

**T.C.**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK BÖLÜMÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MARKAYA TECAVÜZ HALİNDE MARKA SAHİBİNİN**  
**TALEPLERİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**DANIŞMAN**  
**Yrd. Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ**

**HAZIRLAYAN**  
**İbrahim ÇETİNKAYA**

**KONYA 2010**

## ÖZET

### MARKAYA TECAVÜZ HALİNDE MARKA SAHİBİNİN TALEPLERİ

#### İBRAHİM ÇETİNKAYA

Marka, sahip olduğu önemli fonksiyonlar gereği 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile koruma altına alınmıştır. İş bu KHK'nın belirlediği şartlara uyularak TPE nezdinde tescili sağlanan markaya karşı, KHK'nın 61. maddesi ve bu madde atfı ile 9. maddesine aykırı eylem ve diğer faaliyetleri KHK bir sonuca bağlamış ve md. 61/A ve devamı maddeleri ile hukuki ve cezai başvuru yollarını belirlemiştir. Söz konusu maddeler, hukuki ve ekonomik şartlar gereği 5833 sayılı yasa ile değişikliğe uğrayarak yeniden düzenlenmiştir.

Bu çalışmamızın birinci bölümünde, markaya tecavüz hallerini düzenleyen 556 sayılı KHK'nın eski hali ile 5833 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonraki yeni hali üzerinde karşılaştırılmalı olarak durulmuş, yasa ile getirilen yeni düzenlemeler ayrıntılı incelenip yargı uygulamalarına olası katkısı tartışılmıştır.

İkinci bölümünde ise, marka hakkına tecavüz halinde marka hakkı sahibinin hukuki talepleri konusu 556 sayılı KHK çerçevesinde, doktrin ve Yargıtay kararları eşliğinde incelenmiştir.

Üçüncü bölümünde ise, marka hakkına tecavüzün cezai boyutunu düzenleyen KHK'nın 61/A maddesinin eski hali ile 5833 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonraki yeni hali üzerinde karşılaştırılmalı olarak durulmuş, yasa ile getirilen yeni düzenlemeler ayrıntılı incelenip, doktrin ve Yargıtay kararları eşliğinde görüşler ortaya koyulmuştur.

## **ABSTRACT**

### **THE DEMANDS of the OWNER of the BRAND IN CASE of ABUSING TRADEMARK**

**İBRAHİM ÇETİNKAYA**

The brand was taken over in terms of important functions which the brand has with the executive of the protection of trade Marks. By conforming to the conditions which the executive order decides by TPE against registering the trademark with the 61. topic of the executive order and with reference of this topic, the executive order has adjudicated activities and actions against 9.topic and has determined application procedures as criminal and lawful with the topic 61/A and other topics. These topics have undergone changes and have been reordered in accordance with lawful and economic conditions with 5833 of the law.

In the first part of this studying, the old version of 556 of the executive order and the new version of 556 of the executive order after changes with 5833 of the law have been compared and new arrangements with new law have been analysed in detail and its possible contribution to the judgement policies has been discussed.

In the second part of this studying, the lawful demands of the owner of the brand have been investigated in terms of 556 of the executive order with the doctrine and the judgement of Supreme Court of Appeals in case of abusing of the trademark right.

In the third part of this studying, the old version of the topic 61/A of the executive order which orders the criminal part in case of abusing of the trademark right and the new version of the topic 61/A of the executive order after changes with 5833 of the law have been compared, the new arrangements with the law have been analysed in detail and the thoughts have been put forward with the doctrine and the judgement of Supreme Court of Appeals.

## İçindekiler

ÖZET .....	i
ABSTRACT .....	ii
İçindekiler .....	iii
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BOLUM

#### MARKA HAKKINA TECAVÜZ

I.GENEL OLARAK .....	6
II. KHK md. 61'DE SAYILAN TECAVÜZ HALLERİ.....	7
1. KHK md. 9' un İhlâl Edilmesi .....	7
A. İşaretin Mal veya Ambalajı Üzerine Konulması.....	10
B. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Stoklanması .....	11
C. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması .....	12
D. İşaretin İş Evrakı ve Reklamlarda Kullanılması .....	15
E. İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Biçimde Kullanma .....	16
2. Markayı Taklit Etmek .....	23
3. Taklit Markayı Ticaret Alanına Çıkartmak Veya Bu Amaçlar İçin Gümrük Bölgesine Yerleştirmek Veya Ticarî Amaçla Elde Bulundurmak .....	25
4. Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları Genişletmek Veya Devretmek .....	27
A. Lisans Sözleşmesiyle Verilen Hakları izinsiz Genişletmek .....	28
B. Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları Devretmek .....	29
5- KHK' nın 61. Maddesinde Yer Alan ve 5833 Sayılı Yasa ile Kaldırılan Hükümler .....	29

### İKİNCİ BÖLÜM

#### § 1. HUKUKİ TALEPLER

I.GENEL OLARAK .....	31
II. İHTİYATÎ TEDBİR VE GÜMRÜKLERDE EL KOYMA.....	34
1.İhtiyati Tedbir.....	34
2. Gümrüklerde El Koyma.....	39
III. KHK'DA ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI.....	43
1.Tespit Davaları .....	44
A.Tecavüzün Mevcut Olmadığına Dair Dava (Menfi Tespit Davası).....	44
B.Delil Tespiti Davası.....	47

2. Eda Davaları .....	48
A. Tecavüz Fiillerinin Durdurulması .....	48
B. Üretilmesi veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya ile Bu Eşyayı Üretmeye Yarayan Araçlara El Konulması .....	51
C. El Konulan Ürün Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması .....	56
D. Marka Hakkına Tecavüzün Devamını Engellemek Üzere Diğer Tedbirlerin Alınması, Markaların Silinmesi, Ürün ve Araçların İmhası .....	57
E. Tecavüzün Giderilmesi Davası .....	60
G. İtibar Tazminatı .....	87
3. Mahkeme Kararının İlgililere Tebliği ve Kamuya Duyurulması .....	89
<b>IV. HUKUK DAVALARINDA BİLİRKİŞİ TERCİHİNE DAİR</b>	
DEĞERLENDİRME .....	91
§.2 TARAFLAR, ZAMANAŞIMI, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME .....	93
I. TARAFLAR .....	93
1. Davacı .....	93
A. Marka Sahibi .....	93
B. Devralan .....	94
C. Rehin Alan .....	95
D. Lisans Alan .....	95
2. Davalı .....	98
II. ZAMANAŞIMI .....	100
III. GÖREVLİ - YETKİLİ MAHKEME .....	102
1. Görevli Mahkeme .....	102
2. Yetkili Mahkeme .....	108
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....	112
TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK CEZAI TALEPLER .....	112
I. GENEL OLARAK .....	112
II. KHK md.61/A'DA DÜZENLENEN MARKA İHLALİ SUÇLARI .....	114
1. Markanın İktibas veya İltibas .....	114
2. Marka Tescilini Gösteren İşaretin Kaldırılması .....	116
3. Tasarruf Yetkisi Bulunmadığı Halde Marka Hakkına İlişkin Hukuki İşlemlerde Bulunmak .....	117
III. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ .....	118
1. Marka Hakkının Tükenmesi, İlk Satış Hakkı .....	118
2. Markanın Dürüstçe Kullanılması .....	120
IV. BU SUÇLARA İLİŞKİN ORTAK ÖZELLİKLER .....	121

SONUÇ.....	123
KAYNAKÇA .....	133

## KISALTMALAR

BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuk Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ccTLDs	: Country Cod Top Level Domains,
CD.	: Ceza Dairesi
CMK.	: Ceza Muhakemesi Kanunu
E.	: Esas
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FSHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GTLDs	: Generic Top Level Domains,
HD.	: Hukuk Dairesi
HTML	: Hypertext Mark-up Language
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
KK	: Kayıt Kuruluşu
md.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
RG.	: Resmi Gazete

s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SLDs	: Second Level Domains
T.	: Tarih
TC.	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TLDs	: Top Level Domains
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRABİS	: “.tr” Ağ Bilgi Sistemi
TRIPs	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay



## GİRİŞ

Sınai mülkiyet ve özellikle marka bilinci ülkemizde ve dünya genelinde giderek artmakta, ulusal ve uluslararası ticarete markalar ön plan çıkmakta ve bu sebeple işletme değeri açısından markanın varlığı önem kazanmaktadır. İşletmeler veya işletme sahipleri, gelişen bu marka bilincine duyarsız kalamamakta ve değişen dünya düzenine uyum sağlamak için hızla markalaşmayı tercih etmektedirler. Bu hususta araştırma ve geliştirme faaliyetlerine önem veren işletmeler, ürüne dair hemen hemen tüm tanıtımlarını markaları üzerinden yapmakta ve böylece markaya yüklenen ekonomik değer ve ayırt ediciliğin de hızla artmasını sağlamaktadırlar. Bu haliyle marka, tüm işletme alanlarının ortak ilgi alanı haline gelmektedir. Tüketiciler ise, tercih edecekleri ürünlerde markaya olan güven duygusunun verdiği müspet düşünceler ile hareket etmektedirler. Zira tüketiciler, ürünün ne olduğuyla değil nasıl algılandığıyla ilgilenmektedirler. Bu durum, markanın koruma altına alınması ve başkaca kişiler tarafından kullanılmasının engellenmesi yani olası tecavüzlerin engellenmesi veya mevcut tecavüzlerin ortadan kaldırılması sorunlarını da beraberinde getirmektedir. Böylece, marka hakkının korunmasının nasıl ve hangi şartlarda yapılacağı, korunmanın içeriğinin ve sınırlarının neler olabileceği de önem kazanmaktadır.

Marka, sahip olduğu bu önemli fonksiyonlar gereği, özel bir mevzuat ile düzenleme altına alınmak istenilmiş ve bu hususta 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname<sup>1</sup> yürürlüğe koyulmuştur. 556 sayılı KHK, Anayasa Mahkemesinin bazı maddelerinin iptaline dair verdiği kararlar ve değişen ekonomik ve hukuki şartlar gereği zaman zaman kısmi değişikliklere uğramış olup, bu durum da gerek bizatihi marka bilincinin ve gerekse bu bilinç sonucu oluşmuş hukuki durumların durağan olmadığını ortaya koymaktadır.

556 sayılı KHK kural olarak sadece bu Kararname hükümlerine uygun olarak marka siciline tescil edilmiş markalara koruma sağlamaktadır (KHK md.

---

<sup>1</sup> 27.06.1995 tarih ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1/I,6). Tanınmış markalar (KHK md. 7/I, 1) ile önceye dayalı hak edinme<sup>2</sup> (KHK md. 8/III) bu tescile dayalı korunmanın istinasını oluşturmaktadır. KHK'nın bu hükmüyle, işaret üzerinde ilk kullanma yoluyla haksız rekabet hükümlerine göre kazanılan hakkı üstün tutma amaçlanmıştır<sup>3</sup>. Her ne kadar KHK md.8/III'te düzenlenmiş olan önceye dayalı hak edinmede, marufiyet şartını zorunlu kılınmamış ise de, bu hükümden yararlanabilmek için tescilli markanın maruf (bilinir) hale gelmiş olması da gerekir<sup>4</sup>. Bu husustaki Yargıtay uygulamaları ise farklılık arz etmektedir<sup>5</sup>. Tüm bu sebeplerle KHK'nın, tescilsiz markaları, belirli şartların varlığı dahilinde dolaylı olarak koruduğu söylenebilir. KHK'nın tescilsiz markalara tanımış olduğu bu koruma durumu, tescilsiz markaya ilişkin 3.kişilerce Türk Patent Enstitüsüne<sup>6</sup> yapılmış marka başvurularına itiraz etme noktasında kendisini göstermekte olup, 3. kişilerce yapılmış olan bu marka başvurusuna karşı tescilsiz marka sahibinin TPE nezdinde itiraz hakkı<sup>7</sup> bulunmaktadır. Tescilsiz marka sahibi, Türk Patent Enstitüsü nezdinde hiçbir itiraz yapmamış veya yaptığı itiraz reddedilmiş

<sup>2</sup> Önceye dayalı hak kavramına ilişkin KHK 8/III'te iki bent halinde düzenlenmiş olan iki halin bir arada bulunması gerekir. Bu iki bent tek ihtimalin uygulanma şartını düzenlenmektedir. Dolayısıyla bu iki bendi birbirine “ve” bağlacı ile bağlamak suretiyle beraber algılamak hükmün anlamına uygundur.(**Karahan, Sami**, Tescilsiz Markaların Korunmasında Marufiyet(Bilinirlik) Şartı, FMR, Yıl 4, Cilt 4, Sayı 2004/2, s.13.

<sup>3</sup> **Arkan, Sabih**, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/III. Maddesi le İlgili Bir İnceleme, BATİDER, Aralık 2002, Cilt XXI, Sayı 4, s.103.

<sup>4</sup> KHK md.8/III metninde marufiyet şartı zımnen mündemictir. Gerçekten, bir kimsenin salt bir markayı ilk defa kullanmaya başlaması ile o marka üzerinden önceye dayalı hak sahibi olduğunu, korunabileceğini ve kendisinden sonra yapılacak tescilleri engelleyebileceği ve hatta yapılan tescilleri hükümsüzlük davası açarak ortadan kaldırayabileceğini kabul etmek imkansızdır. Tescil edilmemiş markaya Kararname ile koruma sağlanmasının sebebi, sadece tescilsiz markayı marka sahibinin ilk kullanmaya başlaması değil, aksine bunun dışında markanın korunmasını haklı kılabilecek daha emel ve önemli bir sebep bulunmasıdır. Bu sebep, tescilsiz olarak kullanılan gelen markanın belirli bir yer, bölge veya piyasada bilinir hale gelmesidir. Kararname koyucu, markanın ilk kez kullanılması yanında, markayı bilinir hale getirmek için yapılan faaliyetleri de korumak için böyle bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir.(**Karahan**, FMR 2004/2, s.16.)

<sup>5</sup> Yarg.11. HD. 06.07.1999, E.1998/1734, K.1998/146 sayılı kararı ile KHK md.8/III' ün marufiyet şartını da kapsadığını belirtmişken, Yarg. 11. HD. 28.05.2002, E.2002/2411, K.5314 sayılı kararı ile ise KHK md.8/III' ün uygulanması için marufiyet şartının aranmaması gerektiğine karar vermiştir.(**Karahan**, FMR 2004/2, s.15-16)

<sup>6</sup> Türk Patent Enstitüsü, 06.11.2003 tarih ve 5000 sayılı Türk Patent Enstitüsü'nün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren bir kamu tüzel kişisidir. Kanun'un 3. maddesinin a bendi gereğince, hükümde belirtilen diğer görevlerin yanı sıra; patentler, markalar ve endüstriyel tasarımlar ile diğer kanunlarla koruma altına alınmış olan sınai mülkiyet haklarının ilgili mevzuat hükümleri uyarınca tesciline ve bu hakların korunması ile ilgili işlemleri yapmak Enstitü'nün görevidir. (**Ayoğlu, Tolga**, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması, FMR Dergisi, Yıl 7, C.7, S. 2007/1, s.15.

<sup>7</sup> Enstitü kararlarına yönelik itirazlar KHK md.47-53 arasında düzenlenmektedir.(bkz. **Albayrak, Mustafa**, Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları Marka-Tasarım-Patent Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2004, s.161-162.

olsa dahi, red kararı aleyhine iptal davası açabileceği gibi, tesciline karar verilen marka aleyhine hükümsüzlük davası da açabilir. Tescilsiz marka sahibi bu kanun yollarını da tüketmiş ise, artık 556 sayılı KHK' da belirtilen diğer hükümlerinden yararlanamayacaktır. Zira bu hükümlerin haricinde, KHK'da öngörülen diğer korunmalardan yararlanabilmek için markanın tescili olması ve kullanılması gereklidir. Örneğin, tescilsiz marka sahibi, marka hakkına tecavüz teşkil eden bir eylem ile karşı karşıya kalacak olur ise yani KHK 61'de düzenlenen marka hakkına tecavüz durumlarından birisi gerçekleşir ise, KHK md.62'ye dayanarak herhangi bir talep ileri süremeyecektir.

Yine, 556 sayılı KHK tescil noktasında zorunluluk öngörmediğinden, ticari hayatta tescilsiz markaların bulunması ve bunların da korunmaya muhtaç olması doğaldır. Hukuk sistemimizde de, tescilsiz markaları koruyan özel bir mevzuat olmadığı için, tescilsiz markalara, ancak TTK 56 vd maddelerinde düzenlenen genel hükümlere -haksız rekabet hükümleri- dayanılarak koruma sağlanabilir. Bu arada, genel hükümlere ilişkin bu korumadan tescilli marka sahiplerinin de yararlanabileceği muhakkaktır. Ancak bu çalışmamızda, sadece tescilli markalara tecavüz halinde marka sahibinin taleplerinin neler olabileceği yönünde 556 sayılı KHK' nın sağladığı haklara yer verileceği için, konumuz KHK çerçevesinde açıklanacaktır.

Bu anlamda KHK'nın belirlediği şartlara riayet edilerek TPE'ye başvuru ve tescil ettirilerek yayınlanması sağlanan markaya karşı<sup>8</sup>, KHK'nın 61. maddesi ve bu madde atfı ile 9. maddesine aykırı eylem ve diğer faaliyetleri KHK bir sonuca bağlamış ve 61/A ve devamı maddeleri ile hukuki ve cezai başvuru yolları, açılacak davalar belirlenmiştir.

---

<sup>8</sup> Her ne kadar KHK md. 9/III 1.cümle ile markanın, sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibariye hüküm ifade edeceği belirtilmiş ise de, Aynı fıkranın 2. cümlesi ile bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre, marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açabilecektir. Yalnız aynı fıkranın 3.cümlesi uyarınca mahkeme tescilin yayınlanmasından önce karar veremeyecektir.

KHK'nın markaya tecavüz hallerini düzenleyen iş bu, 9. 61. ve 61/A maddelerinin bazı hükümleri, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile iptal davasına konu edilmiş, Anayasa Mahkemesi ise 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. ve 2008/ 2 K. sayılı kararı<sup>9</sup> ile söz konusu bazı hükümleri iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu hükümleri Anayasaya aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmesine rağmen, uygulamada doğacak sorunları engellemek ve kanun koyucunun bu süreçte yeni düzenlemeler yapmasına zemin hazırlamak için iptal kararının yürürlüğünü 6 ay ertelemiştir. Bu süreçte, kanun koyucu tarafından, Markaların Korunması Hakkında KHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair 5833 sayılı Kanun<sup>10</sup> yürürlüğe konularak KHK'nın 9. 61. ve 61/A maddelerinin tamamı yeniden düzenlenmiştir.

5833 sayılı yasa ile yapılan değişikliklerin bazıları gerek doktrindeki tartışmalar ve gerekse yargı uygulamaları açısından önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmamızın esasını oluşturan "marka hakkına tecavüz halinde, marka sahibinin 556 sayılı KHK çerçevesinde talepleri" konusuna girmeden önce, birinci bölümde, markaya tecavüz hallerini düzenleyen 556 sayılı KHK'nın eski hali ile 5833 sayılı kanunla değişiklikten sonraki yeni hali üzerinde karşılaştırılmalı olarak kısaca durulacak, yasa ile getirilen yeni düzenlemeler ayrıntılı irdelenip yargı uygulamalarına katkısı tartışılacaktır.

İkinci bölümde ise, çalışmamızın esasını teşkil eden markaya tecavüz halinde hak sahibinin talepleri konusu 556 sayılı KHK çerçevesinde incelenecek olup, buna göre; öncelikle tecavüzün devamını engellemeye yönelik ihtiyati tedbir (KHK md.76) ve gümrüklerde el koyma talepleri (KHK md.79), devamla tecavüzün mevcut olup olmadığına dair tespit (KHK md.74) ve delillerin korunması için delil tespiti talepleri (KHK md.75) ve yine, devam eden tecavüzün durdurulması (KHK md.62/a), üretim araçlarına el koyma (KHK md.62/c), el koyulan araçlar üzerinde mülkiyet hakkının tanınması (KHK md.62/c), taklit ürünler üzerindeki markanın silinmesi, veya söz konusu ürünlerin imhası (KHK md.62/e), tecavüzün giderilmesi, maddi ve manevi zararların tazmini (KHK md.62/b), itibar tazminatı (KHK md.68)

---

<sup>9</sup> 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>10</sup> 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

ve kararın ilgililere tebliği (KHK md.62/f ve 72) taleplerinden ayrıntılı olarak bahsedilecektir. Ayrıca söz konusu talepleri kimlerin isteyebileceği, talep muhatabının kimler olabileceği, zamanaşımı süreleri, bu taleplerin hangi yetkili ve görevli mahkemeler nezdinde talep edilebileceği ayrıntılı olarak incelenecektir.

Üçüncü bölümde ise, markaya tecavüzün cezai boyutunu düzenleyen KHK'nın 61/A maddesinin eski hali ile 5833 sayılı kanunla yapılan değişlikle ortaya çıkan yeni hali kısaca irdelenecek, sorunlar ortaya koyulacak, doktrin ve Yargıtay kararları eşliğinde çözüm önerileri sunulacaktır.

## **BİRİNCİ BOLUM**

### **MARKA HAKKINA TECAVÜZ**

#### **I.GENEL OLARAK**

Markanın tanımı 556 sayılı KHK md. 5/I de yapılmış olup, buna göre marka; bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil, 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.

Yine marka hakkına tecavüz oluşturan davranışların neler olduğu da 556 sayılı KHK da düzenlenmiştir. Bu davranışların neler olduğu KHK'nın 61.maddesinde sayılmıştır. Söz konusu maddede, ilkin KHK'nın 9.maddesine aykırı davranışların tecavüz oluşturacağı belirtilmiş (a bendi), sonra da, diğer tecavüz fiilleri hükme bağlanmıştır (b-d bentleri). Aslında "marka tescilinden doğan hakların kapsamı" KHK'nın 9.maddesinde hükme bağlanmış olduğundan, tecavüz oluşturan fiillerin de bu madde çerçevesinde ele alınması daha uygun olurdu<sup>11</sup>.

Bu nedenle de KHK md. 9/II(b)' de, markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiğinden hiç söz edilmemiştir.

KHK' da yapılan bu düzenleme sakıncalara neden olabilecek niteliktedir. Örneğin KHK md. 9/II(b)'de tescilli markanın aynı veya benzeri olan işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi, stoklanması bir tecavüz fiili sayılmış; KHK md. 61(c)'de ise, markanın taklit edildiğini bilen ya da bilmesi gereken kişinin taklit markayı taşıyan ürünleri satmasının, dağıtmasının tecavüz oluşturacağı gösterilmiştir. Görüldüğü üzere, KHK' da, aynı konuda iki farklı düzenleme yer almıştır. Bu durumun neden olabileceği sakıncaların bir ölçüde bertaraf edilebilmesi için md. 9/II(b)'nin, markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit edenin bu işareti taşıyan malları piyasaya sürmesi ya da bu amaçla stoklaması halin de, malları, markayı taklit edenden iktisap ederek ticarî amaçla elinde tutan, satan üçüncü kişiler hakkında uygulanmasını kabul etmek gerekir.

---

<sup>11</sup> **Arkan, Sabih**, Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998, s.117.

Ancak Őu hususu da belirtmek gerekir ki, taklit markalı ürünleri satan, dağıtan, elinde bulunduran üçüncü kişinin sadece durumu bilmesi (ya da bilmesinin gerekli olması) halinde mütecaviz sayılması, marka sahibinin haklarının etkin biçimde korunması amacına ters düşer.. Örneğin; markanın taklit edildiğini bilmeyen (bilmesi de gerekmeyen) bu kişilere karşı, tecavüzün durdurulması davası açılmayacaktır.

KHK 61. madde kapsamında sadece doğrudan tecavüz fiilleri değil tecavüz oluşturan fiillere iştirak, yardım veya teşvik etmek, bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak ve taklit markayı taşıyan ürünün nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak da yer almakta iken yani KHK 61. maddesinin (e) ve (f) bentlerinde dolaylı tecavüz halleri de yer almakta iken, bu bentler 5833 sayılı yasa ile ortadan kaldırılmıştır. Dolayısı ile halihazırdaki KHK de dolaylı tecavüz hali bulunmamaktadır.

KHK'nın 61 (d) maddesinde ise, lisans alanın, lisans sözleşmesiyle verilmiş hakları izinsiz genişletmesi, bu hakları üçüncü kişilere devretmesi de, marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilmekte iken, bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 17.05.2004 tarihli ve 25462 Resmi Gazete'de yayımlanan 02.03.2004 tarih ve E.2002/92, K.2004/25 sayılı kararı ile, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptale edilmiştir. Daha sonra ise, 5833 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra bu hüküm aynı hali ile KHK md.61/d olarak yeniden ihdas edilmiştir.

KHK'nın 61/A maddesinde cezaî müeyyide uygulanmasını gerektiren tecavüz halleri ayrıca hükme bağlanmış bulunmaktadır<sup>12</sup>.

Aşağıda 556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde sayılan tecavüz halleri 5833 sayılı yasa ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

## **II. KHK md. 61'DE SAYILAN TECAVÜZ HALLERİ**

### **1. KHK md. 9' un İhlâl Edilmesi**

KHK'nın 61.maddesinin (a) bendine göre, marka tescilinden doğan hakların kapsamını gösteren 9.maddenin ihlâl edilmesi, marka hakkına tecavüz

---

<sup>12</sup> Arkan, C.I, s.118.

sayılır.

5833 sayılı yasanın 1. maddesi ile, KHK' nın 9. maddesinin 1. fıkrasında esas itibariyle önemli bir değişiklik yapılmamıştır<sup>13</sup>.

Marka sahibi, KHK 9. maddesinin 1. fıkrası (a) uyarınca, tescilli markasının aynısının bir başka kişi tarafından aynı tür mal/hizmetler için kullanılmasını önleyebileceği gibi, KHK md.9/I (b) bendi uyarınca da tescilli markası ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal/hizmetlerle aynı veya benzer mal/hizmetleri kapsayan ve bu nedenle ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılmasına da engel olabilir<sup>14</sup>.

5833 sayılı yasa ile 556 sayılı KHK md. 9/I (b) bendinde daha önce yer alan “bağlantı olduğu” ibaresi, değişiklikten sonra “ilişkilendirilme” ibaresi olarak değiştirilmiş, yine bendin eski halinde “halk tarafından” olan ibare “halk üzerinde” olarak değiştirilmiş olup, bu değişiklikler bent metninin esasını değiştirmemiş, sadece cümlenin daha düzenli ve anlaşılır kılınması adına bu şekilde yazılmıştır. Dolayısı ile 5833 sayılı yasadan sonra da, KHK md.9/I (b) bendinin esas, markaların karıştırılma(iltibas) tehlikesi, markalar arasında bağlantı kurulma ihtimalini de değinilerek formüle edildiği<sup>15</sup> eski hali ile aynen korunmuştur. Aynı şekilde, (a) bendi de gerek yazılım ve gerekse esas açısından eski hali ile aynen korunmuştur.

5833 sayılı yasa ile KHK'nın 9. madde (c) bendinde ise kısmi değişiklikler yapılmış olup, yapılan değişiklik ile metne “...ancak Türkiye’de tanınmışlık düzeyi nedeniyle....” cümlesi ve yine “...veya tescilli markanın itibarına zarar verecek...” cümlesi eklenmiş, eski halindeki cümlenin anlaşılmasını zorlaştıran ve sadece metni kalabalıklaştıran bazı cümleler ise metinden çıkarılmıştır.

KHK md.9/I (c) bendi tanınmış markaları korumak adına düzenlenmiş bir banttir. Tanınmış markanın KHK’da tanımı yapılmamış olup<sup>16</sup>, doktrinde<sup>17</sup> ve

<sup>13</sup> **Arkan, Sabih**, 5833 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK’da Yapılan Değişiklikler, BATİDER, 2009, C.XXV, S.1, s.6.

<sup>14</sup> **Arkan, C.I**, s. 97, **Kırca, İsmail**, Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması, BATİDER, 2003, C.XXII, S.2, s.7.

<sup>15</sup> **Arkan, Sabih**, İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas(Karıştırma) Tehlikesi, BATİDER, 1999, C.XX, S.2, s.5.

<sup>16</sup> **Kayihan, Şaban**, Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.VII, S.1-2, s.425. **Yasaman, Hamdi**, Marka Hukuku İle İlgili



Yargıtay kararları ile bu tanım yapılmıştır<sup>18</sup>. Yine TPE’de tanınmış marka için bazı kriterler aramaktadır<sup>19</sup>. Bu tanımın ve doğal sonucu olarak tanınmış markaların belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşması ve bu markaların itibarlarının yüksek olması, zaten olması gereken bir unsurdur<sup>20</sup>. Dolayısı ile metne eklenen bu cümleler, metnin tanınmış markalara tecavüz haline özgü olduğunu açıklamaya yaramış olup, metin daha sade ve anlaşılır olmuştur. Bu bent gerek eski haliyle ve gerekse yeni haliyle, tanınmış markaları koruma maksadıyla düzenlenmiştir. Özetle, bu bent uyarınca, tanınmış markanın aynısının veya benzerinin farklı mal/hizmetler için de kullanılması ve bu kullanımın, tescilli markanın itibarından dolayı mütecaviz lehine haksız bir kazanç sağlaması veya tescilli markanın itibarına zarar vermesi veyahut tescilli markanın ayırt edici karakterini etkilemesi halinde, tescilli marka sahibi bu eylemleri önleme hakkına sahiptir (KHK 9/1,c)<sup>21</sup>.

Böylece marka sahibine, markanın aynısının ya da benzerinin, tescil kapsamına giren mal/hizmetlerin yanı sıra benzerlerinde de kullanılmasını yasaklama imkânı verilmiştir<sup>22</sup>. Bu yetki, marka sahibinin tekeli hakkında doğmuştur.<sup>23</sup>

---

Makaleler Hukuki Mütalalaar Birlikçi Raporları II, İstanbul 2005, s.17.

<sup>17</sup> **556 Sayılı KHK md.7/1 ı bendi** “ Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Konvansiyonunun 1. Mükerrer 6. Maddesine göre tanınmış marka” ile tanınmış marka hususunda Paris Konvansiyonuna atıf yapmıştır. Paris Konvansiyonu sözü edilen hüküm uyarınca “Birlik ülkeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu Anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesce bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler”(Arkan, Sabih, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, BATİDER, 1999, C.XX, S.1,s.7.)

Bu bilgiler eşliğinde tanınmış marka, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesine üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait marka şeklinde tanımlanabilir (**Tekinalp, Ünal**, Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s.472. )

<sup>18</sup> Tanınmış Marka, bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost düşman, ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır..”(Yarg.11. HD, T.13.03.1998, E.1997/5647, K.1998/1704 **naklen: Kayıhan**, s.425, **Eyüboğlu, Samiye**, Tanınmış Marka, FMR, Yıl 1, C.1, S.2001/2, s.114-115.)

<sup>19</sup> Bkz. <http://www.turkpatent.gov.tr>.

<sup>20</sup> **Kayıhan**, s.427-428, **Yasaman**, Makaleler, s.23-24.

<sup>21</sup> **Arkan**, C.I, s. 104.

<sup>22</sup> **Arkan**, C.I, s. 26, 102-103, **Yasaman/Ayoğlu**, C.I, s.491.

<sup>23</sup> **Ergün, Mevci**, Türkiye’de Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, Türk Patent Enstitüsü Yayını, Ankara, 1998, s.146, **Tekinalp Ünal**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Bası, İstanbul, 1999,

KHK'nın 9. maddesinin 2 fıkrasında ise, 1.fıkra da sözü edilen koşulların gerçekleşmesi halinde marka sahibinin yasaklayabileceği davranışlar gösterilmiştir. Buradaki hükümlerden c bendinde önemli sayılabilecek bir değişiklik yapılmış<sup>24</sup> ve yine aynı fıkraya e bendi eklenmiştir<sup>25</sup>. Dolayısıyla KHK md. 9'daki bu hallerin bulunması markaya tecavüz sayılacaktır.<sup>26</sup> KHK'nın 9.maddesinin II. fıkrasında yapılan bu sayım, uygulamada sık rastlanılan durumları örnek şeklinde sıralamakta olup tahdidi nitelikte değildir.<sup>27</sup> Yine Yargıtay 11. HD. si 12.04.2001 tarih ve E.2001/2189 – K.2001/3079 sayılı kararı ile aynı doğrultuda düşündüğünü ortaya koymuştur.<sup>28</sup>

### A. İşaretin Mal veya Ambalajı Üzerine Konulması

Sadece marka sahibinin, markayı mal veya ambalajı üzerine koyma yetkisine sahip olduğu dikkate alınarak, işaretin bir başkası tarafından mal veya ambalajı üzerine konulması marka hakkına tecavüz sayılmıştır (KHK md. 61,a nedeniyle md. 9/II, a)<sup>29</sup>

Bu bent anlamında tecavüzden söz edilebilmesi için tescilli marka ile aynı veya benzer olan işaretin üretilmesi yetmez, bu işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulmuş olması da gerekir. İşaretin, mal ya da ambalaj üzerine ne şekilde konulmuş olduğunun –oyma, basma, yapıştırma- herhangi bir önemi yoktur. Ayrıca işaretin, mal ya da ambalajı üzerine konulmasının, malların piyasaya sürülmesi amacına yönelik olması da lâzımdır. Ancak işareti taşıyan malın fiilen piyasaya sürülmüş olup olmadığının önemi yoktur. Zira malın piyasaya sürülmesi, KHK 9/II'nın (b) bendi uyarınca ayrı bir tecavüz hali sayılır.<sup>30</sup>

Marka sahibi ürettiği bazı mallarda markasını kullanmak istemeyebilir.

---

s.454, **Yasaman/Ayoğlu**, C.I, s.491.

<sup>24</sup> **Arkan**, BATİDER, 2009, C.XXV, S.1, s.7.

<sup>25</sup> **Arkan**, BATİDER, 2009, C.XXV, S.1, s.7.

<sup>26</sup> **Dirikkan, Hanife**, Tanınmış Markaların Korunması, Ankara, 2003, s.266-267.

<sup>27</sup> **Arkan**, C.II, s.211, **Yasaman/Ayoğlu**, C.I, s.492.

<sup>28</sup> **Yasaman/Ayoğlu**, C. I, s.492.

<sup>29</sup> KHK 9/II anlamında işaret, tescilli markanın aynı veya benzeri olmalıdır (bkz. KHK 9/I, a-b). Ayrıca işaretin, tescil kapsamına giren malların aynı ya da benzerleri için kullanılması ve bu nedenle itibas tehlikesi yaratması da söz konusu olmalıdır. Tanınmış markanın, farklı mallar için dahi kullanılmayacağı bir kez daha hatırlamakta yarar vardır (bkz. 9/I, c).

<sup>30</sup> **Arkan, Sabih**, Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu, BATİDER, 2000, C.XX, s.3.

Ticari hayatta bu sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu hallerde, marka sahibinin haricindeki bir kişinin, markayı mallar üzerine koyması da marka hakkına tecavüz teşkil eder.<sup>31</sup>

### **B. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Stoklanması**

Marka sahibinden başka bir kişinin işareti taşıyan malı piyasaya sürmesi veya bu amaçla stoklaması, teslim edilebileceğini teklif etmesi veya o işaret altında hizmet sunması, sağlaması da marka hakkına tecavüz oluşturur (9/II, b)<sup>32</sup>. Markanın mal üzerine konulmasından sonra bu malların piyasaya çıkarılıp çıkarılmayacağına; çıkarılacaksa, bunun hangi koşullarla, ne zaman yapılacağına karar verme yetkisi marka sahibine aittir. Marka sahibinin izni olmadan markayı taşıyan malların bir başka kişi tarafından piyasaya sürülmesi, marka hakkına tecavüz oluşturur.

Ancak marka sahibinin, markayı taşıyan malları piyasaya sürmesinden sonra marka hakkı tükenmiş olur ve markayı taşıyan malları iktisap eden kişilerin bu malları tekrar satışa sunmalarına engel olunamaz (KHK 13/I)<sup>33</sup>.

Piyasaya sürmenin hangi hukukî şekil altında yapıldığının önemi yoktur. Piyasaya sürme, satım, kiralama, leasing yoluyla da gerçekleştirilebilir.

İşareti taşıyan malın piyasa sürülmek amacıyla stoklanması da, KHK 9/II(b)'de ayrı bir tecavüz fiili olarak gösterilmiştir. İşareti taşıyan malın stoklanmasının (elde bulundurulması) piyasaya sürme amacına yönelik olması koşulu arandığından, bu bende dayanılarak, işareti taşıyan malı özel ihtiyacı için elinde bulunduran tüketiciye karşı bir talepte bulunulamaz<sup>34</sup>.

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, 61.maddenin (c) bendine göre marka hakkına tecavüz teşkil eder<sup>35</sup>.

Marka sahibinin iznine dayanarak markalı malları piyasaya süren kişi,

---

<sup>31</sup> Arkan, C.II, s. 211.

<sup>32</sup> Arkan, C.II, s.212.

<sup>33</sup> Arkan, C.II, s.212.

<sup>34</sup> Arkan, C.II, s.212.

<sup>35</sup> Arkan, C.II, s.212.

marka sahibi ile arasındaki anlaşmaya aykırı davranmışsa bu durum marka hakkına tecavüz oluşturmaz; sadece sözleşmeye aykırılık teşkil eder<sup>36</sup>.

İşareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi de, marka hakkına tecavüz oluşturur. Bu anlamda teklif etme, işareti taşıyan malların mağaza vitrininde teşhirini de (ıcapa davet) kapsar. Bu itibarla "teklif" terimi, BK anlamında "ıcap"tan daha geniştir.

İşareti taşıyan malın teslim edileceğinin teklif edilmesinin söz konusu olabilmesi için, malların depoda hazır bulundurulmasına gerek yoktur; malların sonradan üretilecek olması da yeterlidir.

KHK 9. maddesinin 2. fıkrasının b bendinin son kısmında tescilli hizmet markalarının aynı veya benzerini teşkil eden bir işaret altında hizmet sunulması veya sağlanmasından söz edilmiştir. Dolayısıyla hizmet markası ile aynı veya benzer olan bir işaretin, personelin üniformalarında, otele ait çarşaplarda kullanılmış olması da, marka hakkına tecavüz oluşturur.

### **C. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması**

KHK' nın 9. maddesinin 2. fıkrasının c bendinde, 5833 sayılı yasa ile önemli sayılabilecek bir değişiklik yapılmıştır. KHK'da yer alan metinde, marka sahibinin işareti taşıyan malın ithali veya ihracını yasaklayabileceği belirtilmiştir. 5833 sayılı yasa ile yapılan değişiklikte “ işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” nın yasaklanabileceği belirtilmiştir.

556 sayılı KHK'nın 5833 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki halinde, KHK md.9/II (c) bendi “işareti taşıyan malın ithali veya ihracı” şeklinde düzenlenmekteydi. KHK md.9/II (c) bendinin bu eski hali ile, Türkiye'de tescilli olan markanın aynısı veya benzerinin ithali veya ihracının yasaklanması konusunda herhangi bir sorun yaşanmamakta idi.

---

<sup>36</sup> Arkan, C.II, s.213.

Bu düzenlemede, transit<sup>37</sup> geçen taklit mallara ilişkin herhangi bir netlik olmadığı ve KHK'nın başkaca bir maddesinde de bu hususa ilişkin açık bir düzenleme olmadığı için, transit geçen malların hukuki durumu gerek doktrinde gerekse yargı uygulamalarında tartışmalı idi.

**Arkan**'a göre KHK md.9/II'de sayılan haller tahdidi olmadığı için, markayı taşıyan malın marka sahibinin izni olmaksızın transit geçişi marka hakkına tecavüz sayılmalıdır<sup>38</sup>. **Noyan**' da Arkan ile aynı doğrultuda, KHK md.9/II'de sayılan hallerin tahdidi olmadığı için, markayı taşıyan taklit markalı malların transit geçişinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini belirtmektedir<sup>39</sup>. **Saraç** ise, KHK md.9/II'de sayılan hallerin tahdidi olduğunu<sup>40</sup> yine serbest dolaşıma tabi tutulmak üzere serbest bölgeden ülkeye herhangi bir sevkiyat yapılmadığı sürece, malların transit olarak ülke üzerinden geçmesinin, serbest bölgede<sup>41</sup> geçici olarak depolanmasının veya aktarılmasının ithalat olarak nitelendirilemeyeceğini ve aynı zamanda transit geçen malların ihraç edilmiş mal niteliğinde de olmadığını<sup>42</sup>, ayrıca iç piyasaya sürülmemiş taklit markalı bir malın orijinal malın niteliğini de etkilemeyeceğini böylece transit geçen malların marka hakkına tecavüz oluşturmayacağını düşünmektedir<sup>43</sup>.

Yargıtay bazı kararların da, taklit mal transit olarak gönderileceği belirtilen ülkede tescilli ise ve bu tescilli marka sahibi tarafından mallar serbest bölgeye sokulmuş ise, serbest bölgeye sokulmuş bu malların Türkiye sınırları içerisinde kullanılmakta olduğu veya ülkeye sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar

<sup>37</sup> **Serbest Bölgeler Uygulama Yönetmeliği md.31/III** “Yabancı bir memleketten başka bir yarıncı veya Türkiye’den yabancı bir memlekete gitmek ya da yabancı bir memleketten Türkiye’ye gelmek üzere bölgeden geçen/geçirilen eşya, bölgede “transit” halinde sayılır. Transit olarak geçen/geçirilen eşyanın, Serbest Bölgede aktarma edilmesi, karaya çıkarılması veya bir süre kalması transit halini değiştirmez.

Saraç' a göre transit mal; ülke dışından gelip, transit olarak geçilen ülkenin içerisinde piyasaya sürülmeden bir başka ülkeye taşınan mallar olarak tanımlanabilir. (**Saraç, Tahir**, Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?, BATİDER, 2007, C.XXIV, S.2, s.443.)

<sup>38</sup> **Arkan**, C.I, s.211.

<sup>39</sup> **Noyan, Erdal**, Marka Hukuku, Ankara 2004, s.374.

<sup>40</sup> **Saraç**, s.452.

<sup>41</sup> **4458 sayılı Gümrük Kanunu md.152**: “Serbest Bölgeler, Türkiye Gümrük Bölgesinin parçaları olmakla beraber; a)Serbest dolaşımda olmayan eşyanın herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulmaksızın ve serbest dolaşıma sokulmaksızın, gümrük mevzuatında öngörülen haller dışında kullanılmamak ya da tüketilmemek kaydıyla konulduğu, ithalat vergileri ile ticaret politikası önlemlerinin uygulanması bakımından Türkiye Gümrük Bölgesi dışında olduğu kabul edilen, b) Serbest dolaşımdaki eşyanın, bir serbest bölgeye konulması nedeniyle normal olarak eşyanın ihracına bağlı olanaklardan yararlandığı yerlerdir.

<sup>42</sup> **Saraç**, s.455.

<sup>43</sup> **Saraç**, s.469.

yapıldığı kanıtlanmadan, serbest bölgeye sokulan taklit malların tecavüz oluşturmayacağına hükmetmiştir<sup>44</sup>. Aslında, Yargıtay, taklit markalı malların transit olarak gönderileceği ülkede tescilli olması halinde bu malların orijinal olduğunu, Türkiye sınırları içerisinde kullanılmadığı veya buna ilişkin ciddi ve etkin çalışma yapılmadığı sürece, gönderilecek ülkedeki tescil sahibinin talebi doğrultusunda bu malın serbest bölgede veya transit geçiş için gümrük deposunda beklemesini tecavüz olarak kabul etmemiştir. Yargıtay bazı kararlarında ise, malın transit olarak gönderileceği ülkede tescilli olmaması halinde ise artık taklit mallardan bahsedileceğini ve bu durumda taklit edilerek üretilmiş olan sahte ürünlerin serbest bölgede ticari amaçla bulundurulmasının suç teşkil ettiğini ve marka hakkına tecavüz oluşturduğuna karar vermiştir<sup>45</sup>. Yargıtay transit geçen mallara ilişkin verdiği diğer bir kararında, “....davalının davacıya ait tescilli markanın kullanılması konusunda lisans sahibi olmadığı halde ürün siparişi vererek Türkiye’ye getirttiğine göre markaya tecavüz ettiğini bilmesi gerektiğinden, bu ürünlerin yurt içinde satılmayacak olmasının markaya tecavüz edildiği gerçeğini değiştirmedikten, ürünlerin ülke sınırlarına girdiği anda markaya tecavüz fiilinin gerçekleşmiş olacağından.....” şeklinde görüş ortaya koyarak, transit geçen malların Türkiye’de tescilli olan bir markaya tecavüz teşkil eder mahiyette ise, malların Türkiye’de satılmayacak dahi olsa bu durumun marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini belirtmiştir<sup>46</sup>. Yargıtay başka bir kararında, KHK md.9/II-c’ deki sayımın tahdidi olmadığı gerekçesi ile Türkiye’de tescilli markanın taklidi niteliğinde olan malların, gümrük hattı dışı eşya satış bölgesinde bulundurulmasını marka hakkına tecavüz şeklinde yorumlamıştır<sup>47</sup>.

4458 sayılı Gümrük Kanunu<sup>48</sup> açısından T.C. Gümrük Bölgesi, T.C. topraklarını kapsar. Türkiye karasuları, iç suları ve kara sahası gümrük bölgesine dahildir(md.2). “Gümrük bölgesi” kavramı da, T.C. Gümrük Bölgesi’ni ifade eder(md 2/II).

<sup>44</sup> Yarg. 11. HD. T.23.09.1999, E.1999/4928, K.1999/7026, Yarg. 11.HD, T.18.12.2000, E.2000/8447, K.2000/10342 (Saraç, s.444)

<sup>45</sup> Yarg. 11. HD. T.11.11.2003, E.2003/4347, K.2003/10776, Yarg. 11.HD, T.13.02.2004, E.2003/13968, K.2004/1201, Yarg.11.HD, T.01.04.2004, E.2003/8321, K.2004/3406(Saraç, s.445-446)

<sup>46</sup> Yarg. 11. HD. T.08.05.2006, E.2005/5247, K.2006/5336 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

<sup>47</sup> Yarg. 11. HD. T.17.02.2004, E.2003/5128, K.2004/1432(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

<sup>48</sup> 04.11.1999 Tarih ve 23866 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

Yine 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 3/14. maddesi uyarınca “eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” ifadesi eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulmasını, serbest bölgeye girmesini, Türkiye Gümrük Bölgesine yeniden girmesini, imhasını ve gümrüğe terk edilmesini ifade etmektedir. Aynı kanunun 3/15 maddesine göre “gümrük rejimi” ibaresi ise, serbest dolaşıma giriş rejimini, transit rejimi, gümrük antrepo rejimini, dahilde işleme rejimini, gümrük kontrolü altında işleme rejimini, geçici ithalat rejimini, hariçte işleme rejimini ve ihracat rejimini kapsar.

556 sayılı KHK md. 9/II (c) bendinde yapılan bu değişiklikle, Türk iç pazarına hiç sunulmayacak olan ve markanın aynı veya benzeri bir işareti taşıyan malın ihracatı veya bu tarz bir malın ithali yanında, serbest bölgeye konulmasının ya da transit rejimine tabi tutulmasının da yasaklanıp yasaklanamayacağına dair gerek doktrindeki ve gerekse yargı kararlarındaki bu farklılıklar giderilmiş olacaktır. Kanun koyucu da bu değişiklikle, tüm bu kuşkularının giderilmesini amaçlamıştır.<sup>49</sup>

Sonuç olarak, 5833 sayılı yasayla KHK md.9/II (c) bendine yapılan değişiklikten sonra, 9 maddenin I. fıkrasına aykırı olacak şekilde işareti taşıyan malların T.C. Gümrük Bölgesi'ne girmesi, ihracatı, ithalatı, transit ticarete konu edilmesi, bir serbest bölgeye konulması ya da gümrük hattı dışı satış mağazalarında satışa arzı, marka hakkına tecavüz sayılacaktır.<sup>50</sup> Marka hakkına tecavüz teşkil eden malların bu durumları içermesi halinde, ayrıca işareti taşıyan malın Türk iç piyasasına sürüleceğinin kanıtlanmasına gerek duyulmamıştır. Böylece sınai mülkiyet haklarının en etkin biçimde korunması sağlanmış ve tecavüz oluşturan markayı taşıyan malların ticaretinin, bu malların iç ya da dış piyasada dağıtımına başlanmadan önlenmesine olanak tanınmış olmaktadır.<sup>51</sup>

#### **D. İşaretin İş Evrakı ve Reklamlarda Kullanılması**

KHK'nın 9. maddesinin 2 fıkrasının (d) bendi 5833 sayılı kanun ile hiçbir değişikliğe uğramadan, aynı şekli ve içeriği ile korunmuştur.

<sup>49</sup> Arkan, BATİDER, 2009, C.XXV, S.1, s.6.

<sup>50</sup> Arkan, BATİDER, 2009, C.XXV,S.1, s.8.

<sup>51</sup> Arkan, BATİDER, 2009, C.XXV,S.1, s.8.

Kanunkoyucu bu hüküm ile markanın aynı veya benzeri olan işaretin, sadece mal veya ambalajı üzerine marka olarak konulması değil iş evrakı ya da reklamlarda kullanılması da marka hakkına tecavüz saymıştır<sup>52</sup>.

Bu anlamda iş evrakı, mektup, posta kartı, katalog, fiyat listeleri, mönü gibi yazılı kağıtlardır. Reklamın ise mutlaka yazılı olması gerekmez; radyo programlarında yer alan reklamlar da bu kapsamdadır.<sup>53</sup>

Mukayeseli reklam, haksız rekabet teşkil etmedikçe, marka hakkına tecavüz oluşturmaz; zira bu tür reklamlarda, rakibe ait marka, mütecavizin kendi mal/hizmetlerini ayırt etmek amacıyla kullanılmamaktadır<sup>54</sup>.

Burada şu hususu da önemle belirtmek gerekir ki, marka sahibi, kendi markasını taşıyan malları piyasaya sürdükten sonra bu malları iktisap ederek satışa sunan sonraki alıcıların markayı kullanarak reklam yapmalarına, KHK md. 9/II(d)'ye dayanarak engel olamaz. Bu durumda, marka sahibinin hakkı tükenmiştir (KHK md. 13).

### **E.İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Biçimde Kullanma**

İnternet kullanımı ve dolayısıyla web sitelerini sayısının hızla artması ve aynı paralelde geleneksel kaynaklardan gelir elde eden sektörlerin azalması ve maliyetlerin yükselmesi, firmaları gelir kaynağı olarak elle tutulamayan mallara yani internet üzerinden satışa<sup>55</sup> ve reklama yöneltmiştir. Zira, işletmeler internet üzerinden, daha az masraf ve zahmetle, daha çok sayıda ve daha geniş bir coğrafyada tüketiciye ulaşabilmekteler ve bununla beraber markalarının tanınmışlığını da artırabilmekteler. Bu sebeplerle, internet üzerinden marka hakkı ihlallerinin sayısı ve türü her geçen gün çoğalmaktadır. Hal böyle olunca, internet üzerinden yapılan ve devam eden hak ihlallerinin (marka hakkına tecavüzlerin) önüne geçmek veya

---

<sup>52</sup>. Davacının markasının, ticarethane ve bakım servisindeki tabelalarda, camekanlarda ve kartvizitlerde, davacı marka sahibiyle arasında bağlılık bulunduğu izlenimi verecek şekilde aynen kullanılması haksız rekabet teşkil eder (11. HD, 15.04.1993, E. 1992/1577, K. 1993/2447, **Camcı, Ömer**, Marka Davaları, İstanbul, 1999, s. 188-189)

<sup>53</sup> **Arkan**, C.II, s.215.

<sup>54</sup> **Arkan**, C.II, s.215.

<sup>55</sup> **Badger, Carina/Sumroy, Rob**; Examination of The Illegal Use of The Trade Mark With Respect to its Main Function (**Çeviren: Sert, Selin**, Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanılmasının İncelenmesi), FMR, Yıl 7, C.7, S.2007/3, s.74-75.



neticelenmiş hak ihlallerinin sonuçlarını gidermek için hukuki düzenlemelerin önemi de giderek artırmaktadır.

Marka hakkının internet üzerinden ihlaline ilişkin 556 sayılı KHK'da doğrudan düzenlenmiş herhangi bir hüküm bulunmamakta iken, internet kullanımının artmasına paralel olarak doğan ihtiyaç gereği 5833 sayılı yasa ile KHK'nın 9. maddesine (e) bendi eklenmiş ve artık, bu durum KHK'da doğrudan düzenlenmiştir. Bu bent düzenlemesi, *“işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması”* şeklindedir.

5833 sayılı yasa ile KHK'ya eklenen bu bent olmasa dahi, bir kişinin markası iltibas yaratacak şekilde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanıldığı takdirde, bir haksız rekabet durumunun oluşacağı açıktır. Dolayısıyla bu düzenlemeden önce, iltibasın varlığı halinde TTK düzenlenen Haksız Rekabet hükümleri ile markanın korunması sağlanabilmekte idi. Yargıtay *“.....alan adları yürürlükteki bir mevzuatla düzenlenmediğinden, TTK'nın 57/5. maddesindeki işaret ve tanıtma vasıtası olarak nitelendirilip değerlendirilmesi gerekir.....Alan adlarına ilişkin bir yasal düzenleme bulunmadığından, alan adının korunan bir işareti ya da hakkı ihlal etmesi halinde, TTK'nın 56 vd.maddelerine dayalı haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi davası açılması mümkündür...”* şeklindeki kararı ile, alan adının kullanılması ile de marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi haklara karşı tecavüzün söz konusu olabileceğini ve bu durumda da TTK 56 vd. maddelerindeki haksız rekabet hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmiştir<sup>56</sup>.

Yine, 5833 sayılı yasa ile KHK'ya eklenen bu bent olmasa dahi, markanın alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması halinde KHK'da düzenlenmiş olan tecavüze ilişkin korumalardan faydalanılabilmekte idi. Zira, marka hakkına tecavüz halleri KHK md.61 ve bu madde atfı ile KHK md. 9' da düzenlenmektedir. Bu maddelerde alan adı, yönlendirici kod ve anahtar sözcüğün ihlalinin tecavüz teşkil ettiğine dair bir açıklık yoktur. Ancak KHK md.9/II'de sayılan haller örnek kalbinden belirtildiği için, bu

---

<sup>56</sup> Yarg.11.HD. T.28.03.2008, E.2007/1677, K.2008/4071(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

bentte sayılmayan başka kullanım şekillerinin de yasaklanması mümkündür. Kısaca, KHK md.9/II' de sayılan durumlar sınırlı sayıda olmayıp, marka hakkını ihlal eden eylemler çeşitli şekillerde mesela alan adı, yönlendirici kod veya anahtar sözcük kullanımı şeklinde gerçekleşebilir ve marka sahibi bunların engellenmesini isteyebilir. Dolayısı ile 5833 sayılı yasa öncesinde de, internet ortamında alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerdeki kullanımlarda da koruma sağlanabilmekteydi<sup>57</sup>.Yalnız bu durumda tescilli marka ile haksız kullanan kişi arasında bir rekabet ilişkisinin bulunması ve aynı zamanda markanın aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılmış olması gereklidir<sup>58</sup>. Yani markasal kullanım gereklidir<sup>59</sup>.

5833 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile KHK md.9/e'ye eklenen bu bentteki şartları irdilemeden, metinde belirtilen bazı kavramlara ilişkin açıklama yapma ihtiyacı bulunmaktadır.

*Alan adı*, web sitelerinin bulunabilmesi için kullanılan internet adresleridir<sup>60</sup>. Bir başka tanıma göre alan adı, internet ortamında kişiyi, ürünü veya web sitelerinden sunulan hizmetleri ayırt etmeye yarayan tanıtıcı işaret olup, aynı zamanda ayırt edici ad ve işaret hakları kapsamında değerlendirilen gayri maddi malvarlığı haklarıdır<sup>61</sup>.

Alan adları, belirli bir hiyerarşik sistem üzerine kurulmuştur<sup>62</sup>. Buna göre alan adları, üst düzey alan adları (top level domains, TLDs) ve ikinci düzey alan adları (second level domains, SLDs) olmak üzere ikiye ayrılır. Üst düzey alan adları da, cins üst düzey alan adları (generic top level domains, gTLDs) ve ülke kodu üst düzey alan adları (country cod top level domains, ccTLDs) olarak ikiye ayrılırlar.

Cins üst düzey alan adları, internet topluluğu yani herkes tarafından kullanılmak üzere ortaya çıkarılmıştır. Örneğin “.com, .org, .net, .edu, .gov, .mil,

---

<sup>57</sup> **Korkut, Ömer**, Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, BATİDER, Aralık 2007, C. XXIV, S.2, s.514.

<sup>58</sup> **Korkut**, s.515.

<sup>59</sup> **Oğuz, Sefer**, İnternet Ortamında Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanunu'nun Çevirisi, FMR, Y.5, C.5, S.2005/3, s.66.

<sup>60</sup> **Üstün, Dilek**, Fikri ve Sınai Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı(Domain Name) Uyuşmazlıkları, Legal Hukuk Dergisi, 2004, Y.2, S.20, s.2227.

<sup>61</sup> **Küçükali, Canan**, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara 2009, s.156-157.

<sup>62</sup> **Anık, Gülgün**, İnternet Alan Adı, FMR,Y.5, C.5, S.2005/4, s.67.

.int”, şeklindedir. Ülke kodu alan adları ise her bir ülke için ayrı ayrı belirlenmiştir. Örneğin Türkiye için “.tr” şeklindedir.

İkinci düzey alan adları ise, ülke kodu alan adları altında yer almaktadır. Örneğin Türkiye için “.com.tr, .gov.tr” şeklindedir. İkinci düzey alan adları tahsis işlemeleri, her ülkenin yetkili kurumlarınca yerine getirilmektedir. Türkiye’de “tr” üst düzey alan adı ve onun altında yer alan alt alan adlarının yönetim ve koordinasyonu, 10.11.2008 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 35. Maddesi ile “ internet alan adlarının tahsisini yapacak kurum veya kuruluşun tespiti ile alan adı yönetimine ilişkin usul ve esasları belirleme” görev ve yetkileri Ulaştırma Bakanlığı’na verilmiştir. Ulaştırma Bakanlığı’nın 03.03.2009 tarihli ve 321 sayılı yazısı ile de “İnternet Alan Adları” tahsisine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesi görevi Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna tevdi edilmiştir.

Alan adı tahsisinde daha öncesinden “ilk gelen alır” ilkesi geçerli olup, aynı alan adını almaya yönelik ilk başvuruyu yapan kişiye tahsis sağlanmaktayken<sup>63</sup>, Ulaştırma Bakanlığı’nın 07.11.2010 tarih ve 27752 sayılı Resmi Gazete yayınlanan “*İnternet Alan Adları Yönetmeliği*” ile konu farklılık arz etmiştir. Buna göre durum belgesiz alan adı ve belgeli alan adı tahsisi olarak iki yöntemle yapılmaktadır. Belgesiz alan adı tahsisinde “ilk gelen ilk alır” kuralının geçerli olduğu tahsislerdir. İlk gelenin tespitinde, alan adı başvurusunun TRABİS<sup>64</sup>’e ulaştığı zaman kaydı esas alınır. Belgeli alan adı tahsisi ise, ilgili bilgi veya belgelerin başvuru sahibi tarafından KK<sup>65</sup>’ya verilmesini ve bu bilgi veya belgelerin TRABİS’e ulaştırılmasına müteakip yapılan tahsislerdir.

İkinci düzey alan adlarının, özellikle alan adının içerdiği elemanların belli bir işin mal veya hizmetlerine işaret ettiği toplumca kabul ediliyorsa, ticari marka ile

---

<sup>63</sup> Bu kodların kimlere tahsis edileceğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Anık**, s.67 vd., **Küçükali**, s.153 vd., **Sert**, 80-81.

<sup>64</sup> “.tr” ağ bilgi sistemi (TRABİS): “.tr” uzantılı alan adı sisteminin ve buna ait merkezi veritabanının işletilmesine, rehberin oluşturulmasına, güncellenmesine ve rehberlik hizmetinin sunulmasına ve alan adı başvuru işlemlerinin gerçek zamanlı olarak yapılmasına imkan veren, tüm bu faaliyetlerin güvenli ve iş sürekliliğini sağlayacak şekilde gerçekleştirildiği sistemi ifade eder. (İnternet Alan Adları Yönetmeliği md. 3/n)

<sup>65</sup> Kayıt Kuruluşu (KK): Başvuru, yenileme, iptal gibi alan adları ile ilgili işlemlerin yapılmasına aracılık eden tarafı ifade eder. (İnternet Alan Adları Yönetmeliği md. 3/1)

genellikle aynı fonksiyonu yerine getirdiği kabul edilmektedir. Alan adı bir işin ününün artması veya azalmasını sağlayabilir ve başkası tarafından kullanılırsa zarara sebep olabilir. Alan adları tam anlamıyla ticari marka olmasa da neredeyse onun kadar tüketiciler üzerinde firma değeri yaratma kabiliyetine sahiptir. Yalnız alan adı, kişisel verilerin iletilmesi için kullanılmakta ise, markasal kullanımdan bahsedilemez<sup>66</sup>.

*Yönlendirici kod*<sup>67</sup>, web sayfalarının içeriğini sınıflandıran arama motorlarının bu işlemi yapabilmeleri için web sitesinde HTML<sup>68</sup> kodunun başındaki anahtar kelimelerdir. Bu kelimeler web sitesinde görünmemekte, ilgili yazının kaynak kodunda bulunmaktadır<sup>69</sup>. Yönlendirici kod, otomatik aramada bu web sitesinin kolayca bulunup, ilgili dosyaların seçilmesini ve arayan kişinin ekranında listelenmesini sağlamaktadır. Böylece arama motorları vasıtasıyla yapılan aramalarda yönlendirici kodun temsil ettiği sitenin görünme ihtimali artmaktadır<sup>70</sup>. Yönlendirici kod sayesinde, aynı zamanda, kullanıcının istediği web adresine daha hızlı ulaşabilmesi de sağlanmaktadır. Yönlendirici kod kullanma ile marka hakkına tecavüzünü şu örnekle izah edebiliriz. Web sayfası sahibi kendi sayfasını hazırlarken başka bir markayı kaynak kodunda kullandığı takdirde, internet kullanıcısı arama yaparken bu markayı yazdığı anda, markanın asıl sahibinin yerine yönlendirici kod olarak kullanan kişinin web sitesine girmek durumunda kalacaktır. Bu durum ise, internet kullanıcısının iki marka arasında bağlantı olduğunu düşünmesine ve böylece markaları karıştırmasına sebebiyet verebilecektir<sup>71</sup>.

*Anahtar sözcük*, arama motorlarında otomatik arama yapılırken, asıl aranan marka, ürün ...vs ile beraber arama sonucu ekranında çıkmaya yarayan sözcüklerdir. Arama motorları, ilgili markaya ulaşmayı yarayan bu sözcükleri reklamcılara satmaktadırlar. Arama motoru Google, internette erkek giyim sektöründe mal satışı yapan A'ya ait "Damat" markasını, ücret karşılığında, yine internette erkek giyim

<sup>66</sup> **Anık**, s.80.

<sup>67</sup> Uygulamada sıklıkla "Meta Tag" olarak kullanılmaktadır.

<sup>68</sup> "Hypertext mark-up language, HTML internet ağı üzerindeki, hemen hemen tüm dökümanların yazılmasında kullanılan ve resimler, kelimeler, Hypertext linklerle dökümanların yaratılmasını sağlayan dildir".(**Sert, Selin**, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007, s.80, dpn.149)

<sup>69</sup> **Küçükali**, s.163, **Sert**, s.80.

<sup>70</sup> **Arıkan, Ayşe, Saadet**, İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 21-22 Mayıs 2001, İzmir, s.148.

<sup>71</sup> **Arıkan**, s.143.

satışı yapan “B”nin kendi ürünleri ile ilgili reklamıyla bağlantılı hale getirmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu halde Google arama motoruna “Damat” yazılarak yapılan araştırmada, A’nın adresi görünmekle birlikte, bu adres sayfasında rakip firma “B”nin reklamı flama reklam şeklinde görünecektir<sup>72</sup>.

KHK md.9/e bendine göre markanın alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya bezeri biçimlerde kullanılmasının engellenebilmesi için şu şartların varlığı gereklidir;

KHK md.9/e’ nin aradığı ilk şart “*işaretin aynısının veya benzerinin ticari etki yaratacak biçimde*” olması gerektiğidir. **Arkan**’ a göre hükümde yer alan “ticari etki yaratacak biçimde” ibaresi, söz konusu işaretler aracılığıyla internet ortamında markanın tescil olunduğu mal veya hizmetlerin aynı veya benzerinin tanıtılması, reklamının veya satışının yapılmasını ifade eder.<sup>73</sup> Bu durumda da, marka sahibi zarar görmekte veya marka sahibi zarar görmese dahi müteceviz kazanç elde etmektedir<sup>74</sup>. Bu kazanç markanın itibarından faydalanarak web sitesinin ziyaretçi sayısını artırmak ve bu sayede reklam geliri elde etmek şeklinde olabilir<sup>75</sup>. Veya marka sahibinin markasını kullanarak, markanın müşteri çevresine ulaşmak ve müşterileri alternatif ürüne ikna etmek şeklinde olabilir. Yine, web sitesine gizlenmiş bir sözcükle de yapılabilmektedir<sup>76</sup>. Örneğin “*Biz ARÇELİK ürünleri satmıyoruz, bizde yalnızca SONY ürünleri bulunur*” şeklindeki masum bir cümle ile arama motoruna ARÇELİK ibaresi yazan internet kullanıcısının önüne alakası olmamasına rağmen SONY markasının çıkması sağlanabilmektedir. Burada, rakip firmayı tercih etme iradesinde olan müşteriyi haksız olarak kendisine yöneltme fikri yatmaktadır. Bu durum, KHK md.9/e’ye aykırılık teşkil edeceği için marka hakkına tecavüz kabul edilecektir.

Tescilli marka sahibinin markası, farklı mal veya hizmetlerde faaliyet gösteren kişi tarafından alan adı, yönlendirici kod veya anahtar sözcük olarak kullanılması halinde ise marka hakkına tecavüz söz konusu olmadığı için kullanım engellenemeyecektir.

---

<sup>72</sup> **Sert**, s.81.

<sup>73</sup> **Arkan**, BATİDER, 2009, C.XXV, S.1, s.9.

<sup>74</sup> **Korkut**, 516.

<sup>75</sup> **Korkut**, s.516.

<sup>76</sup> **Korkut**, s.506.

KHK md.9/e'nin aradığı ikinci şart ise “İşaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantının bulunmaması” durumudur. **Korkut**, Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı'nda da bu ibarenin aynısının kullanıldığını ve gerekçesinde de “meşru bir bağlantının olmaması” halinin kötü niyete karine olarak kabul edildiğini ve bu gerekçenin yerinde olduğunu belirtmiştir<sup>77</sup>. Örnek olarak da, markayı lisans alanın markaya ilişkin meşru kullanım hakkı bulunduğu için, yönlendirici kod olarak kullanmasında da herhangi bir sakınca olmadığını, ancak lisans hakkı olmadığı halde markayı ticari etki yaratacak biçimde kullanan kişinin KHK md.12<sup>78</sup> anlamında dürüst kullandığını ispatlaması, aksi halde bu kullanımın engellenmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Yine, dürüst kullanmaya ilişkin verdiği örnekte ise, otomobil yedek parçası veya aksesuarın pazarlandığı web sitesinde, tanınmış otomobil markalarının yönlendirici kod olarak kullanılması halinde dürüst kullanım söz konusu olacağını belirtmiştir<sup>79</sup>.

“İşaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı” olmama hali, somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gereken bir olgudur. Örneğin halihazırda, “MEVKA” ibaresi, Konya ve çevre iller açısından faaliyet gösteren Mevlana Kalkınma Ajansı adına başvurusu yapılmış bir markadır ve yine Mevlana Kalkınma Ajansının [www.mevka.org.tr](http://www.mevka.org.tr) adresli internet sitesi de bulunmaktadır. Mevka İnşaat Oto Petrol Ürünleri Ltd. Şti ünvanlı bir şirketin ise [www.mevka.com.tr](http://www.mevka.com.tr) adresli internet sitesi bulunmaktadır<sup>80</sup>. “MEVKA” ibaresi her ne kadar Mevlana Kalkınma Ajansı adına başvurusu yapılmış bir marka olsa da, aynı markayı internet adresi (alan adı) olarak kullanan diğer şirketin gerek ticaret ünvanında “mevka” ibaresinin baskın unsur olması ve gerekse bu internet adresini kullanmaya başladığı tarihe göre durum çözümlenmelidir. Bu örnekte “mevka” ibaresi şirketin ticaret ünvanının baskın unsuru olduğu için KHK md.9/e' nin aradığı “işaretin kullanıma

---

<sup>77</sup> **Korkut**, s.516.

<sup>78</sup> **556 sayılı KHK md.12** “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmalari koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.”

<sup>79</sup> **Korkut**, s.516.

<sup>80</sup> Burada, KHK md.9/e'de aranan ilk şartın gerçekleşmiş olduğu faraziyesinden hareket edilerek yani “MEVKA” ibaresine dair yapılan marka başvuru sınıfı ile Mevka İnşaat Oto Petrol Ürünleri Ltd. Şti' nin faaliyet alanının aynı olduğu ve aynı zamanda alan adının da ticari etki yaratacak biçimde kullanıldığı düşünülerek bu örnek verilmiştir.

ilişkin hak” ve aynı zamanda da “meşru bağlantı” durumlarının her ikisi birden sağlanmaktadır. Bu durumda Mevka İnşaat Oto Petrol Ürünleri Ltd. Şti'nin internet adresinde(alan adında) “MEVKA” ibaresini kullanması marka hakkına tecavüz teşkil etmeyip, bu kullanım engellenemez.

## 2. Markayı Taklit Etmek

KHK'nın 61.maddesinin (b) bendi, 5833 sayılı yasa ile aynen korunmuştur.

Bu madde uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek de, aynı bir tecavüz hali olarak öngörülmüştür.

KHK' nın 9. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde sahibinin izni alınmadan “markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması” nın marka hakkına tecavüz olduğu belirtildiğine ve KHK 61.maddenin (a) bendinde KHK 9. maddeye aykırılık markaya tecavüz olarak sayıldığına göre, KHK 61. madde (b) bendindeki bu hükme gerek bulunmadığı düşünülebilir<sup>81</sup>.

Sahibinin izni olmaksızın markanın aynen veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri şekilde kullanmak fiili, markayı taklit olarak tanımlanır<sup>82</sup>. Bu “iktibas” olarak da ifade edilmektedir<sup>83</sup>.

Markanın aynen kullanılması kısmen veya tamamen olabilir. Herhangi bir işaretin marka ile bire bir kopya edilmesi markanın tamamen aynen kullanılması, tescilli marka ile bire bir değil, aynen kullanılacak kadar az değiştirilerek kullanılması ise, markanın kısmen aynen kullanılması olarak tanımlanır.<sup>84</sup> Markanın tamamen aynen kullanılmasının tespiti zorluk taşımazken, kısmen aynen kullanılması, her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sahibinin izni bulunmadan bir markanın şekil bakımından aynısının kullanılması aynen kullanma(iktibas) kabul edilebilirken, anlam bakımından markanın aynısının

---

<sup>81</sup> **Meran, Necati**, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2008, s.351, **Arkan**, C II, s.216, **Tekinalp**, s.455.

<sup>82</sup> **Meran**, s. 351, **Ergün**, s.147.

<sup>83</sup> **Küçükali**, s.23.

<sup>84</sup> **Meran**, s.351.

kullanılması, iktibas (aktarma) eylemi olarak kabul edilemez<sup>85</sup>

Markanın “benzerini” değil, “ayırt edilemeyecek kadar benzerini” sahibinin izni olmadan kullanmak markanın taklididir yani iktibastır. Markanın “benzerinin” kullanılması ise iltibasa (karıştırmaya) yol açar.<sup>86</sup> Yani aynen kullanım “iktibas”, benzerini kullanmak ise “iltibas” olarak tanımlanmaktadır<sup>87</sup>.

İltibasın sözlük anlamı “iki veya daha çok şeyin biri öteki sanılacak surette birbirine benzemesi” dir<sup>88</sup>. Buna “dış görünüşü itibariyle benzetmek” diyen yazarlar da vardır<sup>89</sup>. İltibas, yanıltıcı benzerlik olarak özetlenebilir. **Battal**’a göre, markanın tamamen aynı ya da en azından kolaylıkla ayırt edilemeyecek kadar aynı olması halinde iltibas ve dolayısıyla bir haksız rekabet ve haksız fiil oluşmaktadır<sup>90</sup>.

Markanın sahibi dışında bir kişi tarafından izinsiz kullanılması sırasında iltibasa yol açıp açmadığının saptanmasında her şeyden önce markanın şekil ve anlam itibariyle taşıdığı baskın unsur göz önünde tutulmakla birlikte<sup>91</sup>, markanın genel görünümü itibariyle ortalama tüketicide bıraktığı etkiye bakılır<sup>92</sup>. Bunun için, Baskın unsur olarak belirlenen şekil veya kelime yanında ikincil nitelikte kelime veya işaretlerin kullanılması iltibas ortadan kaldırmaz. İki marka arasında iltibasın varlığının değerlendirilebilmesi için, markaların ayrı ayrı incelenmesi ve bu elde edilen bulguların orta kültürde, orta zeka ve dikkatteki müşteriler üzerinde bıraktığı genel izlenim(intiba) olarak, zihinde, gözde, kulakta yarattığı benzeşimdir<sup>93</sup>. Burada dikkate alınması gereken ortalama tüketicinin algılamasıdır<sup>94</sup> Ortalama tüketici kavramının istikrarlı bir uygulamaya sahip olmaması eleştirilmiş ve bu kavramın “*makul ölçüde iyi bilgilendirilmiş dikkatli ve düzenli tüketici*” olarak sabitlenmesi fikri

<sup>85</sup> **Meran**, s.351, **Ergün**, s.149.

<sup>86</sup> **Tekinalp**, s.455.

<sup>87</sup> **Küçükali**, s.23.

<sup>88</sup> **Battal, Ahmet**, Türk Patent Enstitüsü’nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C.IV, S.1-2, s.4.

<sup>89</sup> **Ünlüönen, Kurban/Battal, Ahmet/Yaylı, Ali/Yüksel, Sedat**, Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2007, C.6, S.22, s.4.

<sup>90</sup> **Battal**, 2000, C.IV, S.1-2, s.5.

<sup>91</sup> **Yasaman**, Makaleler, s.228.

<sup>92</sup> **Karasu, Rauf**, Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 2008, C.XXIV, S.3, s.339,

<sup>93</sup> **Dönmez, İrfan**, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s.52, **Baştuğ, İrfan/Erdem H.Ercüment**, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s.122-123.

<sup>94</sup> **Ünlüönen, Battal, Yaylı, Yüksel**, s.5.



ileri sürülmüştür<sup>95</sup>.

### 3. Taklit Markayı Ticaret Alanına Çıkartmak Veya Bu Amaçlar İçin Gümrük Bölgesine Yerleştirmek Veya Ticarî Amaçla Elde Bulundurmak

KHK'nın 61. maddesinin c bendi, 5833 sayılı yasa ile KHK md. 9/2-c bendinde yapılan değişikliğe paralel olarak, yine aynı 5833 sayılı yasa ile “.....veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak” ifadesi eklenerek değiştirilmiş ve genişletilmiştir.

KHK'nın 61.maddesinin (c) bendi uyarınca markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde<sup>96</sup> tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak<sup>97</sup> ya da bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak ya da ticarî amaçla elde bulundurmak da marka hakkına tecavüz oluşturur. Böylece, sadece markayı veya benzerini mal/hizmetler üzerine koymak, bilerek markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, ticarî amaçla elinde bulundurmak eylemleri değil bu amaçlar için gümrük bölgesine<sup>98</sup> yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işleme veya kullanıma tabi tutmak<sup>99</sup> eylemleri de marka hakkına tecavüz kapsamına dahil edilmiştir. Örneğin, transit malların, Türkiye’de tescilli bir markayı taşıyan yani taklit markalı mallar olması halinde, transit malların serbest bölgeye sokulması veya antrepolarda depo edilmesi marka hakkına tecavüz teşkil edecektir.

<sup>95</sup>. **Alca Türkay**, T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstişare Grubu Birinci Toplantısı, Antalya 22 Kasım 2008, s.6.

<sup>96</sup> Örneğin taklit markayı taşıyan malları kiraya vermek, sergide teşhir etmek.

<sup>97</sup> KHK 61 (a) dolayısıyla 9/II' nin (a) ya da (b) bendi

<sup>98</sup>. **4458 sayılı Gümrük Kanunu md.2/I** ; “Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi, Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsar. Türkiye karasuları, iç suları ve hava sahası gümrük bölgesine dahildir.”

<sup>99</sup> **4458 sayılı Gümrük Kanunu md.3/14** ; “Eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması deyimi, eşyanın a) Bir gümrük rejimine tabi tutulmasını, b) Bir serbest bölgeye girmesini, c)Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracını, d) İmhasını, e) Gümrüğe terk edilmesini” ifade eder. **Aynı kanun md.3/15**; “Gümrük rejimi deyimi, a) Serbest dolaşıma giriş rejimini, b) Transit rejimi, c) Gümrük antrepo rejimi, d) Dahilde işleme rejimini, e) Gümrük kontrolü altında işleme rejimini, f) Geçici ithalat rejimini, g) Hariçte işleme rejimini, h)İhracat rejimini” ifade eder.

Markanın aynısını ya da benzerini malın üzerine koyan kişinin davranışı 61.maddenin (a) bendine göre<sup>100</sup> bu malları, durumu bilerek failden alıp satışı çıkaran ya da ticarî amaçla elinde bulunduran sonraki kişilerin davranışı ise, aynı maddenin (c) bendine göre tecavüz oluşturur. Bu düzenleme ile sadece markayı taklit etmek değil, taklit edilen markanın tüketiciye ulaştırılması aşamasındaki bütün eylem ve davranışlar tecavüz kapsamında sayılmaktadır.

Markanın aynısını veya benzerini taşıyan ürünleri daha sonraki aşamalarda durumu bilerek iktisap edip satışı sunanlar (toptancı-perakendeci), ticaret alanına çıkarmak amacıyla elinde bulunduranlar, yeni bir tecavüz fiili işlemiş sayılır<sup>101</sup>. Ancak, malı kendi kişisel ihtiyacı için iktisap edip kullanan kişi, bu kapsamda yer almaz, zira tüketicide, malı yeniden ticaret alanına çıkarmak amacı yoktur.

KHK'nın 61.maddesinin (c) bendinin uygulanabilmesi için, markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini "bildiği veya bilmesi gerektiği halde" tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticaret alanına çıkarmak gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticarî amaçla elde bulundurmak gerekir. Markanın taklit edilmiş olduğunun bilinmesinin gerekli olup olmadığı, olayın özelliklerine göre tayin edilir. Örneğin, yıllardır aynı tür malların satışını yapan ve bu alanda kullanılan markaları yakından bilen kişinin, bu tür mallarda kullanılan taklit markayı ayırt edebileceği kabul edilebilir<sup>102</sup>.

Yine mütecavizin durumu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun davacının ispatlaması gerekir.<sup>103</sup> Tanınmış bir markaya benzer işareti taşıyan malları, piyasa fiyatının çok altında bir fiyatla satın alan dükkân sahibi tacir de, markanın taklit edilmiş olduğunu bilecek durumdadır. Basiretli iş adamı gibi hareket etme borcu (TTK 20/11), tacire, ticaret alanına dahil mallarda taklit marka kullanılıp kullanılmadığını araştırma konusunda daha ağır bir yükümlülük yükler.

Taklit marka kullanıldığını bilmesi gereken satıcı, dağıtıcı gibi kişilerin 61.

---

<sup>100</sup> **Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu, Fülürya/Sinan Yüksel**, Marka Hukuku, C II, İstanbul 2004, s.1014.

<sup>101</sup> **Arkan**, C.II, s. 217.

<sup>102</sup> **Camcı**, s.203,

<sup>103</sup> **Yasaman/Ayoğlu**, C.II, s.1015.

maddenin kapsamına alınmasının amacı, bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermelerini sağlayarak, marka korsanlığının önlenmesine ve ticarî hayatta dürüstlüğün yerleşmesine yardımcı olmaktır.<sup>104</sup>

Kısaca, bu hükmün uygulanabilmesi için şu üç şartın bir arada bulunması gerekmektedir. İlk şart; olayda taklit olgusunun olması yani “markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini” taşıyan malların olması gerekir. İkinci şart; mütecavizin, markanın taklit edildiğini bilmesi veya bilmesi gerekmesi, üçüncü şart ise; mallar üzerindeki tasarrufun ya da malların elde bulundurulmasının ticari bir amaca dayanması gerekmektedir.<sup>105</sup>

#### 4. Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları Genişletmek Veya Devretmek

KHK'nın 61. maddesinin d bendindeki bu hüküm Anayasa Mahkemesi'nin 17.05.2004 tarihli ve 25462 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 02.03.2004 tarih ve E.2002/92 – K.2004/25 sayılı kararı ile, Resmi Gazete yayımlandığı tarihten 1 yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiş ve bu hususta 5833 sayılı yasa yürürlüğe girinceye kadar herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

5833 sayılı yasa, KHK 61. d bendini, iptal edilen şekliye aynı olarak yeniden düzenlemiştir. KHK 61. md d bendine göre “*marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” de marka hakkına tecavüzdür.

Arkan, lisans sözleşmesi yoluyla verilmiş hakların izinsiz şekilde genişletilmesi ya da devredilmesi durumunun esas itibariyle bir akde aykırılık hali oluşturması nedeniyle, marka hakkına tecavüz olarak düzenlenmemesi gerektiği düşüncesindedir<sup>106</sup> Yasaman ise, lisans alan tarafından gerçekleştirilebilecek bir akde aykırılığın aynı zamanda “marka hakkına tecavüz” teşkil etmemesi için bir neden olmayacağı görüşünü ortaya koyarak, Arkan'ın görüşlerine katılmamaktadır.<sup>107</sup> Bizde bu noktada Yasaman'ın görüşü ile aynı paralelde düşünmekteyiz.

<sup>104</sup> Arkan, C.II, s.218, Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C. II, s.1015.

<sup>105</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1015.

<sup>106</sup> Arkan, C.II, s.218.

<sup>107</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1016.

## A. Lisans Sözleşmesiyle Verilen Hakları İzinsiz Genişletmek

Lisans sözleşmesiyle verilen hakların izinsiz (sözleşmeye aykırı biçimde) genişletilmesi; süre, yer, konu, kullanım tarzı itibariyle ve yine başka bir marka veya işaret ile birlikte kullanılması, malların kalitesini korumaya yönelik hükümler itibariyle ortaya çıkabilir<sup>108</sup>.

Lisans sözleşmesi belli bir süre için ya da süresiz yapılmış olabilir. Sürenin dolmasından ya da lisans verenin sözleşmeyi feshetmesinden sonra lisans alanın markayı kullanmaya devam etmesi, bu anlamda hakkın izinsiz genişletilmesi olup, marka hakkına tecavüz oluşturur.<sup>109</sup>

Lisans sözleşmesi belirli bölgelerde kullanılmak üzere yapılmış ve lisans alan bu bölgeler dışında markayı kullanmış ise bu eylem marka hakkına tecavüz oluşturur. Yine lisans sözleşmesine konu malların ihracı bu sözleşme ile yasaklanmasına rağmen, mallar ihraç edilmişse bu sınırlandırmaya uyulmaması da, marka hakkına tecavüzdür.<sup>110</sup>

Markayla ilgili lisans sözleşmesi, markanın tescil edildiği mal/hizmetlerin tümü veya bir kısmı için yapılabilir (KHK 20). Hangi mal/hizmetler için lisans verilmiş olduğunun lisans sözleşmesinde gösterilmesi gerekir (Yönetmelik 23,a). Lisans alanın, markayı, sözleşmede gösterilen mal/hizmetlerin dışında kalan mal/hizmetler için de kullanması, izinsiz genişletme sayılır.<sup>111</sup>

Eğer lisans sözleşmesinde lisans altında üretilecek, mallara ilişkin olarak bir miktar sınırlaması öngörülmüşse, lisans altında üretilecek malların kalitesini korumaya yönelik hükümlerine uyulmaması da KHK md 61 d bendi açısından lisans yoluyla verilmiş hakkın izinsiz genişletilmesi niteliğinde görmek uygun olur.<sup>112</sup>

Yine, lisans alanın, kendi markasının prestijini yükseltmek maksadıyla, lisansa konu marka ile kendi markasını birlikte kullanması da markaya tecavüz teşkil

---

<sup>108</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1017.

<sup>109</sup> **Arkan**, C.II, s.219.

<sup>110</sup> **Arkan**, C.II, s.219, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1017.

<sup>111</sup> **Arkan**, C.II, s.219.

<sup>112</sup> **Arkan**, C.II, s.220, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1017.

etmektedir.<sup>113</sup>

Lisans sözleşmesinde yer alan malların kalitesini korumaya yönelik hükümlerin ihlali ve yine lisans sözleşmesinde yer alan üretim kotasına ilişkin hükümlerin ihlali de marka hakkına tecavüz oluşturmaktadır.

Lisans sözleşmesiyle tanınan hakkın izinsiz genişletilmesi niteliğinde olmayan sözleşmeye aykırılık hallerinde ise, marka sahibi (lisans veren) marka hakkına dayanarak talepte bulunamaz; bu durum sadece sözleşmeye aykırılık (BK 96) oluşturur. Örneğin, lisans sözleşmesinin lisans bedelinin ödenme zamanını ve biçimini düzenleyen hükümlerine uyulmaması halinde durum böyledir.<sup>114</sup>

### **B. Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları Devretmek**

KHK 21/IV uyarınca, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, lisans sahipleri lisanstan doğan haklarını üçüncü kişilere devredemeyecekleri gibi alt lisans da veremez. Bu paralelde, KHK 61 (d)'de lisans yoluyla verilmiş hakkın -izinsiz olarak- üçüncü kişiye devredilmesi marka hakkına tecavüz sayılmıştır. Hüküm, bu yönüyle KHK m.21/IV de öngörülen düzenlemeyi tamamlamaktadır.

### **5- KHK' nın 61. Maddesinde Yer Alan ve 5833 Sayılı Yasa ile Kaldırılan Hükümler**

KHK' nın 61. maddesinin e bendinin eski şeklinde yer alan “*a ve c betlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırma*” nın da marka hakkına tecavüz oluşturacağı yolundaki hüküm, 5833 sayılı yasaya alınmamıştır. Marka hakkına tecavüzün esasında bir haksız fiil olduğu düşünüldüğünde, bu durumda BK' nın 50. maddesi uygulanabilecektir<sup>115</sup>.

Yine, KHK' nın 61. maddesinin f bendinin eski şeklinde yer alan “*kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınma*” nın da marka hakkına

<sup>113</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1017.

<sup>114</sup> **Arkan**, C.II, s.220.

<sup>115</sup> **Arkan**, BATİDER, 2009, s.10.

tecavüz oluşturacağı yolundaki hüküm, 5833 sayılı yasaya alınmamıştır. Böylece, bu eylemlerin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğine dair hukuki durum sonlandırılmıştır.

## İKİNCİ BÖLÜM

### TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK HUKUKİ TALEPLER, TARAFLAR, ZAMANAŞIMI, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

#### § 1. HUKUKİ TALEPLER

##### I.GENEL OLARAK

556 sayılı KHK'da, tecavüz halinde marka sahibinin hukukî durumu ayrıntılı şekilde ele alınmış ve marka sahibine bazı haklar tanınmıştır.

556 sayılı KHK'nın "Sekizinci Kısım"ında, önce marka hakkına tecavüz sayılan fiiller gösterilmiş (md.61), bundan sonra da tecavüz halinde uygulanacak cezaî müeyyideler (md.61/A) ve çalışmamızın esasını teşkil eden, marka sahibinin taleplerini gösterir hüküm düzenlenmiştir. (md. 62 vd.). Bu Kısım'da ayrıca, aleyhine dava açılmayacak kişiler (md.69), özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi (md.70), görevli ve yetkili mahkeme (md.71), lisans alanın dava açma koşulları (md.73), marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava açılması ve bu davanın koşulları da (md.74) düzenlenmiştir.

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin, KHK' da düzenlenmiş bu davaları açabilmesi, hak sahibinin hakkını devlet kuvvetleri eliyle koruma ve talep etme hakkının bir görünüşüdür<sup>116</sup>.

Tecavüz halinde marka sahibinin uğradığı fiilî zararın yanında, yoksun kalınan kazancını da talep edebileceği için, yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasında, failin markayı kullanma yoluyla elde ettiği kazancın ya da mağdurun kendi markasını kullanma yoluyla elde edebileceği muhtemel kazancın yahut markanın bir lisans sözleşmesi çerçevesinde kullanılması söz konusu olsaydı ödenmesi gereken lisans bedelinin de esas alınabileceği gösterilmiştir (md.66). Bu husus, marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin etkin biçimde korunması amacına hizmet etmektedir.<sup>117</sup> Bu bağlamda, zarar miktarının doğru biçimde belirlenebilmesi için marka sahibine, marka hakkına tecavüz eden kişiden markanın kullanılması ile

---

<sup>116</sup> **Battal, Ahmet**, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, XVIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2001, s.27.

<sup>117</sup> **Arkan**, C.II, s.223.

ilgili belgeleri isteme hakkı da tanınmıştır (md.65). Failin, markayı kötü ya da uygun olmayan biçimde kullanması dolayısıyla markanın itibarının zarara uğraması halinde ayrıca tazminat istenebileceği de gösterilmiştir (md.68).

Marka hakkına tecavüz nedeniyle üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyayı üretmeye yarayan araçlara el konulması, el konulan ürünler üzerinde mağdura mülkiyet hakkı tanınması ve bu ürün/araçların imhası hakkında hükümler düzenlenmiştir (md.62, c-e).

KHK' da, marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, ilgililere tebliğ olunması ve kamuya yayın yoluyla duyurulması konusunda da hükümler mevcuttur(md.62 f, md.72).

Tüm bu davaların mahkemece kabul edilebilmesi için, tecavüzün varlığının belirlenmesi gerekli olup<sup>118</sup>, ispat yükü kural olarak talep sahibinin külfetindedir<sup>119</sup>

KHK' nın 71/I.maddesinde, KHK' da öngörülen bütün davalarda - dolayısıyla tecavüz davalarında da- görevli mahkemenin, ihtisas mahkemeleri olacağı hükme bağlanmıştır<sup>120</sup>. Bu hüküm gereğince marka hakkına tecavüzle ilgili bütün hukuk davaları, değerine bakılmaksızın, ihtisas mahkemesinde görülecektir. KHK 71/I' de yer alan bu hüküm nedeniyle, TTK 4/1, 4'deki alâmeti farika mevzuatından doğan davalar ticarî dava sayılır hükmünün de, özel bir önemi kalmamıştır.<sup>121</sup>

Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak davalarda yetkili mahkeme sayısı, mağdura kolaylık sağlamak amacıyla, çoğaltılmıştır (md.63/I). Tecavüzün birden fazla kişinin iştirakiyle gerçekleştirildiği hallerde davanın aynı mahkeme önünde görülmesine olanak sağlamıştır (md.63/IV).

Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresinin, BK' da öngörülen zamanaşımı süresine tabi olduğu da hükme bağlanmıştır.

<sup>118</sup> **Battal**, Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, s.28.

<sup>119</sup> **Kuru, Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz,Ejder**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2002, s.427.

<sup>120</sup> Asliye Ticaret ve Asliye Ceza Mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceğini, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler (KHK 71/II).556 sayılı KHK'nın geçici 3. maddesi uyarınca, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, sınai mülkiyet ile ilgili davalarda birden çok ticaret mahkemesi bulunan yerlerde bu mahkemelerin tamamını görevlendirmiş bulunmaktadır.

<sup>121</sup> **Arkan**, C.II, s.224.



Çalışmamızın bu kısmında öncelikle, esas hakkında dava açılmasından önce alınması söz konusu olabilecek tedbirler üzerinde durulacaktır. Bu çerçevede, ihtiyatî tedbir ve gümrüklerde el koyma ile ilgili düzenlemeler incelenecektir.

Bundan sonra, marka sahibinin, KHK 62 vd. yer alan hükümler gereğince ileri sürebileceği diğer talepler ele alınacaktır.

Yine son olarak, marka hakkına tecavüz halinde, başvuru sahibinin cezai taleplerinin neler olabileceği hususu üzerinde de 556 sayılı KHK' nin, 5833 sayılı yasa ile oluşan yeni hali doğrultusunda, kısaca durulacaktır.

Burada, 556 sayılı KHK ile TTK' nin haksız rekabet hükümleri arasındaki ilişki üzerinde kısaca durmak gerekir.

Bilindiği üzere marka hukuku, esas itibariyle haksız rekabet hukukunun bir dalı olarak ele alınmakta ve marka sahibinin, haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde de korunabileceği kabul edilmektedir<sup>122</sup>. 556 sayılı KHK 'nin amacı sadece tescilli markaların korunmasını sağlamak olduğundan<sup>123</sup>, yalnız tescil noktasında zorunluluk da öngörmediğinden, ticari hayatta tescilsiz markaların bulunması<sup>124</sup> ve bunların da korunmaya muhtaç olması<sup>125</sup> doğaldır. İşte bu tescilsiz markaların korunması, ancak haksız rekabet hükümlerine göre istenebilecek demektir.<sup>126</sup> Bu arada, genel hükümlere ilişkin bu korumadan tescilli marka sahiplerinin de yararlanabileceği muhakkaktır<sup>127</sup>

556 sayılı KHK ile tescilli markalar, eskisine oranla daha geniş kapsamlı bir koruma altına alınmışlar ve örneğin markanın aynının ya da benzerinin başkası tarafından sadece marka şeklinde kullanılması değil iş evrakı, reklamlarda kullanılması da marka hakkına tecavüz sayılmıştır (md.9/II, d). Dolayısıyla tescilli

<sup>122</sup> **Dirikkan, Hanife**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Manisa Barosu Dergisi, Nisan 1998, Yıl 17, Sayı 65, s. 7, **Karahan/Sami**, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, s.115, **Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam/Ayaoğlu, Tolga/Yusufoğlu Fülürya /Yüksel, Sinan**, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Cilt I, İstanbul 2004, s. 495.

<sup>123</sup> **Arslan, İbrahim**, Tescilsiz Markaların Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.16, S.I, s.29, **Eroğlu, Sevilay**, Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, Yıl 2, Sayı 1, s.466, **Karahan, Sami**, Ticari İşletme Hukuku, Konya, 2003, s.176.

<sup>124</sup> **Arslan**, s.43.

<sup>125</sup> **Karahan**, s.176.

<sup>126</sup> **Arkan, C II**, s.225, **Arslan**, s.42, **Karahan**, s.176.

<sup>127</sup> **Yasaman/Ayaoğlu**, s. 495.

markaların korunması bakımından haksız rekabet hükümlerine başvurulmasına duyulan ihtiyaç da azalmıştır. Diğer yandan, hizmet markalarının KHK kapsamına alınması ve marka olarak tescil edilebilecek işaretlerin sayısının çoğaltılması da (malın biçimi, üç boyutlu şekil, melodi gibi) haksız rekabet hükümlerine başvurulmasını gereksiz kılan bir başka neden olmuştur. Bununla birlikte, marka tescil edilmiş dahi olsa, haksız rekabet hükümlerine başvurulmasının hâlâ kaçınılmaz olduğu durumlar da vardır.<sup>128</sup> Örneğin tescilli markanın benzerinin tamamen farklı bir mal/hizmet için kullanılması. Bu durum, eğer marka KHK 8/1V anlamında tanınırlık düzeyi yüksek bir marka değilse, marka hakkına tecavüz oluşturmaz. Ancak bu durumda marka sahibi, eğer koşullar gerçekleşmişse TTK' nın haksız rekabete ilişkin hükümlerinden yararlanabilir (TTK 57/5).

## II. İHTİYATÎ TEDBİR VE GÜMRÜKLERDE EL KOYMA

### 1.İhtiyati Tedbir

KHK md. 76 vd düzenlenen ihtiyati tedbir, KHK'de öngörülen ve marka hakkına tecavüz halinde hak sahibince açılması mümkün olan davalarla birlikte veya bu davalardan önce, yine hak sahibince ilgili mahkemeden talep edilebilir.

İhtiyati tedbir, davanın esası ile ilgili verilecek hükme kadar, davanın uzamasından doğacak sakıncaları gidermek ve geçici korunma sağlamak için yapılan yargısal tasarruf olarak tanımlanabilir<sup>129</sup>. Amaç, talepte bulunanı tatmin etmek olmayıp, asıl ihtilafı çözecek olan davanın sonucunu güvence altına almaktır<sup>130</sup>.

İhtiyati tedbir kararı geleceğe yönelik olup, hak sahibinin talebi gereğince, mahkemece marka hakkına yönelik tecavüz teşkil eden türden eylemlerden kaçınması konusunda, marka hakkına tecavüz edene yönelik olarak mahkemece verilen emirdir.<sup>131</sup>

Marka hakkı sahibinin fiili zararına veya kar mahrumiyetine neden olan bu halin devamı marka hakkı sahibinin zararının artmasına ve büyümesine neden

---

<sup>128</sup> Arkan, C.II, s.225.

<sup>129</sup> Bayrak, Yıldırım, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, AHUDER, Sayı 2, s.58.

<sup>130</sup> Özkes, Muhammet, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, İzmir 2002, s.95.

<sup>131</sup> Camcı, s.147.

olabilir. Diğer yandan davacının marka hakkına tecavüz tesbiti ve durdurulması ve men'i yolunda mahkemede dava açarak sonuç alması uzun süre alabilir<sup>132</sup> ve bu durumda da marka hakkı sahibinin zararı giderek artabilir. Bu tehlikenin önlenmesi açısından ve mahkemece verilecek hükmün etkinliğini temin bakımından, hak sahibi tarafından ihtiyati tedbir talep edilebilir.<sup>133</sup>

İhtiyati tedbir talebi olmadan, mahkemece re'sen karar verilemeyeceği için, hak sahibi bir dilekçe ile bu talebini açıkça ortaya koymalıdır. Yine talep edilen tedbirin kapsamı iş bu dilekçenin netice-i talep kısmında açıkça belirtilmeli, bu durum hakim'in takdirine bırakılmamalıdır<sup>134</sup>. Uygulamada olduğu üzere, aksi durum tedbir talebinin reddi sonucunu doğuracaktır.

Burada bahsedilen hak sahibi, marka sahibi ve aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça inhisari lisans sahibidir<sup>135</sup>. İnhisarî olmayan lisans sahibinin ise, dava açma hakkı bulunmadığından (KHK md. 73/1, son cümle), kural olarak ihtiyatî tedbir talebinde bulunamaz. Lisansın inhisarî olmadığı (basit lisans) veya inhisari olsa bile sözleşme ile dava hakkının kısıtlandığı hallerde, lisans alan gerekli davaların açılması için marka sahibine bildirimde bulunmalı, marka sahibinin bunu açıkça kabul etmemesi veya bildirimden itibaren 3 ay içerisinde ihtiyati tedbir talebinde bulunmaması halinde, ihtiyati tedbir talebini kendisi yöneltebilir. Ancak lisans alan, ciddî bir zarar tehlikesi karşısında ise, üç aylık sürenin geçmesinden önce ihtiyatî tedbir kararı verilmesi için de mahkemeye başvurabilir (KHK md.73/4).<sup>136</sup>

İhtiyatî tedbir kararı verilmesinin talep edilebilmesi için marka hakkına Türkiye'de tecavüz olunduğunun veya tecavüz konusunda ciddî bir tehdidin bulunduğu ispat edilmesi gerekir (KHK md. 76/1). **Arkan**, ihtiyatî tedbir kararı verilmesinin, dava konusu markanın davacının marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunun (ya da kullanılması için ciddî çalışmalar yapıldığının) ispatı koşuluna bağlanması (KHK md. 76/1) uygun olmadığı

<sup>132</sup>. **Ercan, İbrahim**, İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK md.113/A), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, Sayı.1-2, 2003, s.127.

<sup>133</sup> **Bayrak**, s.58, **Camcı**, s.148,

<sup>134</sup> **Bayrak**, s.59.

<sup>135</sup>. **Yördem, Yılmaz**, Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2007, C.6, S.21, s.341.

<sup>136</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1209.

kanaatindedir. Şöyle ki; haksız biçimde kullanılan markayı taşıyan malların iç pazara sürülmesi hiç söz konusu olmadan ihracatı da, marka hakkına tecavüz oluşturur (KHK md.61, a ve md.9 c). Dolayısıyla bu halde de ihtiyatî tedbir istenebilmelidir. Nitekim, KHK'nın 79.maddesinde, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturan markalı mallara ithalat veya ihracat sırasında gümrük idareleri tarafından el konulması ve bundan sonra mahkemeden ihtiyatî tedbir kararı alınmasından söz edilmiştir. Açıklanan bu durum karşısında KHK md. 76/I' de değişiklik yapılması ve ihtiyatî tedbir istenebilmesinin, dava konusu markanın “Türkiye'de kullanılmakta olması” koşuluna bağlanmasından vazgeçilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>137</sup>.

İhtiyati tedbir talebinde bahsi geçen ispatı, tam bir ispat olarak anlamamak gerekir. Talepte bulunanın ağırlıklı olarak haklı olma ihtimalinin bulunması ama aksinin de mümkün olabileceğin gözardı edilmemesi yeterlidir<sup>138</sup>. Kısaca, mahkemenin, tedbir isteyen haklının bulunduğu ikna olması yeterlidir.<sup>139</sup> Mahkeme her hukuki araç ile ikna edilebilir, burada HUMK anlamında delile ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>140</sup> Davacının, makul olarak temini kendisinden beklenebilecek deliller sunması, ispat açısından yeterlidir.<sup>141</sup> Buna göre davacı, ilk ihtimalde, KHK'nın 61. maddesinde belirtilen tecavüz hallerini yaratacak fiil ya da fiillerin varlığını göstermelidir. Şayet tecavüz henüz söz konusu değilse, bu takdirde davacının, markanın kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ortaya koyabilmesi gerekir. Ciddi ve etkin çalışma, markanın kullanılması konusunda fiilen girişimlere başlanılmasını ifade eder. Yoksa salt düşünce açıklaması yeterli değildir.<sup>142</sup>

Örneğin, taklit markalı malların yurtdışından gemiye yüklendiğinin mahkemeye gösterilmesi, ciddi ve etkin çalışmaya delalet eder.<sup>143</sup> Yalnız Yargıtay bir kararında, serbest bölgeye getirilmiş taklit malların tek başına yeterli bir ispat olmayacağını, bununla birlikte malların iç pazara sürüleceği hususunun da davacı tarafından ispatını şart koşmuştur.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> **Arkan**, C.II, s.227.

<sup>138</sup> **Bayrak**, s.59.

<sup>139</sup> **Arkan**, C.II, s.227.

<sup>140</sup> **Meran**, s.394, **Tekinalp**, s.480, **Yördem**, s.333.

<sup>141</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1209.

<sup>142</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1209.

<sup>143</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1210.

<sup>144</sup> Yargıtay 11. HD. T.23.09.1999, E. 1999/4928, K.1999/7026.

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmıyoruz. Zira, KHK'nın 9. maddesi uyarınca, izinsiz kullanılan markayı taşıyan malların ihracı da marka sahibinin yasaklama yetkisi dahilinde olup, KHK 61. madde anlamında marka hakkına tecavüz teşkil eder. Yine bununla beraber, 5833 sayılı yasa ile KHK'nın 61. maddesinin 3 fıkrasında yapılan değişiklikle, "gümrük bölgesine girmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak" cümlesi uyarınca Yargıtay'ın bu görüşü işlevini kaybetmiş ve bu husus marka hakkına tecavüz teşkil etme durumuna gelmiştir.

Dolayısıyla, davacının, marka sahipliğini, markanın izinsiz kullanıldığı yahut taklit edildiğini ve söz konusu markayı taşıyan eşyanın serbest bölgeler de dahil olmak üzere ülke sınırları içerisine girdiğini veya herhangi bir rejim altında gümrüğe sevk edilmiş olduğunu ispatlaması yeterlidir.<sup>145</sup>

İhtiyati tedbir talebi dava açılmadan veya dava ile birlikte ya da daha sonra yapılabilir. İhtiyatî tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir. Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunulmuş ise, karar verilmesinden itibaren 10 gün içinde tecavüze bağlanan davalardan birisinin açılması gerekir. (HUMK md. 109)<sup>146</sup>

İhtiyatî tedbirde görevli ve yetkili mahkeme konusunun, talebin esas hakkında dava açılmadan önce veya dava ile birlikte yapılması haline göre ayrı ayrı incelenmesi gerekir. İhtiyatî tedbir konusunda görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir (KHK md. 71/1)<sup>147</sup>. Böylece ihtiyatî tedbir konusunun, markalarla ilgili uyuşmazlıklara bakmakla görevli uzman mahkemeler eliyle karara bağlanması sağlanmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin hangisi olduğu hususu ise tartışmalıdır. **Arkan**, HUMK md.104 uyarınca, ihtiyati tedbirin en az masrafla açılacağı ve en çabuk ifa edileceği yerde istenebilmesine ilişkin kuralın pratik bir önemi kalmadığını, zira KHK md. 63/I'de öngörülen "davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği ya da tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki" mahkemelerin aynı zamanda ihtiyatî tedbirlerin "en az masrafla ve en çabuk ifa olunacağı" yer anlamına geldiğini, dolayısıyla KHK md. 63/I in bu amaca uygun olduğunu ifade etmektedir.<sup>148</sup> **Yasaman** ise, yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi, esas dava için

<sup>145</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1210.

<sup>146</sup> **Kuru,/Arslan/Yılmaz**, s.709.

<sup>147</sup> **Yördem**, s.333-334.

<sup>148</sup> **Arkan**, C.II, s.228.

yetkili kılınan mahkemelerin davadan önce talep edilen ihtiyati tedbirler bakımından da yetkili olmasına ilişkin bir hükmün öngörülmesinin yerinde olacağını; ancak yürürlükteki hukuk bakımından davadan önceki tedbirlerde yetki bakımından bir sınırlama olmadığını ve HUMK md.104/I hükmü uyarınca tedbirin en az masrafla ve en çabuk yerine getirilmesini mümkün kılan yer mahkemesinin yetkili bulunduğunu kabul etmektedir.<sup>149</sup>

Dava açıldıktan sonra ihtiyatî tedbir talebi ise, davanın esasına bakmakla görevli ihtisas mahkemesinden istenebilir (KHK md.71/1). Yetkili mahkeme de, HUMK 104/11 uyarınca davaya bakmakta olan ihtisas mahkemesidir.

KHK md. 76, ihtiyati tedbir kararlarının, asıl davada verilecek hükmün etkinliğini sağlayacak nitelikte olmasını açıkça aramıştır. Bunun için, HUMK çerçevesinde ihtiyati tedbirler bakımından söz konusu olan ve Yargıtay tarafından da titizlikle uygulanan, davanın esasını çözümleyecek nitelikte tedbir kararı verilememesine ilişkin kural, 77. maddede sayılan tedbir örneklerin de açıkça işaret ettiği üzere yumuşatılmıştır.<sup>150</sup>

KHK md. 77 de düzenlenen tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması, tecavüz teşkil ederek üretilen ürünlere el konulması ve zarar tazmini için teminat verilmesi tedbirleri, ifa etkili ihtiyati tedbirlerdir.<sup>151</sup> Şöyle ki; KHK 62. maddesinin a, b ve c bentleri uyarınca yargılama sonucunda mahkemece uygulanmasına karar verilecek yaptırımlar, KHK md. 77 a ve b uyarınca ihtiyati tedbir olarak uygulanabilmektedir. Yalnız KHK md. 77 b uyarınca yalnız ürüne el konulabilmekte, üretim araçlarına el konulamamaktadır.<sup>152</sup> **Yasaman**' a göre ise; KHK 77. maddede "özellikle" ifadesinin kullanılmış olmasının, üç bent halinde sayılan tedbirlerin sınırlı sayı teşkil etmediği ve hükmün etkinliğini sağlayacağı oranda başka tedbirlerinde uygulanabileceği kabul edilmelidir. Buna göre, araçlara da tedbiren el konulması mümkün olmalıdır.<sup>153</sup>

El koyma ve saklama işlemlerinin nasıl gerçekleştirileceği, KHK md.

---

<sup>149</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1211.

<sup>150</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1213.

<sup>151</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1213.

<sup>152</sup> **Arkan**, C.II, s.227.

<sup>153</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1213.

78'deki yollama nedeniyle HUMK hükümlerine (md.106) göre tayin olunur.

İhtiyatî tedbir talebinde bulunanın, sonradan haksız çıkması halinde diğer tarafın uğrayacağı zararı karşılamak için teminat vermesi de istenebilir (KHK md. 77, c). Teminatın şekli ve türü, HUMK md. 96'ya göre belirlenir. İhtiyatî tedbir talep edenin haklı olduğunu gösteren çok güçlü kanıtların bulunması halinde mahkeme, tedbir isteyen teminattan muaf tutabilir (KHK md. 78 nedeniyle HUMK md. 110, 2.cümle).

## 2. Gümrüklerde El Koyma

KHK' nın taklit markalı mallara ilişkin olarak getirdiği bir diğer önlem de, bu türden mallara gümrüklerde el konulmasıdır<sup>154</sup>.

KHK' nın 79/I.maddesi uyarınca hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyatî tedbir niteliğinde el konulabilir<sup>155</sup>. Böylece taklit markalı malların uluslararası ticaretinin, bu malların iç ya da dış piyasada dağıtımına başlanmadan önlenmesine olanak sağlanmış olmaktadır. Burada ihtiyatî tedbir teriminin kullanılması yerinde olmamıştır. Zira, gümrük idaresince yapılacak işlem sadece idari bir işlemdir.<sup>156</sup> **Arkan'** a göre ise, burada bir idari tedbir söz konusudur.<sup>157</sup>

KHK' nın 79. md. 1. fıkrasında düzenlenen el koymanın uygulama şekli, yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre çıkarılacak mevzuat ile düzenlenecektir.

KHK md. 79/2 uyarınca, gümrüklerde el koymaya ilişkin kurallar daha önce 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve bu kanun doğrultusunda çıkarılmış Gümrük yönetmeliğinde düzenlemekte iken, 18.06.2009 tarih ve 5911 sayılı kanun ile iş bu Gümrük Kanununda bazı değişiklikler yapılmış ve ilgili Gümrük Yönetmeliği mülga edilerek, 07.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan yeni Gümrük Yönetmeliği yürürlüğe konulmuştur.

---

<sup>154</sup> **Yördem**, s.343.

<sup>155</sup> **Arkan**, C.II, s.229.

<sup>156</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1217.

<sup>157</sup> **Arkan**, C.II, s.229, dpn.11.

Gümrük Kanunu 57. maddesinde, değişiklikten önce, kullanılan terimler ile KHK 79 ile yeknesaklık taşımamakta ve bu sebeple uygulama alanının belirlenmesi bakımından belirsizlik doğurmaktaydı<sup>158</sup> Her iki hüküm beraber değerlendirildiğinde, gümrük idarelerinin hak sahibinin talebi ile veya re'sen karar verebileceği noktasında şüphe yoktur. Ancak gümrük işlemleri durdurulan eşyanın niteliği konusunda uyumsuzluk söz konusu idi<sup>159</sup>. KHK md. 79 da “*hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturmaya nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallar*” ifadesi kullanılmıştır. Buna karşın Gümrük Kanununun değişiklikten önceki halinde, hem hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki markalardan, hem de sahte markalı mallardan bahsedilmekte idi<sup>160</sup> Buna göre, KHK'nin 79. maddesinde yalnızca taklit markalı mallara yönelik durdurma önlemi alınabilecek iken, Gümrük Kanunu 57. maddesi ile hak sahibinin talebi ile, tecavüz teşkil eden eşyaya yönelik durdurma önlemi alınabilecektir. Böylece KHK'nin 79. maddesindeki “*taklit*” ifadesine rağmen, yalnızca KHK 61. madde b ve c bentlerindeki taklit değil, a bendindeki atıf ile 9. maddeye aykırı olarak kullanılan markayı taşıyan eşyanın da gümrük işlemleri durdurulabilecektir.

Gümrük Kanununda 5911 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra da aynı tutarsızlık devam etmektedir.<sup>161</sup>

Yine, 4458 sayılı Gümrük Kanunu 57. maddesine göre, Gümrük İdaresi, kanun değişikliği yapılmadan önce, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder

<sup>158</sup> Yasaman/Yüksel, C.II, s.1218.

<sup>159</sup> Yasaman/Yüksel, C.II, s.1218.

<sup>160</sup> **Madde 57- 1** “Fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması mevzuatına göre, marka, coğrafi işaret, endüstriyel tasarım hakları ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamına giren haklarla ilgili olarak, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri; hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine veya söz konusu eşyanın sahte markalı ya da telif hakkına tabi taklit mal tarifine uyduğuna ilişkin açık deliller olması halinde, re'sen gümrük idareleri tarafından durdurulur. Durdurma kararı ithalatçıya veya hak sahibine veya temsilcisine bildirilir” ifadesi yer almaktadır.

<sup>161</sup> **MADDE 57 (18/6/2009 tarih ve 5911 sayılı Kanun ile değişik.) 1. a)** “Fikri ve sınai haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir. Durdurma veya alıkoyma kararı hak sahibi veya temsilcisi ile beyan sahibi veya 37 nci maddede belirtilen kişilere bildirir. b) Gümrük idaresine henüz bir talepte bulunulmadığı durumda ve söz konusu eşyanın fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde, hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen, gümrük idareleri tarafından eşya üç işgünü süresince re'sen alıkonulabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurulabilir.” İfadesi yer almaktadır.



mahiyetteki markalar için hak talebi üzerine veya sahte markalı mallarla yönelik açık delil var ise re'sen, sadece durdurma kararı verebilmekte idi.

5911 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten sonra ise, Gümrük Kanunu 57. maddesine göre; sadece hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki markalar için hak sahibinin talebi ile veya hak ihlaline yönelik açık delil var ise hak sahibinin geçerli bir talepte bulunabilmesini temin için 3 günlük süre ile sınırlı olmak kaydıyla re'sen el koyma veya durdurma kararı verebilmektedir.

Gümrük Kanunu Yönetmeliği madde 100 e göre, yalnızca taklit markayı taşıyan mallar değil, logo, etiket, broşür, kullanım kılavuzu, garanti belgesi gibi her türlü marka simgesine, ambalaj malzemelerine ve kalıplarına da el konulabilecek veya durdurulabilecektir. **Yasaman'** a göre; gümrük tedbirlerinin bu kapsam ve düzeyde ele alınması, KHK' nin 62. maddesinin c ve e bentleri ile uyumlu olmuştur. Ancak Yönetmeliğin bu açık hükmüne rağmen, KHK' nin 9. maddesine aykırı olarak kullanılan markayı taşıyan ürünlerin tamamlayıcıları ve kalıpları hakkında gümrük tedbirleri uygulanamayacaktır.<sup>162</sup>

KHK md. 79'da öngörülen gümrük idareleri tarafından el koyma, sadece ithalat veya ihracat sırasında söz konusu olur. KHK md. 79/I'de yer alan açık hüküm karşısında taklit markayı taşıyan mallara transit geçişleri sırasında el konamayacaktır.

Gümrük Kanunu madde 57 ye göre, yolcu beraberinde getirilen zati ve hediyeelik eşya ile posta kolileri ve ticarî mahiyette olmayan eşyaya el konulamaz veya gümrük işlemleri geçici olarak durdurulamaz .

El koyma ve gümrük işlemlerinin durdurulması talebi Yönetmeliğin 103. maddesinde belirtilen belgeler ile yapılır.

Hak sahibi tarafından yapılan başvuruyu değerlendiren gümrük idaresi, kararını 30 gün içerisinde, başvuruda bulunan hak sahibine ve eşya sahibine bildirir. Gümrük idaresi, eldeki bilgi ve belgeleri yeterli görmediği takdirde durdurma talebini reddeder. Bu red işlemine karşı Gümrük Kanunu 242. maddesi uyarınca bir üst makama itiraz edilebilir.<sup>163</sup> Gümrük Kanunu değişmeden önceki durumunda ve

<sup>162</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1220.

<sup>163</sup> **Gümrük Yönetmeliği Madde 103/9** “Gümrük idaresi tarafından başvurunun kabul edilmemesi halinde, söz konusu karar gerekçeleri belirtilmek ve Kanunun 242 nci maddesine istinaden itiraz yolu açık olmak

eski yönetmelikte ise red kararına itiraz edilebileceği yazmakta yalnız hangi makamlara itiraz edileceğine dair açıklık bulunmamakta idi. Bu sebeple, kesin ve yürütülebilir bir idari işlem olan bu red kararına karşı ancak ilgili İdare Mahkemesi nezdinde, iptal davası açılabilirdi.<sup>164</sup> Bu durum, gümrükte el koymadan beklenen menfaatlara aykırı olmakla birlikte, kanun koyucu tarafından yeni mevzuat ile getirilen bu değişiklik yerinde olmuştur.

El koyma ve gümrük işlemlerinin durdurulmasına kararı verilirse, bu kararın tebliğinden sonra hak sahibi (ya da temsilcisi) eşyayı inceleyebilir ve eşyadan numune alabilir. Gizli nitelikte olan ve meslekî sır kapsamındaki bilgiler hariç olmak üzere eşya sahibinin ve alıcının adı, soyadı, adresi gibi bilgiler yetkili mahkemeye müracaatta kullanılmak üzere talepte bulunan hak sahibine verilir (Yönetmelik madde 104/2)

KHK md. 79 ve Gümrük Kanunu 57. madde gereğince el koyma veya gümrük işlemlerinin durdurulması kararı verilmiş ise, gümrük idaresince bu kararın hak sahibine tebliğinden itibaren, bozulacak eşyalar için 3 iş günü diğer eşyalar için ise 10 iş günü içinde ihtisas mahkemesinde esas hakkında dava açılmaz ve açılmış mahkemeden tedbir (ihtiyatî tedbir) niteliğinde karar alınmazsa, veya herhangi bir mahkemeden tedbir kararı alınmasına rağmen 10 gün içerisinde esas hakkında dava açılmaz ise, idarenin el koyma ve durdurma kararı kalkar ve eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır. Bu noktada KHK ile Gümrük Kanunu ve Yönetmeliği arasında uyumsuzluk vardır. KHK md.79/3 te “.....dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar” hükmü düzenlenmişken, 5911 sayılı kanunla değişik Gümrük Kanunu md. 57/3 te “ ..... hak sahibince ihtiyati tedbir kararı getirilmemesi halinde, eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılır...” hükmü yer almaktadır. Yine Gümrük Kanunu Yönetmeliği md.107/1 de kanun ile aynı doğrultudadır. Yani KHK da tedbirin devamı için esas davanın açılması veya tedbir kararının alınması unsurlarından birisi yeterli iken, Gümrük Kanunu ve Yönetmeliğine göre ise esas davanın açılması yetmemekte, bununla birlikte tedbir kararının da verilmiş olması

---

suretiyle hak sahibine bildirilir.”

<sup>164</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1221.

gerekmektedir. **Yasaman'** a göre, mantıklı olan düzenleme Yönetmelikte yer alan düzenlemedir.<sup>165</sup> Zira, salt davanın açılmış olması, davanın haklılığı yönünde karine teşkil etmez.<sup>166</sup> Buna göre, KHK' nin 62. maddesi uyarınca tecavüzün giderilmesine yönelik açılan davada, KHK md. 77/b hükmünce tedbir kararı verilmediği sürece, idarece konulmuş olan tedbir ortadan kalkacaktır.

07.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete ile yayınlanan yeni Gümrük Yönetmeliği, eski yönetmelikten farklı olarak bazı yenilikler ve değişiklikler getirmiştir. Buna göre; dava açma süreleri yeni yönetmelik ile iş günü olarak belirlenmiş ve yine bozulmaya elverişli eşyalar için amaca uygun olarak dava açma süresi kısa tutularak 3 iş günü olarak belirlenmiştir. Ayrıca, herhangi bir mahkemeden tedbir kararı alınmasına rağmen esas hakkında davanın açılması gereken süresi 10 gün olmasına rağmen, haklı bir nedenin varlığı halinde bu sürenin, 10 iş gününe kadar uzatılabileceğini düzenlemiştir.<sup>167</sup>

El konulan veya gümrük işlemleri durdurulan eşyalar hakkında, mahkeme tarafından KHK md. 57/4 hükmüne göre imhasına ya da niteliklerinin değiştirilerek sahibine teslimine karar verilebilir. İmha, Yönetmelik m.105 e göre gerçekleştirilir.

Son olarak, Yönetmelikte, el koyma veya gümrük işlemlerinin durdurulmasını talep eden hak sahibinin bir teminat yatırması gereğinden hiç söz edilmemiştir.

### III. KHK'DA ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI

KHK' nin 62. maddesinde marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin açabileceği hukuk davaları sayılmıştır.

Burada ilk önce tesbit davaları üzerinde durulacak, sonra da marka sahibine

<sup>165</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1221.

<sup>166</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1221.

<sup>167</sup> **MADDE 107** – (1) 104 üncü maddeye istinaden hak sahibinin başvurusu üzerine gümrük idaresince, eşyanın gümrük işlemlerinin durdurulması veya alıkonulmasına ilişkin alınan kararın hak sahibine belgegeçer ile veya ilgili idarenin elektronik posta adresinden yapılacak bildirimden itibaren veya 102 nci maddeye istinaden res' en gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyaya ilişkin olarak da hak sahibinin başvuru tarihinden itibaren on iş günü içinde, hak sahibinin; yetkili mahkemede dava açması ve ihtiyati tedbir kararı alması veya yetkili mahkeme dışında bir mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alması ve ihtiyati tedbir kararının alındığı tarihten itibaren on gün içinde yetkili mahkemede dava açması ve bu durumu gösterir bir belgenin gümrük idaresine ibrazı gerekir. Haklı bir mazeretin bulunması halinde gümrük idaresi bu süreyi en fazla on iş gününe kadar uzatabilir.”

tanınan diğerk hukukî imkânlar incelenecektir.

## 1.Tespit Davaları

556 sayılı KHK iki tür tespit davası düzenlemiştir. Birincisi, bir başkasının markasına tecavüz edip etmediğini ortaya çıkarmak isteyen kişinin açacağı tespit davası, ikincisi ise, markasına tecavüz edildiğini düşünen marka hakkı sahibinin açacağı tespit davasıdır.

### A.Tecavüzün Mevcut Olmadığına Dair Dava (Menfi Tespit Davası)

Sınai bir faaliyete başlamış ya da başlayacak olan kişi, söz konusu faaliyetinin başkasının markasına tecavüz edip etmediğini bilemeyebilir. Yine aynı şekilde, bir markanın kime ait olduğu, üçüncü bir kişinin marka üzerinde kişisel veya aynı bir hakkının bulunup bulunmadığı, mirasla geçip geçmediği ihtilafa konu olabilir. Bu anlaşmazlıklardan kurtulmak isteyen kişi, kullanılmayı düşündüğü markayı, başkasının marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağı hususunu, marka sicilinin incelenmesi yoluyla araştırılabileceği gibi, KHK md. 74 e istinaden, fiillerinin markaya tecavüz oluşturmadığına karar verilmesini mahkemeden isteyebilir.<sup>168</sup>

KHK md. 74 ile getirilmiş bu davanın niteliği doktrinde genel kabul gören görüşe göre menfi tespit davasıdır<sup>169</sup>. Maddenin ilk fıkrasında, menfaati olan herkesin, fiillerinin marka hakkına tecavüz oluşturmadığına karar verilmesini talep edebileceği hüküm altına alınmış olup, bir hukuki ilişkinin varolmadığının tespitine dair dava, bir menfi tespit davasıdır. **Arkan**' a göre, marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava, esas itibariyle bir menfi tesbit davasıdır. Ancak bu davayı, tam bir menfi tesbit davası niteliğinde görmek de mümkün değildir. Zira usul hukukunda menfi tesbit davasından söz edilebilmesi için, davalının daha önce belli bir hukukî ilişkinin varlığını iddia etmiş olması gerekir. Oysa burada henüz marka hakkına tecavüzün varlığı iddia olunmamıştır<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> **Meran**, s.365.

<sup>169</sup> **Arkan**, C.II, s.233, **Tekinalp**, s.478.

<sup>170</sup> **Arkan**, C.II, s.233.

Ancak, bu davanın bir menfi tespit davası olmadığını ileri süren yazarlarda vardır<sup>171</sup>. Bu görüş gerekçe olarak, menfi tespit davalarında davacının önceden bir hukuki ilişkinin varlığını iddia etmesi gerektiği halde bu davada bu şartın yerine getirilmediğini belirtmiştir.

**Yasaman'** a göre, bu davanın menfi tespit davası kabul edilmemesi açısından daha öncelikli bir gerekçe ileri sürülebilir. Şöyle ki, menfi tespit davasında bir hukuki ilişkinin, eldeki vakıalar ve hukuki sebepler eşliğinde varolmadığı iddia edilebilir. Buna karşılık, bu davada, henüz girililmemiş ancak ileride girilecek fiillerin, marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği hususunun dahi tespiti istenebilir. Bu olasılıkta aslında mahkemen, neredeyse bir yorum kararı istenmekte; gelecekteki fiillerin, marka hakkına tecavüz niteliği taşımayacağı, bu karar ile hüküm altına alınmaktadır.<sup>172</sup>

KHK md.74/I' e göre menfaati olan herkes, marka sahibine karşı dava açarak, fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir. Bu anlamda "menfaati olan herkes" ibaresi, Türkiye'de giriştiği veya girişeceği sınaî faaliyet sonucu üretilen ürünlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağını önceden öğrenme ve durumunu buna göre ayarlama ihtiyacı içinde olan, başka bir deyişle, marka sahibi tarafından ileride aleyhine KHK md. 62'deki davalardan birinin açılması söz konusu olabilecek kişileri ifade eder<sup>173</sup>. Ancak bu talebin, daha önce aleyhine marka hakkına tecavüzden dolayı dava açılmış bir kişi tarafından yapılması yasaklanmıştır (KHK 74/IV). Zira, burada marka sahibi tecavüzün bulunduğuyla ilişkin görüşünü, dava açmak suretiyle ortaya koymuştur<sup>174</sup>. Bu noktada hukuki menfaatin varlığından söz etmekte mümkün değildir. Çünkü, sınaî faaliyette bulunacak olan veya bulunan kişinin fiili derdest bir davada tartışılmaktadır.

KHK md.74 2 ve 3. fıkralarında, dava açılmadan önce yerine getirilmesi gereken usuli işlemler sayılmıştır. Buna göre, söz konusu davanın açılabilmesi için, belli bir markayı kullanmayı düşünen kişinin, görüşlerini bildirmesi için marka

---

<sup>171</sup> **Şehirli, Feyzan Hayal**, Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s.179.

<sup>172</sup> **Yasaman**, C.II, s.1204.

<sup>173</sup> **Arkan**, C.II, .232.

<sup>174</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1205.

sahibine noter kanalıyla bildirimde bulunması gerekir. Marka sahibi, bu talebin kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap vermez ya da verilen cevap menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmezse, KHK md. 74/I'e göre dava açılabilir. KHK 74 e göre yapılması gereke bu bildirim, bu davanın dinlenebilmesi için bir koşuldur<sup>175</sup>. Menfaatin bulunması da bir diğer koşul olarak düzenlenmiştir.

**Arkan**, 2. fıkrada sınai faaliyetten ve markanın üretilen ürünlerde kullanılmasından bahsedilmesi karşısında, hizmet markalarının ihmal edildiğini belirtmiştir<sup>176</sup>. Yalnız bu eksiklik, hizmet markalarının kullanımının tecavüz teşkil etmediği yönünde dava açılmaması sonucunu doğurmamaktadır<sup>177</sup>.

Dava, marka üzerinde hak sahibi bulunan ve marka siciline kayıtlı bütün hak sahiplerine de (lisans alan, rehin hakkı sahibi gibi) tebliğ olunur (KHK md. 74/V). Davanın bu kişilere tebliği HUMK anlamında davanın ihbarıdır<sup>178</sup>. Tebliğin amacı, marka üzerinde lisans veya rehin hakkı gibi herhangi bir hakkı bulunan kişilerin davaya katılmalarını sağlayarak hak kaybına sebep olmamaktır<sup>179</sup>

KHK md. 74/VI. Fıkrasına göre, marka hakkına tecavüz bulunmadığı yönündeki bağımsız davayla ileri sürülebilecek menfi tespit talebi, 74. maddenin 2. fıkrası hükmü uyarınca görüşü talep edilecek marka sahibine karşı açılacak hükümsüzlük davasında da ileri sürülebilir. Bu durumda, 2.ve 3. fıkradaki bildirim ve görüş talep etme zorunluluğunun bir anlamı kalmaz<sup>180</sup> **Yasaman**, açılacak hükümsüzlük davasında, menfi tespit talebinin terditli olarak istenebileceğini, şayet mahkeme hükümsüzlüğe karar verir ise, tespit talebine dair karar verilmesine gerek kalmayacağını ve böylece hükümsüzlük talebinde bulunanın söz konusu markayı fiilen kullanabileceğini veya kendi adına tescil ettirebileceğini belirtmiştir<sup>181</sup>.

---

<sup>175</sup> **Arkan**, C.II, s.233, **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1204.

<sup>176</sup> **Arkan**, C.II, s.232, d.pn. 23.

<sup>177</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1205.

<sup>178</sup> **Arkan**, C.II, s.233.

<sup>179</sup> **Meran**, s.366.

<sup>180</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1205.

<sup>181</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1205.

## B.Delil Tespiti Davası

KHK'nın 75. maddesine göre, marka hakkına tecavüzden dolayı dava yoluna gitme hakkına sahip kişiler, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tesbitini mahkemeden isteyebilir.

Bu davanın hukukî niteliği doktrinde tartışmalıdır. Arkan, bunun Türk hukuku bakımından bir yenilik olduğu fikrindedir. **Arkan'** a göre, delillerin tesbiti davası, HUMK 368-374'de düzenlenen "delillerin tespiti" nden farklı olup, müstakil bir davadır<sup>182</sup>. Arkan bu görüşünü, 11.HD' nin 30.01.1997 tarih, E.1996/8836, K.1997/424 sayılı yayımlanmamış kararına dayandırmaktadır.11..H.D' ye göre, kanun koyucu böylece, eda davasının açılacağı hallerde tesbit davası açma olanağı da tanımış olmaktadır.

**Meran'** da, bu davanın HUMK 368-374 te düzenlenen delil tespitinden farklı olduğunu, delillerin tespiti davasından sonra verilen kararların başka bir mahkemece inceleme konusu yapılamayacağını ve temyiz olunabileceğini belirtmiştir<sup>183</sup>. 11.HD' nin 30.01.1997 tarih, E.1996/8836, K.1997/424 sayılı yayımlanmamış kararında, KHK' nin 75. maddesinde 61. maddede sayılan fiillerin markaya tecavüz oluşturduğunun tespitini müstakil bir dava ile talep edebilme imkanı verdiğini, bu davanın TTK 58/1-a ve FSEK 15/3 ile birbirine paralel tespit davası niteliğinde olduğunu açıkladığını belirtmiştir.

Yine **Camcı'** da bu davanın, HUMK 368-374 ten farklı, müstakil bir tespit davası olduğu fikrindedir<sup>184</sup>.

**Yasaman'** a göre ise, KHK' nin madde başlığının, 5194 sayılı kanun ile "delillerin tesbiti" olarak değiştirilmesi, doktrindeki bu tartışmaları sonlandırmıştır. Buna göre, bu hükümde düzenlenen delillerin tespiti, HUMK 368-374 hükümleri arasında düzenlenen delil tespiti müessesinin bir tekrarıdır<sup>185</sup>.

Bu davayı açmaya, konunun tespitinde menfaati bulunan marka sahibi ve

---

<sup>182</sup> **Arkan**, C.II, s. 231-232.

<sup>183</sup> **Meran**, s.366.

<sup>184</sup> **Camcı**, s.146.

<sup>185</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1206-1207.

KHK' nin 73. maddesindeki koşullar çerçevesinde Lisans alanlar yetkilidir<sup>186</sup>.

Tespit istemi, uygulamada genelde ihtiyati tedbir talebi ile ilişkili olarak yapılmakta, marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin tespiti istenmekte ve devamlı “elkoyma”, “toplatılma”, “satışın durdurulması” beraber talep edilmekte ve mahkemelerde genelde bu talep doğrultusunda karar vermektedirler.

Bu davayla ilgili diğer hususlarda, HUMK hükümleri uygulanır (KHK 78).

## 2. Eda Davaları

556 sayılı KHK' nin 62.maddesinde, tecavüzün yol açtığı hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılmasına yönelik açılacak davalar ve talepler ayrı ayrı sayılmıştır. Bu davalar ve talepler; marka hakkına tecavüz teşkil eden fiilin durdurulması (md.62, a), tecavüzün giderilmesi ve maddî ve manevî tazminat davaları (md.62, b), marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyma (md. 62, c), c bende uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması (md. 62, d), tecavüzün devamını engellemeye yönelik tedbirler, markaların silinmesi veya imha (md. 62, e), kararın ilgililere tebliği ve kamuya yayın yolu ile duyurulması (md. 62, f), şeklindedir.

### A.Tecavüz Fiillerinin Durdurulması

Marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması davası, süregelen bir tecavüze son verilmesi için, marka hakkına tecavüz edene karşı yöneltilir<sup>187</sup>. Bu dava ile, marka hakkına tecavüz fiilinin durdurulması talep edilir<sup>188</sup>.

Bu davanın kabulü halinde, hakim davalıya söz konusu fiilleri sürdürmesinden kaçınmasını emreder. Bu yönüyle, dava bir eda davası niteliğindedir<sup>189</sup>.

KHK md. 62/a'da düzenlenmiş bu dava, halihazırda süregelen davalar için

<sup>186</sup> Arkan, C.II, s.232, Meran, s.367.

<sup>187</sup> Yasaman/Yüksel, C.II, s.1121, Yıldız, s.39.

<sup>188</sup> Arkan, C.II, s.234.

<sup>189</sup> Arkan, C.II, s.234, Meran, s.367, Yasaman/Yüksel, C.II, s.1121.



açılabilceği kadar, marka hakkına tecavüz tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde de, yani gerçekteşme ihtimali bulunan tecavüzlerin önlenmesine yönelikte açılabilir<sup>190</sup>. KHK md. 61 atfı ile m. 9/1/b anlamında “karıştıırma ihtimalinin” varlığının bir tecavüz hali olarak düzenlenmesi karşısında, önleme amacın kabulü kaçınılmazdır<sup>191</sup>.

Tecavüz oluşturan fiillerin durdurulması davasının açılabilmesi için kural olarak failin kusurunun bulunması ya da zararın doğmuş olması gibi koşullar aranmaz<sup>192</sup>. Haksız rekabet hükümlerinde de olduğu gibi, marka hakkına tecavüz olarak sayılan fiillerden birisinin gerçekleştirildiğinin tespiti halinde, talep ile tecavüz fiilinin durdurulmasına karar verilir.

Ancak, belirtmek gerekir ki, taklit markayı taşıyan malları satan, dağıtan, ithal eden veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran kişinin davranışı, sadece bu durumu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden (KHK 61, c), ona karşı durdurma davası da, sadece bu şekilde kusurlu olduğu hallerde açılabilir.

Tecavüzün durdurulması talepleri, uygulamada genellikle KHK nin 61. maddesi atfı ile 9. maddeye aykırı olarak, markanın ticaret ünvanında kullanılması halinde doğmaktadır<sup>193</sup>. **Yasaman**’ a göre, tescilli ticaret ünvanı da marka sahibine TTK uyarınca bir inhisari hak sağladığı için, burada çelişen iki mutlak hak söz konusu olmaktadır<sup>194</sup>. Ticaret ünvanının tescilli marka ile karıştıırma hali yaratacak şekilde markasal olarak kullanılması söz konusu olduğunda, marka sahibi iş bu ticaret ünvanının kullanılmasının durdurulmasını mahkemeden isteyebilir<sup>195</sup>.

Yargıtay yerleşik içtihatlarına göre, ticaret ünvanının marka hakkına tecavüz teşkil ettiğii iddiası ile açılacak olan durdurma davalarında, ticaret ünvanının ticaret sicilinden terkini istenmeden, fiili durumun ortadan kaldırılmasına karar

---

<sup>190</sup> **Arkan**, C.II, s.234.

<sup>191</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1121.

<sup>192</sup> **Meran**, s.367.

<sup>193</sup> Bkz. Yarg. 11. HD. T.30.09.2004, E.2003/14288, K.2004/9107. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

<sup>194</sup> **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1121, Yarg. 11. HD. T.30.09.2004, E.2003/14288, K.2004/9107(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>195</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1121.

verilemeyecektir<sup>196</sup>. Yani “hukuken var olan hakkın fiilen engellenememesi” şeklinde bir yaklaşım içerisinde girmiştir. Bu sebeple, özellikle dosyanın Yargıtay incelemesi aşamasında sorunla karşılaşmamak için, ticaret unvanının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği iddiası ile açılacak olan durdurma davalarında, aynı zamanda ticaret unvanının sicilden terkinini talebini de içermelidir. Yargıtay bu talebi içeren ve yerel mahkemece de aynı doğrultuda verilmiş kararları genelde onamaktadır<sup>197</sup>.

**Yasaman**, Yargıtay’ın bu görüşünün yerinde olmadığını düşünmektedir<sup>198</sup>. Zira, tescilli marka ile tescilli ticaret unvanı arasında öncelik ilişkisi bulunmamaktadır. Yargıtay’ın söz konusu kararında, “hukuken var olan hakkın fiilen engellenememesi” ilkesini benimsemesinde haklılık payı bulunmakla beraber, ticaret unvanının inhisari hak bahşetmesinin, onun markasal olarak kullanılabileceği anlamına gelmeyeceğini de belirtmek gerekir. Ancak buna rağmen, bazı durumlarda markasal olarak kullanılan bir ticaret unvanının, mutlak surette terkinini gerekmeyebilir. Zira, marka hakkına tecavüz salt ticaret unvanının varlığı ile gerçekleşmeyebilir. Örneğin, tescilli markanın kapsamı dışında kalan mal ve hizmetlere yönelik ticaret unvanının kullanımı var ise ve markanın ayırt ediciliğine zarar veriliyor ise, bu durumda ticaret unvanının sicilden terkinine gerek olmayıp, sadece marka hakkına tecavüz fiilinin durdurulması ile yetinilebilir. Yani sadece markasal kullanımın engellenmesi ile amaca ulaşılabilir<sup>199</sup>. Aksi halde, böyle bir durumda dahi ticaret unvanının terkinini talep etme, markasal kullanımın engellenmesini aşan, ağır bir yaptırım olacaktır.

Tecavüz devam ettiği sürece, söz konusu tecavüz fiillerinin durdurulması davası açılabilir. Bu durumda zamanaşımı süresi işlemez<sup>200</sup>.

Tecavüzün etkileri, tecavüzün sona ermesinden sonra da sürmekte ise tecavüzün durdurulması davası açılması mümkündür<sup>201</sup>.

---

<sup>196</sup> Yarg.11. HD. T.04.07.2004, E.2004/10675, K.2005/7159, Yarg. 11. HD. T.03.07.2000, E.2000/5334, K.2000/6307, Yarg. 11. HD. T.24.02.2000, E.2000/620, K.2000/1483(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları).

<sup>197</sup> Yarg. 11. HD. T.17.02.2005, E.2005/794, K.2055/1131 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları)

<sup>198</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1122.

<sup>199</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1122.

<sup>200</sup> **Meran**, s.367.

<sup>201</sup> **Tekinalp**, s.459.

## B. Üretilmesi veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya ile Bu Eşyayı Üretmeye Yarayan Araçlara El Konulması

KHK'nın 62.maddesinin (c) bendine göre marka hakkına tecavüz edilen marka sahibi, marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyayı üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulmasını dava yoluyla talep edebilir. Böylece kanun koyucu, sadece tecavüzün durdurulması davasının marka sahibini korumaya yetmeyeceğini dikkate alarak, tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin tam olarak bertaraf edilebilmesi için, haksız olarak kullanılan markayı taşıyan mallara ve bu malları üretmeye yarayan araçlara el konulmasına da olanak sağlamıştır. Bu şekilde, marka hakkına tecavüz oluşturan mallar ticaret alanından çıkarılmış olacaktır<sup>202</sup>.

KHK md. 62/c gereğince, "üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya"nın hangi tür eşya olduğu, KHK md. 61/A değişiklikten önce I.fikra (a), (b) ve (c) bentlerinde gösterilmekte iken, 5833 sayılı kanun ile değişik KHK' nın 61/A maddesinin I, II ve III. fıkralarında gösterilmiştir. KHK' nın 61/A maddesinin I. fıkrası uyarınca, "*başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışa arz etmek veya satmak*" fiili var ise bu eşya, "kullanılması cezayı gerektiren eşya" konumuna girer. KHK md. 61/A II. fıkrası uyarınca "*marka koruması olan eşyayı veya ambalajı üzerinde konulmuş marka koruması olduğunu, belirten işareti yetkisi olmadan kaldırmak*" fiili de söz konusu ise, bu eşya da "kullanılması cezayı gerektiren eşya" konumuna girer. Yine md. KHK 61/A III. fıkrası uyarınca ise, "*yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek*" fiilleri de, bu eşyayı "kullanılması cezayı gerektiren eşya" konumuna sokmaktadır.

KHK md. 61/A da ki, 5833 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önceki mevcut düzenlemesinde, md. 61/A-I' in hangi bentlerinin "kullanılması cezayı gerektiren eşya" kapsamında olduğu doktrinde tartışmalı idi. Şöyle ki;

**Arkan**, KHK 62. maddesinin (c) bendinin, KHK md. 61/A-I (a), (b) ve (c) bentlerinin tamamına uygulanması gerektiği kanaatindedir<sup>203</sup>. Yani KHK md. 61/A-I

<sup>202</sup> **Arkan**, C.II, 234, **Meran**, s.389.

<sup>203</sup> **Arkan**, C.II, s.234.

(a), (b) ve (c) bentlerinin herhangi birine aykırı eylemler, eşyayı ya da araç gereçleri, KHK md. 62/c kapsamında “kullanılması cezayı gerektiren eşya” konuma sokmaktadır ve bu eşyalara ilişkin el koyma kararı verilebilecektir.

**Tekinalp** de, KHK 62. maddesinin (c) bendinin, KHK md.61/A-I (a), (b) ve (c) bentlerinin tamamına uygulanması gerektiği kanaatindedir<sup>204</sup>.

**Yasaman** ise, KHK md. 61/A-I hükmünün (a) ve (b) bentlerinde bahsedilen suç tiplerinin, KHK md. 61/A-I (c) bendinde yer alan ve “*dar anlamda marka suçları*” olarak tanımlanan “marka hakkına tecavüz suçu” ndan tümüyle bağımsız suç tipleri olduğu kanaatindedir<sup>205</sup>. Başka bir ifadeyle, KHK md. 61/A I (a) ve (b) de öngörülen suç tiplerinde, “*marka hakkına tecavüz*”ün söz konusu olmadığı kanaatindedir. Yine marka hakkına tecavüz fiilinin, KHK md. 61/A-I (c) bendinde cezai yaptırıma bağlandığı ve bu sebeple sadece, KHK md. 61/A-I (c) kapsamında “marka hakkına tecavüz suçu” nedeniyle cezai yaptırıma konu edilen eşya ya da araç gereç hakkında el koyma işlemlerinin yapılması gerektiğini belirtmektedir.<sup>206</sup>

5833 sayılı yasa ile 556 sayılı KHK md. 61/A üzerinde yapılan değişiklikler, doktrindeki bu görüş ayrılıklarını tam anlamıyla giderecek boyutta değildir. Zira 5833 sayılı yasa ile değişik 556 sayılı KHK md. 61/A I. fıkrası, KHK nın değişiklikten önceki md. 61/A-I (c) bendi ile aynı içeriktedir. Hâlihazırdaki hali ile md. 61/A I. fıkra “*başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üretmek, satışı arz etmek veya satmak*” suretiyle tecavüzden bahsetmektedir. Burada bahsi geçen “*iltibas*” kelimesi, doktrininde malın aynen veya ayırt edilemeyecek derecede benzer kullanılması anlamına gelmektedir<sup>207</sup>. Bu ise KHK md. 9/1 (a) ve KHK md. 61 (b) ve (c) bentlerine denk gelmektedir. Yine iltibas ise KHK md. 9/1 (b) da düzenlenmektedir. Oysa KHK md. 61/A-I in eski halinde (c) bendi, KHK md. 61’e atıf yapması hasebiyle, iktibas ve iltibasın her ikisini birden kapsamakta idi.

Yine, 5833 sayılı yasa ile değişik 556 sayılı KHK md. 61/A II. fıkra ise

---

<sup>204</sup> **Tekinalp**, s.474

<sup>205</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1136.

<sup>206</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1136.

<sup>207</sup> **Güneş, İlhami**, Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Ankara 2009, s.174, **Kaya, Arslan**, Marka Hukuku, İstanbul 2006, s.265.

“marka koruması olan eşyayı veya ambalajı üzerinde konulmuş marka koruması olduğunu, belirten işareti yetkisi olmadan kaldırmak” şeklinde olup, bu hüküm KHK md. 61/A-I (a) nın eski halinin daraltılmış halidir. Sonuç olarak, 5833 sayılı yasa ile md. KHK 61/A da yapılan değişiklikler, KHK 62/c nin uygulanmasına yönelik, KHK md. 61/A-I ‘in eski hali üzerindeki yapılan tartışmaları giderecek boyutta değildir.

El koymanın talep edilebilmesi için, her ne kadar, söz konusu eşyanın, KHK md. 61/A anlamında cezayı gerektiriyor olması gerekse de, yani ortada “kullanılması cezayı gerektiren eşya” söz konusu olması gerekirse de, md. 62/c hükmünün uygulanabilmesi için, KHK md. 61/A anlamında verilmiş bir ceza kararının varlığı şart değildir<sup>208</sup>. Yani, el koyma kararı verilebilmesi için bir ceza mahkemesi kararına gerek yoktur<sup>209</sup>. Hukuk mahkemesi, marka hakkına tecavüzün varlığını saptadığı takdirde, açılmış bir ceza davası olsa dahi, onun sonucunu da beklemeden elkoyma isteğini kabul edecektir<sup>210</sup>. Yargıtay da verdiği kararlarda, el koymaya ilişkin açılmış bir ceza davası olup olmadığını sorgulamamaktadır<sup>211</sup>.

KHK md. 61/A-I (c) bendi, 5833 sayılı yasa ile değişmeden önceki eski halinde, KHK md. 61’ e atf yaptığı için, yani KHK 61’ e aykırılıkların tamamını suç saydığı için, KHK md. 61/ f de düzenlenen “markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan veya ticari alana çıkarılan malın nereden ve nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınan” kişinin eylemi de suç olarak değerlendirilmekte idi. Böylece bu şahısların elindeki mallara da el konulabilmekte idi.

5833 sayılı yasa ile KHK md. 61/A III. fıkrası olarak yeni bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre; “Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi” hakkında da cezaya hükmolunacaktır. Bu hükme göre, başkasına ait bir markayı, lisans, devir ..vs bir hakka dayanmadan aynen kullanan kişinin bu eylemi marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilecek ve bu ürünlere de el konulabilecektir. Bu durum iltibas veya iktibastan farklı olup, burada markanın taklidi veya ayırt edilemeyecek derece de benzeri değil, bizzat markanın kendisi,

---

<sup>208</sup> Meran, s.390.

<sup>209</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1136.

<sup>210</sup> Meran, s.390.

<sup>211</sup> Yarg. 11. HD. T.24.01.2006, E.2005/542, K.2006/481 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programları)

hiçbir yasal hakka dayanmadan kullanılmaktadır. Mesela, sözleşmede aksi öngörülmemişse lisans alanlar, lisans konusu marka için bir başkasına alt lisans veremez. Bu duruma aykırılık, 5833 sayılı yasa ile değişik 556 sayılı KHK md. 61/A III. fıkraya göre suç teşkil edecek<sup>212</sup> ve bu eşya veya araçlara el konulabilecektir. Yine, marka sahibi markasını yazılı olarak devretmiş ve bu devir her nasılsa sicile kaydedilmemiş de olsa, marka sahibi bu markayı başkasına devredemez, rehin ya da lisans veremez<sup>213</sup>. Bu eylemler KHK md. 61/A III kapsamında değerlendirilir.

5833 sayılı kanun ile getirilen değişiklikten önce, KHK md. 61'de sayılan fiillerin hepsi suç sayıldığından, başkası adına tescilli bir markayı veya benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını, nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınma eylemi de, KHK md. 62(c)' nin kapsamında değerlendirilmekte ve bu eylem suç sayılmakta idi. Bu hüküm 5833 sayılı yasa ile, KHK md. 61/A son fıkrası olarak eklenen “*Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışı arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.*” şekli ile, ceza olarak varlığını devam ettirmekle beraber, burada bir cezasızlık sebebi getirilmiştir. Bu hükme göre, marka hakkına tecavüz teşkil eden malı satışı arz eden veya satan kişinin, malı nereden temin ettiğini bildirilmesi + üretenleri ortaya çıkmasını sağlaması + ürünlere el konulmasını sağlaması şartlarının varlığı halinde, bu durum o şahıs için cezasızlık sebebi olarak öngörülmüştür. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, her ne kadar bu kişiler hakkında cezasızlık sebebi düzenlenmiş olsa da, madde kapsamından da anlaşılacağı üzere, bu şahısların elinde bulunan ve marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünlere el konulmasında herhangi bir hukuki engel yoktur. Bu sebeple, kanunun bu hükmü, sadece cezai boyutuyla değerlendirilmeli, hukuki anlamda ürünlere el konulmasının önünde hiçbir engel olmayacak şekilde yorumlanmalıdır.

KHK md. 62(c) uyarınca üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşyayı üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara da el konulabilir<sup>214</sup>. Bu

---

<sup>212</sup> Güneş, s.192.

<sup>213</sup> Aydın, Hüseyin: Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara, 2003, s.84.

<sup>214</sup> . Arkan, C.II, s.235, Meran, s.390.

hüküm uyarınca, özellikle taklit markanın basılması amacıyla hazırlanmış damga, kalıp ve klişelere el konulabileceği açıktır<sup>215</sup>. Yargıtay “...davalının imalatçı olduğu kanıtlanmadığı halde mahkemece, ürünlerin cihazın imalinde kullanılan kalıpların toplatılması şeklinde karar verilmesi doğru görülememiştir...” şeklinde verdiği karar ile, tecavüze konu malı üretmeye yaradığı ispatlanamadığı sürece, bu vasıtalara el konulamayacağını belirtmektedir<sup>216</sup>.

Taklit markalı malların yanında başka malların üretiminde de kullanılan (çok amaçlı) araç ve makinelere, KHK md. 61(c) gereğince el konulabilir mi? **Arkan**' a göre, Anayasa Mahkemesi, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'dan önce yürürlükte olan İhtira Beratı Kanunu'nun, taklit olunduğu anlaşılan eşyanın üretimine ilişkin alet ve edevatın zoralımını öngören 50.maddesinin, Anayasa'ya (md.35, 48, 49) aykırı olduğu iddiasıyla açılan bir davada, söz konusu 50.maddeyle güdülen amacın, haksız rekabetin önlenmesi yanında buluşların özendirilmesi, buluş yapanların korunması yoluyla kamu yararını sağlamak olduğunu belirttikten sonra çok amaçlı ve çok işlemlili olup taklit edilen eşya yanında başka maddelerin de üretimini yapan ya da üretiminde kullanılan makine ve tezgâhların 50.maddenin kapsamı dışında kaldığını, bu maddenin, özel olarak taklit edilmek suretiyle haksız rekabete konu olan eşyanın yapımına mahsus alet ve edevatın zoralımını ve berat sahibine verilmesini öngördüğünü ifade etmiş ve Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. Yine, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK'nın 137/1, c maddesinde de, patentten doğan haklara tecavüz suretiyle üretilen ürünlere ve bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araçlara el konulmasından söz edildiğini, bu anlamda "doğrudan doğruya kullanılan araç" ibaresi, münhasıran tecavüzü oluşturan üretimde kullanılan araçları ifade ettiğini, 556 sayılı KHK 62(c)'de, bu ibareye yer verilmemiş olmakla birlikte, yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararının ışığı altında, sadece taklit markayı taşıyan malların, etiketlerin, iş evrakının üretimi için özel olarak kurulmuş makine ve cihazlara el konulması istenebileceğini ortaya koymuştur<sup>217</sup>. Taklit olunan marka yanında, başka eşyanın üretiminde kullanılan cihaz, makine, kalıp....vs var ise, bu

---

<sup>215</sup> **Arkan**, C.II, s.235.

<sup>216</sup> Yarg.11. HD. T.24.01.2006, E.2005/542, K.2006/481 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları )

<sup>217</sup> **Arkan**, C.II, s.235-236.

eşyalar kural olarak KHK 61, (c)'nin kapsamına girmemelidir. Ancak, örneğin bir baskı makinesi, münhasıran taklit markalı malların üretimi için kullanılmışsa, bu makineye el konulmasına, bunun, gelecekte başka malların üretimi için de kullanılabilir olmasına dayanılarak karşı çıkılmamalıdır<sup>218</sup>.

5833 sayılı kanun ile değişik KHK 61/A maddesinin, el koyma müessesinin dışında kalan diğer boyutları yani salt cezai boyutları, çalışmamızın ileriki aşamalarında ayrıca irdeleneceği için, bu noktada daha fazla irdelenme gereği duyulmamıştır.

### C. El Konulan Ürün Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması

Marka sahibi, marka hakkına tecavüz dolayısıyla, KHK md. 61/c uyarınca el konulan ürünler üzerinde, KHK md. 62/d bendine göre kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir<sup>219</sup>.

Yargıtay Y.11.HD. E.1996/768 – K.1996/1151 sayılı kararı ile, el konulan ürünlerin imha veya başkaca işleme tabi tutulmasına karşın, mülkiyet hakkı tanınmasının daha makul olduğuna dair içtihat geliştirmiştir<sup>220</sup>. Böylece, Yargıtay, bu hükmün uygulanmasını gerek marka sahibi ve gerekse ekonomik yönden daha yerinde bulmuştur.

KHK md. 62/c de “eşya” kavramı kullanılmış olduğu için, her ne kadar, marka hakkına tecavüz teşkil eden eşya veya eşyayı üretmeye yarayan araç ve makinelere el konulabilmekte ise de, KHK md. 62/d bendinde "ürün'ler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasından söz edildiğinden, eşyayı üretmeyi yarayan araç ve makineler, bu hükmün kapsamına girmez<sup>221</sup>. Bu sebeple, marka hakkına tecavüz teşkil eden eşyanın yapımında kullanılan ve hakkında el koyma kararı verilmiş olan araç ve makineler hakkında, mülkiyet hakkının marka sahibine geçmesine dair karar tesis edilemez.

Marka sahibinin, el konulan ürünlerin üzerinde mülkiyet hakkı tesisine yönelik talebi üzerine, mahkemece aynı doğrultuda karar verilmesi halinde,

<sup>218</sup> **Arkan**, C.II, s.236.

<sup>219</sup> **Battal**, Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, s.28, **Camcı**, s.150, **Meran**, s.391.

<sup>220</sup> **Camcı**, s.150.

<sup>221</sup> **Arkan**, C.II, s.236.



devredilen bu ürünlerin değeri tazminat miktarından düşülür<sup>222</sup>. Bu indirim, tazminatın belirlenmesinde uygulanan denkleştirme ilkesinin bir görünümüdür<sup>223</sup> Eşyanın değeri kabul edilen tazminat miktarını aşarsa, marka sahibinin aşan kısmı faile ödemesi gerekir (KHK md. 62, d).

**Arkan**, mülkiyet hakkı tanınması yolundaki talebin, ancak tazminat talebi ile birlikte yapılabileceğini, ancak KHK md. 62'de sayılan taleplerin birbirinden bağımsız olduğu gerekçesiyle, bu hususun eleştiriyeye açık olduğunu vurgulamıştır<sup>224</sup>.

**Tekinalp**, KHK md. 62/ d bendinin lafzi yorumundan, bu hükmün uygulanabilmesi için, KHK md. 62/c bendine göre önceden talepte bulunulmuş olması gerektiği gibi bir anlam ortaya çıktığını, yani (d) bendine göre talepte bulunmak için, (c) bendinin ön şart gibi gözüktüğünü, oysa her iki talebin aynı anda yapılabileceğini vurgulamıştır. **Yasaman'** a göre ise, marka sahibinin (d) bendine dair talebi söz konusu olacak ise el koyma ve mülkiyet hakkının kendisine verilmesin yani (c) ve (d) bentlerini aynı anda ileri sürmesi zorunluluktur. Zira hükmüm metninde de açıkça yazdığı üzere, mülkiyeti davacıya devredilecek ürünler, (c) bendine göre el konulan ürünlerdir. El koyma işlemi sona erdiği anda, mülkiyet hakkı da sona erecektir. Bu sebeple, (c) bendine göre el koyma talebinde bulunmadan, (d) bendine göre mülkiyet hakkı tanınması talep edilemez<sup>225</sup>.

Marka sahibi, şartların bulunması halinde aynı davada, KHK 62. maddesindeki diğer talepler hakkında da birlikte istekte bulunabilir<sup>226</sup>.

#### **D. Marka Hakkına Tecavüzün Devamını Engellemek Üzere Diğer Tedbirlerin Alınması, Markaların Silinmesi, Ürün ve Araçların İmhası**

Marka sahibi, KHK md.62/e uyarınca, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere gerekli tedbirlerin alınmasını, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el konulan ürün ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesini veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi açısından kaçınılmaz ise bunların imhasını da talep

<sup>222</sup> **Arkan**, C.II, s.236.

<sup>223</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1136.

<sup>224</sup> **Arkan**, C.II, s.236.

<sup>225</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1137.

<sup>226</sup> **Tekinalp**, s.474-475.

edebilir<sup>227</sup>. **Arkan**, bu çerçevede alınacak tedbirler arasında el konulan ürünlerin mülkiyetinin marka sahibine devri de yer aldığını, dolayısıyla, mülkiyet hakkı tanınmasını öngören (d) bendine ayrıca hiç yer verilmeyip, bu hususun (e) bendi içinde hükme bağlanmasının daha uygun olacağı düşüncesindedir<sup>228</sup>.

Marka sahibinin, tecavüz teşkil eden ürün ya da araç üzerindeki markanın silinmesini ya da açık olarak imhasını istemesi gereklidir. Tecavüzün önlenmesi istenilmiş ama tedbir isteğinde bulunulmamışsa mahkeme tedbiri re'sen belirleyemez, markanın silinmesine veya imhasına karar veremez. Böyle bir durumda, mahkemenin kararı sonuçların ortadan kaldırılmasına değil, sadece tecavüzün durdurulmasına yönelik olabilir<sup>229</sup>.

Yargıtay, marka hakkına tecavüzün varlığını tespit edildikten sonra, tecavüze konu ürün veya araçlara fiili olarak el koyulmuş olsun veya olmasın, bu ürün veya araçların imhasına karar verilebileceğine kabul etmektedir<sup>230</sup>.

KHK md. 62 (e) kaynağını, TRIPs (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması) den almaktadır<sup>231</sup>. TRIPs md.. 41'de, fikrî haklara tecavüz tehlikesine karşı üye devletlerin etkin önlem almaları gereği vurgulanmış ve üye devletlerin kendi kanunlarında yer vermeleri gereken tedbirler sıralanmıştır. Bu doğrultuda, TRIPs md. 46' da mahkemelerin, tecavüzü etkin biçimde önleyebilmek için tecavüze neden olduğu tesbit edilen malların herhangi bir karşılık ödenmeden, hak sahibinin zarar görmesini önleyecek şekilde ticaret kanalları dışına çıkarılmasına veya mevcut anayasal koşullara aykırı olmadığı takdirde imha edilmesine karar verebilecekleri gösterilmiştir. Bu tür talepler değerlendirilirken, tecavüzün ağırlığı ile hüküm altına alınacak telafi yönteminin uygunluk içinde olmasına özen gösterilecek ve üçüncü kişinin çıkarları da dikkate alınacaktır. Sahte marka taşıyan mallarda ise, istisnaî durumlar dışında, malların ticaret alanına girişine izin vermek için sadece kanuna aykırı markanın sökülmesi yeterli olmayacaktır. Böylece, sökülen markanın kısa bir süre sonra tekrar (mütecavizin elinde bırakılan) mallar üzerine konularak, bu

<sup>227</sup>. **Arkan**, C.II, s.237, **Baştuğ/Erdem**, s.123, **Battal**, Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, s.28, **Camcı**, s.150, **Meran**, s.391.

<sup>228</sup> **Arkan**, C.II, s.237.

<sup>229</sup> **Meran**, s.391.

<sup>230</sup> Yarg. 11.HD. T.30.01.2003, E.2002/8532, K.2003/920.

<sup>231</sup> **Arkan**, C.II, s.237, **Meran**, s.391, **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1137.

malların piyasaya sürülmesi engellenmiş olacaktır<sup>232</sup>.

KHK md. 62 (e), imhadan önce bazı tedbirlerin alınabileceğini düzenlemiştir. Mahkemece hüküm altına alınacak tedbirler, TRIPS'in 46.maddesinde gösterilen ilkelere göre değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, tedbirin, tecavüzü önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması yanında tecavüzün ağırlığı ile uygunluk içinde olmasına da dikkat edilmelidir<sup>233</sup>. Yani ölçülülük ilkesine uygun davranılmalıdır<sup>234</sup>. Buna göre, taklit markanın mal üzerinden kaldırılması, silinmesi veya kazınması suretiyle mümkün ise, malların imhasına karar verilemez<sup>235</sup>. Örneğin, taklit markanın sadece ambalajda kullanılması halinde, ambalajın imhası yeterli ve gerekli olup, ayrıca malın da imhasına karar verilmemesi gerekir. Ancak, sadece taklit markanın mal üzerinden kaldırılması, sökülmesi, malların orijinal mallar ile benzerliğini ortadan kaldırmaya yetmiyorsa, malların imhasına karar verilmelidir<sup>236</sup>.

Yargıtay bir kararında, sadece ambalaja el koymak yerine, içindeki malın da toplattırılmasının, aşırı bir yaptırım olduğunu ve dolayısıyla bu durumda ölçülülük ilkesine uyulmadığı şeklinde bir yorum getirmiştir<sup>237</sup>.

Yargıtay “.....davacı taraf markalarına yönelik tecavüzün önlenmesi için davalılar elinde bulunan ürünler üzerindeki markanın silinmesine, mümkün olmaması halinde imhasına....” şeklindeki başka bir kararında da, ölçülülük ilkesi ile aynı paralelde olacak şekilde terditli bir karar vermiştir<sup>238</sup>.

Tecavüz ne kadar ağır olursa olsun önce taklit markanın mal üzerinden sökülmesi, kazınmasının söz konusu olup olmayacağı araştırılmalıdır. Dolayısıyla tecavüz nedeniyle malın imhası, en son başvurulacak tedbir olmaktadır. Bu yönüyle KHK md. 62 (e) nin, TRIPS hükümleri (md.46) ile tam bir uyum içinde olduğunu söylemek zordur<sup>239</sup>. Yalnız Yargıtay uygulamalarında taklit ürünlerdeki markanın silinmesinin mümkün olması halinde, imhasına karar verilemeyeceğine

---

<sup>232</sup> Arkan, C.II, s.237.

<sup>233</sup> Arkan, C.II, s.238.

<sup>234</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1137.

<sup>235</sup> Meran, s.39, Tekinalp, s.475.

<sup>236</sup> Arkan, C.II, s.238.

<sup>237</sup> Yarg. 11. HD. T.28.11.2002, E.2002/7205, K.2002/10668(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>238</sup> Yarg. 11. HD. T.20.02.2007, E.2005/11912, E.2007/3207(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>239</sup> Arkan, C.II, s.238.

hükmetmektedir<sup>240</sup>.

Markaya tecavüz halinde malların imha edilmesinin, tecavüzün sonuçlarını tamamen ortadan kaldırarak aynı konuda yeniden tecavüze girişilmesi tehlikesini bertaraf ettiği, dolayısıyla bu yolun sadece somut olaydaki marka sahibinin haklarını koruyucu nitelikte olduğu düşünülebilirse de, bunun, aslında marka korsanlığını önlemeye yönelik genel bir tedbir niteliğinde olduğu da ayrıca dikkate alınmalıdır<sup>241</sup>.

Taklit malı üretmeye yarayan makinelerin imhası da KHK md. 62 (e) kapsamında değerlendirilmektedir<sup>242</sup>. Bunun yanında, gümrüklerde durdurulan eşyanın imhası da yine md. 62 (e) hükmüne dayanılarak gerçekleştirilmektedir. Gümrük Yönetmeliği md.111/a hükmüne göre, mahkemece imhasına karar verilen mal, masrafları eşya sahibine ait olmak üzere imha edilir.

İmha kararının verilmesi halinde imhanın gerektirdiği masraflar, mütecaviz tarafından karşılanır. İmha kararının verilebilmesi için mütecavizin kusurlu olmasına gerek yoktur. Taklit markayı taşıyan malları kendi kişisel ihtiyacı için elde bulundurma da, tecavüz oluşturmayacağından, tüketicilerin elinde bulunan malların imhasına da karar verilemez.

KHK'nın 62(e) maddesi çerçevesinde, münhasıran taklit markayı üretmek için kurulmuş makine ve cihazların imhası da istenebilir<sup>243</sup>.

#### **E. Tecavüzün Giderilmesi Davası**

556 sayılı KHK'nın 62 (b) maddesine göre, marka hakkının tecavüze uğraması halinde tecavüzün giderilmesi ve maddî-manevî zararların tazmini de istenebilir.

Tecavüzün giderilmesi davası, tecavüz ile ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılması amacına yöneliktir<sup>244</sup>. Yani marka hakkına tecavüz edilmeden önceki halin iadesi amaçlanmıştır<sup>245</sup>. Giderim ve durdurma talepleri çoğunlukla birbirine

---

<sup>240</sup> Yarg. 11.HD. T.15.01.2007, E.2005/13597, K.2007/187 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>241</sup> **Arkan**, C.II, s.238.

<sup>242</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1138.

<sup>243</sup> **Arkan**, C.II, s.239.

<sup>244</sup> **Meran**, s.372, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1123.

<sup>245</sup> **Baştuğ/Erdem**, s.123.

karıştırılmaktadır. Bu iki talebi birbirinden ayıran fark şöyle özetlenebilir; giderim talebi tecavüzün son bulmasından sonra ortaya çıkmış olan sonuçları bertaraf etmeye yönelik olup, durdurma talebi ise halihazırda devam eden eylemleri sonlandırmaya yöneliktir. Örneğin, marka hakkına tecavüz eden bir ürünün, bir fuarda sergilenmesinin önlenmesi veya sergilenir iken bu eylemin sona erdirilmesi, ürünün sergiden çıkarılması *tecavüzün durdurulması*, sergilenen eşyaya ilişkin katalogdaki işaretin kaldırılması veya işaretin üstünün kapatılması ise *tecavüzün giderilmesidir*<sup>246</sup>.

**Arkan**' a göre, KHK md. 62 (b) hükmünde, tecavüzün giderilmesi ile birlikte tazminat davasından da söz edilmesi isabetli olmamıştır. Zira, tecavüzün giderilmesi davası, tazminat istemini içermez; bu davanın konusu tecavüzün maddî sonuçlarının ortadan kaldırılması ve bu bağlamda KHK 62'nin (c)-(e) bentlerinde gösterilen hususların karara bağlanmasıdır. Dolayısıyla (b) bendinde, tecavüzün giderilmesinden hiç söz edilmeden sadece tazminat davasının açılabilceğinin belirtilmesi daha uygun olurdu<sup>247</sup>.

**Yasaman**' a göre ise, KHK md. 62 (c) - (d) hükümleri, giderim taleplerinin yani KHK md. 62 (b) hükmünün özel olarak düzenlenmesinden ibarettir. Zira bu bentlerde belirlenen talepler, tecavüzün sona ermesine rağmen gelecekte devam etmemesine ya da tekrarlanmamasına yöneliktir KHK md. 62 aynı amaç doğrultusunda (e) ve (f) bentlerini de düzenlemiştir. Bu sebeple, KHK md. 62 (b) bendinin, gerek KHK md. 62 (c) ve (d) bentleri ile gerekse (e) ve (f) bentlerinde yer alan, tecavüzün maddî sonuçlarının ortadan kaldırılması ve tecavüzün gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanılmış eşyanın, tecavüzün tekrarlanmamasına yönelik olarak tecavüz edenin mülkiyetinden çıkarılması taleplerinden daha geniş bir etki alanına sahiptir<sup>248</sup>.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden bazı olaylarda, KHK md. 62 (c) - (f) bentlerine denk düşecek şekilde bir el koyma, mülkiyet hakkının tanınması veya imha gibi bir yaptırım uygulanması ihtimali ortaya çıkmayabilir. Yani tecavüzün giderilmesi ile ortadan kaldırılması istenecek sonuçlar, her somut olaya göre değişir.

---

<sup>246</sup> **Tekinalp**, s.461.

<sup>247</sup> **Arkan**, C.II, s.240.

<sup>248</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1123.

Zira her bir tecavüz fiili değişik şekillerde gerçekleşebilir. Önemli olan, tecavüzün gerçekleşmesi ve sonuçlarının doğmasıdır. Mesela, tescilli bir markanın KHK md. 61 atfı ile md. 9' a aykırı olacak şekilde, ticaret ünvanında ya da işletme adında kullanılması halinde, sahibine inhisari hak veren işletme adı veya ticaret ünvanının da terkinin gerekebilir. Bu durum özellikle, ticaret ünvanının markasal olarak kullanılmayacak olsa dahi karıştırma ihtimalinin varlığı halinde söz konusu olacaktır. İş de bu noktada, KHK md. 62 (b) gereğince, ticaret ünvanının ya da işletme adının terkinin talepleri de söz konusu olabilecektir. Örneğin “GS” markasının, spor salonu işleten bir şirketin ticaret ünvanının esas unsurlu ibaresi olması halinde, durum böyledir.

Tecavüzün giderilmesine dair talep, çoğunlukla tecavüzün gerçekleşmesinde rol oynayan araçların kullanılmaması hale getirilmesi veya düzeltilmesidir. Bu noktada, giderim talebi ile haksız rekabet müessesesindeki eski hale iade talebinin örtüştüğü ifade edilmektedir<sup>249</sup>. Örneğin markayı haksız olarak kullanan kişilerin reklamdan faydalanması halinde, bu reklamda bulunan beyan veya ifadelerin kaldırılmadı veya düzeltilmesi talebi, eski hale iade talebini konusunu oluşturur.

O halde, KHK md. 62 (b) bakımından tecavüzün giderilmesi talebi, bir işletme adının, bir ticaret ünvanının ya da bir internet alan adının terkinin taleplerini de kapsamaktadır<sup>250</sup>.

KHK md. 62 (b) çerçevesinde giderim talebinde bulunulabilmesi için, marka hakkına tecavüz eden kişinin kusurlu olması şart değildir<sup>251</sup>. Buna karşın, KHK md. 61/c hükmünde sayılan kişilerin tecavüz faili olabilmelerinin koşulu, markanın taklit olduğunu bilmeleri veya bilmelerinin gerekmesi, buna bağlı olarak kusurlu hareket etmiş olmalarıdır<sup>252</sup>.

---

<sup>249</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1126.

<sup>250</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1124-1125.

<sup>251</sup> **Tekinalp**, s.461.

<sup>252</sup> **Arkan**, C.II, s.234, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1126.

## **F.Maddi –Manevi Tazminat Davası**

### **a-Genel Olarak**

Marka hakkına tecavüz nedeniyle, marka sahibinin maddi ve manevi tazminat talep edebileceğine dair düzenleme, 556 sayılı KHK md. 62/b maddesinde yer almaktadır. Yine tazminat talebine ilişkin, aynı doğrultuda, KHK md. 64' te de açık hüküm vardır.

KHK md. 65' te, marka sahibinin, iş bu tazminat davasında, zarar miktarını belirleyebilmek için, tecavüz edenden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri talep edebileceği, md. 66' da yoksun kalınan kazanç, md.67' de yoksun kalınan kazancın artırılması ve md.68' te ise markanın itibarının zarara uğraması nedeniyle ayrıca tazminat edilebileceğine dair hükümler bulunmaktadır.

Tecavüz nedeniyle tazminat talep etme hakkı, marka sahibine aittir. KHK' ya göre, markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayımı tarihi itibariyle hüküm ifade eder. (KHK md.9/III, 1.cümle).

Ancak, marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle, başvuru sahibi tazminat davası açmaya yetkilidir. (KHK 9/III, 2. cümle). Yalnız mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.(KHK md.9/III, son cümle)

KHK md. 9/III e göre, markanın sağladığı haklardan faydalanabilmek için, marka tescilinin ilan edilmiş olması gerekmektedir. Yani salt marka başvurusu, kişiye ilgili davaları açma yetkisi vermemektedir. Yalnız, kanun koyucu md.9/III, 2. cümlesi ile, bu genel kuralına bir istisnai durum öngörerek, markaya tecavüz halinde tazminat talep edebilmek için, söz konusu marka başvurusunun, marka bülteninde yayınlanmış olmasını yeterli görmekte, ayrıca marka tescilinin ilanını şart koşmamaktadır. Durum böyle olmakla beraber, mahkemenin bu hususa ilişkin hüküm verebilmesi için, davaya konu markanın tescilinin ilanını beklemesi gerektiğini de ayrıca düzenlemiştir.

Dava açmaya yetkili kişiler hususu, ileriki bölümlerde daha ayrıntılı olarak irdelenecektir.

## **b-Tazminat Davası-Kusur İlişkisi**

KHK md. 62/ b de, marka hakkına tecavüz teşkil eden hukuka aykırı fiillerden doğan zararların giderilmesi, maddi ve manevi tazminat talep edilebileceği düzenlenmiştir.

Yine KHK' nın "Tazminat" başlığını taşıyan 64.maddesinde ise, şu hükme yer verilmiştir: "*Marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticarî amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.*"

*Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavülden kendini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür" .*

KHK md.62/b' de düzenlenen maddi tazminatın, "tazminat" başlıklı KHK md.64' te belirtilen tazminattan farklı olduğunu düşünen yazarlar vardır<sup>253</sup>. Bu görüşün gerekçesi olarak da, 64. maddede "taklit marka" kavramının kullanılmış olması gösterilmektedir. **Yasaman** ise, burada farklı hükümlerin varlığından ziyade, KHK md. 64/1' in, KHK md. 62/b' nin tekrarı niteliğinde olduğunu belirtmiştir<sup>254</sup>.

Marka hakkına tecavüz özünde bir haksız fiil oluşturduğundan<sup>255</sup>, KHK md. 62/b hükmü çerçevesinde tazminat istenebilmesi için mütecevizin kusurunun bulunmasının gereklidir. Bu husus doktrinde oy birliği ile savunulmaktadır<sup>256</sup>. Nitekim, haksız rekabet halinde açılacak tazminat davası dolayısıyla da kusur şartından açıkça söz edilmiştir (TTK 58/1, d).

Buna karşın, "tazminat" başlıklı md.64.uyarınca tazminat sorumluluğu bakımından kusur gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. **Tekinalp**, taklit markanın kullanılmasından doğan tazminat talebini düzenleyen 64. maddenin ilk

<sup>253</sup> **Tekinalp**, s.422.

<sup>254</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II,s.1126.

<sup>255</sup> **Arkan**, C.II, s.240.

<sup>256</sup> **Baştuğ/Erdem**, s.123, **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.307, dpn.388., **Tekinalp**, s.462, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1126-1127.



fikrasında kusurdan bahsedilmemesi, ancak ikinci fıkrada açıkça kusurdan söz edilmesi karşısında, anılan madde hükmünde bir kusursuz sorumluluk olduğu görüşündedir<sup>257</sup>. **Meran** da, Tekinalp ile aynı doğrultuda düşünerek, KHK 64/I de bir kusursuz sorumluluk hali olduğunu düşünmektedir<sup>258</sup>. **Dirikkan**, md.64/I' de düzenlenen maddi tazminatın kusurlu sorumluluk esasına dayalı olarak düzenlediğini kabul etmektedir<sup>259</sup>. Bunun gerekçesi olarak ise, md.64/I de sayılan kişilerin, işledikleri fiillerin niteliği gereği kusurlu olmalarının varsayılması olarak ortaya koymuştur. Yine yazar buna ek olarak, davalının kusursuzluğunu ispatlaması kaydıyla, tazminat yükümlülüğünden kurtulabileceği yönünde düzenleme yapılmak istendiğini belirtmiştir. **Yasaman** da, KHK md. 64' ün bir kusurlu sorumluluk hali düzenlediği kanaatindedir<sup>260</sup>.

**Arkan** ise, KHK md. 64'ün bir kusursuz sorumluluk hali düzenlemek bakımından yeterli açıklığa sahip olmadığını ve burada bir kusurlu sorumluluk durumu olduğu fikrindedir<sup>261</sup>. Arkan bu görüşünün gerekçesini ise şu şekilde izah etmektedir. KHK' nin 64.maddesinin I.fikrasında kusurdan söz edilmemiş olmasını, bu fıkrada sözü edilen kişilerin kusurlu olmasalar dahi tazminat ödemekle yükümlü tutulabilecekleri anlamında yorumlanması, bazı nedenlerle uygun olmaz. Söz konusu hükümde, öncelikle markayı taklit eden kişinin (ilk fail) durumu, değişik aşamalar (taklit markayı taşıyan malları üretme/bunları satma, dağıtma, veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirme, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya onaya tabi tutma, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarma) içinde ele alınarak düzenlenmiştir. Bir işareti marka olarak kullanmayı düşünen kişinin, ilk iş olarak, bu işaretin kullanılmasının başkalarının marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağını araştırması gerekir. Durumun özelliklerinin gerektirdiği bu araştırmaları yapmadan işareti marka olarak kullanmaya başlayan kişinin, kusurlu davranmış olduğu kabul edilir. Piyasada tanınmış olan bir markanın aynısının ya da benzerinin kullanılması halinde ise, fail ağır kusurlu sayılır. Dolayısıyla taklit markayı taşıyan malları, üreten,

---

<sup>257</sup> **Tekinalp**, C.II, s.462.

<sup>258</sup> **Meran**, s.373.

<sup>259</sup> **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.307, dpn. 388,

<sup>260</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1127-1128.

<sup>261</sup> **Arkan**, C.II, s.240.

satan kişinin (ilk fail) kusurlu hareket etmiş olması asıldır<sup>262</sup>. Ancak gerekli araştırmanın yapılmış olduğunun ispatı, failin, kusurlu davranmadığını gösterir. Açıklanan bu durum nedeniyle, KHK md. 64/I' de, ayrıca kusurdan söz edilmesine gerek duyulmamıştır. KHK md. 64/I' in kapsamına, taklit markayı taşıyan malları, (ilk failden) iktisap ettikten sonra satışa sunan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran, bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştiren, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya onaya tabi tutan ya da ticarî amaçla elinde bulunduran kişiler de girer. Bu kişilerin, marka hakkına tecavüz etmiş sayılabilmeleri için markanın taklit edilmiş olduğunu bilmeleri ya da bilmelerinin gerekli olması gerekir (KHK md. 61, c). Bu sebeple, KHK md. 64/I' de kusursuz sorumluluğun öngörüldüğü kabul edilecek olursa, söz konusu kişiler, ortada marka hakkına tecavüz oluşturan bir davranış - hukuka aykırı bir fiil- bulunmasa bile tazminat ödemeye mahkûm edilebileceklerdir. Bu sonucu kabul etmeye imkân yoktur<sup>263</sup>.

Yine yazara göre, haksız fiiller alanında kusursuz sorumluluğun, istisnaî bir durum olduğu ve ancak bu hususu öngören açık bir düzenleme ile getirilebileceği de, gözden uzak tutulmamalıdır.

Kanaatimizce de, KHK md. 64/I açısından kusur şartı aranmalıdır. Zira, KHK md.61 (b) “ *Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” şeklinde, KHK md.61 (c) ise, “ *Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak*” şeklinde düzenlenmiştir. İşte bu, KHK md. 61. (b) ve (c)' de belirtilen “*taklit*” kavramları, HK md. 64' te geçen “*taklit*” kavramı olup, bu sebeple KHK md. 61 (b) ve (c) bentlerindeki markaya tecavüz fiillerinin yaptırımı olarak KHK md.64/I düzenlenmiştir. KHK md. 61. (b) ve (c) bentleri ise, yalnızca kusurlu olarak gerçekleştirilebilen tecavüz halleri olduğu için, KHK md.64/I' de ancak kusur söz

---

<sup>262</sup> **Dirikkan,** Tanınmış Markanın Korunması, s.307.dpn.388, **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel,** C.II, s.1128.

<sup>263</sup> **Arkan,** C.II, s.241-242.

konusu ise uygulanabilir<sup>264</sup>. Eğer KHK md.64/I' de kusur şartı aranmayacağını kabul eder isek, KHK md. 61 (a) ve (c) bendinin koşulları oluşmayacaktır<sup>265</sup>.

Yalnız doktrinde, KHK md. 61' de belirtilen “taklit” kavramının içeriği tartışmalıdır. **Arkan**, taklit marka kavramının KHK md. 61'in 9. maddeye yaptığı atıf ile karşılandığını, bu nedenle bu kavrama ayrıca yer verilmesinin yersiz olduğu görüşündedir<sup>266</sup>. **Tekinalp**, taklit marka ifadesi ile “markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin” kullanılmasının açıkça düzenlendiğini, bu durumda KHK md. 9' da düzenlenen hallerden birisi olmadığı kanaatindedir<sup>267</sup>.

Taklit marka kavramının içeriği konusunda hangi görüş tercih edilirse edilsin KHK md.64/I' in, KHK md.62 (b)' nin tekrarı olduğunun kabulü gerekir. Şöyle ki, 61. maddede genel olarak tecavüz fiilleri sayılmış, bu fiillerin yaptırımı olarak da 62. madde düzenlenmiş ve iş bu madde de maddi tazminata yer verilmiştir. 64. madde ise, bu genel düzenlemenin paralelinde, belirli bir tecavüz fiilinden doğan tazminat borcunu düzenlemektedir. Bu sebeple, KHK md. 62 (b)'nin yanında, KHK md. 64/I gereksiz bir tekrar olmuştur<sup>268</sup>. **Yasaman**' a göre, kanunkoyucu, bir markanın taklit edilmesinin, en az zarar verici türden bir tecavüz teşkil ettiğini dikkate alarak, bu madde ile marka sahibinin hakkının altını bir kez daha çizmek istemiştir<sup>269</sup>. Yine KHK md.64/I ' de yer alan “hukuka aykırılığı gidermek” ifadesi ile yaratılmak istenen durum, 62. maddenin kapsamında yer alan, tecavüzün durdurulması ve ortadan kaldırılmasına yönelik tüm talepler ile de sağlanabilecek boyuttadır. Bu sebeple de KHK md. 64/I' de düzenlenen tazminat yükümlülüğü, KHK md.62 (b)' nin gereksiz bir tekrarı olmuştur<sup>270</sup>.

KHK md.64/II ise, marka sahibinin koruma çemberini genişletilmesi amacına hizmet eden önemli bir düzenlemedir<sup>271</sup>. Söz konusu fıkra da “*Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep*

---

<sup>264</sup> **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.307, dpn.388.

<sup>265</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1128.

<sup>266</sup> **Arkan**, C.II, s.216.

<sup>267</sup> **Tekinalp**, s.462.

<sup>268</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1164.

<sup>269</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1164.

<sup>270</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1165.

<sup>271</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1165.

*etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür*” ifadesi kullanılmıştır. Bu maddede yer alan “kullanmakta olan kişi” kavramı ile son tüketici değil, taklit markayı taşıyan malları “bakımcı, tamirci, yapıcı, boyacı” gibi meslekleri gereği kullanan kişiler kastedilmiştir<sup>272</sup>. Burada KHK md. 61’ de öngörülmeyen bir tecavüz fiili ve faili düzenlenmiştir.<sup>273</sup> KHK md.64/II’ deki belirtilen kişiler, malı herhangi bir şekilde ticaret alanına çıkartmamakta, kendi mesleki kullanımları için elde bulundurmaktadırlar<sup>274</sup>. Bu nedenle, bu kişilerin sorumluluğunun ayrıca düzenlenmesi yerinde olmuştur.

KHK md.64/II hükmüne göre taklit malı kullanan kişiye karşı tazminat talep edilebilmesi için iki şarttan birisinin bulunması gerekmektedir.

Bunlardan ilk şart, marka sahibinin, taklit malı mesleği gereği elinde bulduran kişiye “*markanın varlığından ve tecavüzden haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi*” dir. Burada, marka sahibi tarafından, taklit malı mesleği gereği kullanan kişiye bildirimde bulunması kastedilmiştir. Bildirimin hangi şekilde yapılacağı metinde yer almadığı için her türlü yolla bu bildirim yapılabilir. Yalnız, ispat kolaylığı açısından bildirim yazılı ve özellikle noter vasıtası ile yapılması yerinde olur. Taklit markalı ürünü kullanan kişiye bildirim yapılarak markanın varlığından ve tecavüzden haberdar edilmiş ve yine aynı bildirim ile tecavüzü durdurması talep edilmiş olması hali, tazminatın kendiliğinden doğmasına neden olmaz. Bu noktada, tazminatın doğması için, bildirime rağmen taklit markalı malın kullanılmaya devam edilmiş olması gerekir<sup>275</sup>. Aksi halde, yani bildirimden sonra kullanıma son verilmiş olması halinde tazminat hakkı doğmaz.

Her ne kadar KHK md.64/II’ de, bildirim marka sahibi tarafından yapılması düzenlenmişse de, lisans alanın da gerektiğinde ihtarda bulunması mümkündür<sup>276</sup>. **Yasaman**’ a göre, inhisari lisans sahibi gibi, adi lisans sahibi de bu bildirimde bulunabilmelidir. Zira, adi lisans alanın gerek kendisinin, gerekse marka sahibinin haklarını koruyabilmesi açısından bu yetkinin kabulü zorunludur. Bu

<sup>272</sup> **Tekinalp**, s.462-463.

<sup>273</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1165.

<sup>274</sup> **Meran**, s.373.

<sup>275</sup> **Tekinalp**, s.465, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1166.

<sup>276</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1166.

bildirim yapılmadan tazminat davası açılmayacağından, hak kaybına sebebiyet vermemek adına, adi lisans alana kolaylık sağlanmalıdır. Kaldı ki, lisans alana ilişkin düzenlenmiş olan KHK md. 73, sadece lisans alanın dava açabilmesinin şartlarını düzenlemiştir. Madde metninde, iş bu bildirim yapamayacağına dair veya yapabilecek ise hangi şartlarda yapması gerektiğine dair bir hüküm yoktur. Bu durumda, lisans alanın, taklit markayı kullanana karşı KHK md.64/II' ye göre bildirimde bulunması için, KHK md.73' te düzenlenmiş olan ve lisans alanın dava açması bakımından yerine getirmesi gereken şartlar ile aynı şartlara tabi olduğu da netlikle ortaya konulamamaktadır. Bu sebeple, lisans alanın bildirim yetkisinin olduğunun kabulü gerekir. Yalnız, lisans alan bu bildirimden sonra ilgili tazminat davasını dava açmak isterse, yine KHK md.73'te belirlenmiş olan şartları tamamlaması gerekecektir<sup>277</sup>.

Taklit markalı malı mesleği gereği kullanan kişiye karşı dava açabilmenin ikinci şartı ise, taklit markalı malı kullanmanın “*kusurlu*” bir davranış teşkil etmesidir. Burada, markanın taklit edilmiş olduğunun bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi, kusur açısından yeterlidir. Kullanımın başka surette kusurlu olması ihtimali yoktur<sup>278</sup>. Örneğin bir otomobil tamircisinin, taklit markalı bir otomobil yağı kullanması halinde kusurlu kullanım, ya taklit markalı malın bu niteliğinin bilinmesi ya da son derece düşük fiyatla, olağan dışı bir kaynaktan tedarik edilmesi halinde markanın taklit olduğunun bilinebilecek olması ile gerçekleşir.

### **c- Maddî Tazminat**

KHK 66. maddesinin 1. fıkraya hükmüne göre, tecavüz nedeniyle marka sahibinin uğradığı zarar, fiilî zararın yanı sıra yoksun kalınan kazancı da kapsar<sup>279</sup>. Fiili zarar, malvarlığındaki aktiflerin azalması veya pasiflerin artması şeklinde kısaca tarif edilebilir<sup>280</sup>. Yoksun kalınan kazanç ise, marka hakkına tecavüz dolayısıyla

<sup>277</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1166.

<sup>278</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1167.

<sup>279</sup> Kayar, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006, s.234.

<sup>280</sup> Meran, s.374.

gelecekteki kazancın yahut kazanç ihtimalinin yitirilmesi anlamına gelir<sup>281</sup>.

**Yasaman'** a göre, bu durumda, KHK md.66 anlamında, marka sahibinin uğradığı zarar, ilke olarak, marka hakkına tecavüz edilmeseydi, ileride markanın kullanılması ile elde edeceği kazancın belirlenmesi ile somutlaştırılabilmektedir. Oysa ki, iktisadi anlamda, marka değeri ile markanın ayırdettiği ürünlerin değerinin ayrıştırılması çok zordur. Buna göre, markanın, ciro üzerindeki somut etkisi her zaman tam olarak anlaşılabilir. Bu zorluk gerek marka sahibinin zararı ve gerekse mütecevizin elde ettiği gelirin tespiti bakımından söz konusudur<sup>282</sup>.

KHK md. 66 da marka sahibinin uğradığı zarardan söz edilmiş olması, bazı koşulların varlığı halinde lisans alanın da, tecavüz nedeniyle tazminat davası açmaya yetkili kılındığı (KHK md. 73) gerçeği ile tam olarak örtüşmediği için, KHK md. 66 da sadece marka sahibinin uğradığı zarardan söz edilmesinin isabetli olmadığı söylenebilir. Dolayısıyla KHK md. 66'da "tazminat davası açmaya yetkili kişi"den söz edilmesi daha uygun olurdu. Nitekim KHK' nın "Yoksun Kalınan Kazancın Artırımı" başlıklı 67.maddesinde "marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi" ifadesi kullanılmış olup, bu ifade tarzı yerindedir<sup>283</sup>.

#### ***aa- Fiilî Zarar***

Fiili zarar, malvarlığının net durumunun zarargörenin iradesi dışında meydana gelen fiili azalmadır. Burada, zarar verici olay sonunda malvarlığının mevcut(net) miktarı ve değeri azalmaktadır<sup>284</sup>. Fiili zarar malvarlığının aktiflerinin azalması veya pasiflerinin artması biçiminde kısaca tarif edilebilir<sup>285</sup>. Doktrinde fiili zarara olumlu(müspet) zarar denilmektedir<sup>286</sup>.

Fiili kayıp için her türlü giderin yanında, markanın sahip olduğu pazarın karıştırılması, müşterilerin şaşırtılması veya yanıltılmasından doğan zarar da bu kavram içerisine girmelidir<sup>287</sup>. Markanın aynısının veya benzerinin benzer mal veya

<sup>281</sup> **Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000,s.499.

<sup>282</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1171.

<sup>283</sup> **Arkan**, C.II, s.244.

<sup>284</sup> **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Tıpkı 7. Baskı, Ankara 2001,s.493.

<sup>285</sup> **Meran**, s.374, **Oğuzman/Öz**, s.499.

<sup>286</sup> **Eren**, s.493.

<sup>287</sup> **Meran**, s.374.

hizmetler için kullanılması piyasada karışıklığa, yanlış anlamalara yol açabilir ve marka sahibi, durumu tüketicilere açıklamak için ek masraflara girişmek durumunda kalabilir. Örneğin marka sahibi, durumu açıklayıcı ilânlar yapmak, markasının zayıflayan ayırt etme gücünü güçlendirmek için yeni bir reklam kampanyasına girişmek zorunda kalabilir. Bu ilân ve reklamların gerektirdiği masraflar, pasifin artışı şeklinde ortaya çıkan fiilî zarar kalemini oluşturur<sup>288</sup>. Aynı şekilde, tecavüz fiilini izlemek, lüzumlu kanıtları toplamak ve savuşturmak için yapılan masraflar da, pasifin artışı şeklinde ortaya çıkan fiilî zarar kapsamındadır. Taklit markanın, kalitesiz mallarda kullanılması, orijinal markanın piyasadaki saygınlığına zarar vererek değerinin düşmesine neden olabilir. Marka sahibi, bu zararının da tazminini isteyebilir. (KHK md. 68).

Marka sahibinin, tecavüze uğrayan markasının ayırt ediciliğini sağlamak maksadıyla önceden yaptığı tanıtım ve pazarlama masrafları, araştırma ve geliştirme masrafları ise aktifin azalması şeklinde oluşan fiili zarara örnek olarak verilebilir<sup>289</sup>.

KHK md. 66' da, her ne kadar, marka sahibin uğradığı zarardan bahsedilmiş olsa da, lisans alanın da, markanın itibar kaybına uğraması nedeniyle zarar görmesi söz konusu olabilir.

Yine aynı şekilde, markanın tescili için başvuruda bulunan kişiye de, başvurunun yayımından sonra tazminat davası açma hakkı tanımıştır(KHK md. 9) Bu hükme dayanarak başvuru sahibi de, tecavüz nedeniyle uğradığı fiilî zararının karşılanmasını isteyebilir. Ancak mahkeme, başvuru sahibinin tazminat talebi hakkında tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.

Fiili kaybın değerinin belirlenmesinde BK md. 42 - 44 hükümleri kıyas yolu ile uygulanır. Tazminat mahkeme tarafından BK 43. maddesi hükmünce belirlenir<sup>290</sup>. Fiilin marka sahibine yararlar sağlaması halinde, denkleştirme yapılarak bu yararlar indirilir. Zarar ve yararın tespitinin mümkün olmaması halinde, mahkeme takdir yetkisini kullanır<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Arkan, C.II, s.244.

<sup>289</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1132.

<sup>290</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1131.

<sup>291</sup> Meran, s.374, Tekinalp, s.464, Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1131.

### **bb- Yoksun Kalınan Kazanç**

#### **aaa-Genel Olarak**

Marka hakkında tecavüzden kaynaklanan zararın belirlenmesinde zorluklar yaşanması ve akabinde mevcut zararların tümünün giderilememesi sonucu doğması kuvvetle muhtemeldir. Bu durumda, marka hakkına tecavüz eden kişinin elde ettiği menfaatten daha az miktarda tazminat ödemesi durumunu ortaya çıkaracaktır ki, bu durumun önüne geçmek isteyen kanun koyucu, yoksun kalınan kazancı da marka hakkı sahibinin uğradığı zarar kapsamına almıştır<sup>292</sup>.

Yoksun kalınan kar, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı (zararı) ifade eder<sup>293</sup>. Zarar, malvarlığında kesin olarak ya da büyük bir ihtimalle meydana gelebilecek bir artışın, kısmen veya tamamen önlenmesi yoluyla ortaya çıkmaktadır.

Marka hakkı tecavüze uğramış marka sahibi bu sebeple yoksun kaldığı zararı da talep edebilir.(KHK md.66) Yoksun kalınan kazanç, kural olarak, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre hesaplanması gerekir (KHK 66/II,a). Ancak, davacının uğradığı bu zarar miktarını ispat etmesinin çok zor ve hatta imkânsız olduğu; zararın BK 42/II uyarınca hakim tarafından tayin edilmesinin ise tatminkâr sonuçlar vermeyeceği ortadadır. Ayrıca sadece mağdurun uğradığı zararın tazmin edilmesinin, bu zarar miktarını aşan haksız rekabet kazancından failin yararlanmasına yol açacağı da görülmüştür. Bu nedenle, KHK md. 66/II(b) ve (c)'de ayrıca, yoksun kalınan kazancın zarar görenin seçimine bağlı olarak, failin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca ya da markanın bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanılması söz konusu olsaydı ödenmesi gereken lisans bedeline göre de hesaplanabileceği gösterilmiştir. Böylece failin; markayı, marka sahibinin izniyle kullanan kişiden (lisans alan) daha avantajlı duruma geçmesi de önlenmiş olmaktadır<sup>294</sup>.

---

<sup>292</sup> **Meran**, s.374.

<sup>293</sup> **Eren**, s.493.

<sup>294</sup> **Arkan**, C.II, s.245.



Yoksun kalınan kazancın varlığı her somut olaya göre değerlendirilmelidir. Nitekim Yargıtay, bir kararında, BP markası ile arasındaki lisans sözleşmesi sona ermesine rağmen BP markası adı altında satışlarına devam eden akaryakıt istasyonun eylemini marka hakkına tecavüz olarak kabul eden ve bu sebeple maddi ve manevi tazminata hükmetmesine rağmen yoksun kalınan kazanç talebini reddeden yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>295</sup>. Yargıtay, başka bir kararında da, yoksun kalınan kazanç miktarına ilişkin tazminat ödenmesine dair yerel mahkeme kararını onamıştır<sup>296</sup>.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına dair, KHK md.66/II' de belirlenmiş olan hesaplama usulleri söz konusudur. Bu hesaplama usulleri sınırlı sayıda olup, mahkemenin başka bir hesaplama tarzını dikkate alması mümkün değildir<sup>297</sup>.

Bu hesaplardan hangisinin tercih edileceğine davacı karar verecek olup<sup>298</sup>, davacı, KHK md.66/II' de düzenlenmiş olan hesaplama usullerinden hangisini tercih ettiğini açıkça ortaya koymalıdır<sup>299</sup>.

Yargıtay 11. HD. T. 04.10.2001, E.2001/5462, K.2001/7409 sayılı kararı ile “Esasen davacı taraf, maddi zarar istemini somut bir olgu ve nedene de dayandırmamıştır. Bu durumda, anılan yasal düzenlemeler uyarınca haksız rekabetin gerçekleştiği 26.03.1998-27.07.1998 tarihleri arasında davalının davacı markası ile üretilip sattığı ürünlerden dolayı elde ettiği net kar tutarı (1.665.809.327) liranın maddi tazminat ve takdir edilecek uygun miktar manevi tazminatın hüküm altına alınması gerekirken, yeterli ayrıntı ve hesaplamayı içeren bilirkişi raporunun denetime elverişli olmadığı ve davacı tarafın tazminat isteminin belirsizlik taşıdığı yolundaki yanlış nitelemelerle yazılı biçimde karar verilmesi doğru değildir” diyerek, davacı tarafından KHK md. 66/II (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen hesap usullerinden herhangi birisi tercih edilmemiş dahi olsa, mahkemenin (b) bendi uyarınca karar tesis etmesi yönünde görüş belirtmiştir.

Yargıtay 11. HD.T.07.03.2002, E.2001/19185, K.2002/2000 sayılı kararı ile ise, “Anılan karardaki maddesinde, yoksun kalınan kazancın istenme ve hesaplanma usulleri

<sup>295</sup> Yarg. 11. HD.T.13.01.2003, E.2002/7445, E.2003/76 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>296</sup> Yarg. 11.HD. T.29.01.207, E.2005/14007, K.2007/998(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>297</sup> **Tekinalp**, s.465.

<sup>298</sup> **Kayar**, 234.

<sup>299</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1172.

belirtilmektedir. Marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, tecavüz edenin elde ettiği kazanç veya lisans bedeli, yoksun kalınan kazanç olarak istenebilir. Mahkemenin yaptırdığı incelemede bilirkişiler, davacının zararının olmadığı yolunda yorumlanabilecek herhangi bir görüş bildirmemişler, tam aksine, haksız rekabetin yarattığı olumsuzlukların kurşlandırılmış değerlerinin tespiti için tarafların ticari defterleri üzerinde ayrıntılı inceleme yapılması gerektiğini belirtmişlerdir. Hal böyle olunca Mahkemece, davacının yoksun kalınan kazançta dair maddi tazminat isteminin açıklattırılması, bundan sonra ise, dosya içerisine gerekli belgeler getirtilerek, gerektiğinde kayıtları incelenmesi gereken şirket merkezinde uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken...” diyerek, davacı tarafından KHK md. 66/II (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen hesap usullerinden herhangi birisi tercih edilmemiş ise, mahkemece bu hususun açıklattırılması ve daha sonra bu tercih çerçevesinde hüküm tesis etmesi gerektiği yönünde görüş belirtmiştir.

Yasaman, Yargıtay’ın ikinci görüşünün yerinde olduğunu düşünmektedir<sup>300</sup>. Yargıtay bu doğrultuda başkaca kararlarda vermiştir<sup>301</sup>.

Kanaatimizce de Yargıtay’ın ikinci görüşü kabul edilmelidir. Zira, KHK md. 66/II “Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir.” şeklinde olup, maddenin bu metnindeki usullerden hangisinin uygulanması gerektiği yönündeki iradeyi, açıkça “marka sahibinin seçimine” bırakmıştır. Bu yüzden mahkeme, KHK md. 66/II deki bu hesap usullerinden herhangi birisini re’sen seçemez. Şayet davacının talebinde netlik yok ise, mahkemece davacıya tercihi açıklattırıldıktan sonra, hangi hesap usulünün seçildiği açıklığa kavuşturulmalı ve daha sonra hüküm tesis edilmelidir.

KHK md. 66/II (a), (b) ve (c) bentlerinde gösterilen hesaplama yöntemlerinden birini seçen davacı, sonradan bu seçiminden vazgeçerek, zararının KHK md. 66/II’de belirtilen diğer bir esasa göre hesaplanmasını istemesi mümkün olması gerekir<sup>302</sup>.

---

<sup>300</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1172-1173.

<sup>301</sup> Yarg. 11. HD. T.15.01.2007, E.2005/13597, K.2007/187, Yarg.11 HD. T.02.06.2005, E.2004/7923, K.2005/5758 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>302</sup> Arkan, C.II, s.245.

### **bbb- Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanma Yöntemleri**

KHK md. 66/II. Fıkrası “Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:

a) Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre,

b) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre,

c) Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre” şeklinde düzenlenerek, markası tecavüze uğrayan marka hakkı sahibine, açacağı tazminat davasında, yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasında şu yöntemlerden yararlanabileceği belirtilmiştir:

#### **i- Markanın kullanılması ile elde edilebilecek muhtemel gelire göre:**

KHK'nın 66/II(a) maddesi uyarınca tazminat davası açma hakkına sahip olan kişi, yoksun kaldığı kazancın, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı markanın kullanılması ile elde edilebileceği muhtemel gelire göre hesaplanmasını isteyebilir. Bu fıkrada haksız fiil hukukunun temel ilkelerinden biri dile getirilmiştir<sup>303</sup>. Tecavüz, vaki olmasaydı, marka sahibi hangi durumda olacak idiyse, o duruma getirilmesi, “denkleştirici adalet” kuralı olarak nitelendirilmekte ve marka sahibinin tecavüz öncesi duruma getirilmesi söz konusu olmaktadır<sup>304</sup>.

"Elde edilebilecek muhtemel gelir"in hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler de dikkate alınacaktır (KHK 66/111). **Arkan'** a göre, tescilli markanın koruma süresi on yıl olup, bu sürenin onar yıllık dönemler halinde yenilenmesi de mümkündür. Bu sebeple, tecavüz anında tescilli markanın koruma süresinin bitimine az bir süre

<sup>303</sup> Camcı, s.141.

<sup>304</sup> Camcı, s.141.

kalmış bile olsa, koruma süresinin yenilenecek olarak uzatılması söz konusu olabileceği için, muhtemel gelirin hesaplanmasında geçerlilik süresinin dikkate alınması pek isabetli olmamıştır<sup>305</sup>.

Elde edilebilecek muhtemel gelirin hesaplanması için, markanın, geliri etkileyecek diğer faktörlerden ayrıştırılması gerekir. Zira, gelir yalnız markanın kullanılması ile elde edilmez<sup>306</sup>. Gelir, mütecevizin işletmesinin kapasitesi, verimliliği, reklam gücü, pazarlama teknikleri ve diğer stratejileri gibi unsurlara bağlı olarak değişebilir. Bu hususlarında dikkate alınması gerekmektedir.

KHK md. 67' de, mahkemenin, ürünün satışında markanın ekonomik bakımından önemli bir katkısının bulunduğu kanısına vardığı hallerde, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar vereceği belirtilmiştir. Yani tanınmış markanın ekonomik önemi göz ardı edilmemiştir. Böylece markanın, tanınmış olması halinde ilgili malın sürümünün ve dolayısıyla sahibine sağlayacağı kazancın da fazla olacağı gerçeği vurgulanmış olmaktadır. **Arkan'** a göre, KHK md. 67/I' de ifade edilen bu husus, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında dikkate alınacak hususları gösteren KHK md. 66/III' ün bir tekrarı olmaktadır. Bu yönüyle KHK md. 67 gereksiz bir hükümdür<sup>307</sup>.

Tazminat davasının lisans alan tarafından açılması da mümkündür (bkz. KHK md. 73/1, III). Lisans, inhisarı ise aksi sözleşmede kararlaştırılmış olmadıkça, lisans alan, kendi adına tazminat davası açabilir (KHK md. 73/1) İnhisarı lisans sahibi kişinin isteyebileceği tazminat miktarı, kural olarak marka sahibinin talep edebileceği tazminata denk olacaktır. Zira, inhisarı lisans sözleşmesi yapan marka sahibi markayı kendi kullanamayacağı gibi üçüncü kişilere de aynı markaya ilişkin başka lisanslar veremez (KHK md. 21/II) Ancak bu tazminatın tayininde, verilen inhisarı lisansın belli bir bölge ile sınırlandırılmış olup olmadığına da dikkat etmek gerekir.

İnhisarı lisans sözleşmesinde lisans alanın kendi adına dava açamayacağına dair sözleşmede hüküm mevcut ise veya verilen lisans inhisarı nitelikte değilse,

---

<sup>305</sup> **Arkan**, C.II, s.245, dph.58.

<sup>306</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1173.

<sup>307</sup> **Arkan**, C.II, s.246.

lisans alan kural olarak kendi adına tazminat davası açamaz (KHK md. 73/1, son cümle). Ancak lisans veren, lisans alanın KHK md. 73/II' ye göre dava açılması hususunda yaptığı bildirimini kabul etmez ya da üç ay içinde dava açmazsa, lisans alan, kendi adına dava açabilecektir. (KHK md. 73/III). Lisans alan, bu dava ile sadece kendi uğradığı zararın tazminini isteyebilir. Yoksun kalınan kazanç miktarının hesaplanmasında, lisansa konu markanın ekonomik öneminin yanı sıra, lisansın süresi, (basit lisans halinde) aynı markaya ilişkin olarak aynı bölge içinde başkalarına lisans verilmiş olup olmadığı ve bu lisans sözleşmelerinin süresi de dikkate alınmalıdır<sup>308</sup>.

***ii- Mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre:***

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında ikinci tür hesaplama olarak, marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre belirlenmesi de istenebilir (KHK md. 66/II, b).

Bu hesaplamada, davacı, mütecavizin marka hakkına tecavüz etmesi nedeniyle elde etmiş olduğu haksız kazancın, kendisine verilmesini istemekte, böylece mütecaviz hiçbir kar elde edememiş yani marka hakkına tecavüzden beklediği menfaati sağlayamamış olmaktadır. Böylece hem mütecavizin herhangi bir kar etmesini önüne geçilmiş olmakta, hem de marka sahibinin, marka hakkından doğan maddi menfaati korunmuş olmaktadır. Bu yönüyle, bu hesaplama yöntemi, birinci hesaplama yöntemine göre, adalet ilkesine daha uygundur.

Tazminatın bu esasa göre belirlenmesini isteyen davacının markayı fiilen kullanma yoluyla kazanç elde edip etmeyeceğine bakılmaz. Bu sebeple, bu hesaplama yöntemi, marka sahibi açısından birinci yöntemle göre daha ideal bir yöntemdir. Zira, marka sahibi, markasını halihazırda kullanmıyor olsa dahi, mütecavizin fiili kullanımını nedeniyle maddi kazanç elde etmiş olmakta, sırf marka sahibi olması vesilesi ile maddi geliri söz konusu olmaktadır. Yalnız bu durumun da kendi içinde sakıncaları mevcuttur. Şöyle ki; bu davada, mütecaviz tacir ise tutması gerekli ticari defterlerin ve kayıtların incelenmesi ile elde ettiği gelir tespit

---

<sup>308</sup> Arkan, C.II, s.246.

edilebilecektir. Nitekim Yargıtay kararları da bu doğrultudadır<sup>309</sup>. Mütecaviz marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemini yani aldığı veya sattığı veya bir şekilde ticari alana sunduğu ürünleri şirket defter veya kayıtlarına yansıtılmamış olabilir veya fason şirketler aracılığıyla bu mallar ticari alana çıkarılıyor olabilir. Bu ve buna benzer durumların ticari hayatta söz konusu olabileceği muhakkaktır. İşte bu sakıncanın giderilmesi noktasında Yargıtay'ın vermiş önemli bir karar vardır. Bu kararda Yargıtay *“bu defter ve kayıtların incelenmesi ile mütecavizin gelir elde etmediği anlaşılmış olsa dahi, marka hakkına tecavüz olunması sebebiyle davacının zarar uğradığının sabit olduğunu ve bu sebeple BK. md.42 gereğince uygun bir maddi tazminata karar verilmesi”* gerektiğini belirtmiştir<sup>310</sup>. Yargıtay'ın bu kararı hakkaniyet ilkesine uygundur.

Bu hesaplama yönteminde, talep edilecek kazanç, mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği net gelirdir; bu nedenle davacının ödediği vergilerin kazanç miktarından düşülmesi gerekir<sup>311</sup>. Yalnız bu hükmün uygulanması büyük zorluklar içermektedir. Zira, mütecavizin cirosuna etki eden işletme faaliyeti, reklam, pazarlama teknikleri gibi marka dışındaki etkenlerin markadan ayrıştırılması gerekir<sup>312</sup>. Bu nedenle, bilirkişilerce şirket kayıt ve defterlerinin incelenerek, haksız olarak kullanılan ürünlerden elde edilen net karın hesaplanması gerekmektedir.

Yargıtay da, mütecavizin markanın haksız kullanması sonucu elde ettiği net kara göre tazminatın esas alınması gerektiğini düşünmektedir<sup>313</sup>

Yargıtay başka bir kararında da, markaya tecavüz yoluyla elde edilen gelire göre yapılacak tespit, tecavüze uğrayan markanın yabancı ülkedeki tescil tarihinin değil, Türkiye'deki tescil tarihinin esas alınmasını gerektiğini belirtmiştir<sup>314</sup>. Yargıtay'ın bu kararı, KHK'da belirtilen korumadan sadece tescilli markaların yararlanabileceği gerçeği ile örtüşmektedir.

<sup>309</sup> Yarg. 11.HD. T.13.03.2006, E.2005/2840, K.2006/2522(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>310</sup> Yarg. 11.HD. T.08.10.2007, E.2006/9700, K.2007/12510(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>311</sup> **Arkan**, C. II, s. 127, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1173.

<sup>312</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1174.

<sup>313</sup> Yarg. 11. HD. T.04.10.2001, E.2001/5462, K.2001/7409(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>314</sup> Yarg. 11. HD. T.21.03.2006, E.2005/790, K.2006/2934 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

### ***iii- Ödenmesi gereken lisans bedeline göre:***

Üçüncü hesaplama yöntemi ise, markanın bir lisans anlaşması gereğince hukuka uygun surette kullanılmış olması halinde ödenmesi gereken lisans bedeline göre hesaplanmasının da istenebilmesidir. (KHK md. 66/11, c). Bu hesaplama yöntemi, doktrinde “lisans örnekesmesi” olarak adlandırılmaktadır<sup>315</sup>. Bu hesaplama yöntemi ile, mütecavizin, markayı hukuka uygun şekilde kullanan kişiye (lisans alan) oranla daha avantajlı duruma geçmesine engel olunmaya çalışılmıştır<sup>316</sup>.

Bu hesaplama yönteminde, marka hakkına tecavüz edenin, markayı lisans sözleşmesi ile hukuka uygun bir şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli esas alınmaktadır. Ödenmesi gereken lisans bedeli, somut olayın özellikleri ve taklit olunan markanın tanınmışlık düzeyi de dikkate alınarak yapılacak bir lisans sözleşmesinde lisans alan tarafından ödenmesi makûl görülecek bedele göre tayin olunur (KHK md. 66/III). Bu noktada, bir emsal araştırması yapılmalı ve objektif bir lisans bedeli belirlenmelidir<sup>317</sup>. Nitekim bir olayda, BELKO markası sahibi, marka hakkına tecavüz edilerek kömür satışı yapılması gerekçesi ile yoksun kalınan kazanç talebinde bulunmuş, bu talebini lisans bedeline dayandırmış ve 35.000 TL tazminata hükmedilmesine talep etmişken, yerel mahkemece lisans ücretine ilişkin bilirkişi raporu aldırılmış ve bu raporda lisans bedeli 2.500 TL olduğu tespit edilmiştir ve aynı yönde karar verilmiştir. Yerel mahkemece verilen bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır<sup>318</sup>.

Bu noktada, objektif olarak belirlenmesi gereken lisans bedeli, inhisari lisansa göre mi, yoksa basit lisansa göre mi belirlenecektir? sorusunun cevabı önem arz etmektedir. Zira, bilindiği üzere, inhisari lisans sözleşmelerinde sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise lisans alana tek hak bahşetmekte ve bu sebeple inhisari lisans sözleşmesinin bedelleri, basit lisans sözleşmelerine göre daha yüksek olmaktadır. Bu sebeple, kanaatimizce, burada marka sahibinin markayı fiilen kullanıp kullanmaması esas alınmalıdır. Eğer marka sahibi, tecavüze konu markayı fiilen kullanmakta ise; “*markasını lisans sözleşmesi ile başkaca kişilerin kullanıma sunacak olsa idi inhisari*

<sup>315</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1174.

<sup>316</sup> **Arkan**, C.II, s.248.

<sup>317</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1174.

<sup>318</sup> Yarg. 11. HD. T.29.01.2007, E.2005/14007, K.2007/998 (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)

*olmayan lisans sözleşmesine konu ederdi*” denebilecektir. Zira, marka sahibi markasını kullanma iradesini ortaya koymuştur ve bu noktada inhisari olmayan lisans bedeli esas alınmalıdır. Marka sahibi, markasını fiilen kullanmamakta ise; “*bu durumda markasını başkaca kişilerin kullanımına inhisari lisans sözleşmesi ile sunardı*” diyebildiğimiz için, inhisari lisans sözleşmesi bedeli esas alınmalıdır. Ancak tabi ki bu durumların aksi ispatlanabilir. Örneğin inhisari lisans sözleşmesi ile üçüncü kişiye markasının kullanımı vermiş olan ve kendi kullanım hakkını da saklı tutan marka sahibi, her ne kadar fiili olarak markasını kullanıyor olsa da, bu sözleşmenin varlığını ispatlayarak, inhisari lisans sözleşmesi bedeline göre tazminat miktarının belirlenmesini isteyebilir.

Bu yöntem ile belirlenecek bedel hakkaniyetli olmalı ve mütecevizi iyiniyetli lisans alandan daha kötü bir duruma sokmamalıdır<sup>319</sup>. Bununla birlikte, marka hakkı sahibinin vermiş olduğu lisanslardaki lisans bedellerinin, bu yöntemle göre belirlenecek tazminat miktarında esas alınması da muhakkaktır.

Yoksun kalınan kazancın ödenmesi gereken lisans bedeline göre hesaplanmasının istenmesi, markanın müteceviz tarafından kalitesiz bir malla ilgili olarak kullanılması sonucunda uğranılan fiilî zararın (itibar kaybı) istenmesine engel oluşturmaz<sup>320</sup>.

Bu yöntemin, diğer iki yöntemle göre avantajı, davacının ispat kolaylığında kendini göstermektedir. Zira, davacı, ne zararını, ne tecavüz fiili ile mevcut zararı arasındaki illiyet bağına ne de mütecevizin elde ettiği net karı ispatlamak zorunda değildir. Sadece, marka hakkına tecavüz iddiası ile açacağı maddi tazminat davasında, tecavüzü ispatlayarak bu hesaplama yöntemini tercih etmesi yeterli olacaktır. Nitekim Yargıtay da, tecavüzün sabit olması halinde mutlaka tazminata hükmedilmesi gerektiğine dair karar vererek, aynı doğrultuda görüş belirtmiştir<sup>321</sup>.

Yine, mahkemece, her marka tecavüzünde her biri için ayrı ayrı lisans bedeline hükmedilmesi uygun olacaktır.

Davacı, hem markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel gelirin

---

<sup>319</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1174.

<sup>320</sup> **Arkan**, C.II, s.248.

<sup>321</sup> Yarg. 11. HD. T.31.05.1999, E.1999/2716, K.1999/4582.



tazminini, veya markaya tecavüz halinde mütecavizin geliri ile birlikte hem bir lisans sözleşmesi yapılmış olsaydı ödenmesi gereken lisans bedelinin verilmesini isteyemez; veya herhangi iki yöntem ile tazminatın hesaplanmasını aynı anda isteyemez. Davacı, bu KHK md.66 da düzenlenmiş olan bu üç hesaplama yöntemlerinden birini seçmek zorundadır.

Hesaplama usullerinden hangisi seçilirse seçilsin, KHK md.66/III uyarınca, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, markanın ekonomik değeri, tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı, çeşidi ve bedeli gibi etkenler göz önünde tutulur<sup>322</sup>. Bunların BK md. 43/I hükmünde yer alan “hal ve mevkiin derecesi” kavramı ile bağlantılı olduğu düşünülebilir<sup>323</sup>. Bu etkenler sınırlı sayıda değildir. Mütecaviz, taklit olunan markanın hitap ettiği çevreye yönelmemiş ise, marka sahibinin yoksun kaldığı kazanç da düşecek veya artabilecektir. Mesela, Vakko markasının kravatlarının alıcısı ile, aynı markanın onlarca kat düşük bedelli taklit kravatlarının müşteri çevresi farklıdır. Bu tüketiciler, asıl markayı, fiyatının yüksekliği nedeniyle alamayan kişilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla her iki tacirin hitap ettikleri çevre farklıdır ve bu durum yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.

### ***ccc. Yoksun Kalınan Kazancın Artırımı***

KHK md. 67/I e göre, marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, KHK md.66’ daki hesap yöntemlerinden hangisini seçerse seçsin, mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verecektir.

Kanunkoyucu KHK md. 66’ da yoksun kalınan kazancı talep edebilecek olan kişi açısından “*marka sahibi*” ibaresini kullanmasına rağmen, yoksun kalına kazanca ek olarak düzenlenmiş olan KHK md. 67’ de ise “*marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi*” ibaresini kullanılmıştır. Burada kanun yapma tekniği açısından bir hata söz konusu olup, her iki madde açısından da, gerek marka sahibinin ve gerekse markayı hukuka uygun olarak kullanma hakkı olan kişinin (örneğin lisans alanın),

<sup>322</sup> İnal, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004, s.240.

<sup>323</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1175.

her iki madde açısından da tazminat talep edebilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur.

KHK md. 67' de, yoksun kalınan kazanca dayalı bir artırım söz konusu olmaktadır. Bu artırımın yapılması için, markanın çekici gücünün ürünün önüne geçmesi, ürünün (mal ya da hizmetin) ise belirleyici etken olmaması gerekmektedir. Bu etkinin bulunup bulunmadığı hakim tarafından re' sen tespit edilemeyeceği için mahkemece bilirkişiye başvurulması gerekmektedir<sup>324</sup>. Yargıtay “.....yoksun kalınan kazancın artırımını için anılan maddede belirlenen ürünün satışında tescilli markanın ekonomik bakımdan önemli katkısının bulunması hususu incelenmelidir....” şeklindeki kararı ile, yoksun kalınan kazancın artırılması için, markanın ekonomik katkısına dair araştırma yapılmasını, bu araştırma yapılmadan verilen kararın yerinde olmayacağını belirtmiştir<sup>325</sup>.

KHK md. 66'da da markanın ekonomik öneminin yoksun kalınan kazanca dayalı tazminatın hesaplanmasında etken olacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple **Arkan**, KHK md. 67/I' de ifade edilen bu hususun, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında dikkate alınacak hususları gösteren KHK md. 66/III' ün bir tekrarı olduğunu ve bu yönüyle KHK md. 67' nin gereksiz bir hüküm olduğunu düşünmektedir<sup>326</sup>. **Yasaman** ise, KHK md. 67, madde 66'yı bir adım ileriye götürdüğünü düşünerek, markanı başlı başına bir çekim gücü olduğu hallerde bu hüküm uygulanacağı için, bu düzenlemenin KHK md. 66' dan farklı olduğunu belirtmiştir<sup>327</sup>.

Bu çekim gücünün tanınmış markalar açısından varolduğu muhakkaktır<sup>328</sup>. Bu nedenle tanınmış markaya tecavüz halinde, yoksun kalınan kazancın her halükarda fazla olacağı ileri sürülmektedir<sup>329</sup>.

**Yasaman**' a göre, kanunkoyucunun bu madde hükmünü düzenlemesindeki temel gaye, tanınmış markaların koruma çemberini genişletmektir<sup>330</sup>.

<sup>324</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1180.

<sup>325</sup> Yarg. 11.HD. T.30.09.2004, E.2003/14288, K.2004/9107(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>326</sup> **Arkan**, C.II, s.246.

<sup>327</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1181.

<sup>328</sup> **Arkan**, C.II, s.246, **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1181.

<sup>329</sup> **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.308.

<sup>330</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1181.

Tazminata yapılacak ek, madde hükmünden de anlaşılacağı üzere makul bir payın eklenmesi suretiyle yapılacak olup, bu ek tazminat belirli değildir. Dolayısıyla, mahkemece MK.md. 4 ve BK. md. 42 vd. hükümlerinin çizdiği sınır dahilinde belirlenecektir. Yargıtay bir kararında, yoksun kalınan kazancın artırılmasındaki oranı, yoksun kalına kazanç tutarının %10'u olarak belirleyen yerel mahkeme kararını yerinde görerek onamıştır<sup>331</sup>.

Yoksun kalınan tazminata ek olarak tazminat hesaplanacağı için, yapılacak bir bilirkişi incelemesi ile yoksun kalınan kazancı tespit ettikten sonra, bu yoksun kalınan kazanç ek olarak bu tazminata re'sen karar verecektir. Yargıtay' da, bilirkişi incelemesi ile tazminat miktarının belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>332</sup>.

Doktrinde, bu ek tazminatın, “özel hukuk cezası” olduğu düşünülmektedir<sup>333</sup>.

#### **cc. Maddi Tazminatta Belgelerin İstenmesi**

KHK md. 65'e göre “*Marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir.*”

KHK md. 65' in başlığı ile içeriği birbirini tutmamaktadır. Şöyle ki; maddenin kenar başlığında “Tecavüzü Kanıtlayan Belgeler” den söz edildiği halde, madde metninde “ zarar miktarının belirlenmesi için” ibaresi kullanılmıştır<sup>334</sup>.

KHK md.64 uyarınca açılacak tazminat davasında, KHK md. 66'ya göre yapılacak tazminat hesabında, marka sahibi KHK md. 65 hükmü uyarınca, gerekli belgeleri mütecevizden isteyebilir. **Yasaman'** a göre, bu madde hükmünde, açıkça “taklit marka”dan bahsedildiği için, belge istenecek kişi, markayı taklit eden veya markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde markayı taşıyan ürünleri herhangi bir şekilde ticaret alanına çıkartan kişilerdir<sup>335</sup>. (KHK md. 61/ b-c)

<sup>331</sup> Yarg.11. HD. T.29.01.2007, E.2005/14007, K.2007/998(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>332</sup> Yarg. 11. HD. T.07.03.2002, E.2001/10185, K.2002/2000(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>333</sup> **Oğuzman/Öz**, s.533, dpn. 226.

<sup>334</sup> **Arkan**, C.II, s.247, dpn. 62, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1168.

<sup>335</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1168.

**Arkan'** a göre ise, belgelerin verilmesi yolundaki talebin muhatabı, tecavüz nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü olan kişilerdir<sup>336</sup>. Yine nihaî alıcıya (tüketici) böyle bir talep yöneltilemez.

Belgelerin verilmesini isteme hakkı kural olarak hakkı tecavüze uğrayan marka sahibine aittir. Lisans alanın dava açabileceği hallerde (bkz. KHK md. 73), onun da, taklit markanın kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini istemeye hakkı vardır<sup>337</sup>.

Madde kapsamındaki “ilgili belgelerin verilmesi” ifadesi, TTK. md. 80 anlamında yorumlanarak, “teslim”i değil, “ibraz”ı biçiminde yorumlanmalıdır<sup>338</sup>.

Madde içeriğine uygun olarak ibrazı istenecek belgeler, ticari defterler, muhasebe kayıtlarına dair belgeler, gümrük evrakları, ambar kağıtları, üreticilerin, dağıtıcıların, taşıyıcıların ve depolayanların unvan ve adreslerine ilişkin kayıtlar gibi TTK 80. uyarınca ibrazı gereken ve KHK md. 66 ya göre yapılacak tazminat hesabında kullanılabilir her türlü delili kapsadığı kabul edilmelidir.

**Yasaman'** a göre, davalıdan ibrazı istenecek belgeler, esas itibariyle davalının cirosunu ve net karını ortaya koyacağı için, yoksun kalınan kazancın KHK md. 66 (b) bendine göre hesaplanmasında işlevlik kazanacaktır<sup>339</sup>. Davalı, taklit markalı ürünleri üreten kişi ise, elinde bulundurması kadıyla, taklit markalı ürünleri ticaret alanına çıkartan diğer kişilere ait belgeleri de ibraz etmelidir.

Maddede, belgelerin verilmesinin ne zaman ve nasıl isteneceği gösterilmemiştir. Dolayısıyla bu talebin, zararın tazmini talebinden yani tazminat davasının açılmasından önce, ayrı bir dava ile bu belgelerin verilmesinin istenip istenemeyeceği hususunda açıklık bulunmamaktadır. Ancak gerek müddeabihin belirlenmesi ve gerekse açılacak bir tazminat davasında KHK md. 66' daki hesap yöntemlerinin tercih edilmesi açısından büyük öneme sahip olduğu dikkate alınarak, tazminat davasının açılabilmesi için gerekli şartların oluştuğu hallerde (marka

---

<sup>336</sup> **Arkan**, C.II, s.248.

<sup>337</sup> **Arkan**, C.II, s.248, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1169.

<sup>338</sup> **Tekinalp**, S.467.

<sup>339</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1169.

hakkına tecavüz, kusur gibi) bu talebin yapılmasına izin verilmelidir<sup>340</sup>.

KHK md. 65 metninde açıkça “....zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden...” bu belgelerin talep edilebileceğini düzenlediği için, yani KHK md.62 (b) bendi uyarınca açılacak tazminat davası açısından bu hükmün uygulanabileceğini düzenlediği için, KHK md.62 (a), (c), (d), (e) ve (f) bentlerinin uygulanmasını sağlayacak belgeler talep edilemeyecektir<sup>341</sup>.

KHK md. 65' de, failin belgeleri vermemesinin yaptırımı belirlenmemiştir. Bu durumda, tazminat davası açılmamış ise, HUMK md. 368 uyarınca delil tespiti istenebilecektir<sup>342</sup>.

#### **d. Manevî Tazminat**

KHK md.62 (b) uyarınca, marka hakkına tecavüz nedeniyle uğranılan manevî zararın da tazmini istenebilir.

KHK'nın bu maddesinde manevi tazminatın hangi koşullarda talep edilebileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısı ile bu maddeden kaynaklanan manevi tazminatın BK md. 49 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. BK md.49'da düzenlenen manevi tazminatın ise şartları şu şekildedir; a) Kişilik hakkına tecavüz edilmiş olması, b) tecavüzün haksız olması, c) manevi zarara uğranılmış olunması, d) kusur, e) kusur ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması.

Buna göre, marka hakkına tecavüz eyleminin söz konusu olduğu durumlarda, bu eylemin kusurlu davranışla işlenmesi ve aynı zamanda haksız olması, yine bu eylemin markanın ticari itibarının veya imajının zedelemesi sonucunu ortaya çıkarması halinde, markanın manevi zararından söz edilecek ve bu zararın giderimi KHK md.62 (b) gereği sağlanabilecektir.

Tecavüzün haksız olması için, hukuka aykırı olması yeterlidir. Dolayısı ile KHK md.61'e aykırı eylemlerin varlığı halinde, tecavüzün haksızlığı da ispatlanmış olacaktır.

---

<sup>340</sup> Arkan, C.II, s.247, Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1169.

<sup>341</sup> Tekinalp, s.467, Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1169.

<sup>342</sup> Arkan, C.II, s.248.

Kusurlu olmadan kastedilen, eylemin kasıt veya ihmali davranışla yapılmasıdır. Marka hakkına tecavüz eylemini gerçekleştiren kişinin, bu eyleminin tecavüz teşkil edeceğini bilen ya da bilmesi gereken kişi olması kusur açısından yeterlidir. Mütecaviz, tacir ise basiretli tacir gibi davranması zorunluluğu olduğundan, eyleminin tecavüz teşkil ettiğini bilebilecek durumda olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay bir kararında “..BK’nın 49. Maddesinde 3444 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle, manevi tazminata karar verilebilmesi için artık kusurlu olma hali yeterli görülmüştür. Bu durum karşısında davacı ile aynı alanda faaliyet gösteren davalı tacirin, ticaret unvanını nasıl kullanması gerektiğini bilebileceği, eylemleri ile davacı markasına tecavüz ettiği sabit olduğuna göre, uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş..” şeklinde hüküm tesis ederek tacirin markaya tecavüzü halinde kusurun varlığının sabit olduğunu belirtmiştir<sup>343</sup>.

Yine manevi tazminat istenebilmesi için, kusur ve zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir<sup>344</sup>.

Yargıtay kararların da, “markasının ticari hayattaki imajı ve güven duygusunun zedelenmesi sonucu, marka sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların giderilmesi” için manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir<sup>345</sup>. Karardaki bu tanıma göre, markaya tecavüz halinde, markanın ticari itibarının zedelenmesi veya markaya duyulan güvenin zayıflaması halinde, marka sahibinin gerek kişisel ve gerekse ticari varlığında meydana gelebilecek zararların manevi tazminat adı altında istenebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Markanın aynının ya da benzerinin, düşük kaliteli mallarla ilgili olarak ya da istenmeyen bağlılıklar kurulmasına neden olacak şekilde kullanılması halinde, yıllarca süren faaliyet sonucu elde edilmiş müşteri çevresindeki güven kaybının yaşanması ve buna bağlı olarak oluşan yıkımdan doğan elem ve ıstırabın giderilmesi,

---

<sup>343</sup>. Yarg. 11. HD. T.22.01.2007, E.2005/13781, K.2007/565 Aynı yönde bkz. Yarg. 11. HD. T.08.10.2007, E.2006/9700, K.2007/12510 , Yarg. 11. HD. T.12.10.2004, E.2003/13393, K.2004/9680 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>344</sup> **Camcı**, s.143, **Meran**, s.387.

<sup>345</sup> Yarg. 11. HD. T.08.10.2007, E.2006/9700, K.2007/12510(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

manevi tazminat yoluyla söz konusu olabilir<sup>346</sup>. Bir olayda Yargıtay “.....BK.49. maddesinde gösterilen şartlar mevcutsa manevi tazminat verilmesi de istenebilir Somut olayda davacı vekilince sunulan dava dilekçesinde, ‘davalı tarafından piyasaya sürülen çakmakların kalitesiz ve arızalı olması nedeniyle müvekkilinin ticari itibar ve güvenilirliğinin zedelendiği’ ileri sürülerek manevi tazminat talebinde bulunmuştur. O halde mahkemece davacının iddiasının araştırılarak manevi tazminat talep edip edemeyeceğinin tespiti gerekirken.....” şeklinde karar vererek, kötü veya kalitesiz taklit malların ticari itibar veya güvenilirliği etkileyebileceğini ve bu sebeple manevi tazminata hükmedilebileceğini kabul etmiştir<sup>347</sup>.

Manevi tazminatın elem ve ıstırabı giderme işlevinin yanında, cezalandırma ve caydırma işlevleri de bulunmaktadır. Bu şekilde, gelecekte gerçekleşebilecek tecavüzlerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır<sup>348</sup>.

Markanın tanınmış marka olması, hükmedilecek tazminatı etkilemektedir<sup>349</sup>.

Manevi tazminat davası, asıl markaya tecavüz teşkil eden markayı kullanmakta olan kişilere karşı açılmaz. Zira bu kişiler KHK md. 61 de sayılan kişilerden değildir. Bu kişilerin maddi sorumluluğu dahi KHK md. 64 teki özel hükümle düzenlenmişken, mütecavize karşı ileri sürülebilecek olan manevi tazminat talebinin ileri sürülmesi düşünülemez.

Manevi tazminat belirlenirken, BK md. 42, 43 ve 44 hükümleri yanında tarafların sıfat, makam ve sosyo-ekonomik durumları da dikkate alınmalıdır<sup>350</sup>.

Marka sahibinin tüzel kişi olması, manevî tazminat istenmesine engel değildir<sup>351</sup>.

### **G.İtibar Tazminatı**

KHK md. 68’ e göre “Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı

<sup>346</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1133.

<sup>347</sup> Yarg. 11.HD. T.26.10.2005, E.2004/12797, K.2005/10341(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>348</sup> Kırca Çiğdem, Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi, 1999, S.3, s.265.

<sup>349</sup> Yarg. 11. HD. T.15.01.2007, E.2005/13597, K.2007/187 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı))

<sup>350</sup> Ergün, s.160.

<sup>351</sup> Arkan, C.II, s.249.

*zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir.”*

KHK md. 68’ de düzenlene bu tazminat marka hukukuna özel olup, buna doktrinde “itibar tazminatı” denilmektedir<sup>352</sup>. Benzer tazminatlar sınai hakka ilişkin diğer mevzuatlarda da düzenlenmiştir<sup>353</sup>.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, markanın müteceviz tarafından kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucu itibarın zedelenmesi mevcut ise, marka sahibi maddi ve tazminatın yanında, ayrıca itibar tazminatı da talep edilebilir. Bu dava ile itibarı zedelenen markanın itibarı onarılmaya çalışılmaktadır<sup>354</sup>.

Bu tazminata hükmedilmesi için marka sahibinin (veya dahil olduğu işletmenin) itibarının zarar görmesi şart olmayıp, doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi yeterlidir. Yargıtay’da aynı doğrultuda kararlar vermektedir<sup>355</sup>.

Bu hükmün uygulanabilmesi için ilk şart marka hakkına tecavüzün olmasıdır. Yalnız tecavüzün varlığı bu tazminatın uygulanması açısından tek başına yeterli olmayıp, tecavüzün yanında markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde de kullanılması gerekmektedir. **Dirikkan**, doğrudan doğruya markanın kötü kullanılması da itibar tazminatı için yeterli olabileceğini belirtmektedir. Örneğin, “Adidas” markasının t-shirt’ ler üzerine “Adihasch” olarak yazılması ve bu suretle uyuşturucu maddelere gönderme yapılması halinde durum bu şekilde olmaktadır<sup>356</sup>.

Yargıtay kararlarında, markanın itibarının zarara uğraması nedeniyle tazminat tayini için mahkemece mutlaka kötü veya uygun olmayan kullanıma ilişkin araştırma yapılmasını, aksi halde verilen kararın yerinde olmayacağını belirtmektedir<sup>357</sup>.

Tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünlerin kalitesiz<sup>358</sup> veya

<sup>352</sup>. **Tekinalp, Ünal**, İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s.589.

<sup>353</sup> 551 s. KHK md.142, 554 s. KHK md. 54.

<sup>354</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1182.

<sup>355</sup> Yarg. 11. HD. T.22.01.2007, E.2005/13781, K.2007/565(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>356</sup> **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.309, dpn. 394.

<sup>357</sup> Yarg. 11. HD.T.30.09.2004, E.2003/14288, K.2004/9107(Sinerji İçtihat ve Mevzuat Programları)

<sup>358</sup> Kaliteli ve iyi bir itibara sahip markanın, yapılması kolay ya da önemsiz görülen bir ürün



bozuk olması uygun olmayan kullanıma örnek gösterilebilir.

Malın itibarını düşürecek düzeyde düşük fiyatla satılması da uygun olmayan kullanıma girmektedir. Zira, bazı ürünlerin, yalnızca yüksek gelir grubundan müşteriler hedeflenerek piyasaya sürülmesi, bu ürünlerin fiyatının maliyete nazaran daha yüksek olması ve alt gelir gruplarınca satın alınamaması sonucunu doğurur. Bu da markanın teşvik edicilik fonksiyonunun<sup>359</sup> artmasına sebebiyet verir. Dolayısıyla, halkın “sınıf atlama” duygularıyla yöneldiği markaların daha fazla itibara sahip olması kaçınılmazdır<sup>360</sup>. Dolayısıyla, daha fazla itibara sahip ve fiyatı yüksek bu markaların, düşük fiyatla satılması, uygun olmayan davranış içerisine girmektedir.

İtibar tazminatı miktarı, markanın eski haline gelemsi için yapılan giderlere göre belirlenecektir. Nitekim Yargıtay da bir kararında “*Tazminat miktarı, markanın eski haline gelmesi için yapılan giderlere göre belirlenir*” diyerek bu duruma işaret etmiştir<sup>361</sup>.

**Yasaman'** a göre, kötü veya uygun olmayan kullanım bir haksız fiil olmayıp, burada tecavüz halinin sonuçlarının biraz daha ağırlaştırılan nedenler ortaya konulmuş ve bu ağır tecavüz haline de özel bir yaptırım uygulanmıştır<sup>362</sup>.

### 3. Mahkeme Kararının İlgililere Tebliği ve Kamuya Duyurulması

Bu hususa ilişkin 556 sayılı KHK md. 62/f ve md.72 olmak üzere iki ayrı düzenleme mevcuttur.

---

grubuna yayılması halinde, tüketicilerin bu ürünü reddedebildikleri belirtilmektedir. (**Uzun Yeşim/ Erdil, T.Sabri**, Marka Yayma Stratejilerinde Ürün Benzerliğinin Etkisi ve Üç Ayrı Marka Üzerinde Bir Uygulama, Doğu Üniversitesi Dergisi, 2004, C.5, S.2, s.230) Hal böyle olunca, ister marka sahibi isterse üçüncü kişiler tarafından aynı veya benzer mal veya hizmet grubunda, kalitesiz ürün üretilmesinin veya kalitesiz hizmet verilmesinin, marka alıcıları nezdinde kötü intiba bırakacağı açıktır.

<sup>359</sup> Markanın ayırt etme, mal veya hizmetlerin işletmesel kökenini gösterme, mal veya hizmetin kalitesini garanti etme, reklam, tekelleştirme ve koruma gibi fonksiyonları bulunmaktadır (**Arkan**, C.I,s.38, ) Yine, markanın, mal veya hizmeti arz edenlerle talep edenler arasında iletişimi sağladığı için iletişim fonksiyonu da olduğu, bu fonksiyonun malın meşeiini gösterme fonksiyonuna yardım ederek tüketicinin bilgilenmesi hususunda fayda sağladığı ve böylece markanın tüketici çevresinin genişlediği de belirtilmektedir. (**Doğan, Beşir Fatih**, Türk Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Yıl 6, C.6, S.2006/3, s.22.)

<sup>360</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1183, dpn.7.

<sup>361</sup> Yarg.11. HD. T.22.01.2007, E.2005/13781, K.2007/565 (Sinergi Mevzuat ve İçtihat ve Programı)

<sup>362</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1183.

KHK md. 62/f “Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması” şeklinde düzenlenmiştir.

KHK md. 72 ise “Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etme hakkına sahiptir.

*İlan şekli ve kapsamı kararda tespit edilir. İlan hakkı kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmezse düşer.*” şeklinde düzenlenmiştir.

KHK md. 62/f hükmüne göre, marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması da istenebilir. KHK md. 72’ de ise, hükmün kamuya yayın yoluyla duyurulması konusunda daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır<sup>363</sup>.

KHK md. 62/f de iki ayrı durumun düzenlendiği söylenebilir. Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, mahkeme kararının, sadece ilgililere tebliğ edilmesini ya da yayın yoluyla kamuya duyurulmasını isteyebilir<sup>364</sup>. Mahkeme kararının sadece ilgililere duyurulması, tecavüzün sınırlı kaldığı durumlarda söz konusu olur. Örneğin mütecavizin sadece dağıtıcılar ile ilişki kurduğunun saptandığı hallerde durum böyledir. Davaya konu ürünler daha geniş bir alanda ticaret alanına çıkarılmış ise tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için bu noktada davanın kamuyu ilgilendirmesi söz konusu olacaktır ve bu sebeple mahkeme kararının yayın yoluyla kamuya duyurulmasına karar verilmelidir. Örneğin, taklit markayı taşıyan malların fiilen piyasaya sürüldüğü, dağıtımının yapıldığı hallerde durum böyledir.

KHK md. 72'ye göre, dava sonunda haklı çıkan taraf, kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilânını isteyebilir. Bu kişinin dava sonunda ilan isteyebilmesi için, ilanı istemekte haklı bir sebebinin veya menfaatinin bulunması gereklidir. Dolayısıyla, taklit markanın çok kısa bir süre için kullanılmış ve yoğun bir iltibas tehlikesi yaratmamış, tecavüzün sonuçlarının

<sup>363</sup> Arkan, C.II, s.249, Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1138.

<sup>364</sup> Arkan, C.II, s.249.

sınırlı bir çevre içinde kalmış olduğu hallerde, mahkeme kararının ilânı istenememelidir. Bu hallerde, mahkeme kararının, KHK 62/f gereğince sadece ilgililere tebliği yeterlidir<sup>365</sup>.

Mahkeme kararının ilân edilmesi yolundaki talep, başlangıçta ileri sürülebileceği gibi, kararın kesinleşmesinden sonraki üç ay içinde de yapılabilir. En geç, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde yapılmayan ilan talebi düşer.(KHK md. 72II son cümle)

Kararın ilan edilmesi, haklı çıkan tarafın isteğine bağlı olduğu için, mahkeme re'sen ilâna karar veremez.

Kararın ilânının istenebilmesi için kusur şart değildir<sup>366</sup>.

Kararın ilânı, dava sonucunda haklı çıkan tarafça istenir (KHK md. 72/I). Bu sebeple, yargılama sonucunda davalının fiillerinin marka hakkına tecavüz oluşturmadığı yolunda karar verilirse, davalı taraf da, bu kararın yayın yoluyla kamuya duyurulmasını isteyebilir.

İlânın şekli ve kapsamı mahkemece belirlenir ve kararda tespit edilir. (KHK md. 72/II). Mahkeme burada, haklı çıkan tarafın isteğine ağırlık olarak, kararın ilgili tüm çevrelerin bilgisine ulaşmasını temin etmek amacıyla, ilânın, günlük gazete veya benzeri vasıtalarla (örneğin meslekî dergi), kararın tamamının veya özetinin ve kaç kere yapılacağını belirler.(KHK md.72/I)

Mahkeme kararının ilgililere tebliğ edilmesinin veya kamuya yayın yoluyla ilân edilmesinin gerektirdiği masraflar, davayı kaybeden tarafça karşılanır (KHK md. 62/f ve 72/I).

Davacının kesinleşen mahkeme kararının kamuya duyurulması yolundaki talebi mahkemece reddolunursa, davacının kendiliğinden ilân yapması, haksız rekabete yol açabilir<sup>367</sup>.

#### IV. HUKUK DAVALARINDA BİLİRKİŞİ TERCİHİNE DAİR DEĞERLENDİRME

---

<sup>365</sup> Arkan, C.II, s.249-250.

<sup>366</sup> Arkan, C.II, s.250.

<sup>367</sup> Arkan, C.II, s.250, Meran, s.393.

Uygulamada, ayrıntıları yukarıda anlatılan marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tüm hukuk davalarında, dosyalar mahkemece HUMK hükümleri çerçevesinde bilirkişiye tevdi edilmekte ve bilirkişiden gelen rapor doğrultusunda kararlar verilmektedir.

Mahkemelerce dosyaların bilirkişiye tevdi edilerek, marka hakkına tecavüzün olup olmadığına dair rapor talep etmelerinin sebebi, hakimlerin piyasaya ilişkin sübjektif algılamalarının karar vermek açısından yeterli olamamasıdır. **Ünlüönen/Battal/Yaylı/Yüksel**, mahkemelerin bilirkişi tercihi yapar iken, alıcı davranışlarını objektif olarak gözlemleyebilen kişileri tercih etmesi gerektiğini, bu kişilerin ise davranış bilimi, tüketici davranışları, pazar araştırmaları veya pazarlama ve benzeri alanlarda çalışan uygulayıcılardan ya da bu alanlardaki akademik uzmanlardan olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>368</sup>. Uygulamada ise bunun aksine, bu tarz bilirkişilerin yerine marka vekillerinin veya markaya ait sınıfa ilişkin sektörü bilen kişilerin ve bunlarla beraber hukukçuların tercih edildiği kişilerden oluşan bilirkişi heyetinden rapor talep edildiği görülmektedir. Bu durum da, marka karşılaştırılmasının yapılması ve alıcı algısının hangi boyutta olduğunun rapora yansımaması sonucunu doğurmaktadır.

**Ünlüönen/Battal/Yaylı/Yüksel'** a göre bilirkişi heyetinin içerisinde "piyasanın nabzını tutabilecek" bilirkişilerin varlığı önemlidir<sup>369</sup>. Bu tespit son derece yerindedir. Zira uygulamada mahkemeler genelde hukukçu bilirkişi, marka vekili ve beraberinde davanın içeriğine göre tespit ettiği teknik bilirkişi (bilgisayar, makine, elektrik mühendisleri vb) heyetine dosyayı tevdi ederek, tecavüzün olup olmadığına dair rapor talep etmektedirler. Bu durumda da, alıcıların marka üzerindeki algısı tanzim edilen raporlara tam anlamı ile yansımamakta, dolayısı ile bu rapor doğrultusunda verilen kararlar mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Bu sebeple kanaatimizce de, marka hakkına tecavüzün olup olmadığına ilişkin hukukçu bilirkişi, marka vekili (tercihen hukukçu olması) ve alıcıların marka algısı ile bu alıcıların marka üzerindeki davranışlarının analizlerini yapabilecek yani piyasanın nabzını tutabilecek bilirkişilerden (olayın niteliğine göre gerekirse bilgisayar mühendisi, makine mühendisi...vb teknik bilirkişiden) oluşan heyet ile olayın

<sup>368</sup> **Ünlüönen/Battal/Yaylı/ Yüksel**, s.7.

<sup>369</sup> **Ünlüönen/Battal/Yaylı/Yüksel**, s.7

değerlendirilmesinin yapılması ve bu şekilde rapor aldırılması daha sağlıklı olacaktır. Zira, davaların birçoğunun iltibas gerekçesiyle açıldığı ve halkın (alıcının) davranışlarının da karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde temel şart olduğu<sup>370</sup> düşünüldüğünde, tanzim edilecek raporda, bu bilirkişilerin de varlığı önem kazanmaktadır.

Mahkemelerin bilirkişi tercihlerinde bu hususları gözardı etmemesi, alınacak raporlardaki eksikliğin asgariye indirilmesini ve bu rapor doğrultusunda verilecek kararın oluşturacağı adalet duygusunun ise tatmin edici seviyede olmasını sağlayacaktır.

## §.2 TARAFLAR, ZAMANAŞIMI, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

### I. TARAFLAR

#### 1. Davacı

##### A. Marka Sahibi

Marka hakkına tecavüzün olması durumunda, KHK md. 62' de gösterilen davaları açmaya öncelikle marka sahibi yetkilidir.

Marka sahibi, markanın adına tescil edilmiş olduğu kişidir<sup>371</sup>. Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibariyle hüküm ifade eder (KHK 9/III). Dolayısıyla markanın tescili yayımlanmadıkça başvuru sahibinin, marka hakkına vaki tecavüz nedeniyle KHK 62'deki davalar açabilmesi mümkün değildir. Ancak KHK md.9/III de yer alan bir diğer hükümlerle, marka tescil başvurusunda bulunan kişiye, başvurunun yayınlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmesi halinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle tazminat davası açma hakkının tanınmıştır. (md.9/III, 2.cümle).Yalnız mahkeme, tescilin yayınlanmasından önce bu hususa ilişkin karar veremez.(md. 9/III 3.cümle)

Tüketicilerin ve tüketici derneklerinin, esnaf dernekleri, ticaret ve sanayi odaları ve diğer meslekî ve ekonomik birliklerin dava açma hakkı KHK da

---

<sup>370</sup> **Karasu**, s.340.

<sup>371</sup> . Türkiye’de tescilli olmadığı halde KHK md.7/1 (ı) anlamında tanınmış marka sahiplerinin de, markalarının aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, bu davaları açabileceği muhakkaktır.(**Arkan**, Yabancı Marka, s.7-9)

düzenlenmemiş olup, bu kişilerin dava açma hakkı yoktur. Yalnız, tüketiciler, ticaret ve sanayi odaları, esnaf demekleri ve diğer meslekî -ekonomik birlikler, gerektiğinde haksız rekabet hakkındaki TTK hükümlerine göre dava açma yoluna gidebilirler (md.58/II-III)<sup>372</sup>

Marka üzerinde iştirak halinde mülkiyet bulunmakta ise, iştirak halinde mülkiyetin doğası gereği açılacak olan davalarda zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaktadır<sup>373</sup>. Bu sebeple, iştirak halinde mülkiyet esaslı olan marka hakkına tecavüz durumunda, maliklerin birlikte dava açmaları gerekir.

Ortak markada marka sahipleri, bir sözleşme ile bir araya geldikleri ve ortak markayı ayrı ayrı kullanmaya yetkili olduklarından, müstakilen dava açma hakları bulunmaktadır<sup>374</sup>. Burada aslında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunmakta olup, marka sahipleri dilerlerse beraber de dava açabilirler. Mesela, marka hakkına tecavüz hepsi iriden etkilediği için, beraber tecavüzün durdurulmasını talep edebilirler.

Garanti markalarında dava açma hakkı ise, marka sahibi olan kuruluşa aittir<sup>375</sup>.

Marka sahibinin ölümü halinde de, dava açma hakkı mirasçılara geçer (KHK 15/1). Manevî tazminat talebi de miras yoluyla intikal eder<sup>376</sup>.

Marka sahibinin iflâs etmesinden sonra tecavüz nedeniyle dava açma hakkı da iflâs idaresine geçer<sup>377</sup>.

## **B.Devralan**

KHK md. 15 ‘ de, tescilli bir markanın devredilmesinin mümkün olduğu ve yine KHK md. 16’ da ise marka devrinin şartlarının neler olduğu düzenlenmiştir.

Tescilli bir markanın, tescil edildiği mal/hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilmesi mümkündür (KHK md.16/I). Devir konusundaki sözleşmenin kural olarak yazılı olarak yapılması gerekir (KHK 16/III).

---

<sup>372</sup> Arkan, C.II, s.251.

<sup>373</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.581.

<sup>374</sup> Arkan, C.II, s.252.

<sup>375</sup> Arkan, C.II, s.252.

<sup>376</sup> Camcı, s.127.

<sup>377</sup> Arkan, C.II, s.252.

Devir taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedilerek, yayımlanır (KHK 16/VI). Devir, sicile kaydedilmediği sürece taraflar, markanın tescilinden doğan yetkileri (iyiniyetli) üçüncü kişilere karşı ileri süremez (KHK 16/VII).

Devrin tescilinden önce markaya tecavüz vaki olursa, dava açmaya, hâlâ sicilde hak sahibi olarak görünen devreden yetkilidir.

Ortak marka ve garanti markasının devrinin geçerli olabilmesi için marka siciline kayıt gerekli olduğundan (KHK 60), bu markaları devralan da, ancak devrin tescilinden sonra dava açabilir<sup>378</sup>.

### **C. Rehin Alan**

KHK md. 15 ve Yönetmelik md. 22/I uyarınca, tescilli bir markanın işletmeden bağımsız olarak rehnedilmesi mümkündür.

Rehin sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekir (KHK md. 15/II). Markanın rehni, taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedilerek, yayımlanır (Yönetmelik md. 22/I).

Markanın rehnedilmesi, MK anlamında bir hak rehindir ve bu rehin hakkında, aksine hüküm olmadıkça, teslim bağı rehin hükümleri uygulanır (MK md. 954). Dolayısıyla rehne konu oluşturan marka hakkına tecavüz halinde rehin alan, MK ve KHK md. 62 çerçevesinde, tecavüzün durdurulmasını ve tecavüzden doğan zararının tazminini isteyebilir. Ödenen tazminat üzerinde, alacaklı rehin hakkına sahip olur<sup>379</sup>.

Rehin işletme üzerinde kurulursa, aksine sözleşme olmadıkça marka da rehne dahil olur (TİRK 3)<sup>380</sup>. Bu halde de rehin alan, rehne dahil unsurlara - dolayısıyla markaya- rehni sağladığı teminatı tehlikeye düşürecek şekilde üçüncü kişiler tarafından vuku bulacak fiillerin önlenmesi için dava açabilir (TİRK md.13).

### **D.Lisans Alan**

---

<sup>378</sup> Arkan, C.II, s.253.

<sup>379</sup> Arkan, C.II, s.253, Tekinalp, s.477.

<sup>380</sup> Karahan, Sami/Arslan İbrahim, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, s.559, Karahan, s.42.

KHK md. 20 uyarınca, tescilli bir markanın kullanım hakkı, tescil edildiği mal/hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu oluşturabilir.

Marka hakkı sahibi lisans ile marka hakkını üçüncü kişilere kullandırabilir. Bu kullandırma, markanın mala uygulanması ve pazarlanması yolunda gerçekleştirilir ise, distribütörlük(distributership) şeklinde, bu kullandırma markanın hizmete uygulanması şeklinde ise franchise(franchising) söz konusu olur<sup>381</sup>.

Lisans sözleşmesi KHK md.15/II gereğince yazılı şekilde yapılması gerekir. Lisans sözleşmesi sicile kaydolunmadığı sürece iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (KHK md. 21/X).

Garanti markasının veya ortak markanın lisans verilmesi, ancak marka siciline kayıt halinde geçerlidir (KHK md. 60). Dolayısıyla ortak markada lisans alanın tecavüz nedeniyle dava açabilmesi için, her şeyden önce lisansın sicile kaydedilmiş olması gerekir<sup>382</sup>.

Lisans alanın hangi koşullar altında dava açabileceği KHK md. 21' de gösterilmiştir. Yine bu duruma ilişkin olarak KHK md.73'de hükümler söz konusudur. Doktrinde, KHK md.21' de yer alan düzenlemenin KHK md.73' te aynen tekrar edildiği bu sebeple gereksiz bir tekrardan ibaret olan 73.maddenin KHK metninden çıkarılmasının uygun olacağı kanaati mevcuttur<sup>383</sup>.

Lisans hakkın inhisari veya basit lisans olmasına göre dava hakkının bulunup bulunmadığı değişmektedir.

Kural olarak, verilen lisans, sözleşmede aksi kararlaştırılmamış ise, inhisari olmayan (basit) lisanstır.(KHK md.21/II)

Verilen lisansın inhisarî olmadığı (basit lisans) hallerde, lisans alanın kural olarak dava açma hakkı yoktur (KHK 21/VI, son cümle, 73/1, son cümle). Dava açma hakkı olmayan (basit) lisans alan, tecavüz halinde noter kanalıyla yapacağı bir bildirimle gereken davanın açılmasını marka sahibinden isteyebilir (KHK md.21/VII, md.73/II). Marka sahibinin, bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alındığı tarihten itibaren üç ay içinde dava açmaması halinde lisans alan, yaptığı bildirim de

---

<sup>381</sup> **Camcı**, s.128.

<sup>382</sup> **Arkan**, C.II, s.253.

<sup>383</sup> **Arkan**, C.II, s.254, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1202.



ekleyerek kendi adına dava açabilir (KHK md. 21/VII, md. 73/III). Bu dava daha sonra lisans alan tarafından marka sahibine bildirilir (KHK md.21/VII, son cümle, md. 73/V).

Yargıtay bir kararında “..madde hükmünde yer alan noter bildiriminin bir geçerlilik şartı değil, bir ispat şartı olduğunun kabulü gerekir. Nitekim doktrinde de bu görüş hakimdir. (bkz. Fikri Mülkiyet Hukuku, Ünal Tekinalp, 2002, s.399). Somut olayda da davacı lisans alan, marka sahibi şirkete 02.03.1997 tarihli faks mesajı ile dava açma hususunda izin için başvurmuş, marka sahibi şirket ise 03.03.1998 günlü 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 kendisinin dava açma hakkının doğduğunun kabulü gerekir” şeklinde hüküm vererek, KHK md.21 de 73. Maddelerinde aranan noterle bildirim şartının geçerlilik şartı değil ispat şartı olduğunu kabul etmiş ve faks yolu ile yapılan bildirim ispatı yeterli bulmuştur<sup>384</sup>. Hal böyle olunca, Yargıtay'a göre, KHK md.21 ve 73'te aranan bildirim şartı her hangi bir yolla yerine getirilebilecektir. Burada önemli olan yapılan bu bildirim ispatlanabilemsidir.

Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında bulunuyorsa, üç aylık sürenin geçmesinden önce ihtiyatî tedbir kararı verilmesi için mahkemeye başvurma hakkına da sahiptir (KHK md. 21/VII, md. 73/IV)

İnhisari lisansa sahip kişi, marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi halinde, marka sahibinin açabileceği davaları kendisi adına açabilir. Ancak sözleşmeye hüküm konularak bunun aksi kararlaştırılabilir(KHK md.21/VI, md.73/I)<sup>385</sup>

İnhisarî lisans sahibinin kendi adına dava açma hakkına sahip olması, tecavüz nedeniyle lisans veren marka sahibinin uğramış olduğu zararları istemesine engel oluşturmamalıdır. Özellikle lisans, markanın tescil edildiği mal/hizmetlerin bir kısmı ya da belli bir bölge için verilmişse, lisans verenin, tecavüz nedeniyle lisans alandan bağımsız olarak zarara uğraması söz konusudur<sup>386</sup>.

<sup>384</sup> Yarg. 11. HD. 25.04.2003, E.2003/3354, K.2003/3992(Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı)

<sup>385</sup> **Karahan**, s.180.

<sup>386</sup> **Arkan**, C.II, s.254.

## 2. Davalı

Marka hakkına tecavüz nedeniyle dava, marka hakkına tecavüz fiillerinden birini gerçekleştiren tüm kişilere karşı açılır<sup>387</sup>. Kimlerin marka hakkına tecavüz etmiş olduğu KHK 61'e göre saptanır.

Buna göre, markayı taklit eden, markanın taklit olduğunu bilen veya bilmesi gerektiği halde taklit markalı malları satan, dağıtan, başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran, bu amaçla ithal eden ya da ticarî amaçla elinde bulunduran kişiye karşı açılabilmesi gibi markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satan, dağıtan veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştiren, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya onaya tabi tutan veya ticarî amaçla elinde bulunduran kişilere –Örneğin markayı taklit edenin ürettiği (taklit) markalı malları alarak satışa arz eden dükkân sahibi gibi- kişilere karşı KHK da belirtilen davaların tamamı açılabilir (bkz. KHK md. 61/c).

5833 sayılı yasa ile KHK md.61 de yapılan değişiklikten önce, markayı taklit fiiline iştirak veya yardım eden, bu fiilin yapılmasını teşvik eden, kolaylaştıran kişilerin eylemleri de KHK md. 61 (e) uyarınca marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmekte idi ve bu sebeple verilen zarardan müteselsilen sorumlu idiler. Yapılan değişiklik ile her ne kadar bu hüküm ortadan kaldırılmış olsa da, BK md.50 uyarınca, bu kişilerin haksız eylemlerinden dolayı müteselsil sorumluluğu yoluna gidilebilir.<sup>388</sup>

Markaya tecavüz fiili işlerini görürken müstahdem tarafından işlenmişse, istihdam eden aleyhine de tazminat davası açılabilir (BK md.55)<sup>389</sup>. Bu davada istihdam eden, BK md.55'de öngörülen kurtuluş beyyinesinden yararlanabilir.<sup>390</sup>

5583 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önceki KHK md. 61 (f) düzenlemesine göre, kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınan kişinin davranışı mütecavizin ortaya çıkarılmasını engellerse, bu davranışta tecavüz kapsamında değerlendirilmekte bu

<sup>387</sup> **Karahan**, s.180.

<sup>388</sup> **Arkan**, BATIDER, 2009, C.XXV, S.1, s.10.

<sup>389</sup> Bu yönde TTK md.59.

<sup>390</sup> **Arkan**, C.II,s.255, bu yönde TTK md.59.

kişilerde tecavüz nedeniyle uğranılan tüm zarardan sorumlu tutulmakta idiler. 5833 sayılı yasa ile KHK md. 61 (f) hükmü yasaya yeniden alınmadığı için ve bu hususta da herhangi bir düzenleme olmadığı için, bu eylemi gerçekleştiren kişilere karşı husumet yöneltilemeyecektir.

KHK md 69' da “dava açılmayacak kişiler” başlığı ile davalı olamayacak sıfatına sahip olamayacak kişilere ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre “*Marka sahibi, sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, Kanun Hükmünde Kararnamenin bu bölümünde yer alan davaları açamaz*”. Bu hükme göre, kendisine tazminat ödemiş kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, tecavüz hali için öngörülen davaları açamayacaktır. Kanun koyucu burada marka sahibi tarafından mükerrer tazminat talep etmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır<sup>391</sup>.

Yalnız bu madde metninde "*sebeple olduğu zarardan dolayı tazminat ödeyen kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişi*" ibaresinin kapsamına kimlerin gireceği açıklanmamıştır. **Arkan**, KHK ile getirilen hükümlerin, esas itibarıyla taklit markalı malların ticaret alanına çıkarılmasını önlemek amacıyla yönelik olduğunu, bu sebeple KHK md. 69' un, tüketicileri (nihaî alıcı) kapsadığını belirtmektedir<sup>392</sup>. **Yasaman** ise, tüketici malı şahsi kullanımı için elinde bulunduracağından zaten bir tazminat borcu altına girmediğini<sup>393</sup>, bu sebeple KHK' nın bu metninde bahsedilen kişilerin, KHK md.64/II hükmünde belirtilen “mesleği gereği malı elinde bulunduran” kişiler olduğunu belirtmektedir<sup>394</sup>.

Lisans sözleşmesiyle verilen hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakkın üçüncü kişilere devredilmesi de, marka hakkına tecavüz teşkil eder (KHK md. 61, d). Dolayısıyla lisans veren, KHK md. 62'de sayılan davaları lisans alana karşı da açabilir.

Yine KHK md.61 (a) atfı ile KHK md.9' a aykırı eylemlerde marka hakkına tecavüz sayıldığı için, bu eylemleri işleyen kişilere karşı da KHK da belirtilen tüm

---

<sup>391</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1185.

<sup>392</sup> **Arkan**, C.II, s.255-256.

<sup>393</sup> **İnal**, s.240.

<sup>394</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1185.

davalar açılacaktır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, tescilli bir marka sahibinin markasının ayırt edici karakterini değiştirerek, başkasına ait tescilli markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derece benzeri haline getirirse, bu durumda da marka hakkına tecavüzdən söz edilebileceği için, mütecaviz başka tescilli marka sahibi de olabilir. Mütecaviz marka sahibinin, iş markasının tescilli markası olduğu iddiası, yapılan eylemin iltibasa ve dolayısıyla tecavüze sebep olduğu gerçeğini değiştirmez<sup>395</sup>.

## II. ZAMANAŞIMI

KHK md. 70. uyarınca, marka hakkına tecavüzdən doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.

Doktrinde, marka hakkına tecavüz halinde uygulanması gereken zamanaşımı süresine ilişkin KHK md.70'deki bu atfın, marka hakkına tecavüzün esas itibariyle bir haksız fiil oluşturduğu dikkate alınarak, haksız fiil ile ilgili zamanaşımını düzenleyen BK md. 60' a yapıldığını kabul edilmektedir<sup>396</sup>. Buna göre, marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak tüm davaların, zarara ve faile ittıla tarihinden itibaren bir yıl ve herhalde tecavüz fiilinin vukuundan itibaren on yıl içinde açılması gerekir<sup>397</sup>.

**Arkan**, marka hakkına tecavüzün haksız fiilin özel bir şekli olan haksız rekabet fiili oluşturduğu dikkate alındığında, kanunkoyucunun burada BK atıf yapması yerine, TTK haksız rekabet hükümlerine atıf yapmasının daha uygun olacağını düşünmektedir<sup>398</sup>.

BK md. 60' da öngörülen bir ve on yıllık zamanaşımı süreleri, marka tecavüz halinde ileri sürülecek özel hukuka ilişkin tüm talepler hakkında uygulanabilecektir. Dolayısıyla, maddî-manevî tazminat, el koyma, el konulan

<sup>395</sup> **Çağlar, Hayrettin**, Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, FMR, Yıl 7, C.7, S.2007/2, s.25.

<sup>396</sup> **Arkan**, C.II, s.257, **Camcı**, s.154, **Kayar**, s.235, **Meran**, s.404, **Tekinalp**, s.481, **Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1186.

<sup>397</sup> **Eren**, s.822,

<sup>398</sup> **Arkan**, C.II, s.257.

ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, el konulan ürünlerin ve araçların imhası davaları ile tecavüzü kanıtlayan belgelerin verilmesi, marka sahibinin izni olmadan ticarî vekil veya temsilcisi adına yapılan tescilin devrini isteme (KHK 17)...vs gibi, KHK da düzenlenmiş tüm bu talepler de, bu zamanaşımı süresine tabidir<sup>399</sup>.

Ancak lisans alanın, marka hakkına tecavüz ettiği hallerde uygulanması gereken zamanaşımı süresine ilişkin durum doktrinde tartışmalıdır. **Arkan**, burada BK md. 60'ın uygulanması gerektiğini, ancak marka hakkına tecavüz oluşturmayan lisans sözleşmesine aykırılık hallerinde ise sözleşmeye aykırılık mevcut olacağı için BK md.125'in uygulanarak 10 yıllık zamanaşımının olması gerektiği kanaatindedir<sup>400</sup>. **Tekinalp** ise, lisans alanın marka hakkına tecavüzünün sözleşmeye aykırılık olduğunu düşündüğü için BK md.125'in uygulanması gerektiğini düşünmekte iken, lisans alanın marka hakkına tecavüzünü düzenleyen KHK md.61/d' nin Anayasa Mahkemesi' nin 02.03.2004 tarih ve E. 2002/92, K.2004/25 sayılı kararı ile iptal edilmesi ile burada artık BK md.60'ın uygulanacağını belirtmiştir.<sup>401</sup> Yalnız 5833 sayılı yasa ile KHK md.61' de yapılan değişikliklerden sonra, iptal edilen bu hüküm yeniden maddeye eklendiğine göre, Tekinalp'in BK md. 125 uygulanmasına dair görüşü yeninde canlanmıştır. Yine **Poroy- Yasaman** da, bu konuda BK md. 125' in uygulanması ile 10 yıllık genel sürede bu taleplerin ileri sürülmesi gerektiğini düşünmektedir<sup>402</sup> Kanaatimizce de bu görüş yerindedir. Zira burada haksız fiilden ziyade sözleşmeye aykırılık mevcuttur.

Marka hakkına tecavüzün men'i davasında herhangi bir zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu değildir. Zira tecavüz devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır; tecavüz durmuş ve tekrarlanması tehlikesi de yok ise zaten durdurma davası açılmaz<sup>403</sup>. Yalnız bu noktada zamanaşımı olmayacağı için, uzun süre sessiz kalan marka sahibinin bu tavır, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilecektir<sup>404</sup>.

Markanın hükümsüz kılınması yolundaki talepler hakkında da zamanaşımı

---

<sup>399</sup> **Arkan**, C.II, s.257.

<sup>400</sup> **Arkan**, C.II, s.257.

<sup>401</sup> nakleden **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.70.

<sup>402</sup> **Poroy, Reha /Yasaman, Hamdi**, Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, İstanbul 1999, s.362.

<sup>403</sup> **Arkan**, C.II, s.258, **Meran**, s.407, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1187.

<sup>404</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1187, dpn. 8.

söz konusu olamaz<sup>405</sup>. Zira, KHK hükümlerine aykırı bu tescil (tecavüz fiili) devam ettiği sürece zamanaşımı işlemez<sup>406</sup>. Terkin halinde ise zaten hükümsüzlüğe karar verilmesi istenemez. Yalnız, burada tanınmış markalara ilişkin istisnai bir durum mevcuttur. KHM md.42/I (a) bendi uyarınca, tanınmış markalarla ilgili hükümsüzlük davasının, tescilden itibaren beş yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gerekir. Ancak markanın tescilinde kötüniyet var ise, hükümsüzlük davası süreye tabi değildir.

Zamanaşımı, markaya tecavüz oluşturan eylem her tekrarlanışında, kesilip yeniden işlemeye başlar<sup>407</sup>.

Tecavüz fiiline birden fazla kişi katılmışsa, ( Örneğin bir kişi markanın taklit edilmesi ve bir başka kişinin taklit markayı taşıyan malları gümrükten sokmaya çalışması gibi), her bir mütecaviz hakkında ayrı zamanaşımı süresi işler<sup>408</sup>

Marka hakkına tecavüz halinde uygulanması gereken zamanaşımına ilişkin, KHK md.70 atfı ile BK md. 60 olduğu düşünüldüğünde, BK md.60/II' de burada uygulama alanı bulacaktır. BK md.60/II' ye göre, eylem aynı zamanda suç teşkil ediyorsa ve ilgili eyleme uygulanacak olan ceza kanunundaki zamanaşımı daha uzun bir süreyi düzenliyorsa, hukuk davasında bu ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır<sup>409</sup>.

Yalnız, zamanaşımı def'i niteliğinde olduğu için, hakim tarafından re'sen dikkate alınamayacak olup, davalı tarafından en geç ilk cevap süresinde ileri sürülmelidir<sup>410</sup>.

### III. GÖREVLİ - YETKİLİ MAHKEME

#### 1.Görevli Mahkeme

556 sayılı KHK da öngörülen davalarda, davayı incelemekle görevli olan

---

<sup>405</sup>. **Bilge, Mehmet Emin**, Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, BATİDER, 2005, C.XXIII, S.1, s.137.

<sup>406</sup> **Arkan**, C.II, s.257, dpn.22, **Meran**, s.408.

<sup>407</sup> **Meran**, s.408.

<sup>408</sup> **Arkan**, s.258.

<sup>409</sup> **Camcı**, s.154, **Tekinalp**, s.483, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoglu/Yüksel**, C.II, s.1188.

<sup>410</sup> **Akıncı, Şahin**, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya 2003, s.289, **Eren**, s.1283, **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.378.

mahkemenin hangi mahkemeler olduğu KHK md. 71 de düzenlenmiştir.

Yalnız KHK md. 71' in başlığı “görevli ve yetkili mahkeme” olmasına rağmen, bu madde metninde sadece görevli mahkeme hususu düzenlenmiş olup<sup>411</sup>, yetkili mahkemeler hususu KHK md. 63' te ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla md.71 madde başlığındaki “görevli ve yetkili mahkeme” ifadesi isabetsiz olmuştur<sup>412</sup>.

KHK md. 71/I uyarınca KHK' da öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir<sup>413</sup>. Madde metninden de anlaşıldığı üzere, bu ihtisas mahkemeleri asliye hukuk veya asliye ceza mahkemelerinden birisi olacağı, bu mahkemelerden hangisinin ve yargı çevresinin neresi olacağını ise Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek kurulu belirleyecektir.(KHK md. 71/I)

İhtisas(özel) mahkemeler, belirli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belirli konulardaki uyuşmazlıkları çözümlmek üzere özel kanunla kurulmuş olan uzmanlaşmış mahkemelerdir<sup>414</sup>. Bu düzenleme ile, marka hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar uzman hakimler eliyle süratle çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır<sup>415</sup>.

KHK md. 71/I uyarınca, markalarla ilgili bütün davaların, değerine bakılmaksızın, ihtisas mahkemesinde görülmesi gerekir<sup>416</sup>.

KHK geçici 3. maddesi gereğince, ihtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar “asliye ticaret” mahkemelerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği anlaşılmaktadır. Bu hususta bkz<sup>417</sup>.

Adalet Bakanlığı'nın 25.12.2000 tarihli oluru ve HSYK' nın 23.01.2001 tarih ve 42 sayılı kararı ile Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemeleri bu

---

<sup>411</sup> **Dirikkan**, s.25.

<sup>412</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1195.

<sup>413</sup> **Ayoğlu**, s.20.

<sup>414</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.89.

<sup>415</sup> **Arkan**, C.II, S.259.

<sup>416</sup> **Arkan**, C.II, s.259.

<sup>417</sup> 556 sayılı KHK Geçici Madde 3 “Bu kanun Hükmünde Kararnamenin uygulanması bakımından, ihtisas mahkemeleri kuruluncaya kadar, asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinin hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresi Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir.”

alandaki ihtisas mahkemesi olarak kurulmuştur. Türkiye’de şu anda sadece İstanbul, Ankara ve İzmir illerinde Fikri ve Sınai Haklar Hukuk ve Ceza Mahkemeleri adı ile 21 adet ihtisas mahkemeleri kurulmuş bulunmakta ve yargı çevrelerindeki 556 sayılı KHK’ dan doğmuş olan tüm hukuk davalarına görevli mahkeme olarak bakmaktadır.

İhtisas mahkemesi bulunmayan yerler için ise, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 16.09.2004 tarih ve 396 sayılı kararı ile bir düzenleme getirmiştir. Bu karara göre; “*Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmayan yerlerde, 556 sayılı KHK ‘ dan kaynaklanan hukuk davaları için; a) Bir asliye hukuk mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, b) İki asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde 1 numaralı asliye hukuk mahkemesi, c) İki den fazla asliye hukuk mahkemesi bulunan yerlerde ise 3 numaralı asliye hukuk mahkemesi*” görevlendirilmiştir. Görevlendirilen bu mahkemeler ihtisas mahkemesi olarak görev yapacaklardır.

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Kanunu 5. maddesinin 5. fıkrasına göre, hukuk mahkemeleri arasında iş dağılımının yapılması ve iş dağılımına ilişkin esaslar Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenir. Bu sebeple Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun mahkemeler arasındaki görev dağılımına ilişkin bu kararı mahkemeleri bağlayıcı mahiyette olup, mahkemelerce re’sen dikkate alınmalıdır<sup>418</sup>.

Genel mahkemeler ile ihtisas mahkemeleri (özel mahkemeler) arasındaki ilişki, görev ilişkisi niteliğindedir<sup>419</sup>. Mahkemelerin görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğu için, mahkeme, görev hususuna uyulup uyulmadığını re’sen incelemek durumundadır. Ayrıca bu husus karar kesinleşinceye kadar taraflarca ileri sürülebileceği gibi, Yargıtay tarafından da re’sen gözetilebilecektir<sup>420</sup>.

KHK’ da öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olduğundan, marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak ihtiyatî tedbir (KHK md. 76),

---

<sup>418</sup> Aynı doğrultuda bkz. Yarg. 11. HD.31.05.2005, E.2004/7837, K.2005/5668, Yarg.11 HD. T.24.05.2005, E.2004/7356, K.2005/5476 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>419</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.226.

<sup>420</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.226.



tesbit davalarında da (KHK 74) görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir<sup>421</sup>.

Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi(FSHM)' de açılması gereken bir dava genel mahkemelerde açılmış ise durum ne olacaktır? Burada açılmış olan davanın bulunduğu yerde ihtisas mahkemesinin olup olmamasına göre bir sonuca gidilecektir. Davanın açıldığı yerde ihtisas mahkemesi bulunmakta ise, mahkeme müddeabihe bakmaksızın görevsizliğine hükmederek, dosyanın görevli ihtisas mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Örneğin, İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesinde açılması gereken dava, İzmir Asliye Ticaret veyahut İzmir Sulh Mahkemesinde yani bu mahkemenin dışındaki herhangi bir mahkemede açılmış ise, dava açılan mahkeme görevsiz olduğuna hükmederek dosyanın görevli İzmir Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verecektir.

İhtisas mahkemesi bulunmayan yerlerde ise farklı durumlar karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki; dava, Asliye Hukuk Mahkemesi yerine başka bir mahkemede mesela Sulh Hukuk veya İş Mahkemesinde açılmış ise, mahkeme görevsizlik kararı vererek, dosyanın, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi sıfatıyla davaya bakmaya görevli Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verecektir<sup>422</sup>. Davanın açıldığı mahkeme, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi sıfatıyla davaya incelemeye görevli Asliye Hukuk Mahkemesi olmasına rağmen, dava Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi sıfatıyla açılmamış ise, mahkeme görevsizlik kararı vermeden davaya Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olarak bakmaya devam edecektir<sup>423</sup>. Davanın açıldığı mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesi olmasına rağmen, Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi sıfatıyla davaya bakabilecek olan mahkeme değilse, mahkeme yine görevsizliğine hükmederek, dosyanın Fikri ve Sınai Hukuk Mahkemesi sıfatıyla davaya bakmaya görevli Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verecektir. Örneğin, Konya ilinde halihazırda 4 adet Asliye Hukuk Mahkemesi bulunmaktadır. Dava, 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış ise, bu mahkeme görevsiz olduğuna hükmederek dosyanın 3. Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar verecektir.

KHK md. 71 uyarınca, KHK' da düzenlenen tüm davalarda ihtisas

---

<sup>421</sup> Arkan, C.II, s.259.

<sup>422</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.156.

<sup>423</sup> Kuru/Arslan/Yılman, s.227, Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1198.

mahkemeleri görevlidir. Bu maddeye göre, ihtisas mahkemelerinin bakacakları davaların yasal dayanağı KHK hükümleridir. Yine, taleplerin hukuki sebebini de ihlal edilen hakkın bahsettiği talep hakkını düzenleyen ilgili KHK hükmü oluşturacaktır. Buna göre, talebin hukuki dayanağını salt KHK' ya dayanıyor ise herhangi bir sorunla karşılaşılmayacak, ihtisas mahkemeleri doğrudan görevli olacaktır<sup>424</sup>. Örneğin, tescilli marka hakkına tecavüz halinde açılacak olan durdurma veya tazminat davasında durum böyledir. Ancak, uygulamada başkaca durumlar ile de karşılaşılabilir. Davalı eylemleri ile marka hakkına tecavüzle birlikte haksız rekabet hükümlerine de aykırı davranmış olabilir. Örneğin, tescilli bir markanın benzerini aynı türden bir ambalajın rengini ve formunu kullanarak satan mütejaviz, ürünle birlikte ambalajında da aynısını kullanması halinde, iki farklı hukuki durumu ihlal etmiş olacaktır. Zira, ambalaj rengi ve formu KHK' da korunmamaktadır. Ancak, bu kullanım TTK 57/b.5 uyarınca iltibasa sebebiyet veriyorsa haksız rekabet hükümleri uygulanacaktır. Bu iki vakıya dayanarak açılacak tek bir davada da, ister aynı anda her duruma ilişkin ayrı ayrı netice talep edilsin, istenirse bu talepler terditli ileri sürülmüş olsun, görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olacaktır<sup>425</sup>. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>426</sup>. Yargıtay başka bir kararında da, lisans alan davacının salt haksız rekabet hükümlerine dayanmasına rağmen, davacı lisans alan ile lisans verenin arasındaki lisans sözleşmesinin kapsamında, lisans verenin renk, desen, logo ve ambleminin yanında markayı da kullanabileceği yer aldığı için, görevli mahkemenin İhtisas Mahkemeleri olması gerektiğine hükmetmiştir<sup>427</sup>.

Karşı dava açısından durum nasıldır? İhtisas mahkemesinin görevine giren bir davaya karşılık olarak başka bir dava açılacak ise, karşı davanın müddeabihi veya niteliği ne olursa olsun, görevli mahkeme ihtisas mahkemesidir<sup>428</sup>. Örneğin, marka hakkı sahibinin, tescilli marka hakkına tecavüzden dolayı, ihtisas mahkemesinde açtığı dava ile mütejavizden tazminat talep etmesi halinde, karşı dava olarak alacak davası açmak isteyen davalı, bu davasını ihtisas mahkemesinde ileri sürebilecektir.

<sup>424</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1196.

<sup>425</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1196-1197.

<sup>426</sup> Yarg. 11. HD. T.05.02.2007, E.2005/14385, K.2007/1256, Yarg. 11. HD. T.03.07.2006, E.2005/7708, K.2006/7879, Yarg. 11. HD. T.24.05.2005, E.2004/7356, K.2005/5476 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>427</sup> Yarg. 11. HD. T.21.10.2008, E.2007/3542, K.2008/11578(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>428</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.654.

Yargıtay da aynı doğrultuda kararlar vermektedir<sup>429</sup>. Diğer bir ihtimal ise, genel mahkemelerde açılmış olan bir davaya karşı 556 sayılı KHK' da kaynaklanan bir karşı dava ikame edilecek ise, genel mahkemelerin görevli olup olamayacağıdır. Genel mahkemeler ile özel mahkemeler arasındaki ilişki görev ilişkisidir. İhtisas(özel) mahkemelerinin görev alanında bulunan bir uyuşmalığın, genel mahkemede görülmesi usul hukuku kurallarına göre kabul edilemez<sup>430</sup>. Bu sebeple, böyle bir durumda genel mahkemeler görevli olamayacağı için, mahkeme görevsizliğine hükmederek dosyanın ihtisas mahkemesine gönderilmesine karar verecektir<sup>431</sup>. Örneğin, ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilmemiş Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış olan bir alacak davasına karşı, tescilli marka hakkına tecavülden kaynaklanan tazminat davası ikame edilmek isteniyorsa bu davada genel mahkeme statüsünde olan Asliye Hukuk Mahkemesi görevli olamayacağı için, mahkeme görevsizliğine hükmederek dosyanın görevli ihtisas mahkemesine gönderilmesine karar verecektir.

Davaların birleştirilmesinde de aynı usul geçerlidir yani davalar ihtisas mahkemesinde birleştirilecektir. Kural olarak, aralarında bağlantı bulunan davalar aynı mahkemede ise talep üzerine, farklı mahkemede ise talep üzerine veya mahkemece re'sen ilk açılan dava üzerinde birleştirilir<sup>432</sup>. Genel mahkemede açılmış bir dava söz konusu iken, ihtisas mahkemesinin görev alanına giren başka bir dava daha sonra açılmış ise, bu durumda birleştirmeye ilişkin genel kural uygulandığı takdirde, dosyanın genel mahkemelerdeki dava üzerinde birleştirilmesine karar verilmesi gerekecektir. Bu durum, usul hukuku kurallarına göre kabul edilebilir bir durum değildir<sup>433</sup>. Bu sebeple, böyle bir durumda, davaların açılma zamanı yönünden öncelik sonralık ilişkisine bakılmaksızın, davalar ihtisas mahkemesinde birleştirilecektir. Yargıtay da bu hususta aynı görüştedir<sup>434</sup>.

Marka hakkına tecavüzle ilgili uyuşmazlıklar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar olduğundan, tahkim yoluyla da çözümlenebilir.

---

<sup>429</sup> Yarg. 11. HD. T.08.03.2002, E.2002/9879, K.2002/2077 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>430</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.226.

<sup>431</sup> **Yasaman/Yüksel**, C.II, s.1197.

<sup>432</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.600-603

<sup>433</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.226.

<sup>434</sup> Yarg.11.HD.T.25.04.2003, E.2003/3854, K.2003/3992.(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

İhtisas mahkemelerin kurulmuş olması, tahkime başvurulmasına engel değildir<sup>435</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, KHK md.71/II hükmü uyarınca, TPE'nin KHK hükümlerine göre aldığı kararlara karşı açılacak davalarda ve bu kararlardan zarar gören üçüncü kişilerin TPE aleyhine ikame edecekleri tam yargı davalarında görevli ve yetkili mahkeme Ankara ihtisas mahkemeleridir<sup>436</sup>. Dolayısıyla, TPE nezdinde yapılan marka başvurularına, itiraz eden üçüncü kişilerin bu itirazları üzerine açacakları iptal davalarında görevli ve yetkili mahkemeler Ankara ihtisas mahkemeleridir. **Darendeli**, sınai mülkiyet konusunun özel yasalarla adli yargının görev alanına sokulmasını, bu mülkiyet hakkının idare, ceza, hukuk ve ticaret mahkemelerinin tamamını ilgilendirmesinin etken olduğunu ve yasa koyucunun farklı yargı düzenlerinin uygulama ve yorum farklılıklarını ortadan kaldırma amacı taşıdığını belirtmektedir<sup>437</sup>.

## 2. Yetkili Mahkeme

Bu hususa ilişkin düzenleme, KHK md.63 te “hukuk davalarında yetkili mahkeme” başlığı ile yer almaktadır.

KHK md. 63/I hükmüne göre, “*marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.*” Madde metninde her ne kadar marka sahibinden bahsedilmiş ise de, KHK md. 73 şartları oluşmuşsa lisans alan ve aynı şekilde, tescil başvurusunda bulunan kişi de, başvurunun yayımlanmasından sonra meydana gelen tecavüz nedeniyle tazminat davasını bu madde hükmünde öngörülen yetkili mahkemelerde davasını ikame edebilir<sup>438</sup>. Yine madde metnindeki “üçüncü kişiler” ile mütecevizlerin kastedildiği sarıh bir şekilde anlaşılmaktadır<sup>439</sup>. Madde metninde kullanılan “suçun işlendiği yer” ibaresi hatalı olup, bu ifade tecavüz fiilinin

---

<sup>435</sup> **Arkan**, C.II, s.259.

<sup>436</sup> **Ayoğlu**, s.20.

<sup>437</sup> **Darendeli, A. Vahap**, Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara 2004, s.259.

<sup>438</sup> **Arkan**, C.II, s.260.

<sup>439</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1155.

gerçekleştiği yer olarak anlaşılmalıdır<sup>440</sup>. Zira gerek madde başlığı ve gerekse içeriğinden, burada kastedilen hukuk davaları olduğu açıktır.

Hal böyle olunca, KHK md. 63/I' e göre hukuk davaları; davacının ikametgahı, tecavüz fiilinin gerçekleştirildiği veya tecavüz fiillerinin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesinde açılabilir. Yine genel yetki kuralınca, davalının ikametgahında da açılabilir. Yetkili mahkemenin seçiminde, tercih hakkı davacındır<sup>441</sup>.

KHK md. 63/I' de öngörülmüş olan yetki, kesin yetki olmayıp, genel yetki kuralını düzenleyen ve HUMK md. 9/I' de düzenlenmiş olan “davalının ikametgâhı mahkemesinde” açılacağı kuralını ortadan kaldırmaz<sup>442</sup>. Zira bu düzenlemedeki amaç, yetkili mahkeme sayısını artırarak marka hakkı tecavüze uğrayan mağdura kolaylık sağlamaktır<sup>443</sup>. **Ergün**' e göre, buradaki yetki, her ne kadar kesin olmasa da, kamu düzenine ilişkidir. Gerekçe olarak da, sınai hakların nitelikleri itibariyle inhisari hak olduğunu ve aynı zamanda da uygulamaları bakımından ülkesel nitelikte olduğunu, Türkiye'de de sınai hakların uygulanması ülkesel olduğu için, sınai haklara ilişkin hukuk davalarının kamu düzenine ilişkin olduğunu belirtmiştir<sup>444</sup>.

KHK md.63/I' de öngörülen yetki kuralı, öncelikle tecavüz fiilini gerçekleştirenlere karşı açılan davalarda işlerlik kazanacaktır. Buna KHK md.61'e göre marka hakkına tecavüz edildiği tespit edilir ise, KHK md.63/I deki yetkili mahkemelerin herhangi birisinde veya genel yetki kuralı gereği mütecavizin ikametgahında dava açılabilir. Yine, bu sebeple, sözleşmeden doğan davalarda KHK md.63/I uygulama alanı bulamayacaktır. Örneğin lisans sözleşmesi ile üçüncü kişilerin kullanıma sunulmuş marka hakkı mevcut ise ve lisans alan da sözleşme

<sup>440</sup> **Arkan**, C.II, s.259, dpn. 33.

<sup>441</sup> Yarg.11. HD. T.16.04.2001, E.2001/1084, K.2001/3234.

<sup>442</sup> **Arkan**, C.II, s.260, **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel**, C.II, s.1155,

<sup>443</sup> **Camcı**, s.132.

<sup>444</sup> **Ergün, Mevci**, Sınai Mülkiyet Hakları Konusunda Açılacak Hukuk Davalarında Mahkeme Yetkisinin Niteliği ve Tenfiz, BATİDER, 2000, C.XX, S.3, s.110-111. Bu gerekçeden yola çıkan Mevci, Türkiye'de tescilli bir markanın korunmasına ilişkin (tazminat, el koyma.vs) verilmiş bir yabancı mahkeme kararı mevcut ise, kararı veren mahkemenin Paris Sözleşmesi ve Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasına taraf olması ve kararda bu anlaşmalarda belirlenen hükümleri uygulanması şartlarının aranması gerektiğini, bu şartların her ikisi de mevcut ise yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz edilebileceğini, şartlardan herhangi birinin bulunmaması halinde ise Marka hakkının korunmasına ilişkin Türk Mahkemelerinin yetkisinin kamu düzenine ilişkin olması gerekçesi ile yabancı mahkeme kararının tenfiz edilemeyeceğini belirtmektedir. (**Mevci**, Tenfiz, s.112-114)

hükümlerine aykırı hareket etmiş ise, KHK md. 63/I de gösterilen yerlerde değil, genel yetki kuralı çerçevesinde dava ikame edilecektir. Yalnız lisans alanın sözleşmeye aykırı bu eylemi, KHK md. 61/ d kapsamına girmekte ise bu durumda marka hakkına tecavüzden bahsedileceği için, KHK md.63/I de düzenlenen mahkemelerde dava ikame edilebilecektir.

İhtiyatî tedbirde görevli ve yetkili mahkeme konusunun, talebin esas hakkında dava açılmadan önce veya dava ile birlikte yapılması haline göre ayrı ayrı incelenmesi gerekir. İhtiyatî tedbir konusunda görevli mahkeme, ihtisas mahkemeleridir (KHK 71/1)<sup>445</sup>. Böylece ihtiyatî tedbir konusunun, markalarla ilgili uyuşmazlıklara bakmakla görevli uzman mahkemeler eliyle karara bağlanması sağlanmış olmaktadır. Yetkili mahkemenin hangisi olduğu hususu ise tartışmalıdır. **Arkan**, HUMK 104 uyarınca, ihtiyati tedbirin en az masrafla açılacağı ve en çabuk ifa edileceği yerde istenebilmesine ilişkin kuralın pratik bir önemi kalmadığını, zira KHK 63/I'de öngörülen “davacının ikametgâhının olduğu veya suçun işlendiği ya da tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki” mahkemelerin aynı zamanda ihtiyatî tedbirlerin "en az masrafla ve en çabuk ifa olunacağı" yer anlamına geldiğini, dolayısıyla KHK 63/I in bu amaca uygun olduğunu ifade etmektedir.<sup>446</sup> **Yasaman** ise, yabancı hukuk düzenlerinde olduğu gibi, esas dava için yetkili kılınan mahkemelerin davadan önce talep edilen ihtiyati tedbirler bakımından da yetkili olmasına ilişkin bir hükmün öngörülmesinin yerinde olacağını; ancak yürürlükteki hukuk bakımından davadan önceki tedbirlerde yetki bakımından bir sınırlama olmadığını ve HUMK 104/I hükmü uyarınca tedbirin en az masrafla ve en çabuk yerine getirilmesini mümkün kılan yer mahkemesinin yetkili bulunduğunu<sup>447</sup> kabul etmektedir.<sup>448</sup>

Davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde ise, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise, Türk Patent Enstitüsünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir (KHK md. 63/II).

---

<sup>445</sup> **Yördem**, s.343.

<sup>446</sup> **Arkan**, C.II, s.228

<sup>447</sup> **Bayrak**, s.59.

<sup>448</sup> **Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoglu/Yüksel**, C.II, s.1211.

Arkan, bu durumu kesin yetki olarak değerlendirmektedir<sup>449</sup>.

Üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye’de ikamet etmemesi halinde, ikinci fıkra hükmü uygulanır.(KHK md.63/III)

KHK md. 63/IV’ te, birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda yetkili mahkemenin, ilk davanın açıldığı mahkeme olacağı belirtilmiştir. Bu hükmün amacı, marka hakkına birden fazla kişi tarafından tecavüz olunması halinde davaların aynı mahkemede toplanmasını sağlamaktır<sup>450</sup>. Dolayısıyla, ister tek bir tecavüz fiili birden çok kişi tarafından gerçekleştirilsin, isterse farklı tecavüz fiilleri farklı farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsun, bu madde hükmü uygulanacaktır. Örneğin, taklit markalı ürünü üreten, dağıtımını yapan ve bu malları satışa arz eden kişilerin ikametgahları farklı ile olsa, söz konusu ise bu kişiler hakkında aynı yerdeki mahkemede dava açılabilir. Bu kişiler aleyhine aynı anda dava açılacak ise, yetkili olan herhangi bir mahkemede açılabilir. Farklı zamanlarda dava açılacak ise, bu kişilerden hangisine daha önce dava açılmış ise, o mahkeme yetkilidir<sup>451</sup>. Daha önce açılmış bir dava bulunmakta ise, mütecaviz diğer kişi aleyhine sonradan dava açılmış ise, davalar ilk mahkemede birleştirilecektir<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> Arkan, C.II, s.260.

<sup>450</sup> Arkan, C.II, s.260.

<sup>451</sup> Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.II, s.1156.

<sup>452</sup> Kuru/Arslan/Yasaman, s.600-602.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK CEZAI TALEPLER

#### I.GENEL OLARAK

Marka hakkına tecavüzün cezai hükümleri 5833 sayılı yasa öncesi de KHK'nın 61/A maddesinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. ve 2008/ 2 K. sayılı kararı<sup>453</sup> ile, suçta ve cezada kanunilik bulunmadığı gerekçesiyle bu maddenin (c) bendini iptal etmesi üzerine, kanun koyucu tarafından Markaların Korunması Hakkında KHK'da Değişiklik Yapılmasına Dair 5833 sayılı Kanun<sup>454</sup> yürürlüğe konulmuş ve bu kanun ile 61/A maddesi yeniden kaleme alınmıştır.

5833 sayılı yasa sonrası KHK md.61/A düzenlemesi şu şekilde olmuştur. *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

*Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.*

*Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*

*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır.*

*Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.*

---

<sup>453</sup> 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>454</sup> 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



*Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışı arz eden veya satan bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasının sağlanması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.”*

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce 556 sayılı KHK'nın 9. Ve 61. Maddelerinde yer alan fiiller, md.61/A-c bendi gereğince ceza yaptırımına tabiydiler. 5833 sayılı yasa ile getirilen düzenleme ile 556 sayılı KHK'nın önceki halinden farklı olarak, 9. ve 61. Maddelerde yer alan fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Ancak, KHK'nın yeni düzenlemesi ile 61/A I.fıkırdaki iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek üreten, satan vs kişiler cezalandırılacağı ve iktibas ve iltibasında KHK md.9 (a)-(b) ve 61 (a) ve (b)'yi işaret ettiği için, bu maddelerin bazı kısımları dolaylı olarak yine cezai korumadan yararlanmaktadırlar<sup>455</sup>.

5833 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle KHK md.61/A'da daha önce iştirak hükümlerini düzenleyen (e) bendi ile tescilli markaya tecavüz teşkil eden markanın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınma suçunu düzenleyen (f) bendindeki bu suçlara yer verilmemiş, dolayısıyla bu bentler yürürlükten kalkmıştır.

Her ne kadar bu bentler yürürlükten kalkmış olsa da suça iştirak hükümlerine TCK'daki iştirak hükümleri uygulanabilecektir<sup>456</sup>. Yine tecavüz teşkil eden malın nereden alındığı veya nasıl sağlandığı bildirmekten kaçınma ise KHK md.61/A son fıkrası ile cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir<sup>457</sup>. Bu durum etkin pişmanlıktır. Buna göre, satıcı veya toptancı gibi failer, malın kaynağını ortaya çıkarmayı sağlayan bilgi vermeleri halinde cezaya hükmolunmayacaktır. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere, dava açılmasına engel olmamakla beraber, dava aşamasında bu hükme uyan sanığa ceza verilmeyecektir. Doğal olarak soruşturma aşamasında faydalı bilgiyi veren şüpheliye de dava açılmaması gerekecektir<sup>458</sup>.

KHK md.61/A yeni şekline göre, marka ihlalleri suçla korunan hukuki yarar

<sup>455</sup> **Özen, Mustafa**, Marka Hakkına Karşı Suçlar ve Yaptırımları, Ankara Barosu Fikri mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y.9, C.9, S.2009/2, s.73-74.

<sup>456</sup> **Güneş, İlhami**, Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Ankara 2009, s.173.

<sup>457</sup> **Özen**, s.74.

<sup>458</sup> **Güneş**, s.173.

bakımından üç ana gruptur. Bunlar, (I)doğrudan doğruya üretim ve ticarete marka ihlali ve (II) marka korumasını gösteren işaretin kaldırılması ile (III) marka üzerinde yetkisiz tasarruflarda bulunmak eylemlerinden ibarettir. Suçun manevi unsuru kasttır.

Belirtmekte fayda var ki, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra, Yargıtay 7. Ceza Dairesi yayınlanmamış T.23.02.2009, E.2007/14317, K.2009/2264 sayılı kararı ile Kanun Hükmünde Kararnameler ile ceza hükmü öngörülmesinin TCK md.2’de belirlenen kanunilik ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca yine bu suçların daha önce marka hukuku alanında yapılan özel yasa ile düzenlendiği için Türk Ticaret Kanunundaki haksız rekabet konusundaki ceza hükümleri ile de ikame edilemeyeceğini, bu sebeple Anayasa Mahkemesinin kararı üzerine 556 sayılı KHK’de düzenlenen ceza hükümlerinin zımnen ilga edildiğini belirtmiştir<sup>459</sup> ve bu hususlardaki dosyalar için beraat kararları vermiştir.

## II. KHK md.61/A’DA DÜZENLENEN MARKA İHLALİ SUÇLARI

### 1. Markanın İktibas veya İltibas

Bu suç KHK md.61/A I. fıkrada düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, başkasına ait marka hakkına iktibas (alıntı) veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet, üreten, satışa arz eden veya satan, kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Bu suçun maddi unsurları alıntı ve iltibas unsurları ile satış ve üretim eylemleridir.

İktibas ve iltibas kavramları KHK’da tanımlanmış değildir. İktibasın sözcük anlamı “aynen alıntı” demek olup, marka hukuku açısından, markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması olarak tarif edilir<sup>460</sup>. Bu doktrinde markayı taklit olarak değerlendirilmektedir<sup>461</sup>. İşaretin marka ile aynı

<sup>459</sup> FMR, S.2009/2, s.119 (naklen: **Güneş**, s.189)

<sup>460</sup> **Güneş**, s.174.

<sup>461</sup> **Ergün**, s.147, **Keskin, Serap**, Fikri(Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara 2003, s.133, **Meran**, s. 351.

olması ikisi arasında fark olmaması, tıpatıp aynı olmaları demektir<sup>462</sup>.

Bu sebeple, KHK md. 9/I (a) ve KHK md.61/I (b) de düzenlenmiş olan marka hakkına tecavüz eylemleri, markanın iktibas olduğu belirtilmektedir<sup>463</sup>.

İltibasın sözlük anlamı ise “iki veya daha çok şeyin biri öteki sanılacak surette birbirine benzemesidir”<sup>464</sup>. Buna “dış görünüşü itibariyle benzetmek” diyen yazarlar da vardır<sup>465</sup>. İltibas, yanıltıcı benzerlik olarak özetlenebilir. İltibasta önemli olan husus, aynı veya benzer nitelikteki markanın kullanılmasının diğer marka ile “karışıklığa” sebebiyet vermesidir. Bunun değerlendirmesi yapılırken orta kültür ve zekâdaki tüketici yani ortalama tüketici üzerindeki intibain esas alınması gerekir.

KHK md.9/I (b)'de düzenlenmiş olan marka hakkına tecavüz eylemi iltibas olarak değerlendirilmektedir<sup>466</sup>.

Özetle markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerine “iktibas”, benzerine ise “iltibas” denilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, KHK md.61/A I.fikrasına göre, tescilli markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini veya ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırma ihtimaline yol açacak kadar benzerini satan, dağıtan veya ticari amaçla elinde bulunduran kişi cezalandırılacaktır.

Bu suçta fail öncelikle iktibas veya iltibasla marka hakkına tecavüz eylemini gerçekleştirmesi ve bununla beraber malın satışı veya dağıtımını veya ticari amaçla elinde bulundurması da gerekecektir. Yani malın iktibas veya iltibas tek başına suçun meydana gelmesi için yeterli değildir. Bunun yanında seçimlik hareketle düzenlenmiş<sup>467</sup> olan satma, dağıtma vs. eylemlerden birisinin daha gerçekleştirmesi gerekecektir.

Yalnız burada belirtmekte fayda var ki, markanın taklit edilmesi(iktibas) aynı zamanda TCK md. 204'e göre resmi evrakta sahtecilik suçunu da oluşturabilir. Bu sebeple, taklit edilmekle birlikte malın satışı, dağıtımını vs. de yapılmışsa KHK

---

<sup>462</sup> Güneş, s.176.

<sup>463</sup> Keskin, s.133-139.

<sup>464</sup> Battal, s.4.

<sup>465</sup> Ünlüöner, Battal, Yaylı, Yüksel, s.4,

<sup>466</sup> Keskin, s.133.

<sup>467</sup> Keskin, s.141.

md.61/A I.fıkraya da aykırılık söz konusu olacağı için burada içtima hükümlerine göre en ağır ceza verilmesi gerekecektir<sup>468</sup>.

Sanığın eylemi yalnızca taklit etmekle kalmış ama malın satışını gerçekleştirememiş ise, bu durumda şartları varsa bu maddedeki suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ve aynı zamanda da TCK md.204'de düzenlenmiş olan resmi evrakta sahtecilik suçunun oluştuğu söylenebilecektir<sup>469</sup>.

Fail satım, dağıtım vs. eylemlerinin tümünü aynı anda gerçekleştirmiş olsa dahi tek bir eylemden sorumlu olacaktır.

Suçun oluşması açısından bu seçimlik hareketlerden birisinin varlığı yeterli olup, ayrıca zararın gerçekleşmesi aranmaz.

Suçun manevi unsuru kast olup, kastın varlığı sanığın bu durumu bilmesi veya bilebilecek durumda olmasına bağlıdır. Uzun süredir aynı işi yapan kişinin yaptığı iş dolayısıyla ürünlerin taklit veya iltibaslı olduğunu bildiği kabul edilir<sup>470</sup>.

Bu düzenlemedeki suç tehlike suçu olduğu için, hareketin bölünebilmesi durumunda teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

## **2. Marka Tescilini Gösteren İşaretin Kaldırılması**

Bilindiği üzere, ürün veya ambalajı üzerine o ürünün markasının korunduğu mesajını veren genellikle “TM” veya ®<sup>471</sup> ile gösterilen işaretler konulmaktadır. Toplumun hemen her kesimine göre bu işaretleri taşıyan ürünün tescilli olduğu veya yetkili makamlar tarafından denetime tutulduğuna dair bir imajı vardır. Dolayısıyla bu işaretler tüketiciye güven aşılmağa olup, markanın güven ilkesine hizmet etmektedirler.

KHK md.61/A II.fıkrası, işaretin mal üzerine haklı olarak konulmuş olması ön koşuluyla yani tescilli marka hakkı sahibi tarafından bu işaretlerin konulması koşuluyla, işaretlerin yetkisiz olarak kaldırılmasını suç olarak düzenlemiştir. Bu işaretler kasten silinir, kazınır veya herhangi bir yöntemle kaldırılır ise suçun

---

<sup>468</sup> . **Özen**, s.64-65.

<sup>469</sup> **Özen**, s.64-65.

<sup>470</sup> Yarg. 7. CD. T.20.10.2000, E.2000/10157, K.2000/13353 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>471</sup> Tescillidir anlamına gelen İngilizce, “registered” sözcüğünün kısaltmasıdır.

unsurlarını gerçekleştirmiş olur.

Bu suçun manevi unsuru kasttır.

Tüketicilerin satın aldıkları ürünlerdeki bu işareti kaldırmaları suç kapsamında değildir, zira tüketicilerin mülkiyet hakkına dayalı olarak mal üzerinde tasarrufta bulunmaları serbesttir.

### **3. Tasarruf Yetkisi Bulunmadığı Halde Marka Hakkına İlişkin Hukuki İşlemlerde Bulunmak**

KHK md.61/A III. fıkrasında düzenlenmiş olan bu suça göre, yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnemek suretiyle tasarrufta bulunan kişi cezalandırılmaktadır.

Marka korumasının sağladığı haklar üzerinde tasarruf, tescil sahibi için tanınmış olduğundan hakkı olmadan marka hakkını belirtilen biçimlerde tasarruf edenlerin eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. KHK’de belirtilen tasarruf işlemleri markayı devretme, satma, rehin verme, miras yoluyla intikal ettirme veya hak üzerinde işlemler yapma şeklindedir<sup>472</sup>. Bu sebeple, marka hakkı sahibine ait olan bu tasarruf işlemlerinin yetkisiz kişi tarafından yapılan işlemler, ticaret alanındaki güven ve dürüstlüğü zedeleyeceği gerekçesi ile suç kapsamına alınmıştır. Burada kamusal bir yarar amaçlanmıştır<sup>473</sup>.

Madde metninde suç oluşturan eylemler devir, rehin, satış ve kiralamak olarak belirtilmişse de bu hususlar örnek kabilinden verilmiş olup, maddedeki sayım tahdidi değildir. Zira, metinde yer alan “ tasarruf “ ibaresi geniş kapsamlı anlaşılması gerektiğini göstermektedir. Bu sebeple metinde yer almasa bile, örneğin marka hakkının bağış sözleşmesine konu edilmesi de bu suç kapsamında yaptırma tabi olacaktır. Maddede düzenlenmiş olan bu suçlar şekli nitelikte ve seçimlik hareketli olup, failin bu veya başkaca tasarruf işlemlerinden herhangi birisini gerçekleştirmesi suçun oluşumu açısından yeterlidir.

Lisans sözleşmeleri, aksine hüküm yok ise kural olarak adi lisanstır. Adi lisans alanlar ise, lisans konusu markaya ilişkin bir başkasıyla lisans sözleşmesi

---

<sup>472</sup> Güneş, s.192.

<sup>473</sup> Aydın, Hüseyin, Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2003, s.68.

yapamazlar, alt lisans veremezler, markayı devredemezler. Lisans alanın bu duruma aykırı hareket etmesi halinde kanunun bu maddesinde düzenlenmiş olan suçu işlemiş olur. Sözleşmeye konu lisans, inhisari lisans ise, bu kez lisans veren, başkasına lisans veremeyeceği gibi hakkını açıkça saklı tutmamışsa bizzat da markayı kullanamaz. Aksi durum kanunun bu maddesine aykırılık teşkil eder.

Yine marka sahibinin vefatı halinde, marka hakkı mirasçılarında iştirak halinde mülkiyet esasına göre malik olacaklardır. İştirak halinde mülkiyette ise tüm maliklerin beraber hareket etme mecburiyetleri bulunmaktadır. Bu durumda maliklerin her biri ayrı ayrı hak sahibi olduğu halde beraber tasarruf etme mecburiyetleri vardır. Mirasçılardan herhangi birisinin tek başına marka hakkı üzerinde devir, rehin..vs. tasarruf işlemi yapması halinde yine suç oluşmuş olacaktır.

Yasa, açıkça, tarafların marka hukukuna dair yaptıkları bir sözleşmenin içeriğindeki yetkilerin aşılmasını, sözleşme sınırları dışında tasarruflarda bulunmayı suç olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Marka sahibi markasını yazılı olarak devrettiği halde, her nasılsa bu devir sicile kaydedilmese bile markayı tekrar başkasına devredemez, rehin ya da lisans veremez. Bu eylemler madde kapsamında suç sayılacaktır<sup>474</sup>.

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Dolayısıyla, fail, hak veya tasarruf yetkisi olup olmadığı konusunda esaslı bir hataya düşmüş ise manevi unsur eksik olacağından suç oluşmayacaktır.

### III. HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

#### 1. Marka Hakkının Tükenmesi, İlk Satış Hakkı

Bu husus KHK md.13'te düzenlenmektedir.

KKH md. 13'te düzenlenmiş bu duruma, doktrinde "tükenme ilkesi" denilmektedir<sup>475</sup>. Buna göre tükenme ilkesi, marka sahibi veya onun rızası dâhilinde üçüncü kişiler tarafından belli bir coğrafi bölgede piyasaya sunulan markalı malların tedavülüne marka hakkına dayanılarak engel olunamamasını ifade eder<sup>476</sup>. Marka

<sup>474</sup> Güneş, s.192-193.

<sup>475</sup> Güneş, s.193, Keskin, s.146, Yasaman/ Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.I, s.538,

<sup>476</sup> Yasaman Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.I, s.539.

sahibi markasını taşıyan ürünü ilk olarak piyasaya sunması ile marka hakkı üzerindeki tekel hakkını kullanmış olmaktadır. Malın piyasaya sunulmasından sonra da bu tekel hakkının devam etmesi, piyasayı ve fiyat dengelerini marka sahiplerine bırakmak olur ki, bu durum ticari hayat açısından tahammül edilemez sonuçlar doğurur.

Burada tükenen hak, markalı malların üçüncü kişilerce yeniden piyasaya sürülmesini engelleyen haklardır. Yoksa KHK'dan kaynaklanan diğer haklar sona ermiş değildir.

Tükenme ilkesinde ülkesellik ilkesi geçerlidir. Buna göre, hak sahibince A ülkesinde piyasaya sürülmesi ile, ürünü açısından B ülkesindeki yetkilerinin tükenmeyeceği, hakkın sadece o ürün açısından A ülkesinde tükendiği ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkenin doğal sonucu olarak, mal üzerindeki fikri-sınai hak A ülkesinde tükenmekle birlikte; B ülkesine girdiği anda (koruma koşulları bu ülkede gerçekleşmiş olmak kaydıyla) bu kez B ülkesinin fikri-sınai hak sahibine tanıdığı yetkiler nedeniyle ve bu yetkiler çerçevesinde yeniden canlanmaktadır<sup>477</sup>.

**Güneş'** e göre, KHK md. 13'te düzenlenmiş bu hüküm, "marka sahibi tarafından-veya onun izniyle- markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz" şeklinde anlaşılmalıdır<sup>478</sup>. Dolayısı ile marka sahibi, markasını taşıyan malları piyasaya sunduktan sonra, üçüncü kişilerin bu malların ticaretini yapmasına ve bu arada markayı, malla ilgili reklamlarda kullanmasına da karşı çıkamaz. Yani markalı ürünler, ülke içinde marka sahibinin rızasıyla veya onayı ile herhangi bir şekilde bir defa piyasaya çıktıktan sonra, devam eden aşamalardaki eylemler ve işlemler için marka hakkı sahibinin müdahale hakkı bulunmamaktadır

Tükenme ilkesi hizmet markalarına uymadığı için sadece ticaret-mal-markalarında geçerlidir<sup>479</sup>.

Piyasaya sunulmuş olma satış, kiralama vs. değişik şekillerde yapılabilir.

---

<sup>477</sup> Aydın, s.84.

<sup>478</sup> Güneş, s.194.

<sup>479</sup> Arkan, C.II, s.135.

Ücret karşılığı olup olmaması da önemli değildir<sup>480</sup>.

KHK md.13/II gereği, piyasaya ilk sunuş nedeniyle marka hakkı tükenen marka sahibi, sadece bir durumda sonraki satışlara veya işlemlere müdahale edebilir. Buna göre, markayı taşıyan malların kalitesinin bozulması, değiştirilmesi suretiyle ticaret alanında kullanılması halinde marka sahibi marka hakkına dayanarak engelleyebilir. Örneğin, bir bonbon şekerinin içine likör konulup yeniden ambalajlanıp aynı marka altında satılmasına marka sahibi engel olabilir, zira bu durum ürünün tadını değiştirebilir, kalitesini bozabilir ve dolayısıyla markanın itibarını zedeleyebilir. Bu istisnanın tanınmasının sebebi, marka ile ürün dolayısıyla işletme arasındaki bağı korumak, markanın işletmesel köken ve kalite garantisini korumaktır<sup>481</sup>.

Revizyonlu ve tamir görmüş özgün ürünler de tükenme ilkesine istisna oluşturur ve bu tür ürünlerle ilgili ticari eylemler gereğince ihlal oluşturur. Uygulamada sıklıkla rulman, balata vb ürünlerin kullanılmış, eskimiş olanlarının elden geçirilerek yeniden paketlenip satışa sunulması eylemleri bu bağlamdadır. Marka sahibinin bu tür revizyonlu ürünlere, nitelikleri değiştirildiği ve kaliteleri yeni olan özgün ürünlere göre düşük olduğundan markanın itibarını korumak adına müdahale hakkı bulunmaktadır<sup>482</sup>.

## 2. Markanın Dürüstçe Kullanılması

Bu düzenleme KHK md.12’de düzenlenmiştir. Buna göre, dürüstçe ve ticari, sınai konularla ilgili olarak kullanma koşuluyla üçüncü kişilerin ad ve adres, mal ve hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim ve sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarına marka sahibi engel olamaz. Örneğin, “Yeşilçam” markası sahibi, ticari işletmesi bu adı taşıyan sokakta veya semtte olan bir başka tacirin, bu sözcüğü ürettiği malların üzerine adresini göstermek amacıyla kullanmasını engelleyemez.

Bu istisnanın uygulanmasında ana koşul, kullanımın ticari ve sınai

---

<sup>480</sup> Arkan, Sabih, Marka Hakkının Tüketilmesi, s.203 (naklen: Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel, C.I, s.567)

<sup>481</sup> Güneş, s.196.

<sup>482</sup> Güneş, s.197.



konularda geçerli olan dürüstlük kurallarına uygun olmasıdır. Örneğin, “Hacı Şakir” markası sahibi, adı soyadı markayla aynı olan kişinin ticaret unvanı olarak veya kolektif ortaklık unvanı olarak kullanmasına engel olamaz<sup>483</sup>.

Yine, tescilli bir markanın unvan, adres, malla ilgili belirtici, tanımlayıcı olarak kullanımı dışında doğrudan doğruya kullanımı olanaklıdır, bu suç kapsamında değerlendirilmez. Örneğin, araç tampon üreticisi, üretmiş olduğu tamponlara uygun araçları aynen yazarak gösterebilir. Yargıtay bir kararında, “....servis hizmeti veren ir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şekilde yazmak koşuluyla işyerinde belirtilen markalı araçlara hizmet verildiğini göstermek bakımından marka sahibin iznine gerek olmadan...” diyerek<sup>484</sup>, markanın kendi ticari faaliyetini göstermek için ikinci unsur olarak kullanılabilmesine hükmetmiştir.

#### IV. BU SUÇLARA İLİŞKİN ORTAK ÖZELLİKLER

KHK md. 61/A’ da düzenlenen üç suçunda soruşturması ve kovuşturması şikâyete bağlı olup, aynı zamanda davaya konu markanın Türkiye’de tescilli olma zorunluluğu da bulunmaktadır. Dolayısı tescilli olmayan markalar (örneğin tanınmış markalar) hakkında bu suçların işlenmesi halinde faile ceza verilemeyecektir. Yine soruşturmanın takibi şikayet bağlı olduğu için fiil ve failin tespitinden üzerinden 6 ay içerisinde şikayetin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

KHK 61/A I.ve III. fıkrada düzenlenmiş olan suç kasten işlenebilir. Burada kast doğrudan kasttır. Özel kast aranmamıştır. KHK md.61/A II. Fıkrada düzenlenmiş olan suçta kasten işlenebilir bir suç olup, doğrudan veya dolaylı kastla işlenebilir. Burada da özel kast aranmamıştır<sup>485</sup>

KHK md.61/A’da düzenlenmiş tüm suçların faileri herkes olabilir. Bu nedenle özgü suç değildir. KHK md. 61/A IV. Fıkra hükmüne göre, failin tüzel kişi organı veya temsilcisi olması halinde, cezai yaptırım bakımından TCK md.45’ te belirtilen hapis ve adli para cezası uygulanacaktır.

---

<sup>483</sup> Güneş, s.197.

<sup>484</sup> Yarg. 11. HD. T.03.10.2003, E.2003/2346, K.2003/8743 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı), ayı yönde bkz.Yarg. 11. HD. T.03.03.2008, E.2007/186, K.2008/7307(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)

<sup>485</sup> Özen, s.64.

Bu suçların mağduru herkes olabilir. Suçun doğrudan mağduru marka sahibi, dolaylı mağduru ise toplumdur. Çünkü marka hakkının taklidi aynı zamanda evrakta sahtecilik suçunun gerçekleştirilmesidir. Gerçek kişiler gibi tüzel kişilerde mağdur olabilirler<sup>486</sup>.

Bu suçların tamamı iştirak halinde işlenebilir suçlardır. Bu sebeple TCK md.40 burada uygulama alanı bulacaktır.

Suçta konu ürünün müsadere<sup>487</sup>, suçların içtimaı, ertelenmesi, dava zamanaşımı, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, uzlaşma ve kanun yollarında Ceza Muhakemesi Kanunu(CMK) ve TCK'daki ilgili hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Suçlarda görevli mahkemeler, Fikri ve Sınai Ceza Mahkemesi olan yerlerde bu mahkemeler, olmayan yerlerde ise Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi sıfatıyla görev yapacak olan o yerdeki Asliye Ceza Mahkemesi olup, bu mahkemeler, o yerde bir adet Asliye Caza Mahkemesi var ise bu mahkeme, iki Asliye Ceza Mahkemesi bulunmakta ise 1. Asliye Ceza Mahkemesi, üç veya daha fazla Asliye Ceza Mahkemesi bulunmakta ise 3. Asliye Ceza Mahkemeleridir.

Yine yetkili mahkeme ise suçun işlendiği yer mahkemesidir.(CMK md.12/1)

---

<sup>486</sup> **Özen**, s.66

<sup>487</sup> **Albayrak, Mustafa**, Markaların Korunması Hakkında KHK'ya Göre Müsadere, FMR, Y.3, C.3, S.2003/2, s.20 vd.

## SONUÇ

Toplumdaki marka bilinci arttıkça, markanın sahip olduğu müşteri çevresi, itibarı ve ekonomik getirisi açısından da önemi artmakta ve bu sebeple korumanın nasıl ve hangi şartlarda yapılacağı, içeriğinin ve sınırlarının neler olabileceği de önem kazanmaktadır.

556 sayılı KHK kural olarak, sadece bu Kararname hükümlerine uygun olarak marka siciline tescil edilmiş markalara koruma sağlamaktadır.(KHK m 1/I,6) Dünyaca tanınmış markalar (KHK m 7/I, 1) ile önceye dayalı hak edinme (KHK m 8/III) bu tescile dayalı korunmanın istinasını oluşturmaktadır.

Bu anlamda KHK'nın belirlediği şartlara riayet edilerek TPE'ye başvuru ve tescil ettirilerek ilanı sağlanan markaya karşı, KHK'nın 61. maddesi ve bu madde atfı ile 9. maddesine aykırı eylem ve diğer faaliyetleri KHK bir sonuca bağlamış ve md. 61/A ve devamı maddeleri ile hukuki ve cezai başvuru yolları, açılacak davalar belirlenmiştir.

Marka hakkına tecavüz halleri KHK md. 61'de ve bu madde atfı ile KHK md.9'da düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, marka ile aynı veya benzer sınıflardaki markalar ile taklit edilmesi(iktibas) veya ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali (iltibası), yine tanınmış marka sahibinin rızası hilafına markanın itibarına zarar verilmesi veya itibarından istifade edilmesi eylemleri marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Bu eylemlerin varlığı halinde marka sahibi, işaretin mal veya ambalaj üzerine konulmasını, işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya stoklanması, işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasını, işaretin iş evrakı ve reklamlarda kullanılmasını ve internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanılmasını engelleyebilecektir. Bu durumlardan "*işareti taşıyan malların gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*" 5833 sayılı yasa ile getirilmiş bir düzenlemedir. Söz konusu değişiklikten önce KHK'daki mevcut düzenlemede marka hakkına tecavüz teşkil eden malların ithali ve ihracı yasaklanabileceği şeklinde düzenlenmekte idi. Bu değişiklik özellikle transit geçen malların hukuki durumu netlik kazanmış olmaktadır. Zira bu

değişiklikten önceki durumunda, transit geçen mallar hakkına marka hakkına tecavüz eyleminin söz konusu olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir konuydu. Aynı şekilde yargı uygulamalarında da sorunlar yaşanmaktaydı. Bu düzenleme ile artık transit geçen mallarında marka hakkına tecavüz teşkil edeceği netleştirilmiş olup, böylece gerek doktrindeki görüş farklılıkları giderilmiş olmakta ve gerekse yargı uygulamalarındaki farklılığın önüne geçilmiş olmaktadır. Yine bu durumlardan “*internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanmasının*” engellenmesi de 5833 sayılı yasa ile getirilmiş bir düzenlemedir. Eklenen bu madde son derece önemli ve yerinde bir düzenlemedir. Zira, gelişen teknoloji ile internet kullanımının hızla arttığı, internetin ticari hayatın vazgeçilmezlerinden olduğu, yine bu durum sebebiyle internet ortamında marka hakkı ihlallerinin sık yaşanmağa başladığı artık yadsınamaz bir gerçektir. Hal böyle iken kanun koyucunun bu duruma sessiz kalması beklenemezdi. Bu düzenleme ile web sitesi(alan adı), yönlendirici kod, anahtar sözcük ve benzeri yöntemlerle marka hakkı tecavüzünün önüne geçilebilecektir. Bu düzenlemeden önce de internet ortamındaki ihlallerin haksız rekabet müessesine göre korunabileceği veya KHK md.9/II’deki sayımın tahdidi olmadığı gerekçesi ile bu hükme sokulabileceği doktrin tarafından kabule edilmekteydi. Yine de KHK’da doğrudan düzenlenmemiş bir metnin uygulamada zaman zaman sorunlar çıkaracağı, hangi tür kullanımların yasaklama kapsamında olacağı tartışmaya açıktı. Kanunkoyucu bu düzenleme ile, KHK’nın önceki mevcut durumundan veya haksız rekabetin uygulanmasından doğabilecek bu aksaklıkların önüne geçmek, marka hakkını özel olarak koyduğu bir madde ile korumak istemiştir.

KHK md.61’deki diğer marka hakkına tecavüz halleri ise; markayı taklit etmek(iktibas), tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkartmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticarî amaçla elde bulundurmak, lisans yoluyla verilmiş hakları genişletmek veya devretmek şeklindedir. KHK md.9’ a paralel olacak şekilde bu maddede de “*gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işleme veya kullanıma tabi tutmak*” ibaresi eklenmiş olup, yukarıda da izahı yapıldığı üzere bu durum özellikle “transit geçen” malların tecavüz teşkil edip etmeyeceğine dair farklı uygulamaları sonlandırmaya matuftur. Zira bu düzenleme ile transit geçen malların

marka hakkına tecavüz teşkil edeceği netlik kazanmış olmaktadır.

Belirtilen bu tecavüz hallerinden herhangi birinin varlığı halinde marka hakkı sahibinin başvurabileceği hukuki ve cezai yollar bulunmaktadır. Buna göre;

-Marka sahibi, davanın esası ile ilgili verilecek hükme kadar, davanın uzamasından doğacak sakıncaları gidermek ve geçici korunma sağlamak için, marka hakkına Türkiye'de tecavüz bulunulduğunu veya tecavüz konusunda ciddi bir tehdidin olduğunu ispat etmesi koşuluyla dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir (KHK md.76). Burada aranan ispat şartı, tam bir ispat olmayıp, haklılığa dair mahkemenin ikna edilmesidir.

-Marka hakkı sahibi, yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı malların gümrük idareleri tarafından durdurulmasını veya ilgili mallara el konulmasını talep edebilecektir (KHK md.79). Gümrük Kanununun 57. maddesine göre, gümrük idareleri re'sen de elkoyma veya durdurma kararı verebilir. Bununla birlikte Gümrük idareleri re'sen yapacakları işlemlerde sadece taklit mallara değil; tecavüz teşkil eden her türlü mala karşı el koyma veya durdurma kararı verebileceklerdir. Yine, Gümrük Kanunu Yönetmeliğinin 100. maddesine göre, taklit mallarla birlikte logo, etiket, broşür, kullanım kılavuzu, garanti belgesi gibi her türlü marka simgesine, ambalaj malzemelerine ve kalıplarına da el konulabilecek veya bunların durdurulmasını da isteyebilir. Gümrük idareleri tarafından durdurulan veya el konulan mallar bozulacak nitelikte ise 3 iş günü; diğer mallar için ise 10 iş günü içinde ihtisas mahkemesinde esas hakkında dava açılmaz ve açılmış davada tedbir (ihtiyatî tedbir) niteliğinde karar alınmazsa veya herhangi bir mahkemeden tedbir kararı alınmasına rağmen 10 gün içerisinde esas hakkında dava açılmaz ise, idarenin el koyma ve durdurma kararı kalkacaktır.

-Sınai bir faaliyete başlamış ya da başlayacak olan kişi, kullanmak istediği markanın başkasının münhasırında olan bir markaya tecavüz teşkil edip etmediğini bilemeyebilir. Bu durumdaki çözümsüzlüğü gidermek adına, markasının başkasının marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğine dair menfi tespit davası açıp, mahkemeden bunun tespitini isteyebilir (KHK md.74).

-Marka hakkına tecavüz olduğunu düşünen marka sahibi, açmak istediği davalara delil olması bakımından mahkemeden delillerin tespiti isteyebilir (KHK md. 75). Doktrinde bu davanın müstakil mi yoksa HUMK 368 vd. düzenlenmiş olan delil tespiti davası mı olduğu tartışmalıdır. Davanın niteliğine ilişkin bu tartışmalar, davanın hizmet ettiği hukuki korumanın, ileride açılması düşünülen dava açısından delil sağlamak olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

-Marka hakkına tecavüzün devam ettiği veya tecavüz tehlikesinin söz konusu olduğu hallerde, marka sahibi bu eylemlerin durdurulmasını mahkemeden isteyebilir (KHK md.62/a). Bu davalar genellikle, markanın başkaları tarafından ticaret unvanlarında kullanılması durumlarında söz konusu olmaktadır. Burada her ne kadar çatışan iki mutlak hak söz konusu olsa da, ticaret unvanının tescilli marka ile karıştırma hali yaratacak şekilde markasal olarak kullanılması söz konusu olduğunda, marka sahibi iş bu ticaret unvanının kullanılmasının durdurulmasını mahkemeden isteyebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, ticaret unvanının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği iddiası ile açılacak olan durdurma davalarında, ticaret unvanının ticaret sicilinden terkinin istenmeden, fiili durumun ortadan kaldırılmasına karar verilemeyecektir.

-Marka hakkına tecavüz edilen marka sahibi, marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyayı üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulmasını mahkemeden talep edebilir.(KHK md.61/c) Bu şekilde, marka hakkına tecavüz oluşturan mallar ticaret alanından çıkarılmış olunacaktır. Üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşyanın hangi tür eşya olduğu KHK md.61/A I,II ve III. fıkralarında gösterilmektedir. Elkoyma kararı verilebilmesi için, KHK md. 61/A anlamında verilmiş bir ceza kararının varlığı şart değildir.

-Marka sahibi, marka hakkına tecavüz dolayısıyla, KHK md. 61/c uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını mahkemeden isteyebilir (KHK md.61/d). Bu yönde karar verilmesi halinde, devredilen ürünlerin değeri tazminat bedelinden düşülecektir.

-Marka sahibi, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere gerekli tedbirlerin alınmasını, özellikle 61. maddenin (c) bendine göre el konulan ürün

ve araçların üzerindeki markaların silinmesini veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi açısından kaçınılmaz ise bunların imhasını da talep edebilir (KHK md.62/e). Bu madde kapsamında verilecek olan tedbirin, tecavüzü önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması yanında tecavüzün ağırlığı ile uygunluk içinde olmasına da dikkat edilmelidir. Yani ölçülülük ilkesine uygun davranılmalıdır. Buna göre, taklit markanın mal üzerinden kaldırılması, silinmesi veya kazınması suretiyle mümkün ise, malların imhasına karar verilemeyecektir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

-Marka sahibi, marka hakkına tecavüz dolayısıyla, tecavüzün giderilmesi davası da açabilir (KH md.62/b). Bu dava ile ortaya çıkan sonuçların ortadan kaldırılması yani markanın tecavüz edilmeden önceki hale iadesi amaçlanmaktadır. Tecavüzün giderilmesi ile ortadan kaldırılması istenecek sonuçlar, her somut olaya göre değişmektedir. Zira her bir tecavüz fiili değişik şekillerde gerçekleşebilmektedir. Örneğin, marka hakkına tecavüzün işletme adı, ticaret unvanı ya da bir internet alan adının kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, bunların terkin talepleri, tecavüzün giderilmesidir.

-Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mütecevizden maddi tazminat da talep edebilir (KHK md.61/b). Marka hakkına tecavüz özünde bir haksız fiil oluşturduğu için, bu hüküm çerçevesinde tazminat istenebilmesi, mütecevizin kusurunun bulunmasına bağlıdır. Buna karşın, “tazminat” başlıklı md.64. uyarınca tazminat sorumluluğu bakımından kusur gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde ise 64. maddenin ilk fıkrasında kusurdan bahsedilmemesi, ancak ikinci fıkrada açıkça kusurdan söz edilmesi yatmaktadır. Kanaatimizce, KHK md. 64/I açısından kusur şartı aranmalıdır. Zira KHK md. 61. (b) ve (c)’ de belirtilen “*taklit*” kavramları, KHK md. 64’ te geçen “*taklit*” kavramı olup, bu sebeple KHK md. 61 (b) ve (c) bentlerindeki markaya tecavüz fiillerinin yaptırımını olarak KHK md.64/I düzenlenmiştir. KHK md. 61. (b) ve (c) bentleri ise, yalnızca kusurlu olarak gerçekleştirilebilen tecavüz halleri olduğu için, KHK md.64/I’ de ancak kusur söz konusu ise uygulanabilecektir. Eğer KHK md.64/I’ de kusur şartı aranmayacağını kabul edilir ise, KHK md. 61 (a) ve (c) bendinin koşulları oluşmayacaktır.

KHK md.64/II hükmüne göre, malı herhangi bir şekilde ticaret alanına

çıkartmayıp, kendi mesleki kullanımları için elde bulunduran kişiler de maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulmuştur. Bu hükmün uygulanabilmesi için, bu kişilerin markanın ve tecavüzün varlığından haberdar edilmesi ve tecavüzü durdurmasının talep edilmesi veya bu kişilerin kusurlu olması gerekmektedir. Bu bildirim hangi şekilde yapılacağı madde metinde yer almadığı için her türlü yolla yapılabilir. Ancak, ispat kolaylığı açısından bildirim yazılı ve özellikle noter vasıtası ile yapılması yerinde olur. Bu bildirimden sonra kullanıma devam edilmesi halinde tazminat yükümlülüğü doğacak olup, bildirimden sonra tecavüzün durdurulmuş olması bu kişiyi tazminat yükümlülüğünden kurtarmaktadır. Yine kullanıcının kusurlu olmasından kastedilen, malın taklit edilmiş olduğunun bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesidir.

Marka sahibi maddi tazminat olarak malvarlığındaki aktiflerin azalması veya pasiflerin çoğalması şeklinde oluşmuş olan fiili zararını talep edebilir(KHK md.66/I) Bu zararın içerisinde, markanın sahip olduğu pazarın karıştırılması, müşterilerin şaşırtılması veya yanıltılmasından doğan zararlarda girmektedir. Örneğin, müşterilerine bu durumun izahını yapmak üzere yeni reklamlar veya ilanlar yapmak zorunda kalabilir ve bu suretle de maddi kayba uğrayabilir. Fiili kaybın değerinin belirlenmesinde BK. md.42 - 44 hükümleri kıyas yolu ile uygulanacaktır.

Marka sahibi fiili zararı yanında, markanın haksız kullanımı sonucu yoksun kaldığı kazancını da talep edebilir (KHK md.66/I). Marka hakkına tecavüz olmasaydı, marka sahibinin malvarlığında meydana gelebilecek artışların engellenmesi sonucu ortaya çıkan zararı ifade etmektedir. Yoksun kalınan kazanç zarar görenin seçimine bağlı olarak, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı marka sahibinin markanın kullanılması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre veya failin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre yahut markanın bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanılması söz konusu olsaydı ödenmesi gereken lisans bedeline göre hesaplanmaktadır (KHK md.66/II) Marka sahibi yoksun kalınan kazanç talebinde bulunduğu takdirde bu hesap yöntemlerinden hangisini tercih ettiğini açıkça ortaya koymalı, mahkemede bu doğrultuda karar vermelidir. Zira mahkemenin bu hesap yöntemlerinden herhangi



birini re'sen belirleme yetkisi yoktur. Yargıtay yerleşik içtihatları da bu yöndedir. Marka sahibinin *“elde edileceği muhtemel gelire göre”* hesap yapılmasını talep ettiği takdirde, elde edilebilecek muhtemel gelirin hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler de dikkate alınacaktır. Marka sahibinin *“marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre belirlenmesini”* talep etmesi halinde, mütecavizin marka hakkına tecavüz etmesi nedeniyle elde etmiş olduğu haksız kazancın, kendisine verilmesini istemektedir. Tazminatın bu esasa göre belirlenmesini isteyen davacının markayı fiilen kullanma yoluyla kazanç elde edip etmeyeceğine bakılmayacaktır. Burada mütecavizin elde ettiği net gelir hesap edilecektir, dolayısıyla vergiler gelirden düşülecektir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir. Marka sahibinin *“markanın bir lisans anlaşması gereğince hukuka uygun surette kullanılmış olması halinde ödenmesi gereken lisans bedeline göre belirlenmesini”* talep etmesi halinde ise marka hakkına tecavüz edenin, markayı lisans sözleşmesi ile hukuka uygun bir şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli esas alınmaktadır. Burada, bir emsal araştırması yapılmakta ve objektif bir lisans bedeline göre bedel tayin edilmektedir. Bu noktada marka hakkı sahibinin vermiş olduğu lisanslardaki lisans bedelleri, bu yöntemle göre belirlenecek tazminat miktarında esas alınacaktır. Bu yöntemin, diğer iki yöntemle göre avantajı, ispatı en kolay yöntemdir. Yoksun kalınan kazanç her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Zira yoksun kalınan kazancı artıran veya azaltan faktörler her olaya göre farklılık arz edebilir. Örneğin, mütecaviz, taklit olunan markanın hitap ettiği çevreye yönelmemiş ise, marka sahibinin yoksun kaldığı kazanç da düşecek veya artabilecektir. Mesela, Vakko markasının kravatlarının alıcısı ile, aynı markanın onlarca kat düşük bedelli taklit kravatlarının müşteri çevresi farklıdır. Bu tüketiciler, asıl markayı, fiyatının yüksekliği nedeniyle alamayan kişilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla her iki tacirin hitap ettikleri çevre farklıdır ve bu durum yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.

Marka sahibi, yoksun kalınan kazançta ilişkin bu hesap yöntemlerinden hangisi seçerse seçsin, mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde,

kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verecektir (KHK md.67/I). Bu artırımın yapılması için, markanın çekici gücünün ürünün önüne geçmesi, ürünün (mal ya da hizmetin) ise belirleyici etken olmaması gerekmektedir. Bu etkinin bulunup bulunmadığı hakim tarafından re' sen tespit edilemeyeceği için mahkemece bilirkişiye başvurulması gerekmektedir. Tazminata yapılacak ek, madde hükmünden de anlaşılacağı üzere makul bir payın eklenmesi suretiyle yapılacak olup, bu ek tazminat belirli değildir. Dolayısıyla, mahkemece MK.md. 4 ve BK. md. 42 vd. hükümlerinin çizdiği sınır dahilinde belirlenecektir. Yargıtay bir kararında, yoksun kalınan kazancın artırılmasındaki oranı, yoksun kalına kazanç tutarının %10'u olarak belirleyen yerel mahkeme kararını yerinde görerek onamıştır.

Marka sahibi, uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilmektedir (KHK md.65).

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, bu sebeple uğranılan manevî zararın da tazmini isteyebilir.(KHK md.62/b) KHK'nın bu maddesinde manevi tazminatın hangi koşullarda talep edilebileceğine dair bir düzenleme bulunmadığı için, manevi tazminatın BK md. 49 kapsamında değerlendirilmesi yapılmaktadır.

Mütecaviz tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda marka itibarı zarara uğrayan marka sahibi, bu nedenle ayrıca tazminat isteyebilir (KHK md.68). Bu tazminata doktrinde "itibar tazminat" denilmektedir. Bu tazminata hükmedilmesi için marka sahibinin (veya dahil olduğu işletmenin) itibarının zarar görmesi şart olmayıp, doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi yeterlidir. Yargıtay'da aynı doğrultuda kararlar vermektedir. Ürünlerin kalitesiz veya kötü olması, düşük fiyatla satılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. İtibar tazminatının miktarı, markanın eski haline gelmesi için yapılan giderlere göre belirlenecektir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.

Marka sahibi dava sonunda haklı çıkarsa, haklı bir sebebinin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan

edilmesini de talep edebilecektir (KHK md. 62/f ve md.72)

Marka hakkına tecavüze ilişkin marka hakkı sahibinin bu taleplerine ilişkin davalarda, uygulamada mahkemeler genelde hukukçu bilirkişi, marka vekili ve beraberinde davanın içeriğine göre tespit ettiği teknik bilirkişi (bilgisayar, makine, elektrik mühendisleri vb) heyetine dosyayı tevdi ederek, tecavüzün olup olmadığına dair rapor talep etmektedirler. Bu durumda da, alıcıların marka üzerindeki algısı tanzim edilen raporlara tam anlamı ile yansımamakta, dolayısı ile bu rapor doğrultusunda verilen kararlar mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Bu sebeple kanaatimizce, marka hakkına tecavüzün olup olmadığına ilişkin hukukçu bilirkişi, marka vekili (tercihen hukukçu olması), alıcıların marka algısı ile bu alıcıların marka üzerindeki davranışlarının analizlerini yapabilecek yani piyasanın nabzını tutabilecek bilirkişi ve olayın niteliğine göre gerekirse bilgisayar mühendisi, makine mühendisi vb. teknik bilirkişiden oluşan heyet ile olayın değerlendirilmesinin yapılması ve bu şekilde rapor aldırılması daha sağlıklı olacaktır. Zira, davaların birçoğunun iltibas gerekçesiyle açıldığı ve halkın (alıcının) davranışlarının da karıştırılma ihtimalinin değerlendirilmesinde temel şart olduğu düşünüldüğünde, tanzim edilecek raporda, bu bilirkişilerin de varlığı önem kazanmaktadır.

Bu talepleri, marka sahibi, devralan, rehin alan, inhisari lisans alan ileri sürebilmektedir. Adi lisans sahibi ise, sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa dava açma hakkı yoktur. Yalnız adi lisans sahibi, KHK md.21’de aranan şartları yerine getirmesi halinde bu talepleri ileri sürebilecektir.

Bu taleplerin ileri sürülebilmesine dair zamanaşımı için KHK, BK’ya atıf yapmaktadır. Marka hakkına tecavüz temelde bir haksız fiil olduğu için burada haksız fiiller ilişkin zamanaşımı süresi olan BK md.60 uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, marka hakkına tecavüzden kaynaklanan talepler için zamanaşımı süresi, zararın ve failin ittıla tarihinden itibaren bir yıl ve herhalde tecavüz fiilinin vukuundan itibaren on yıldır. Lisans alanın lisans sözleşmesine aykırı davranması halinde ise haksız fiilden ziyade sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğu için BK md.125 uygulanmalıdır. Burada öngörülen süre ise 10 yıldır.

Bu taleplerde görevli mahkemeler ihtisas mahkemesi olup (KHK md.71), bu mahkemeler Fikri ve Sınai Hukuk Mahkemeleridir. Fikri ve Sınai Hukuk

Mahkemesi olmayan yerlerde ise Fikri ve Sınai Hukuk Mahkemesi sıfatıyla görev yapacak olan Asliye Hukuk Mahkemeleri görevlidir. Bu mahkemeler, bir Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde bu mahkeme, iki Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, ikiden fazla Asliye Hukuk Mahkemesi olan yerlerde ise 3. Asliye Hukuk Mahkemesidir.

Marka hakkına tecavüzden dolayı marka sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir (KHK md.63). Burada mevzuat metninde kullanılan “suçun işlendiği yer” ibaresi hatalı olup, bu ifade tecavüz fiilinin gerçekleştiği yer olarak anlaşılmalıdır.

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi, bu tecavüzün KHK md.61/A kapsamına girmesi halinde mütecaviz hakkında cezai yollara da başvurabilir. Buna göre mütecaviz iltibas veya iktibas suretiyle malın satışını veya dağıtımını yapmış veya ticari elinde bulundurması KHK md.61/A-I kapsamında suç teşkile edecektir. Yine markanın tescilli olduğunu gösteren ® veya TM işaretinin mal üzerinden kazınması, silinmesi veya sair yollarla çıkarılması da suç teşkil etmektedir. Ayrıca, marka üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde marka hakkına ilişkin hukuki işlemlerde bulunmakta suç kapsamındadır. Marka sahibini bu cezai yollara başvurabilmesi için markasının Türkiye’de tescilli olması ve marka hakkına ilişkin eylemleri ve eylem failini öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikayet hakkını kullanması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA\*

- Akıncı, Şahin** :Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Konya, 2003.
- Albayrak, Mustafa** :Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, FMR, Yıl 3, C.3, S.2003/2.
- Albayrak, Mustafa** :Fikir ve Sanat Eserleri ile Sınai Mülkiyet Hakları (Marka-Tasarım-Patent) Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara 2004.
- Alıca, Türkay** :T.C. Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Fikri ve Sınai Haklar Yargı İstişare Grubu Birinci Toplantısı, Antalya 22 Kasım 2008.
- Anık, Gülgün** :İnternet Alan Adı, FMR, Y.5, C.5, S.2005/4.
- Arıkan, Ayşe Saadet** :İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 21-22 Mayıs 2001.
- Arkan, Sabih** :İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve iltibas (Karıştırma) Tehlikesi, BATİDER, 1999, C.XX, S.2.
- Arkan, Sabih** :Marka Hukuku, Cilt I, Ankara 1997, (C.I)
- Arkan, Sabih** :Marka Hukuku, Cilt II, Ankara 1998, (C.II)
- Arkan, Sabih** :Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu, BATİDER, 2000, C.XX, S.3.
- Arkan, Sabih** :Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması, BATİDER, 1999, C.XX, S.1, (Yabancı Marka)
- Arkan, Sabih** :556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nın 8/III. Maddesi ile İlgili İnceleme, BATİDER, Aralık 2002, C.XXI, S.4.

---

\* Atıflar kural olarak yazarların soyadları esas alınarak yapılmıştır. Aynı yazara ait birden çok eserin bulunması halinde ise eserler arasındaki ayırım parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Arkan, Sabih** :5833 Sayılı Kanun ile 556 Sayılı KHK'da Yapılan Değişiklikler, BATİDER, 2009, C.XXV, S.1, (BATİDER, 2009, C.XXV)
- Arslan, İbrahim** :Tescilsiz Markaların Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C.16, S.1.
- Ayan, Mehmet/ Ayan,Nurşen**
- /Şener, Y.Selim** :İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu ve İlgili Mevzuat.
- Aydın, Hüseyin** :Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar, Ankara, 2003.
- Ayoğlu, Tolga** :Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması, FMR, Yıl 7, C.7, S.2007/1.
- Badger, Carina**
- /Sumroy, Rob** :Examination of The Illegal Use of The Trade Mark With Respect to its Main Function (**Çeviren: Sert, Selin**; Markanın Esas Fonksiyonu Yönünden Yasa Dışı Kullanılmasının İncelenmesi) FMR, Yıl 7, C.7, S.2007/3.
- Baştuğ, İrfan**
- /Erdem Ercüment** :Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993,
- Battal, Ahmet** :Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, XVIII. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 2001, (Dava Hakkının Kötüye Kullanılması)
- Battal, Ahmet** :Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispî Red Nedenleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2000, C.IV, S.1-2, (2000, C.IV, S.1-2)
- Bayrak, Yıldırım** :Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet

- Hukukunda İhtiyati Tedbirler, AHUDER, Sayı 2.
- Bilge, Mehmet Emin** :Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi, BATİDER, 2005, C.XXIII, S.1.
- Bilgili, Fatih** :Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.
- Camcı, Ömer** :Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 2002.
- Camcı, Ömer** :Marka Davaları, İstanbul 1999.
- Çağlar, Hayrettin** :Tescilli Markanın Farklı Şekillerde Kullanılması, FMR, Yıl 7, C.7, S. 2007/2.
- Darendeli, A. Vahap** :Adli Yargı Yerlerinde Görülen İdari Uyuşmazlıklar ve Davalar, Ankara 2004.
- Dilmaç, Süleyman** :Fikri ve Sınai Haklar Mevzuatı, Ankara 2006.
- Dirikkan, Hanife** :Tanınmış Markaların Korunması, Ankara, 2003, (Tanınmış Markaların Korunması)
- Dirikkan Hanife** :Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Manisa Barosu Dergisi, 1998, Yıl 17, S.65.
- Doğan, Fatih Beşir** :Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olmayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu, FMR, Yıl 6, C.6, S.2006/3.
- Dönmez, İrfan** :Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul, 1992, s.52.
- Ercan, İbrahim** :İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK M.113/A), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.11, S.1-2.
- Eren, Fikret** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler Tıpkı 7. Baskı, Ankara 2001.
- Ergün, Mecvi** :Sınai Mülkiyet Hakları Konusunda Açılacak Hukuk Davalarında Mahkeme Yetkisinin Niteliği ve Tenfiz, BATİDER, 2000, C.XX, S.3.

- Ergün, Mevci** :Türkiye’de Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998, İstanbul, Türk Patent Enstitüsü Yayını, Ankara, 1998.
- Ergün, Zafer** :İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Sadeleştirilmiş Metin.
- Eroğlu, Sevilay** :Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, 2002, Yıl 1, S.1.
- Eyüboğlu, Samiye** :Tanınmış Marka, FMR, Yıl 1, C.1, S.2001/2.
- Güneş, İlhami** :Fikri Mülkiyet Hukukunda Cezai Korunmanın Gerekçesi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2006, Yıl 1, S.4.
- Güneş, İlhami** :Uygulamada Sınai Mülkiyet Ceza Hukuku, Ankara 2009.
- İnal, Tamer** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004.
- Karahan, Sami** :Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları.
- Karahan, Sami** :Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, FMR, Yıl 4, C.4, S.2004/2.
- Karahan, Sami** :Ticari İşletme Hukuku, Konya 2003.
- Karahan, Sami**  
**/Arslan İbrahim** :Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat.
- Karasu, Rauf** :Üç Boyutlu Biçim ve Hareket Markaları, BATİDER, 2008, C.XXIV, S.3.
- Kaya, Arslan** :Marka Hukuku, İstanbul 2006.
- Kayar, İsmail** :Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2006.
- Kayıhan, Şaban** :Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, C.VII, S.1-2.



- Keskin, Serap** :Fikri(Düşünsel) Mülkiyet Haklarında Patent ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Ankara 2003.
- Kırca Çiğdem** :Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi, 1999, S.3.
- Kırca, İsmail** :Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması, BATİDER, 2003, C.XXII, S.2.
- Korkut, Ömer** :Bir Markanın WEB Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu, BATİDER, 2007, C.XXIV, S.2.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan**
- /Yılmaz, Ejder** :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2002.
- Küçükali, Canan** :Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara 2009.
- Meran, Necati** : Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2008.
- Noyan, Erdal** :Marka Hukuku, Ankara 2004.
- Oğuz, Sefer** :İnternet Ortamında Alan Adı Gaspına Karşı Tüketicilerin Korunması Kanunu'nun Çevirisi, Ankara FMR, Y.5, C.5, S.2005/3.
- Oğuzman, Kemal**
- /Öz, Turgut** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.
- Özekes, Muhammet** :Fkir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.2, İzmir 2002.
- Özen, Mustafa** :Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımlar, FMR, Yıl 9, C.9, S.2009/2.
- Poroy, Reha**
- /Yasaman, Hamdi** :Ticari İşletme Hukuku, 9. Bası, İstanbul, 1999.
- Saraç, Tahir** :Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?, BATİDER, 2007, C.XXIV, S.2.
- Sert, Selin** :Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara 2007.
- Şehirali, Feyzan Hayal** :Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- Tekinalp Ünal** :İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999.

- Tekinalp Ünal** :Fikri Mülkiyet Hukuku, 1. Bası, İstanbul 1999.
- Tekinalp, Ünal** :Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997.
- Ulukapı, Ömer**  
**/Akcan Recep** :Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, Konya 2002.
- Uzun Yeşim**  
**/Erdil, T.Sabri** :Marka Yayma Stratejilerinde Ürün Benzerliğinin Etkisi ve Üç Ayrı Marka Üzerinde Bir Uygulama, Doğu Üniversitesi Dergisi, 2004, C.5, S.2.
- Ünlüören, Kurban**  
**/Battal, Ahmet**  
**/Yaylı, Ahmet**  
**/Yüksel, Sedat** :Marka İltibas Davalarında Kamuoyu Görüşünün Hukuki Sürece Dahil Edilmesi: Üç Boyutlu Bir Araştırma Örneği, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, 2007, C.6, S.22.
- Üstün Dilek** :Fikri ve Sınai Uyuşmazlıklarda Alternatif Çözüm Yolları ve İnternet Alan Adı (Domain Name) Uyuşmazlıkları, Legal Hukuk Dergisi, 2004, Y.2, S.20.
- Yasaman, Hamdi** :Marka Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları II, İstanbul 2005, (Makaleler)
- Yasaman, Hamdi**  
**/Altay, Sıtkı Anlam**  
**/Ayoğlu, Tolga**  
**/Yusufoğlu, Fülürya**  
**/Sinan Yüksel** :Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Ankara 2004, Cilt I.
- Yasaman, Hamdi**  
**/Altay, Sıtkı Anlam**  
**/Ayoğlu, Tolga**

**/Yusufoglu, Fülürya**

**/Sinan Yüksel**

:Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Ankara 2004,  
Cilt II.

**Yıldız, Ali Fuat**

:Marka Hakkının Korunması ve Hükümsüzlüğü,  
Kayseri Barosu Dergisi, (<http://www.kayseribarusu.org.tr>,  
erişim tarihi 15.12.2009)

**Yördem, Yılmaz**

:Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir, Elektronik Sosyal  
Bilimler Dergisi, 2007, C.6, S.21.

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı.

[www.kayseribarusu.org.tr](http://www.kayseribarusu.org.tr) 15.12.2009

[www.abgm.adalet.gov.tr](http://www.abgm.adalet.gov.tr) 15.12.2009

[www.mevzuat.basbakanlik.gov.tr](http://www.mevzuat.basbakanlik.gov.tr) 30.11.2010