece marka hakkına tecavüz ederek mal veya hizmeti üretenden değil, ithal veya ihraç eden, dağıtan satan kişiden de istenebilmelidir⁵⁸⁰. Bu kişiler B.K. m. 50/1⁵⁸¹ uyarınca müteselsil sorumluluğa tabi tutulabilmelidirler. Böyle bir sorumluluğa gidilebilmesi için anılan kişilerin muhakkak bir anlaşma içinde olmaları da aranmamalıdır. Marka hakkına tecavüz olduğunu bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları yeterlidir⁵⁸².

3.4. HÜKMÜN İLGİLERE TEBLİĞİ VE İLANI

KHK'nın 72. maddesi KHK uyarınca açılan bir davada kazanan tarafa “kesinleşmiş kararın” günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak “ilanını talep etmek hakkını vermiştir. Görüldüğü gibi 72. madde ile, KHK m. 62/(f) bendinde öngörülen marka hakkına tecavüzü ve mütecavize uygulanan yaptırımı hüküm altına alan mahkeme kararının ilgililere tebliğini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını içeren talebin bir benzeri düzenlenmiştir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi⁵⁸³, şekil itibarı ile 72. madde hükümlerine göre yapılacak olan bu ilan, esasen 72. maddede düzenlenen ilandan farklıdır. Bilindiği gibi m. 62/(f) bendinde düzenlenen talep, tecavüzün refi davasında ileri sürülecek taleplerdendir. Oysa 72. maddede düzenlenen ilan talebine dava dilekçesinde yer verilmez, hüküm

⁵⁷⁹ “... 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.” (Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1184'ten naklen, Yarg. 11. H.D., T. 06.02.2001, E. 2001/9741, K. 2001/888)

⁵⁸⁰ Tekinalp, s. 472; Pekdinçer, s. 192.

⁵⁸¹ B.K. m. 50/1: “Birden ziyade kimseler birlikte bir zarar ika ettikleri takdirde müşevvik ile asıl fail ve fer'an methali olanlar, tefrik edilmeksizin müteselsilen mesul olurlar. Hakim, bunların birbirini aleyhinde rücu hakları olup olmadığını takdir ve icabında bu rücuun şumulünün derecesini tayin eyler.”

⁵⁸² Tekinalp, s. 472.

⁵⁸³ Bkz. III. Bölüm, 3.2.4.

kesinleştikten sonraki üç ay içerisinde talep edilir. Bu husus 72. madde metninde açıkça ortaya konmuştur.

KHK m. 62/(f)'e göre davanın başında, davalı aleyhine karar verilmesi halinde kararın yayımını talep etmemiş olan davacı, mahkemece verilen bu yöndeki kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, kararın tamamen veya özet olarak ilanını isteyebilir. Üç aylık hak düşürücü süre⁵⁸⁴ içinde kedisine yöneltilen talebi inceleyen mahkeme, haklı bir sebebin veya menfaatin bulunduğu kanaatin varırsa ilanın yapılmasına karar verir. Haklı sebebin veya menfaatin ağırlığına göre mahkeme kararın tamamının veya özetinin ilanına karar verebilir. Üç aylık süre içinde ileri sürülmeyen talep hakkı düşer⁵⁸⁵. İlan talebi esas kararı veren mahkemeye yapılacak ve mahkeme aynı dosya üzerinden talep hakkında karar verecektir.

4. USUL HÜKÜMLERİ

4.1. İHTİYATİ TEDBİRLER VE GÜMRÜKTE EL KOYMA

4.1.1. İhtiyati Tedbir Talebi (KHK m. 76)

Marka hakkına tecavüz fiilleri doğal olarak marka hakkı sahibini zarara uğratmakta veya zarara uğrama tehlikesi altında bırakmaktadır. Böyle bir durumun devamı marka hakkı sahibinin zarar görmesi veya zararının artmasına, büyümesine neden olacaktır. Diğer yandan davacının marka hakkına tecavüzün tespiti, durdurulması veya menî davası açarak ilam alması uzun süre alabilecek ve bu durumda marka hakkı sahibinin zararı giderek artacaktır. Bu tehlikenin önlenmesi açısından ve mahkemece verilecek hükmün etkinliğini temin bakımından KHK'da öngörülen türde dava açma hakkına sahip olanlara ihtiyati tedbir talep etme imkânı tanınmıştır⁵⁸⁶.

556 sayılı KHK'nın 76. maddesine göre, *“bu KHK'da öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, dava konusu markanın kendi marka hakkına tecavüz*

⁵⁸⁴ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1200.

⁵⁸⁵ Karan/Kılıç, s. 558.

⁵⁸⁶ Camcı, s. 147, 148.

teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini⁵⁸⁷ temin etmek üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir. İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir.”

77. madde ise, hükmedilecek olan ihtiyati tedbirlerin, esas davada verilecek olan hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olması gerektiğini ve özellikle;

- a- Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,
- b- Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması,
- c- Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi

tedbirlerini kapsamaması gerektiğini hükme bağlamıştır. İhtiyati tedbirlerin nitelik ve kapsamının düzenlendiği 77. maddede sayılan bu ihtiyati tedbirler, sadece örnek kabilinden olup sayılarının ve çeşitlerinin çoğaltılması mümkündür. Hâkim sayılanlardan başka, hükmün etkinliğini sağlayacak şekilde sair tedbirlere de hükmedebilir⁵⁸⁸. Doktrinde, hükmedilecek ihtiyati tedbirlerin, usul hukukuna hâkim davanın esasını çözecek şekil ve nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği kuralını bertaraf edemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu bakımdan; 76. maddedeki “*davanın etkinliğini temin etmek üzere*” ve 77. maddedeki “*verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı*” ifadelerinin bu kuralı etkisiz kılacak şekilde yorumlanmamaları gerektiğinin altı çizilmiştir⁵⁸⁹. Ancak doktrinde daha baskın olan

⁵⁸⁷ Maddedeki “*davanın etkinliği*” tabirinden dava sonucunda verilecek olan hükmün etkinliği anlaşılmalıdır. Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 226, dn. 6.

⁵⁸⁸ Kaya, s. 303; Tekinalp, s. 479; Karan/Kılıç, s. 574; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1213.

⁵⁸⁹ Kaya, s. 304; Camcı, s. 149.

görüş, davanın esasını çözümlenecek biçimde ihtiyati tedbir kararı verilemez ilkesinin, markalar hukukunda yumuşatılmış olduğu ve ihtiyati tedbirlerin, açılmış veya açılacak davada verilecek hükmün etkinliğini sağlayacak mahiyette olmasının MarKHK’da açıkça öngörüldüğü ve bu kapsamda sadece teminat amaçlı değil ifa amaçlı tedbirlere de⁵⁹⁰ hükmedilebileceği yolundadır⁵⁹¹. MarKHK’da düzenlenmiş olan bu ihtiyati tedbirler, buradaki hükümler yanında H.U.M.K.’un ilgili hükümlerine tabidirler⁵⁹² ⁵⁹³. Maddede sayılan ihtiyati tedbir örneklerini daha ayrıntılı incelemek konunun anlaşılması bakımından faydalı olacaktır.

4.1.1.1. Tecavüzün Durdurulması [KHK m. 77/(a)]

Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması kapsamında; dava konusu işareti taşıyan mal veya hizmetlerin üretimi, ambalajlanması, stoklanması, satılması, dağıtılması, önerilmesi, sipariş alınması veya başka bir suretle ticaret alanına sokulması, ithali, ihracı, ilanlara ve reklâmlara konu yapılması ile tüm bu sayılanlara girilmesi ve hazırlık yapılması sayılabilecektir. Durdurma kararı alınabilmesi için tecavüzün başlamış olması şart değildir. Tecavüz sonucunu doğurabilecek hazırlıklar ilk aşamada bulunsa bile, durdurma kararı verilebilecektir⁵⁹⁴.

4.1.1.2. Mallara El Koyma [KHK m. 77/(b)]

Türkiye sınırları içinde herhangi bir yerde mallara el konabileceği gibi, bu işlem gümrüklerde, serbest liman ve bölgelerde de gerçekleştirilebilir. Maddede yer alan, mallara Türkiye içinde buldukları “her yerde” el konulabileceği açıkça

⁵⁹⁰ Örneğin, markanın kullanılmasının “geçici” olarak yasaklanması gibi... (Bkz. Nevhis Deren Yıldırım, “ Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, C. 2, s. 201)

⁵⁹¹ Deren Yıldırım, s. 201 Tekinalp, s. 477; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1213; Oytaç, s. 337, 338; Pekdinçer, s. 175.

⁵⁹² Tekinalp, s. 480; Kaya, s. 304; Meran, s. 255.

⁵⁹³ H.U.M.K.’un 101 ila 113/A maddeleri ihtiyati tedbir müessesesini düzenlemektedir.

⁵⁹⁴ Tekinalp, s. 479; Karan/Kılıç, s. 574; Pekdinçer, s. 179.

düzenlendiğine göre; mallar, mütecevize veya üçüncü bir kişiye ait herhangi bir mahalde bulunabilir. Üçüncü kişi resmi ya da gayri resmi bir sıfat taşıyabilir. Mallara, taşıma, saklama, fason dâhil üretme, ambalajlama, yükleme, istifleme gibi bir sebeple zilyet olunabilir. Mallar başka bir ihtilaf sebebiyle bilirkişi nezdinde bulunabilir. Tüm bu hallerde mallar el konulabilecektir. Hatta malların üçüncü kişinin mülkiyetinde olması bile el koymaya engel değildir. Ancak malları kişisel ihtiyacı için satın almış olan nihai tüketici elindeki mallara el konulamayacaktır⁵⁹⁵. İhtiyati tedbire karar verilebilmesi için, malların mutlaka Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde üretilmesi veya Türkiye'ye ithali gerekmez, önemli olan el konulacak malların Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yakalanmasıdır⁵⁹⁶. Yargıtay önceleri serbest bölgede bulunan malların Türkiye'ye sokulacağı hususunda etkin çalışmalar yapıldığı kanıtlanmadıkça, markaya tecavüz sebebiyle ihtiyati tedbir istenemeyeceği görüşüyle⁵⁹⁷, sonraki kararlarında bu görüşünden dönerek serbest bölgelerdeki faaliyetin Türkiye sınırlarına dâhil olduğunu ve marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini kabul etmiştir^{598 599}.

Mallara gümrüklerde el konulması ise KHK m. 79'da ayrıca düzenlenmiş olup bu konu daha sonra ele alınacaktır.

⁵⁹⁵ Tekinalp, s. 480; Karan/Kılıç, s. 574.

⁵⁹⁶ Karan/Kılıç, s. 574.

⁵⁹⁷ "... markaların korunabilmesi için ihtiyati tedbir yolunu düzenleyen anılan kararnamenin 76. ve 77. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinde, bir markanın Türkiye'de tescil edilmiş bir marka haklarına tecavüz edecek şekilde Türkiye'de kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek koşuluyla 77. maddede belirtilen tedbirlerin uygulanabileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bir başka deyişle, serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içinde kullanılmakta olduğunun veya bu konuda yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının davacı tarafından kanıtlanabilmesi halinde bu durum Türkiye'de tescilli aynı markaya karşı tecavüz eylemi içinde olduğu kabul edilebilecektir. Oysa, davada bu husus davacı tarafından kanıtlanabilmiş değildir." (Meran, s. 255, 256, Yarg. 11. H.D., T. 23.09.1999, E. 1999/4928, K. 1999/7026)

⁵⁹⁸ "... ülkesellik prensibi bakımından serbest bölgelerin de ülke sınırlarına dahil olduğu ve bu bölgelerde faaliyet gösteren işletmeler bakımından ilgili yasada marka hakkının kullanılması bakımından bir muafiyet tanınmadığı açıktır... marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen sahte ürünleri serbest bölgede ticari araçla bulunduran davalının bu eyleminin suç teşkil ettiği ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun değerlendirilerek karar verilmesi gerekirken... kararın bozulması yerine onandığı anlaşıldığından ... hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir."(Karan/Kılıç, s. 575, 576'dan naklen Yarg. 11. H.D., T. 13.02.2004, E. 2003/13968, K. 2004/1201)

⁵⁹⁹ Karan/Kılıç, s. 575.

4.1.1.3. Teminat Verilmesi [KHK m. 77(c)]

Mahkemeden, marka hakkına tecavüz fiilinin verdiği veya verebileceği zararın tazmini için, mütecavizin teminat yatırmasına hükmetmesi de istenebilecektir.

Bu hususta doktrinde KHK m. 77/(c)'de düzenlenen teminatın kimin tarafından verileceği noktasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre teminatı verecek olan ihtiyati tedbiri isteyendir. Tedbir isteyen sonradan haksız çıkması halinde diğer tarafın uğrayacağı zararın karşılanması için bu düzenleme getirilmiştir⁶⁰⁰. Diğer görüş ise, teminatı aleyhinde ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin vermesi gerektiği düşüncesindedir. Zira hüküm tartışmaya mahal vermeyecek kadar açıktır.⁶⁰¹ 77. maddenin lafzından bu ikinci görüşün doğru olduğu, teminat düzenlemesinin tedbir taleplerinden biri olarak düzenlendiği sonucu çıkmaktadır. Teminat, tecavüzün başlamış olduğu veya başlamaya yakın bir aşamada bulunduğu durumlarda söz konusu olacaktır ve iki amaca hizmet eder. Birincisi tecavüz fiilinin durdurulması yönünde mütecavizi ikna etmesi, ikincisi ise verilen veya verilecek olan zararın tazminini güvence altına almasıdır⁶⁰². Tedbirin amaca ulaşabilmesi için, teminat tutarının yüksek olması, teminatın da olabildiği oranda ya para veya paraya kolayca çevrilebilen malvarlığı parçalarından oluşması gerekir. Açılmış veya açılacak esas davada maddi/manevi tazminat veya itibar tazminatı talep edilmiş olması, mahkemece teminata hükmedilmesine engel değildir. Mütecavizin mahkemenin teminat kararını yerine getirmemesi halinde H.U.M.K. m. 113/A⁶⁰³ uygulanır⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 228.

⁶⁰¹ Bkz. Tekinalp, s. 480; Pekdinçer, s. 180.

⁶⁰² Karan/Kılıç, s. 575; Tekinalp, s. 480.

⁶⁰³ H.U.M.K. m. 113/A: “İhtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse eylemi T.C.K.'na göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, ait olduğu ceza mahkemesince bir aydan altı aya kadar hapisle cezalandırılır.”

⁶⁰⁴ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1213.

Daha önce de belirtildiği gibi⁶⁰⁵, sayılan bu tedbir çeşitleri örnek kabilindendir.

Mahkemenin tedbir kararı vermesi, talep sahibinin dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmesi şartına bağlanmıştır. Hükümde kullanılan ispat kelimesi isabetle seçilmemiştir. Buradaki ispat olgusunun kesin ispat yerine, markanın izinsiz olarak kullanıldığının veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının muhtemel gösterilmesi, mahkemenin buna inandırılması biçimine anlaşılması uygun olacaktır⁶⁰⁶. Ancak ciddi ve etkin çalışma ifadesinden, hak sahibinin gerçekleşeceğini düşündüğü soyut ihtimaller de anlaşılmalıdır. İşaretin kullanılmasına ilişkin girişimde bulunmuş olması aranmalıdır⁶⁰⁷. Tedbir talebinde bulunanın söz konusu ispat için, makul olarak temin edebileceği her türlü belgeyi ve hukuki aracı sunmasının yeterli olacağı görüşü de haklı olarak ileri sürülmüştür⁶⁰⁸. Doktrinde Tekinalp, haklı olarak KHK’nın 76. maddesinde öngörülen halin H.U.M.K. m. 103’teki⁶⁰⁹ “*tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan*” ölçütüne kıyasla daha hafif olduğu görüşündedir. Yani marka sahibinin ya markanın kullanıldığını veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığını ispat etmesi yeterlidir; ayrıca tehlikenin veya mühim zararın ispatına gerek yoktur⁶¹⁰.

76. maddedeki “*kullanma*” ifadesiyle MarKHK m. 9/2 de düzenlenen haksız kullanım şekillerinden herhangi birinin varlığı kastedilmiştir. Maddedeki “*ciddi ve*

⁶⁰⁵ Bkz. III. Bölüm, 4.1.1.

⁶⁰⁶ Tekinalp, s. 479; Deren Yıldırım, s. 201, 202; Karan/Kılıç, s. 572; Meran, s. 254; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 227; Kaya, s. 302; Pekdinçer, s. 177.

⁶⁰⁷ Meran, s. 254

⁶⁰⁸ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1209, 1210; Tekinalp, s. 479.

⁶⁰⁹ H.U.M.K. m. 103: “*101 ve 102 nci maddelerde gösterilen hallerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hâkim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir.*”

⁶¹⁰ Bkz. Tekinalp, s. 478, 479; Deren Yıldırım, s. 201; Karan/Kılıç, s. 572.

etkin çalışma” ifadesi ise kullanmayla ilgili girişim aşamasına geçilmiş olmasını kasteder, yoksa bu konuda düşünce açıklanmış olması yeterli değildir⁶¹¹. Ancak davacının ihtiyati tedbir talep edebilmesi için mutlaka zarar görmesi de gerekmez. Zarar görme tehdidi altında olması yeterlidir⁶¹².

İhtiyati tedbir talebi esas davadan önce yapılmışsa, dava, tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde açılmalıdır⁶¹³. Aksi takdirde H.U.M.K. m. 109⁶¹⁴ hükmü uyarınca ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır. Üzerinde durulması gereken başka bir nokta da durum ve şartların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesi veya kaldırılması yoluna gidilip gidilemeyeceğidir. H.U.M.K. m. 111⁶¹⁵ doğrultusunda, ihtiyati tedbir kararının yeniden gözden geçirilip değiştirilmesi veya kaldırılmasının yalnızca “durumun değişmesi” halinde ortaya çıkacaktır. Örneğin ihtiyati tedbir nedeninin değişmesi, marka hakkının koruma süresinin dolması veya yeni delillerin ortaya çıkması durumun değişmesi sayılmayacaktır. Yine, mütecevize belli bir davranışta bulunması yasaklanmış fakat bu tedbir etkisiz kalmışsa tedbir kararı değiştirilebilecektir. Örneğin mütecevize markaya tecavüz etmesi yasaklanmış fakat bu tedbir etkisiz kalmışsa, hak sahibi bu defa üretilen mallara el konulmasını talep edebilecek, böylece ilk verilen tedbir kararı kaldırılabilir. İhtiyati tedbirin varlığını koruması için şartların ortadan kalkması da kaldırılma sebebidir⁶¹⁶.

⁶¹¹ Tekinalp, s. 478; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1209.

⁶¹² Pekdinçer, s. 175.

⁶¹³ Deren Yıldırım, s. 202; Tekinalp, s. 479; Karan/Kılıç, s. 572; Meran, s. 255; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1211; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 226; Pekdinçer, s. 177; Camcı, s. 148.

⁶¹⁴ H.U.M.K. m. 109: “İhtiyati tedbir kararı dava ikamesinden evvel verilmiş ise tatbik edilmiş olsun olmasının kararın verildiği tarihten itibaren on gün zarfında esas hakkında dava ikamesi lazımdır. Bu müddette müddi davasını ikame eylediği müsbit evrakı, kararı tatbik eden memura ibrazla dosyaya vaz’ı ve kaydettirerek mukabilinde ilmühaber almağa mecburdur. Aksi takdirde ihtiyati tedbir bir güne merasime hacet kalmaksızın kendiliğinden kalkar ve iktizasına göre vazolunan tedbirin fiilen kaldırılması ihtiyati tedbiri tatbik eden daire veya memurdan talep olunabilir.”

⁶¹⁵ H.U.M.K. m. 111: “Aleyhine ihtiyati bir tedbire karar verilmiş olan taraf teminat gösterirse icap vaziyete göre bu tedbir tebdil veya ref olunabileceği gibi vaziyet ve şeraitin tebeddülü sabit olursa ihtiyati tedbirin teminatsız tadil veya ref’i de caizdir.”

⁶¹⁶ Deren Yıldırım, s. 205, 206.

İhtiyati tedbir konusunda görevli mahkeme KHK'nın 71. maddesi uyarınca ihtisas mahkemeleridir. Yer itibariyle yetkili mahkemenin ise, dava açılırken veya dava açıldıktan sonra talep edilecek tedbirler için, esas davanın görüldüğü mahkeme olacağı muhakkaktır. Ancak, esas davadan önce talep edilecek ihtiyati tedbirler bakımından yetkili mahkemenin neresi olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre yetkili mahkeme konusunda KHK'nın 63. maddesi hükmünün esas alınması ve davacının ikametgâh mahkemesi, suçun işlendiği yer mahkemesi veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yer mahkemelerinden birinde tedbir talebi yapılması gereklidir. Zira hüküm ihtiyati tedbirde işlevselliği ve kolaylığı amaçlayan H.U.M.K. m. 104/1⁶¹⁷ hükmünün bu amacını gerçekleştirmeye müsaittir⁶¹⁸. Diğer görüş ise esas dava için yetkili kılınan mahkemelerin davadan önce talep edilen ihtiyati tedbirler için de yetkili olmasına ilişkin bir hükmün olmadığını, böyle bir hüküm öngörülmesinin uygun ve yerinde olacağını belirttikten sonra, yürürlükteki hukuk bakımından, davadan önceki ihtiyati tedbirlerde bir yetki sınırı olmadığını ve H.U.M.K. 104/1 hükmü uyarınca tedbirin en az masrafla ve en çabuk yerine getirilmesini mümkün kılan yer mahkemesinin yetkili bulunduğunu kabul etmektedir⁶¹⁹.

KHK'da ihtiyati tedbirlere ilişkin düzenlenen özel hükümler, markaya tecavüz oluşturan işareti taşıyan malları satan, dağıtan veya başka şekilde ticaret alanına çıkaranlara ve 61. maddedeki fiillere iştirak edenlere⁶²⁰ karşı açılan veya açılacak olan davalarda olduğu gibi inhisari lisans alanın⁶²¹ açtığı veya açacağı davalarda da tatbik olunur.

⁶¹⁷ H.U.M.K. m. 104/1: *“Dava ikamesinden evvel haczi ihtiyati kararı mahkeme tarafında verilir. Haczi ihtiyatiden maada talep olunan ihtiyati tedbirlerin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise işbu tedbirlere o mahal mahkemesi tarafından dahi karar verilebilir.”*

⁶¹⁸ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, c. 2, s. 228; Kaya, s. 304; Pekdinçer, s. 178.

⁶¹⁹ Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1121.

⁶²⁰ Tekinalp, s. 478.

⁶²¹ Tekinalp, s. 478; Meran, s. 254; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1209; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 226; Oytaç, s. 337; Pekdinçer, s. 176.

4.1.2. Gümrükte El Koyma(KHK m. 79)

MarKHK m. 79, marka hakkına tecavüzden dolayı dava açma hakkına sahip olanlara, ek bir tedbir imkânı daha getirmiş ve cezayı gerektiren taklit mallara el konulmasını gümrük idaresinden talep etme yetkisi vermiştir. Burada esasen idare eliyle bir ihtiyati tedbir uygulaması söz konusudur⁶²². Esasen, ihtiyati tedbir kararını yalnızca mahkemeler verebileceğinden burada idari bir tedbirin söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır⁶²³. Her ne kadar maddede el koymadan bahsediliyor ise de, belirtilmek istenen husus, yurda giriş veya yurttan çıkış esnasında gümrük idarelerince yerine getirilmesi gereken işlemlerin belirli bir süre için yapılmayıp durdurulması ve bu suretle söz konusu malların yayılmasının önlenmesidir.

Madde lafzından da anlaşıldığı üzere bu tür bir tedbir imkânının kullanılabilmesi için, malın taklit olması ve hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektirmesi lazımdır. Talep, söz konusu mallar gümrük sahası dâhilinde bulunuyorken yapılmalıdır. Transit geçiş amacıyla gümrükte bulunan mallar bakımından da söz konusu tedbir uygulanabilecektir⁶²⁴. Yalnızca tecavüze konu markayı taşıyan mallar değil, bunların etiket, ambalaj gibi tamamlayıcılarının ve eşyanın üretiminde kullanılan kalıpların da yurda girişi bu tedbirle engellenebilecektir⁶²⁵. Ancak, yolcu beraberinde getirilen kişisel ve hediyelik eşya ile posta kolileri ve ticari mahiyette olmayan eşyanın gümrük işlemleri durdurulamaz. Yani hüküm nihai tüketiciyi kapsamamaktadır⁶²⁶.

79. maddenin 2. fıkrasında el koymayla ilgili uygulamanın bu konuda çıkarılacak olan mevzuata göre düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Sözü geçen

⁶²² Kaya, s. 305.

⁶²³ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 229, dn. 11; Meran, s. 257, dn. 326; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1217.

⁶²⁴ Karan/Kılıç, s. 578, Karşı görüş için bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 229.

⁶²⁵ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1220.

⁶²⁶ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 230.

mevzuat 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile Gümrük Yönetmeliği'dir.

MarKHK m. 79, G.K. m. 57 ve Gümrük Yönetmeliği bir arada değerlendirildiğinde gümrük tedbirlerinin⁶²⁷ uygulanış prosedürü şu şekilde özetlenebilir:

Hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri, hak sahibinin talebi üzerine ya da eşyanın taklit markalı olduğuna ilişkin açık delil varsa re'sen gümrük idarelerince durdurulur. Durdurma kararı prosedürün devamı için ithalatçı ve hak sahibine bildirilir. Gümrük idaresinin talebin reddi yönünde karar vermesi durumunda, bu karar elbette idari yargının konusu olabilecektir⁶²⁸. Durdurma kararı verilirse marka hakkı sahibi söz konusu eşyadan numune alabilir. İdarenin verdiği durdurma kararının marka hakkı sahibine tebliği tarihinden itibaren on gün içinde hak sahibi tarafından esasa ilişkin dava açılmaması veya tedbir niteliğinde bir karar getirilmemesi halinde, el koyma kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Gümrük işlemleri durdurulan eşya hakkında mahkemenin 62. maddede öngörülen yaptırımlardan birine karar vermesi durumunda söz konusu yaptırım gümrük idaresince yerine getirilecektir. Bu kapsamda mal imha edilebilecek veya malın marka hakkına tecavüz teşkil eden nitelikleri değiştirilebilecek, örneğin tecavüz teşkil eden işaret malın üzerinden sökülebilecek ve mal sahibine teslim edilebilecektir.

4.2. TARAFLAR

4.2.1. Davacı

Marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açmaya ve açıklanan diğer taleplerde bulunmaya yetkili olanların başında marka sahibi gelmektedir. Marka sahibi, marka sicilinde adına markanın tescil edildiği kişidir. Bu sıfat aslen, devren veya miras

⁶²⁷Yasaman, KHK'da "elkoyma" tabirinin isabetsiz olarak kullanıldığından bahisle konuya ilişkin açıklamalarında "gümrük tedbirleri" tabirini kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1217 v.d.

⁶²⁸ Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1121.

yoluyla kazanılmış olabilir. Tüzel kişilerin birleşmesiyle iktisap da devren iktisaptır⁶²⁹. Garanti Markalarında markanın sahibi MarKHK m. 54 uyarınca marka siciline tescil edilmiş olan veya ondan markayı devralandır. Ortak markalarda marka sahipleri, yapılan sözleşme çerçevesinde bir araya gelen kişilerdir. Bu kişiler markayı ayrı ayrı kullanmay yetkili olduklarından müstakilen dava açma hakları da vardır⁶³⁰. MarKHK m. 9/3'e göre markanın sağladığı haklar üçüncü kişilere karşı marka tescilinin resmi marka gazetesi ile yayımı tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Dolayısıyla markanın tescili yayımlanmadıkça başvuru sahibinin marka hakkına tecavüz davalarını açabilmesi mümkün değildir. Ancak m. 9/3'ün 2. cümlesi tazminat davaları bakımından bu kurala bir istisna getirmiş ve tescil başvurusunun yayımı tarihinden itibaren başvuru sahibine de tazminat davaları açabilme hakkını vermiştir. Yani tazminat davaları bakımından, başvuru sahibi de, başvurusunun resmi marka gazetesinde yayımlanmış olması koşuluyla, yayım tarihinden sonra gerçekleşen tecavüz olaylarına ilişkin tazminat davaları bakımından davacılık sıfatını taşıyabilecektir⁶³¹.

Lisans alanın dava açma hakkı ise 21. maddenin 4. ve 5. fıkralarıyla MarKHK'nın 73. maddesinde ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır. 21. madde lisans şartlarını 73. madde ise daha ayrıntılı olarak lisans alanın dava açmasını ve şartlarını düzenlemektedir. Söz konusu hükümler birlikte değerlendirildiğinde davacılık sıfatı yönünden lisansın inhisari ya da basit lisans⁶³² olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre; aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa inhisari lisansa sahip

⁶²⁹ Tekinalp, s. 475.

⁶³⁰ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 252.

⁶³¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 251, 252.

⁶³² İnhisari Lisans, lisans verenin yani marka sahibinin tescilden doğan haklarını başka bir kişinin inhisarına bıraktığı lisans türüdür. İnhisari lisansta marka sahibi, inhisari lisans sahibinden başkasına markadan kaynaklanan haklarını devredemeyeceği gibi, kendi hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi dahi markayı kullanamaz. Ancak marka sahibi lisans sözleşmesine bu hakları saklı tuttuğunu belirten hükümler koyabileceği gibi, bölgesel veya dava hakkının tanınmaması gibi kapsamsal sınırlamalar getirebilir. Basit (Adi) lisans adıyla anılan inhisari olmayan lisansta ise marka sahibi markaya ilişkin haklarını başka lisans sözleşmeleriyle lisans alandan başkalarına da tanıyabilir, kendisi de kullanabilir. Basit lisans kapsam ve donanım bakımından inhisari lisansa göre daha dar çerçevelidir. Kanun koyucunun tanıdığı kanuni tür inhisari olmayan lisanstır. Yani lisans sözleşmesinde lisansın türü belirtilmemişse taraflar arasında basit lisans bulunduğu kabul edilir. Bkz. Özel, s. 48-50; Karan/Kılıç, s. 345 v.d.

ve lisansı marka siciline kayıtlı olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin 556 sayılı KHK uyarınca açabileceği davaları kendi adına açabilir. İnhisari lisansa sahip olmayan basit lisans sahiplerinin ise dava açma hakları yoktur.

Basit lisans sahipleri ile inhisari lisans sahibi olmalarına rağmen dava açma hakları sözleşme ile kaldırılanlar, marka hakkına tecavüz durumlarında gereken davayı açmasını marka sahibine noter kanalıyla yapacakları bir bildirimle kendisinden talep edebilirler. Marka hakkı sahibinin belirtilen talebi kabul etmemesi veya bildirim kendisine tebliğinden itibaren üç ay içinde gerekli davanın açılmaması durumunda, lisans alan yapmış olduğu bildirim de ekleyerek kendi adına dava açabilecektir. Dava açan lisans alanın, bu halde dava açtığını lisans alana bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde bildirimde bulunmaktan kaynaklanan zararlardan sorumlu olacaktır⁶³³. Kanunda aranan, noter kanalıyla bildirim şartı bir geçerlilik değil ispat şartıdır⁶³⁴. Söz konusu bildirim, ispat edilebiliyorsa, başka vasıtalarla yapılsa da geçerli olacaktır⁶³⁵.

Basit lisans sahibinin veya sözleşmeyle dava açma hakkı kaldırılan inhisari lisans sahibinin ciddi bir zarar tehlikesinin olduğu durumlarda üç aylık süre içinde de ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep hakkı bulunmaktadır. Böyle bir tehlikenin varlığında marka sahibinden izin alınmasına veya önceden marka sahibinden tedbir talebinde bulunmasının istenmesine gerek yoktur. Ancak bilindiği gibi hem KHK hükümlerine göre hem de H.U.M.K. hükümlerine göre ihtiyati tedbir kararının verilmesinden itibaren on gün içinde esas hakkında dava açılması

⁶³³ Tekinalp, s. 475.

⁶³⁴ “... lisans alan davacı, Markalar Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin 21 ve 73. maddeleri gereğince marka sahibine noter aracılığıyla yapacağı bildirimden sonra marka sahibinin 3 ay içinde dava açmaması veya dava açılmasına izin vermemesi halinde kendi adına dava açabilir. Ancak madde hükmünde yer alan noter bildiriminin bir geçerlik şartı değil ispat şartı olduğunun kabulü gerekir... Nitekim somut olayda davacı lisans alan marka sahibi şirkete... faks mesajı ile dava açma hususunda iin için başvurmuş, marka sahibi şirket ise ... faks mesajı ile dava açılmayacağını davacıya bildirmiş ve bu metinler dosyaya ibraz edilmiştir. Bu durumda davacının 556 sayılı KHK'nın 21 ve 73. maddeleri gereğince dava açma hakkının doğduğunun kabulü gerekir...” (Karan/Kılıç, s. 562, 563'ten naklen Yarg. 11. H.D., T. 25.04.2003, E. 2003/3854, K. 2003/3992)

⁶³⁵ Karan/Kılıç, s. 559; Kaya, s. 308.

gerekmektedir. Kanun acil durumlarda üç aylık süre içinde tedbir talep etme yetkisini verdiği basit veya dava hakkı kaldırılmış lisans hakkı sahibine aynı süre içinde esas hakkında dava açma yetkisini vermemiştir. Bu sebeple ortaya çıkan çelişki on günlük dava süresinin üç aylık sürenin bitiminden itibaren işletilmeye başlatılmasıyla ortadan kaldırılabilecektir⁶³⁶.

Lisans birden fazla kişiye verilmişse, her bir lisans sahibi diğerinden bağımsız olarak kurallar dâhilinde dava açabileceği gibi tedbir talebinde de bulunabilecektir⁶³⁷.

Marka sahibi ile basit ve inhisari lisans sahiplerinin dava açma haklarından başka; marka üzerinde rehin, haciz, intifa gibi diğer haklara sahip olanların dava açma hakları MarKHK'da düzenlenmemiştir. Bu kişiler genel hükümlerin kendilerine verdiği imkânlar dâhilinde dava açma hakları olacaktır⁶³⁸.

Dava hakkına sahip sayılan kişilerin dava sırasında haklarını devretmeleri halinde, örneğin marka sahibinin markasını devretmesi veya lisans sahibinin lisans süresinin dolması halinde, davanın düşmesi veya yeni bir taraf teşkili gerekmeyecektir. Haksız fiil temelli marka davalarının marka üzerindeki hak değişikliğine rağmen aynı taraflar arasında kural olarak devam etmesi gerekmektedir⁶³⁹.

4.2.2. Davalı

MarKHK'da öngörülen hukuk davalarının davalısı veya dava dışı diğer tedbirlerin aleyhine talep edilebileceği kişiler, marka hakkına tecavüz eden kişi veya kişilerdir. Bu kişilerin kimler olduğu ise tecavüz hallerinin düzenlendiği 61. maddeden anlaşılmaktadır. Buna göre; izinsiz olarak markayı veya benzerini

⁶³⁶ Kaya, s. 307.

⁶³⁷ Tekinalp, s. 475.

⁶³⁸ Kaya, s. 308; Tekinalp, s. 476; Pekdinçer, s. 198; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 253.

⁶³⁹ Kaya, s. 309.

kullanan, marka sahibinin izni olmaksızın markayı taklit eden, markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı satan, dağıtan veya başka şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran, belirtilen bu tecavüz fiillerine iştirak veya yardım veya bunları teşvik eden veya hangi şekil veya şartta olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştıran, kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınan kimselere karşı dava açılabilir, ayrıca KHK’da öngörülen diğer hukuki talepler yöneltilebilecektir. Nihai kullanıcı olarak tecavüze konu eşyayı elinde bulunduran tüketicinin bu kapsamda olmayacağı, kendisine dava yöneltilemeyeceği daha önce de birçok defa belirtilmişti.

KHK’nın 69. maddesi ise aleyhine dava açılmayacak kişileri belirlemiş bulunmaktadır. Buna göre; göre, marka hakkı sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı KHK 61 ve devamında öngörülen davaları yöneltilemeyecektir.

Marka hakkına tecavüz davalarında davalı bir tüzel kişi ise ve dava sırasında tüzel kişiliği sona erecek olursa kural olarak tüzel kişiliğin sone ermesiyle birlikte taraf ehliyeti de son bulur. Ancak, birleşme, devralma veya nev’i değiştirme suretiyle bir halefi varsa, bu yeni tüzel kişilik eski tüzel kişinin davadaki yerini alacaktır⁶⁴⁰.

4.3. GÖREV

KHK’nın 71. maddesinin başlığı her ne kadar “Görevli ve Yetkili Mahkeme” ise de maddede sadece görev düzenlenmiştir⁶⁴¹. Buna göre MarKHK’da öngörülen tüm hukuk ve ceza davaları⁶⁴² ile tedbir taleplerine ilişkin görevli mahkeme, Adalet

⁶⁴⁰ Kaya, s. 309.

⁶⁴¹ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 258, dn. 30; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1195.

⁶⁴² Marka hukukuna ilişkin tüm suç ve cezalar “cezai hükümler” başlığı altında MarKHK’nın 61/A maddesinde düzenlenmiştir.

Bakanlığınca tesis edilen ihtisas mahkemeleri olan Fikri Sınaî Haklar Hukuk Mahkemeleri ile Fikri Sınaî Haklar Ceza Mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yapmaktadır.

İhtisas mahkemeleri hali hazırda İstanbul, Ankara, İzmir gibi illerde kurulmuştur. İhtisas mahkemesi olmayan yerlerde ise Asliye Hukuk (Ticaret) ve Asliye Ceza Mahkemelerinden hangilerinin MarKHK'dan doğan davalarda yetkili ihtisas mahkemesi olarak görev yapacağı ve bu mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir. Tüm bu hususlar 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Bazı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'da düzenlenmiş bulunmaktadır⁶⁴³. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, ihtisas mahkemelerinin yargı çevresinin kuruldukları yer mülki hudutları olarak tespit edilmesine karar vermiştir. Fikri Sınaî Haklar Hukuk mahkemesi kurulmayan yerlerde böyle davalar, komisyonların bulunduğu ağır ceza mahkemelerinde olmak üzere, müstakil ticaret mahkemesince, birden fazla ticaret mahkemesi olan yerlerde bu mahkemeler arasında davaların eşit olarak tevzii suretiyle, ticaret mahkemesinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemesinin, iki asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde 1 sayılı asliye hukuk mahkemesinin, ikiden fazla ise 3 sayılı asliye hukuk mahkemelerince görüleceğini karar bağlamış bulunmaktadır. Bu mahkemelerin yargı çevreleri ise adalet komisyonlarının merkez ve mülhakatları olan ilçelerle sınırlandırılmıştır⁶⁴⁴.

Taraflar, aralarında yapacakları sözleşmeyle görevli mahkemeyi değiştiremezler. 71. madde uyarınca tayin olunan mahkemenin görevi, aksine bir düzenleme olmadığından işbölümüne ilişkin değil görev ilişkisidir ve kamu düzenine ilişkindir⁶⁴⁵. Bu sebeple, H.U.M.K. m. 7'de⁶⁴⁶ de ifade edildiği gibi,

⁶⁴³ Tekinalp, s. 42, Kaya, s. 309, 310.

⁶⁴⁴ Bkz. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 20.11.2003 tarihli ve 537 sayılı kararı.

⁶⁴⁵ "...Gönderme kararı veren Ticaret Mahkemesiyle Fikri Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi arasındaki ilişki bir görev ilişkisidir..." (Karan/Kılıç, s. 551, 552'den naklen Yarg. 11. H.D., T. 13.05.2003, E. 2002/12679, K. 2003/4900)

mahkeme temyiz dâhil davanın her aşamasında karar kesinleşinceye kadar, tarafların itirazı olsun olmasın görevli olup olmadığını resen inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa kendiliğinden görevsizlik kararı verir⁶⁴⁷.

4.4. YETKİ

“Hukuk Davalarında Yetkili Mahkeme” başlıklı MarKHK m. 63’e göre; marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak olan hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgâhının bulunduğu yerdeki ihtisas mahkemesi veya suçun işlendiği yahut tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.

Hukuk davalarında yetkili mahkemenin düzenlendiği maddede bu yerlerden birinin “suçun işlendiği yer mahkemesi” olarak ceza hukuku kavramlarıyla açıklanması uygun olmamıştır. Bu ifadenin “fiilin işlendiği yer” olarak anlaşılması gerekmektedir⁶⁴⁸.

Davacının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde yetkili mahkeme davacının marka sicilinde kayıtlı vekilinin iş yerinin bulunduğu yer mahkemesi, vekilin vekillik kaydının silinmiş olduğu durumlarda ise Türk Patent Enstitüsü’nün bulunduğu yer, yani Ankara ihtisas mahkemesidir.

63. maddenin getirdiği yetki kuralının kamu düzeninden olup olmadığı doktrinde tartışma konusudur. Yani düzenlemenin kesin yetki kuralı getirip, davalının ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılan ve H.U.M.K. m.

⁶⁴⁶ H.U.M.K. m. 7: “Diğer bir mahkeme yahut idari makam veya yargı merciinin görevine giren bir dava veya iş kendisine arz olunan mahkeme, duruşma yapmadan görevsizlik kararı verebileceği gibi davanın her safhasında kendiliğinden görevli olmadığına da karar verir.

Görev itirazı davanın her safhasında ileri sürülebilir.

Bir dava, asliye mahkemesinde hükme bağlandıktan sonra, davanın sulh mahkemesinin görevi içinde olduğu ileri sürülerek üst mahkemede itirazda bulunulamaz.”

⁶⁴⁷ Karan/Kılıç, s. 539; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 259, dn. 33; Pekdiğer, s. 202; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1195.

⁶⁴⁸ Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 259, dn. 33, Kaya, s. 310, dn. 149; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1155.

9’da öngörülen genel yetki kuralını bertaraf edip etmediği konusunda ihtilaf bulunmaktadır. Bir görüşe göre KHK m. 63. marka hakkı sahibine bir kolaylık sağlayıp alternatif bir imkân tanımakta ve H.U.M.K. m. 9’da düzenlenen genel yetki kuralının yanında özel bir yetki kuralı getirmektedir. Bu sebeple davacı ister KHK m. 63’e göre yetkili mahkemede, isterse H.U.M.K. m. 9’daki genel yetki kuralına göre davalının ikametgâhı mahkemesinde davasını açabilecektir⁶⁴⁹. Diğer görüş ise; KHK m. 63 hükmünün kamu düzeniyle ilgili olduğunu ve bu sebeple H.U.M.K. m. 9’da öngörülen genel yetki kuralını bertaraf ettiğini, davacının ancak 63. maddeye göre yetkili mahkemede davasını açabileceğini savunmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre 63. maddenin kamu düzeninden olması sebebiyle muhakemenin her safhasında re’sen gözetilmesi gerekmekte, yapılacak bir yetki sözleşmesiyle de bu mahkemenin yetkisinin kaldırılmaması gerekmektedir⁶⁵⁰. Yargıtay’ın da bu ikinci görüş doğrultusunda kararları bulunmaktadır⁶⁵¹.

63. maddenin son fıkrasına göre, birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumlarda, yetkili mahkeme ilk davanın açıldığı mahkeme olacaktır. Bu hükmün amacı marka hakkına birden fazla kişi tarafından tecavüz olduğu durumlarda davanın tek bir mahkemede toplanmasına imkân vermektir⁶⁵². Buna göre örneğin bir markayı taklit eden kişi, markanın taklit olduğunu bilerek dağıtan kişi ile taklit malı elinde bulundurup nereden alındığını bildirmekten kaçınan kişiler farklı yerlerde olsalar bile, aleyhlerinde aynı mahkemede dava açılabilir. Bu halde bu

⁶⁴⁹ Bkz. Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 259, 260; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1155; Poroy/Yasaman, s. 465; Bahadır Erdem, **Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 193.

⁶⁵⁰ Bkz. Tekinalp, s. 482; Karan/Kılıç, s. 509; Camcı, s. 132, 133; Oytaç, s. 316 v.d.

⁶⁵¹ “... Mahkemece... yetkili mahkemenin davalının ikametgahı mahkemesi olduğu, dava dilekçesinde davalının adresinin Torbalı olarak gösterilip, dava dilekçesinin bu adreste dava hıya tebliğ edildiği gerekçesiyle yetki yönünden reddine... karar verilmiştir... yetkili mahkeme 556 sayılı KHK’nın 63/1. maddesine göre belirlenmelidir. Anılan hükümde marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkemenin davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkeme olduğu belirtilmiştir... Dava konusu olayda ise, davacı kendi marka hakkına dayanarak kendi ikametgâhının bulunduğu yerde bu davayı açtığına göre, mahkemece davalı tarafın yetki itirazının reddi ile işin esasına girilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın yetki yönünden reddi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.”(Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1157, 1158’den naklen, Yarg. 11. H.D., T. 30.06.2003, E. 2003/1525, K. 2003/7164)

⁶⁵² Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 260; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1156.

kişilerden hangisine daha önce dava açıldıysa yetkili mahkeme o mahkemedir. Bu kişilere aynı anda dava açılmak istendiği takdirde, yetkili olan herhangi bir mahkemede dava açılabilceği gibi, farklı yer mahkemelerinde açılmış davalar da ilk davanın açıldığı yer mahkemesinde birleştirilebilecektir⁶⁵³.

4.5. ZAMANAŞIMI

MarKHK m. 70 uyarınca marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için B.K.'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Marka hakkına tecavüz durumlarının nitelik olarak esasen birer haksız fiil olduğu daha önceki bölümlerde anlatılmıştı⁶⁵⁴. MarKHK'da B.K.'ya yapılan bu gönderme sebebiyle marka hakkına tecavüzden kaynaklanan hukuk davalarında, haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımını düzenleyen B.K. m. 60 uygulama alanı bulacaktır⁶⁵⁵. Buna göre; MarKHK m. 62 ve 68'de yer alan tüm talepler, marka hakkına tecavüze uğrayan kişinin zarara ve failine ittıla tarihinden itibaren bir yıl ve herhalde zararı doğuran fiilin gerçekleşmesinden itibaren on yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Ancak tecavüz fiili ceza kanunlarında süresi daha uzun bir zamanaşımına bağlanmışsa, hukuk davalarında da aynı zamanaşımı uygulanacaktır. Ceza davası zamanaşımının uygulanabilmesi için, ceza davasının açılmış olması veya mahkûmiyet kararı verilmesi şart değildir⁶⁵⁶. Markaya tecavüz suretiyle marka hakkı sahibine karşı ileri sürülebilecek bir alacak yaratılmışsa, marka hakkı sahibi kendi davası zamanaşımına uğramış olsa bile, bu alacağı ifadan kaçınabilecektir.

MarKHK m. 62/(a) maddesinde öngörölmüş olan tecavüzün durdurulması/men'i davası, devam etmekte olan bir tecavüzün durdurulmasını

⁶⁵³ Yasaman ve diğlerleri, C. 2, s. 1156; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 260; Pekdinçer, s. 204.

⁶⁵⁴ Bkz. II. Bölüm, 1.

⁶⁵⁵ Tekinalp, s. 481; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 257; Karan/Kılıç, s. 534; Meran, s. 266; Kaya, s. 313; Yasaman ve diğlerleri, C. 2, s. 1186; Pekdinçer, s. 200.

⁶⁵⁶ Noyan, s. 252; Karan/Kılıç, s. 534; Kaya, s. 314.

amaçladığından bu dava zamanaşımına uğramaz. Zira tecavüz devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeyecektir⁶⁵⁷.

62. maddenin (b) bendinde düzenlenen taleplerden biri olan tecavüzün giderilmesi/ref'i davası bakımından da konuyu ayrıca ele almak gerekmektedir. Daha önce izah edildiği gibi⁶⁵⁸, ref davası tecavüzün devamı sırasında açılabilceği gibi devam etmeyip etkilerinin sürdüğü durumlarda da açılabilcektir. Ref davasının tecavüzün devamı sırasında açılması ihtimalinde davaya konu olan taleplerin bir alacağa değil bir eyleme yönelik olması durumunda, örneğin 62/(c)'de düzenlenen tecavüz konusu mallara ve üretim araçlarına el konulması talebinde de zamanaşımı işlemez. Bu hallerde zamanaşımı süresi tecavüz fiilinin sona ermesi anında başlayacaktır. Ancak örneğin 62/(d) düzenlenen, tecavüze konu mal üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasına ilişkin talebin yer aldığı ref davası bakımından zamanaşımı süresi faile ve zarara ittila tarihinden başlar. Zira buradaki talep bir eyleme yönelik değil bir alacağa yöneliktir. Özet olarak tecavüzün süregelen bir eylem olduğu durumlarda zamanaşımı süresi işlemeyecektir⁶⁵⁹.

KHK m. 62/(b) ve 68'de düzenlenen tazminat davaları bakımından zamanaşımı süresinin faile ve zarara ittila tarihinden itibaren işlemeye başlayacağında şüphe yoktur.

Tecavüz devam etmesine rağmen, marka sahibi, tecavüzü ve mütecavizi bildiği halde onu belli bir süre dava etmeyerek sessiz kalır ve ona kendisini dava etmeyeceğine dair bir görünüş yaratarak güven telkin ederse, yarattığı bu görünüşün sonuçlarına Medeni Kanun'un 2. maddesi⁶⁶⁰ gereği katlanır. Böylece dava hakkının

⁶⁵⁷ Tekinalp, s. 481; Arkan, Marka Hukuku, C. 2, s. 258; Karan/Kılıç, s. 534; Meran, s. 266; Yasaman ve diğerleri, C. 2, s. 1187; Pekdiğer. s. 201.

⁶⁵⁸ Bkz. s. III. Bölüm, 3.2.

⁶⁵⁹ Kaya, s. 315; Tekinalp, s. 481; Karan/Kılıç, s. 534; Meran, s. 257.

⁶⁶⁰ M.K. m. 2: *"Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir.*

Bir hakkın sırf gayrı ızrar eden suistimalini kanun himaye etmez"

kötüye kullanılmasına izin verilmeyecektir⁶⁶¹ ⁶⁶². Bu husus MarKHK'da açıkça düzenlenmemiştir. Oysa mehzaz 40/94 sayılı Tüzük'ün 53/1 maddesinde ve 89/104 sayılı Yönerge'nin 9/1 maddesinde marka hakkı sahibinin başkası tarafından markasının ya da benzerinin kullanıldığını bildiği halde kesintisiz beş yıl boyunca buna ses çıkarmaması halinde bu kullanımın menini talep edemeyeceği düzenlenmiştir. Türk Marka Hukuku'nda bu konu açıkça düzenlenmediğinden “belli bir süre”nin ne kadar olması gerekeceği sorusu akla gelebilir. Doktrinde bu sürenin iki yıldan daha kısa olarak belirlenmesinin MarKHK'nın genel amacına aykırı düşebileceği ileri sürülmüştür⁶⁶³.

⁶⁶¹ Ahmet Battal, “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, XVIII, 22 Haziran 2001, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 25 v.d. ; Tekinalp, s. 482, Karan/Kılıç, s. 534; Meran, s. 257; Kaya, s. 316; Pekdinçer. s. 200; Oytaç, s. 261; Fatih Bilgili; **Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 210-215.

⁶⁶² “... Likitgaz sözcüğünün davalı şirketçe... tarihinden itibaren unvan ve... tarihinden itibaren de tescilli marka olarak kullanılagelmesine rağmen, yıllar sonra... tarihinde Likitgaz sözcüğünün markadan silinmesi davasının ikame edilmiş olmasının MK'nın 2. maddesinde yazılı iyi niyet kuralları ile bağdaştırılması mümkün görülmemiş bulunmaktadır...”(Battal, s. 43, 44'ten naklen, Yarg. 11. H.D., T. 10.03.1997, E. 1997/9094, K. 1997/1587)

⁶⁶³ Bkz, Battal, s. 53. Yazar bu konuda KHK'nın 8/son un kıyasen uygulanması gerektiğini belirterek, “bir markanın yenilememe nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir” hükmünden yola çıkmaktadır. Yazara göre, kanun koyucunun kullanılmakta olan markaya tecavüzden dolayı dava hakkının yitirilmiş sayılması için de en az iki yılın geçiş olması gerektiğini varsayacağı düşünülebilir.

SONUÇ

Türk Hukuku'nda marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, MarKHK'nın 61. maddesinde beş ayrı başlık halinde düzenlenmiştir. Belirtildiği gibi, maddede sayılan ihlal hallerinin önemli bir kısmı, aynı zamanda nitelikli bir haksız fiil hali olan haksız rekabet teşkil eder. Bu bakımdan, marka hakkına tecavüzden doğan hukuki sorumluluk bir haksız fiil sorumluluğudur. Dolayısıyla söz konusu ihlallere maruz kalan marka hakkı sahibi, hakkını, hem MarKHK'nın hukuki ve cezai yaptırım hükümleriyle hem de -eylemlerin haksız fiil niteliği sebebiyle- B.K.'nın genel hükümlerine ve T.T.K.'nın 56 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerine dayanarak arayabilecektir. Hukuk düzenimiz marka hakkı sahibine kümülatif (eş zamanlı) bir koruma sağlama yoluna gitmiştir. Tecavüz halleri birer haksız fiil hali olmasına rağmen, marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için, ayrı durumlardan haricinde, failin kusuru aranmamaktadır. Failin kusuru bazı ihlal halleri için aranır; ayrıca, tazminat talepleri bakımından rol oynar. Tecavüz halleri haksız fiil niteliği taşıdığından, kusurun arandığı ayrı durumlarda zararın ve kusurun ispatı, akit dışı sorumluluk hükümlerinin karakteristik özelliği gereği davacıya, yani marka hakkı sahibine aittir.

61. maddede beş bent halinde sayılan tecavüz hallerinden ilki, 61/(a) bendinde zikredilen "9. maddenin ihlali" halidir. 9. madde esasen marka tescilinden doğan hakların kapsamını belirlemektedir. Maddenin ilk bendinde, "haksız kullanım modelleri" öngörülmüş, ikinci bendinde ise birtakım "haksız kullanım şekilleri"ne yer verilmiştir. Haksız kullanım şekillerinden birisinin uygulanarak haksız kullanım modellerinden birinin oluşturulması durumunda 61/(a) kapsamında tecavüz ortaya çıkmaktadır. 61. maddenin sonraki (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde de diğer marka hakkına tecavüz halleri belirlenmiştir.

KHK'nın 61/(a) maddesinin atfıyla 9/1. maddede sayılan haksız "kullanım modelleri" ve 61. maddenin (b), (c), (e) ve (f) bentlerinde sayılan diğer tecavüz halleri tahdididir, yani sınırlı sayı ilkesine tabidir. Ancak 9/2 maddede sayılan "haksız kullanım şekilleri" – yani "haksız kullanım modelleri"nin tezahür ettiği kullanım şekilleri- örnek kabilinden olup tahdidi değildir. Yargıtay uygulaması da bu

yöndedir. 9. maddenin menşeyini oluşturan 89/104/AET sayılı Marka Direktifi'nin 5. maddesi ile 40/94 sayılı AB Tüzüğü'nün 9. maddesi de haksız kullanım modellerinin tahdidi, haksız kullanım şekillerinin örnek kabilinden olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

556 sayılı KHK sisteminde marka hakkına tecavüzün gerçekleşmesi için işaretin markasal olarak kullanımı da zorunlu değildir.

Tecavüz fiillerinin 61. maddeyle belirlenmesinden sonra, 61/A maddesiyle tecavüz halinde uygulanacak cezai müeyyideler gösterilmiş, 62.-79. maddelerinde de marka haklarına tecavüz halinde kullanılacak tüm hukuki başvuru yolları ve davalarla ilgili hükümler düzenlenmiştir. MarKHK'nın 62. maddesi, marka hakkı tecavüze uğrayan tescilli marka sahibinin ileri sürebileceği hukuki talepleri altı fıkra halinde ayrı ayrı öngörmüş bulunmaktadır. Maddede sayılan talepler, nitelikleri bakımından görevli ve yetkili mahkemede açılacak olan çekişmeli bir dava şeklinde ileri sürülecek, bir edayı içeren taleplerdir. Maddede açılacak olan davalar ayrı ayrı sayılmış olmakla birlikte, bu taleplerin aynı dava içinde ileri sürülmesi de mümkündür. Marka hakkı sahibinin kullanabileceği hukuki yollar 62. maddede sayılanlarla sınırlı da değildir. Bundan başka; m. 64, 66 ve 67 tazminat hükümlerini, m. 68 itibar tazminatını, m. 75 delillerin tespiti talebini, m. 76 ise ihtiyati tedbir taleplerini düzenlemektedir. Yine bir ihtiyati tedbir talebi olarak gümrükte el koyma da KHK m. 79'da düzenlenmiştir.

Marka hakkı sahibinin kullanabileceği hukuki yollardan olmamakla beraber; Türkiye'de sınaî faaliyet yapan veya bu tür faaliyete başlayacak olan kişilerin, bu faaliyetleri sırasında kullanmayı düşündüğü işaretin, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, tecavüzün mevcut olmadığının tespitine ilişkin talep hakları da KHK m. 74'te düzenlenmiştir.

MarKHK'nın 63, 65, 69, 70, 71, 72 ve 73. maddeleri ise sayılan hukuki yollara ilişkin usul hükümlerinin düzenlemektedir.

Böylece 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname; çalışmamızda incelendiği üzere, tescilli marka hakkına tecavüz hallerini ayrıntılı olarak düzenlemiş, tecavüz durumunda marka hakkı sahibinin başvurabileceği hukuki mekanizmaları devreye sokarak kapsamlı bir koruma çerçevesi oluşturma yoluna gitmiştir. 556 sayılı KHK'nın kaynağını 89/104/AET sayılı Marka Direktifi ile 40/94 sayılı AB Tüzüğü'nden almış olması ve esasen bir çeviri metin olması sebebiyle, birçok noktada ifade zafiyetleri içerdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum tescilli marka hakkının gerektiği oranda korunabilmesinin önünde engel teşkil edebilmekte, uygulamada karışıklığa yol açabilmektedir. Doktrin ve Yüksek Mahkeme içtihatlarının birlikte değerlendirilerek söz konusu aksaklıkların giderilmesi, tescilli marka hakkının daha etkin ve kapsamlı olarak korunabilmesini temin edecek, ulusal marka hukukumuzun gelişmesini sağlayacaktır.

YARARLANILAN KAYNAKLAR:

40/94 sayılı AB Tüzüğü

89/104 sayılı Marka Direktifi

551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik

4054 Sayılı Rekabeti Korunması Hakkında Kanun

Arıkan, Fahri Murat: “Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması”, İstanbul Barosu Dergisi, Eylül 2000

Arkan, Sabih: Marka Hukuku, Adalet Matbaacılık, Ankara, Cilt 1 1997, Cilt 2 1998

Arkan, Sabih: “Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Marka Olarak Kullanılması Zorunluluğu”; Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 2000 Cilt 20 Sayı 3

Arkan, Sabih: “Marka Hakkına Tecavüz Halleri- Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 Tarihli Kararı” Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:3, S. 4, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt 1, Özel Hukuk, Makaleler

Arkan, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Gözden Geçirilmiş Yedinci Bası, Ankara, 2004

Aslan, İ. Yılmaz: Rekabet Hukuku, Ekin Kitabevi, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2005

Ateş, Mustafa Fikir Ve Sanat Eserleri Üzerindeki Hakların Kapsamı Ve Sınırlandırılması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003

- Aydın, Hüseyin: Sınâî Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Yetkin Yayınları-
Ankara, 2003
- Bahtiyar, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul, 2006
- Battal, Ahmet: “Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye
Kullanılması”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu,
Bildiriler-Tartışmalar, XVIII, 22 Haziran 2001
- Berzek, Ayşe Nur: Fikri Ve Sınâî Hukuk Mevzuatı, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul,
2004
- Bilgili; Fatih: Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Seçkin Yayınevi,
Ankara, 2006
- Camcı, Ömer: Marka Davaları, Ufuk Matbaacılık, İstanbul 1999
- Cengiz, Dilek: Türk Hukukunda İktibas Veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına
Tecavüz-İlgili Mevzuat Danıştay ve Yargıtay Kararı, Beta Yayınları, 1. Bası,
İstanbul, 1995
- Çakmak, Şevket Güney: “Marka Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığına Dair
Dava”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2004, Yıl 2, S. 22
- Çamlıbel Taylan, Esin: Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi,
Seçkin Yayınları, 1. Bası, Ankara 2001
- Dialog Prestige İnteraktif Mevzuat Kolaksiyonu
- Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası,
Ankara, 2003
- Doğan, Beşir Fatih: “Soyut Renklerin Marka Olarak Tescil Edilebilirliği”, Ankara
Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 5, C. 5, S. 4
- Doğan, Beşir Fatih: “Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka
Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak

Tescil Edilebilirliği Sorunu”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 6, C. 6, S. 3

Dönmez, İrfan: Markalar ve Haksız Rekabet Davaları; İstanbul 1992

Epçeli, Sevgi: Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, Legal Yayınevi, İstanbul 2006

Erdem, Bahadır: Fikri Hukukta Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2003

Erdem, Özge: Tanınmış Markanın Farklı Mal Veya Hizmetler Bakımından Korunması, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005

Eroğlu, Sevilay: “Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1, 2003

Eroğlu, Sevilay: “Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl, 1, S. 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan

Franko, Nisim İ.: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara Hukuk Fakültesi Doktora Tezi, Ankara, 1973

Gündoğdu, Gökmen: Türk Hukukunda Coğrafi İşaret Kavramı Ve Korunması, Beta Yayınları, İstanbul, 2006

Karahmet, Erdoğan: “Sınai mülkiyet Haklarının Korunmasına İlişkin Uluslar Arası Anlaşmalar”; Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Avrupa Araştırmaları Dergisi Cilt 4, Sayı 1-2 1995-1996

Karahan, Sami: Ticari İşletme Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Bası, Mimoza Yayınları, Konya 2001

Karahan, Sami / Suluk, Cahit / Saraç, Tahir / Nal, Temel: Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 1299

Karahasan, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku-Manevi Tazminat, Genişletilerek Yenilenmiş ve Düzenlenmiş 6. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2001

Karan, Hakan / Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Turhan Kitabevi, 1. Bası, Ankara, 2004

Karayağın, Yaşar: Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler- Hukuki Mütalaalar (1988–1991) IV Bankacılık Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara

Kaya, Aslan: Marka Hukuku, Arıkan Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006

Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası

Keskin, Serap: Patent ve Markanın Ceza Normlarıyla Korunması; Seçkin Yayıncılık, 2003

Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, 2. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006

Kırca, İsmail: Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi), Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 2005/XII

Marka Patent Vekilliği Yeterlilik Sınavı Hazırlık Kitabı, Deneyim Yayınları, İstanbul 2005

Meran, Necati: Marka Hakları ve Korunması, Seçkin Yayınları, Birinci Bası, Ankara, 2004

Meşe Yazılım İçtihat ve Mevzuat Bilgi Bankası, Versiyon No: 2.0

Noyan, Erdal: Marka Hukuku, Adil Yayınevi, 2. Bası, Ankara, 2004

Oytaç, Kutlu: Karşılaştırmalı Markalar Hukuku; Nobel Yayınevi, 2002

- Okutan Nillson, Gül: “ Sesler, Renkler ve Kokular Marka Olarak Tescil Edilebilir mi?”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 23, Sayı 1–2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan
- Özdal, Şule: Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, Beta Yayınları, İstanbul 2005
- Özel, Çağlar: Marka Lisans Sözleşmesi, Seçkin Yayınları, 1. Bası, Ankara, 2002
- Pekdiğer, Remzi Tamer: Marka Hakkı Ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Doktora tezi, İstanbul, 2001
- Pekşirin, Hülya: “İnternet Alan Adları Ve Markalar Hukuku”, Sınai Haklarda Son Gelişmeler, Bildiriler Ve Tartışmalar, 4 Nisan 2001-Ankara, Fikri ve Sınai Haklar Araştırma Ve Uygulama Merkezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, 2002
- Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 11. Bası, İstanbul, 2006
- Suluk, Cahit: Tasarım Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003
- Şenocak, Kemal: “Soyut Renk Markaları”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara-2003
- Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayıncılık, 4. Bası, İstanbul, 2005
- Tekinay, Salahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu Haluk/ Altop, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988
- Teoman, Ömer: Yaşayan Ticaret Hukuku-Hukuki Mütalaalar, 1989–1991
- Yalçın, Uğur G.: “Sınai Hakların Korunmasının Temel Felsefesi ve Sınai Haklarda Sınırlamalar”;; Hukuk ve Adalet Dergisi Yıl 1 Sayı 4 Ekim-Aralık 2004

Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

Yıldırım, Nevhis Deren: “ Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, Beta Yayınları, İstanbul, 2003

www.tdk.gov.tr Türk Dil Kurumu resmi internet sitesi

www.wipo.int Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü resmi internet sitesi

www.fikrimulkiyet.com

<http://tr.wikipedia.org>

www.rega.gov.tr Resmi Gazete resmi internet sitesi

ÖZGEÇMİŞ

1981 yılında Kütahya’da doğan Muhammet Bilal Üzer, İlköğrenimini Bilecik ili Bozüyük ilçesi Atatürk İlkokulu’nda 1992 yılında tamamlamıştır. Ortaöğrenimini İstanbul Üsküdar Hüseyin Avni Sözen Anadolu Lisesi’nde 1999 yılında tamamlayan Üzer, aynı yıl Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne girmiş, buradaki eğitimini ise 2004 yılında tamamlamıştır. 2004–2005 yıllarında İstanbul Barosu’na bağlı olarak avukatlık stajını tamamlamış, Aynı yıl Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalında yüksek lisans eğitimine başlamıştır. 2005 yılından itibaren İstanbul Barosuna bağlı olarak avukatlık yapmaya başlamıştır ve halen İstanbul Barosuna bağlı olarak serbest avukatlık mesleğini icra etmektedir.