

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Şükriye (Balcı) Şirin

MARKA HAKKI VE KORUNMASI

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Murat TÜRE

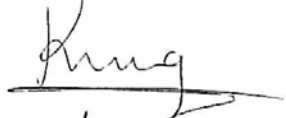
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi


Antalya, 2007

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Doç. Dr. Köksal Kocaşen 

Üye (Danışmanı) : Yrd. Doç. Dr. Murat Türe 

Üye : Yrd. Doç. Dr. Tahir SARAS 

Üye :

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylım.

.... /.../ 200..

Prof.Dr. Nevzat ÇEVİK
Müdür

.....

İÇİNDEKİLER

İçindekiler	I
Kısaltmalar	VI
Özet	VIII
Abstract	IX
Giriş	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI, HUKUKİ DAYANAKLARI, FONKSİYONLARI VE ÇEŞİTLERİ

1.1.MARKA KAVRAMI VE KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ	4
1.2.TÜRK MARKA HUKUKU'NUN HUKUKİ DAYANAKLARI	5
1.2.1. MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME	5
1.2.2. MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KARARNAMENİN UYGULANMASINI GÖSTERİR YÖNETMELİK	6
1.2.3.TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜNÜN KURULUŞ VE GÖREVLERİ HAKKINDA 554 SAYILI KARARNAME	6
1.2.4 TİCARET KANUNU'NUN HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN 56-65. MADDELERİ	7
1.2.5.MARKA KAVRAMI İLE İLGİLİ ULUSLARARASI ANLAŞMALAR	8
1.2.5.1.Paris Sözleşmesi	8
1.2.5.2.Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Kuruluş Sözleşmesi	10
1.2.5.3.Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması	10
1.2.5.4.Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi	11
1.2.5.5.Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokol	12
1.2.5.6.Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması	13
1.2.5.7.Markaların Figuratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması	14
1.2.5.8.Markalar Kanunu Anlaşması	15

1.2.5.9.Topluluk Tüzüğü	15
1.3.MARKA KAVRAMININ TANIMI, FONKSİYONLARI,TÜRLERİ	16
1.3.1.MARKA KAVRAMININ TANIMI	16
1.3.2.MARKANIN FONKSİYONLARI	17
1.3.2.1.Kaynak Fonksiyonu	17
1.3.2.2.Garanti Fonksiyonu	18
1.3.2.3.Reklam Fonksiyonu	19
1.3.2.4.Koruma Fonksiyonu	20
1.3.3.MARKANIN TÜRLERİ	20
1.3.3.1. Ticaret Markası	20
1.3.3.2. Hizmet Markası	22
1.3.3.3. Ortak Marka	24
1.3.3.4. Garanti Markası	25
1.3.3.5. Tanınmış Marka	27

İKİNCİ BÖLÜM

TECAVÜZ HALLERİNDE ESAS ALINAN KRİTERLER

2.1.MARKAYA TECAVÜZÜN TESPİTİ VE NAZARA ALINACAK KRİTERLER	30
2.1.1.MARKAYA TECAVÜZÜN TESPİTİ	30
2.1.2.MARKAYA TECAVÜZ ŞEKİLLERİ	31
2.1.2.1.Bir Markanın Aynen Kullanılması	33
2.1.2.1.1.Bir Markanın Biçim İtibariyle Eşinin Kullanılması	34
2.1.2.1.2. Bir Markanın Anlam İtibariyle Eşinin Kullanılması	35
2.1.2.1.3. Bir Markanın Tercümesi İtibariyle Eşinin Kullanılması	36
2.1.2.1.4. Bir Markanın Telaffuz İtibariyle Eşinin Kullanılması	37
2.1.2.1.5. Bir Markanın Renk İtibariyle Eşinin Kullanılması	37
2.1.2.1.6. Bir Markanın Boyutları İtibariyle Eşinin Kullanılması	38
2.1.2.1.7. Bir Markanın Dikkatle Bakılmadıkça Farkına Varılmayacak Kadar Az Değiştirilerek Kullanılması	38
2.1.2.2.BİR MARKANIN BENZERİNİN KULLANILMASI	39
2.1.2.2.1.Bir Markaya Genel Görünüm İtibariyle İlk Bakışta Ayırtedilemeyecek Şekilde	

Benzeyen Bir Markanın Kullanılması	40
2.1.2.2.2.İltibasa Sebebiyet Verecek Bir Durumun Olması	42
2.1.2.3.İltibasin Saptanmasında Marka Şekillerinde Esas Unsur-Yardımcı Unsur	44
2.1.2.3.1.Esas Unsur	45
2.1.2.3.2.Yardımcı Unsurlar	46
2.1.2.3.2.1.Tasviri İşaretler	48
2.1.2.3.2.1.1.Malın Niteliğini Gösteren İşaretler	49
2.1.2.3.2.1.2.Yer İtibariyle Menşeyini Gösteren İşaretler	50
2.1.2.3.2.1.3.Ticaret Alanında Faaliyette Bulunan Herkesin veya Muayyen Bir Kesimin Kullandığı İşaretler ve Adlar	51
2.1.2.3.2.1.4.Belirli Bir Tip Eşyayı Gösteren İşaret ve Adlar	52
2.1.2.3.2.2.Serbest İşaretler	53

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKANIN KORUNMA KAPSAMI VE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

3.1.MARKANIN KORUMA KAPSAMI	55
3.1.1.GENEL OLARAK	55
3.1.2.KORUMANIN ÜLKESELLİĞİ İLKESİ	56
3.1.2.1.Mutlak Ülkesellik	56
3.1.2.2.Nisbi Ülkesellik	56
3.1.2.3.Nisbi Evrenselik	57
3.1.2.4.Mutlak Evrenselik	57
3.1.3.TESCİLLİ MARKANIN SAĞLADIĞI HAKLAR	58
3.1.3.1.556 Sayılı KHK. md. 9/1 Hükümünün Marka Sahibine Sağladığı Haklar	58
3.1.3.1.1.Markanın Tescil Kapsamına Giren Aynı Mal ve Hizmetlerle İlgili Olarak Tescilli Markayla Aynı İşaretin Kullanılması	58
3.1.3.1.2.Markanın Kapsadığı Mal veya Hizmetlerin Aynı veya Benzerleriyle İlgili Olarak Tescilli Markayla Aynı Mal veya Hizmetler İçin Kullanılması	59
3.1.3.1.3.Tanınmış Marka ile Aynı veya Benzer Markanın Başka Mal veya Hizmetler İçin Kullanılması	60
3.1.3.2.556 Sayılı K.H.K.md. 9/2 Hükümü Uyarınca Önlenebilecek Kullanım Türleri	61

3.1.3.2.1.İşaretin Mal Veya Ambalajı Üzerine Konulması	61
3.1.3.2.2.İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Bu Amaçla Stoklanması	62
3.1.3.2.3.İşaret Taşıyan Malın İthalı ve İhracı	63
3.1.3.2.4. İşaretin İşletmenin İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması	64
3.2.MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALLERİ	65
3.2.1.K.H.K.md. 61'DE SAYILAN TECAVÜZ HALLERİ	65
3.2.1.1.K.H.K.md.9'da Sayılan Tecavüz Halleri	67
3.2.1.2.Markayı Taklit Etmek	69
3.2.1.3.Tecavüz Yoluyla Kullanılan Markayı Taşıyan Ürünleri Satmak, Dağıtmak, Ticari Amaçla Elde Bulundurmak	72
3.2.1.4. Tecavüz Fiillerine İştirak, Yapılmasını Teşvik Etmek veya Kolaylaştırmak	73
3.2.1.5. Markayı veya Benzerini Taşıyan Ürünün veya Malın Nereden Alındığını ya da Nasıl Sağlandığını Bildirmekten Kaçınmak	74
3.3. MARKA HAKKINA TECAVÜZ SAYILAMAYACAK HALLER	75
3.3.1.MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN KULLANILMASINA KARŞIN MARKA HAKKINA TECAVÜZ OLUŞTURMAYAN HALLERDEN BİRİNİN BULUNMASI	75
3.3.2.MARKANIN TESCİLİNE YÖNELİK İDARİ İŞLEMLERİN HUKUKUKEN SAKAT OLMASI	79
3.3.3.SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI	81
3.4.TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER	82
3.4.1.GENEL OLARAK	82
3.4.2.İHTİYATİ TEDBİR VE GÜMRÜKLERDE EL KOYMA	83
3.4.2.1.İhtiyadi Tedbir	83
3.4.2.2.Gümrüklerde El Koyma	86
3.4.3.KHK'DE ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI	88
3.4.3.1.Genel Olarak	88
3.4.3.2.Delillerin Tespiti	88
3.4.3.3.Marka Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava	89
3.4.3.4.KHK.m.62' de Düzenlenen Diğer Davalar	90
3.4.3.4.1.Tecavüz fiilerinin Durdurulması Davası	90

3.4.3.4.2.Tecavüzün Giderilmesi ve Maddi ve Manevi Zararın Tazmini	91
3.4.3.4.2.1.Tecavüzün Giderilmesi Davası	91
3.4.3.4.2.2.Tazminat Davaları	92
3.4.3.4.2.2.1.Maddi Zararın Tazmini (KHK.m.62/b)	92
3.4.3.4.2.2.1.1.Maddi Tazminatın Hesaplanması	94
3.4.3.4.2.2.1.1.1.Fiili Zarar	94
3.4.3.4.2.2.1.2.Yoksun Kalınan Kazanç	95
3.4.3.4.2.2.2.Manevi Zararın Tazmini	98
3.4.3.4.2.2.3.İtibar Tazminatı	99
3.4.3.4.3.Üretilmesi Veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya İle Bu Eşyayı Üretmeye Yarayan Araçlara El Konulması	100
3.4.3.4.4.El Konulan Mal Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması	102
3.4.3.4.5.Gerekli Diğer Tedbirlerin Alınması, Markaları Silinmesi, Ürün ve Araçların İmhası	102
3.4.3.4.6.Kamuya Duyurma	103
3.4.4.TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARDA TARAFLAR	104
3.4.4.1.Davacılar	104
3.4.4.1.1.Marka Sahibi	104
3.4.4.1.2.Markayı Devralan	105
3.4.4.1.3.Rehin Alan	106
3.4.4.1.4.Lisans Alan	106
3.4.4.2.Davalılar	107
3.5.TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARDA ZAMANAŞIMI, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	108
3.5.1.ZAMANAŞIMI	108
3.5.2.GÖREVLİ MAHKEME	109
3.5.3.YETKİLİ MAHKEME	110
SONUÇ	112
KAYNAKÇA	115
ÖZGEÇMİŞ	120

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
a.g.e	: Adı geçen eser
Ann	: Annales de Propriete Industrielle, Artistique et Litteraire
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
b	: Bent
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
BTHAK	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C	: Cilt
c	: Cümle
D	: Daire
Da	: Danıştay
dn	: Dipnot
DPT	: Devlet Planlama Teşkilatı
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E	: Esas
F	: Fıkra
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Dergisi
GATT	: Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması
GB	: Gümrük Birliği
H.D	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İİK	: İcra – İflas Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journales des Tribinaux
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MarkK	: Markalar Kanunu
MK	: Medeni Kanun
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
No	: Numara
OHIM	: Office For Harmonization In The Internal Market
RG	: Resmi Gazete

S	: Sayı
S	: Sayfa
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TD	: Ticaret Dergisi
TİG	: Türkiye İktisat Dergisi
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIP's	: The Agreement On Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights, Including Trade In Conterfeit Goods
TSE	: Türk Standartları Enstitüsü
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
WIPO	: World Intelctual Property Organization
Y	: Yargıtay
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

Şirin Balcı, Şükriye “Marka Hakkı ve Korunması” Yüksek Lisans Tezi,
Danışman: Yrd. Doç. Dr. Murat TÜRE, 120 s.

ÖZET

Bu tez çalışmasının temelini Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname oluşturmaktadır. Bu kararname AB’ nin 89/104 sayılı yönergesi esas alınarak hazırlanmıştır. Türkiye’nin AB’ ye tam üyelik talebi ve Gümrük Birliği’ne girmesi neticesinde böyle bir değişikliğe ihtiyaç bulunmaktaydı. Bu sebeple 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile AB’ye üye ülkelerde sınai mülkiyete ilişkin mevzuatın uyumlaştırılması amaçlanmıştır.

Tez çalışmasında konular incelenirken, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin yanında konuya ilişkin Yargıtay kararları ve Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalara da değinilmiştir.

Tez çalışmasının ilk bölümünde markanın tarihi gelişimi, hukuki dayanakları, marka kavramı, fonksiyonları ve çeşitleri incelenmiştir.

Tez çalışmasının ikinci bölümünde ise, markaya tecavüzün tespiti ve tecavüzün tespitinde dikkate alınan kriterler incelenmiştir.

Tez çalışmasının üçüncü bölümünde ise, marka hakkına tecavüz ve tecavüz halinde ileri sürülebilecek talepler incelenmiştir. Çünkü bilindiği üzere, markalarda diğer Fikri Mülkiyet Hakları gibi sahiplerine bazı inhisari haklar sağlarlar. Bu sebeple üçüncü kişilerin marka hakkını ihlal eden davranışları 556 sayılı KHK’nin 9. ve 61. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Şirin Balcı, Şükriye, Trademark Rights and The protection of Trademark Rights,
Master's Thesis,
Advisor: Yrd. Doç. Dr. Murat TÜRE, 120 p.

ABSTRACT

The basis of this study is Trademark Decree-Law No 556. This Decree-Law has been prepared according to directive no 89/104 of European Community. Turkey needs of this change because of demand of European Community membership and becoming membership of Custom Community. It's aimed that, the legislation of industrial Property Rights in EC harmonized with Trademark Decree-Law No 556

When the topics are examined in this thesis, Trademark Decree-Law No 556, the decision of Supreme Court and international agreements which Turkey is part in was stated.

Historical progress of trademark, legal bases, functions of trademark and kinds of trademark was examined in first chapter of this study.

Establishing of infringement of trademark rights and the important criterions about establishing of trademark rights was examined in second chapter of this study.

The infringement of trademark rights and legal demands which can be wanted by the owner of trademark right was examined in third chapter of this study. Because trademarks, like other kinds of intellectual property rights give their owners some exclusive rights. The infringements are arranged in detail under provisions of article 9 and article 61.

GİRİŞ

Konunun Sunumu, Sınırlandırılması ve Yöntem

Ticaret Hukuku'nun bir kolu olan ve gelişen dünya ticaretinde önemini her geçen gün daha da artıran sınaî mülkiyet alanının en önemli kavramı markadır. Ulusal ve uluslararası pazarlarda ticarete sunulan tüm mal ve hizmetlerde aranan asıl özellik markadır. Başarılı bir marka, şirketin lisans verilebilecek veya satılabilecek güçlü bir isim hakkına sahip olmasına imkân sağlar. Özellikle marka imajları çok güçlü olan tüketim mamulleri üreticisi firmalar, farklı sektörlere kabul görmüş markaları ile girerek yüksek finansal risklerden kurtulmaktadırlar.

Sonuç itibariyle markalar ekonomik hayatta üreticiler, aracılar ve tüketiciler açısından çok büyük bir önem arz etmektedir. Şöyle ki;

- Marka, mal ve hizmetlerin birbirlerinden ayrılmasını sağlamak suretiyle rekabete imkân sağlar.

- Üreticilerin satışlarını düzenli hale getirir ve markayı taşıyan malların reklâmlarının başarıya ulaşmasını sağlar.

- Modern dağıtım biçimlerinin gelişmesine katkı sağlar ve böylece markalı mallar uluslararası pazarlarda daha fazla pay sahibi olur.

- Tüketicilere, alışverişte seçim yapmak konusunda kolaylık sağlar.

- Tüketici açısından araştırma maliyetlerini düşürür.

- Marka, malın kalitesi konusunda tutarlılık imajı yarattığından, tüketici korunmuş olur.

- Aracı işletmelere, pazarlama faaliyetlerini kolaylıkla denetleyebilme imkânı verir.

Bu bağlamda ekonomik değere sahip olan markanın, hukuki açıdan korunması da büyük bir önem arz etmektedir. Markanın zamanla tercih edilen ve aranılan bir marka olması durumunda, markanın zamanında tescil edilmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Marka tescilleri ve korunmasına gereken önemi vermeyen firmaların ticari alanda kısa zamanda etkilerini yitirmeleri söz konusudur.

Markanın korunması işletme açısından ve işletmenin müşterilerinin yanılıya düşmemesi açısından büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü markanın korunması suretiyle, tüketicinin daha sağlıklı bilgi alması ve alınan bu bilgiye dayanarak mal ve hizmetler konusunda daha isabetli seçimler yapması sağlanır.

Bu bağlamda markaya yatırım yapmak yerine yatırım yapmak; markanın tescilini yaptırmak ise markanın geleceğini güvence altına almaktır.

Günümüzün gelişen teknolojik şartları ve endüstriyel alanda kazanılan ivme gerek sınaî sistemin işleyişi gerekse sınaî mülkiyet hukuku bakımından marka kavramının üzerinde hassasiyetle durulmasını kaçınılmaz hale getirdiğinden; marka ve marka hakkının ulusal ve uluslararası alanlarda hukuken korunması kavramları tez çalışmasının konusu olarak seçilmiş bulunmaktadır.

Bu tez çalışmasında marka hakkının ulusal ve uluslararası alanda korunması konusunun irdelenmesi amaçlansa da; uluslararası alanda korunma konusu son derece kapsamlı olması sebebiyle, uluslararası alanda korunma hususuna sadece ülkemizin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ana hatlarıyla değinilmiştir.

Tez çalışmasının esasını teşkil eden kavramlar mevzuat, doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınarak değerlendirilmektedir. Marka ve marka hakkının korunması hususları sadece hukuki bakımından ele alınmış olup, cezai hükümler açısından inceleme yapılmamıştır.

Belirttiğimiz sınırlamalar dâhilinde tez çalışması üç bölüme ayrılmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde; marka kavramının tarihi gelişimi, Türk Marka Hukuku'nun hukuki dayanakları ile uluslararası anlaşmalar, marka kavramının tanımı, fonksiyonları ele alınmıştır.

İkinci bölümde markaya tecavüzün tespiti ve nazara alınacak kriterler incelenmektedir.

Üçüncü bölümde, marka hakkının çeşitli kriterler bakımından korunması hususu, markanın sağladığı haklar, bu hakların istisnaları üzerinde durulmuş; daha sonra marka hakkına tecavüz halleri, hukuki sorumluluk bakımından tecavüz halinde ileri sürülebilecek talepler; tecavüz davalarında görevli ve yetkili mahkeme ile zamanaşımı hususları ele alınmış ve incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI, HUKUKİ DAYANAKLARI, FONKSİYONLARI VE ÇEŞİTLERİ

1.1. MARKA KAVRAMI VE KORUNMASININ TARİHİ GELİŞİMİ

Bir mal veya hizmetin pazarlanmasında ve alıcı bulmasında etkili olan en önemli unsur markadır. Tüketicinin kalite, özgünlük, vs. kontrolü yapmaya gerek duymaksızın belli bir markaya duyduğu güven, söz konusu mal veya hizmeti tercih etmesinin tek nedeni olabilmektedir.

Eşyalara marka vurdurmak geleneği ortaçağın ilk yıllarından beri mevcuttur. Fransa'da krallık devriminin sonuna kadar marka, sanayi mamullerinin birçoğu için zorunluydu. Örneğin, yünlü mamuller, boyacının ve malın yapıldığı yerin markası ile bu zanaat ile ilgili loncanın markasını taşırdı. Marka koyma işlemi lonca sisteminin kaldırılmasından sonra da devamlılığını sürdürmüştür¹.

Ortaçağlarda ise, imalatçının malını ayırt etmek için malına koyduğu işaretleri koruyucu hükümler yoksa da, örfen himaye mevcuttu, ancak yeterli değildi. Marka ve ünvanların haksız şekilde taklit edilmesine karşı koruma isteklerinin artışına, demiryollarının ve fabrika üretiminin artışına paralel olarak, endüstri devrimi sonrası, marka haklarının korunması yolunda, koruyucu tedbirler alınmaya başlanmış ve milletlerarası anlaşmalar yapma zorunluluğu ortaya çıkmıştır².

¹ Sağlam,1973, s.2.

² Sağlam,1973, s.3.

1.2.TÜRK MARKA HUKUKU'NUN HUKUKİ DAYANAKLARI

1.2.1.MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA 556 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME

Ülkemizde markalar, ilk olarak 1888 tarihli Alamenti Farika Nizamnamesi'nde düzenlenmiştir. Nizamname 1857 tarihli Fransız Kanunu'ndan iktibas edilmek suretiyle hazırlanmıştır. Bu nizamname 1965 yılında 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun kabul edilmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

551 Sayılı kanun, Türkiye'nin Avrupa Birliği ile Gümrük Birliği'ne girme çabalarına karşın, milletlerarası sözleşmelere aykırı hükümler ve yetersiz düzenlemeler içermesi³ sebebiyle eleştirilmekteydi. Bakanlar Kurulu tarafından, 4113 Sayılı yetki kanuna dayanarak ilk 1994 tarihinde olmak üzere sınaî mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin olarak bir dizi Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmıştır. Bunlardan biri de 27 Haziran 1995 tarihli ve 22326 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "556 Sayılı Marka Hakkının Korunmasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamedir."

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin hazırlanmasında, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin markaya ilişkin yasal düzenlemelerinin uyumlu hale getirilmesi amacıyla kabul edilmiş olan 89/104 Sayılı Yönergeden büyük ölçüde yararlanılmıştır⁴. Bu kanun hükmünde kararnameyi yürürlüğe koyarak mevzuatımız ile AB Hukuku arasında uyum sağlanması amaçlanmıştır. Bu kararnamede ise 4128 Sayılı kanun ile bazı değişiklikler yapılmıştır⁵.

³"Halen yürürlükte olan 3 Mart 1965 tarih ve 551 Sayılı Markalar Kanunu, esas itibariyle 1939 İsviçre Markalar Kanunu dikkate alınarak hazırlanmıştır. Gerek İsviçre Markalar Kanununun ve gerekse 551 Sayılı Markalar Kanununun yürürlük tarihlerinden günümüze kadar, markalar konusundaki ihtiyaçlar büyük çapta değişmiş ve mevcut yasa bu ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmiştir."(Genel Gerekeçeden)

⁴ Avrupa Birliği Konseyinin konuyla ilgili 40/94 Sayılı Tüzüğünde ise merkezi bir büroya tescil edildikten sonra üye devletlerin tümünde aynı hukuki etkiye sahip olarak "Birlik Markası" düzenlenmiştir (Arkan, s.254, dn.2).

⁵"31 Aralık 1994 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ve başta Sınai Hakların Korunması için Paris Sözleşmesi olmak üzere diğer uluslararası sözleşme ile anlaşmalar ile Avrupa Topluluğuna tam üyelik ve Gümrük Birliği'ne geçiş için Türk Mevzuatında yapılması gereken değişiklik ve yenilemler de 551 Sayılı Markalar Kanununun günün şartlarına uygun hale getirilmesini zorunlu hale getirmektedir."(Genel Gerekeçeden)

1.2.2.MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KARARNAMENİN UYGULANMASINI GÖSTERİR YÖNETMELİK

556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye dayanılarak hazırlanan "Markaların Korunması Hakkında Kararnamenin Uygulanmasını Gösterir Yönetmelik" 09.04.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikle amaçlanan kararnamede belirtilen marka tescil başvurusunun yeri, zamanı ve başvuru evrakının düzenlenmesi ile markalarla ilgili diğer işlemlerde uyulacak usul ile esasların belirlenmesini sağlamaktır. Bu yönetmelik, marka tesciline uygun mal veya hizmetlere marka verilerek bunların korunmasına ilişkin esasları, kuralları ve şartları kapsar.

1.2.3.TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ'NÜN KURULUŞ VE GÖREVLERİ HAKKINDA 554 SAYILI KARARNAME

1995 yılına kadar patent ve marka gibi sınai haklarla ilgili iş ve işlemleri yürütme görevi Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından yapılmaktaydı. 4004 Sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 544 Sayılı KHK. ile Türk Patent Enstitüsü (TPE) kurulmuş ve patent, marka ve diğer kanunlarda koruma altına alınmış sınai mülkiyet haklarının tesisi, korunması ile ilgili işlemleri yapma görevi TPE'ye verilmiştir. Tüzel kişiliğe sahip kamu kuruluşu olan TPE ana hizmet birimlerinden biri olan Markalar Dairesi Başkanlığı, markaların tescili, lisans, devir, işlemleri yürütür, markaları ilan ve tasnif eder.

Sınai mülkiyet haklarının tescil işlemleri ile ilgili olarak verilen kararlara yapılacak itirazlar, TPE bünyesinde oluşturulan Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'na karara bağlanır.

1.2.4.TİCARET KANUNU’NUN HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN 56-65.

MADDELERİ

Rekabet, toplumda yaşayan insanlar arasında bilimsel, politik, sportif, ekonomik ve diğer birçok alanda ortaya çıkan sosyolojik bir olgudur. Ancak tüm bu olgular arasında günümüzde hukuki açıdan en fazla ilgilenilen konu ise ekonomik rekabet ve bu rekabeti düzenleyen kurallardır. Toplumsal hayatta rekabet, serbest olmakla birlikte bu rekabet ortamı içerisinde yer alan çıkar gruplarının bu faaliyetlerini belirli bir düzende yürütmeleri gereklidir⁶. Bu sistem içerisinde dürüstlük kuralına aykırı davranış suretiyle başkalarına zarar vermek haksız rekabet sayılmıştır.

“Marka Hukuku’nun asıl amacı marka sahiplerini rekabete karşı korumaktır. Rekabetin iyi niyet kurallarına aykırı olarak kullanılması ya da kötüye kullanılması tescil edilmiş markalarla ilgili olduğu zaman genel anlamda haksız rekabet fiili ortaya çıkar, özel olarak bu fillerin çoğu marka hakkına tecavüz teşkil eder”⁷ ve 556 Sayılı KHK. hükümlerince korunur. Bu nedenle Marka Hukuku, Haksız Rekabet Hukuku’nun bir dalı olarak ele alınmakta ve marka sahibinin haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde korunabileceği kabul edilmektedir.

“556 Sayılı KHK.’ de hukuk davalarına ait boşlukların kanaatimizce Ticaret Kanunu’nun haksız rekabet hükümleriyle doldurulması gerekir. Ancak bazı özel durumlarda haksız rekabet hükümlerine dayanılması, kanun koyucunun amacına ters düşeceğinden mümkün değildir. Örneğin; sahibinden izin alınmadan bir başkası adına tescil edilen tanınmış markanın hükümsüzlüğüne ilişkin davanın 5 yıl içinde açılması gerekir. Bu hak düşürücü süreyi geçiren tanınmış marka sahibi, markayı tescil ettiren aleyhine haksız rekabet hükümlerine dayanarak da dava açamaz”⁸.

Tescil edilmeden kullanılan markalara yönelik tecavüzlere karşı koruma TTK.md.56–65’de düzenlenen haksız rekabet hükümleriyle sağlanmaktadır.

⁶ Erem, 1973, s.195.

⁷ Karayalçın, 1968, s.403,431; Karayalçın,1983, s. 61-62.

⁸ Tescilli bir markaya ilişkin sicil kaydı iptal edilmedikçe bu tescilli markanın haksız rekabet hükümlerine dayanılarak kullanılmasının önlenmesine karar verilemez. II. HD.23.9.1991,E.90/2999, K.91/4754 (Batıder, 1991,C.XVI, S.1 s.92).

Diğer taraftan esnaf işletmeleri de marka ihdas etme ve kullanma hakkına sahiptir. Esnaf, kullandığı markasının tescil ettirdiğinde 556 Sayılı KHK. hükümlerince korunacaktır.

Tatbikat Kanunu md.41/a ya göre “ticari işlere ait olan haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümleri mahfuzdur” şeklinde bir hüküm eklenmiştir. Böylece mevzuat açısından ikili bir ayırım ortaya çıkmıştır.

- 1- Ticari işlere uygulanacak mevzuat hükümleri(TK. md.56 vd.)
- 2- Ticari olmayan işlere uygulanacak haksız rekabet hükmü(BK. md.48)

Bu düzenleme şeklinin hatalı olduğu yönünde görüş birliği mevcuttur.

Çünkü haksız rekabete ilişkin TTK.md.56 ve devamındaki hükümler iktibas edildiği İsviçre mevzuatında da olduğu gibi tüm haksız rekabet hallerini düzenleyici mahiyettedir. Aslında başlangıçta amaçlanan, İsviçre’de olduğu gibi BK.md.48’ in tamamen yürürlükten kaldırılmasıydı. Zaten haksız rekabet, aldatıcı hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı çeşitli şekillerdeki ekonomik rekabetin her türlü suiistimalidir.

Yargıtay ise bu konuya ilişkin olarak farklı görüştedir. Mahkeme, değişik kararlarında uyuşmazlığa BK. md.48 ile TTK.md.56 ve devamındaki haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanma imkânlarını tartışmış, sonuçta olaya tarafların sıfatlarını dikkate alarak tacir olmayanlar hakkındaki haksız rekabette, BK.md.48 in uygulanmasına karar vermiştir. Daireye göre BK.md.48’in uygulanması, TTK.md.56 ve devamındaki hükümlerin uygulanmasına engel değildir.

1.2.5.MARKA KAVRAMI İLE İLGİLİ ULUSLARARASI ANLAŞMALAR

1.2.5.1.Paris Sözleşmesi

Sınaî mülkiyetin korunmasına ilişkin ilk sözleşme olan Paris Sözleşmesi 20.03.1883 tarihinde Paris’ de 11 ülke arasında imzalanmıştır. Bu sözleşme 1900, 1911, 1925, 1934, 1958, 1967, 1979 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Paris Sözleşmesi’ne katılım Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı’nın üyesi olan tüm ülkelere açıktır. Türkiye, Paris

sözleşmesine 1925’de üye olmuş ve 1956’da Londra değişiklik metnine, 1976’da Stockholm değişiklik metninin 13–30. maddelerine, 01.02.1995 den itibaren de 1–12. maddelerine taraf olmuştur. 15.10.2001 tarihi itibariyle sözleşmeye 162 ülke taraftır. Paris Sözleşmesi ile birlik oluşturulduğundan Sözleşme “ birlik” olarak anılır. Buluşlar (patent ve faydalı model belgeleri), ticaret ve hizmet markaları, endüstriyel tasarımlar, ticaret unvanları, coğrafi işaretler sözleşmede özel olarak düzenlenmiştir. Sözleşmeye üye ülkeler bir "Birlik" oluşturmaktadır. Sözleşme'nin tüm sınai haklar açısından "Ulusal İşlem" ve "Rüçhan Hakkı İlkesi" olmak üzeri iki önemli temel ilkesi bulunmaktadır.

__Ulusal İşlem İlkesi

Her üye ülke, "Paris Birliği"ne dâhil diğer ülke vatandaşlarına, kendi vatandaşlarına sağladığı sınaî hak korumasının aynısını sağlamak zorundadır. Paris Sözleşmesi'ne üye olmayan ülke vatandaşları ise, üye ülkelerden birinde ikamet etmekte ya da bu ülkelerden birinde gerçek ya da fiili bir işletmesi/faaliyeti olması halinde bu haklardan yararlanabileceklerdir.

__Rüçhan Hakkı İlkesi

Buluşlar, markalar ve endüstriyel tasarımlar açısından geçerli olan bu ilke gereğince; herhangi bir üye ülkede yukarıdaki konulardan biri için başvuru yapan kişi, patentler ve faydalı modeller başvurularında on iki ay, markalar ve endüstriyel tasarımlarda altı ay için rüçhan hakkı kazanmaktadır. Bu süreler içinde rüçhan hakkının kullanılması halinde, ilk başvuru ile diğer üye ülkelerde yapılan ikinci başvuru tarihleri arasında, üçüncü kişiler tarafından yapılacak başvurular hükümsüz Sayılır. Bu ilke, anılan süreler içinde üçüncü kişiler tarafından yapılan başvuruların, değerlendirme açısından rüçhan hakkı sahibinin önüne geçmesine engel olmaktadır. Altı ve on iki aylık bu süreler içinde hak sahibine, koruma isteyeceği uygun ülkelerde güvenli bir biçimde başvuru

yapma olanağı getirilmiş olmaktadır. Bu ilke ile korumanın diğer üye ülkelere genişletilmesi olanağı da sağlanmaktadır⁹.

1.2.5.2.Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Kuruluş Sözleşmesi

Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) 14 Haziran 1967 tarihinde Stockholm'de imzalanan bir sözleşme ile kurulmuş olup, Aralık 1974'de Birleşmiş Milletlerin Uzman Kuruluşlarından biri olmuştur. WIPO'nun temel amacı; Fikri mülkiyetin tüm dünyada korunmasını, ülkeler arasında ve gerektiğinde diğer uluslararası teşkilatlarla işbirliği yapılmasını ve geliştirilmesini, Fikri Mülkiyet Birlikleri arasında idari işbirliğinin sağlanmasını, uluslararası sözleşmelerin ve anlaşmaların düzenlenmesini, ulusal düzenlemelerin çağdaş hale getirilmesini, gelişmekte olan ülkelere teknik yardım sağlanmasını, konuyla ilgili bilgi derlenmesi ve dağıtılmasını, buluşlar, markalar ve endüstriyel tasarımların değişik ülkelerde korunmasını kolaylaştıran hizmetlerin verilmesini, üye ülkeler arasında idari işbirliğinin teşvik edilmesini sağlamaktır. Türkiye WIPO'yu kuran sözleşmeye 1976'da üye olmuştur. WIPO tarafından yönetilen markayla ilgili uluslararası sözleşmeler şunlardır; Paris Sözleşmesi, Markaların Milletlerarası Tesciline İlişkin Madrid Sözleşmesi, Markaların Tescili Amacıyla Markaların Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Sözleşmesi ve Viyana Sözleşmesidir.

1.2.5.3 Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması

Ülkeler arasındaki ilişkilerin sadece teknik ve ekonomik işbirliği olmadığı, ilişkilerin yönlenmesinde ve gelişmesinde ticaretin son derece önemli olduğu bir gerçektir. 1948 yılında dünyanın gündemine gelen, uluslararası platformda yıllar süren görüşmelerle şekillenen, Aralık 1993'de mutabakata varılan, 15 Nisan 1994'de imzalanarak 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Anlaşması önemli kurallar ve bu kurallara uymayan ülkeler açısından son derece etkin yaptırımlar içermektedir.

⁹ DPT Yedinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara 1994.

Markalar ile ilgili olarak; anlaşma hangi tip işaretlerin ticari marka veya hizmet markası olarak himaye için uygun olduğunu belirlemekte ve marka sahibine verilebilecek minimum hakları tanımlamaktadır. Anlaşmaya üye ülkelerde meşhur olmuş, iyi tanınmış markalara da ek bir himaye verilmektedir. Bunlara ek olarak anlaşma, ticari marka ve hizmet markalarının himayesi, devri ve lisans verilmesi ile ilgili bir dizi kuralları açıklamaktadır¹⁰.

Türkiye anlaşmayı yorumlayıp gerekli yasal düzenlemeleri yaparak uluslararası ticarete ortaya çıkacak yeni yapılanmada hak ettiği yeri alması amacıyla Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması, 26.01.1995 tarih ve 4067 Sayılı kanunla onaylanarak, 31.12.1994 tarihinden itibaren ülkemiz için geçerlik kazanmıştır. Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'nın ekinde yer alan anlaşmalar ve bunlara bağlı hukuki metinlerle ilgili konularda üye ülkeler arasındaki ticari ilişkilerin devamı için ortak kurumsal yapıyı oluşturur.

1.2.5.4. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi

Dünya Ticaret Örgütü Sözleşmesi'nin bir eki olan TRIP's bütün fikri mülkiyet hukukunu içine alır. TRIP's ile ilgili temel ilkelere biri de markalar konusunda bilerek yapılan tecavüzler açısından ceza hukukunun gerektirdiği önleyici nitelikteki hapis ya da para cezasının kesin olarak uygulanmasının önerilmesi ve diğer sınai hak türleri açısından ise ceza yaptırımlarının uygulanmasının, taraf ülkenin tercihine bırakılmasıdır. El koyma ve yok etme üzerinde özellikle durulmuştur. Bu anlaşma ile sınai ve edebi mülkiyet ayrımını ortadan kaldırmış ve fikri mülkiyet kavramına geniş bir kapsam tanımıştır. Mevcut uluslararası sözleşmelerin uygulanma alanı genişlemiş ve el koyma, sahte malları imha gibi yeni yaptırımlar getirmiştir.

Uluslararası ticaretin taşıdığı dinamizm ve gelişme, GATT'a taraf ülkeleri gelişmeler doğrultusunda müzakereler yapmaya itmiştir. "Rounds" olarak ifade edilen bu müzakerelerde alınan kararlardan bazıları anlaşmada hukuki değişiklikler yapmıştır. Uruguay'da gerçekleştirilen son müzakerede hizmet sektörünün yanı sıra fikri haklar da

¹⁰ Athl,2001,s.55

konu kapsamına alınmıştır. Fikri haklar ticaret ile olan bağlantıları nedeniyle ele alındığından ortaya çıkan metne “Ticaret Bağlantılı Fikri Haklar” (Trade Related Aspect of Intellectual Property = TRIPS) adı verilmiştir. Ayrıca uyuşmazlıkların çözümü açısından özel bir organ ve usul önerilmiştir.

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

Markaların uluslararası tescili iki anlaşma tarafından düzenlenmiştir. Bunlar 1891 tarihli Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ile 1989’da kabul edilen ve 01.12.1995’ de yürürlüğe girip 01.04.1996 tarihinde uygulanmaya başlanan Madrid Anlaşmasına İlişkin Protokoldür.

Avrupa ile Gümrük Birliği kapsamında 6 Mart 1995 tarih ve 95/1 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı’nın, Fikri, sınai ve ticari mülkiyetin Korunması Hakkında 8 no’lu Ekinin Gümrük Birliği’nin başlangıcından itibaren 3 yıl içinde yerine getirilmesi gereken yükümlülükler bölümünde, Türkiye’nin Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşmasına İlişkin Protokole taraf olma yükümlülüğü de yer almaktadır. Türkiye’nin Madrid Protokolü’ne katılımı 05.08.1997 tarihinde, 97/9731 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uygun görülmüş ve ülkemizde 01.01.1999 tarihinden itibaren uygulanmaya başlanmıştır.

Madrid anlaşması’na üye olmayan ülkelerin Protokole üye olması ile uluslararası marka tescilinde bütünlük sağlanması amaçlanmaktadır. Bu anlamda Protokol, Madrid Anlaşması’nı tamamlayıcı niteliktedir. Bu protokol, topluluk markası sistemini uluslararası marka koruma sistemine bağlayarak, Madrid Anlaşması’na katılmakta zorluklarla karşılaşan ülkelerin sorunlarını ortadan kaldırmak ve bu ülkeleri de sisteme katmak amacıyla uygulamaya koyulmuştur.

Protokole taraf olabilecek ülkeler, ancak sınai hakların korunmasına ilişkin Paris Sözleşmesi’ne taraf olan ülkelerdir. Protokolün taraflarını Avrupa Birliği gibi uluslararası organizasyonlarda oluşturabilmektedir. Madrid Anlaşması ile Madrid Protokolü arasındaki farklara gelince;

- Protokole göre, uluslararası tescil yaptırmak isteyenler, kendi ülkesinde marka tescili yaptırdıktan sonra veya sadece marka tescil başvurusunda bulduktan sonra, bu başvuruya dayalı olarak uluslararası tescil başvurusunda bulunabilir.

- Protokole üye olan ülkelerin kendi ülkelerinde tescili yaptırmak istenen uluslararası tescil başvurularını inceleyip cevaplamak için 18 aylık süreleri vardır ve bu süre gerektiğinde uzun tutulabilmektedir. Ancak Madrid Anlaşmasına göre bu süre sadece 12 aydır.

- Protokole göre, uluslararası tescil iptal edilse bile, bu tesciller ülkeler bazında ilk başvuru tarihi esas alınarak ulusal tescile çevrilebilecektir.

- Uluslararası marka tescil başvuruları sadece Fransızca değil, İngilizce olarak da yapılabilmektedir.

Madrid Anlaşması'na ve Protokole taraf olan bir ülkede ya da organizasyon ülkelerinde kullanılan bir markanın sahibi uluslararası marka tescili ile markanın korunması için, Madrid Anlaşması'na taraf diğer ülkeleri belirttiğinde, bu ülkeler Protokole taraf değillerse, aralarındaki ilişkide yalnızca Madrid Anlaşması'na ilişkin hükümler geçerli olacaktır.

Uluslararası tescil başvurusu Protokole bağlı akit taraflar için belirli bir formun doldurulmasıyla yapılmakta ve ilgili ofise yapılmış olan ulusal başvuru ya da tescil numarası ile tarihi bildirilmektedir.

1.2.5.6.Markaların Tescili Amacıyla Mal Ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması

Nice Anlaşması, 15 Haziran 1957 tarihinde imzalanarak, 8 Nisan 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Anlaşma 14 Haziran 1967 tarihinde Stockholm'de ve 13 Mayıs 1977 tarihinde Cenevre'de revize edilerek son şeklini almıştır. Türkiye'nin anlaşmaya katılımı ise 12.07.1995 tarih ve 95/7094 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kabul edilmiş ve 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ülkelerin marka tescili yapılan eşyaların sınıflandırılmasına duydukları ihtiyaç 19. yüzyıl ortalarına kadar gitmektedir. Karışıklıkları gidermek, tıkanıklığa yol açmamak ve tescilli markaları kontrolünde tutabilmek amacıyla her ülkenin ayrı sınıflandırma sistemine gitmesi, zamanla hem başvuru sahiplerini hem de ofisleri zor duruma sokmuştur ve uluslararası bir sisteme geçilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır.

Nice sınıflandırmasının sağladığı kolaylıklar:

- Değişik ülkelerde marka koruması isteyen başvuru sahipleri için, ülkelerin nice sınıflandırmasını kullanması, başvuru diğer ülkelerde de aynı şekilde sınıflandırılacağı için kolaylık sağlamakta ve zaman kaybını önlemektedir.

- Bu sınıflandırmayı kullanan bir ülkede başvuru sahibi için başvuru veya tescili sınıflandırılmış ve ofisçe doğrulanmış aynı marka için başka ülkelerde yapılan başvuru bu yeni ülkeler için de sınıflandırma ve kontrolü kolaylaştırmaktadır.

- Uluslararası bu sınıflandırma. Sınıflandırma açısından tek sistem olduğundan araştırma yapılmasını ve arşivlenerek denetlenmesini sağlamaktadır.

- Bu sınıflandırma düzenli olarak güncellenmekte ve modernize edilmektedir.

1.2.5.7.Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması

Paris birliğine üye ülkelerin Sınâî Mülkiyet ofislerince yapılan teklif üzerine 12.06.1973 tarihinde Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana anlaşması hazırlanmış ve 09.08.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sınâî mülkiyet alanında hazırlanan diğer sistemlerde olduğu gibi bu sınıflandırmada da ülkelere işbirliği açısından avantajlar sağlanmaktadır. Viyana sınıflandırması hiyerarşik olarak şekilleri genelden özele doğru kategori ve bölümlere ayırmak suretiyle hazırlanmış, gereken yerlerde sınıfların kapsamı açıklayıcı notlarla belirtilmiştir¹¹.

¹¹ Meran, 2004, s.23.

1.2.5.8.Markalar Kanunu Anlaşması

Markalar Kanunu Anlaşması 27 Ekim 1994 tarihinde Cenevre’de yapılan Diplomatik Konferans ile kabul edilmiş ve 1 Ağustos 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Marka Kanunu Anlaşmasına katılmamızın uygun bulunduğu kanun 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu anlaşmanın amacı, marka başvurusu, tescili ve tescil sonrası ilgili ofislerce talep edilen belgeler ve işlemlerde uluslararası uyumu sağlamaktır. Bu anlaşma ile ofislerin dosya yükü hafifletilmekte hem de başvuru sahipleri için belge tamamlama süreci ve masraflar azalmaktadır.

1.2.5.9.Topluluk Tüzüğü

Konsey, 20.12.1993 tarihinde 40/94 Sayılı karar ile çıkardığı Tüzük, topluluk markası sistemini ortaya çıkarmıştır, bu sistemle Avrupa Birliği sınırları içinde markasını korumak isteyen başvuru sahibi, üye ülke ofislerine ayrı ayrı başvurmak yerine tek başvuru ile istediği korumayı elde edecektir ve mevcut ulusal markalar topluluk markasına dönüştürülebilecektir.

Topluluk markası ile ilgili işleri yürütmek ve Topluluk markası sicilini oluşturmak amacıyla 40/94 Sayılı bu tüzük uyarınca 1996 yılında idari ve mali açıdan bağımsız, diğer Avrupa Birliği kuruluşlarının sahip olduğu hak ve sorumluluklara sahip olan OHIM adında bir kuruluş kurulmuştur.

1.3.MARKA KAVRAMININ TANIMI, FONKSİYONLARI, TÜRLERİ

1.3.1.MARKA KAVRAMININ TANIMI

Bir mal ve hizmetin pazarlanmasında ve daha da önemlisi alıcı bulmasında rol oynayan en önemli unsur belki de markasıdır. Tüketicinin kalite, özgünlük, vs. kontrolü yapmaya gerek duymaksızın belli bir markaya duyduğu güven hata marka kültürünün iyice yerleştiği günümüzde belli markaları taşıyan ürünlere sahip olma ya da hizmetlere başvurmanın sosyal çerçevede kazandırdığı saygınlık, söz konusu mal veya hizmeti tercih etmenin tek nedeni olabilmektedir.

Sınai hak türlerinden birini oluşturan marka, 556 Sayılı KHK. nin 5. maddesinde, işletmelerin mal veya hizmetlerini, diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi ve ambalajları gibi çizim yolu ile görüntülenebilen veya benzeri biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretler olarak tanımlanmaktadır. Aynı zamanda her ne kadar 556 Sayılı Marka Haklarının Korumasına Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de markanın bir tanımına bir başlık altına gidilmemiş¹² olsa da KHK nin markanın içereceği işaretler başlıklı 5/1 maddesinde yukarıdaki tanıma benzer bir tanımın verildiği görülmektedir.

Diğer bir tanıma göre ise marka, satışa arz olunacak emtiaya, diğerlerinin emtialarından ve ait olduğu işletmeyi ayırt etmek üzere, emtiaya iliştirilen veya uygulanan, kanuna ve usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir işarettir¹³.

Başka bir tanıma göre ise, sanayi, ticaret ve ziraat erbabının, kendi çalışmaları mahsulünün, diğerlerine ait aynı nevi mahsullerden ayırabilmesi için kullandıkları biçimle yazı, işaret ve şekillere marka denir¹⁴.

¹²KHK.’de bir tanım başlığı vardır. Ancak Kanun Hükmünde Kararnamenin “tanımlar” başlıklı 2. maddesinin (a) bendinde, markanın ortak markalar ve garanti markaları dâhil ticaret markaları ve hizmet markalarını ifade ettiği gösterilmiştir. Bu madde bir marka tanımı değildir. Garanti markası ve ortak markanın tanımı KHK. nin 54 ve 55. maddelerinde yapılmıştır.

¹³ Camcı, 1998, s.6.

¹⁴ Hirsch, 1942, s.7.

1.3.2. MARKANIN FONKSİYONLARI

Markanın çeşitli fonksiyonları vardır. Doktrinde bunlar farklı ayrımlarla incelenmektedir. Ancak, markanın genel itibariyle dört farklı fonksiyona sahip olduğu söylenebilir.

1.3.2.1.Kaynak Fonksiyonu

Marka, öncelikle mal ve hizmetleri, bu işaretleri kullanan kuruluşları belirtmekle veya onları kolayca tayin edilebilir hale getirilerek açıklar.¹⁵ Bir başka deyişle, marka bir malın hangi kuruluş tarafından imal edildiğini veya piyasaya sürüldüğünü, bir hizmetin hangi teşebbüs tarafından yürütülmekte olduğunu gösterir. Böylece marka, malların birbirinden ayırt edilmesini sağladığı gibi, bunları üreten veya piyasaya süren veya bir hizmeti üstlenen teşebbüsü belirtmekle müteşebbisler bakımından da ayırt edici rol oynar.¹⁶

Kaynak fonksiyonun eskiden daha önemli bir rol oynadığı, bugün ise eski önemini kaybettiği kabul edilmektedir. Gerçekten ekonomik hayatta meydana gelişmeler sonucu, alıcılar artık almakta oldukları mallarda, malın kimin tarafından üretildiğini veya hizmetin kimin tarafından yürütüldüğünü araştırmadan malı almakta ve sadece aynı marka altında aynı kalitenin korunup korunmadığı ile ilgilenmektedirler.¹⁷ Bunun sonucu olarak da işaret zamanla ayırt edici özelliğini yitirmekte ve bir çeşit malın ismi halini almaktadır.¹⁸

Ancak tanınmış markalarda durum aynı değildir. Tanınmış markaların malları değil ve fakat bizzat teşebbüsü belli etmesinden dolayı alıcıların malın kaynağı ile ilgilenmedikleri söylenemez. Aslında kaliteye güven, tanınmış markaya ve onun belirttiği

¹⁵ Öçal,1967, s.16.

¹⁶ Karayalçın, 1968, s.403;Yasaman, 1978, s.697; Öçal,1967, s.16; Karahan, 1987, s.7; Karahan, 1994, s.95.

¹⁷ Öçal,1967, s.17; Karahan, 1987, s.7; Karahan, 1994, s.95; Arkan, 1997(a) s.38.

¹⁸ Yasaman, 1978, s.697.

teşebbüse güvenden gelmektedir.¹⁹Bununla birlikte tanınmış markalar genellikle işletmeyi işaret etmektedir.²⁰

1.3.2.2.Garanti Fonksiyonu

Garanti fonksiyonu, markanın alıcıya bugün beğendiği malı, yarın da bulacağını temin etmesi demektir²¹. Gerçekten garanti fonksiyonu, her şeyden evvel aynı markalı ambalajlar içinde aynı malların, aynı kalitede bulunduğunu ifade etmektedir²².

Marka, iyi bir malın yerine kötüsünü konulmasına karşı alıcıyı korur ve alıcı artık malın kalitesini deneme ihtiyacı hissetmez. Çünkü marka sayesinde o malın aynı mal olduğunu, aynı kalitede olduğunu ve diğer ayırt edici yönlerini teşhis edip tanıyabilir.

Ancak hukuk düzeni, marka sahibine, aynı marka altında üretilen malların hep aynı kalitede olmasını, kalitenin bozulmamasını sağlama yükümünü yüklemiştir. Dolayısıyla, markanın hukuki açıdan malın belli niteliklere sahip olduğunu ve daima aynı kaliteyi koruyacak şekilde üretildiğinin garanti etme fonksiyonu yoktur. Bununla birlikte marka hakkı sahibi, alıcılarına güven vermek ve elde ettiği güveni kaybetmemek ve ticaretini güvenli bir şekilde devam ettirebilmek için markası altında satılan malların kalitesini bozmamaya gayret eder. Kalitenin bozulması durumunda ise alıcının tek yaptırımını, kalitesini düşüren markayı almaktan vazgeçmesidir²³. Ancak, 556 Sayılı KHK'nin 54/1. maddesinde “garanti markası marka sahibinin kontrolü altında birçok işletme tarafından o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir.” denmekle, markanın bir türü olan garanti markasına, malın vasıflarını garanti fonksiyonu tanınmıştır. Markalı malın kalitesinin korunmasına yönelik 556 Sayılı KHK’ de başka hükümler de mevcuttur. 556 Sayılı KHK'nin 13/II maddesine göre, “..... malın piyasaya sunulmasından sonra, 3. kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanmalarını önleme yetkisi vardır. Yine, 556 Sayılı KHK'nin 21/8 fıkrasında, “marka sahibi, talimatlarıyla uygunluk

¹⁹ Öçal,1967, s.17.

²⁰ Yasaman,2004, s.697.

²¹ Öçal,1967, s.18.

²² Arseven,1951, s. 9.

²³ Öçal, 1967, s.18.

içinde, lisans alan tarafından üretilen malın veya sunulan hizmetlerin kalitesini garanti edecek önlemler alır” denmektedir.

Tanınmış markalarda ise bu fonksiyonun önemi daha büyüktür. Çünkü alıcının tercihi pahalı da olsa tanınmış markaya yöneliktir. Alıcının zihninde tanınmış marka, adi markaya nispetle daha kararlı bir kalite politikasının ifadesi Sayılır.²⁴

1.3.2.3. Reklam Fonksiyonu

Reklam markanın en önemli fonksiyonudur. Bu nedenle marka seçilirken, halkın zihnine ve bilinçaltına etki etmeye elverişli, basit, kolay okunabilen, okunuşu kulağa hoş gelen, kolay söylenebilen sözcüklerin seçimine özen gösterilmelidir. Marka; mektupların, ilanların, ticarethane levhasının, ambalajların üzerinde yer almakla, firmayı her yere tanıtan bir araçtır.

Marka, reklâm ile iyice kaynaşmış bulunmaktadır. Reklâmdan bahsedildiği zaman her şeyden önce markadan bahsetmek gerekir. Markasız reklâm mevcut değildir.²⁵

Bundan dolayı belirli bir markanın müşteri tarafından devamlı aranılmasını sağlamak ve bunu sürdürmek için reklâma geniş bir pay ayırmak gerekmektedir. Özellikle aynı marka ile yeni bir tip veya yeni bir malın tanıtılması için reklam masraflarına katlanmak zorunlu hale gelmiştir. Ancak, tanınmış markalarda reklam masraflarını asgaride sınırdan tutmak mümkündür.

556 Sayılı KHK tanınmışlık düzeyi yüksek bir markanın sahip olduğu reklam fonksiyonunu koruyucu düzenlemeye de yer vermiştir. 556 Sayılı KHK'nin 8/3, 8/4, 9/1-c maddesi ile tescil edilmemiş bir markayı, önceden kullanarak bu işaret üzerinde hak elde etmiş olan bu kişiye, aynı markanın bir başka kişi adına tescili için yapılan bir başvuruya itiraz etme hakkı tanınmıştır. Bu madde ile tanınmışlık düzeyi yüksek olan farklı mal ve hizmet markalarının korunması yolunda eski 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda yer almayan koruyucu bir hüküm konmuştur.

²⁴ Karahan, 1987, s.9.

²⁵ Öçal, 1967, s.19.

Reklâmın pazarlamanın en önemli faktörü olduğu, markasız da reklâm olmayacağı için, isabetli marka seçimi ticari hayatta başarılı olmanın başlıca sebebi olabilir. Reklâm sayesinde marka herkesçe tanınabildiği gibi, yine reklam sayesinde ki arka firma için büyük bir malvarlığı değeri teşkil edebilir²⁶.

1.3.2.4.Koruma Fonksiyonu

Bir işletmede marka, mal ve hizmetlerin, bir nevi hüviyet kartıdır. İşte bu vasfa sahip olan marka, mal ve hizmetleri tüm karışıklıklara karşı koruyarak, temin etmiş olduğu yararın sadece marka hakkı sahibine ait olmasını sağlamış olur²⁷.

Marka, malların ve sunulan hizmetlerin karıştırılmasını önleyerek, elde edilen kazancın, sadece malı üreten ve hizmeti sunan müteşebbise ait olmasını sağlar. Marka aynı zamanda alıcıyı da koruyarak ona marka sayesinde aradığı kalitede malı, karıştırılması mümkün olan diğer malların arasından kolaylıkla bulmasını sağlayarak çift yönlü bir himaye temin eder²⁸.

1.3.3. MARKA TÜRLERİ

1.3.3.1. Ticaret Markası

556 Sayılı KHK.'nin uygulama şeklini gösterir yönetmeliğin 8.maddesine göre, “ticaret markası bir işletmenin imalatına ve ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işarettir.”

Başka bir tanıma göre, imal eden olmasa dahi dağıtımını üzerine aldığı istihsal üzerine tüccar tarafından konulmuş markalardır²⁹.

²⁶ Karahan, 1987, s.11.

²⁷ Karahan, 1987,s.11.

²⁸ Arseven, 1951, s.8, Karahan, 1994, s.96.

²⁹ Öçal, 1967, s.8.

Diğer bir tanıma göre ise, mamulün üstüne konularak, malın kökenine işaret eden, malın bir ticari işletme tarafından piyasaya sürüldüğünü gösteren işaretlere ticaret markası denir³⁰.

Ticaret markalarının kullanıldığı hallerde, alıcıların dikkate aldıkları asıl husus, imalat yeri ve şeklinden çok satıcının şahsıdır. Alıcının bildiği husus, piyasada iyi mal seçmede satıcının kabiliyetidir.

556 Sayılı KHK.'nin 15. maddesine uyarınca, tescilli bir ticaret markası, devir edilebilir, miras yoluyla intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir ve rehnedilebilir.

Ticaret markası, tescil edildiği mal için bir bütün olarak veya bir kısmı için devredilebilir. Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile devri, aksi kararlaştırılmadıkça, markanın devrini de kapsar. Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için sözleşmenin yazılı olması ve marka siciline kaydının yapılması gerekir. Aksi takdirde iyi niyetli 3. kişilere karşı devir hüküm ifade etmez.

556 Sayılı KHK.'nin 18. maddesine göre “tescilli bir ticaret markası işlem den bağımsız olarak teminat olarak gösterilebilir”. Bu, taraflardan birinin isteği üzerine marka siciline kayıt edilip yayınlanabilir.

Ticaret markasının işletmeden bağımsız olarak haczi mümkündür. Markaya haciz marka siciline işlenerek olur ve haciz yayımlanır.

Tescilli markanın kullanım hakkı, 556 Sayılı KHK.'nin 20. maddesi ve 556 Sayılı KHK.'nin uygulama şeklini gösterir yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca, tescil edildiği mal ya da hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. 556 Sayılı KHK.'nin 21. maddesine uyarınca; lisansın, inhisari ve inhisari olmayan şeklinde 2 çeşidi vardır. Lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise lisans inhisari değildir. İnhisari lisansta lisans veren bir başkasına da aynı marka ile ilgili olarak lisans veremediği gibi, kendisi de markayı kullanamaz. İnhisari olmayan lisansta ise, marka sahibi hem başka lisanslar verebilir, hem de markasını kullanmaya devam edebilir. Ayrıca lisans

³⁰ Karayalçın, 1968, s.408.

sözleşmesinin geçerli olması için sözleşmenin yazılı olması ve marka siciline kayıt edilmesi gerekir, aksi takdirde iyi niyetli 3. kişilere karşı hüküm ifade etmez.

1.3.3.2. Hizmet Markası

556 Sayılı KHK.'nin 2/a maddesi ile hizmet markaları kapsam altına alınmıştır. Ancak, hizmet markalarının tanımına, 556 Sayılı KHK.'de değil de 556 Sayılı KHK.'nin uygulama şeklini gösterir yönetmeliğin 9. maddesinde yer verilmiştir. Hizmet markası, bir işletmenin hizmetlerini, diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Böylece verilen hizmetlerin de bir markaya bağlanarak, bireyselleştirilmesine olanak sağlanmıştır.

Diğer bir tanıma göre, ticari bir işletmenin malları veya ambalajları üzerine koydukları markalar dışında, hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırmak amacıyla kullandıkları her türlü maddi işarete hizmet markası denir³¹.

Çağımızda, hizmet sektörünün kazandığı önem ve bu sektörde yaşanan rekabet, maddi malların üretim yada ticareti ile ilgisi olmayan işletmelerin de verdikleri hizmetler için marka kullanmaları zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Ürettikleri malın ayrıca, bakımını üstlenen işletmeler de ticaret markasından ayrı olarak hizmet markası gereğini duymuşlardır³².

Markanın sıhhati yalnız seçilen işaretin ayırt edici nitelikte olduğu ile belirtilemez. İşaret ayırt ettiği malın üzerine konmalıdır ki bu da mal yada ambalajına maddi olarak bağlıdır. Marka ile mal arasındaki irtibatın var olduğu kabul edildiğinde, hizmet markalarını kabul etmek olanaksızlaşmaktadır. Ancak işaretin sadece ayırıcı olması yeterli Sayılıp, mal ile irtibatı önemsiz sayıldığında, hizmet markaları kabul edilmektedir. Bu durumda maddi ya da gayri maddi bir ticari veya sınai faaliyeti ferdileştirdiği anda marka olarak tescil edilebilmektedir³³.

³¹ Karayalçın, 1968,s.408.

³² Arkan, 1997(a),s.43.

³³ Yasaman, 1978,s.78.

Hizmet markaları, ticaret markalarından farklıdır. Hizmet markaları özellikleri ile ilgili hususlar hariç genelde ticaret markaları ile aynı hükümlere tabiidir. Fark, ticaret markalarının konusunu emtianın oluşturması, hizmet markalarının konusunu ise hizmetin oluşturmasıdır. Hizmet markasında ürün değil hizmetler satılır, reklam edilir. Mc Donald's, Pizza Hut bu markalara örnektir.

Türkiye sınai mülkiyet hakları ile ilgili olarak Paris Anlaşmasına üyedir³⁴. Paris Anlaşmasının 6. maddesinin 5. mükerrer maddesine göre, “Birlik ülkeleri, hizmet markalarını himaye etmeyi taahhüt ederler. Bu markaların tescillerinin tutulması öngörülmez” denmektedir.

Hizmet markalarının kapsam dışında bırakıldığı 551 Sayılı Markalar Kanunu zamanında, hizmet markalarının Türkiye’de tescili konusunda birçok problem ile karşılaşılmaktaydı. Ancak 556 Sayılı KHK’nin hizmet markalarını, taraf olduğu uluslararası anlaşmalara paralel olarak kapsama alması ile birlikte sorunlar ortadan kalkmıştır.

Türkiye, markaların tescili amacıyla mal ve hizmetlerin uluslararası sınıflandırılmasına ilişkin Nice Anlaşmasına taraftır³⁵. Bu anlaşmada amaç, mal ve hizmetler için ortak bir sınıflandırma sistemi teşkil etmektir. Nice Anlaşmasında mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasında, hizmetler başlığı altında çeşitli kategoriler belirtilmiştir.

556 Sayılı KHK.’nin 15. maddesine uyarınca, tescilli bir hizmet markası; devredilebilir, miras yoluyla intikal edebilir, kullanma hakkı lisans konusu olabilir ve rehnedilebilir.

Hizmet markası, tescil edildiği mal için bütün olarak veya bir kısmı için devredilebilir. Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile devri, aksi kararlaştırılmadıkça, markanın devrini de kapsar. Devir sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı biçimde

³⁴ Türkiye sözleşmeye girmeyi Lozan ile taahhüt ederek, sözleşmenin 1925 tarihli La Haye metnini kabul etmiş (15.5.1930 tarihli ve 1619 Sayılı kanun). 1934 tarihli Londra metnini de 6894 Sayılı kanun ile onaylamıştır. Sözleşmenin Stocholm metnini, 1-12. maddelerine çekince koymak suretiyle kabul etmiştir (8.8.1975 tarih 7-10464 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı) bu çekinceyi de 1994 tarihinde kaldırmıştır (94-5093 Sayılı 29.7.1994 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı).

³⁵ Nice Anlaşmamıza katılımımız, 31.05.1963 tarihli ve 244 Sayılı kanunun 3. ve 5. maddelerine göre, Bakanlar Kurulunca, 12.07.1995 tarihinde kararlaştırılmıştır.

olması ve marka siciline kaydının yapılması gerekir. Aksi takdirde iyi niyetli 3. kişilere karşı devir hüküm ifade etmez.

556 Sayılı KHK.'nin 18. maddesine göre tescilli bir hizmet markası işlem den bağımsız olarak teminat olarak gösterilebilir. Bu, taraflardan birinin isteği üzerine marka siciline kayıt edilip yayınlanabilir.

Hizmet markasının işletmeden bağımsız olarak haczi mümkündür. Markaya haciz marka siciline işlenerek olur ve haciz yayımlanır.

1.3.3.3. Ortak Marka

Ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılmak üzere, grubu oluşturan işletmelerin mal veya hizmetlerinin diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaretlerdir.

Ortak markaların birden fazla türü bulunmaktadır. Başlıca ortak markalar aşağıdaki gibidir³⁶;

- Belirli bir bölgede yetişen ürünlerin özel kalitesini göstermek üzere kullanılan işaretler
- Ürünün kalitesinin belirli bir bölge ile ilgisi olmadığını gösteren işaretler
- Belirli bir bölgede üretim malları gösteren isimler ve semboller
- Belirli bir kalitede ve kompozisyonu gösteren, semboller ve coğrafi olmayan isimler
- Ticari bir kuruluş ve ya grubu gösteren isim veya semboller
- Mal ve hizmetlerin üstün standartta olduğunu belirtmek üzere kullanılan ve doğrudan ticaret faaliyetleri ile doğrudan bağlantısı bulunmayan kuruluşun markası gibi,

551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 2/b maddesinde tanımlanan müşterek marka, 556 Sayılı KHK' de düzenlenen ortak markaları ifade eder.

³⁶ Camcı,1998, s.23.

556 Sayılı KHK'nin 56/1 maddesine göre, ortak markanın tescili amacıyla başvuruda bulunulduğunda, başvuru ile birlikte markanın kullanılma usul ve şeklini gösterir bir teknik yönetmeliğin, TPE Başkanlığına verilmesi zorunludur.

556 Sayılı KHK' nin 59.maddesi ile, ortak markanın denetiminin zamanında ve teknik yönetmeliğe uygun olarak yapılması zorunluluğu getirilmiştir. Bunun yaptırımı olarak da, bu denetim gerektiği gibi yerine getirilememesi ve teknik yönetmeliğe aykırı kullanıma göz yumulması durumunda, taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece tanınacak süre içinde, söz konusu aykırı kullanım düzeltilmediği takdirde, ortak markanın süre sonunda mahkeme tarafından iptal edileceği belirtilmiştir.

556 Sayılı KHK'nin 60.maddesine göre, ortak markalar devir ve lisansa konu olabilirler. Ancak bu devrin ve lisansın geçerli olabilmesi için marka siciline kayıt yapılmalıdır.

1.3.3.4. Garanti Markası

556 Sayılı KHK' nin 2. maddesi, KHK' de düzenlenmiş olan garanti markalarını da içermekte olduğunu göstermektedir. 556 Sayılı KHK' nin 54.maddesine göre, “garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında, birçok işletme tarafından, o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir”³⁷.

556 Sayılı KHK 'de 551 Sayılı Markalar Kanununu 2/c maddesinde geçen birlik markası yerine garanti markası kullanılmıştır.

Garanti markaları, ortak markalar gibi mal ya da hizmetlerin belli bir gruba dâhil kişilerce üretilmiş olduğunu değil, üretilen mal ya da hizmetlerin belli özellik ve niteliklere sahip olduğunu belirtir. Bu özelliği ile garanti markaları, garanti markasını

³⁷ Tanımlamanın isabetli olmadığı yönünde; Arkan, 1997(a),s.47 Garanti markası işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini değil, garanti markasını kullanmaya yetkili işletmeler tarafından üretilen mal ya da hizmetlerin ortak niteliklerini, coğrafi menşeyini garanti eder.

kullanmaya yetkili olan işletmelerce üretilen mal ve hizmetleri diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt eder.

Garanti markaları, ortak markalarda olduğu gibi birden fazla kişi tarafından kullanılan markalardır. Ancak, ortak markalardan farklı olarak 556 Sayılı KHK' nin 54/II maddesi uyarınca, garanti markasının marka sahibinin ve ya marka sahibine iktisaden bağlı olan bir işletmenin mal ve hizmetlerinde kullanılması yasaktır. Bu hüküm kişinin kendi kendini kontrol etmesinin güçlüğüne neden olacağı düşüncesiyle kabul edilmiştir. Çünkü, 556 Sayılı KHK.'nin 54/I maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere, garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında, 3.kişilerce üretilen mal ya da hizmetlerin belirli özelliklerini garanti etmeye yarar. Kısacası üretici işletmelerin garanti markasını kullanabilmeleri için ürettikleri mal ya da hizmetin, marka sahibi tarafından yapılacak denetim sonunda önceden tespit edilmiş olan bazı özelliklere sahip olduğunun belirlenmesi gerekir³⁸.

Marka sahibi tarafından yapılacak olan denetimin kıstaslarının objektif olarak belirlenmesi için 556 Sayılı KHK'nin 56/I maddesinde tescil için başvuru ile birlikte, garanti markasının kullanım şekli ve bunun usullerini belirtir bir teknik yönetmeliğin hazırlanması zorunlu kılınmıştır.

556 Sayılı KHK'nin 59. maddesi ile garanti markası sahibine denetimini zamanında ve teknik yönetmeliğe uygun olarak yapması yolunda zorunluluk getirilmiştir. Bu denetimin gerektiği gibi yerine getirilmemesi, garanti markası sahibinin teknik yönetmeliğe aykırı kullanıma göz yumması durumunda, taraflardan birinin başvurusu üzerine mahkemece tanınacak süre içinde, söz konusu aykırı kullanım düzeltilmediği takdirde, marka tanınan süre sonunda mahkeme tarafından iptal edileceği belirtilmiştir.

Garanti markalarına örnek olarak, uluslararası yün birliğine ait "Woolmark" işareti, ISO 9000, ISO 9001 gösterilebilir. Türkiye 'de de garanti markası anlamında TSE markası vardır. 556 Sayılı KHK' nin 54. maddesine göre bir garanti markası niteliğindedir.

556 Sayılı KHK. nin 60. maddesi uyarınca, garanti markası devredilebilir. Ancak bu devir marka siciline kayıt ile geçerlilik kazanır. Garanti markası ortak markalardan

³⁸ Arkan, 1997(a),s.47.

farklı olarak, lisans sözleşmesine konu oluşturmaz. Çünkü bu markanın kullanım hakkı, garanti markasının tescili ile birlikte verilmiş olan teknik yönetmelikte belirtilen özellik ve niteliklere uygun olarak, mal ve hizmet üreten herkese tanınmıştır.

1.3.3.5. Tanınmış Marka

Tanınmış markada, sahibine mevcut standart korumadan daha geniş bir koruna sağlanmaktadır. 556 Sayılı KHK' nin 8/IV maddesi uyarınca, farklı mal ve hizmetler söz konusu olsa da tanınmış marka sahibi, aynı veya benzer markanın 3. kişilerce kullanımını ve yine 3.kişiler adına tescilini engelleyebilmektedir. Ancak, ilgili madde, bir markanın ne zaman tanınmış bir marka olarak kabul edeceğinin belirtmemiştir. 556 Sayılı KHK' nin 8/IV maddesine göre “ marka, tescil edilmiş ve ya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı ve ya benzeri olmakla birlikte, farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. Ancak tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verilebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumda, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu reddedilir.”

556 Sayılı KHK nin 8/IV maddesi 89/104 Sayılı Yönerge'nin 4.4.a maddesinden alınmıştır. Yönergenin bu maddesinde, tanınmış markaların ayırım gücüne zarar verilmesine ve ya itibarının zedelenmesine neden olabilecek hallerde markanın aynıısının veya benzerinin farklı mal/ hizmetler için tescil edilemeyeceğini ya da tescil edilmişse,bu sonraki tescilin iptal edileceğini hükme bağlama konusunda, üye devletlere seçim hakkı tanıdığıdır.

556 Sayılı KHK.'nin “Marka tescilinden Doğan Hakların Tescili” başlıklı 9/I maddesinin (c) bendinde de, tanınmış marka sahibinin, tescilli markası ile aynı veya benzer olan markanın farklı mal ve hizmetler için kullanılmasını yasaklayabileceğinden söz edilmiştir.

Tanınmış markanın ülkesinde ve/veya korumanın isteneceği diğer ülke ve ülkelerde tescil edilmiş olması gerekli değildir. 556 Sayılı KHK'nin atıfta bulunduğu Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, ülkedeki bir kişiye ait olduğu kamunun bilgisi dahilinde bulunduğu kabul edilen, markanın korunması söz konusudur. Bu nedenle taraf ülkelerde tescil şartı aranmaksızın korunur. Ancak 556 Sayılı KHK'nin 8/IV fıkrasında, tanınmış markanın korunmasının sağlanması için, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir marka sahibinin itirazı üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile, sonraki markanın tescil başvurusu reddedilir denmektedir.

Tanınmış markanın tanımı, 556 Sayılı KHK'de de, 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda olduğu gibi yer verilmemiştir. Ayrıca, Paris sözleşmesinde, TRIPS'de ve AT Yönergesinde de tanınmış markanın tanımı yapılmış değildir. Kanun koyucular, tanınmış markaların bir tanımını vermekten kaçınmışlardır, tanımlama işi doktrin ve içtihatlarla bırakılmıştır³⁹.

Bir markanın tanınmış marka sıfatını elde edebilmesi için markanın sadece kendi mal veya hizmetlerinin alıcıları tarafından değil, genel olarak toplumun belli bir kesimi tarafından tanınıyor olması aranmaktadır⁴⁰.

Tanınmış marka olarak korunmak istenilen markaların en büyük özellikleri, tüketici tarafından gözü kapalı güven duyulmaları, markayı taşıyan ürünlere sahip olduğu için övünülmesi, tüketiciye kendini kabul ettirmiş ve en önemlisi büyük bir kısmı tarafından benimsenmiş ve tanınmış mal ve hizmetlerle bağımlılık içinde algılanmasıdır⁴¹.

Tanınmışlık düzeyi dışında markanın özellikle üzerinde durulan diğer bir özelliği de üstün reklam gücüdür. Tanınmış markaların kendi mal veya hizmetlerinin alıcıları dışındaki kişilerce de tanınıyor olması ve ticari değerinin ve şöhretinin beraberinde getirdiği üstün reklam gücü kendi mal ve hizmetleri dışındaki mal ve hizmetlerin pazarlanmasında da etkili olacak, piyasaya yeni sürülen ürünlerin tanıtımını büyük ölçüde kolaylaştıracaktır⁴².

³⁹ Yasaman, 1978, s.694.

⁴⁰ Nomer,1999, s.499; Yasaman, 1978, s.695; Arkan, 1997(a), s.105.

⁴¹ Yasaman, 1978, s.695.

⁴² Nomer,1999, s.500.

Tanınmış markanın bir diğerk özelliği ise, aynı ya da benzer markanın çok sayıda kişi tarafından farklı mal veya hizmetler için kullanılıyor olmasıdır. Aynı markanın piyasada birden fazla kişi tarafından kullanılıyor olması da farklı mal ve hizmetler söz konusu olsa da, markanın tanınmış marka olarak nitelendirmesinin engelleyebilmektedir.

Ayrıca, 556 Sayılı KHK' nin 7/I-i maddesiyle, Paris Sözleşmesinin 6.maddesine paralel olarak tanınmış markalar korunarak, tanınmış markanın, aynısının veyahut benzerlerinin, marka sahibinin izni olmadan, başkası adına tescili de yasaklanmıştır. Bununla birlikte 3.fıkırada, kötü niyetle tescil edilen ve kullanılan markaların terkinini, kullanılmasının yasaklanmasını istemek için süre tespit edilemeyeceği belirtilmiştir.

Tanınmış marka sahibinin markasını haksız olarak kullananlar veya tescil ettirmek isteyenlere karşı sahip olduğu haklar bu sayılanlardan sınırlı değildir. Tanınmış markanın aynısının veya benzerinin markalar siciline tescil edilmiş olması durumunda, marka sahibi 556 Sayılı KHK'nin 42 vd. maddelerine göre hükümsüzlüğüne karar verilmesini, 9.madde ve 62.maddede sayılan marka hakkına tecavüz durumlarında, KHK.md.62 vd. hükümlerine göre, tecavüzün durdurulmasını, giderilmesini, maddi ve manevi zararın tazminini, markayı taşıyan mallara el konulmasını, bunlar üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını ve ilgili mahkeme hükmünün ilanını talep edebilir⁴³.

⁴³ Atlı,2001,s.106

İKİNCİ BÖLÜM

TECAVÜZ HALLERİNDE ESAS ALINAN KRİTERLER

2.1.MARKAYA TECAVÜZÜN TESPİTİ VE NAZARA ALINACAK KRİTERLER

2.1.1.MARKAYA TECAVÜZÜN TESBİTİ

Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesinde "başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mânâ veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle ve yahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüz'î surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış Sayılır; başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış Sayılır" denilmek suretiyle bir markanın aynısının veya benzerinin kullanılmasına ilişkin kıstaslar belirtilmiş ve yoruma açık olmaktan kurtarılmıştır.

Ancak, yürürlükte olup uygulanmakta olan 556 Sayılı KHK hükümleri yetersiz olup, yoruma açık ifadeler içermektedir. Örneğin, marka hakkına tecavüzün sayıldığı hallerin düzenlendiği 61. maddenin (a) bendi, 9. maddenin ihlalini tecavüz hali olarak görmektedir. Bahsi geçen 9.madde de ise "tescilli marka ile aynı veya benzer bir işaretin kullanılmasından, ayrıca bu kullanımın halk üzerinde karıştırılma ihtimalinden" söz edilmektedir. Ancak 61. maddenin (b) bendi ve 9. madde de yer alan 'aynen, benzer ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer' ifadelerine ilişkin kıstaslara yer verilmemiştir.

Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47.maddesinde yer alan ifadeler bu konuya ilişkin olarak önemli kıstaslar içermesine rağmen yürürlükteki mevzuatımızda bunlara yer verilmemesi ciddi bir eksikliktir. Fakat buna rağmen, halen günümüzde bu kıstasların mahkeme kararlarında ve bilirkişi raporlarında dikkate alınması sebebiyle bu kıstasların geçerliliğini koruduğunu söyleyebiliriz.

2.1.2. MARKAYA TECAVÜZ ŞEKİLLERİ

Markaya tecavüz esas itibariyle taklit ve tağyir şeklinde görülür. Lisans sözleşmesinin ihlali ve ticari vekillerin haksız olarak kendi adlarına tescil yaptırmak şeklindeki tecavüz fiilleri ise Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde ele alınarak çözüme kavuşturulabilecek fiillerdir.

Bilindiği gibi taklit, bir markanın aynen kopya edilmesi; tağyir ise, iki marka arasında alıcıların zihninde bir karışıklık meydana getirerek, bir benzemenin söz konusu olması halidir. Her iki fiil de iltibasa neden olmaktadır. Çünkü, alıcıların iki markayı karıştırmaları ihtimali varsa iltibastan söz edilir. Dolayısıyla, iltibas terimi, taklit ve tağyirin bir üst kavramıdır⁴⁴.

Ancak, taklit ve tağyir fiili alıcıların zihninde bir karışıklığa sebep olduğu için marka hakkına tecavüze neden olurlar. Alıcıların zihninde karışıklık meydana getirilmesi fiili doktrinde⁴⁵ ve yargı kararlarında⁴⁶ kabul görmüş iltibas terimi ile ifade edilmektedir.

Markaya ilişkin ilk mevzuat olan Alâmet-i Farika Nizamnamesi'nde taklit ve tağyir fiilleri birbirinden ayrılmış ve farklı cezai hükümler öngörülmüştür. Nizamnamenin 14. maddesinde "...tatbikleri veya resimleri teslim olunan alâmetleri tatbik edenlerden, 15.madde "...bir alâmetin yalnız resmini tağyir edenlerden bahsetmekteydi. Bu nizamname hem bu iki hali birbirinden ayırt etmekte hem de farklı cezaî hükümler öngörmekteydi⁴⁷.

Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 47.maddesinde bir markanın aynen kullanılması ile benzerinin kullanılması tanımlanmak suretiyle birbirinden ayrılmıştır. 556 Sayılı KHK'nin 9/a bendinde bir markanın aynen kullanılması, 9/b bendinde ise benzerinin kullanılması düzenlenmiştir. Fakat hem 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda hem de 556 Sayılı KHK'de bu iki farklı kullanma arasında cezaî yönden bir ayırım yapılmadığı için bu bakımdan

⁴⁴ "iltibas, tanıtmaya işaretinin aynısını kullanmak veya benzerini kullanmak suretiyle..." Karayalçın, 1968, s. 461; Öçal,1967,s. 108; Arseven, "taklit fiilinde iltibas unsuru tabii olarak mevcut farz olunmaktadır; zira marka umumiyetle aynen alınmıştır. Taklit fiilinde iltibas aranmaz değil, iltibas zaten vardır. Bu bakımdan ayrı bir unsur olarak tetkikine gerek yoktur" demektir, Arseven,1951,s. 139; Bilgişin'e göre ise, "iltibasa mahal vermek ifadesi ile taklit ve tağyirin hudutları da aşılarak çok geniş bir tatbik alanı kabul edilmiş bulunmaktadır", Bilgisin, 1948,s.214.

⁴⁵ Karayalçın, 1968,s.461; Öçal,1967, s.108; Arseven, 1951, s.139, Bilgisin,1948, s.214.

⁴⁶ TD. 8.6.1955, E.2520, K.4162 (Tatbikatta Yargıtay Kararları, Ekim-Kasım 1955, s. 1983-1985; 11.HD. 30.12.1982, E.5229, K.5749 (Dönmez,1992, s. 77-78)

⁴⁷ Bu farklılığın tenkidi için bkz.Bilgişin,1948, s.214, No: 194.

yapılacak bir ayırımın geçerliği kalmamıştır. Ancak, bir markanın aynen (taklit edilerek) veya benzerinin (tağyir edilmiş şeklin) kullanılması iki bakımdan önemini muhafaza etmektedir.

Ticaret Kanunu'nun 57.maddesinin 5.fikrası ise, sadece iltibasa meydan verebilecek marka kullanmayı hükme bağlamaktadır. Fakat "iltibasa meydan verebilecek marka kullanmak" ibaresi taklit ve tağyirden tamamen farklı bir ibare de değildir. Hakim görüşe göre TTK'nın 57.maddesinin 5.fikrası, hem tağyiri hem de taklidi içine alabilecek bir anlama sahiptir⁴⁸.

Sonuç itibariyle bir markanın aynen veya benzerinin kullanılması iki açıdan önemlidir. Türk mahkeme içtihatlarına hakim olan görüşe göre, markalarda açık bir benzerlik bulunursa, bilirkşi incelemesine gerek yoktur⁴⁹. Bu hal dışında bir benzerlik ve iltibas olup olmadığı, yani, alıcıların benzer markaları karıştırıp karıştırmadıklarının tespiti teknik bilgi ve toplumsal araştırma gerektiren bir durumdur. Bu nedenle, Türk hukukunda mahkemeler ve Yargıtay bu durumda bilirkşi incelemesini gerekli görmekteirler⁵⁰.

Taklit yoluyla marka hakkı tecavüzlerinde aynen kullanma hali söz konusu olup alıcıların markaları karıştırmaları kesin olduğundan, bu şekilde bir marka kullanımının iltibasa sebebiyet vereceği kabul edilmekte olup bu hususun ayrıca ispatına lüzum görülmemektedir⁵¹.

⁴⁸ Karayalçın,1968, s.461; Öçal,1967, s.108; Arseven,1951, s.139; Bilgisin,1948, s.214.

Tansı ise karşı görüştedir. Yazar, "alâmet-i farikanın iki halde himayeye mazhar olduğunu görürüz: a) Taklit, b) İltibas. Taklit ve iltibas aynı şeyler değildir. Taklide benzerlik, hemen ayniyet vardır. İltibasda bir ayniyet değil, yakınlık hatta uzak bir münasabet bile kâfidir" demektedir.(Tansı,1965, s.301).

Yargıtay'ın eski kararlarında iltibas kelimesine sadece tağyir manası verdiği görülmektedir. TD.30.12.1961, E.1859, K.4813 (Batider, 1962, C.I, S.4, s.601); "...her ikisi aynı olsa idi, bu takdirde iltibas değil taklit bahis konusu olurdu" TD.11.12.1959, E.2914, K.3176 (Doğanay,1964, s. 173-174).

⁴⁹11.HD. 22.5.1989, E:3286, K.3018 (Eriş,1992, s.398).

⁵⁰11.HD. 23.11.1978, E.46, K.5251 (ABD., 1979, S.1, s.63-64); 11.HD. 27.9.1976, E.4091, K:4234 (Dönmez, s. 120); 11.HD. 22.2.1985, E.516, K.879 (Domaniç, s.122); 11.HD. 7.3.1985, E.887, K.1265 (Dönmez, s. 123-124); TD.27.4.1970, E.69/2460, K.70/1727 (Doğanay,1964, s.326); TD.29.4.2969, E.68/4503, K.69/2174 (Doğanay, s.343 dn.457).

"İçlerinde basın kökenli bir gazeteci ve ticaret hukuku kürsüsünden öğretim üyesi bulunmayan ve basının içinde bulunduğu rekabet ve iltibas koşullarını yeterince değerlendirmeyen eksik bilirkşi raporuna dayanılarak hüküm kurulması doğru görülmemiştir" 11.HD. 14.10.1986, E.4305, K.5264 (Eriş, s.389); "Tüm bu hususların açıklığa kavuşması için birisi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, diğeri İTO üyesi bir tacir diğeri de muhasebeci veya bankacı olmak üzere üç kişiden oluşan bir bilirkşi kurulmadan rapor alınması ve sonuca göre hüküm kurulması gerekirken..." 11.HD. 30.6.1986, E.3490, K.4049 (Eriş, s.114).

⁵¹ Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması md.16'ya göre de, aynı mal ve hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde karışıklık olasılığının mevcut olduğu var sayılır.

2.1.2.1. Bir Markanın Aynen Kullanılması (Taklit)

Taklit tamamen veya kısmen olabilir. Tamamen taklit ya da aynen taklit, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın tamamının kopya edilmesi suretiyle kullanılmasıdır. Bu taklit tamamıyla açık, kesin tecavüz teşkil eder. Buna daha çok marka üzerinde karşılıklı hak iddialarının bulunduğu durumlarda⁵² ve belirli emtia için kullanılan bir markanın başka kişiler tarafından farklı türdeki emtia için kullanılması durumunda⁵³ rastlanır⁵⁴.

Kısmi taklitte ise, başkasının hak sahibi olduğu markanın aynen denecek kadar az değiştirilmek suretiyle kullanılması⁵⁵ söz konusudur. Bir markanın aynen denecek kadar az değiştirilip değiştirilmediği her somut olayda mahkemece belirlenmelidir. Fakat herhalukârda markanın esas unsurları bozulmamış,⁵⁶ değiştirilmemiş olmalıdır⁵⁷.

Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, taklit yoluyla marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için tam, aynen kullanmanın varlığı gereklidir⁵⁸. Ancak, bir markanın aynen kopya edilerek kullanılması ile aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanılması arasında marka hakkına tecavüz bakımından fark yoktur, dolayısıyla bu görüş aynen kullanma halinin sınırlarını daraltmaktadır. Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu md.47/II'de "...dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüz'î surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış Sayılır" ifadesi bunu göstermektedir. Kısmi aynen kullanmayı düzenleyen 556 Sayılı KHK'nin 61.maddesinin (b) bendi "...markayı ve ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmekten" söz ederken amacı aşmış bulunmaktadır.

⁵²11.HD. 27.9.1985, E.4766, K.4909 (Dönmez,1992, s. 12).

⁵³11.HD.14.6.1988, E.1918, K.3940 (Dönmez, 1992,s.128-129);11.HD.14.1.1975, E.4326, K.127 (Dönmez, s. 130).

⁵⁴Cengiz,1995, s.6.

⁵⁵Hırş, 160; Arseven,1951, s. 135-137; Öçal,1967, s. 105.

"Tere" ile "Tera", "Pril" ile "Pril" markalan arasında ayniyet olduğu söylenebilir (Arkan, s.259).

⁵⁶Bir Fransız mahkemesi kararına göre, "aynen kullanmadan sözedebilmek için, bir markanın en ince ayrıntılarına kadar taklid edilmesi gerekmez. Esaslı unsurların taklid edilmesi yeterlidir." (Arseven,1951,s.137'den naklen).

⁵⁷Seine mahkemesi kararına göre, "esaslı unsurları tekrar edilen bir markaya ayrıntı sayılabilecek eklemelerin yapılması aynen kullanmanın varlığına engel değildir." (Arseven, s.137'den naklen); Fransız mahkemeleri, "Byrh-Byrrh", "Graetzin-Gretzine", "Supra Kina-Superkina", "Paradis Voyage-Paris Voyage" markalan arasında aynen kullanmanın varlığını kabul etmişlerdir (Arseven, s.137'den naklen).

⁵⁸Dericioğlu, s.4.

Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu md.47/a'da "başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mânâ veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle ve yahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüz'î surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış Sayılır" denilmek suretiyle taklitle ilgili olarak bazı ölçütlere yer verilmiştir.

556 Sayılı KHK'nin marka tescilinden doğan hakların kapsamı başlığını taşıyan 9.maddede "aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır" denilmekte ve bu maddenin ihlâli ise 61.maddede tecavüz fiillerinden birisi olarak düzenlenmektedir. KHK'nin 9/a bendinde "markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılmasından", marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin düzenlendiği 61.maddenin (b) bendinde "marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek"ten söz edilmektedir ancak iki madde de, taklit fiili ile ilgili herhangi bir ölçüt verilmemektedir.

2.1.2.1.1.Bir Markanın Biçim İtibariyle Eşinin Kullanılması

Biçim kelimesi bir şeyin dış çizgileri bakımından niteliği, benzer şekil anlamına gelir⁵⁹. Marka üzerindeki öncelik hakkı özgün biçimin de korunmasını sağlar. Özgünlükten bahsedebilmek için, emtianın tasarımının, o emtianın işlevinin doğal sonucu olan biçimin dışında (556 Sayılı KHK md.7/e) ayırıcı, tanıtıcı nitelikte olması gerekir. Biçim belli bir firmayı ve kaliteyi çağrıştırıyorsa özgünlüğüne daha kolay karar verilebilir⁶⁰. Sonuç olarak, bir markanın şeklen eşinin kullanılması halinde aynen kullanmanın yani taklidin varlığı tartışmasızdır⁶¹.

⁵⁹ <http://www.tdk.gov.tr/>

⁶⁰ "Davalının tescilli DAMALI markasını kullanırken, davacının DOMİNO markası yönünden kendisine özgü kullanma biçimini aynen benimseyerek iltibasa neden olması hem haksız rekabeti oluşturur ve hem de MK'nun 2.maddesinde öngörülen iyiniyet kuralına aykırı düşer" 11.HD.30.9.1983, E.3755, K.4773 (YKD, 1984, S.3, s.406).

⁶¹ Da.D.25.12.1970, E.464, K.735 (Sağlam, 1973, s.50); Da.İ.D.29.11.1971, E.1515, K.2761 (Sağlam,1973, 51-53).

Yargıtay II.HD., 10.6.1988 tarihli ve E.87/8854, K.88/3861 Sayılı kararında, yerel mahkemenin "...davalının, imal ettiği ütülerine aynı şekli görünüşü ve büyüklüğü vermekle haksız rekabette bulunduğu ve şekil benzerliği yüzünden orta halli, normal zekâlı alıcıların teknik kaliteyi incelemeyen, birini diğerinin yerine alabileceği ve böylece aklanabileceği ve iltibasa yol açacağı" şeklindeki gerekçesini onaylayarak, şekli TK.md.57/b.5'e dayanarak korumuştur.

2.1.2.1.2.Bir Markanın Anlam İtibariyle Eşinin Kullanılması

Mülga Markalar Kanunu md.47/a'da " Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış Sayılır." demektedir. Aynı kanunun 5.maddesi ise "Aynı emtiaya mütaalik olarak Türkiye'de tescil edilmiş veya tescil için müracaat edildiği halde henüz kesin bir karara bağlanmamış markalarla, bunların biçim veya telaffuz yahut mana itibariyle ilk bakışta tefrik edilmeyen benzerlerinin" marka olarak tescil edilemeyeceğini belirtmektedir.

Marka hakkına tecavüzü oluşturan alıcıların uyuşmazlık konusu markaları karıştırmaları durumudur. Taklit yoluyla marka hakkına tecavüz halinde aynen kullanma söz konusu olduğundan alıcıların markaları karıştırmaları hususunda kuşku yoktur. Tağyir edilmiş şeklin kullanılması suretiyle marka hakkına tecavüz halinde ise benzerini kullanma söz konusu olduğundan, benzerliğin alıcıların markaları karıştırmalarına neden olacak surette olması gereklidir. Alıcıların karıştırmalarına neden olmayan benzerlik tecavüz oluşturmaz⁶².

551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 5.maddesinde geçen "Aynı emtiaya mütaalik olarak Türkiye'de tescil edilmiş veya tescil için müracaat edildiği halde henüz kesin bir karara bağlanmamış markalarla, bunların biçim veya telaffuz yahut mana itibariyle ilk bakışta tefrik edilmeyen benzerleri" ifadesi iltibasın varlığının tespitini zorunlu kılmaktadır. Çünkü tecavüzden söz edebilmek için alıcıların aynı anlama gelen markaları karıştırdıklarının tespiti gerekir. Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın anlam bakımından eşinin kullanıldığı her durumda alıcıların markaları muhakkak karıştırdıkları söylenemez. Bu nedenle, bu fiilin bir markanın benzerini kullanma suretiyle marka hakkına tecavüz hali kapsamında ele alınması gerekir⁶³.

Eğer, söz konusu malın biçimi marka olarak tescil ettirilirse artık KHK/556 hükümlerince de koruma mümkün olabilecektir.

"FLY-TOX markası tescilli iken...aynı emtia için F.L.Y. harflerinden ibaret markanın tescili talep edilmiştir. Bu markanın biçim, söyleniş, anlam bakımından tescilli markanın benzeri olduğu açıktır..." Da.İ2.D.2.6.1971, E:2294, K.2361 (Sağlam, 1973,s.46).

⁶² Ocak,1997, s.20.

⁶³ Öçal,1967, s. 111; Cengiz, 1995, s.9.

2.1.2.1.3. Bir Markanın Tercümesi İtibariyle Eşinin Kullanılması

Bir markanın çevirisinin kullanıldığı her durumda tecavüz söz konusu olmayıp; öncelikle bu kullanımın alıcılarda bir karışıklığa sebep olup olmadığının tespiti, yani, iltibasın varlığı aranacaktır.

Fransız hukukunda da çeviri markaların konu olduğu uyuşmazlıklarda sorun iltibas suretiyle tecavüz hali kapsamında ele alınmış ve alıcıların markaları karıştırıp karıştırmadıkları araştırılmıştır. Şu iki halde alıcıların çeviri markaları karıştırdıkları tespit edilmiştir⁶⁴. Birincisi; bir markayı taşıyan emtia ihraç edilmekteyse marka sahibi, alıcıların markasını anlayabilmelerini sağlamak amacıyla, markayı ihraç ettiği yabancı ülkenin diline çevirebilir. Bu durumda başka bir kimsenin bu çeviri markayı kullanması marka sahibinin yabancı pazarlardan yararlanma hakkına tecavüz oluşturur. İkincisi; yalnız ülke içinde satımı yapılan emtianın taşıdığı markaların çevirisi başka bir kimse tarafından kullanıldığında çeviri marka alıcılar tarafından rahatça anlaşılabilir ve iki marka da aynı işletmeye ait sanılabiliyor ise tecavüzden söz edilir⁶⁵.

Yargıtay da, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın anlam bakımından eşinin kullanılması ile ilgili Sungurlu Hitit-Hitit Sungurlu markaları ile Almanca Hitit Devleti anlamına gelen Hethiter markasının konu olduğu bir davada meselenin tağyir edilmiş şeklin kullanılması suretiyle marka hakkına tecavüz hali kapsamında ele alınması ve alıcıların markaları karıştırıp karıştırmadıklarının araştırılması düşüncesini kabul etmiştir⁶⁶.

⁶⁴Öçal,1967, s. 111-112.

⁶⁵Life dergisi ismini marka olarak Brezilya'da tescil ettirmek istemiş, aynı mânâyı, yani Portekizce hayat mânâsını taşıyan "Vida" markasının 1939 yılında tescil edildiğini öğrenmiştir. "Vida", Life'm tercümesidir. Rio de Janerio İstinaf Mahkemesi 1.2.1943 tarihli kararında "Life markası milletlerarası düzeyde tanınmış olduğundan Paris Sözleşmesine göre himaye görmekle beraber her iki isim başka dillerde yazıldığından iltibas ihtimali yoktur", demiştir. Prop.Industr. 1948, s.81 (Arseven, s.139, dn.7a, l'den naklen)

⁶⁶11.HD. 30.12.1982, E.5229, K.5749 (Dönmez, s. 77-78); Yargıtay, Misel markası sebebiyle verdiği kararında, kelimenin Türkçe veya yabancı dilde yazılmasının iltibasa engel olmadığına karar vermiştir. TD.3.10.1941, K.2296 (Arıç, Şahap, Yargıtay İçtihatlarına Göre Haşiyeli Ticaret Kanunu. İstanbul 1948,s.105 No:294).

2.1.2.1.4. Bir Markanın Telâffuz İtibariyle Eşinin Kullanılması

Markalarda yer alan kelimelerin yazılışları farklı olduğu halde söylenişleri aynı olabilir. Bu çeşit kullanımların taklit yoluyla mı tecavüze neden olduğu, yoksa tağyir yoluyla mı iltibasa sebebiyet verdiği tartışmalıdır. Ancak yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 5.maddesinin (c) bendinde "aynı emtiaya müteallik... bunların biçim veya telâffuz veya mânâ itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyen benzerleri"nin marka olarak tescil edilemeyeceği ifade ediliyordu. Bu maddede yer alan telâffuz kelimesi mülga 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun hazırlanmasına ilişkin çalışmalarda yer aldığı halde, 47.maddeye alınmamıştır⁶⁷. Fakat buna rağmen uygulamada hep biçim ve telâffuz kelimeleri birlikte kullanılmıştır⁶⁸.

"Prıl-Pırlı" markasında olduğu gibi yazılıştaki farklılık dikkatle bakılmadığı sürece anlaşılmayacak kadar az ise, bu durumda taklidin varlığı kabul edilmelidir. Ancak markaların yazılışlarının farklı, telâffuzlarının aynı olduğu her durumda taklitten söz edilemez, her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla söylenişleri aynı olduğu halde yazılışları ve hatta anlamları birbirinden çok farklı kelimeler olursa ve alıcılar tarafından bu markalar karıştırılmaz ise tecavüzden söz edilemez. Bu nedenle, telâffuzların aynı, yazılışların farklı olması durumu bir markanın tağyir edilmiş şeklinin kullanılması şeklinde ele alınmalı ve alıcıların bu **markaları** karıştırıp karıştırmadıkları araştırılmalıdır.

2.1.2.1.5. Bir Markaların Renk İtibariyle Eşinin Kullanılması

Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın renk bakımından değiştirilerek kullanılması aynen kullanmadır yani taklit suretiyle tecavüz fiili teşkil eder. Bu konuda yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu md.47/a'da "Başkasına ait tescilli bir

⁶⁷Telâffuz itibariyle eşinin kullanılması, Adalet Komisyonu'nun değişikliğinde yer almaktaydı. "Başkasına ait bir markanın biçim, telâffuz ve mânâ veya ..." (Millet Meclisi Adalet Komisyonu Değişikliği, s.53). Kanunun Millet Meclisindeki görüşmeleri sırasında Balıkesir milletvekili Ahmet Aydın Bolak'ın şu gerekçesi ile metinden çıkarılmıştır: "Muhterem/komisyon eğer iltifat ederse, telâffuz kelimesi orada haşivdir, tatbikatta kötü olur. Lütfen, bu kelimeyi oradan tayyetsinler" (Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 1, Toplantı: 3, 1964, C.31, Bileşim 121, S.1, s.599).

⁶⁸Dericioğlu, biçim ibaresinin telâffuzu kapsamadığını, bu nedenle tecavüz hallerinde iltibasın tespiti yapılırken adli organların telâffuza dayanarak hüküm vermelerinin kanuna aykırı olduğunu iddia etmektedir. Bkz. Dericioğlu, 1978, s.5.

markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle ve yahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış Sayılır” şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. Marka renksiz veya belirli bir renkte tescil ettirilmiş olsa bile, durum değişmez.

2.1.2.1.6. Bir Markanın Boyutları İtibariyle Eşinin Kullanılması

Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın boyutlarının değiştirilerek kullanılması, aynen kullanma yani taklit suretiyle tecavüz fiilini oluşturur. Bir markanın boyutları bakımından (şekil, yazı vb.) değiştirilmesi küçültme veya büyültme şeklinde olabilir. Bu tecavüz fiili yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu md.47/a’da “Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış Sayılır” şeklinde düzenlenmişti.

2.1.2.1.7. Bir Markanın Dikkatle Bakılmadıkça Farkına Varılmayacak Kadar Az Değiştirilerek Kullanılması

Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu md.47/a’ya göre, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzî surette değiştirilmiş şeklinin kullanılması aynen kullanma yani taklit Sayılıyordu.

556 Sayılı KHK bu tecavüz fiilini 61.maddenin (b) bendinde "...markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek" şeklinde ifade etmiştir. Bize göre, bu ifade tarzı hatalıdır. Öncelikle, "ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak" taklit fiili olarak tanımlanmıştır ki, bu ifade daha ziyade tağyirin tanımına uygun düşmektedir. Eğer kanun koyucunun maksadı, aynen kullanmanın bir çeşidi olan, kısmî aynen

kullanmayı taklit fiili içerisine sokmak idiyse, bu maksadın daha açık bir şekilde ifadesi gerekirdi⁶⁹.

Tam aynen kullanma ve kısmi aynen kullanma taklit fiilini oluşturur. Kısmî aynen kullanma halinde başkasının hak sahibi olduğu bir marka aynen kopya edilerek değil de, aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanılması söz konusudur. Az değiştirmeden kastedilenin ne olduğu konusunda belirli kıstaslar konması çok güç hatta imkânsızdır. Dolayısıyla her somut olay kendi içinde değerlendirilmelidir. Fakat herhalukârda söz konusu markaların esas unsurları yani, özgün, ayırt edici unsurları bozulmamış, değiştirilmemiş olmalıdır.

Yardımcı unsurların yani 2. derecede önem taşıyan tali unsurların aynen alınması halinde tecavüzdten bahsedilemez. Önemli olan markaların aslı ve karakteristik unsurlar itibariyle birbirinden ayırt edilmekte olup olmadığıdır. Bu unsurlarda yapılacak basit ilâveler⁷⁰ veya değişiklikler aynen kullanmanın varlığını ortadan kaldırmaz⁷¹. Bu hususta titiz davranılmalı, eğer değişiklik alıcıların markaları karıştırmaları konusunda az da olsa bir kuşkuya sebep oluyorsa, mesele taşıyıcı kapsamında ele alınarak bu durumun iltibasa sebebiyet verip vermediği yani, alıcıların markaları karıştırıp karıştırmadıkları araştırılmalıdır. Buna karşılık, markalar arasındaki farklılık sathî bir inceleme ile derhal görülebiliyorsa, tecavüzdten söz edilemez⁷².

2.1.2.2. Bir Markanın Benzerinin Kullanılması

İltibas markanın aynısının kullanılması suretiyle ortaya çıkması halinde taklit söz konusu olur, markanın değiştirilerek yani benzerinin kullanılması suretiyle iltibasın ortaya çıkması halinde ise taşıyıcıdan söz edilir. Bir markanın taşıyıcıdan bahsedebilmek için bunun aynı cins mallar üzerinde meydana gelmesi yeterli değildir. Bu kullanımın ayrıca taşıyıcı edilen marka ile iltibas doğurabilmesi lâzımdır. Taşıyıcının ana unsurunu iltibas teşkil

⁶⁹ Ocak, 1997, s.24.

⁷⁰"Fonetik bakımdan karışıklık mümkün olduğundan, malların ambalajlarının ve (Sol) kelimesinin yazı karakterinin net bir şekilde farklı olmasının önemi yoktur" Ann.1960, 130 (Öçal, 1967, s. 115 dn.96'dan naklen).

⁷¹"Bir markanın diğer markadaki şekli alması ve bunun sayısını artırması, mesela, bir markada bir yıldız resmi varken, diğerinin üç yıldızdan ibaret olması veya bir markada bir kedi varken, diğerinde iki kedinin yer alması iltibas ihtimalini ortadan kaldıracak bir ayırma değildir" Fed.Mah.12.4.1913, JdT 1914, I, 326 (Kaniti, 1961, s.238).

⁷² Fed.Mah.2.5.1944, JdT, I, 567 (Kaniti, s.237).

etmektedir. Eğer, alıcıların her iki markayı karıştırmaları ihtimali varsa bu takdirde iltibas mevcuttur. O halde, bir markanın benzerinin yani, tağyir edilmiş şeklinin kullanılması suretiyle markaya tecavüz fiilinin oluşması için şu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir:

1-Başkasının hak sahibi olduğu bir markanın benzerinin kullanılması.

2-Bu benzerliğin alıcıların markaları karıştırmalarına neden olacak surette olması.

Her markada diğerinde bulunan unsurlar az çok mevcut olacaktır. Çünkü renkler, çizgiler, harfler, rakamlar ve kelimeler sınırlıdır. Müşterek unsurların bulunduğu her yerde tağyirden mi bahsedeceğiz? Tağyir ancak, alıcıların beyininde iltibas doğuracak şekilde bir benzerlik bulunması halinde vardır.

Yürürlükten kaldırılan 551 Sayılı Markalar Kanunu'nu md.47/a'da "başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumî intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış Sayılır" denilmek suretiyle tağyir ile kastedilenin ne olduğu ve tağyirden bahsedebilmek için kullanımın iltibasa sebebiyet verecek şekilde olması aranmaktaydı.

556 Sayılı KHK'de benzer kullanımın tanımına açıkça yer verilmemekle beraber, ikinci unsurun yani, bir markanın benzerinin kullanımının iltibasa; alıcılar nazarında bir karışıklığa sebep olması hususu aranmıştır. Marka tescilinden doğan hakların kapsamının düzenlendiği md.9/b'de "tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması" ifadeleriyle iltibasın mevcudiyeti aranmaktadır. Bu maddenin ihlali tecavüz fiilleri arasında düzenlenmektedir (md.61/a)

2.1.2.2.1.Bir Markaya Bütün Olarak Bıraktığı Genel Görünüm İtibariyle İlk Bakışta Ayırt Edilemeyecek Şekilde Benzeyen Bir Markanın Kullanılması

Benzerliğin tespitinde münferit unsurlardan ziyade, genel görünüm nazara alınır. Buna göre, markaların ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek şekilde benzer olmaları,

diğer bir ifade ile dikkatli ve ayrıntılı bir inceleme sonucunda değil de, yüzeysel bir inceleme sonucunda karıştırılabilecek şekilde benzer olmaları gerekir⁷³.

Öyle haller vardır ki, iki markanın da teferruatlarında çok benzerlikler bulunduğu halde, bütün itibariyle bunlar tamamen ayrı tesir bırakır ve normal olarak karıştırılmalarına imkân yoktur⁷⁴. Aksine, öyle haller de vardır ki, her iki markanın teferruatlarında ve esaslı unsurlarında bir benzerlik olmadığı halde, zekice yapılan bir kompozisyon neticesinde bütün itibariyle iltibas doğurabilecek bir tesir yapar. Farklı teferruatlardan iltibasa meydan verebilecek bir bütün ortaya çıkar ve teferruatların etkisi ile bütünün etkisi başka olur⁷⁵.

Benzerliğin tespitinde münferit unsurlardan ziyade genel görünüm nazara alınacağı için isimlerden oluşan markalarda bir hecedeki basit bir fark ayırt etme için yeterli değildir. Ayrıca kulakta ve gözde kalan tesirler bakımından karşılaştırılmaları gerekir⁷⁶. Bununla

⁷³ "Çok sürümlü emtia üzerine konulan markalar arasında ancak ayırıcı unsurlarının yüzeysel bir inceleme ile derhal görülebilmeleri halinde karışma tehlikesi yoktur" Fed.Mah.6.7.1937, JdT 1938, I, 18(Kaniti,1961,s.236).

"...tescili istenen "VİYOLA" markası ve fabrika resminin tescilli olan"VİALA" markasına benzemediği, Markalar Kanunu'nun 7.maddesine göre markanın bir bütün olduğu ve münferit unsurlardan ziyade genel itibam nazara alınmayacağı hükmü karşısında markasının fabrika resmi ile birlikte nazara alınması, sadece viyola isminin münferit olarak nazara alınmaması ileri sürülüyor ise de, tescili istenen markada hakim unsurun büyük harflerle yazılı bulunması ve bu markanın tescilli markadan ayrılmayacak kadar telâffuz benzerliği arz etmesi karşısında evvelce tescil edilmiş olan markaya iltibasa mahal verecek derecede telâffuz bakımından benzeyen markanın..." Da. 12.D. 12.1.1970, E.68/739, K.70/29 (Sağlam,1973, s.37).

⁷⁴ "...tescili istenen markaya ait Yeşilova isminin ...davacı şirket tarafından fiilen kullanıldığı, diğer taraftan tescilli markanın siyah köşeli beyaz zeminli dörtgen içinde bir tek ova kelimesinden, tescili istenen markanın ise yuvarlak bir şekil içinde Yeşilova ve Ekstra kelimelerinden oluştuğu bu nedenle ilk bakışta aralarında bir benzerlik bulunmadığı anlaşılmaktadır. Markaların tescilinde münferit unsurlardan ziyade bir bütün olarak bıraktığı genel itibam nazara alınması kanun hükmü icabı olduğuna göre, tescili talep edilen markanın bir bütün olarak göz önüne alınması halinde tescilli markaya benzemediği açıkça görülmektedir..." Da.12.D.29.2.1972, E.69/1433, K.72/633 (Sağlam, 1973,s.48).

"...düz PAKSOY markası ile tescili istenen kenarı tırtıllı oval bir şekil içinde üstte AKSOYLAR ibaresi yazılı ve ortada yine oval içinde ağzı kapalı bir kerpeten resminin bir bütün olarak ele alındığında ilk bakışta biçim, mânâ ve telâffuz bakımından benzerlikleri bulunmadığı anlaşıldığından..." Da.12.D.7.4.1970, E.69/2241, K.70/967 (Sağlam, s.38).

⁷⁵ Arseven, 1951, s. 144.

"Her ne kadar davalının tescilli markası yasanın himayesi altında ise de, davalının bu tescilli markasının, başkalarının markaları ile iltibasa olmayacak biçim, renk, ebat ve ambalaj kompozisyonu içinde kullanılmalıdır. Somut olayda olduğu gibi davalının tescilli (DAMALI) markasını kullanırken davacının (DOMİNO) markası yönünden kendisine özgü kullanma biçimini aynen benimseyerek iltibasa neden olması hem haksız rekabeti oluşturur ve hem de MK'nın 2.maddesinde öngörülen iyiniyet kuralına aykırı düşer" 11.HD.30.9.1983, E.3755, K.4773 (YKD. 1983, S.3, s.406).

"...iki markanın esaslı özelliklere ayrılıp ayrılmadığını tayin ederken bu markaların elamanlarını ayrı ayrı incelemek doğru olmayıp, bütün olarak markaların bellekte bıraktıkları etkiyi dikkate almak gerekir." Fed.Mah.14.10.1952, RO 78, II, 379 (Edgü,1954, s.68).

"...karşılaştırılan markaların bütün elamanlarının ayrı olması bunların iltibas etmesi ihtimalinin bertaraf edilmiş olmasını gerektirmez..." RO 25, II, 378 (Edgü,1954, s.69).

⁷⁶ "...mütehassıs bilirkişi raporunda Aspirin ve Asporal markalarının kulakta ve hafızada bıraktığı tesir ve söylenişteki benzerlik itibariyle vasat bir müşteriden beklenmesi mümkün olan dikkat bakımından bir tefrik yapmaya elverişli bulunmadığı ve Asporal kelimesinin kullanılmasının Aspirin'e benzetme gayretinden ileri geldiği belirtilmek suretiyle iki marka arasında lafzı bakımdan da bir iltibas mevcut olduğu, raporda gösterilen esaslar dairesinde lafzı bakımdan mevcut olan iltibasın kaldırılmasına karar verilmesi gerekir" TD.2.4.1959, E.914, K.990 (Batider, 1970, C.V, S.3, s.540).

beraber kelimelerde, kelimenin çıkardığı sese, şeklinden daha fazla önem vermek gerekir⁷⁷. Çünkü, kelimeler daha çok okunmak, telâffuz edilmek için kullanılır⁷⁸. Marka isimlerden değil de şekillerden meydana geliyorsa, esas şekillerin ilk bakışta birbirine benzeyip benzemediğinin araştırılması gerekir⁷⁹.

Diğer bir husus, renk kompozisyonlarının ayırt edici bir vasıf taşıyıp taşımadığıdır. Özellikle resim markalarında, dışta bir benzerlik olmasa dahi bazen renk kompozisyonlarının doğurduğu etki iltibasa neden olabilir. Bunun gibi, bir resmin sadece rengini değiştirmek, renksiz bir markayı renklendirmek suretiyle kullanma halinde iltibas ihtimali ve taşıyır önlenmiş olmaz⁸⁰.

2.1.2.2.2.İltibasa Sebebiyet Verecek Bir Durumun Söz Konusu Olması

Tecavüz için, bir markaya bütün olarak bıraktığı genel görünüm itibariyle ilk bakışta ayırt edilmeyecek şekilde benzemenin yanında iltibasa sebebiyet verecek bir durumun da olması gerekir. 551 Sayılı Markalar Kanunu md.47/a'da ayrıca bu kullanımın iltibasa sebebiyet vermesini aramış; 556 Sayılı KHK'de ise "tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal

⁷⁷ Fransa'da, Lakolin markasının Ripolin ile, Keritza'mn Negrita ile çıkardığı ses bakımından iltibasa meydan verdiği kabul edilmiştir (Arseven, s. 142'den naklen); Yine, Aİpina/Aİpls (JdT 1948, I, 548), Unip/Unic (JdT 1945, I, 75), Urquell/ürhel (JdT 1933, I, 266), Sandal/Scandale (JdT 1954, I, 414) markaları birbirinden ayırdedilemez olarak kabul edilmiş, buna karşın Solis/Sollux (JdT 1954, I, 148), Yoo/Ioco (Ann.1939, 52) markalarının ayırdedilebilir olduğuna hükmedilmiştir (Öçal, 1967,s.116 dn.103'ten naklen).

Türk hukukunda Danıştay aşağıdaki kararlarında biçim ve telâffuz itibariyle benzerlik bulunduğunu kabul ederek iltibasın varlığına karar vermiştir:

Hayat Çiftliği/ Hayat Da.İ2.D.21.4.1964, E.68/1918, K.69/732 (Sağlam,1973,s.36); Viyola/Viala Da.İ2.D.12.1.1970, E.68/739, K.70/29 (Sağlam, s.39); Vepa/Vega Da.İ2.D.18.1.1970, E.69/2241, K.70/967 (Sağlam, s.38); Tursil/Tonsil Da.İ2.D.23.3.1971, E.69/1693, K.70/697 (Sağlam, s.428); Bik/Bic Da.İ2.D.18.1.1971, E.68/2944, K.71/71 (Sağlam, s.40); Çokay/Çokrak Da.İ2.D.6.12.1971, E.70/4700, K.71/2847 (Sağlam, s.46); Perlin/Perlon Da.İ2.D.29.9.1973, E.71/2905, K.73/297 (Danıştay 12.Daire Kararları, s.530).

Danıştay aşağıdaki kararlarında ise, biçim ve telâffuz itibariyle benzerlik bulunmadığına karar vermiştir: Kadınca/Karınca Da.9.D. 17.9.1992, E.91/2162, K.92/3052 (Da.Der., 1993, S.87, s.526-527); Uzun/Ozon Da.İ2.D.5.10.1970, E.69/2243, K. 70/1793 (Sağlam, s.39); Alda/Arto Da.İ2.D.26.1.1971, E.70/2825, K.71/174 (Sağlam,1973,s.41); Buz-İş/Buz-Kap Da.İ2.D.13.12.1971, E.70/629, K. 71/2904 (Sağlam,1973, s.46)

⁷⁸ "...kulağa hitap eden markalarda kelimelerin hece sayısı ve son ek, markaların birbirlerinden yeteri kadar ayrılıp ayrılmadıklarının incelenmesinde göz önünde tutulacak olgulardır. Ancak, bu olgular tek başlarına mutlaka yeter ayırıcı nitelikler sayılmazlar. Kulağa hitap eden markalar kulak ve gözde bıraktıkları ize göre değerlendirilirler, ancak kulakta kalan iz ön planda gelir" Fed.Mah. 18.6.1930, JdT 1931, I, 153 ve Fed.Mah.2.5.1944 JdT, I, 567 (Kaniti,1961,s.237).

⁷⁹ Şekil halinde kullanılan markalarda kelimelerin uzunluğu, kullanılan harflerin ayniyeti veya muhalefeti gibi unsurlar o markanın özelliğini oluşturur..." RO 73, II, 62 (Edgü,1954, s.36).

⁸⁰ Arseven,1951, s. 144.

veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali”ni aramaktadır.

İltibasa sebebiyet verecek durumdan kasıt, bu şekildeki kullanımın alıcı zihninde gerek emtiaların kaynağı, gerek müteşebbisin kaynağı açısından yanlış kanaatler uyandırarak, bunların aynı yerden piyasaya sürüldüklerinin düşünülmesidir. İltibasın mevcut olup olmadığını takdir ederken her iki markayı aynı zamanda göz önünde bulundurarak takdir etmek doğru olmaz. Çünkü alıcı bunları aynı anda görerek kararını vermiş değildir. O, bunları aynı zamanlarda görmüştür. Birbirinden çok az farklı şeyleri aynı zamanda görmekle farklı zamanlarda görmek arasında, aradaki ayrılığı bulma bakımından önemli fark vardır. İnsanın gördüğü veya duyduğu şeyden hafızasında silik bir hayal kalır. Bu bakımdan, iltibas ihtimalinin mevcut olup olmadığını takdir etmek için bu markaları birbirini takip eden zamanlarda görmek ve ona göre meydana gelen etkiyi ölçmek gerekir⁸¹.

Tecavüzün varlığını kabul edebilmek için, iltibas ihtimali yeterli olup⁸² iltibasın gerçekleşmiş olması şart değildir⁸³. 556 Sayılı KHK.md.9'un (b) bendi karıştırılma

⁸¹ Arseven, 1951, s.144.

"...iki markanın birbiriyle karıştırılıp karıştırılmayacağı meselesinin çözümü konusunda kullanılan kelimelerin sesi, görünüşü ve anlamı önem taşır; ancak bu unsurları değerlendirirken, her iki markayı aynı anda önlerinde bulunduramayan alıcılardan beklenebilecek dikkat derecesini göz önünde tutmak gerekir..." Fed.Mah.JdT 1935,1, 409 (Kaniti,1961, s.237).

"...karşılıklı olasılığı ve benzerliklerin tâyini, markaları aynı anda görebilen ve farklarını seçebilmek için yeterli zamana sahip olabilen müşteriler bakımından değil; markalan aynı anda göz önünde bulunduramayan fakat aradığı markanın aşağı yukarı net anısının tesirinde olan tüketici bakımından yapılmalıdır..." Ann.1937, s.30 (Arseven,1951, s.151-152).

⁸² "Markaların konuldukları emtialar arasında henüz fiili bir karışıklık doğmamış olsa bile, hakim iltibas ihtimalinin varlığını kabul edebilir" Fed.Mah.6.7.1937, JdT, I, 18 (Kaniti,1961, s.242)

"Markalar arasında fiili bir karışıklığın olması gerekli değildir. Göz önünde bulundurulmuş, iki marka arasında bir iltibas olasılığının varlığı yeterlidir. İltibas olasılığı objektif duruma göre yeni marka sahibinin iltibas yaratma niyeti olup olmadığına bakılmaksızın incelenir" Fed.Mah. 14.10.1952, R0 78, II,379(Edgü,1954,s.68).

"Davacının imal ettiği içki "Coca-Cola" markası altında A.B.D. de diğer memleketlerde ve bu arada Türkiye'de de muteber bir şekilde tescil edilmiştir. Buna rağmen davalı Kola Kola markasını Türkiye'de tescil ettirmiş ve kullanmaktadır. Davacı bunun iltibasa meydan verdiğini ve bundan dolayı ortada bir haksız rekabetin bulunduğu iddia etmektedir ve netice olarak da Kola Kola kelimelerini havi ilmühaberin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı ise, ortada bir iltibasın bulunmadığını, davacının yabancı olduğunu, tescil ettirdiği markası altında Türkiye dahilinde imalatta bulunmadığını ve mamullerin normal ithalat yolu ile Türkiye'ye ithal edilmediğini iddia etmektedir. Mahkeme, davacının "Coca Cola" markasının muteber bir şekilde tescil edildiğini görmüş ve bilirkişi raporunda belirttiği üzere ortada bir iltibasın bulunduğu neticesine varmıştır. Davacıya ait mamullerin Türkiye'ye gelmemesinin dava açılmasına mâni teşkil etmeyeceği görüşü ile de Kola Kola markasının iptaline karar vermiştir (Tuğrul, Yabancı Markaların Türkiye'de Himayesi -Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla- Batider, 1963, C.II, S.2, s.270-275).

⁸³ Aksi görüşte olan yazarlara göre tecavüzün varlığını kabul edebilmek için, iltibas ihtimali yeterli değildir. Ayrıca marka sahibinin zarar görmesi veya zarar tehlikesine maruz kalması ve iltibas ile zarar veya zarar tehlikesi arasında illiyet bağı bulunması ve zararın küçümsenmeyecek bir yükünlükte olması lâzımdır. bkz.Karayalçın, Meseleler,1990, s.70.

ihtimalinden bahsetmekle, tecavüzün varlığı için iltibas ihtimalinin yeterli olacağı belirtilmiş bulunmaktadır. Ayrıca, iltibas ihtimali olmakla beraber, bunun şüpheli değil, gerçekleşebilir nitelikte olması gerekir. Ancak, iki markanın uzun zamandan beri yan yana kullanılmış olmaları, uzun zaman zarfında fiilen bir karışıklığın meydana gelmemiş olması ve bu markaların iş çevrelerinde ayrı ayrı tutunmuş ve tanınmış olmaları, markalar arasında iltibas ihtimalinin bulunmadığını gösteren bir belirti sayılabilir⁸⁴.

Tecavüzün varlığından bahsedebilmek için, marka sahibinin iltibas meydana getirme kastı aranmaksızın iltibas ihtimalinin varlığı yeterlidir. Mütecaviz marka sahibinin iyi niyeti onu hukuki sorumluluktan kurtarmaz.

2.1.2.3.İltibasın Saptanmasında Marka Şekillerinde Esas Unsur- Yardımcı Unsur

Bir markanın kullanılmasıyla amaçlanan, markanın ayırt edici gücü sayesinde alıcılara ulaşmak ve mal/hizmetlerin satışını sağlamaktır. Bunun için her markada ayırma gücünün bulunması gerekir. Bu bakımdan, marka şekillerini oluşturan unsurlar esas unsurlar ve yardımcı unsurlar olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁵.

Bu ayırımı geniş bir uygulama alanına sahiptir. Gerçekten, daha başta bir işaretin marka olarak alınıp alınamayacağı tayin edilirken, ilk olarak esas unsur itibarıyla yeniliği yani ayırt edici olup olmadığı araştırıldığı gibi, başka markalarla arasında iltibas olup

Karahan'ın belirttiği üzere, bu görüş ancak haksız rekabet hükümleri ile koruma sağlandığı takdirde doğru olabilir. Aksi takdirde, yani marka hukuku hükümleri ile koruma sağlanıyorsa bu söz konusu olmamak gerekir. Çünkü, marka hukuku marka sahibine daha özel bir koruma sağlama amacı ile getirilmiştir. Bu sebeple sadece iltibas ihtimalinin varlığı bizce yeterli sayılmak gerekir. Bkz. Karahan,,1990, s.236.

⁸⁴ KHK/556'nın 7.maddesinin sonuna eklenen bir hükümlerle bu durumda ikinci markanın ayrıca korunmaya değer bir hak olduğu kabul edilmiştir. Bu hususta geniş bilgi için bkz. İkinci Bölüm, §2,1, B, 1.c. Bu halde lügat manasında tağyir vardır. Fakat başlangıçtaki iltibas ihtimali ortadan kalkmıştır. Ancak, birlikte kullanmanın ne zaman halkın tefrikini gerektireceği hususu olaya göre incelenecektir. Bu hususta bir arada kullanma müddetinin uzunluğu, markanın tanınmış olması gibi hususlara bakılır.

Sirop Rami markasında hak sahibi bulunan Amerikan firması "International Affiliated Corp." başka bir firmanın aynı nevi mallarda Sirop Ramy markasını almasına itiraz etmiş ve kullanmaktan men'ini dava etmiştir. Rouen Mahkemesi, 27.10.1947 tarihli kararı ile davayı reddetmiştir. Sebep olarak da, her iki markanın uzun süre yanyana kullanılması ve bu kullanmaya davacının müdahale etmemiş olmasını ileri sürmüştür. Prop.Industr.1948, s.200 (Arseven, 1951,,s. 144 dn.18 a'dan naklen).

⁸⁵ Öğretimde bu kavramlar için farklı isimler kullanılmaktadır. Karayalçın, 1968,s. 413, Çekirdek-Ek ayırımı yaparken, Öçal,1967, s. 115, Asli unsur-Tali unsur ayırımı; Danıştay ise esas unsur-yardımcı unsur (Da. 12.D.5.10.1970, E.3421, K.1791, Sağlam,1973, s.28 ve Da.12.D.13.2.1971, E.5653, K.356, Sağlam,1973, s.41) ayırımı yapmaktadır.

olmadığı tayin edilirken de, iltibasın varlığı için benzerliklerin esas unsurlarda olması aranmaktadır⁸⁶.

2.1.2.3.1.Esas Unsur

Esas unsurlar markanın ayırt edici nitelik taşıyan, özgün, karakteristik unsurları yani, markayı benzerlerinden ayırt etmeye yarayan unsurlardır⁸⁷. Benzerlikte kıstas esas unsurdur.

556 Sayılı KHK’de bir markanın esas unsurunun ve yardımcı unsurunun hangi işaretlerden oluşacağı açıklanmamış, fakat tescili istenen bir markanın neleri esas unsur olarak içerebileceği belirtilmiştir (md.7/c-d). KHK' nin açıkça tanımlamadığı, ancak bir markanın esas unsuru olamayacağını ifade ettiği ad ve işaretler yardımcı unsurlardır. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz bu yardımcı unsurların dışında kalan her unsur marka şeklinde esas unsurdur.

556 Sayılı KHK’nin 7.maddesi "ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların ve hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları" (md.7/c) ve "ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar" (md.7/d) ile "malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler”in (md.7/e) marka olarak tescil edilemeyeceklerini mutlak red nedenleri arasında düzenlemiştir.

Diğer taraftan KHK'nin 42/d maddesinde marka sahibinin davranışları nedeniyle, markanın mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş olması hükümsüzlük nedeni olarak sayılmıştır Bu durumda markanın ayırt edici vasfı kalmayacağından, bu ad ve işaretlerin markada esas unsur olarak muhafaza edilemeyeceği anlatılmak istenmiştir.

⁸⁶ Ocak,1997, s.33.

⁸⁷ Karayalçın,1968, s. 413; Sağlam, 1973,s.55-57.

Marka şeklinde esas unsurların yardımcı unsurlara göre daha belirgin ve fark edilir olması gereklidir⁸⁸.

Bir marka sadece esas unsurlardan da oluşabilir. Esas unsurların yanında mutlaka yardımcı unsurların yer alması gerekmez. Çünkü markanın ayırt edici unsurları esas unsurlardır.

2.1.2.3.2.Yardımcı Unsurlar

Yardımcı unsurlar markayı ayırt edici nitelik taşımayan ilgili herkes tarafından kullanılabilen, bu nedenle esas unsur olarak tescil edilemeyen, fakat belirli koşullara bağlı olarak esas unsurların yanında tamamlayıcı unsur olarak tescil edilebilen unsurlardır⁸⁹.

556 Sayılı KHK bazı ad ve işaretlerin bir markada esas unsur olarak bulunamayacağını ifade ettiğine göre, bu işaret ve adların marka şekillerinde yardımcı unsurların kullanılabilmesine bir mâni yoktur. 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 6.maddesinde bu maddenin (a,b,c) bendlerinde işaret ve adlar bir markanın esas unsuruna merbut olup da onunla münasebet halinde bulunur ve bir arada tescil ettirilmiş olursa bu işaretin tamamlayıcı unsurlarını teşkil eder. 551 Sayılı Markalar Kanunu'nun 6.maddesine göre "a,b,c bendlerinde işaret ve adlar bir markanın esas unsuruna merbut olup da onunla münasebet halinde bulunur ve bir arada tescil ettirilmiş olursa bu işaretin tamamlayıcı unsurlarını teşkil eder. Bunların, tescili müteakip değiştirilmeleri ve birbirinden ayrılımları, ikinci bir tescil muamelesiyle mümkündür."

⁸⁸ "...bir markada esas unsur gibi etki bırakan şekil veya ibarenin yardımcı unsur olarak kabulüne imkân yoktur..." 12.D. 13.2.1971, E.70/5635, K.71/356 (Sağlam,1973, s.61-62).

"Bir markanın esas unsuru, o markayı benzerlerinden tefriye yarayan unsurdur. Tescili istenen markada ilk bakışta göze çarpan kelime büyük harflerle yazılmış HİPO kelimesi olup, bu kelimenin tescilli bulunan HYPO markasına gerek telâffuz ve gerekse görünüş bakımından bezerliği açıktır. Bu durumda davacı tarafından yardımcı unsur olduğu iddia edilen ve büyük harflerle yazılan HİPO ve bunun altındaki klorit kelimelerindeki HİPO kelimesini yardımcı unsur olarak saymak mümkün değildir. Markanın esas unsuru olduğu iddia edilen Kim kelimesinin HİPO kelimesine nazaran küçük ve köşeye yazılmış olması da bu kelimenin esas unsur olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle tescili isteyen davacının davasının reddine..." Da.12.D.13.2.1971, E.70/5635, K.71/356 (Sağlam,1973, s.41).

"Davacılar adına kayıtlı Perma-Sharp ve Permatik markaları ile Pol Süpermatik markaları arasında iltibas olup davalının Pol Süpermatik markasında Süpermatik sözcüğünün silinmesi gerekir" 11.HD.25.10.1990, E. 1100, K.6855 (Eriş,1992, s.400).

"Davacının ürettiği eşarlarda kullandığı tescilli Solmaz Giyim Sanayi markası ile davalının ürettiği eşarlarda kullandığı Işık Solmaz markasındaki Solmaz sözcüğü her iki markanın belirleyici unsuru olduğu ve iltibas yarattığından davalının markasından Solmaz sözcüğünün silinmesi gereklidir" 11.HD. 13.11.1990, E.3651, K.7245 (Eriş,1992, s.400).

⁸⁹ Karayalçın, 1968,s. 413; Sağlam,1973, s.55-57.

Bu durumda, tescili müteakip değiştirilmeleri ve birbirinden ayrılmaları, ikinci bir tescil muamelesiyle mümkündür” denilerek saydığımız bu işaret ve adların markada esas unsur olarak yer alamayacağına temas edildikten sonra bu işaret ve adların bir markanın esas unsuruna bağlı olup da onunla münasebet halinde bulunur ve bir arada tescil ettirilmiş olursa, bu işaretin tamamlayıcı unsurlarını teşkil edeceği açıkça ifade edilmişti.

KHK'de esas unsur/yardımcı unsur ayırımına ve de tanımlarına yer verilmemiştir, bu durumun, kanun koyucunun böyle dinamik bir konuyu özellikle teknolojik gelişme ve değişmedeki hızlilik karşısında dar kalıplar içerisine sokmak yerine, uygulayıcıya takdirine bağlı olarak kolaylık sağlamaktan kaynaklanmaktadır. 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda doktrinde ve yargı kararlarında bir işaretin markanın yardımcı unsuru olarak tescil edilebilmesi için üç şartın birlikte mevcudiyeti aranarak bu konuda bir kriter oluşturulmuştur.

- Yardımcı unsurlar KHK.md.7'nin (c), (d) ve (e) bentlerinde sayılan ad ve işaretlerden olmalı,

- Yardımcı unsurlar esas unsurlarla bağlı ve esas unsurla ilişkili olmalıdır. Marka şeklinin bütününde esas unsurlar yardımcı unsurlardan daha belirgin ve farkedilir olmalıdır.

- Yardımcı unsurlar esas unsurlarla bir arada tescil ettirilmelidir. Çünkü, marka hukukunda koruma tescile yöneliktir.

Yukarıdaki koşullara bağlı olarak bir markanın yardımcı unsuru olarak tescil ettirilebilen işaretleri iki gruba ayırmak mümkündür. KHK.md.7'nin (c), (d) ve (e) bentlerinde yazılı işaretleri tasviri işaretler olarak; 42.maddenin (d) bendinde hükümsüzlük nedenleri arasında sayılan ve dolayısıyla bir markada esas unsur olarak yer alamayan eşya adı haline gelmiş (mal ve hizmetler için) ad ve işaretleri de serbest işaretler olarak niteleyebiliriz⁹⁰.

⁹⁰ Ocak,1997, s.36.

2.1.2.3.2.1.Tasviri İşaretler

Mal ve hizmetlerin çeşit, özellik, köken, özgülendikleri amaç, miktar, ağırlık gibi niteliklerini veya niceliklerini belirten işaretlere tasviri işaretler denir⁹¹.

556 Sayılı KHK'de "ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmalarla (md. 7/ c), "ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adların" (md.7/d) markalarda münhasıran ve esas unsur olarak bulunamayacağını hükme bağlamaktadır. Aynı şekilde, "malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretlerin marka tescil taleplerinin reddedileceği ifade edilmektedir.

Gerçekten, ayırt edici nitelik taşımadıklarından bu sayılanların herkes tarafından serbestçe kullanılabilmesi gerekir.

Bu işaretlerin inhisar altına alınmasına engel olunmasının asıl sebebi, aynı neviden eşyadan imal eden her tacirin müşterilerine bilgi verebilmek için bu işaretleri kullanmasının ticari hayatın bir ihtiyacı olmasıdır. Meselâ, domates salçaları için domates resminin, zeytinyağı tenekeleri üzerinde zeytin resminin, bal kavanozları üzerinde petek resminin, şeftali reçeli üzerine şeftali resmi veya ismi, kolonya şişesi üzerine kolonya ismi veya kolonyanın bileşiminde kullanılan maddelerin isimlerinin konulması gibi⁹².

Ancak bir markanın uzun süre bir şahıs tarafından kullanılması sonucu, iş çevrelerinde özel olarak tanınması halinde, marka hukukundaki korumadan yararlanabileceği kabul edilmektedir. Bu durum 556 Sayılı KHK'nin 7.maddesine 4128 Sayılı kanunla eklenen fıkra ile "bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile

⁹¹ Arseven,1951, s. 84 vd; Karayalçın, 1968,s. 414; Sağlam,1973, s.55; Tekinay, 1988, s.72-78; Sungurbey, 1984, s.156-157.

⁹² Üzümden üretilen içkiler için üzüm salkımı, sigaralar için Hafif Türk Tütünü, vanilya tadını veren şekerler için Vanillette (Arseven, s.88'den); öksürük şekerleri için Boğaz Temizleyicisi BGE 54 II 404 (Sungurbey, s.101'den); bir dergi için derginin içeriğini anlatan La Cardiologie dens le Monde-Dünyada Kardiyooloji BGE 87 I 395 (Tekinay, s.73'den); kalite belirten more-daha çok BGE 103 II 342, Les-daha az BGE 108 II, Vontage-avantaj BGE II 408 (Tekinay, s.74'ten) kelimelerinin esas unsur olarak tescil edilemeyeceği kabul edilmiştir.

konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (b), (c), (d) bentlerine göre tescili reddedilemez" denilerek açıkça ifade edilmiştir⁹³.

2.1.2.3.2.1.1.Malın Niteliğini (Mahiyetini) Gösteren İşaretler

556 Sayılı KHK, malın niteliğini gösteren işaretlerin markalarda esas unsur olarak bulunamayacağını kabul etmektedir (md.7/c) Federal Mahkeme de, malın niteliğini gösteren işaretlerin marka olarak alınamayacağını kabul etmekte ve hangi işaretlerin nitelik gösterdiğinin tespiti için bazı kriterler koymaktadır. Buna göre;

- 1- Mal ile marka arasında yakın bir ilişki bulunmalı ve malın niteliği vb. hususunda vasıtasız bir ilgi tesis edebilmeli,
- 2- Markanın serbest kalması ticari hayatın ihtiyacı icabı olmalı,
- 3- Ticari hayatın anlayışı da bu merkezde bulunmalıdır.

Federal Mahkeme koymuş olduğu bu kriterlere dayanarak öksürük bonbonları için kullanılan Rachenputzer kelimesinin marka olarak alınamayacağını kabul etmiştir⁹⁴.

Böyle bir himayenin esirgenmesi için, marka ile emtia arasındaki bağlantının, markanın okunamaz veya işitilmesinin malın niteliği hakkında derhal bilgi verecek ölçüde sıkı olması gerekir. Eğer, marka ile mal arasındaki bağlantı, ancak çağrışım (tedaî) yolu ile kurulabiliyorsa, marka özel bir işaret olma niteliğini yitirmez⁹⁵ ve hukuken korunur.

⁹³ Kalite bildirmesi bakımından betimleyici nitelik taşıyan Lux kelimesi, sabunlar için marka olarak uzun süre bir işletme tarafından kullanılmış ve tanınarak ayırtedici nitelik kazanmıştır. Bu nedenle daha sonra çıkan "Luxolive", "Solux", "Savon Luxe", "Plux" markaları karşısında korumuştur. Prop.Industr.1948, s.200 (Arseven, 1951,s. 85-86 dn.41 a'dan naklen).

Alp sütü anlamına gelen Alpenmilch kelimesinin piyasasının önemli bir kısmı tarafından belirli bir işletmenin ayırtedici markası olarak benimsendiği ve betimleyici niteliği kaybettiği kabul edilmiştir (Arseven,1951, s.86 dn.41 b'den naklen).

Vehtable kelimesinin gerçek anlamına gelen betimleyici bir kelime olduğu ancak bir işletme tarafından uzun zaman Boldoot kolonyalarının markası olarak kullanıldığı ve tanındığı bu nedenle ayırtedici nitelik kazandığı kabul edilmiştir. Prop.Industr.1942, s.194 (Arseven, s. 86 dn.41 a'dan naklen).

⁹⁴ Arseven,1951, s. 87.

⁹⁵Danıştay kutuplan çağrıştıran Fox kelimesinin dondurmalarda marka olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. Da.12.D.19.10.1970, E.1871, K.1907 (Da. 12.Daire Kararları, s.535).

2.1.2.3.2.1.2.Yer İtibariyle Menşei Gösteren İşaretler

Bu işaretler, bir malın yapıldığı, üretildiği veya sevk ve tahsis olunduğu yer ve zamanı gösteren işaretlerdir. Bu işaretleri o mahalde bulunan herkes kullanma hakkına haiz olduğu için, bu işaretler inhisar altına alınamazlar. Mahal tabiriyle ifade edilen küçük bir köy veya kasaba olabileceği gibi, bir şehir, bir ülke hatta bir kıt'a dahi olabilir⁹⁶. Meselâ, Giresun Fındığı, Anzer Balı, Antep Baklavası, Türk Lokumu, Seylan Çayı vb. işaretlerin marka olarak kullanılması mümkün değildir. Ülke, şehir, kaza gibi bir yeri veya imâl mahallini göstermeyen kelimelerin ise, meselâ, Boğaziçi gibi, marka olarak tescil edilmelerinde bir engel yoktur⁹⁷.

556 Sayılı KHK'nin7/c maddesinde "...coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren..." işaret ve adlandırmaların markanın esas unsuru olarak tescil edilemeyeceği (md.7/ c) belirtildikten sonra, "bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (b), (c), (d) bentlerine göre tescili reddedilemez" (4128 Sayılı kanunla eklenen md.7 / son fıkra) denilerek açıkça ifade edilmiştir.

Bu saydığımız neviden bir işaretin, uzun süre bir şahıs tarafından kullanılması sonucu iş çevrelerinde özel olarak tanınması halinde, ayırt edici vasfı kazandığı gerekçesi ile marka olarak alınabileceği ve marka hukukunun himayesinden istifade edebileceği kabul edilmektedir.

Yargıtay, Çamsakızı kelimesinin tasviri nitelik taşımadığı, bu nedenle esas unsur olarak tescil ettirilebileceğini ve korunabileceğini kabul etmiştir. 11.HD.25.1.1983, E.5869, K.246 (Dönmez,1992,s.78-80). Tekinay da bu karar ile ilgili olarak "Çamsakızı" kelimesinin özel bir düşüncel çaba gerekmeksizin dolaysız olarak güzellik müstahzarlarını düşündürmediğini bu nedenle esas unsur olarak tescilinin ve korunmasının doğru olduğunu kabul etmiştir. (Tekinay, s.76).

Yargıtay bir başka kararında da yağ paketleri için tescil ettirilmiş olan Tere kelimesinin, anlamı yaygın şekliyle tereyağını ifade eden bir kelime olmayıp bazı baharatlı bitkilerin ismi olduğu ve dolayısıyla tasviri nitelik taşımadığı bu nedenle esas unsur olarak tescil ettirilebileceğini ve korunabileceğini kabul etmiştir. 11.HD.4.10.1984, E.3747, K.4395. Tekinay bu karar ile ilgili olarak "Tere" kelimesinin özel bir düşüncel çaba gerekmeksizin dolaysız olarak tereyağını ifade ettiğini, herkesin paketlerde tereyağı bulunduğunu düşüneneğini bu nedenle esas unsur olarak tescilinin ve korunmasının doğru olmadığını kabul etmiş ve ilgili karara katılmamıştır (Tekinay,1988, s.76-77).

⁹⁶ Arseven, 1951,s. 89-90.

⁹⁷ Da. 2.D.29.12.1965, E.3368, K.1719.

2.1.2.3.2.1.3.Ticaret Alanında Faaliyette Bulunan Herkesin veya Muayyen Bir Kesimin Kullanageldiği İşaret ve Adlar

556 Sayılı KHK'nin 7/d maddesinde "ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret gruplarına mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adlar"ın tasviri işaretler olmaları ve tefrik edici niteliklerinin bulunmaması nedeniyle markalarda esas unsur olarak bulunamayacağı belirtilmiştir.

Bu tür bir işaret, uzun süre bir şahıs tarafından kullanılması sonucu iş çevrelerinde özel olarak tanınması halinde ayırt edici vasfı kazanacağından marka olarak kullanılabilir ve marka hukukunun himayesinden istifade eder. KHK'de yapılan 22.6.2004 tarihli ve 5194 Sayılı değişiklikle "Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez" hükmü getirilmiştir.

Bu hususta Danıştay Bakkal kelimesinin markada esas unsur olarak bulunamayacağına hükme bağlamıştır⁹⁸. Fransa'da da mais kökünün mısır unlarını işaret edici bir karakteri olduğu ve mısırdan üretim yapan tüm üreticilerin bu eki kullanabileceği kabul edilmiştir⁹⁹.

2.1.2.3.2.1.4.Belirli Bir Tip Eşyayı Gösteren İşaret ve Adlar

551 Sayılı Markalar Kanunu'nu md.6/1-c'de belirli bir tip eşyayı gösteren işaret ve adların markanın esas unsuru olarak kullanılamayacağı düzenlenmekteydi. Bu hususta 556 Sayılı KHK'nin 7/e bendi "malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini

⁹⁸ ...marka olarak tescili istenen, örneği dosyada mevcut kompozisyonun esas unsuru Bak ve Kal ibarelerinden meydana getirdiği -Bakkal- kelimesidir. Ortadaki üst gözünde "S" ve alt gözünde "F" harfleri bulunan büyük B harfi ise ilk bakışta Bakkal kelimesi olarak görünen kompozisyonun bu niteliğini değiştirecek nitelikte değildir..." Da.12.D.23.10.1973, E.72/2864, K.73/2532 (Yosmaoğlu, s.118).

⁹⁹ Ann.1939, s.244 (Öçal,1967, s.121'den).

veren şekli içeren işaretler" in marka olarak tescil edilemeyeceğini ifade etmektedir. Madde de her ne kadar şekilden bahsedilmekte ise de evleviyetle eşya ismi de marka olarak kullanılamayacaktır.

Türk uygulamasında Danıştay Perlon¹⁰⁰ ve Dacron¹⁰¹ isimlerinin hammadde ve bileşim belirttiklerini bu nedenle bir markanın esas unsuru olarak tescil edilemeyeceğini kabul etmiştir. Aynı şekilde belirli bir eşyanın yapımında iptidaî madde olarak kullanılan bir kimyasal ürünün adının marka olarak kullanılması kabul edilemez. Mesela, bir kimyasal maddenin adı olan Melamine sözünün, bu maddeden imâl edilecek eşya için kullanılacak markanın esas unsurunu teşkil etmesi mümkün değildir¹⁰².

İlacı tanıtmak için gerekli olan hammadde ve bileşim isimlerini ilgili herkesin kullanma hakkı vardır. Ancak uygulamada ilâç markaları genellikle hammaddesi ve bileşimi ile çağrışım yapacak tarzda seçilmektedir. Mesela, Ciprofloxacın maddesini içeren ilâçların markalarına örnek olarak "Cipro", Ciproxin", "Ciflesin", "Siflox", "Proxacin" markalarını verebiliriz. Bu nevi kullanımlarda yani, aynı hammadde ve bileşim ile çağrışım yapan markaların kullanıldığı durumlarda iltibas meydana getirildiği gerekçesiyle birçok uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır.

Öztek, kuvvetli marka-zayıf marka ayırımından yola çıkarak şöyle açıklamaktadır¹⁰³ "Bütün tanıtmaya işaretlerinin ayırt edici gücü aynı değildir. Bazı tanıtmaya işaretleri çok özgün ve orijinal bir yapıya sahip olmaları nedeniyle başlangıçtan itibaren büyük bir ayırdedici güce sahip olurlar. Bazı tanıtmaya işaretlerinin ise az özgün ve orijinal bir yapıya sahip olmaları nedeniyle başlangıçtan itibaren ayırdedici güçleri zayıf olabilir. Ayrıca, sonradan sık bir kullanım veya yoğun bir reklâm zayıf bir tanıtmaya işaretini ayırdedici gücü normal ve hatta kuvvetli olan bir işaret haline dönüştürebilir; tam tersine farklı kişiler tarafından aynı veya benzer emtia için benzer işaretlerin çokça kullanılması nedeniyle, başlangıçta ayırdetme gücü normal veya kuvvetli olan bir tanıtmaya işaretinin bu niteliği zayıflayabilir. Bir tanıtmaya işaretinin ayırdedici gücü ne kadar kuvvetli ise ona sağlanan koruma da o kadar kapsamlı ve geniş olur. İltibas bulunup bulunmadığı tespit edilirken daha önce tescil edilmiş olan markanın başlangıçtaki ayırt edici etkisi göz önüne alınır; bu etki zayıf ise tescili istenen ikinci markada ufak bazı değişikliklerin yapılması

¹⁰⁰ Da.12.D.24.6.1976, E.2292, K.1532 (Yosmaoğlu, s.118).

¹⁰¹ Da.12.D.27.6.1967, E.65/31, K.67/1170 (Sağlam,1973, s.58-59).

¹⁰² Sungurbey,1984, s.163.

¹⁰³ Öztek,1991, s.16-17.

yeterlidir. Bu durumda “zayıf bir marka seçen kimse bunun sonuçlarına da katlanmak, yani o markanın, normalde iltibas teşkil edebilecek benzerlerinin başkası tarafından kullanılmasına tahammül etmek zorundadır.”

Yargıtay da bu konuya ilişkin bir kararında şu ifadelere yer vermiştir: “...Davalı tarafından kullanılan Sulfalumin ismi ile davacı tarafından kullanılan Sulfacol ismi arasında yalnız iki kelime olan "Sulfa"da bir benzerlik mevcut olup ikinci ve ek kelimenin birisinde diğerinde -lumin şeklinde benzerliği bertaraf edecek tarzda değişiklik bulunması ve aynı zamanda benzerliği iddia edilen Sulfa kelimesinin ilâcın içerdiği madde-i asliyenin bir enzim ifade eden bir kelime olması dolayısıyla hükmü yolsuz”¹⁰⁴.

2.1.2.3.2.2. Serbest İşaretler

Önceden ayırma gücü olduğu halde zaman içinde bu niteliğini kaybederek mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline almış işaretlere serbest işaretler denir. Bu hususta 551 Sayılı Markalar Kanunu md.6/1-c'de “...eşya adı haline gelmiş olan işaret ve adlar”ın bir markanın esas unsuru olarak tescil edilemeyeceği belirtilmişti. 556 Sayılı KHK md.42/d “marka sahibinin davranışları nedeniyle, marka mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelmiş ise markanın hükümsüz sayılacağına yetkili mahkeme tarafından karar verilir” ifadeleri yer almaktadır. Bu ifade ile mülga kanundaki hükümden bir adım daha öne atılmıştır. Bu hükümden hareketle, mal ve hizmetler için yaygın bir ad haline gelen eşya adlarının marka olarak tescili baştan mümkün değildir. Mesela, jilet kelimesi önceleri bir marka vasfı taşıyor iken zaman içerisinde değişik nedenlerle ayırt edici niteliğini kaybetmiş ve eşya adı haline gelmiştir. Bunun bir adım ötesinde, tescilli bir markanın kullanılırken eşya adı haline gelmesi nedeniyle mahkemece hükümsüzlüğüne karar verilmesi gelmektedir¹⁰⁵.

Bir markanın serbest işaret haline gelebilmesi için, bütün ilgili kişilerin (alıcılar, imalatçılar, müteşebbisler) bu markanın bir kaynak işareti olmayıp, bir mal ismi olduğunu kabul etmeleri gerekir. Bu ise, normal olmayan bir hal sayılmalıdır. Meselâ, markanın belirli bir tacirin malı ile olan ilgisi, bütün ticaret çevrelerinin hafızasından silinmişse, bu

¹⁰⁴ TD.29.1.1951, E.95, K.491 (Sungurbey, s.160).

¹⁰⁵ Ocak,1997, s.45.

evrelerde markanın artık bir kaynak işareti sayılması veya ferdi işarete doğru tersine bir gelişmenin olmaması halinde bu durum kabul edilebilir¹⁰⁶ .

¹⁰⁶ Fed.Mah.23.9.1936, jdt 1937,I,112 (Kaniti,1961, s.241).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKANIN KORUNMA KAPSAMI VE MARKA HAKKINA TECAVÜZ

3.1.MARKANIN KORUNMA KAPSAMI

3.1.1.GENEL OLARAK

Markanın korunması; marka sahibinin izni olmadan başkası tarafından kullanılmaması ve aksine hareketin markanın ihlali sayılması demektir. Bu hak, tescilli marka sahibine izni olmadan markasının kullanılmasını önleme yetkisi verir. Bu husus 556 Sayılı KHK.md.9'da düzenlenmiştir.

Markanın korunmasının şekli ve maddi nitelikteki şartı tescil olup, koruma kural olarak tescil ile başlar. Tescil edilmiş bir işarete marka denir. Tescil edilmeden marka doğmadığı için tescilsiz işaret sadece işarettir.

Marka hakkının korunması hususunda en önemli problem bu hakka sağlanacak korumanın kapsamının ne olduğudur. Markaya sağlanan koruma hakkı kural olarak tescilin kapsamına giren mal ve hizmetlerle sınırlıdır. Buna göre marka hangi mal ve hizmet için tescil edilmişse marka sahibinin markasının başkası tarafından kullanılmasını ve tescilini önleme yetkisi o mal ve hizmetler ile benzer mal ve hizmetlerle sınırlıdır¹⁰⁷.

Tescilli markanın “ aynı veya ayırt edilmeyecek kadar benzeri olan işaretlerin aynı ve benzer mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanılması veya halk tarafından karıştırılma ihtimalinin bulunması” markaya tecavüz olduğu için marka sahibi tarafından men edilebilir.

556 Sayılı KHK’ nin marka sahibine sağladığı koruma sadece mükerrer kullanım ve tecavüz ile sınırlı değildir. Korumanın kapsamı içine markanın sözlük, ansiklopedi gibi başvuru eserlerine konulup cins adı haline getirilerek ayırt edici niteliğini yitirmesine karşı, marka sahibine tanınan düzeltme hakkı da girer.

¹⁰⁷Kayhan,2001, s.52.

Korumanın kapsamına giren bir diğer durum ise bağlılık yükümlülüğüne aykırı hareket eden ticari vekil veya temsilcinin kendi adına yaptırdığı tescile itiraz edilmesidir. Ticari vekil veya temsilcinin kendi adına marka olarak tescil ettirmesi halinde işaretin sahibi markanın kullanılmasına itiraz edebileceği gibi markanın hükümsüzlüğü davasını da açabilir. Kullanmaya yapılan itiraz, durdurma ve nleme davası şeklinde gerçekleşebilir.

3.1.2. KORUMANIN ÜLKESELLİĞİ İLKESİ

Fikri haklarda temel ilke olan ülkesellik ilkesi gerek içtihatlarda gerekse yasal düzenlemelerde çok büyük önem arz etmektedir. Sina mülkiyet hukukunda ülkesellik ilkesi ve ona verilen önem tarihsel, hukuki ve ekonomik nedenlerden kaynaklanmaktadır.

3.1.2.1. Mutlak lkesellik

lke içinde sadece, o ülkenin hukukunun uygulanacağı anlamına gelir. Mutlak lkesellik ilkesi uyarınca, her devlet kendi ülkesi içindeki ihlallerde, tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin, kendi hukuk yollarını kullanmasına imkan sağlar.

3.1.2.2. Nisbi lkesellik

Nisbi lkesellikte sadece kendi ülkesi için doğrudan etki tanımakta buna karşılık diğer ülkeler için sadece dolaylı uygulama imkânı verilmektedir. Fikri ve sınaı mülkiyetin korunmasında nisbi ülkesellik ilkesi benimsenmiştir.

3.1.2.3. Nisbi Evrensellik

Nisbi evrensellikte, yabancı hukuki ilişki, buna tekabül eden yerli hukuki ilişki ile eş değerde kabul edilmekte veya özel bir işlemle ya da otomatik olarak ülke içinde aynı etkiye sahip olmaktadır. Nitekim 1891 tarihli Madrid Anlaşması ile korunan ticari markalar nisbi evrenselliğin örneğini teşkil eder.

3.1.2.4. Mutlak Evrensellik

Bu ilke uyarınca her devlet marka korumasını sadece kendi ülkesinde sağlar. Her devlet sadece kendi ülkesindeki ihlallerde tecavüze uğrayan ve kendi kanunlarına göre hak sahibi olan kişinin kendi ülkesindeki hukuk yollarına başvurmasına imkân tanır. Bu durumda marka sahibi izni olmadan markanın kullanılmasına, ancak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde engel olabilir. Türkiye'deki tescile dayanarak, Türkiye dışında markasının kullanılmasını yasaklayamaz.

Yasaklama yetkisi markanın yurt dışında tescilli olması halinde tescilin yapıldığı ülkelerin mevzuatına göre de doğar. Engel olma yetkisi içine ithal edilen mallar da girer.

Türkiye'de tescil edilen bir marka yurt dışında bir başkası adına tescil edilmiş olması halinde bu markayı taşıyan mal ve hizmetlerin Türkiye'ye ithali halinde Türkiye'de tescil edilen markanın hakkını ihlal etmez.

Sonuç itibarıyla ülkesellik ilkesi gereğince aynı işaret marka olarak birçok ülkede o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil olduğu ülkelerin hukukları uyarınca ve o ülkelerin hâkimiyet hudutları ile sınırlı olmak üzere marka hakkı meydana gelir. Tescilin hak sağlayıcı ve koruyucu etkisi tescil edildiği ülkenin sınırlarını aşamaz.

556 Sayılı KHK.' de marka korunmasının ülkeselliği ilkesi 3/II ile 9/II-c hükümlerinde düzenlenmiştir¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Pekdiñer,2001,s.141

3.1.3. TESCİLLİ MARKANIN SAĞLADIĞI HAKLAR

Marka tescilinden doğan hakların kapsamı, 556 Sayılı KHK.md.9 hükmünde belirtilmiştir. Ancak tescilli marka sahibinin haklarının kapsamını tam olarak belirleyebilmek için KHK.md.61’de düzenlenen marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri de ele almak zorunludur. 556 Sayılı KHK.’nin anılan iki madde arasında bir bağlantı kurmaması hatta marka hakkına tecavüz sayılan fiillere, marka hakkının kapsamı içerisinde yer vermemesi bir eksiklik teşkil etmektedir¹⁰⁹.

KHK.md.9/I-a hükmünde; marka sahibine izni olmadan markasının kullanılmasını önleme yetkisi tanınan haller belirtilmekte; bu hükmün 9/1-b,c fıkrasında ise, aynı veya benzer mal ve hizmetler için aynı veya benzer bir markanın kullanılması veya tanınmış bir markanın farklı mal ve hizmetler için kullanılması halinde marka sahibinin önleyebileceği kullanım türleri örneklenmektedir.

3.1.3.1. 556 Sayılı KHK. md. 9/I Hükümünün Marka Sahibine Sağladığı Haklar

3.1.3.1.1.Markanın Tescil Kapsamına Giren Aynı Mal ve Hizmetlerle İlgili Olarak Tescilli Markayla Aynı İşaretin Kullanılması

KHK.md. 9/I-a hükmü uyarınca; marka sahibi markasıyla aynı olan bir işaretin markanın tescil edildiği aynı mal ve hizmetler için kullanılmasını engelleyebilir. 556 Sayılı KHK.’nin tescilden önce başvurunun incelenmesi sistemi sonucu, aynı mal ve hizmetlerle ilgili olarak aynı markanın tescili mümkün değildir. Çünkü, bu husus KHK.md. 7/I-b hükmünde mutlak red nedeni; 8/I-a hükmünde ise nisbi red nedeni olarak düzenlenmektedir. Bununla birlikte bir şekilde tescilli veya tescil için başvurusu yapılmış markanın aynısı veya benzeri aynı veya benzer bir mal veya hizmet için tescil edilirse veya

¹⁰⁹ Arkan, 1997(b),s.209.

markanın tescilsiz kullanımı söz konusu olursa, marka sahibi marka hakkına tecavüzün durdurulmasını talep hakkına sahip olacaktır¹¹⁰.

Bu tür markaya tecavüz durumunda, ayrıca tecavüzü oluşturan işaretle tescilli marka arasında iltibas olasılığının varlığını göstermeye gerek yoktur, bu durumda iltibasın varlığı kesindir.

3.1.3.1.2. Markanın Kapsadığı Mal veya Hizmetlerin Aynı veya Benzerleriyle İlgili Olarak Tescilli Markayla Aynı Mal veya Hizmetler İçin Kullanılması

KHK. md.9/1-b hükmü uyarınca; tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması marka sahibi tarafından önenebilir. Bu madde genel olarak marka sahibinin tescilli markası ile iltibasa neden olacak işaretlerin kullanılmasını yasaklamaktadır¹¹¹.

Bu hükme göre;

- Karıştırılma ihtimalinin varlığı için mütecaviz tarafından kullanılan işaretin tescil edilmiş markanın aynı veya onun benzeri olması ve tescil edilmiş markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer hizmetlerde kullanılması şarttır. Bu iki şart bir arada bulunmalıdır¹¹².

- Karıştırılma, halk yönünden olmalıdır. Tescilli marka ile tescilli olmayan marka olarak kullanılan işareti halkın karıştırması ihtimali bulunmalıdır. Yoksa ilgililerin ya da işin uzmanının ya da dikkatli kişilerin tescilli marka ile kullanılan işareti birbirine karıştırmamaları yahut karıştırmayacak olmaları, söz konusu tecavüz eylemini ortadan kaldırmaz. 556 Sayılı KHK. halk, kelimesini kullanmak suretiyle karıştırılma ihtimalinin

¹¹⁰ Söz konusu madde, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ile paralel bir nitelik arz etmektedir. TRIPS madde16.1; Tescilli markanın sahibi, aşağıda belirtilen kullanım şekli karışıklık olasılığına neden olacak ise, marka sahibinin iznini almamış bütün 3. şahısların, ticaretin olağan gidişatı içinde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer kullanmalarını engelleme hakkına münhasıran sahip olacaklardır. Aynı mal veya hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde, karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılacaktır. Yukarıda tanımlanan haklar önceden tanınmış mevcut haklara zarar vermeyeceği gibi, üyelerin kullanım esasına göre hak elde etme olanağını da etkilemeyecektir.

¹¹¹ Tekinalp, 2000, s.401.

¹¹² Karayalçın, 1968, s. 417; Cengiz, 1995, s.69.

tayin ve tescilinde kimin esas alınacağını, yani somut olaya kimin gözü ile bakılacağını göstermiş, bir bakıma ölçü belirlemiştir¹¹³.

- Satın almayı düşündükleri mal yerine bir başka mal almak durumunda bırakması kadar, alıcıların iki farklı marka karşısında bulduklarını anlamalarına rağmen bu markaların aynı kişiye ait olduklarını sanmaları ya da bu malları üreten işletmeler arasında idari veya ekonomik anlamda bir bağlılığın bulunduğu düşüncesine kapılmaları da karıştırılma ihtimali içinde ele alınmalıdır.

Marka bütünü itibariyle esas olduğundan, parçalara bölünerek inceleme yapılması ve özellikle markaların tek başına ayırım gücü bulunmayan tasviri işaretlerden oluşan kısımlarının aynı veya benzer olup olmadıkları üzerinde durulması gereklidir. 556 Sayılı KHK.'nin 12. maddesine göre, 3.kişilerin mal ve hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, coğrafi kaynak veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmalarını, marka sahibi engelleyememektedir¹¹⁴. Ancak bunlar markanın genel görünümüne etkileri ölçüsünde incelemede dikkate alınabilirler. Buna karşılık markanın esas unsurlarının aynı veya benzer olması markanın genel görünümüne etkisi az olan diğer unsurlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabilir¹¹⁵.

3.1.3.1.1.Tanınmış Marka ile Aynı veya Benzer Markanın Başka Mal veya Hizmetler İçin Kullanılması

KHK.md. 9/1-c hükmünde; marka sahibinin, markasının aynı veya benzeri olan bir işaretin, markanın tescil edildiği mal veya hizmetten başka mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilli markanın itibari dolayısıyla kullanana haksız avantaj sağlıyorsa veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar veriyorsa, bunu menedilebileceği belirtilmektedir.

Bazı markalar vardır ki, bunlar tescilli buldukları mal kategorisinden bağımsızlaşarak, başlı başına bir kalite sembolü ve reklam aracı halini almışlardır. Bu

¹¹³ Tekinalp, 2000, s.401.

¹¹⁴ Tekinalp, 1998, s.635.

¹¹⁵ Arkan, 1997(a), s.99.

durum marka sahibinin kaliteli üretim yapması, yoğun ve zahmetli bir tanıtım faaliyeti sürdürmesi sonucunda ortaya çıkar ve böylece marka toplumun büyük bir kesimi tarafından, hatta o markanın alıcısı durumunda bulunmayan alıcılar tarafından da tanınıyor hale gelir¹¹⁶. Bu gibi markalara tanınmış markalar denir.

Tanınmış markanın itibarına zarar verilmesi ise, özellikle tanınmış marka altında piyasaya sürülen mal ve hizmetlerin kalitesinin düşük olması durumunda söz konusudur. Ancak burada tanınmış markanın tanınmışlığının korunması tek amaç değildir. Bu mal ve hizmetlerin kalitesinin çok yüksek olması hatta tanınmış markanın mal ve ya hizmetlerinin kalitesinden daha yüksek olması halinde bile haksız yarar mevcuttur. Çünkü piyasaya sürülmek istenen malın kalitesi ne olursa olsun, yeni bir marka ile piyasaya girmek ciddi bir çaba ve reklâm harcamasını gerektirir. Ancak piyasada tanınan bir markayı kullanmak suretiyle satış yapmak çok daha avantajlı ve zahmetsiz bir durumdur¹¹⁷.

Tanınmış markanın, uygun görülmeyen istenmeyen bağılıklar yaratacak şekilde kullanılması da, markanın itibarına zarar verebilir. Örneğin; tanınmış bir parfüm markasının, tuvalet temizleme malzemesi olarak kullanmak istenmesi gibi¹¹⁸.

3.1.3.2.556 Sayılı KHK.md. 9/II Hükmü Uyarınca Önlenebilecek Kullanım Türleri

3.1.3.2.1.İşaretin Mal Veya Ambalajı Üzerine Konulması

Marka sahibinin markası ile aynı veya benzer markanın tescilli marka kapsamındaki aynı veya benzer mallara veya ambalajlarına konularak piyasaya sürülmesi marka sahibi tarafından önlenebilecektir.

Haksız işaretin mal veya ambalajın üzerine konulması, söz konusu işaretin hukuka aykırı bir şekilde kullanılmasına yol açar. Orijinal ürünün ambalajının değiştirilerek yeni ambalaj üzerine konması da kural olarak marka hakkının ihlali niteliğindedir. Bu durumlarda, markasız malların veya ambalajlarının üçüncü kişilerce marka sahibinin

¹¹⁶ Arkan, 1997,s.104.

¹¹⁷ Atlı,2001,s.118

¹¹⁸ Arkan, 1997, s.108.

markası konularak piyasaya sürülmesi marka sahibi tarafından engellenebilir. Çünkü markayı mal veya ambalajı üzerine koyma hakkı marka sahibine tanınan münhasır bir haktır.

KHK.md. 9/II anlamında işaret kavramının “tescilli markanın aynı veya benzeri olması” gerektiği isabetli olarak belirtilmiştir. Ayrıca işaretin tescil kapsamına giren malların aynı veya benzerleri için kullanılması ve bu nedenle iltibas tehlikesi yaratmış olması gerekir¹¹⁹.

KHK.md. 9/2-a bendi uyarınca tecavüzden söz edilebilmesi için tescilli marka ile aynı veya benzer olan işaretin üretilmesi tek başına yeterli değildir. Bu işaretin mal veya ambalaj üzerine konulmuş olması gerekir. Burada işaretin mal veya ambalaj üzerine ne şekilde konulmuş olduğunun herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Markanın malın veya hizmetin üzerine konulması demek, kazıma kabartma, baskı, yapıştırma ve benzeri olarak ürünün üzerine piyasaya sürülmek üzere yer alması demektir.

İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulmasının malların piyasaya sürülmesi amacına yönelik olması gerekir, işareti taşıyan malın fiilen piyasaya sürülmesi önemli değildir.

3.1.3.2.2.İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Bu Amaçla Stoklanması

556 Sayılı KHK. ile markanın mal üzerine konulmasından sonra bu malların piyasaya çıkarılıp çıkarılmayacağına, çıkarılması halinde bunun hangi koşullarla ve ne zaman yapılacağına karar verme yetkisinin marka sahibine ait olduğu kabul edilmiştir.

Bu nedenle KHK. md.9/II-b hükmü uyarınca; tescilli marka kapsamındaki mal ile aynı veya benzer bir mal üzerinde tescilli marka ile aynı veya benzer bir markanın konularak piyasaya sürülmesi, stoklanması marka sahibi tarafından yasaklanabilir.

¹¹⁹ Arkan, 1997, s.211.

Markayı taşıyan malların, marka sahibinin izni olmaksızın, bayilere gönderilmesi, satılması, kiralanması veya tanıtım fuarında satışa sunulması piyasaya sürme Sayılı ve bunun engellenmesi mümkündür. Bu anlamda piyasaya sürme marka sahibinin izni dâhilinde ise iznin aşılması durumunda tecavüzden değil, sözleşmeye aykırılıktan bahsedilir.

3.1.3.2.3.İşaret Taşıyan Malın İthalı ve İhracı

556 Sayılı KHK.md.9/II-c hükmünde; markayı taşıyan malın ithali ve ihracının münhasıran marka sahibine ait bir yetki olduğu belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca marka sahibi, marka hakkına dayanarak aynı markayı taşıyan aynı veya benzer malların veya benzer markayı taşıyan aynı veya benzer malların ihracını veya ithalini önleme hakkına sahiptir.

556 Sayılı KHK.md. 9/II-c hükmü, markayı taşıyan malların transit geçmesine ilişkin bir düzenleme içermemekle birlikte; aynı çözümün transit mallar için de uygulanması mümkündür. Marka sahibinin haksız olarak işareti taşıyan malların ithali ve ihracını önlemesi mümkündür. Çünkü, KHK.md. 9/II hükmünde sayılan uygulamalar sadece önleyici niteliktedir. Bu durumda, tescilli markayı veya benzerini taşıyan, orijinal olmayan ancak tescilli markanın koruma kapsamına giren malların veya bunların benzerinin, marka sahibinin izni olmadan transit geçmesi marka sahibi tarafından önlenmelidir¹²⁰.

İşaretin, Türkiye dışında başkası adına tescil edilmiş olması bu tür haksız kullanmayı ortadan kaldırmaz. Bu tecavüzün gerçekleşmesi için işaretin Türkiye’de tescil edilmiş bulunmasının yanında aynı malın ithal edildiği ülkede, aynı kişi adına tescilli olmaması da şarttır; yoksa marka Türkiye’de ve malın ithal edildiği ülkede aynı şahıs adına tescilli ise, marka sahibi veya lisans hakkı sahibi ithali marka hukukuna dayanarak, ülkesel tükenme nedeniyle marka sahibi kendisinden izinsiz olarak yapılan paralel ithalatı 556 Sayılı KHK.md. 9/II ve 62 hükmüne göre yasaklayamaz. Buna paralel ithalat denir¹²¹.

¹²⁰ Arkan, 1997, s.214.

¹²¹ Camcı,1998, s.112.

3.1.3.2.4. İşaretin İşletmenin İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması

Malların söz konusu olduğu durumlarda, tecavüzde bulunanın markayı taşıyan malın aynısını veya benzerini üretmesi veya markayı, ürettiği mal veya ambalajın üzerinde kullanması şartı aranmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer bir markanın aynı veya benzer mal ve hizmetlerle ilgili konuda faaliyette bulunan bir işletmenin iş evrakında ve reklamlarında kullanılması KHK.md. 61/a hükmü uyarınca marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinden KHK.md. 9/2-d hükmü uyarınca marka sahibi tarafından önlenabilir.

Buna karşılık marka sahibinin marka hakkını kazanması bakımından markanın sadece iş evrakı ve reklamlarda kullanılmasının yeterli olup olmadığı hususunda doktrinde görüş ayrılıkları bulunmaktadır.

Bir görüşe göre; Marka Hukuku'na özgü kullanma, bir markanın halen ticarete bulunan malların veya onların ambalajlarının üzerine konulması veya hizmetle birlikte kullanılmasıdır. Markanın sadece iş evrakında, faturalarda, reklamlarda ve ilanlarda kullanılması marka hukukuna özgü bir kullanım değildir¹²².

Diğer bir görüşe göre ise; marka hakkının devamını sağlayan kullanım bakımından Marka Hukuku'na özgü kullanımın gerçekleşebilmesi için markanın mal ve ambalajı üzerine konularak ticarete sunulması gerekir. Ancak malın yapısı gereği bunun mümkün olmadığı durumlarda markanın işletmenin evrakı ve reklamlarda kullanılması yeterli sayılmalıdır. Hizmet markaları bakımından markanın işletmenin iş evrakında ve reklamlarda kullanılması yeterli kabul edilmektedir¹²³.

Bir diğer görüşe göre ise; KHK.md. 9/II-d hükmü karşısında markanın işletmenin iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Markanın sadece iş evrakında kullanıldığı, bunun ticarete kullanma dolayısıyla Marka Hukuku'na özgü kullanma sayılamayacağı yolundaki savunma kabul edilmemiştir¹²⁴.

¹²²Camcı,1998, s.48.

¹²³Dirikkan,2003, s.40.

¹²⁴Gürzumar,1994, s.513-514.

556 Sayılı KHK.md.9/II hükmünde öngörülen uygulamalar sınırlayıcı değildir. Dolayısıyla tescilli markanın aynı veya benzerinin 3. kişiler tarafından farklı kullanılmaları da, örneğin, ticaret ünvanının eki olarak, işletme adı olarak kullanılması marka sahibi tarafından önlenebilir¹²⁵.

3.2.MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALLERİ

3.2.1.KHK.md. 61'DE SAYILAN TECAVÜZ HALLERİ

Marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller, KHK'nin 61. maddesinde tanımlanmıştır. Hükmün (a) bendinde, marka tescilinden doğan hakların kapsamını düzenleyen 9. maddenin ihlalinin temel marka hakkına tecavüz tipi olarak öngörüldüğü görülmektedir. Söz konusu bendi takip eden bentlerde ise; markanın taklit edilmesi, taklit markayı taşıyan malların ticaret alanına çıkartılması, marka hakkına tecavüz fiillerine iştirak edilmesi veya bu fiillerin teşvik edilmesi yahut yapılmasının kolaylaştırılması ve taklit markayı taşıyan ürünlerin nereden alındığının veya nasıl sağlandığının bildirilmesinden kaçınılması diğer marka hakkına tecavüz fiilleri olarak düzenlenmiştir (b-f bentleri). Madde metninde tecavüz halleri numerus clausus olarak belirlenmiş, bir diğer ifadeyle tahdidi olarak sayılmıştır¹²⁶.

Marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin 61. maddede düzenlenmesi eleştirilmiştir¹²⁷.Marka tescilinden doğan hakların kapsamı KHK'nin 9. maddesinde hükme bağlanmış olduğundan, tecavüz oluşturan fiillerin de bu madde çerçevesinde ele alınmasının daha uygun olacağını haklı olarak ifade edilmiştir.

Marka hakkına tecavüz oluşturan fiilleri ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce, marka hakkına tecavüzden doğan hukuki sorumluluğun, marka sahibi ile müteceviz arasında akdi bir ilişkinin bulunduğu istisnai haller dışında [örneğin maddenin (d) bendinde(bu bent Anayasa Mahkemesi kararıyla yürürlükten kaldırılmıştır) öngörülen ihtimalde durum böyledir], “akit dışı sorumluluk” temeline dayandığı hatırlatılmalıdır. Bir diğer ifadeyle, yukarıda belirtilen istisnai haller dışında, marka hakkına tecavüzden doğan

¹²⁵ Arkan, 1997(b), s.215-216.

¹²⁶ Tekinalp, 2000, § 30, no. 8.

¹²⁷ Arkan, 1997(b),s. 209.

hukuki sorumluluk, geniş anlamda "haksız fiil", dar anlamda "haksız rekabet" temeline dayanmaktadır. Bu nedenle, KHK md. 61 hükmünün uygulama alanı bulunduğu yargılamalarda, zararın ve yukarıda belirtilen istisnai hal dışında kusurun ispatı, akit dışı sorumluluk hükümlerinin karakteristik özelliği gereği davacıya aittir. Bu aşamada belirtilmesi gerekir ki; tescilli markalar bakımından, BK md. 41 vd. ile TTK md. 56 vd. hükümleri ile sağlanan koruma da, KHK m. 61 vd.'nda öngörülen koruma ile birlikte "kümülatif" olarak uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, tescilli marka sahibinin (ya da KHK md. 21/6 hükmü çerçevesinde inhisari lisans hakkı sahibi veya KHK md. 21/7 hükmünde öngörülen şartlar gerçekleştiği takdirde inhisari olmayan lisans hakkı sahibinin), KHK hükümleri çerçevesinde koruma talep etmek yerine haksız rekabet hükümlerine göre koruma talep etmesi teorik olarak mümkün bulunmaktadır. Fakat, KHK md. 61 vd. hükümlerinin davacı yönünden daha avantajlı düzenlemeler içerdiği vurgulanmalıdır. Tescilsiz markalar bakımından ise, KHK'nin 6. maddesinin açık hükmü gereği KHK hükümleri çerçevesinde koruma sağlanması mümkün olmadığından, ancak BK.md. 41 vd. ya da TTK.md.56 vd. hükümleri çerçevesinde koruma sağlanması mümkün bulunmaktadır¹²⁸.

556 Sayılı KHK'nin marka hakkına tecavüz sayılan fiiller başlıklı 61.maddesine göre;

“Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz Sayılır:

a) 9 uncu maddenin ihlali,

b) Marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek,

c) 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 ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak,

¹²⁸ Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004, s.1010.

d) (Madde 61 in (d) bendi, Anayasa Mahkemesinin 14.5.2004 tarih ve 25462 Sayılı R.G.'de yayımlanan, 2.3.2004 gün ve K.2004/25 - E.2002/92 Sayılı kararı ile yayımından 1 yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir.)

e) (a) ila (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

f) Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.”

3.2.1.1.KHK.md.9’da Sayılan Tecavüz Halleri

556 Sayılı KHK’ nin Marka tescilinden doğan hakların kapsamı başlıklı 9. maddesine göre,

“Aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin, izni alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi vardır:

a) Markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması,

b) Tescilli bir marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerin aynı veya benzeri mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk üzerinde, işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması,

c) Tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerle benzer olmayan mal veya hizmetlerde kullanılması halinde, tescili istenen işaretin kullanılmasıyla tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması,

Aşağıda belirtilen durumlar, birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir:

- a) İşaretin mal veya ambalajı üzerine konulması,
- b) İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması,
- c) İşareti taşıyan malın ithali, (Ek ibare: 4128 - 3.11.1995) veya ihracı,
- d) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarda kullanılması.

Markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayınıyla birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.”

9. maddenin ihlalini teşkil eden eylemlerin oluşumu için, anılan hükümde yer verilen "haksız kullanım modellerinden birinin, "haksız kullanım şekilleri"nden biri vasıtasıyla gerçekleştirilmiş olması gerekir¹²⁹.

Buna göre, hükümde yer verilen “haksız kullanım modelleri” şunlardır:

- a) Markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescilli markanın aynısının kullanılması,
- b) Markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetler ya da bunların benzeri olan mal ve hizmetler ile ilgili olarak, halk nezdinde karıştırılma ihtimali doğurabilecek nitelikte tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin kullanılması,
- c) Tescilli markanın kapsamında bulunmayan mal veya hizmetler ile ilgili olarak kullanılmasına karşın, tescilli markanın itibarından haksız yarar sağlayacak ve bu markanın

¹²⁹ Ayrıntılı bilgi için 9. maddeye ilişkin açıklamalarımıza bakınız. "Haksız kullanım modelleri" ve "haksız kullanım şekilleri", Tekinalp tarafından ortaya atılan kavramlardır (bkz. Fikri Mülkiyet , § 26, no. 10 vd.; § 26, no. 37 vd.).

ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte tescilli marka ile aynı ya da benzer bir işaretin kullanılması.

Haksız kullanım biçimleri ise şunlardır:

- a)işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması [m. 9/II (a)],
- b)işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi [m. 9/II (b)],
- c)Piyasaya sürme amacıyla işareti taşıyan malın depolanması [m. 9II (b)],
- d)işareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi [m. 9/II (b)],
- e)işaret altında hizmet sunulması ve sağlanması [m. 9/II (b)],
- f)işareti taşıyan malların ithali veya ihracı [m. 9/II (c)],
- g) işaretin teşebbüsün iş belgelerinde ve reklamlarında kullanılması [m. 9/II (d)].

Dolayısıyla, inceleme konumuz olan 61. maddenin 9. maddeye yaptığı gönderme çerçevesinde, yukarıda belirtilen "haksız kullanım modellerinden herhangi birinin "haksız kullanım şekillerinden herhangi birinin vasıtasıyla gerçekleştirilmesi, marka sahibinin bu kullanıma izni olmadığı sürece, "marka hakkına tecavüz" oluşturacaktır¹³⁰.

3.2.1.2.Markayı Taklit Etmek

556 Sayılı KHK.md.61/b bendi uyarınca, marka sahibinin izni olmaksızın markayı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek ayrı bir tecavüz fiili oluşturmaktadır.

Hükmün (a) bendinde, KHK' nin 9. maddesinin ihlali de marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Dokuzuncu maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde, marka sahibinin izni bulunmaksızın tescilli bir markanın aynısının ya da benzerinin iltibas oluşturacak şekilde kullanımının marka sahibi tarafından yasaklanabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla; tescilli bir markanın aynısının ya da benzerinin marka sahibinin izni olmaksızın iltibas oluşturacak şekilde kullanımı, md. 9 hükmünün ihlali niteliğinde olduğundan, 61. maddenin (a) bendine göre marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Şu halde; 61. maddenin (b) bendinde "marka sahibinin izni olmaksızın markanın

¹³⁰ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1011.

veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin" kullanımından bahsedilmesinin hangi anlama geldiği, söz konusu hükmün (a) bendinde öngörülen tecavüz halinin gereksiz bir tekrarı olup olmadığı tartışmaya açılmalıdır¹³¹.

Bir görüşe göre; tescilli markanın aynısının ya da benzerinin kullanımının maddenin (a) bendinde md. 9 hükmüne yapılan atıf nedeniyle zaten marka hakkına tecavüz teşkil edeceği, bu nedenle (b) bendinde öngörülen düzenlemenin gereksiz olduğunu, bu bendin KHK' de hiç yer almaması gerektiği¹³²; ancak KHK'de değişiklik yapıncaya kadar, "ayırt edilemeyecek derecede benzer" ibaresini, tekerrüre yol açacak olsa da, KHK md.9/1-b anlamında "benzer marka" olarak değerlendirmek gerekeceği vurgulanmaktadır¹³³.

Bir diğer görüşe göre ise; KHK'nin markanın aynısının veya benzerinin kullanılması kavramından söz ettiğini, fakat markanın "ayırt edilemeyecek kadar benzeri" terimine yer vermediğini, oysa "benzer" ile "ayırt edilemeyecek kadar benzer" kavramlarının birbirinden farklı olduğunu; birincisi iltibasa neden olurken ikincisinin taklit yarattığını ifade etmektedir¹³⁴. Yazar, KHK'nin sadece md. 61 (b) hükmünde değil, md. 64, 65, 66 ve 61 hükümlerinde de markanın taklit edilmesinden söz edildiğini ve bu durumun diğer tecavüz hallerinden farklı hükümlere bağlandığını, bu ayrıma anlam yüklemek ve bazı hükümleri münhasıran markanın taklit edilmesi halinde uygulamak zorunluluğu bulunduğunu; bu nedenle markanın "ayırt edilemeyecek kadar benzeri"nin kullanımının markanın taklit edilmesi anlamına geldiğinin kabulü gerektiğini vurgulamaktadır¹³⁵.

Markalar arasında iltibasın saptanmasında genelde kabul gören yöntem aşağıdaki gibidir. Şöyle ki;

Tescilli markanın biçim ve kapsamına giren mal veya hizmetler esas alınır. Öncelikle tescilli markanın bütünü itibariyle halkın üzerinde bıraktığı etki dikkate alınır. Bunun için markaları ayrı ayrı incelemek ve hafızada kalmış olan etkisine göre bir sonuca ulaşmak gerekir. Eğer halkın hafızasında aynı etkiyi uyandırıyor ise benzer Sayılır¹³⁶.

¹³¹ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1012.

¹³² Arkan, 1997,s. 216.

¹³³ Arkan, 1997,s. 216, dpn. 34.

¹³⁴ Tekinalp, 2000,§ 30, no. 13.

¹³⁵ Tekinalp, 2000, § 30, no. 13.

¹³⁶ Ancak ülkemizde markaların hatırlanma oranına ilişkin yapılan çalışmalar son derece yetersiz ve sadece belli başlı bazı markalarla sınırlıdır. Bu nedenle, ülkemiz şartları dahilinde bu yolla bir sonuca varmak çok güçtür.

Bu aşamadan sonra tescilli markanın kapsamına giren mal veya hizmetlerin diğer marka kapsamına girenlerle aynı veya benzer olup olmadığının incelenmesi yapılır. Markaların kullanılacağı mal veya hizmet çeşitleri ne kadar yakınsa, markaların karıştırılma tehlikesi de o denli büyüktür. Bu nedenle, benzerliğin önlenmesi için tescilli markanın, diğerinden belirgin bir şekilde farklı olması gerekir¹³⁷.

Benzerliğin tespiti açısından iki malın tamamen aynı cinsten olup olmadığını anlamak için sadece maddelerine bakmak doğru değildir. Onların iktisadi fonksiyonlarını da göz önünde bulundurmak gerekir. Bu hususta, bilimsel sınıflandırmaların, uzmanların, imalatçıların, toptancıların ve hatta perakendecilerin ortaya koymuş oldukları ayırımlara değer verilmemelidir. Çünkü mallar, halk için piyasaya sürülmüştür. Malı piyasaya süren için önemli olan halkın yapacağı seçimdir. Bu açıdan, sorunun çözümünde yalnız halkın görüşleri ve değerlendirme tarzı, yaptığı ayırımlar önem taşımaktadır¹³⁸.

Halk bağlantıyı herhangi bir şekilde kuruyorsa, “bağlantı olduğu ihtimali” söz konusu olacaktır. Örneğin, iki işaret arasındaki benzerlik alıcılarda, bu işaretleri taşıyan mal veya hizmetlerin tanıdığı ve güvendiği bir işletme veya işletmeler topluluğu ile bağlantılı olan bir diğer işletmenin ürünü olduğu zannını uyandırıyor ise bağlantı olduğu ihtimali söz konusudur¹³⁹.

Doğrudan doğruya veya dolayısıyla iltibas mevcut olmadan sadece markalar arasında zihnen bağlılık kurulması suretiyle kullanılan markanın eski markayı çağrıştırması ve bu yolla eski markanın imajına zarar vermesi tehlikesi de iltibas teşkil etmektedir¹⁴⁰.

Sonuç itibarıyla, hem inceleme konumuz olan 61. maddenin (b) bendinde, hem de (c) bendinin ilk cümlesinde, markanın veya ayırt edilmeyecek derecede benzerinin kullanılması suretiyle "markanın taklit edilmesinden söz edildiğine göre, kanun koyucunun "markanın aynısının ya da ayırt edilmeyecek derecede benzerinin üçüncü kişiler

¹³⁷ Arkan, 1997, s.102 ; Ergün, s.152.

¹³⁸ İFM,02.09.1939 JdT, 1931 I 236 karar için Bkz. Kaneti, s.239.

¹³⁹ İlaç markaları açısından kuvvetli marka-zayıf marka ayırımı önem taşımaktadır. Aslında böyle bir ayırımın hukuki bir dayanağı bulunmamakla birlikte uygulamada bahşedilecek korumanın kapsamının belirlenmesinde etkili olan bir vakıa teşkil etmektedir. Nitekim İFM, hammaddesinin adından esinlenen ilaç markalarını zayıf marka olarak kabul ederek iltibasın bulunup bulunmadığını bu kritere göre tespit etmiştir. COLUNOVAR ve COLLUNOSOL markaları arasında iltibasın söz konusu olmadığını zira COLLU sözcüğünün Fansızca da bir ilaç türünü belirten jenerik COLLUTOIRE terimini çağrıştıran; NOVAR ile NOSOL unsurları yeterince farklıdır. Öztekin,1991, s.17.

¹⁴⁰ Arkan, 1999, s.10-11.

tarafından kullanımını" markanın taklit edilmesi olarak algıladığı açıktır. Bu itibarla, geniş anlamda KHK m. 9/1 (b) hükmü kapsamı dahilinde değerdendirilebilecek olan "markanın ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerinin üçüncü kişiler tarafından" kullanımı durumunun, kanun koyucu tarafından (b) bendinde özel olarak düzenlendiği ve ilerleyen maddelerde farklı hükümlere tabi tutulduğu ifade edilebilir.

3.2.1.3.Tecavüz Yoluyla Kullanılan Markayı Taşıyan Ürünleri Satmak, Dağıtmak, Ticari Amaçla Elde Bulundurmak

KHK.md.61/c bendi uyarınca; markayı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek ya da ticari amaçla elde bulundurmak marka hakkına tecavüz oluşturur.

Hükmün uygulanması için üç ayrı şart bulunduğunu haklı olarak ifade edilmektedir¹⁴¹. İlk şart, olayda taklit olgusunun bulunması, bir diğer ifadeyle "markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri"ni taşıyan malların söz konusu olmasıdır. Taklit olgusu söz konusu olmadığı müddetçe, KHK md. 9/1 (b) anlamında markanın aynısı ya da benzerinin iltibas oluşturacak biçimde kullanımı söz konusu olsa dahi, markayı taşıyan malları ticari amaçla elinde bulunduran ya da üzerlerinde ticari amaçla tasarrufta bulunan üçüncü kişi yönünden 61. maddenin (c) hükmünde öngörülen tecavüz hali oluşmaz. Zira, hükmün (c) bendinde, ikinci uygulanma şartı olarak mütecavizin "markanın taklit edildiğini" "bilmesi" ya da "bilmesi gerekmesinden söz edilmektedir¹⁴². Mütecavizin durumu bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunu davacının ispatlaması gerekir¹⁴³. Taklit marka kullanıldığını bilen ya da bilebilecek durumda olan satıcı, dağıtıcı gibi üçüncü kişilerin 61. madde kapsamına alınmasının amacı, bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermelerini sağlayarak, marka korsanlığının önlenmesine ve ticari hayatta dürüstlüğün yerleşmesine yardımcı olmaktır¹⁴⁴. TTK.md.20/2 hükmünde öngörülen basiretli iş adamı gibi hareket etme borcu, tacire, ticaret alanına çıkarılan mallarda taklit

¹⁴¹ Tckinalp, 2000, § 30, no. 14-16.

¹⁴² Arkan, 1997(b),s.20.

¹⁴³ Tekinalp,2000, § 30, no. 15.

¹⁴⁴ Arkan, 1997(b)s.218.

markalı mal kullanılıp kullanılmadığını araştırma konusunda ağır bir yükümlülük yükler¹⁴⁵.Hükmün uygulanması için 3. şart ise, mallar üzerindeki tasarrufun ya da malların elde bulundurulmasının ticari bir amaca dayanmasıdır¹⁴⁶. Dolayısıyla taklit markayı taşıyan malları kişisel ihtiyacı için elinde bulunduran tüketiciye karşı, 61.maddenin (c) bendine dayanılarak marka hakkına tecavüz iddiasıyla dava açılmaz¹⁴⁷.

3.2.1.4. Tecavüz Fiillerine İştirak, Yapılmasını Teşvik Etmek veya Kolaylaştırmak

KHK.md.61/e hükmü uyarınca, (a) ve (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek ya da hangi şekil altında olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak da marka hakkına tecavüz sayılmıştır.

Bu düzenlemenin, haksız fiilden doğan zarardan birden fazla kimsenin sorumluluğunu düzenleyen BK.md.50 hükmüne paralel olarak hazırlandığını haklı olarak belirtilmektedir¹⁴⁸. Yazar, hükmün tecavüz fiili işlendikten sonra kanıtların ortaya çıkmasına engel olan kişiyi de kapsadığının savunulabileceğini; Çünkü, md. 61 (e) hükmünde genel bir ifade kullanılarak "hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasının kolaylaştırılması"ndan söz edildiğini; dolayısıyla, yataklık edenin sorumluluğunun BK md. 50/II'de öngörülen koşullara tabi tutulmaması gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁹. Yazar, bu bent kapsamına, taklit markayı basan matbaacı, klişeyi hazırlayan, malları piyasaya sürüleceği yere taşıyan, deposunda bir süre saklayan ve dağıtımına yardımcı olan komisyoncu, tallel gibi kimselerin girdiğini vurgulamaktadır¹⁵⁰.

Kanımızca, söz konusu olan temelde bir akit dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) olduğuna göre, bu kimselerin sorumluluğu, ancak kusurlu bulunmaları halinde gündeme gelebilir. İştirak, yardım, teşvik ve kolaylaştırma halinde bu fiilleri işleyenlerin asıl mütecavizin fiilinin tecavüz oluşturduğunu bilmeleri veya bilebilecek durumda olmaları gerektiğini ifade edilmektedir¹⁵¹. Bu kimselerin kusurlu bulunduğunu

¹⁴⁵ Arkan, 1997(b),s.218.

¹⁴⁶ Tekinalp,Ü, Fikri Mülkiyet, § 30, no. 16.

¹⁴⁷ Yasaman/Ayoğlu/Altay, s.1020.

¹⁴⁸ Arkan, 1997(b),s. 221.

¹⁴⁹ Arkan, 1997(b), s. 221.

¹⁵⁰ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1021.

¹⁵¹ Tekinalp, 2000,§ 30, no. 19.

ispat davacıya düşer, işçiler iştirak eden ve kolaylaştıran olarak nitelendirilemezler. Çünkü, onların fiilleri tecavüze değil, kendilerine hizmet akdi ile yükletilen borcun ifasına yöneliktir¹⁵².

3.2.1.5. Markayı veya Benzerini Taşıyan Ürünün veya Malın Nereden Alındığını ya da Nasıl Sağlandığını Bildirmekten Kaçınmak

KHK.md.61/f bendine uyarınca; Kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak marka hakkına tecavüz sayılacaktır.

Hükümün uygulanabilmesi için ilk şart, malların tescilli markanın aynısını veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini, yani taklit bir markayı taşımasıdır. Taklit bir markanın söz konusu olmadığı, ancak markanın iltibas oluşturacak şekilde benzerinin kullanıldığı durumlarda bu hüküm uygulanmaz¹⁵³. Çünkü hükümün amacı, doğrudan doğruya taklit marka kullanımıyla mücadele etmektir.

Hükümün uygulama alanı bulabilmesi için, davalının başkası adına tescilli bir markayı veya bu markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan mallara zilyet olması gerekmektedir¹⁵⁴. Ancak 61. maddenin amacı dikkate alınarak, incelemekte olduğumuz (f) bendinde bu konuda açıklık olmamasına rağmen, hüküm ancak ticari amaçla bu mallara zilyet olan kimselere karşı uygulanmalı, kişisel gereksinimi nedeniyle taklit markayı taşıyan malları elinde bulunduran tüketicinin bent kapsamına girmediği kabul edilmelidir¹⁵⁵.

Bu bent anlamında "ürün kavramı", markayı içeren iş evrakı, fiyat listeleri, prospektüs ve reklamları da içerir¹⁵⁶.

¹⁵² Tekinalp, 2000, § 30, no. 19.

¹⁵³ Tekinalp, 2000, § 30, no. 20.

¹⁵⁴ Arkan, 1997(b), s. 221.

¹⁵⁵ Arkan, 1997(b), s. 221.

¹⁵⁶ Arkan, 1997(b), s. 221.

Hükmün uygulama alanı bulması için ikinci taklit markayı taşıyan malları elinde bulunduran kimsenin, bu malları nereden aldığını veya nasıl sağladığını açıklamaya davet edilmiş olmasıdır. Bu davetin mutlaka mahkeme veya resmi bir makam vasıtasıyla yapılmış olması gerekmez¹⁵⁷; marka sahibi ya da dava açma hakkı bulunan lisans alan¹⁵⁸ tarafından da yapılması mümkündür. Davet şekle tabi değildir; ancak, ispat kolaylığı bakımından yazılı veya noter aracılığıyla yapılması yerinde olur¹⁵⁹. Malları elinde bulunduran kimsenin bu malları kimden aldığını ya da nasıl sağladığını bildirmesi gerekir ise de malları kendisine devreden kişinin bu malları kimden ve nasıl aldığını açıklamak gibi bir yükümlülüğü yoktur¹⁶⁰.

3.3.MARKA HAKKINA TECAVÜZ SAYILAMAYACAK HALLER

Bazı hallerde, marka sahibi tarafından ikame olunan marka hakkına tecavüz davasının kabul edilmesi, KHK sistematığı, hukukun genel ilkeleri ve hakkaniyet düşüncesi ile bağdaşmaz. Bu hallerden ilki, tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına karşın md. 61 anlamında marka hakkına tecavüzün söz konusu olmadığı hallerden birinin bulunması; ikincisi, markanın tesciline yönelik idari işlemin hukuken sakat olması; üçüncüsü ise, marka sahibinin, hakkına tecavüz teşkil eden fiile karşı uzun süre sessiz kalmış bulunmasıdır¹⁶¹.

3.3.1.MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN KULLANILMASINA KARŞIN MARKA HAKKINA TECAVÜZ OLUŞTURMAYAN HALLERDEN BİRİNİN BULUNMASI

Tescilli bir markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına karşın marka hakkına tecavüz oluşturmeyen durumlar da mevcuttur.

¹⁵⁷ Tekinalp, 2000, § 30, no. 20.

¹⁵⁸ Arkan, 1997(b), s. 222, dñn. 50.

¹⁵⁹ Tekinalp, 2000, § 30, no. 20.

¹⁶⁰ Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004, s.1021.

¹⁶¹ Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004, s.1021.

a) Markanın sözlük veya benzer nitelikteki başvuru eserlerinde yer alması halinde:

556 Sayılı KHK.md.10 hükmüne göre; “Tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde, yayımlanması durumunda, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltir.”

Markanın tescilli olduğu belirtilmek suretiyle bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde kullanılabilir.

556 Sayılı KHK.md.10 hükmü uyarınca; tescilli bir markanın, tescilli olduğu belirtilmeden bir sözlük, ansiklopedi veya bir başka başvuru eserinde jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlanması durumunda, marka sahibi yanlışlığın düzeltilmesini talep eder. Bununla beraber bir zararın söz konusu olduğu hallerde ise genel hükümler uyarınca (BK.md.41) maddi ve manevi tazminat istenebilir¹⁶².

Yayımcı tarafından düzeltme talebinin yerine getirilmemesi halinde her ne kadar markasal bir kullanma söz konusu olmasa da marka hakkına tecavüz mevcuttur¹⁶³.

b)Üçüncü kişiler tarafından dürüstlük kurallarına uygun olarak ticari ve sınai konularına ilişkin olmak koşuluyla ad, adres, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı veya diğer nitelikleri tasvir amacıyla kullanılması durumunda (KHK md. 12);

556 Sayılı KHK.’nin “Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna” başlığını taşıyan 12. maddesine göre; “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.” Bu hüküm uyarınca tescilli markanın, ticari ve sınai alanlarda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı olmaması şartıyla 3. kişiler tarafından kullanılmasına izin verilmektedir.

¹⁶² Taylan,2001, s.60.

¹⁶³ Tekinalp,2000, s.415.

Bu hüküm, 3. kişinin kendisi ile ilgili bilgileri ya da tasviri nitelikteki açıklamaları kullanma hakkı, kullanımın, iyi niyet kurallarına uygun ve kendi ticari veya sınai konularıyla ilgili olması şartına dayanmaktadır¹⁶⁴. 556 Sayılı KHK.md.12 anlamında dürüstçe kullanılma; kullanmanın iyi niyet kurallarına aykırılık oluşturulmaması halidir. KHK.md.12'nin dayanağını oluşturan 89/104 Sayılı Yönerge'nin 6. maddesinde bu husus “ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe” şeklinde ifade edilmiştir¹⁶⁵.

Ticaret ve sanayideki dürüstlük kurallarının bu alandaki teamüllerin yanı sıra MK.md. 2 hükmüne göre de değerlendirilmesi uygun olacaktır¹⁶⁶. İltibasa neden olacak şekilde marka sahibinin elde etmiş olduğu itibar ve tanınmışlıktan yararlanmak amacını taşıyan her durum dürüstlüğe, doğruluk ve güven kurallarına aykırı bir kullanma teşkil eder.

KHK.md. 12'nin dayanağını oluşturan 89/104 Sayılı Yönerge'nin 6. maddesinin (c) bendinde, KHK.md.12'den farklı olarak; “malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirtebilmek için gerekli olması halinde, markayı kullanması, ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe, marka sahibi tarafından engellenmez” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenleme ile; özellikle aksesuar, yedek parça gibi, malların veya hizmetlerin kullanım amacını göstermek açısından zorunluluk bulunan hallerde başkasına ait markanın kullanılabilceği de hükme bağlanmıştır¹⁶⁷.

Her ne kadar KHK.md. 12'de bu konudan açıkça söz edilmemişse de, aksesuar ve yedek parçalar dolayısıyla ortaya çıkabilecek bu durum, madde metninde yer alan “kullanım amacına ilişkin açıklamalar” kapsamına sokulabilir¹⁶⁸.

Tescilli markanın 3. kişiler tarafından kullanımı, bu kullanımın zorunlu addedilebileceği durumlarda sınırlanmalıdır¹⁶⁹. Tescilli markayı kullanmaktan kaçınmak ve sakınmak mümkün iken bu özeni göstermemenin dürüst kullanma ilkesine aykırı olduğunu kabul etmek gerekir¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Arkan, 1997,s.132; Tekinalp, Üçüncü Kişi, s.640-641.

¹⁶⁵ Tekinalp, 1998, s.640.

¹⁶⁶ Holyoak/Toremans,1995, s.321; Michaels,1996, s.107; Taylan,2001, s.62; Tekinalp, 1998, s.641.

¹⁶⁷ Pekdincer,2001,s.153

¹⁶⁸ Arkan, Marka, C.II, s.133.

¹⁶⁹ Tekinalp, 1998, s.641.

¹⁷⁰ Tekinalp, 1998, s.641.

Y.11.HD; 15.04.1993 tarih, E.1992/1577, K.1993/2447 Sayılı kararında; BMW parçalarını ithal ederek satan davalının bu marka ile logoları kendi iş evrakında, reklamlarında, davacı marka sahibi ile aralarında bir bağıllık bulunmadığını gösterecek ekleri yapmadan kullanmasını, marka ve logoya tecavüz saymıştır¹⁷¹.

c)Marka hakkının tükendiğinin kabul edildiği hallerde (KHK md. 13);

Marka hakkının tüketilmesi ilkesi marka hakkı sahibinin marka hakkını kendisi tarafından veya onun izni ile piyasaya sürülen malın dolaşımını kontrol etmek üzere kullanmasını önlemektedir. Marka hakkı sahibi, markalı malını bir kez satışa sunduktan sonra pazardaki daha sonraki aşamalarda malın dolaşımını üzerindeki kontrolünü kaybeder.

Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası Hukuku'nda yargısal içtihatlarla geliştirilen ve yüzyılı aşkın bir geçmişe sahip olan marka hakkının tükenmesi kavramı, Türk Hukuku'nda Gümrük Birliği'ne kadar yazılı hukuk kaynaklarında düzenlenmediği gibi bilimsel ve yargısal içtihatlarda da hiç gündeme gelmemiştir¹⁷².

551 Sayılı Markalar Kanunu'nda, markanın tükenmesi hakkında açık bir hüküm bulunmamaktaydı.

556 Sayılı KHK.'nin "Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi" başlıklı 13. maddesinin 1. fıkrasında; "Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak, marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

KHK.md.13/1'deki; "Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır" ifadesi, "marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını

¹⁷¹ Camcı,1998, s.188-189.

¹⁷² Kayhan,2001, s.54.

yasaklayamaz” şeklinde anlaşılmalıdır¹⁷³. Dolayısıyla marka sahibi, markasını taşıyan malları piyasaya sürdükten sonra, 3. kişilerin bu malların ticaretini yapmasına ve markayı malla ilgili reklamlarda kullanmasına da karşı çıkamaz (KHK.md.12).

“KHK.md. 13/2 hükmünde ise, tükenme ilkesinin uygulanamayacağı, yani marka sahibinin marka hakkına dayanarak kullanmaya müdahale edebileceği haller sayılmıştır.

d)Tescil tarihinden önce üçüncü bir kişi tarafından markayı oluşturan işaret üzerinde işaretin ayırt edici nitelik kazanması nedeniyle hak elde edilmiş ise, bir diğer ifadeyle üstün hak sahibinin markayı kullanması ihtimalinde (KHK md. 7/II ve md. 8/III).

Yukarıda sayılan hallerden birinin mevcudiyetine karşın, marka sahibi ya da lisans alan tarafından marka hakkına tecavüz iddiasıyla dava açılması halinde; markayı kullanan üçüncü kişi, bu hallerin mevcudiyetini defi ya da itiraz olarak ileri sürebilir. KHK'nin 74. maddesi, IV. fıkrası ile, marka hakkına tecavüz bulunmadığına ilişkin menfi tespit davasının, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine dava açılan kimse tarafından açılmayacağını öngörmektedir. Zira marka sahibi tarafından açılan tecavüz davasında, üçüncü kişi tarafından yapılan kullanımın marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği yönünde bir "tespit" zaten yapılacaktır. Ancak, marka sahibinin ikame ettiği tecavüz davasında ileri sürülen haller dışında kalan kullanım hallerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğinin tespitine ilişkin olarak tespit davası açılabilir. Örneğin, marka sahibi işyerinin girişindeki panoda markanın kullanılmasının marka hakkına tecavüz oluşturduğu iddiasıyla dava ikame etmişse, markanın iş evrakı üzerinde kullanımının tecavüz teşkil edip etmediğini tespit amacıyla menfi tespit davası açılmasına engel yoktur. Bu yönde bir dava, md. 74/4 hükmünde öngörülen karşı dava yasağının kapsamına girmez¹⁷⁴.

3.3.2.MARKANIN TESCİLİNE YÖNELİK İDARİ İŞLEMİN HUKUKEN SAKAT OLMASI

Marka sahibi adına gerçekleştirilen tescil işleminin hukuken sakat olması halinde, bu durumun marka hakkına tecavüz davasında dikkate alınması gerekip gerekmediği önemli bir tartışmadır.

¹⁷³ Arkan, 1997, s.134.

¹⁷⁴ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1022.

Ancak, hükümsüzlük davası açılmadığı takdirde, davalının tescil işleminin KHK md. 7 ya da md. 8 hükmüne aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde, bu durumun marka hakkına tecavüz davasında göz önüne alınması gerekir mi? KHK md. 8'e aykırılığın marka hakkına tecavüz davasında savunma olarak ileri sürülmesine imkan bulunmamaktadır. Zira bu hüküm markayı kullanan kimseye tescile itiraz imkânı tanımakta, bu imkânın kullanılmasına karşın Enstitü tarafından itirazın reddedilmesi halinde ise, md. 53 hükmü ile Enstitü kararına karşı dava açma imkanı tanınmış bulunmaktadır. Bu imkânlardan faydalanmamış olan davalının, tescilin md. 8'e aykırılık oluşturduğunu ileri sürmesini kabul etmenin hiçbir hukuki mantığı olamaz.

Buna karşın, tecavüz davasının temelinde bulunan tescil işleminin KHK md. 7 hükmüne aykırı olması, yani bir mutlak red nedeninin varlığına rağmen tescil işleminin yapılmış olması halinde, bu durumun davalı tarafından itiraz olarak ileri sürülebilmesi ve yargıç tarafından re'sen göz önüne alınabilmesi mümkün kabul edilmelidir. Bu ihtimalde, davaya temel teşkil eden idari işlem olan tescil işlemi konu bakımından sakattır. Bir mutlak red nedeninin bulunmasına karşın, KHK'ye aykırı şekilde tesis edilmiş bir idari işlem mevcuttur. Ancak, söz konusu idari işlem iptal edilinceye kadar yürürlükte bulunduğu, davalı tarafından bir hükümsüzlük davası ile tescil işleminin iptali de istenmediğine göre, tecavüze ilişkin davada bu durumun dikkate alınması hangi hukuki kurumla açıklanabilir?

Şu halde; iptal edilmemesi nedeniyle yürürlükte bulunan bir idari işlemin hukuka aykırı bulunduğunun ileri sürülmesi, "hukuka aykırılık savı" doktrini çerçevesinde mümkün bulunmaktadır.

Bu bağlamda, marka hakkına tecavüz davasına temel teşkil eden tescil işleminin KHK md. 7'de öngörülen mutlak red nedenlerine aykırı bulunduğu hallerde, bu hukuka aykırılığın davalı tarafından "itiraz" olarak ileri sürülebileceği ya da davalı tarafından ileri sürülmesi dahi yargıç tarafından re'sen göz önüne alınabileceği; bu durumda marka hakkına tecavüz davasının reddedilmesinin zorunlu olacağı kanaatini taşımaktayız. Bu sonucun hakkaniyete de daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten, örneğin ticaret alanında bir emtia cinsini belirtmesi nedeniyle md. 7/1 (c) hükmü gereği marka olarak tescil edilmemesi gerekirken tescil edilmiş bulunan bir markanın sahibinin, sırf henüz markasının hükümsüzlüğüne ilişkin olarak talepte bulunulmadı diye, aynı alanda faaliyet

gösteren tacirlere karşı emtia cinsi ifade eden bu kelimeyi kullanmaları nedeniyle açtığı tecavüz davalarının kabul edilmesi, haksız ve adaletsiz bir durum ortaya çıkartacaktır¹⁷⁵.

3.3.3.Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı

Bu ilkeye, 89/104 Sayılı Yönerge'nin 9. maddesinde yer verilmiştir. Bu hükümde, marka sahibinin, markasının aynısı ya da benzerinin bilgisi dahilinde beş yıl süre ile kesintisiz şekilde başkası tarafından kullanılmasına sessiz kalması halinde, hükümsüzlük davası açma ve kullanımı önleme haklarını kaybedeceği ifade edilmektedir. Bu hüküm KHK'ye alınmamıştır. Fakat, ilkenin Türk Marka Hukuku'nda uygulanabilmesi bakımından mutlaka bir açık hüküm aramaya gerek yoktur. Marka sahibinin hakkına tecavüz teşkil eden fiil ya da durumdan haberdar olmasına karşın uzun süre sessiz kalması, ancak daha sonra dava ikame etmesi; çelişkili davranış yasağına aykırı bir tutum, karşı taraf nezdinde yaratılan güvene aykırı bir davranış (Venire contra factum proprium) teşkil eder. Bir diğer ifadeyle, hakkın kötüye kullanımı anlamına gelir. Bu nedenle, bu tür bir dava, MK.md. 2 hükmü gereği reddedilmek gerekir¹⁷⁶.

Bu noktada tartışılması gereken husus, sessiz kalma yoluyla hak kaybının oluşabilmesi için geçmesi gereken sürenin ne olduğudur. Bu konuda, prima facie bir yaklaşımla 89/104 Sayılı Yönerge'nin 9. maddesinde ifade edilen beş yıllık sürenin esas alınmasının yerinde olacağı ileri sürülebilir¹⁷⁷. Ancak doktrindeki hakim görüşe göre, söz konusu sürenin somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir¹⁷⁸. Biz de, bu sürenin olayın özellikleri dikkate alınarak MK md. 2 hükmü çerçevesinde belirlemesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu yaklaşım, somut olay adaletini sağlamak bakımından daha yerinde olacaktır. Bu süre, olayın özelliklerine göre beş yıldan daha uzun olabileceği gibi, daha kısa da olabilir¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1024.

¹⁷⁶ Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004,s.1025.

¹⁷⁷ Aslan, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, s. 177.

¹⁷⁸ Tekinalp, 2000, § 26, no. 58; Arkan, 1997(b),s. 161; Teoman, 1995, s. 47.

¹⁷⁹ Tekinalp, 2000, § 26, no. 58.

3.4.TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK TALEPLER

3.4.1.GENEL OLARAK

556 Sayılı KHK.'nin 62.maddesinde marka sahibine tanınan haklar düzenlenmiştir. Bu maddede, marka hakkı sahibinin hakları ayrıntılı olarak belirtilmiş ve marka hakkı sahibini koruyucu yeni bazı haklar tanınmıştır.

556 Sayılı KHK.'nin, eski 551 Sayılı Markalar Kanunu'ndan farklı olarak getirdiği bazı yenilikler şunlardır;

- 62/c,e maddesinde, marka hakkına tecavüz nedeniyle, üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bunu üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması, el konulan bu vasıtalar üzerinde, marka hakkı sahibi mağdura mülkiyet hakkı tanınması ve bu vasıtaların marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası hakkında hüküm getirilmiştir.

- 62/f ve 72.maddelerinde, marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme ilamının masrafları da haksız çıkandan karşılanmak üzere, talep halinde ilgililere günlük gazete veya benzeri vasıtalarla, ilamın tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep hakkı getirilmiştir.

- 63.maddede, marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak davalarda yetkili mahkeme yönünden, marka hakkı tecavüze uğrayan tarafa kolaylık sağlamak amacıyla, birden fazla yetkili mahkeme öngörülmüştür.

- 65.maddede, marka sahibine, tazminat miktarının hesaplanması açısından, tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini talep hakkı verilmiştir.

- 66.maddede, marka hakkı tecavüze uğrayan tarafın, alacağı tazminat miktarının hesaplanmasında, marka sahibinin seçimine bağlı olarak, üç farklı hesaplama şekli belirlenmiştir.

- 68.maddede, markanın, kötü ya da uygun olmayan bir biçimde kullanılması nedeniyle, markanın itibarının zarar uğramış olması durumunda, ayrıca marka sahibine tazminat isteme hakkı verilmiştir.

- 71.maddede, 556 Sayılı KHK.'nin kapsamındaki davalarda görevli mahkemenin ihtisas mahkemeleri olduğu hükme bağlanmıştır. Asliye Ticaret ve Asliye Ceza Mahkemelerinde hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği, Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirleneceği belirtilmiştir.

- 70.maddede, marka hakkına tecavüz nedeniyle, özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş olan sürelerle bağlanarak, 551 Sayılı Markalar Kanunu'nda yer alan boşluk kapatılmıştır¹⁸⁰.

3.4.2.İHTİYATİ TEDBİR VE GÜMRÜKLERDE EL KOYMA

3.4.2.1.İHTİYADİ TEDBİR

Bir davanın açılması ile kesin hükme bağlanması arasında uzun bir zaman geçmesi mümkündür. Davanın böyle uzun bir süreçten sonra sonuçlanabilmesi, birtakım olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Bu olumsuzlukları gidermek amacıyla dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra alınabilen geçici tedbirlere ihtiyati tedbir denmektedir.

556 Sayılı KHK. ile markalarla ilgili olarak bu konuda özel hükümler getirilmiştir. 556 Sayılı KHK.md. 76 hükmüne göre, "Bu Kanun Hükümünde Kararnamede öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir.

¹⁸⁰ Atlı, 2001,s.132

İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir.”

Bu kararın verilmesini marka hakkına tecavüz edilmesi sebebiyle dava açmış ya da açacak olan kişiler isteyebilir. Bu anlamda marka sahibi bu davayı açmaya birinci derecede yetkili kişidir. Davacının ihtiyati tedbir isteyebilmesi için mutlaka zarar görmesi gerekmez. Zarar görme tehdidi altında olması yeterlidir¹⁸¹.

556 Sayılı KHK.md.9/III’de marka tescili için yapılan başvurunun yayınlanmasından sonra başvuru sahibine de tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Tazminat davası açma yetkisine sahip olan başvuru sahibine bu çerçevede ihtiyati tedbir isteme hakkının tanınması da uygun olacaktır¹⁸².

Marka hakkına tecavüz halinde inhisarı lisans alan kişiye lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça 556 Sayılı KHK.’de gösterilen davaları kendi adına açma yetkisi tanınmış olduğundan bu kişi de ihtiyati tedbir karar verilmesi için mahkemeye başvurabilir.

İnhisari olmayan lisansa sahip kişinin dava açma hakkı bulunmadığından ihtiyati tedbir istemesi mümkün değildir.

İhtiyati tedbir kararı verilmesini talep eden tarafa düşen ispat yükü KHK.md.76/1’de düzenlenmiştir. KHK.md.76/1 uyarınca, hak sahibinin ihtiyati tedbir talep edebilmesi için marka hakkına Türkiye’de tecavüzde bulunulması veya tecavüz konusunda ciddi bir tehdidin bulunduğu ispatı gerekir. Ancak ihtiyati tedbir kararı verilmesinin dava konusu markanın davacının marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunun veya kullanılması için ciddi çalışmalar yapıldığını ispatı koşuluna bağlanması uygun değildir. Çünkü haksız biçimde kullanılan markayı taşıyan malların iç pazara sürülmesi hiç söz konusu olmadan ihracatı da KHK.md.61 ve 9/II uyarınca marka hakkına tecavüz oluşturur. Böylece bu durumda da ihtiyati tedbir istenebilir. Bu itibarla, malların yurt dışına ihracının marka sahibince yasaklanmasına olanak veren hükümlerin varlığı karşısında, kanun koyucunun, izinsiz kullanılan markayı taşıyan malların nerede piyasaya sürüleceği ile ilgilenmediğinin ve bu türden mallara serbest bölgede bulunmaları halinde dahi el konulabileceğinin öncelikle

¹⁸¹Yıldırım, s. 37 ve 46.

¹⁸² Arkan, 1997(b),s.226.

kabulü gerekir¹⁸³. Bu yorum, ülkemizin TRİPS'den kaynaklanan yükümlülükleri ile uyum halindedir. Gerçekten üretilmesi ya da pazarlanması marka hakkına tecavüz teşkil eden malların ticaret kanalına girmesinin engellenmesi, anılan anlaşma ile arzu edilen bir sonuçtur. Dolayısıyla davacının hak sahipliğini, markanın izinsiz kullanıldığı yahut taklit niteliğinde olduğunu 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 gerekir¹⁸⁴.

KHK'nin 76.maddesi ihtiyati tedbir kararlarının, asıl davada verilecek hükmün etkinliğini sağlayacak nitelikte olmasını açıkça aramıştır. HUMK çerçevesinde ihtiyati tedbirler bakımından söz konusu olan ve Yargıtay tarafından titizlikle uygulanan, davanın esasını çözümlenecek nitelikte tedbir kararı verilememesine ilişkin kural 77.maddede sayılan tedbir örneklerinin de açıkça işaret ettiği üzere yumuşatılmıştır¹⁸⁵.

77.maddenin (b) bendi uyarınca ancak marka hakkına tecavüz edilerek üretilen ya da ithal edilen ürünlere tedbiren el konulması öngörülmüştür; yoksa vasıtalara el konulması bir tedbir olarak açıkça düzenlenmemiştir¹⁸⁶. Yine de 77.maddede “özellikle” ifadesinin kullanılmış olmasının üç bent halinde sayılan tedbirlerin sınırlı sayı teşkil etmediği ve hükmün etkinliğini sağlayacağı oranda başka tedbirlerin de uygulanabileceği kabul edilmelidir. Buna göre, araçlara da tedbiren el konulması mümkün olmalıdır¹⁸⁷.

Dava açılmadan önce, marka sahibi için, ihtiyati tedbir talebinde bulunurken yetkili mahkeme, HUMK.md.104 gereğince, bu tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer mahkemesi veya esas davaya bakmakla yetkili olan mahkemedir. Görevli mahkeme ise, KHK.'nin 71/1 maddesine göre ihtisas mahkemesidir.

Dava açıldıktan sonra, marka sahibinin, marka hakkına tecavüz olduğu gerekçesi ile açtığı davayla birlikte ya da davadan daha sonra ihtiyati tedbir talebinde bulunması halinde yetkili mahkeme, HUMK.md.104/II gereğince davaya bakmakta olan mahkemedir. Marka hakkına tecavüz nedeniyle, marka sahibinin açacağı davalarda hangi mahkemenin yetkili olduğu 556 Sayılı KHK.'nin 63. maddesinde belirtilmiştir. Dava açıldıktan sonra

¹⁸³ Karan,2003, s.107.

¹⁸⁴ Karan,2003, s.109.

¹⁸⁵ Tekinalp, 2000, § 30, no.93.

¹⁸⁶ Arkan, 1997(b),s.227.

¹⁸⁷ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1213.

ihtiyadi tedbir talebi, KHK. 'nin 71/1.maddesine göre davanın esasına bakmakla görevli ihtisas mahkemelerinden istenebilir.

3.4.2.2.GÜMRÜKLERDE EL KOYMA

Türkiye Gümrük Birliği'nin etkisiyle gümrük mevzuatında bir takım değişiklikler yapmıştır. Örneğin; 1615 Sayılı Gümrük Kanununun 21. Maddesi, 564 Sayılı KHK'nin 4. maddesiyle yeniden düzenlenmiş ve buna dayalı olarak Gümrük Yönetmeliğinde de yeni bir düzenlemeye gidilmiştir. Ancak, 4458 Sayılı yeni Gümrük Kanununun kabul edilmesiyle 1999 tarihinde 1615 Sayılı Gümrük Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Gümrük Mevzuatı, AB Mevzuatı ve TRIP's md.51 vd. hükümleri dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiştir¹⁸⁸.

556 Sayılı KHK.md.79/I uyarınca; hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir. Ancak burada ihtiyati tedbir teriminin kullanılması yerinde olmamıştır. Kastedilen, idari işlem niteliğinde olmak üzere taklit markalı malı taşıyan malların geçici olarak yurda girişinin ya da yurttan çıkışının engellenmesidir¹⁸⁹. Söz konusu mallara gümrük idarelerince el konulacağına ilişkin ifade de doğru değildir. Zira madde hükmünde belirtilmek istenen husus yurda giriş ya da yurttan çıkış esnasında gümrük idarelerince yerine getirilmesi gereken işlemlerin belirli bir süre için yapılamaması ve bu suretle söz konusu malların yayılmasının önlenmesidir. El koyma kararı ise mahkeme tarafından verilmektedir¹⁹⁰.

KHK'nin 79.maddesi ile Gümrük Kanunu'nun 57.maddesi birlikte değerlendirilmesi sonucunda, gümrük idarelerinin hak sahibinin talebi üzerine ya da res'en durdurma işlemi yapabileceği noktasında şüphe yoktur. Ancak gümrük işlemleri durdurulan eşyanın niteliği konusunda uyumsuzluk olduğu ortadadır. KHK'nin 79.maddesinde "hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallar" ifadesi kullanılmıştır. Buna karşın Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinde hem hak sahibinin

¹⁸⁸ Oytaç,1999, s.91.

¹⁸⁹ Arkan, 1997(b), s.229.

¹⁹⁰ Deren Yıldırım,1999, s.105.

yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki markalardan, hem de sahta markalı maldan bahsedilmiştir. Buna göre, KHK'nin 79.maddesinde yalnızca taklit markalı mallara yönelik olarak getirilen gümrük işlemlerinin durdurulması önlemi, Gümrük Kanunu ile hak sahibinin talebine bağlı olarak tecavüz teşkil eden eşyaya da uygulanabilir kılınmıştır. Böylece, KHK'nin 79.maddesindeki taklit ifadesine rağmen, yalnızca 61.maddesinin (b) ve (c) bentlerindeki taklit hallerinde değil, (a) bendindeki yollama ile 9.maddeye aykırı olarak kullanılan markayı taşıyan eşyanın da gümrük işlemleri durdurulabilecektir¹⁹¹.

Gümrük Kanunu'nun 57.maddesi uyarınca, hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşya hak sahibinin talebi üzerine ya da eşyanın taklit markalı olduğuna ilişkin açık delil varsa res'en gümrük idarelerince durdurulur. Durdurma kararı, prosedürün devamı için ithalatçı ve hak sahibine bildirilir. Gümrük Yönetmeliğinin 109.maddesi durdurmanın yanında el koymadan da bahsetmektedir.

Bu düzenleme ile taklit markalı malları uluslararası ticarete ve bu malların iç ya da dış piyasada dağıtımına başlanılmadan önlenmesi imkânı sağlanmıştır. KHK.md.79'da öngörülen el koyma sadece ithalat veya ihracat ile sınırlıdır. Transit geçişlerde bu hükme dayanılarak el koyulabilmesi mümkün değildir.

KHK'nin 79, Gümrük Kanunu'nun 57 ve Yönetmeliğin 109 ve 110.maddeleri uyarınca, idarenin durdurma ve ya el koyma işleminin hak sahibine tebliğinde itibaren on gün içerisinde dava açılmaması yahut tedbir niteliğinde bir karar getirilmemesi halinde, idari önlemler ortadan kalkacaktır. Ancak bu noktada Kanun ve Yönetmelik hükümleri arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Yönetmeliğin 109.maddesinin son fıkrasında, dava açılmış olsa bile ihtiyati tedbir kararı verilmemiş ise idari tedbirlerin ortadan kalkacağı belirtilmektedir. Buna karşın KHK'nin 79. maddesi ile Gümrük Kanunu'nun 57.maddesinde tedbirin devamı, davanın açılması veya ihtiyati tedbir kararının verilmesine bağlıdır. Mantıklı olan düzenleme Yönetmelikte yer almaktadır. Çünkü, salt davanın açılmış olması davacının haklılığı yönünde karine teşkil etmez. Buna göre, KHK'nin 62.maddesi uyarınca tecavüzün giderilmesine yönelik açılan davada KHK'nin 77/b hükmü uyarınca tedbir kararı verilmedikçe, bu davanın davacı lehine sonuçlanması halinde yapılacak el koyma işleminin peşinen yerine getirilmesi, ithalatçının haklarını ihlal edebilecektir. Bu nedenle, Kanun'da buna uygun değişiklik

¹⁹¹ Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004, s.1218.

yapılmalı “veya” bağlacı “ve” olarak değiştirilmelidir. Aksi takdirde mantıklı olan Yönetmelik hükmü kanuna aykırı olmaya devam edecektir¹⁹².

3.4.3. 556 SAYILI KHK.’DE ÖNGÖRÜLEN HUKUK DAVALARI

3.4.3.1.Genel Olarak

KHK.md.62’de marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin açabileceği davalar sayılmıştır. KHK.md.75’de delillerin tespiti davası düzenlenmiştir. KHK.md.74’de ise marka hakkına tecavüz teşkil edilmediğinin tespitine ilişkin dava düzenlenmiştir.

3.4.3.2.Delillerin Tespiti

556 Sayılı KHK.md.75 uyarınca; marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi bu haklara tecavüz teşkil edebilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir. KHK.md.75’in "Delillerin Tesbiti Davası" şeklindeki kenar başlığı, 26.6.2004 tarih ve 25504 Sayılı R.G.'de yayımlanan, 22.6.2004 tarih ve 5194 Sayılı Kanunun 18. maddesi hükmü gereğince değiştirilmiştir.Ancak bu değişiklik yapılmadan önce bu hususun hukuki niteliği tartışmalıydı.Bu konuya ilişkin düşünceler şu şekildeydi;

Bir görüşe göre; bu durum Türk Hukuku açısından bir yeniliktir. Delillerin tespiti davası HUMK.md.368-374’de düzenlenen delillerin tespiti davasından farklı bir davadır. Mahkemenin vereceği karar kesin hüküm etkisi doğurduğundan dolayı başka bir mahkemede inceleme ve tartışma konusu yapılamaz. Karar temyiz edilebilir¹⁹³.

Bir görüşe göre ise, KHK.md.75' e göre açılacak davanın HUMK.md.368 vd sayılan delillerin tespiti isteğini içermeyip kanun tarafından ihdas edilmiş bir tespit

¹⁹² Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004, s.1221.

¹⁹³ Tekinalp,1996, s.78.

davası olduğunu dolayısıyla mahkemenin delilleri toplayarak hasil olacak sonuca göre bir karar vermesi gerektiğini, bu davanın sadece delil tespiti olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmektedir¹⁹⁴.

Yüksek Mahkeme ise bu husustaki emsal nitelikteki kararında; KHK.md.75' in marka sahibinin 61. maddede sayılan markasına tecavüz sayılan fiillerden biri gerçekleştirildiğinin tespitini müstakil bir tespit davası ile isteyebilmesine olanak sağlandığını belirterek KHK. ile yapılan bu düzenlemenin TTK.md.58/1-a maddesine paralel bir biçimde bir tespit davası açılması olduğunu ifade etmiştir. Böylece KHK.md.75 ile kabul edilen davanın esasa ilişkin bir dava olduğunu ve verilecek kararın da kabili itiraz değil temyizi kabil bir karar niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹⁹⁵.

Ancak madde başlığında yapılan değişiklikten sonra, buradaki delillerin tespitinin bir dava değil geçici bir önlem olup ve HUMK.md.368-374 anlamında delillerin tespiti anlamında anlaşılması gerekir.

3.4.3.3.Marka Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava

556 Sayılı KHK. md.74/1 hükmü; menfaati olan herkesin marka sahibine karşı dava açarak fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebileceği düzenlenmektedir.

KHK.md.74/2 uyarınca; belli bir markayı kullanmayı düşünen kişi görüşlerini bildirmesi için marka sahibine noter vasıtasıyla bildirimde bulunmalıdır. Marka sahibi bu talebin kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap vermezse ya da verilen cevap menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmezse KHK.md.74/1'e göre dava açılabilir.

¹⁹⁴ Arkan,1997(b),s.232.

¹⁹⁵ Y.11.HD, 30.01.1997 tarih: E.1996/83 K.1997/424 Sayılı karar.

3.4.3.4. KHK.md.62' de Düzenlenen Diğer Davalar

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunur.

a)Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,

b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi, manevi zararın tazmini,

c) Marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulması talebi,

d) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması,

e) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el konulan ürünlerin ve araçların üzerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebi,

f)Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasıdır.

3.4.3.4.1.Tecavüz fiillerinin durdurulması davası

KHK.md.62/a hükmünde düzenlenen tecavüz fiillerinin durdurulması davası, bir eda davası niteliğinde olup, marka hakkına yönelik devam etmekte olan bir tecavüz fiiline son verilmesine yöneliktir.

Durdurma davası, tehlikenin veya tecavüz ihtimalinin önlenmesini de kapsamakla birlikte, kural olarak, tecavüzün sona ermiş olması halinde ikame edilemez. Ancak

tecavüzün etkileri, tecavüzün durmasından sonra da devam ediyorsa ve etkilerinin bertaraf edilmesi mütecavizin iktidarında ise durdurma davası ikame edilebilmelidir.¹⁹⁶

Tecavüz oluşturan fiillerinin durdurulması davasının açılabilmesi için kural olarak failin kusurunun bulunması ya da zararın doğmuş olması gibi şartlar aranmaz.

Ancak taklit malları taşıyan satan, dağıtan, ithal eden, veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak kişinin davranışı, sadece bu durumu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde marka hakkına tecavüz teşkil edeceğinden ona karşı durdurma davası da sadece bu şekilde kusurlu olduğu hallerde açılabilir.

3.4.3.4.2. Tecavüzün Giderilmesi ve Maddi ve Manevi Zararın Tazmini

556 Sayılı KHK.'nin 62/b maddesine göre, marka hakkını tecavüze uğraması halinde, tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararların tazmini talep edilebilir.

Hükümde tecavüzün giderilmesi ile birlikte, tazminat davasından da söz edilebilmesi isabetli olmamıştır. Çünkü tecavüzün giderilmesi davası, tazminat istemini içermez. Tecavüzün giderilmesi davasının konusu, tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması ve bu bağlamda KHK.'nin 62/c,e bentlerinde gösterilen hususların karara bağlanmasıdır. Dolayısıyla 62/b bendinde, tecavüzün giderilmesinden hiç söz edilmeden sadece tazminat davasının açılabilmesinin belirtilmesi uygun olurdu¹⁹⁷.

3.4.3.4.2.1. Tecavüzün Giderilmesi Davası

Tecavüzün giderilmesi davası, tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırılığın "ortadan kaldırılması" amacına yöneliktir. Bu davanın açılabilmesi için hukuka aykırı sonuçların doğmuş olması gerekir.

¹⁹⁶ Tekinalp, 2000,s.459.

¹⁹⁷ Arkan, 1997(b),s.240.

Bu davada da tecavüz edenin kusurlu olması gerekmez¹⁹⁸.

3.4.3.4.2.2. Tazminat Davaları

556 Sayılı KHK.md.62/b hükmü üç tür tazminat davasına yer vermiştir. Maddi ve manevi tazminat KHK.md.62/b hükmünde, itibar tazminatı KHK.md.68 hükmünde düzenlenmektedir.

3.4.3.4.2.2.1. Maddi Zararın Tazmini

556 Sayılı KHK'nin tazminatı düzenleyen 64. maddesinde “marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkartan veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari 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 tecavüzden kendini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu davranış teşkil etmesi halinde sebep olduğu zararı tazminle yükümlüdür.” düzenlemesi yer almaktadır.

Hükümden açıkça anlaşılacakla birlikte, davanın açılabilmesi için muhatabın markayı kullanmaya devam etmesi gerekir. Bildirim üzerine kullanıma son verilmişse tazminat davası ikame olunmayacaktır. Söz konusu bildirim maddede herhangi bir şekilde bağlanmış değildir. Ancak, ispat kolaylığı açısından ihtar ve ihbarın yazılı olarak yapılması uygun olur. Tecavüzün durdurulması için de makul bir sürenin verilmesi uygun olur¹⁹⁹.

KHK'nin sistemine göre, marka hakkına tecavüz halinde, 62/1-b hükmü uyarınca ve Borçlar Kanunu madde 41 mucibince, mütecavizin kusurunun bulunması şartıyla maddi tazminat talep edilebilecek, buna karşılık taklit markada 64/1 de zikredilen kişilerin

¹⁹⁸ Ergün, 1978, s.3.

¹⁹⁹ Tekinalp, 2000, s.463.

kusurlu olup olmadıkları dikkate alınmaksızın tazminat istenebilecektir. Yani taklit markalı ürünü üreten, satan, dağıtan veya bir şekilde ticaret alanına çıkararak kişileri aleyhine, kusurları bulunmasa dahi tazminat davası açılabilir²⁰⁰.

556 Sayılı KHK.'nin 64.maddesinin birinci bendinin bir kusursuz sorumluluk hali olarak kabul edilmesi savunulamaz. Öncelikle markayı taklit eden kişinin durumu, değişik aşamalar içinde ele alınarak düzenlenmiştir. Bir işareti marka olarak kullanmayı düşünen kişinin, ilk iş olarak, bu işareti kullanmasının 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 bir markanın aynısının veya benzerinin kullanılması halinde ise fail ağır kusurlu Sayılır. Ancak gerekli araştırmanın yapılmış olduğunun ispatı, kişinin kusurlu davranmadığını gösterir²⁰¹.

Maddi tazminat davası açma hakkı öncelikle marka sahibine aittir ve tecavüz edene karşı açılır. Maddi tazminatın tespitinde hüküm tarihi esas alınmalıdır. Tecavüz anı dava tarihinin esas alınması halinde enflasyonist bir ortamda davacı kayba uğrayacaktır.

Tecavüz nedeniyle, tazminat davası açmaya, marka sahibi(madde 67/1'e göre, marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi) yetkilidir. 556 Sayılı KHK.'nin 9/III. maddesine göre, marka tescili için yaptığı başvurusu yayımlandıktan sonra, başvuru sahibine tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. 556 Sayılı KHK.'nin 21/VI ve 73/I maddelerine göre, inhisari lisans alan tecavüz durumunda hukuki taleplerde bulunabilir. İnhisari lisans sahibi kişinin isteyebileceği tazminat miktarı, kural olarak, marka sahibinin talep edebileceği tazminattan fazla olamaz. Ancak bu tazminat miktarının tayininde, sözleşmede yer alabilecek olan, inhisari lisansın belli bir bölge, şehir ile sınırlandırılıp, sınırlandırılmadığına da dikkat etmek gerekir.

Lisans, markanın tescil edildiği mal/ hizmetlerin bir kısmı ya da belirli bir bölge için verilmişse, lisans verenin, tecavüz nedeniyle lisans alandan bağımsız olarak zarara uğraması söz konusudur²⁰².

²⁰⁰ Tekinalp, 2000,s.462.

²⁰¹ Arkan, 1997(b),s.241.

²⁰² Arkan, 1997(b),s.255.

Lisans birden fazla kişiye verilmişse, her lisans sahibi diğerinden bağımsız olarak, yani diğer lisans sahiplerinin iznine gerek olmaksızın, şartları oluşmuşsa, tazminat davası açılabilir.

556 Sayılı KHK.'nin 73. maddesine göre, inhisari olmayan lisans sahibinin ise, dava açma hakları bulunmadığından, kural olarak, tazminat davası açamaz. Bu durumda lisans alan, gerekli tedbirlerin alınmasını ve dava açılmasını lisans verenden noterden yapacağı bir yazılı ihtar ile isteyebilir. Bu bildirim tebliği tarihinden itibaren üç aylık sürenin sonunda, lisans veren gerekli tedbirleri almaz ve dava açmaz ise, lisans alan bu bildirim de ekleyerek, tazminat davası açabilir. Ancak, bunu lisans verene bildirmesi gerekir.

3.4.3.4.2.2.1.1.Maddi Tazminatın Hesaplanması

KHK.md.66/I uyarınca tecavüz nedeniyle marka sahibinin uğradığı zarar, fiili zararın yanı sıra yoksun kalınan kazancı da kapsar.

3.4.3.4.2.2.1.1.1.Fiili Zarar

Malvarlığının mevcut net durumunda zarar gören iradesi dışında meydana gelen fiili azalmaya fiili zarar denir. Zarar verici olay sonucunda malvarlığının aktif kısmının eksilmesi şeklinde olabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de olabilir.

Ancak, marka hukuku açısından, fiili kayıp kavramı içine klasik kayıplar ve her türlü giderler yanında, müşterilerin şaşırtılmasından ve tereddüde düşürülmesinden yani pazarın karıştırılmasından doğan zararlar da dahildir. Pazarın karıştırılmasından doğan zarar, o mal veya hizmetin piyasada pazar kaybı ile bunun telafi edilmesi için yapılan masrafları (promosyon, kalip, ambalaj değiştirme, imaj yenileme, reklam) ifade eder²⁰³.

²⁰³ Tekinalp, 2000, s.464.

Aynı şekilde, tecavüz fiilini izlemek, lüzumlu kanıtları toplamak için yapılan masraflar da fiili kayba girer²⁰⁴.

3.4.3.4.2.1.2.Yoksun Kalınan Kazanç

Yoksun kalınan kazanç, olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre malvarlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder²⁰⁵.

556 Sayılı KHK.'nin "Yoksun Kalınan Kazanç" başlığını taşıyan 66.maddesi şu şekildedir; "Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.

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 edebileceği muhtemel gelire göre,

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

c) Marka hakkına tecavüz edenin markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun bir şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre,

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler gözönünde tutulur."

İkinci fıkranın açık hükmü gereği, marka sahibi bu hesaplama yöntemlerinden birini seçme hakkına sahiptir. Marka hakkı sahibinin burada seçimlik bir hakka sahiptir.

²⁰⁴ Arkan, 1997(b), s.241.

²⁰⁵ Eren,1994, s.43; Uygur, 1990(a),s.386.

Hak sahibi, bunlardan birini seçmek zorundadır. Hükümde belirtilen hesaplama yöntemlerinden başka bir yöntem ile hesaplama yapılamaz. Mahkeme ise seçimi resen yapamaz. Eğer davacının talebinde belirsizlik varsa, mahkeme davacıya talebini açıklattırmalı; hangi usulün seçildiğini açıklığa kavuşturmalıdır.

- Marka sahibinin muhtemel geliri; marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanılmasıyla elde edebileceği muhtemel gelirin esas alınmasıdır. Ancak, burada markanın geliri etkileyebilecek diğer faktörlerden olabildiğince ayrıştırılması gerekir. Gelir, mütecevizin işletmesinin verimliliği, organizasyon becerisi gibi nedenlere de bağlı olabilir²⁰⁶. Buna karşın markanın ekonomik önemi arttıkça, hesaplamanın da kolaylaşacağı ve ayrıştırmanın önemini kaybedeceği söylenebilir. Özellikle markanın tanınmış olması ekonomik önemin de o oranda fazla olması sonucunu doğurur. Zira markanın tanınmışlığı ile ortaya çıkan teşvik edicilik fonksiyonu, markanın ciro üzerindeki etkisinin artmasına neden olur²⁰⁷.

- Tecavüz edenin elde ettiği kazanç; Mütecevizin, tecavüz neticesinde elde ettiği kazancın esas alınmasını gerektirir. Buradaki kazanç, mütecevizin net geliridir²⁰⁸. Maddenin lafzı itibariyle, markanın kullanılması yolu ile elde edilen kazancın hesaplanması büyük zorluklar içerir. Zira bu tür bir hesaplama, mütecevizin cirosunun oluşumunda rol oynayan, marka dışındaki etkenlerin ayrıştırılmasını gerektirir²⁰⁹.

- Varsayımsal lisans bedeli; Bu hüküm götürü bir tazminat öngörmüştür. Bu usulde, marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuk uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli esas alınmaktadır. Bu noktada bir emsal araştırmasının yapılması ve objektif bir lisans bedelinin belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir²¹⁰. Davacının verdiği mevcut lisanslardan elde ettiği lisans bedelleri de tazminat miktarının hesaplanmasına temel teşkil edecektir.

Tazminatın götürü nitelikte olması, davacı bakımından ispat kolaylığı getirmektedir. Buna göre, ne zararın tam miktarını, ne tecavüz ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ne de mütecevizin haksız olarak zenginleştiğini ispatla yükümlüdür. Şu kadar

²⁰⁶ Tekinalp, 2000, §30, no.46.

²⁰⁷ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1173.

²⁰⁸ Arkan, 1997(b),s.247.

²⁰⁹ Tekinalp, 2000, §30, no.46.

²¹⁰ Tekinalp, 2000, 30, no.48.

ki, zarar miktarı kesin olarak belirlenememekle birlikte, varlığını ve miktarını belirlemeye yarayacak olguların mahkemeye sunulması gerekir²¹¹.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur²¹².

Madde hükmünde sayılan etkenler sınırlı sayıda değildir Pazarın yapısı gibi ekonomik etkenler de dikkate alınmalı ve bu hususlar bilirkişi incelemesi ile aydınlığa kavuşturulmalıdır²¹³. İsviçre Hukuku'nda, mütecavizin marka hakkına tecavüz yoluyla ticaret alanına çıkardığı ürünlerin, marka sahibinin ürünleri ile benzerlik bir yana, rekabet halinde olması da yoksun kalınan kazancın tazminata temel teşkil etmesi bakımından aranan bir koşuldur²¹⁴.

Türk Hukuku bakımından, hâkimin göz önünde bulundurması gereken etkenler arasında, söz konusu durumun da yer alması mantıklı bir seçim gibi görülebilir.Çünkü mütecavizin, hakkı ihlale uğrayan marka sahibinin müşteri çevresine yönelmemiş olması, marka sahibinin yoksun kaldığı kazancın da düşmesi sonucunu doğurabilir²¹⁵.

Marka sahibi yukarıda sayılan seçeneklerden biriyle hesaplanan yoksun kalınan kazançta KHK.md.67 uyarınca makul bir payın daha ilave edilmesini isteyebilir. Ancak bu talebin yöneltilebilmesi için arkanın, ürünün satışına önemli bir katkısının olması ve ürüne olan bir talebin oluşmasında markanın belirleyici bir etken olması gerekir. Bu nedenle, tanınmış markaya tecavüzü nedeniyle yoksun kalınan karın he halükarda daha fazla olacağı ileri sürülmektedir²¹⁶.

Tazminata makul olarak yapılacak ek, kesin olarak öngörülebilecek bir miktar olmadığından, hukuk tekniği yönünden MK.md.4 ve BK.md.42 vd. hükümlerinin çizdiği sınır dahilinde belirlenmelidir.Madde hükmüne göre, mahkeme bilirkişilere de başvurmak suretiyle zarar miktarını belirleyecektir. Buna göre, normal koşullarda tazminat miktarı

²¹¹ Tekinalp, 2000, s. 467–468 ve 613–614.

²¹² Killias, 2002, s.95.

²¹³ Arkan, 1997(b),s.245.

²¹⁴ Killias,2002, s.92.

²¹⁵ Yasaman/Ayoğlu/Altay, 2004, s.1175.

²¹⁶ Dirikkan, 2003, s.308.

birlikte belirlenen miktara eşit olacaktır²¹⁷. Ancak madde hükmünde belirtilen nedenle tazminata belirli bir ekleme yapılacaktır. Bunun sonucu olarak tazminat miktarı zarar miktarını aşacaktır. Dolayısıyla burada bir özel hukuk cezasından bahsedilmektedir²¹⁸.

3.4.3.4.2.2. Manevi Zararın Tazmini

556 Sayılı KHK.'nin 62/b maddesine göre, marka sahibi, marka hakkına tecavüz nedeniyle, uğradığı manevi zararların da tazminin talep edebilir.

Tecavüz nedeniyle marka sahibinin ticari kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçlar manevi tazminat davası ile giderilir.

Manevi tazminattan amaçlanan, aynının veya benzerinin, düşük kaliteli mallarla ilgili olarak veya istenmeyen bağlılıklar kurulmasına neden olacak şekilde kullanılması durumunda, bu durumun manevi tazminat ile caydırılmasını sağlamaktır. Örneğin; bir parfüm markasının, fare zehiri ya da tuvalet temizleme malzemesi olarak kullanılmak istenmesinde durum böyledir.

Manevi tazminat davası, marka sahibi tarafından tecavüz edene karşı açılır. Bununla birlikte marka sahibinin, tüzel bir kişilik olması, manevi tazminat istenmesine engel teşkil etmez.

Marka sahibinin, manevi tazminat talebi için, BK'nın 49.maddesindeki şartlar gerçekleşmelidir. BK'nın 49.maddesine göre manevi tazminat isteyebilmek için, marka hakkına tecavüz eden failin eylemin kusurlu olması gerekir

Manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin olarak KHK.'de herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Mahkeme tecavüz nedeniyle marka sahibinin ticari hayattaki güven zedelenmesini dikkate alarak manevi tazminat miktarını belirleyecektir.

²¹⁷ Yasaman/Ayoğlu/Altay,2004, s.1181

²¹⁸ Oğuzman/Öz, 2000, s.533

3.4.3.4.2.2.3.İtibar Tazminatı

İtibar tazminatı kavramı 556 Sayılı KHK.md.68'de düzenlenmektedir. Bu tür tazminatın konusunu markanın itibarının sarsılmasından doğan zararın giderilmesi teşkil etmektedir.

İtibar tazminatının talep edilebilmesi için hukuka aykırılığa ek olarak, kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme olgusunun mevcudiyeti ve itibar zararının bu durumdan doğmuş olması gerekir. Hukuka aykırılık tazminat talebinin ön şartıdır. Bu nedenle, marka hakkına tecavüz sayılan 556 Sayılı KHK.'nin 61.maddesindeki hukuka aykırı fiilerden birinin mevcudiyeti şarttır.

Markanın itibarı kavramı, marka ile inşa edilen imajı ifade etmektedir. İtibar zararı ise, inşa edilen veya edilmekte olan imajın zedelenmesi ve istisnaen çökmesidir. İtibar tazminatı, maddi ve manevi tazminatın gösterdiği özellikleri gösterse de her ikisinden de ayrılır. Ancak itibar tazminatını anılan tazminatlardan ayıran sınır belirsizdir. İtibar tazminatında ne fiili bir zarar ne de yoksun kalınan kazanç vardır. İmaj ve güven kurmanın bir maliyeti vardır. İtibar tazminatı bu maliyetin talep edilmesidir. Bu tazminatın fiili zarar gibi görünmesine rağmen, gerçekte malvarlığında fiili bir zarar oluşmamış, ancak imajın yeniden oluşturulması gereği ortaya çıkmıştır. İtibar tazminatı manevi tazminatta olduğu gibi bir ıstırapın karşılığı da değildir²¹⁹.

İtibar tazminatı, istenebilmesinin şartlarından bir diğeri ise itibarın zarar uğramasıdır. Bu da piyasada oluşmuş bulunan veya oluşmakta olan güvenden doğan saygınlığın kısmen veya tamamen yitirilmesi demektir. İtibar zararı, markanın kötü bir şekilde kullanılması sonucu doğmuş olması gerekir. İtibar zararının sebepleri, KHK.md.68'de tahdidi olarak gösterilmiştir. Zarar bu sebeplerin dışındaki bir sebepten, mesela kötülemeden, engellemeden, haksız reklam ve ilanlarla ezme veya küçük düşürme gibi sebeplerden doğmuşsa, itibar tazminatı talep edilemez. Diğer yandan kötü bir şekilde kullanma kavramı geniş olarak yorumlanmalıdır. Markanın kötü kullanımı, markanın kötü malda, kötü ambalajda, kötü satış şartlarında kullanılmasıdır²²⁰.

²¹⁹ Tekinalp, 1999,s.590.

²²⁰ Tekinalp, 1999,s. 473.

İtibar tazminatı davası marka sahibi tarafından, tecavüz edene karşı açılacaktır. Tecavüz eden, markayı taşıyan ürünü haksız yere üreten, dağıtan satışa sunan ya da ithal veya ihraç eden kişiler olabilir²²¹.

İtibar tazminatı maddi, manevi tazminattan bağımsız olarak talep edilebilir.

3.4.3.4.3.Üretilmesi Veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya İle Bu Eşyayı Üretmeye Yarayan Araçlara El Konulması

556 Sayılı KHK.'nin 62/ c maddesi uyarınca; Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el koyulması talebinde bulunabilir.

Marka hakkına tecavüz dolayısıyla el koymanın istenebilmesi için, eşyanın marka hakkına tecavüz dolayısıyla, üretilmesinin veya kullanılmasının cezayı gerektirmesi, yani tecavüzün 556 Sayılı KHK.'nin 61/A kapsamına giren bir fiil olması icap eder.

- Marka hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanlar hakkında,
- Marka koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar,
- Kendisini haksız olarak marka başvurusu veya marka hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında,
- Hak ve alakası olmadığını veya tasarruf yetkisi bulunmadığını bilmesi gerektiği halde, marka korumasına ilişkin mevzuatın devir ve intikal, rehin ve haciz ile ilgili maddelerinde yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehmeden, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile korunan bir marka

²²¹ Tekinalp, 1999, s.596- 597.

hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya marka hakkının hükümsüzlüğü veya marka korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında,

- Kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticari evrakına veya ilanlarına hukuken korunan bir marka hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde, işaretler koyan veya bu amaçla yazılı veya görsel basındaki ilan ve reklamlarda, bu tarzda yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, 556 Sayılı KHK.'nin 62/c maddesine göre, kullanılması cezayı gerektiren eşya, halini alan eşyalar üzerine el konulması talep edilebilir.

556 Sayılı KHK.'nin 61/c maddesine göre, taklit markayı taşıyan mallar; durumu bilen ya da bilmesi gereken üçüncü şahısların zilyetliğinde ise, bu mallara da el konulması istenebilir. Marka sahibinin hakkına tecavüz oluştan markayı taşıyan mallar, durumu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen bir satıcı veya dağıtıcıda ise bu mallara el konulamaz. Ancak taklit markayı taşıyan malları kendi kişisel ihtiyaçları için elinde bulunduran kişi hakkında 62/c maddesi uygulanmaz.

El koyma hükmünün uygulanabilmesi için madde 61/A'ya dayanılarak, alınmış bir ceza kararına gerek yoktur. Ancak, burada bir ayırım yapmak gereklidir. Hukuk mahkemesi, marka hakkına tecavüzün bulunduğunu yani 61.maddede ki fiillerden birinin varlığı halinde el koyma talebini kabul edecektir²²². Çünkü 61.madde anlamında bir tecavüz olup olmadığına hukuk mahkemesi karar verecektir. Bu noktada olumlu sonuca varmışsa el koyma talebini de olumlu cevaplayacak, ceza mahkemesinin kararına ihtiyaç duymayacak, hatta ceza davası açılmışsa onun bekletici mesele yapmayacaktır.

3.4.3.4.4. El Konulan Mal Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması

KHK.md.62/d bendi uyarınca; (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması marka sahibi tarafından istenebilir.

²²² Yargıtay II.H.D.'nin 1996/769 E. 1996/1151 K. Sayılı Kararı "... yerel mahkemenin De Longhi markası altında üretilen sobaların dış görünüm, teknik sistem yönünden ayniyet derecesinde benzemesi sebebiyle, markaya tecavüz edilerek, üretilen taklit ürünlerin, (sobaların) toplatılmasına dair hükmü onamıştır" Camcı,1998,s.150.

KHK.md.62/d hükmünde sadece el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasından söz edildiğinden bu eşyayı üretmeye yarayan araç ve makineler hükmün kapsamına girmez²²³.

Mahkeme res' en marka sahibine tecavüz edenin ürün ve araçları üzerinde mülkiyet hakkı tanıyamaz. Bunun için marka sahibinin talepte bulunması şarttır. Mülkiyet hakkı tanınırken, ürün ve araçların değeri, marka sahibine verilecek tazminat miktarından düşülür. Eğer bu değer, kabul edilen tazminat miktarını aşıyorsa, marka sahibinin aşan kısmı faile ödemesi gerekir. Ancak buradaki tazminat maddi tazminattır. Yani, ürünün bedeli manevi tazminat ile itibar tazminatından indirilemez.

Marka sahibi, 556 Sayılı KHK'nin 61/e maddesi uyarınca, ürünün imhasını da isteyebileceğine göre, ürünün tamamını değil de bir kısmının mülkiyetinin devrinin talep etmeye hakkı vardır²²⁴.

3.4.3.4.5.Gerekli Diğer Tedbirlerin Alınması, Markaları Silinmesi, Ürün ve Araçların İmhası

KHK.md.62/e bendi uyarınca; Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası marka sahibi tarafından istenebilir.

KHK.md.62/e hükmünün kaynağı TRIP's'tir. TRIP's de fikri hakların tecavüz tehlikesine karşı üye devletlerin etkin önlem almaları gereği vurgulanmış ve üye devletlerin kendi kanunlarında yer vermeleri gereken tedbirler sayılmıştır.

Tedbiri tecavüzü önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması yanında tecavüzün ağırlığı ile uygunluk içinde olmasına da dikkat edilmelidir. Bu talep, söz konusu işaretin malın üstünde bulunmadığı fakat malın ambalajında veya teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklâmlarda kullandığı hallerde, sadece bunların toplanarak imhası

²²³ Arkan, 1997(b),s.237.

²²⁴ Tekinalp, 2000, s.475.

yeterlidir.²²⁵ Sadece tecavüzün önlenmesi istenmiş, ancak tedbir belirtilmemişse, mahkeme tedbiri kendisi belirleyemez ve imhaya ya da markanın silinmesine karar veremez. Taklit markanın mal üzerinden silinmesi, kazınması mümkün ise, malların da imhası istenemez.

İmha kararı verilmesi halinde bunun gerektirdiği masraflar marka hakkına tecavüz eden tarafından karşılanır. İmha kararının verilebilmesi için tecavüzde bulunanın kusurlu bulunmasına gerek yoktur. Ancak KHK.md.61/c hükmü uyarınca taklit markayı taşıyan, malları satan dağıtan veya ticari amaçla elinde bulunduran 3. kişi sadece markanın taklit olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde marka hakkına tecavüz etmiş sayılacağından durumu bilmeyen kişilerin zilyetliğinde bulunan mallara el konulup imhası istenemeyecektir²²⁶.

3.4.3.4.6.Kamuya Duyurma

KHK.md.62/f bendi uyarınca; Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması marka sahibi tarafından istenebilir.

556 Sayılı KHK.'nin 72. maddesinde hükmün kamuya duyurulması konusunda ayrıntılı bir düzenleme yapılmıştır. Maddeye göre, dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere²²⁷ kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla, tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etme hakkına sahiptir. İlan şekli ve kapsamı kararda tesbit edilir. İlan hakkı, kararın kesinleşmesinden sonra üç ay içinde talep edilmez ise düşer.

Mahkeme kararın ilan edilmesi talebi, davayla birlikte istenebileceği gibi, kararın kesinleşmesinden itibaren üç aylık süre içinde de istenebilir. Ancak, bu üç aylık süre hak düşürücü bir nitelik arz etmektedir. Kararın ilanı yolunda bir talep olmadığı takdirde, mahkeme re'sen kararın ilanına karar veremez.

²²⁵ Dönmez,1992, s.373.

²²⁶ Pekdiñer,2001,s.195

²²⁷Yargıtay 11. H.D.'nin 29.3.1979 tarih, 1979/911 E. 1979/1649 K. Sayılı, ilan giderlerinin davalıya yükletilmesi hakkında kararı Dönmez,1992, s.371.

Kararın ilanı, 72.maddeye göre, dava sonunda haklı çıkan tarafça istenebilir. Kararın ilanını, davacı isteyebileceği gibi, dava sonunda haklı çıkan davalı tarafından da kamuya ilan yoluyla duyurulması istenebilir.

Yapılacak olan ilanın şekli ve kapsamını mahkeme takdir eder. Aynı şekilde, ilanın hangi vasıtalarla ve kaç defa yapılacağını da mahkeme belirler.

3.4.4.TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARDA TARAFLAR

3.4.4.1.Davacılar

3.4.4.1.1.Marka Sahibi

Marka hakkına tecavüz durumunda, marka sahibi dava açmaya yetkilidir. Marka sahibi, marka sicilinde adına markanın tescil edildiği kişidir.

556 Sayılı KHK.'nin md. 9/III uyarınca, markanın sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibari ile hüküm ifade eder. Markanın tescili için yapılacak başvurunun yayınlanmasından sonra doğabilecek durumlarla ilgili olarak tazminat talebi yapılabilir. Ancak başvurunun yayını ile doğan haklar, tescilin yayını ile birlikte tescilli markadan doğan hakların kapsamı içinde değerlendirilir. Mahkeme öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayınlanmasından önce karar veremez.

Marka sahipliği, aslen, devren veya miras yoluyla kazanılabilir. Tüzel kişiler de marka sahibi olabilir. 556 Sayılı KHK.'nin 16.maddesine göre, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilmesi mümkündür. Devir taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır. Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Dolayısıyla, devrin tescilinden önce markaya tecavüz olursa, dava açmaya hala marka sicilinde hak sahibi olarak görünen devreden yetkilidir. Markanın miras yoluyla devrinden oluşan iştirak halindeki mülkiyette, tecavüz durumunda, maliklerin kural olarak birlikte dava açmaları gerekir.

Ortak markada ise, marka sahipleri, yaptıkları sözleşme çerçevesinde bir araya gelen kişiler olup, marka sahibi gene tescil ilkesine göre belirlenir. Ortak ve garanti markalarının devrinin geçerli olabilmesi için marka siciline kayıt zorunludur. Dolayısıyla, devrin tescilinden evvel markaya tecavüz olursa, dava açmaya hala marka sicilinde hak sahibi olarak görünen devreden yetkilidir. Markayı devralan, ancak devrin tescilinden sonra dava açabilir.

3.4.4.1.2. Markayı Devralan

556 Sayılı KHK.md.15/1 ve 16 uyarınca tescilli bir markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin tümü ya da bir kısmı için devredilebilmesi mümkündür.

Devir sözleşmesinin kural olarak yazılı yapılması gerekir. (KHK..md.15/II) Devir sözleşmesi taraflardan birinin talebi üzerine sicile tescil edilerek yayınlanır. (KHK.md.16/VI) Sicile kaydedilmediği sürece devir sebebiyle markanın tescilinden doğan yetkiler iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez.

Devrin tescilinden önce markaya tecavüz gerçekleşmişse dava açmaya sicilde hak sahibi olarak görülen devreden yetkilidir. Ancak tescilden sonra devralan da dava açma hakkına sahiptir.

3.4.4.1.3.Rehin Alan

556 Sayılı KHK. md.15/I hükmü uyarınca tescilli bir markanın işletmeden bağımsız olarak rehnedilmesi mümkündür.

Rehin sözleşmesinin yazılı olarak yapılması ve taraflardan birinin talebi üzerine sicile kaydedilerek yayınlanması gerekir.

Markanın rehni, eşya hukuku anlamında bir hak rehnidir ve Medeni Kanunu'nun 954/II maddesine göre, aksini hüküm olmadıkça, bunların rehin hakkında da teslim bağli

rehin hükümleri uygulanır. Dolayısıyla rehne konu oluşturan marka hakkına tecavüz halinde rehin alan Medeni Kanunu'nun 955 ve 683. maddelerine dayanarak, KHK.'nin 62.maddesi çerçevesinde, tecavüzün durdurulmasını ve tecavüzden doğan zararının tazminini isteyebilir²²⁸. Ödenen tazminat üzerinde de rehin alanın hakları devam eder. Rehin alan, markaya yapılan vaki tecavüz ile ilgili yaptığı hukuki talepler için yaptığı masrafların karşılanmasını, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kıyasen isteyebilir²²⁹.

3.4.4.1.5.4.Lisans Alan

Tescilli markanın kullanım hakkı, 556 Sayılı KHK. md.20 uyarınca, tescil edildiği mal ya da hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için lisans sözleşmesine konu olabilir. Lisansın, inhisarı ve inhisarı olmayan şeklinde iki çeşidi vardır. Lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise lisans inhisarı değildir. Farkı, inhisarı lisans da, lisans veren bir başkasına daha aynı marka ile ilgili olarak lisans veremediği gibi, hakkını açıkça saklı tutmadıkça, kendisi de markayı kullanamaz. İnhisarı olmayan lisansta ise, hem başka lisanslar verilebilir hem de marka sahibi markasını kullanmaya devam edebilir. Ayrıca lisans sözleşmesinin geçerliliği açısından yazılı olması (KHK. md. 15/II) ve marka siciline kayıt edilmesi gerekir aksi takdirde iyiniyetli üçüncü kişilere karşı bir hüküm ifade etmez(KHK. md.21/X).

556 Sayılı KHK.'nin 21/VI ve 73/I maddelerine göre, inhisari lisans alan (lisans sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa) tecavüz durumunda hukuki taleplerde bulunabilir. 556 Sayılı KHK.'nin 73.maddesine göre ise, inhisari olmayan lisans sahibinin, dava açma hakları bulunmadığından, kural olarak hukuki taleplerde bulunamazlar. Bu durumda lisans alan, gerekli tedbirlerin alınmasını ve dava açılmasını lisans verenden noterden yapacağı bir yazılı ihtar ile isteyebilir. Bu bildirim tebliği tarihinden itibaren de, üç aylık sürenin sonunda, lisans veren, gerekli tedbirleri almaz ve dava açmaz ise, lisans alan bu bildirim de ekleyerek, kendi adına dava ikame edebilir. Ancak, bunu lisans verene bildirmesi gerekir.

Bununla birlikte, KHK.md. 73/IV göre, lisans alan, ciddi bir tehlike karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce (üç ay) ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden

²²⁸ Köprülü /Kaneti,1982, s.493.

²²⁹ Köprülü /Kaneti,1982, s.494.

talep edebilir. Ancak bu durumda bir sorun ile karşılaşılabilir. Çünkü, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesine göre, ihtiyati tedbirin alınmasından sonra on gün içerisinde, esas hakkında davanın ikamesi gereklidir. İnhisarı olmayan lisans da, ciddi bir tehlike karşısında üç aylık süre beklenilmeden, ihtiyati tedbir istenildiğinde, lisans alanın üç ay dolmadan dava açma hakkı olmadığından, ihtiyati tedbir ortadan kalkabilir.

556 Sayılı KHK.'nin 21/VI ve 73/I maddelerine göre, inhisarı lisans alan (lisans sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa) tecavüz durumunda hukuki taleplerde bulunabilir. İnhisari lisans sahibinin kendi adına dava açma hakkına sahip olması, tecavüz nedeniyle lisans veren marka sahibinin uğramış olduğu zararları istemesine engel teşkil etmemelidir. Özellikle lisans, markanın tescil edildiği mal/hizmetlerin bir kısmı ya da belirli bir bölge için verilmişse, lisans verenin, tecavüz nedeniyle lisans alandan bağımsız olarak zarara uğraması söz konusudur. İnhisari lisans sahibi kişinin isteyebileceği tazminat miktarı, kural olarak, marka sahibinin talep edebileceği tazminattan fazla olamaz.

3.4.4.2.Davalılar

Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak davada kimlerin davalı olabileceği KHK.md.61 hükmüne göre tespit edilir.

Anılan hükme göre; markayı taklit eden, taklit markalı malları satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak ve bu amaçla ithal eden ya da ticari amaçla elinde bulunduran kişiye karşı dava açılabilir gibi markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satan, dağıtan veya bu amaçlar için ithal eden ve ticari amaçla elinde bulunduran kişilere karşı da açılabilir. (KHK.md.61/c). 556 Sayılı KHK.'nin 69. maddesine göre, marka sahibi, sebep olduğu zararlardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı tecavüz durumunda öngörülen davaları açamayacaktır.

Eğer marka sahibine tecavüz nedeniyle tazminat ödenmiş ise, bu kişinin piyasaya sürdüğü ürünleri kullanmakta olan kişiler kusurlu olsun veya olmasın, bu kişilere karşı, tecavüzün giderilmesini ilişkin davalar ve tazminat davaları açılmayacaktır.

Dolayısıyla maddede yer alan, piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişiler, ifadesinden kimlerin kastedildiği büyük önem taşımaktadır. Ancak madde metni, gerekli yorumunu yapılabilmesini engelleyecek derecede yetersizdir.

Markaya tecavüz fiili işlerini görürken müstahdem tarafından işlenmişse BK.md.55 uyarınca istihdam eden aleyhine de tazminat davası açılabilir.

3.5.TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK DAVALARDA ZAMANAŞIMI, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

3.5.1.ZAMANAŞIMI

KHK.'nin 70. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde Borçlar Kanunu'nun zaman aşımına ilişkin hükümleri uygulanır.

Marka hakkına tecavüzün esas itibariyle bir haksız fiil olduğu dikkate alınarak KHK.'de ki bu yollamanın haksız fiil ile ilgili zaman aşımını düzenleyen BK.md.60'a yapıldığını kabul etmek gerekir²³⁰. Buna göre marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak tüm davaların zarara ve faile ittila tarihinden itibaren bir yıl ve her halde tecavüz fiilinin vukuundan itibaren on yıl içinde açılması gerekir.

KHK.md.70' de ki yollama nedeniyle BK.md.60'da öngörülen bir ve on yıllık zaman aşımı süreleri tecavüz halinde ileri sürülecek özel hukuka ilişkin tüm talepler hakkında uygulanır²³¹.

Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası hakkında ise zaman aşımı söz konusu olamaz. Çünkü tecavüz devam ettiği sürece zaman aşımı işlemeyecektir. Zaten tecavüz durmuş ve tekrarlanması tehlikesi de mevcut değil ise, durdurma davası açılamaz.

²³⁰ Arkan, 1997(b),s.257; Tekil,1997, s.292(Ancak yazar s.263' de BK.md.125'de düzenlenen genel zaman aşımı süresinin uygulanacağını söylemiştir.); Tekinalp, 2000, s.483. Aksi yönde görüş için Bkz. Poroy/Yasaman, s.269. Poroy/Yasaman, burada BK.md.125'de öngörülen genel zaman aşımı süresi olan on yılın uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

²³¹ Lisans alanın marka hakkına tecavüz ettiği hallerde de zamanaşımı süresi BK.md.60 uyarınca bir ve on yıl olmalıdır.

Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine göre, zamanaşımını kesen sebepler, marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde de uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, marka hakkı sahibinin tecavüz nedeniyle dava açmasıyla zamanaşımını kesilecek, buna karşılık delillerin tesbiti ve ihtiyati tedbir istemi esasen dava niteliğinde olmadığından bu taleplerin zamanaşımını kesmesi mümkün olmayacaktır²³².

3.5.2.GÖREVLİ MAHKEME

556 Sayılı KHK.'nin 71/I maddesinde, Görevli ve Yetkili Mahkeme kenar başlığına rağmen, sadece görevli mahkemeler düzenlenmiştir. 556 Sayılı KHK.'nin 71.maddesine göre, marka konusunda açılacak tüm davalara bakma görevi, Adalet Bakanlığınca kurulan ihtisas mahkemelerine verilmiştir. KHK.'nin 71/II maddesi uyarınca, Türk Patent Enstitüsü'nün aldığı kararlara karşı açılacak davalarda da görevli mahkeme, Ankara ihtisas mahkemeleridir.

Yine 556 Sayılı KHK.'nin 71 ve geçici 3. maddesine göre, davalarda görevli mahkemenin, Adalet Bakanlığı'nca kurulan ihtisas mahkemeleri olduğu hükme bağlanmıştır. Asliye Ticaret ve Asliye Ceza Mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirleneceği belirtilmiştir.

Genel mahkemelerle, ihtisas mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi niteliğindedir²³³. İhtisas mahkemeleri özel mahkeme niteliğindedir. Bu mahkemeler, belli kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklara veya belli tür uyuşmazlıklara bakmak için özel kanunlarla kurulmuştur²³⁴.

Fikri mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklarda miktara bakılmaksızın görev ihtisas mahkemelerininindir. Buna göre Enstitü'ye karşı açılacak davalarda da görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. KHK'da öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemesi olduğunda dolayı ihtiyati tedbir ve tespit davalarında da bu mahkemeler

²³²Uygur, 1990(b),s.670.

²³³ Kuru/Arslan/Yılmaz,1990, s.118.

²³⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz,1990, s.24.

görevlidir²³⁵. Böylece 556 Sayılı KHK., tespit davaları ve ihtiyati tedbirlerde yetkinin HUMK'a göre belirleneceği ilkesini görev bakımından benimsememiştir.

Fikri mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar, tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği alan²³⁶ olduğu için ihtisas mahkemelerinin kurulması hakeme gitmeye engel değildir.²³⁷

3.5.3.YETKİLİ MAHKEME

HUMK. md.9/I uyarınca davanın kural olarak davalının ikametgahı mahkemesinde açılması gerekir.

Haksız fiilden kaynaklanan davalar ise aynı kanununun 21. maddesi gereğince haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinde de açılabilir.²³⁸

Marka hakkına tecavüz halinde mağdura kolaylık sağlamak amacıyla yetkili mahkeme sayısı çoğaltılmış ve böylece marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine fiilin işlendiği yerdeki mahkemenin yanı sıra davacının ikametgahı veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemede de dava açmasına izin verilmiştir. (KHK.md.63/I)²³⁹.

²³⁵ Arkan, 1997(b), s.259.

²³⁶HUMK.md.518 hükmü gereği taraflar üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulara ilişkin uyuşmazlıklarda tahkime gidebilir. WIPO 1984'te fikri mülkiyetle ilgili anlaşmazlıkların çözümü konusunda hizmet veren bir Tahkim Merkezi kurmuştur. Keyder, s.223.

²³⁷ Aynı yönde Arkan, Marka, C.II, s.259; Yıldırım, s.33. Aksi yönde Ergün, Marka Hakkına Tecavüz, s.183. Yazar tazminat davaları hariç diğer davalarda yetkinin kamu düzeninden olduğu, bu nedenle tahkim yolunun kapalı olduğu görüşündedir.

²³⁸ Y.11.HD, 12.02.1998 tarih, E.1997/298, K.1998/765 Sayılı kararında; “davacının dava konusu mallara tecavüz edilmesinin önlenmesini talep etmiş bulunmasına ve bu mallara davalının talebi üzerine Trabzon Gümrük Müdürlüğü'nde el konulmuş bulunmasının ve markaya tecavüzün haksız fiil niteliğinde olması nedeniyle, haksız fiilin işlendiği yer olması itibarıyla Trabzon mahkemelerinin görevli olduğu düşünülmeden HUMK.md.9'un dikkate alınarak karar verilmesinin doğru olmadığına” hükmetmiştir. YD, Şubat 1999, S.38, s.96.

²³⁹ Y.11.HD, 23.02.2000 tarih, E.200074103, K.2000/5050 Sayılı kararında; “marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine fiilin işlendiği yerdeki mahkemenin yanı sıra davacının ikametgahı veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemenin yetkili olduğuna” hükmetmiştir.

KHK.md.63/II uyarınca, davacının Türkiye’de ikamet etmemesi halinde ise yetkili mahkeme sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki²⁴⁰; eğer vekilin kaydı silinmiş ise TPE’nin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir.

Marka hakkına tecavüzün, Türkiye çapında dağıtımı yapılan gazete ile, dergilerde yayınlanan reklamlarla gerçekleşmesi halinde davacı, yetkili mahkemeyi belirlemede çok geniş bir serbestiye sahip olur.

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 hüküm uygulanır.

KHK.’nın 63/IV maddesinde birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda yetkili mahkemenin, ilk davanın açıldığı mahkeme olacağı yönünde bir hüküm yer almıştır. Bu hükmün amacı marka hakkına değişik kişiler tarafından tecavüz olunması halinde davaların aynı mahkemede toplanmasını sağlamaktır. Böylece taklit markayı üreten, taklit markalı malların üretimini yapan ve bu malları dükkanında satışa sunan kişiler hakkında aynı yerdeki mahkemede dava açılması söz konusu olacaktır.

²⁴⁰ Y.11.HD, 10.07.1997 tarih, E.1997/4626, K.1997/5635 Sayılı kararında; “...davada davalının ikametgahı mahkemesinin yetkili olduğu gerekçesiyle dava yetki yönünden reddedilmişse de, olayda davanın yurtdışındaki marka sahibinin marka vekili sıfatıyla açıldığı iddia olduğuna göre.

SONUÇ

Türkiye’de sınai mülkiyet hakları içerisinde yer alan markaların korunması kavramı sadece Cumhuriyet dönemi ile sınırlı olmayıp, Osmanlı İmparatorluğu dönemine kadar gitmektedir. Dünyadaki gelişmelere paralel olarak markaların hukuki yollarla korunması, ilk olarak, Osmanlı İmparatorluğu zamanında 1871 tarihli Alamet-i Farika Nizamnamesi çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. 1965 yılında ise 551 Sayılı yeni Markalar Kanunu uygulamaya konularak, var olan marka mevzuatı uluslararası gelişmelere uygun olarak yeniden düzenlenmiştir.1994 yılına kadar ülkemizde markaların korunması ile ilgili işlemler Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde kurulu olan Sınai Mülkiyet Dairesi Başkanlığı tarafından yürütülmüştür.

24 Haziran 1994 tarihinde ise Gümrük Birliği ile ilgili taahhütlerimize uygun olarak sınai mülkiyet haklarının korunması ile ilgili işlemleri yürütmekten sorumlu özerk bir kurum olarak Türk Patent Enstitüsü kurulmuştur. Aynı zamanda Gümrük Birliği yükümlülüklerimiz çerçevesinde sınai mülkiyetin her alanında olduğu gibi markalar alanında mevcut mevzuat değiştirilmiştir. 4113 Sayılı Yeki Kanunu ile Bakanlar Kurulu tarafından, 556 Sayılı Marka Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kararlaştırılmış ve 5 Kasım 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Milletlerarası anlaşmalara ve sınai hakların gelişimine paralel olarak hazırlanan 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile uzun süre yürürlükte kalan 1965 tarihli 551 Sayılı Markalar Kanunu yürürlükten kalkmıştır.

556 Sayılı KHK. ile 551 Sayılı Markalar Kanunu zamanında eksik olan veya değiştirilmesi gereken bir çok hüküm eklenmiş ya da değiştirilmiştir.

Bu bağlamda 556 Sayılı KHK ile marka sahibine, marka hakkına tecavüz edilmesi sebebiyle ileri sürebileceği bir çok talep imkanı getirilmiştir. Marka hakkı sahibine el konulan araçlar üzerinde mülkiyet hakkı tanınabilir, marka hakkına tecavüzün önlenmesi kaçınılmaz ise bu araçların imhası istenebilir. Ayrıca masraflar haksız çıkan taraftan karşılanmak üzere, talep halinde ilgililere ve günlük gazete veya benzeri vasıtalarla, mahkeme ilamının tamamen ve özet olarak ilan edilmesi istenebilir.

Marka hakkına tecavüz durumunda, tazminat miktarının hesaplanabilmesi açısından mevcut sistemden farklı olarak, marka hakkı tecavüze uğrayan tarafın alacağı tazminat miktarının hesaplanmasında, marka sahibinin seçimine bağlı olarak üç farklı hesaplama şekli belirlenmiştir.

Marka hakkı sahibine, markasının itibarının zarara uğramış olması durumunda itibar tazminatı adı altında farklı bir tazminat isteme hakkı getirilmiştir.

Marka hakkına tecavüz dolayısıyla ortaya çıkan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresinin ne olacağına dair 551 Sayılı Kanunda var olan boşluk doldurulmuş ve Borçlar Kanunu'nda öngörülen süreler esas alınmıştır.

556 Sayılı KHK kapsamında açılacak davalarda görevli mahkemenin Adalet Bakanlığı tarafından kurulan ihtisas mahkemeleri olduğu belirtilmiştir. Şu anda fiilen bu davalara bakan Ankara, İstanbul ve İzmir'de olmak üzere 8 tane ihtisas mahkemesi bulunmaktadır. Bu sayının artırılmasına yönelik çalışmalar ise devam etmektedir.

AB mevzuatı ve uluslararası anlaşmalar göz önünde tutulmak suretiyle hazırlanan 556 Sayılı KHK.'de olumlu olarak görülen bir çok hüküm yer alsa da bazı eksiklikler de mevcuttur. Bunların en başında maddeler arasında bağlantının tam olarak kurulamayışı gelmektedir. Bu bağlamda marka tescilinden doğan hakların kapsamı KHK'nin 9. maddesinde hükme bağlanmış olduğundan, tecavüz oluşturan fiillerin KHK'nin 61. maddesinde değil de bu madde çerçevesinde ele alınması daha uygun olacaktır.

89/104 Sayılı Yönerge'nin 9. maddesinde düzenlenen "sessiz kama yoluyla hak kaybı ilkesi" 556 Sayılı KHK'de yer almamasına rağmen genel hükümlere dayanarak uygulanması mümkündür. Ancak, marka sahibinin, markasının aynısı ya da benzerinin bilgisi dahilinde beş yıl süre ile kesintisiz şekilde başkası tarafından kullanılmasına sessiz kalması halinde, hükümsüzlük davası açma ve kullanımı önleme haklarını kaybedeceği şeklinde bir hüküm konması halinde konu netliğe kavuşacaktır.

556 Sayılı KHK'nin 79. maddesinin 1. fıkrasında, "hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir" denmektedir, Ancak burada geçen ihtiyati tedbir teriminin kullanılması uygun

olmayıp, kastedilen, idari işlem niteliğinde olmak üzere taklit markalı malı taşıyan malların geçici olarak yurda girişinin ya da yurttan çıkışının engellenmesidir. Söz konusu mallara gümrük idarelerince el konulacağına ilişkin ifade de uygun değildir. Çünkü madde hükmünde belirtilmek istenen husus yurda giriş ya da yurttan çıkış esnasında gümrük idarelerince yerine getirilmesi gereken işlemlerin belirli bir süre için yapılamaması ve söz konusu malların yayılmasının önlenmesidir. Oysaki el koyma kararı mahkeme tarafından verilmektedir.

KHK'nin 79.maddesi ile Gümrük Kanunu'nun 57.maddesi birlikte değerlendirilmesi halinde, işlemleri durdurulan eşyaların niteliği konusunda uyumsuzluk vardır. Bu uyumsuzluğun ise Gümrük Kanunu'nda olduğu gibi hem hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki markalı mallar, hem de sahte markalı mallara yer vermek suretiyle giderilmesi mümkündür.

KHK'nin 79. maddesi ile Gümrük Kanunu'nun 57.maddesinde ihtiyati tedbirin devamı, davanın açılması veya ihtiyati tedbir kararının verilmesine bağlıdır. KHK'nin 62.maddesi uyarınca tecavüzün giderilmesine yönelik açılan davada KHK'nin 77/b hükmü uyarınca tedbir kararı verilmedikçe, bu davanın davacı lehine sonuçlanması halinde yapılacak el koyma işleminin peşinen yerine getirilmesi, ithalatçının haklarını ihlal edebilecektir. Bu nedenle, Kanun'da buna uygun değişiklik yapılmalı "veya" bağlacı "ve" olarak değiştirilmelidir.

Marka mevzuatı açısından AB mevzuatına ne kadar uyumlu olduğumuz ise Mart ayında AB ile yapılan müzakereler çerçevesinde geçirilen ayrıntılı tarama süreci sonucunda AB Komisyonu tarafından hazırlanacak rapor ile daha netliğe kavuşacaktır.

KAYNAKÇA

Ansay T., “Yabancı Markaların Türkiye’de Himayesi”, Batider, C.II, S.2, 1963, s.270-275

Ariç Ş., Yargıtay İçtihatlarına Göre Haşiyeli Ticaret Kanunu, İstanbul, 1948

Arkan S., Ticari İşletme Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001

Arkan S., Marka Hukuku, C.I, AÜHF Yayınları, Ankara,1997(a)

Arkan S.,Marka Hukuku, C.II, AÜHF Yayınları, Ankara, 1997(b)

Arkan S., “İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi”, Batider, C.XX, S.2,1999

Arkan S., Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1998

Arseven H., Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1951

Atlı M.S.,Marka Türleri ve Korunması,Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001

Bilgişin Ş.,Ticaret Hukuku Prensipleri, C.1, 2. Bası, İstanbul, 1948

Camcı Ö., Marka, Patent ve Haksız Rekabet Davaları, Ufuk Matbaası, İstanbul, 1998

Cengiz D.,Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, Beta Yayınevi, İstanbul, 1995

Deren Yıldırım N., Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 1999

Dericioğlu H., “Markalarda Telaffuzun Rolü”, TİG,1978, S.1314, s.5

Dirikkan H.,Tanınmış Markaların Korunması,Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003

Dirikkan H., “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Manisa Barosu Dergisi, S.65, 1998,s.219-280

Doğanay İ.,İzahlı ve İctihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ankara, 1964

Dönmez İ.,Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, 2. baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 1992

Edgü E., “Fabrika Markaları”, ABD, S.1,1954,s.68

Eren F.,Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, İstanbul, 1994

Erem T.,Ticaret Hukuku Prensipleri, C.1. İstanbul,Hil Matbaası, 1973

Eriş G.,Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Şirketler, C.I, Ankara, 1992

Ergün M.,Türkiye’de Marka Hakkı’na Tecavüz Davaları Başlıklı Bildiri, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu (24–25 Haziran 1998) Türk Patent Enstitüsü, Ankara

Ergün M.,Tasarım Konusunda Yargının Yeri, Türkiye’de Tasarım Davaları ve Sorunlar, 1978

Gökcan H.T.,Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayınevi, 2003, Ankara

Gürzumar O., “Yeni Markalar Kanunu Işığında Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler”, Yargıtay Dergisi, C.XX, S.4, s.513

Hirsch E.Hukuki Bakımdan Fikri Say, Çeviren;V.ÇERNİS, C.I, İstanbul, 1942

Hirsch E.,Ticaret Hukuku Dersleri, 8.bası Ankara, 1948

Holyoak J. /Toremans P., Intellectual Property Law, London, 1995

Kaneti S., “İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları”
Batıder, C.I, S.2, 1961,s.239

Kaneti S. /Köprülü, B.,Sınırlı Ayni Haklar, İÜHF Yayınları,İstanbul, 1982

Kaniti S., “İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları”,
Batıder, C.II, S.2, 1961s.238

Karaahmet E./Yalçın U., Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, TPE
Yayınları No.19, Ankara, 1999

Karahan S.,Ticari İşletme Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 1998

Karahan S., Marka Şekilleri, İstanbul, 1987

Karahan S.,Ticaret Hukukunun Temel Kavramları, Mimoza Yayınları, Konya, 1994

Karahan S., “Markalarda İltibas”, SÜHFD, C.3, S.3 1990,s.236

Karan Gülay,Transit veya Serbest Bölgede Sahte Eşyaya Tedbiren Elkonulması ve
Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası ve Ticaret Kanallarının Dışına
Çıkarılması, FMR, 2003/1 s.87-132

Karayalçın Y., Ticaret Hukuku- Ticari işletme, 3.Bası, AÜHF Yayınları, Ankara, 1968

Karayalçın Y., Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler III, Banka ve Ticaret Hukuku
Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983

Karayalçın Y.,Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler, IV, Ankara,1990

Kayhan F., Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi,
Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C.I, S.1, 2001 s.54

Keyder V.,Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği, İstanbul,1996

Killias A., La Misse En Qeuvre De La Protection des Signes Distictifs, CEDİDAC n.50, Lausanne, 2002

Kuru B. /Arslan R./Yılmaz E., Medeni Usul Hukuku, Ankara, 1990

Meran N.,Marka Hakları ve Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004

Michaels A, A Pratical Guide To the Trademark Law, 2.Edition, London,1996

Nomer F.,Tanınmış Marka, NIKE, İsviçre Federal Mahkemesinin 24.03.1998 tarihli Kararı, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU'NA Armağan, İstanbul, 1999 s.485-506

Oğuzman K./ Öz,T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler,Filiz Yayınları, İstanbul,2000

Ocak N., Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1997

Öçal A.,Türk Hukukunda Markaların Himayesi,Sevinç Matbaası, Ankara, 1967

Öztek S., İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları, Hukuk Araştırmaları, Ocak- Aralık 1991, C.VI, S.1-3 s.16

Pekdinçer,T.R.,Marka Hakkı ve Korunması,Doktora tezi,İstanbul, 2001

Poroy R. /Yasaman H., Ticari İşletme Hukuku, Beta Yayınarı, İstanbul, 2000

Sağlam M.A.,Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı,Elif Matbaacılık, Ankara, 1973

Sungurbey İ., Medeni Hukuk Eleştirileri, C.III, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1971

Sungurbey İ.,Ticaret Unvanının Korunmasına İlişkin Haksız Rekabetin Önlenmesi Davaları, Medeni Hukuk Sorunları, C.V, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1984

Tansı Ö.C., Ticaret Hukukunda Alamenti Farika İltibasları, İBD, , C.19, S.5,1965 s.301

Taylan Çamlıbel E., Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Seçkin

Yayıncılık, Ankara, 2001

Tekil F., Ticari İşletme Hukuku, 3.Baskı, Tekil Yayıncılık, İstanbul, 1997

Tekinalp Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2000 (Fikri Mülkiyet)

Tekinalp Ü., İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar, Prof.Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, MÜHF, İstanbul, 1999

Tekinalp Ü., Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof.Dr.Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998 s.633-643

Tekinalp Ü., "Gümrük Birliği'nin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri", İÜHF, C.LV S.1-2 1996

Tekinay S., Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar, Prof.Dr. Yaşar Karayalçın'a 65.Yaş Armağanı, Ankara, 1988

Teoman Ö., Yaşayan Ticaret Hukuku, C.I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 5, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1995

Uygur T., Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt 1, Ankara, 1990(a)

Uygur T., Açıklamalı- İçtihatlı Borçlar Kanunu, Cilt 2, Ankara, 1990(b)

Yasaman H., Tanınmış Markalar, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978

Yasaman H./Altay S.A./Ayoğlu T., Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

Yusufoğlu F./ Yüksel S./Yosmaoğlu, N., Patentler, Know-Howlar, Markalar, Ankara, Mis Matbaası, 1978

Ö Z G E Ç M İ Ş

Adı ve Soyadı : Şükriye (Balcı) Şirin

Doğum Tarihi ve Yeri : 04.10.1979/ Korkuteli

Medeni Durumu : Evli

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Karatay Süper Lisesi(Antalya)

Lisans Diploması : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yükseklisans Diploması:

Tez Konusu :

Yabancı Dil / Diller : İngilizce

Bilimsel Faaliyetler**İş Deneyimi**

Stajlar : Avukatlık Stajı

Projeler : -

Çalıştığı Kurumlar :Kültür ve Turizm Bakanlığı
(Telif Hakları ve Sinema Genel Müdürlüğü)

Adres : Oyak 8 Sitesi, 730. sok. No: 13/10 Çayyolu/ Ankara

Tel. no : 312 2420576/ 0 505 5151462