

GİRİŞ

Tez konumuz olan “Markayı Kullanma Yükümlülüğü” 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de düzenlenmiştir. Maddeye göre; “Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir. Aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir: a) Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması, b) Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması, c) Markanın, marka sahibinin izniyle kullanılması, d) Markayı taşıyan malın ithalatı”.

Bir markayı tescil ettiren marka sahibi; tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir nedeni yoksa markasını kullanmakla yükümlüdür. Marka sahibinin markasını kullanmamasının müeyyidesi markanın korumasız kalması değil, markanın iptal edilmesidir.

Markayı kullanma yükümlülüğünün tez konusu olarak belirlenmesinin nedeni; Türk Hukukunda yeteri kadar ve düzenli bir şekilde incelenmemiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Tezimizin birinci bölümünde; marka hakkı genel olarak incelenmeye çalışılacaktır. Ayrıca, marka hakkının kazanılmasında geçerli olan sistemler ve bu sistemlerin markayı kullanma yükümlülüğü ile olan ilişkisi anlatılacaktır. Daha sonra; marka çeşitlerinden genel olarak bahsedilecek ikinci bölümde anlatmaya çalışacağımız marka çeşitlerinin tabi kıldıkları kullanım yükümlülükleri üzerinde durulacaktır. Marka hakkının ekonomik ve toplumsal işlevinden bahsedilecek, bu hususta bir markanın taşınması gereken niteliklerden ve bu niteliklerinin marka hakkı üzerinden ekonomik ve toplumsal hayatı ne şekilde etkilediği işlenecektir. Son olarak; marka hakkının hukuki niteliği çeşitli açılardan tartışılacaktır.

Tezimizin ikinci bölümünde; markanın kullanılması ve KHK m.14 hükmüne göre kullanma sayılan haller üzerinde durulacaktır. Bu anlamda ilk olarak; markanın marka sahibi tarafından kullanılması, marka hukukuna özgü işlevsel kullanım, markanın sicilde kaydedildiği mal ve hizmetler için kullanılması, markanın ciddi biçimde kullanılması, markanın yurt içinde kullanılması ve marka türlerine göre kullanım yükümlülükleri anlatılacaktır. Daha sonra KHK m.14 hükmü bağlamında kullanma kabul edilen durumlar markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılması, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ve ambalajında kullanılması, markanın marka sahibinin izin vermesiyle üçüncü kişi tarafından kullanılması, markayı taşıyan malın ithal edilmesi, markanın haklı nedenlerden dolayı kullanılmaması ve haklı neden kabul edilebilecek durumlar ve son olarak gelişen teknolojinin getirdiği markanın internette kullanılması kavramı üzerinde durulacaktır.

Üçüncü ve son bölümde ise; kullanma yükümlülüğü, kullanma yükümlülüğü ile ilgili getirilen kanuni düzenlemelerin amacı, kullanma yükümlülüğünde süre ve kullanma yükümlülüğüne uymamanın yaptırımı olarak markanın iptal edilmesi anlatılacaktır. Markanın iptal edilmesinin markanın hükümsüzlüğü anlamına geldiği bu nedenle de hükümsüzlük davası; davacı, davalı, görevli ve yetkili mahkeme, ispat ve delil gösterme yükü ve davanın açılmasında ve yürütülmesi sırasında uygulanacak süreler bakımından incelenecektir.

Ayrıca markanın kullanılması yükümlülüğü ile ilgili olarak uluslararası düzenlemeler olan TRIPS Anlaşması, Paris Anlaşması ve Madrid Protokolü ile ilgili düzenlemelere yer verilecektir. Gene İngiliz, Alman ve Amerikan hukuklarındaki markanın kullanılması yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler ve değişik nitelikteki karar örneklerine yer verilmeye çalışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKI, MARKA HAKKININ KAZANILMASINDA SİSTEMLER, MARKA ÇEŞİTLERİ, MARKA HAKKININ EKONOMİK VE TOPLUMSAL İŞLEVİ, MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I. MARKA HAKKI

Marka; 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin¹ 5. maddesi hükmünde “bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dahil özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaret” olarak tanımlanmıştır. Belli bir işletmeye ait mal ve hizmetlerin tanıtılmasını ve ayırt edilmesini sağlayan markanın üzerinde sahip olunan hakka ise “marka hakkı” denilmektedir. Marka hakkı, ayırt edici işaretin ilk defa düşünülmesi veya mal ve hizmetin ilk defa kullanılmasıyla yani yaratılma ile doğacaktır.

Marka üzerindeki hak, mutlak bir haktır². Mutlak bir hak olan marka hakkı, sahibine markanın başkası tarafından kullanılmasını engellemek dahil olmak üzere, inhisari hak ve yetkiler verir. Marka sahibine hem malvarlıksal yararlar hem de kişilik hakları sağlar. Marka hakkının sağladığı malvarlıksal yararlar, kullanma haklarıdır. Kullanma hakkıyla hem marka sahibinin markayı kullanması, hem de markasını başkasına kullandırması neticesinde elde ettiği ekonomik yararlar kastedilmektedir. Marka hakkının sağladığı kişilik hakları ile de marka sahibinin ünü ve itibarı ve bunlardan doğan hakları ifade edilmektedir³.

¹ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname KHK olarak ifade edilecektir.

² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ, *Eşya Hukuku*, İstanbul 2001, s.16-18.

³ TEKİNALP, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2004, s.354; TASTAN, “*Marka Hakkı ve Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Korunması*”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y.L.T., Ankara 1995, s.58; DUR, “*Marka Başvurusu, Mutlak ve Nispi Red Sebepleri*”, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y.L.T., Kırıkkale 2004, s.3;

Marka hakkının sahibine “marka sahibi” denilmektedir. Marka sahipliği; ya markanın tescil edilmesiyle ya da markanın kullanılması neticesinde kazanılır.

II. MARKA HAKKININ KAZANILMASINDA SİSTEMLER

Marka hakkının kazanılmasında başlıca üç sistem mevcuttur. Bu sistemler: tescil sistemi, ilk kullanma sistemi ve bu iki sistemin bir araya gelmesiyle meydana gelen karma sistem.

A. TESCİL SİSTEMİ

Marka sahibinin markasını markalar hukukuna uygun olarak seçmesi ve seçtiği markasını markalar siciline tescil ettirmesi ile marka hakkı kazanılmış olmaktadır⁴. Bu sistemde, tescil ile marka hakkı kazanıldığı için tescil kurucu nitelik taşımaktadır. Tescil edilmiş olan bir marka daha önce başka kimseler tarafından tescilsiz olarak kullanılmış olsa dahi, markayı ilk defa tescil ettiren kişi hakkını herkese karşı ileri sürebilir ve ilk defa markayı kullanan kişi ne marka hukuku düzenlemelerine ne de haksız rekabet hükümlerine dayanarak bir koruma ve hak talep edemez⁵. Tescil; tek başına, kayıttaki resmi tarih sayesinde hakkın hangi

TEKİNALP/POROY, “Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Armağan, Ankara 1990, s. 336 (s. 333-345).

⁴ “Davacı Asya Meyve Suyu ve Gıda Sanayi A.Ş. “...(Asya) markasını, meyve suyu üretimi konusunda, davalı firmadan önce kullanıp tanıttığını, piyasada maruf hale getirdiğini ileri sürerek, bu markanın kendisine ait olduğunun tespiti ile marka üzerindeki davalı muarazasının önlenmesini...” istemiştir. Davalı şirketin, “Asya” markasının tescili için Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına 10.11.1976 tarihinde başvurduğu, ancak aynı konuda davalı firmanın da 29.03.1976 günlü başvurusu bulunması nedeniyle isteminin kabul edilmediği ve henüz ne davacı, ne davalı şirket lehine bir tescil işleminin mevcut olmadığı anlaşılmıştır. 551 sayılı Markalar Yasasının 3. maddesine göre; bu kanundaki haklardan yararlanabilmek için markanın Sanayi Bakanlığında tescil edilmiş olması şarttır. Davalı şirket, davacıdan önce tescil istemi ile Bakanlığa başvurmuş ise de, tescil işlemi henüz yapılmamış olduğuna göre, 551 sayılı yasanın koruyucu hükümlerinden yararlanma olanağı yoktur...”, Y.H.G.K. 14.05.1982, 79/11-874, 1. 72/507 K.; DÖNMEZ, *Markalar Ve Haksız Rekabet Davaları*, İstanbul 1992, s.80-81.

⁵ CENGİZ, *Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Davaları*, İstanbul 1995, s.38-39; TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.354-355, 370; DÖNMEZ, s.37, ARKAN, *Marka Hukuku*, Ankara 1997, C.I, s.124; MERAN, *Marka Hakları ve Korunması*, Ankara 2004, s. 127; İNAL, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 2004, s.227; TEKİL, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 1990, s.259; KARAHAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Konya 1994, s.100; KARAYALÇIN, *Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme*, Ankara 1968, s.421; OMAĞ, “*Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması*”, HAD, s. 11; SAKA, *Ticari İşletme Hukuku*, İstanbul 1998, s. 197; ÖCAL, “*Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukukuyla Mukayeseli Olarak)*”, Ankara 1967, s.77; GÜRZUMAR, “*Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler*”, s.512 (s.

zamanda doğduğu keyfiyetinin tespitini sağlar⁶. Tescil sistemi; bir markanın mülkiyetinin belirlenebilmesi aşamasında çok etkili ve basit bir ispat vasıtası olmaktadır. Tescilli marka beş yıl boyunca kullanılmasa dahi tescilli olması sebebiyle beş yıl boyunca himaye görmeye devam edecektir⁷.

B. İLK KULLANMA SİSTEMİ

Marka sahibinin markasını markalar kanununa uygun olarak seçmesi ve markanın marka sahibi tarafından ilk defa kullanmasıyla ilk kullanma sisteminde marka hakkı kazanılmış olmaktadır⁸. İlk kullanma sisteminde tescil işlemi bildirici bir etkiye sahiptir. Markanın tescili sadece o markanın o kişiye ait olduğuna dair bir

501-524); DİRİKKAN, “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’ e Armağan, İstanbul 1998, s.233; AYHAN, *Ticaret Hukukunun Genel Esasları*, Ankara 1992, s.182-183; ARKAN, *Ticari İşletme Hukuku*, Ankara 2005, s. 269; OCAK, “Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y. L. T., Ankara 1997, s.58; T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı “Patent ve Markaların Kullanılması Sempozyumu”, 3-4 Aralık 1975 Ankara, s.24; MONTEILHET (Çev. ÖCAL); “Tescilli Markalar”, Eskişehir İTİAD, 1965, C.1, s.159; KARAHAN, “Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı”, FMR, C.IV, S. 2004/2, s. 14; KAYHAN, “Türk Patent Enstitüsü’ nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası”, FMR, C.III, S. 2003/4, s. 25; ÇERNİS, “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku İle İlgili Bir Dava Münasebetiyle İlginç Bazı Hukuki Meseleler”, BATIDER, 1973, C.VII, s. 60; BERZEK, “Tescilli Markanın Korunmasına İlişkin Sorunlar”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’ e Armağan, s. 49; BERZEK, “556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname’ de Markaların Düzenlenmesi”, s.81; PINAR, “Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ a Armağan, İstanbul 2000, s.895-896; TEKİNALP/POROY, s. 334; UMUR, “Kullanmama Sebebiyle Açılan Marka İptal Davası ve İspat Yükü”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Haziran 2004, S.1, s. 89; GÖZLÜKAYA, “556 Sayılı KHK Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y.L.T., Ankara 2003, s. 58; DAVIS, “The Need To Leave Free For Others To Use And Trade Mark Common”, Trade Mark Use, Oxford 2005, 3.01 .

⁶ “İngiliz hukukunda bir markanın tescil edilebilmesi için öncelikle kullanılması ve bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması şartı getirilmiştir”. DAVIS, 3.08; “Amerikan Marka Hukuku sisteminde de marka hakkı tescille kazanılmaktadır. Ancak tescille kazanılan marka hakkı sadece ticari hayattaki kullanımla güçlendirilebilmektedir. Ulusal marka tescilinin elde edilebilmesi için, marka sahibi öncelikle marka başvurusunda listelediği mallarıyla veya hizmetleriyle ilişkili olarak markasını ticarete kullanmalıdır. Daha sonra tescil başvurusunda bulunmalıdır”. KLEIN/ NORTON, “The Role Of Trade Mark Use In Infringement, Unfair Competition And Dilution Proceedings”, Trade Mark Use, Oxford 2005, 18.03.

⁷ MONTEILHET (Çev. ÖCAL), s. 163.

⁸ TEKİNALP, “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’ a Armağan, İstanbul 1997, s. 467 (s. 467-480); ARSEVEN, *Nazari ve Tatbiki Alameyi Farika Hukuku*, İstanbul 1951, s. 107; KARAHAN, (Bilinirlik), s. 14; KARAYALÇIN, (İşletme), s.423-424; DERİCİOĞLU, “Marka ve Marka Haklarının Korunması”, Türkiye İktisat Gazetesi, 1972, S. 1016, s. 5-7; ÖÇAL, “Markalara İlişkin Bazı Fransız Mahkeme Kararları”, EİTİAD, 1964, C.I, S.I, s. 159-160; ÇERNİS, s.72; TEKİNALP/POROY, s. 335 .

karine oluşturur⁹. Bir markayı ilk defa kullanan, ama henüz tescil ettirmemiş bulunan bir kimse, bu işaretin kendi izni olmaksızın bir başkası tarafından kullanılmasını Haksız Rekabet hükümlerine göre yasaklayabileceği gibi; bu işareti marka olarak tescil ettirmiş bulunan üçüncü kişinin, kendisi aleyhine açtığı markaları koruyan kanunlara dayanan davada da, ilk kullanma ile doğmuş bulunan marka üzerindeki hakkına dayanabilir ve üçüncü kişi lehine olan tescilin terkinini talep edebilir¹⁰. Kullanma sistemi markanın “yatırım işlevini” göz önünde tutar, markanın tescil ile değil, ona yapılan masrafla inşa edildiğini kabul eder¹¹.

C. KARMA SİSTEM

Markaların ekonomik ve rekabet alanındaki önemi ve iktibas suretiyle marka hakkı tecavüzlerine karşı getirilen ağır yaptırımlar, marka hakkını oluşturan olayın açıklık ve kesinlik taşınmasını, üçüncü kişilerce kolayca bilinebilir olmasını gerektirmektedir. Tescil işlemi açık ve kesin bir idari işlem olarak bu hususun gerçekleşmesini sağlar¹². Marka hakkının sadece tescil ile oluştuğu tescil sisteminin katı olarak benimsenmesi durumunda da markayı ilk defa kullanıp tanıtmış ve ekonomik değer kazandırmış olan kişinin sadece tescile dayanan kişinin hakkına tercih edilerek hak kaybına sebep olunmasının da adaletli sonuçlara yol açmayacağı kesindir. Bu nedenlerden ötürü tescil sistemi ile ilk kullanım sistemi arasında yer alan ve tescille marka hakkını kazanan kişi ile markayı ilk kullanan kişi arasındaki hak dengesini koruyan sistemler geliştirilmiştir¹³.

KHK'nin 6. maddesi hükmüne göre “bu kanun hükmünde kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir” denilerek marka hukuku sistemimizde marka korumasının elde edilmesi bakımından tescil sistemi kabul edilmiştir. Ancak tescil sistemi bazı konularda yumuşatılarak karma bir sistem oluşturulmaya çalışılmıştır. Şöyle ki; KHK m.8/3 (a) ve (b) hükümlerindeki

⁹ PETITPIERRE (Çev. ÖCAL), "İsviçre Markalar Kanununun Değiştirilmesi Konusunda Bazı Düşünceler", EİTİAD, 1973, C.IX, S.I, (s.283-293) s. 286.

¹⁰ GÜRZUMAR, s.511; KARAYALÇIN, (İşletme), s. 423-424; DİRİKKAN, (Külfet), s.231-232; CENGİZ, s.39.

¹¹ TEKİNALP, (Tescil), s. 468 (s. 467-480).

¹² PETITPIERRE, (Çev. ÖCAL) s. 286; MONTEILHET (Çev. ÖCAL), s.159.

¹³ KARAYALÇIN, (İşletme), s.423; CENGİZ; s.40.

hallerden biri mevcutsa, yani markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden veya rüçhan tarihinden önce, bu işaret için hak elde edilmişse veya daha önceden tescil edilen işaret sahibine daha sonraki bir marka kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa, KHK m.42'ye dayanarak hükümsüzlük davası açılabilecektir. Tescil istisnalarından birisi de tanınmış markalardır; yani tanınmış markalar tescil edilmeden de istisnaen korunurlar. Ancak, bu istisna sınırlı bir etkiye sahiptir. Tanınmış bir marka, -Türkiye'de tescil edilmemiş olsa bile- sahibinin izni bulunmadan aynı mal ve hizmet için başkasının adına tescil olunamayacağı gibi; tanınmış markanın başkası adına tescili daha önceden tescil olunan markanın toplumda ulaştığı tanınırlık nedeni dolayısıyla haksız bir yarar sağlanmasına neden olarsa veya markanın itibarına zarar verecekse, farklı mal ve hizmetler için de tescil talebi reddedilir, aksi halde hükümsüzlük davası açılabilir. Son olarak; tescil edilmemiş bir işaret sahibine mutlak ve nisbi red nedenlerine dayanarak itiraz etmek hakkını sağlayabilir. Bunlar; tanınmış markalar, ayırt edici nitelik kazanan işaretler, rüçhan hakları, önce elde edilen haklar, yasaklama hakları ve yenilenmemiş markalardır¹⁴.

III. MARKA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Marka; bir ürün ya da hizmeti aynı veya benzer ürün veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanmıştır. Yani; bir markanın en önemli özelliği, ayırt edici karakterinin bulunmasıdır. Ayırt edici niteliği bulunmayan ve cins, çeşit, kalite, miktar, değer, coğrafi kaynak gibi nitelikte olan işaretlerde markalarda aranan nitelikler yoktur. Ayırt etmeyi sağlayan bir ad, sözcük, şekil, resim, logo, harf, sayı, malların veya ambalajların biçimi, üç boyutlu şekiller, renkler ve kokular dahi marka olarak tescil edilebilir. Bir işaretin özgün olması veya fikri haklarda aranan yaratıcının özelliğini taşıması şart değildir. Bir işareti ilk defa düşünen ve mal ve hizmeti için kullanan kişi onun sahibidir. Yani; marka hakkı yaratma ile doğar¹⁵.

¹⁴ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.355-356.

¹⁵ YASAMAN, "Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. H.D.'sinin Kararı Üzerine Düşünceler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, İstanbul.

Markalar genel olarak; sahibinin ya da yaratıcısının özelliğini taşımaz. Ürünün özelliği dikkate alınarak, tüketicinin kolay aklında kalabilen veya o ürünün görünümü veya niteliği ile ilgili bir unsur marka olarak tercih edilmektedir. Ürünlerin sloganları veya logoları için daha fazla düşünülmekte böylece daha fazla tüketiciye ulaşma hedeflenmektedir. Dolayısıyla markalarda sahiplerinin özelliklerinin bulunmadığı görünmektedir. Oysa bir ürünün fikri ürün olarak kabul edilebilmesi için; yaratıcının özelliğini taşıması gerekir, bir düşünce etrafında şekillenmiş olması, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda sayılan eser türlerinden birine dahil olması ve fikri bir çabanın ürünü olması gerekir. Sahibinin özelliğini taşıması ile “herkes tarafından vücuda getirilmeyen”, gerek “var olandan başkası”, gerek “özgün” de aynı anlamlarda kullanılmaktadır¹⁶. Bu açıdan bakıldığında; her marka bir diğerinden ayırt edilebilecek özellikleri taşıdığı için marka özgündür diyebiliriz.

Fikri çabanın sonucu olan düşüncenin bir şekil altında ortaya konması gerekir. Yani; sadece bir düşüncenin varlığı o ürünün eser olarak korunmasını sağlamaz. Bir marka yaratıldığı anda doğacağı için, marka olarak düşünülen işaretin ürün üzerine konulması ve kullanılmasıyla marka şeklen de ifade edilmiş olacaktır. Şeklen ifade edilen marka fikri ürünün bir özelliğini daha taşıyacaktır.

Tüm bunların yanı sıra, markalar bir zihni çabanın sonucu olarak meydana gelmektedir. Ürünün bir özelliği, herhangi bir ayırt edici karakteri vasıtasıyla ya da ürünle hiçbir alakası olmadığı halde o ürünü anlatmak için bir marka seçilmekte ve bu zihni bir çabanın sonucunda olmaktadır. Markalar Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda sayılan herhangi bir eser türüne (ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri, sinema eserleri ve işlenmeler ile derlenmeler) dahil olmamakla beraber marka türlerine göre düşünüldüğünde aslında markalar bir eser türüne dahil olabileceği gibi birden çok eser türüne de dahil olabilir. Dolayısıyla; markalar, sahibinin özelliğini taşıdıkları, bir düşünce etrafında şekillendikleri için fikri ürün olarak kabul edilirler.

Fikri ürünü dolayısıyla eseri ve eser sahipliğini açıklayan teoriler beşe ayrılmaktadır. İlk teori; fikri mülkiyet teorisidir. Bu teoriye göre; eser sahibinin eseri

¹⁶ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 99.

üzerinde sadece mülkiyet hakkı vardır. Fikri mülkiyet teorisi, fikri hakkı sahibinin malvarlığına dahil aynı bir hak olarak nitelendirmiş ve sadece eserden maddi olarak yararlanmayı ön planda tutmuştur. Yani, eser sahibinin eseri üzerinde herhangi bir kişilik hakkı yoktur. Bu teori 1789 Fransız Devrimi zamanında ortaya atılmış ve Fransız düşünürler tarafından savunulmuştur¹⁷.

İkinci teori; kişisel haklar teorisidir. Bu teoriye göre; eşya hukuku alanında değerlendirilmesi gereken kitabın çoğaltılmış haliyle kitabın içerdiği soyut fikir birbirinden farklıdır. Çünkü; kitabın nesnesi eşya, kitabın soyut fikri yazarın kişilik hakkına ilişkin bir durumdur. Kişisel haklar teorisi ise eser sahibinin sadece manevi menfaatlerinden bahsetmiş buna karşılık eser sahibinin maddi haklarından bahsetmemiştir¹⁸.

Üçüncü teori; gayri maddi haklar teorisi ve iki cephe teorileridir. Bu teoriye göre; fikri hukuk, soyut, elle tutulması mümkün olmayan bir ürünü kendisine konu alır. Fikri ürün eşya olmadığı için ürün üzerinde mülkiyet hakkı kurulamaz. Bu hak tam bir kişilik hakkı olmadığı gibi, mülkiyet hakkı değildir. Ancak bu iki hak birbirinden ayrı olup, bir bütün oluşturmaz¹⁹.

Dördüncü teori; birlik teorisidir. Bu teoriye göre; eser üzerindeki mülkiyet hakkı ile kişilik hakkı birbirinden ayrılmaz bir bütündür. Bu haklar birbirine o kadar bağlıdır ki birbirlerinden ayrı devredilmeleri mümkün değildir. Ancak; mali haklarda kullanma hakkı yani markaların lisans yoluyla devredilmesi mümkündür²⁰.

Son teori ise; eser sahipliğidir. Bu teoriye göre; eser üzerindeki hak, kanundan kaynaklanan ve sahibine manevi ve mali mahiyette yetkiler veren objektif bir hukuki durumdur. Eser sahipliği hakkı; tek bir subjektif hak olmadığı gibi, birden çok subjektif hak ve yetkilerin kaynağıdır²¹.

¹⁷ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 85-86; TOPALOĞLU, *Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması*, İstanbul 1997, s.38-39; EREL, *Türk Fikir ve Sanat Hukuku*, Ankara 1998, s. 9-10.

¹⁸ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 86-87; TOPALOĞLU, s.38; EREL, s. 11-12 .

¹⁹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 87-88; TOPALOĞLU, s.39-40; EREL, s. 11-12.

²⁰ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 88-89; TOPALOĞLU, s.40-41.

²¹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 89; TOPALOĞLU, s.41; EREL, s.13-14-15.

Kanımızca; sahibine hem malvarlıksal haklar hem de kişilik hakları veren marka hakkını açıklayan en iyi teori; eser sahipliği teorisi. Çünkü; KHK, daha çok marka sahibinin maddi haklarını korumasına karşın; marka hakkı sahibine markasına yönelik tecavüzlerin önlenmesini isteme, aynı veya benzer markaların tescil edilmesine itiraz etme, aynı veya benzer markalar tescil edilmişse o markaların sicilden terkinini talep etmesine imkan tanımıştır. Dolayısıyla; marka hakkı markanın marka sahibi tarafından kullanılması veya markanın üçüncü bir kişi tarafından marka sahibince markasının kullanımına izin verilmesiyle sahibine ekonomik yararlar sağlarken; sahibine kazandırdığı ün, itibar ve tanınmışlıkla kişilik hakları da vermektedir.

IV. MARKA ÇEŞİTLERİ

Markanın kullanımı marka türlerine göre farklılıklar gösterebilir. Bir ticaret markası ile bir garanti markası açısından kullanım yükümüne tabi kişileri belirlemek farklılıklar arz edebilir. Bir ses ya da koku markasının da kullanım yükümlülüğünün aynı olamayacağı açıktır. Konumuz açısından öncelikle marka çeşitlerinin belirlenerek farklılıkların ortaya çıkarılması daha yerinde olacaktır.

A. KONUSUNA GÖRE

1. Ticaret Markası

Malların hangi işletme tarafından üretildiğini ya da hangi işletme tarafından piyasaya çıkarıldığını gösteren işaretlere; “ticaret markası” adı verilmektedir²². 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulanma Şeklini Gösterir Yönetmelik’in 8. maddesi hükmünde ticaret markası; “bir işletmenin imalatını ve/veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır. Para, kıymetli evrak gibi bazı istisnalar bir yana bırakılırsa menkul malların büyük bir çoğunluğu markanın konusu olabilir²³.

²² ARKAN, (İşletme), s.259; KARAYALÇIN, (İşletme) s.408; TEKİL, s.248; SAKA, s.196; OMAĞ, s.7; KARAAHMET/YALÇINER, *Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları*, Ankara 1999, [http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php\(16.11.2005\)](http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php(16.11.2005)); ŞEHİRALİ, Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 24 .

²³ MERAN, s.30 .

Malın el ile veya mekanik yolla üretilmesi şart olmadığı gibi, sebze ve meyve gibi doğal mallar da markalanabilir²⁴.

Ticaret markasını kullanma yetkisi sadece üreticiye ait değildir aynı zamanda bir satış mağazası üreticiye verdiği siparişi kendi markası ile ürettirerek, üreticisi olmadığı bir malı kendi markası ile satışa sunabilir²⁵.

Ticaret hayatında mallar üzerinde, sadece ona nihai şeklini veren işletmenin değil; temel maddeyi üreten işletmenin markasının da (Teflon gibi.) yer aldığı görülmektedir. Bu yolla; üretilen mallarda (tava) kullanılmış olan temel madde de marka yardımıyla ferdileştirilmiş olmaktadır. Bu tür markalar da ticaret markası kapsamındadır²⁶.

2. Hizmet Markası

Ticari bir işletmenin malları veya ambalajları üzerine koydukları markalar dışında hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullandığı her türlü maddi işaret “hizmet markası”dır²⁷. Mallarla ilgisi olmayan, kendisini mala bağlamayan hizmet markaları da mevcuttur²⁸.

Hizmet markası, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 9. maddesi hükmünde, “bir işletmenin hizmetlerini diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işaret” olarak tanımlanmıştır. Bankacılık²⁹, sigortacılık, turizm, sağlık, taşıma, danışmanlık, otelcilik, eğitim gibi alanlarda çalışan işletmelerin

²⁴ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.347

²⁵ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.347.

²⁶ ARKAN,(Marka I), s.43.

²⁷ YASAMAN/ YÜKSEL, (Şerh), ; s.80.

²⁸ “Örneğin; Yapı Kredi Bankasının leyleği” OMAĞ, s.7; ÖCAL, (Himaye), s.8-12.

²⁹ “...Davalı Finansbank A.Ş.’ye ait olan Galaxy Card bankacılık hizmetlerinde kullanılmak üzere tescil ettirilmiş olan bir markadır. Banka; alışverişlerde kullanılmak üzere manyetik banka kartlarında bu markayı kullanmaktadır. Bu marka bir ürünü diğer üründen ayırmamakta fakat bankanın bu hizmetini diğer aynı türdeki hizmetlerden ayırmaktadır...”2001/1125; YASAMAN, *Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları*, İstanbul 2003, s.234-235 .

ürünleri mal değil, hizmettir. Hizmet üreten işletmelerin hizmetlerini tanıtmak için kullandıkları işaretlere “hizmet markası” denilmektedir³⁰.

Hizmet edimlerinde dikkat edilmesi gereken husus; hizmetin mali bir amaç taşıması gerektiğidir. Bir hayır kurumunun sportif, kültürel organizasyonları hizmet olmadığı gibi avukatlık, mimarlık, doktorluk gibi meslek gruplarının faaliyetleri de bu kavramın dışındadır. Çünkü; bunların faaliyetleri anladığımız manada bir ticari faaliyet değildir³¹. İmalatın bir bölümü olan temizleme, boyama vb. hizmetler de imalat işiyle karıştığı için hizmet olarak nitelendirilemez. Hizmetin kendisini kastetmek amacıyla olmayan işaretler de hizmet markası olarak kabul edilemezler³². Markanın malın veya ambalajının üzerinde bulunması zorunlu olmadığından hizmet markalarında markanın, işletmenin iş evrakında ve reklamlarında kullanılması yeterli olacaktır³³.

B. HAK SAHİPLERİNİN SAYISINA GÖRE

1.Ferdi (Bireysel) Marka

Bir marka, bir gerçek veya tüzel kişiye ait olup da o markanın sağladığı haklar sadece bir kişiye aitse bu tür markalara “ferdi veya bireysel marka” denilmektedir³⁴. Ferdi markalara örnek olarak; İş Bankası T.A.Ş.’nin birbiri içine geçmiş (İ) ve (Ş) harflerinden meydana gelen kompozisyonu, Emlak Bankasının konutunu simgeleyen kırmızı-yeşil evi verilebilir³⁵.

³⁰ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.347-348; YOSMAOĞLU, s.110; BERZEK, (Düzenlenme), s. 79; YASAMAN, (Hizmet), s.77; KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005), ŞEHİRALİ, s. 24 .

³¹ YASAMAN, (Hizmet), s.75.

³² YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.78.

³³ Bkz. ARKAN, (Marka I), s.23.

³⁴ SAKA, s.194, YOSMAOĞLU, *Dünyada ve Türkiye’ de Patentler, Know-Howlar, Markalar-Açıklamalı Uygulamalı*, Ankara 1978, s. 111-112; KARAHAN, (İşletme),s. 99; TEKİL, s.248; ARKAN, (Marka I), s.44; KARAYALÇIN, (İşletme), s.410; MERAN, s.31-32; ARKAN, (İşletme), s.259; AYHAN, s. 174; OMAĞ, s.7; ÖZDAL, *556 Sayılı KHK’ nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler*, İstanbul 2005, s.54.

³⁵ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet) , s.348.

Bir marka üzerinde iştirak halinde ya da elbirliği mülkiyeti varsa o marka da ferdi markadır³⁶. Bireysel markanın belirleyici unsuru; marka üzerindeki mutlak hakkın bir veya birkaç kişiye ait olması ve bu kişilerin iştirak ve müşterek mülkiyet hükümleri dahilinde marka üzerinde mutlak hak sahibi olmaları ve bütün hakları kullanmalarındır. Kamu tüzel kişileri de ferdi marka sahibi olabilir. Tüzel kişiliği olmayan kişi birleşmeleri (adi şirket) marka sahibi olamaz³⁷.

2.Garanti Markası

Marka sahibinin kontrolü altında bir çok işletme tarafından kullanılan ve o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir³⁸. Örneğin; Uluslararası Yün Birliği'ne ait "Woolmark" markası, şartlarını birliğin koyduğu yünden mal üretenler tarafından, Birlikten izin talep edilerek kullanılır. Bir yün kumaş üzerinde "Woolmark" işaretini gören kişi, o kumaşın hem yün olduğunu hem de yünün, saf ve yeni gibi kalitesinin bulunduğunu ve bunun Birlik tarafından garanti altına alındığını bilir³⁹. Zürich Üniversitesi Dişçilik Enstitüsünün sahibi bulunduğu ve diş çürümelerine yol açmayan sakızlarda kullanılan (diş üzerinde şemsiyeden oluşun resimli) işaret de garanti markasıdır⁴⁰. Ayrıca bir malın Türk standartlarına uygun olduğunu ve kaliteli olarak üretilip piyasaya sürüldüğünü gösteren TSE veya Uluslararası kalite normlarına uygun üretildiğini belirten ISO 9000, ISO 9001 VE ISO 9002 işaretleri

³⁶ "...Markalar Yasası yürürlüğe girmeden önce, tüzük kuralları çerçevesinde somut olaydaki marka on beş süreyle tescil edilmiş ve bu süre henüz geçmemiş olmakla, sonradan çıkan Markalar Yasası, bu süreyi indiremez ve ayrıca bireysel markalar, bütün paydaşların izinleri olmadan ortak marka durumuna getirilemez. Dava konusu marka, davacı paydaş olmadan önce, bütün paydaşlarca beş sene süreyle bir ortaklığa kiraya verilmiş ise de bu konu, Markalar Yasasının 34. maddesine göre tescil edilmediğinden, davacıyı bağlamayacağı gibi, kiracı ortaklığın davaya katılması için yasal bir neden de oluşturmaz..." Y. 6.HD. 29.03.1974, 1974/1271 E., 1974/1486 K, SAKA, s. 194 (dn.10).

³⁷ ARKAN, (Marka I), s.44-45.

³⁸ ARKAN, (İşletme), s.259; MERAN, s. 32-33; SAKA, s. 196-197; TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.348-349; İNAL, s.223; ÖZDAL, s. 56; KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php>.

³⁹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 348.

⁴⁰ ARKAN, (Marka I), s.49.

marka olmamakla beraber KHK ile garanti markası olarak adlandırılmış ve markaların tabi olduğu hükümlere tabi tutulmuştur⁴¹.

Garanti markası; markanın sahibi tarafından kullanılamaz (KHK m. 54/2). Bu hüküm, kişinin kendi kendini kontrol etme durumunda bırakılmasının güçlüklerine neden olacağı düşüncesiyle kabul edilmiştir. Garanti markasının, “marka sahibine iktisaden bağlı olan bir işletme” nin mal ve hizmetlerinde kullanılması da yasaktır. “Marka sahibine iktisaden bağlı olan bir işletme” ifadesi geniş anlaşılmalıdır. Yani; sadece marka sahibinin yönetimine hakim olduğu diğer şirketler değil, marka sahibinden tarafsız bir denetim yapmasının beklenemeyeceği diğer şirketleri de marka sahibine ekonomik olarak bağlı olan işletme olarak değerlendirmemiz gerekmektedir⁴².

3.Ortak Marka

Ticaret, üretim ya da hizmet işlemlerinden oluşan grubun kullandığı işarete “ortak marka” denir⁴³. Ortak marka; birden çok işletmenin adına tescilli olmakla beraber bu işletmelerden her biri markanın tümü üzerinde hak sahibidir. Bir marka sahibinin marka üzerinde sahip olduğu hak, aynı markaya sahip olan marka sahiplerinin marka üzerindeki haklarından bağımsız fakat onlar tarafından sınırlandırılmıştır⁴⁴. KHK'nin 55/1 maddesi hükmünde ortak marka; “üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grup⁴⁵ tarafından kullanılan işaret” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası hükmünde ise, “ortak marka gruptaki işletmelerin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarar” hükmüne yer verilmiştir.

Ortak marka grubun değil, aynı veya aynı gruplara dahil veya tamamen bağımsız işletmeler veya kişiler adına tescil edilir⁴⁶. Ortak marka, ortaklara sadece

⁴¹ KARAHAN, *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*, Konya 2002, ,s.147.

⁴² ARKAN, (Marka I), s.48.

⁴³ MERAN, s.32; İNAL, s.223; SAKA, s.195; ÖZDAL, s. 54, KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005).

⁴⁴ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.349.

⁴⁵ “ Maddedeki “grup” sözcüğü, üretim, ticaret ya da hizmet işletmelerinden oluşan topluluğun tüzel kişiliğe sahip olmadığını ifade etmektedir”. ARKAN, (İşletme), s. 259 (dn.6).

⁴⁶ ARKAN, (Marka I), s.45.

kullanma hakkı değil, bütün hakları ve yetkileri, diğer ortakların haklarıyla sınırlandırılmış olarak sağlar⁴⁷. Örneğin; bir sözleşme çerçevesinde bir araya gelen kişilerin “Güneşli” markasını, ayrı ayrı ürettikleri çadır, yelken bezi ve otomobil örtüleri üzerinde kullanmayı kararlaştırmaları halinde “Güneşli” markası, ortak markadır. Ortak markanın sahibi, sözleşme çerçevesinde bir araya gelen işletmelerden oluşan gruba dahil kişilerdir⁴⁸.

Garanti markasının veya ortak markanın tescili için yapılan başvuru ile birlikte markanın kullanılma usul ve şeklini gösterir bir teknik yönetmeliğin de verilmesi gerekmektedir. Garanti markası teknik yönetmeliği; garanti edilen mal ve hizmetlerin ortak özellikleri ile markanın kullanılmasının denetlenmesi şekilleri ve gerekli görüldüğü zaman uygulanacak cezalarla ilgili hükümleri içerir. Ortak marka teknik yönetmeliğinde ise; ortak markayı kullanmaya yetkili olan işletmeler yer alır. Gerek garanti markasına ait gerekse ortak markaya ait yönetmelikte yapılacak değişiklikler Türk Patent Enstitüsü tarafından onaylanmadığı sürece taraflar arasında uygulanamaz⁴⁹.

C. AMACA GÖRE

1.Koruyucu Marka

Koruyucu marka; bir markaya yönelik tecavüzleri engellemek amacıyla ona benzeyen işaretlerin tescil edilmesiyle oluşan markadır. Koruyucu markalarda, kullanılan bir markanın görünüş ve/veya lafzi yapı itibarıyla benzeri niteliğinde olan işaretler asıl markayla beraber tescil edilmektedir. Kullanılan markanın halihazırda arza konu olmayan mal veya hizmetler için tescil edilmesi yoluyla koruma kapsamı genişletilen markalar da bu kavrama dahil edilmelidir. Bu işaretler, gerçek bir kullanım amaçlanmaksızın, asıl markanın karıştırmaya sebep olacak ölçüde benzerlerinin veya aynılarının, aynı veya farklı mal ve hizmetler bakımından üçüncü kişiler lehine tesciline yahut bu kişilerce fiilen kullanımına engel olmak ve bu suretle

⁴⁷ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.349.

⁴⁸ ARKAN, (Marka I), s.45.

⁴⁹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.350.

tescilli markanın korumasını genişletmek amacıyla tescil edilmektedir⁵⁰. Örneğin; aspirin, cosprin, disprin vs. Koruyucu markanın fonksiyonlarını yerine getirebilmesi için, yeteri kadar kullanılması gerekir; aksi halde KHK. m. 42 hükmüne iptal müeyyidesi ile karşılaşılabilir⁵¹.

2.Tedbir Markası

Tescil edildiği anda kullanılması düşünülmemen; ancak belirsiz gelecekte marka sahibi yahut onun yetkilendirdiği kişiler tarafından kullanılması düşünülen markalardır⁵². Kullanma niyeti marka tescili için bir ön şart olmadığı için, marka sahibinin markayı kullanmayı tasarlayıp tasarlamaması önemli değildir. Marka sahibi kullandığı bir markayı, daha sonra kullanabileceği fikriyle farklı mal ve hizmetler için mevcut tüm sınıflar için tescil ettirebileceği gibi sadece markayı devretmek veya lisans yoluyla başkalarının kullanmasını sağlamak amacıyla da tescil ettirebilir. Tedbir markasının hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşmaması için tescilinden itibaren beş yıl içinde ciddi bir biçimde kullanılması gerekir⁵³.

3. Merchandising Markası

Merchandising; tanınmış bir ismin, sembolün veya diğer ayırt edici bir işaretin, toplumun gözünde ayırt ediciliğe sahip olmadığı mal veya hizmetlerin satılması ya da satışının artırılması amacıyla ticari şekilde kullanımı ifade eder. Merchandising sözleşmesi; marka sahibi tarafından markasını kullanma hakkını farklı mal ve hizmetler için ve markanın ününden yararlanmak amacıyla üçüncü kişiye devrini konu edinen lisans sözleşmesidir⁵⁴.

⁵⁰ YASAMAN/YÜKSEL, *Markalar Kanunu Şerhi*, İstanbul 2004, s.642; ÖÇAL, (Himaye), s. 83; SAĞLAM, *Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbiki*, Ankara 1973, s. 95.

⁵¹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 347; YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.643; WILKOF, “*Third Party Use Of Trade Marks*”, Trade Mark Use, Oxford 2005, 7.01.

⁵² “İngiliz Marka Hukukunda tedbir markasına hayalet marka denildiği görülmektedir”. ISAAC, “*Use For The Purpose Of Resisting An Application For Revocation For Non-Use*”, Trade Mark Use, Oxford 2005,13.15.

⁵³ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 644-645

⁵⁴ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 646-647

Merchandising markalarının en önemli örneği; spor klüplerinin yarattıkları markalarda kendini göstermektedir⁵⁵. Galatasaray, Manchester United ya da Real Madrid gibi taraftar sayısı itibariyle, büyük bir pazara sahip ayırt edici işaretler yaratmış spor klüpleri, esasen kulübün adı olan kelimeyi ya da logoyu çeşitli mal ve hizmetler bakımından, daha sonra kullanım hakkını devretmek üzere marka olarak tescil ettirmektedirler. Örneğin; Fenerbahçe markasının tekstil ürünleri bakımından bir ayırt ediciliği bulunmamaktadır. Ancak bu türden ürünleri (A) markası altında pazarlayan (B) firması ile yapılan merchandising sözleşmesi sonucunda, FB markası yatak örtülerinin ve yatak örtülerinin ambalajları üzerine basılmaktadır⁵⁶. Malın sadece ambalajını gören bir müşteri, iki farklı marka ile karşılaşacaktır. İlk marka; malın hangi işletmeye ait olduğunu gösteren, gerçek anlamda ayırt ediciliğe sahip olan işarettir. İkinci işaret ise; ürünün tüketici tarafından satın alınmasında tercih sebebi olan yani teşvik edici işarettir. Ancak bazı durumlarda merchandising markası ayırt edici işaret olarak da kullanılmış olabilir ki bu durumda ayırt edicilik fonksiyonunu yerine getirdiği söylenebilmektedir. Örneğin; “Ferrari” markasının bir kol saati ya da giyim eşyası üzerine konulması gibi.

D. NİTELİĞİNE GÖRE

1. Renk Markası

KHK'nın 5. maddesi hükmüne göre; tescil edilebilecek olan işaretler sınırlayıcı olarak sayılmadığından renkler de bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye uygun olmaları şartıyla renkler de marka olarak tescil edilebilir.

Renk markaları iki şekilde ortaya çıkabilir:

⁵⁵ “Amerika da merchandising markası kendisini en çok film endüstrisinde göstermektedir. Artan film maliyetleri yapımcıları filmlere bağlı olarak oyun, oyuncak, yatak örtüsü vb. ürünlerin üretilmesine izin vermek durumunda bıraktı”. SUMROY/ BADGER, “*Infringing “Use In The Course Of Trade”*: Trade Mark Use And The Essential Function Of A Trade Mark”, 10.07, Trade Mark Use, Oxford 2005.

⁵⁶ “Merchandising markası asli markanın yanında, tescil edildiği şekli ile doğrudan basılabileceği gibi, markanın bileşenleri veya markayı ya da marka sahibini hatırlatacak şekil ve işaretler de marka üzerine konabilir”. YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.646 (dn. 80) .

Renk; bir şeklin veya üç boyutlu bir biçimin parçası olabilir. Marka; renkli bir şekil markası olarak kullanılabilceği gibi malın paketinin veya malın kendisinin kareli, çizgili olması da mümkündür.

Belirli bir konuya bağlanan, ama hangi amaçla kullanılacağı belli olmayan bir renk veya renk kombinasyonu da soyut olarak markanın koruması kapsamında yer alabilir. Bu durumda renk ya ürün paketlerinde veya ürün ya da hizmetlerin işletmenin olduğunu göstermek için kullanılır. İşaret soyut, tek renk veya ebru deseni verilerek birden fazla renk olarak da kullanılabilir.

Renk veya renk kombinasyonunun hangi çerçevede kullanılacağı belirtilmeden, soyut olarak tescil edilip, edilemeyeceği ise tartışmalıdır.

AB Marka Ofisi; soyut renklerin de marka olarak seçilebileceği görüşündedir⁵⁷.

Türk hukukunda ise; Tekinalp, bir şekilde somutlaştırılmamış olan rengin mal veya hizmetle özdeşleşmesi veya onları hatırlatır hale helmesi durumunda da artık markanın ayırt edici nitelik kazandığını ve marka olarak tescil edilebileceğini⁵⁸; Arkan, sırf muayyen bir renk, ayırım gücüne sahip olmadığından marka olarak tescil edilemeyeceğini⁵⁹; Çamlıbel Taylan, tek veya birden çok rengin ayırt edici özelliğe sahip olacak şekilde özel bir biçim oluşturması durumunda marka olarak tescil edilebileceğini, tek veya basit bir renk kombinasyonunun ise marka olarak tescil edilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁰; Karahan, münferit renklerin marka olarak tescil

⁵⁷ “AB Marka Ofisinin önüne gelen “Libertel” Benelux Marka Ofisine turuncu rengi herhangi bir ayırt edici karaktere sahip olmadan telekomünikasyon gereçlerinde kullanmak için tescil ettirmek istedi. Ortaya çıkan renk Avrupa Adalet Mahkemesi tarafından herhangi bir ayırt edici karaktere sahip olmadığı için madde 3/1/b’ ye dayanarak “ rengin marka olarak tescili per se olarak yasaklanmalıdır. Alansal sınırlandırma yapılamaz. Aslında mevcut renk sayıları sınırlıdır bununla anlatılmak istenen tüketicinin malları ve hizmetleri için bütün renklerin ulaşılabilir olması gerekir. Bu durum tek tacir için durdurulamaz bir rekabete sebep olabilir. Ayrıca ayırt edici bir kullanım olmazsa markanın kullanılması olağanüstü olaylara sebep olabilecektir. rengin marka olarak ayırt edicilik gücüne değer biçilirken, itibar genel ilgi olmalıdır ancak renkler aynı şekilde mallarını veya hizmetlerini tescil ettirmek için uğraşan diğer tacirlerin açısından aşırı derecede sınırlandırılmamalıdır”. DAVIS, 3.02.

⁵⁸ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 313

⁵⁹ ARKAN, (Marka I), s. 73.

⁶⁰ ÇAMLİBEL TAYLAN, *Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Ankara 2001, s. 33.

edilemeyeceklerini ancak özel bir kompozisyon ya da kombinasyon oluşturmaları veya başka sözcük, şekil veya işaretlerle birlikte bulunmaları halinde marka olabileceklerini bildirmiştir⁶¹. Yasaman; soyut bir rengin bir mal veya hizmetle özdeşleşmesi durumunda marka olarak tescil edilebileceği görüşündedir⁶². Şenocak ise; soyut bir renk tescil edildiği mal ve hizmet edimi için malla fiilen bağlantı kurulmasına imkan verecek şekilde kullanılması halinde marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmektedir⁶³.

Yargıtay da renklerin bağımsız olara marka yapılamayacağı görüşündedir⁶⁴.

Kanımızca; marka bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan bir işaret olduğu için diğer işletmeler açısından ayırt edici olabilecek bir renk veya renk kombinasyonu da marka olarak tescile konu olabilir. Sadece tek bir rengin veya herhangi bir ayırt ediciliği bulunmayan renk kombinasyonlarının ise, marka olarak tescil edilemeyeceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

⁶¹ KARAHAN, (Hükümsüzlük), s.28-29.

⁶² YASAMAN, “*Marka Olabilecek İşaretler*”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06. 05.2005, s. 141.

⁶³ ŞENOCAK, “*Soyut Renk Markları*”, Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 105.

⁶⁴ “Yargıtay 11. H.D.’nin 28.10.1997 tarihli, 1997/8257 E., ve 1997/7514 K. Sayılı kararına konu olan olayda davacı, 1962 yılından beri sıvılaştırılmış petrol gazı ve dağıtım faaliyetlerini sürdüren müvekkilinin yıllardır gümüş rengi tüpler içinde pazarlama yaptığını, 10.07.1989 tarihinde de “gümüş rengi” ibaresini marka olarak tescil ettirdiğini, davalı ise 20 yıldan beri tüplerinde kahverengi rengini kullanmakta iken, son zamanlarda “gümüş alüminyum” rengini kullanmaya başladığını, hatta tüp ağzındaki siboplar yönünden de benzerlik sağladığını ifade etmiştir. Davacı vekili; davalının kullandığı tüpler ile iltibas yarattığını ileri sürerek, davalının markasındaki “alüminyum beyaz renk” ibaresinin çıkarılarak terkinini, haksız rekabetin menini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilin markasının tescilli olduğunu, renklerin tekel altına alınmayacağını, iltibasa neden olacak bir durum bulunmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme; gerek 551 sayılı Marka KHK m.4 gerekse 556 sayılı Marka KHK uyarınca renklerin bağımsız olarak marka konusu yapılamayacağını, ülkemizde aynı alanda faaliyet gösteren firmalardan büyük çoğunluğunun “metalik gümüş”, “gri renk” sözcüklerini tescil ettirdiklerini, doğadaki sınırlı renklerden biri hakkında tekel hakkı tanınmasının mümkün olmayacağını, ürünlerin satışa arz ediliş biçimi, hitap ettiği tüketici kesim dikkate alındığında tüketicinin yanılmayacağını, sonucu itibarıyla iltibas ve haksız rekabet bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş, bu karar Yargıtay’ca onanmıştır”. (FMR C.1, S.2001/4, s.210 vd.); BATTAL, “*Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması*”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XVIII, 22.06.2001, s. 43-44.; aynı yönde karar için bkz. Y.11.H.D. 7.10.1997, 1997/3559 E., 1997/5453 K., FMR C.1,S.2001/4, s.212 vd.

2.Ses Markası

KHK m.5/1’de, seslerin marka olabileceğinden söz edilmemesine karşın; madde de yer alan “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” koşulunu, dolaylı olarak çizimsel ifadesinin mümkün olması nedeniyle ses ve melodi de yerine getirdiği için ses ve melodinin de marka olduğu kabul edilmektedir⁶⁵.

Ses markaları, insan kulağı tarafından algılanabilen markalardır. Bu markalar; tamamen ses yoluyla, ürünler için ayırt edici olurlar ve o ürünü satın almak isteyen kişi de o ürüne ilişkin bir çağrışım yaratırlar⁶⁶.

Grafik olarak tescil edilebilen sesler ve melodiler marka olarak tescil edilebilir. Grafik anlatımın açık, net, anlaşılabilir, kalıcı ve objektif olması gerekir. Ölçülere ayrılmış olan, seslerin titizliği ve uzunluğunu gösteren diziler, melodilerin grafik anlatımı açısından yeterlidir. Bir sesi veya tınıyı simgeleyen, ancak nesnel bir grafik anlatımı bulunmayan yansıma ses dizileri ses markası olarak tescil edilemez⁶⁷.

ATAD’ın, Shieldmark kararında, horoz ötüşü ve Beethoven’ e ait bir eserin ilk dokuz notasından oluşan melodinin marka olarak tescil ettirilmesi söz konusudur. ATAD’a göre, bir sesin veya melodinin marka olarak tescil edilebilmesi için, marka başvurusunda bu işitsel işaretin yazıyla horoz ötüşü gibi yansıma ses dizilerinden oluştuğunun belirtilmesi veya Beethoven’ e ait “Für Elise” adlı eserin ilk dokuz notasından oluştuğunun ifade edilmesi yeterli olmaz. İşitsel işaretler, görsel olarak algılanabilirlik niteliğinden yoksun bulduklarından, ayırt edici niteliğe haiz olabilmeleri için, ölçülere ayrılmış ve seslerin nelerden oluştuğunu belirten nota dizleriyle ifade edilmeleri gerektiğini belirtmiştir⁶⁸.

⁶⁵ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.312; KARAHAN, (Hükümsüzlük), s.30, KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005).

⁶⁶ ÖZDAL, s.128 .

⁶⁷ YASAMAN, (İşaret), s. 143.

⁶⁸ YASAMAN, (İşaret), s. 143.

Ses markalarının müzikal türde olması şart değildir. Seslendirilen herhangi bir slogan⁶⁹ veya herhangi bir ses de olabilir. Örneğin; Metro- Goldwyn- Mayer'in aslanının kükremesi gibi doğada meydana gelen sesler ya da doğada mevcut bulunmayıp sadece bilgisayar ortamında yapay olarak hazırlanan sesler de ayırt etme koşulunu taşımaları şartıyla marka olabilirler. Bir konuşmacının veya karakteristik bir sese sahip kullanıcının sesinin bir reklam sloganında yer alması durumunda da ses markasının varlığından bahsedilebilir. Radyo ve TV programlarında kullanılan jingle' lar gibi o radyoyu ya da TV programını tanıtıcı işaretler de ses markasıdır⁷⁰.

3.Üç Boyutlu Marka

KHK m.5/1 hükmünde; malların biçimi ya da ambalajlarından söz etmekte ancak bu biçimin ya da ambalajın veya başka bir üç boyutlu işaretin marka olarak tescil edilip, edilemeyeceğinden bahsetmemektedir. Tekinalp; “malların veya ambalajlarının biçimi”nden üç boyutlu biçimlerin korunduğu sonucuna varmıştır. KHK m.5/1'deki örnekleme sayımdan, malların veya ambalajlarının biçimi kavramına üç boyutlu görüntülenebilme de dahil edildiği için; hukuk sistemimizde de üç boyutlu işaretlerin marka olarak kullanılabilmesi kabul edilmiştir. Avrupa Birliği'nde 89/104 sayılı Yönergenin 2. maddesi ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 4. maddesinde, ayırt edici nitelik taşıması kaydı ile üç boyutlu biçimin marka olarak tescili kabul edilmiştir.

Yargıtay 12.11.1999 tarihli kararında, dikdörtgen biçimde, üst yandan sonra kapaklı, kızıl kahverengi karışımı rengi içeren yabancı sigara ürününün kutusunun, KHK m.5'de öngören başka bir işletmenin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlayan niteliğinin bulunduğunu, tescil edilebileceğini açıklamıştır⁷¹. Yargıtay

⁶⁹ “Sloganların mamullere ilişkin olması durumunda ticaret markası, hizmete ilişkin olması durumunda ise hizmet markası olarak tescil edilebileceği belirtilmiştir. Ancak bir sloganın tescil edilebilmesi için, reklamdan ve bir mamulün satışından yeteri derecede bağımsız olan slogan olma özelliği taşıması gerekmektedir”. YASAMAN, “*Hizmet Markaları*”, BATIDER, S.1, 1975, s.92-93.

⁷⁰ EROĞLU, “*Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescil*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2003, s.112-113 (s. 95-165).

⁷¹ Y.11.H.D 12.11.1999 T., 1999/6866 E., 1999/9075 K.; OYTAÇ, *Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku*, İstanbul 1999 , s.407.

27.06.2000 tarihli bir başka kararında da üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil edilebileceğini belirtmiştir⁷².

Üç boyutlu biçimlerin marka olarak tescil edilmesiyle üreticiler rakiplerin ürünlerinden farklı, çarpıcı ürün biçimleri yaratarak pazarda kendilerini tanıtmaya olanağına kavuşmakta, bu biçimler KHK'nın koruması altına alınarak, haksız rekabet hükümlerine göre daha önemli bir korumadan yararlanmaktadır.

Üç boyutlu marka olarak, tescil istenen mal ve ambalajının biçimi seçilebileceği gibi, mal veya ambalajı ile ilgili olmayan bir biçim de seçilebilir⁷³. Örneğin; "Tobleron" marka çokolatasının paket biçimi, iletişim hizmetlerinde cep telefonunun tipik biçimi, "Smarties" bonbonlarının silindir şeklindeki kutusu gibi.

Amerikan Hukukunda "trade dress" (ticari form) kavramı vardır. Ticari form; hacim, biçim, renk bileşimleri, doku, grafik ve belirli satış tekniklerini içeren, bir ürünün imajı veya genel görünümüdür. Bir mal veya hizmetin toplu görünümü ya da ambalajı marka olarak tescil edilebilir. Örneğin; "Hard Rock Cafe" lerin rock-and-roll' u hatırlatan iç dekorasyonu ve menüsü ile farklı bir formu vardır⁷⁴.

KHK'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelikte üç boyutlu şekil, malın ambalajı olarak kabul edilmektedir. Oysaki malın ambalajı dışında üç boyuttan

⁷² "Dava, davacıya ait Del- Rey markalı lastik ayakkabının tescilli marka kapsamındaki taban şekil ve deseninin davalının ürettiği Derby marka ürünlerde taklit edilerek kullanıldığı iddiasına dayalı olarak açılan markaya tecavüz ve haksız rekabetin tespiti ve önlenmesi istemine ilişkin olup, mahkemece aynı taraflar arasındaki karşılıklı davalarla ilgili olarak açılmış bulunan ve kesinleşen... karar (a) dayanılarak davalının tecavüz ve taklidinin söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. /... Redde dayanak kılınan kesinleşmiş ilamda sadece markaların iltibas oluşturmadığı karara bağlanmış olup, bu davaya konu edinen mamul desen ve şekiller konusunda bir hüküm kurulmuş değildir. Bu nedenle anılmış karar, uyuşmazlık konusu olgular bakımından kesin delil değeri taşımamaktadır. Davacının davadan önce yaptırdığı delil tespit işlemi sonrası uzman bilirkişilerce düzenlenen 30.11.1998 tarihli raporda, davalılardan Özer A.Ş.'nin ürettiği Derby markalı lastik ayakkabıların taban deseninin davacıya ait olanın aynen taklidi niteliği taşıdığı inandırıcı biçimde saptanmış bulunmaktadır. 556 sayılı KHK'nin 5. maddesi çerçevesinde, davacının Derley markasının tescil belgesinde, taklide esas olan taban şekli ve deseni de tescil edilmiş olmakla beraber şekil ve desen de hukuken korunmaya değer bir marka işareti kazanmış olduğu gözetilerek, davalı eyleminin markaya tecavüz ve TTK'nun 57/5. maddesi anlamında haksız rekabet oluşturduğunun hüküm altına alınması gerekirken, yazılı gerekçelerle davanın reddi isabetli görülmemiş, kararın bozulması icap etmiştir". 27.06.2000, 2000/4387 E., 2000/6071 K., BATIDER, C.XX, S. 4/2000, s. 250-251; OYTAÇ, (Marka), s. 437

⁷³ SULUK, s. 572.

⁷⁴ YASAMAN, (İşaret), s. 140.

meydana gelen bir şekil de marka olarak tescil edilebilmelidir. Örneğin; Mercedes'in yıldızı, Rolls Royce'un kadın figürü⁷⁵.

E. TANINMIŞLIĞINA GÖRE

1. Tanınmış Marka

Bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde tutunmuş markalar değil, dünya çapında olmasa bile, yurt içi ve yurt dışında ilgili çevrelerce bilinen Paris Sözleşmesine üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde yerleşik olan ya da ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait markalara “tanınmış marka” denir⁷⁶. Tanınmış markadan söz edebilmek için; reklam gücü yüksek, kalite sembolü haline gelmiş bir markanın, sadece o markayı taşıyan mal ya da hizmetlerle ilgili çevre içinde değil, bu çevrenin dışında o mal ya da hizmetle ilgisi olmayan kişiler tarafından da bilinmesi gerekir⁷⁷. Tanınmış marka, geniş ya da çok geniş halk kitleleri tarafından bilineni ifade eder⁷⁸. Marka bazen ticari ortamda ve o malla ilgilenen alıcılar çevresinde, üstüne konulan malın simgesi olur. Buna karşılık eğer bu marka, bu çevreler dışında aynı mallar bakımından tanınırsa, marka tanınmış marka olur⁷⁹.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 13.03.1998 tarih ve 1997/5647-1998/1704 sayılı kararında tanınmış markayı, “bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır” şeklinde tanımlamıştır⁸⁰. Bir markanın tanınmış olabilmesi için; kuvvetli reklam, garanti, bir

⁷⁵ YASAMAN, (İşaret), s. 140.

⁷⁶ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.383; TEKİNALP, (Tescil), s.472 (s. 467-480); DİRİKKAN, *Tanınmış Markanın Korunması*, Ankara 2003, s. 24-25; KARAHAN, (Bilinirlik), s. 17; BERZEK,(Sorun),s.50; TEKİNALP/POROY,s.342; KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php>,(16.11.2005), PEKDİNÇER, “Marka Hakkı ve Korunması”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2001, s. 145.

⁷⁷ ARKAN, (Marka I), s.93.

⁷⁸ YASAMAN, “*Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, s.300 vd.

⁷⁹ YASAMAN, (Tanınmış), s.695 .

⁸⁰ EYÜPOĞLU, “*Tanınmış Marka*”, FMR, C.1, S. 2001/2, s. 115.

şahsa veya teşebbüse sıkı şekilde bağlı marufiyet ve iyi bir dağıtım sistemine sahip olması gerekir⁸¹.

Paris Anlaşması anlamında tanınmış marka ise; belli bir ülkede tescil edilip, korunma istenen ülkede de yetkili makamlar veya malla ilgili çevreler tarafından tanınan markadır⁸². Paris Anlaşmasına göre; bir markanın sadece kendi ülkesinde tanınmış olması⁸³, Paris Anlaşması anlamında da o markanın korunmasını sağlamaktadır⁸⁴. Paris Anlaşması anlamında tanınmış markalar Türk hukuk sisteminde Türkiye’de aynı markayı tescil ettiren kimseye karşı korunmuş ve o kişiye markanın hükümsüzlüğü davasını açma hakkı tanınmıştır⁸⁵.

2. Basit Marka

Bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırmayı sağlamakla beraber, bir ülkede ya da bir ülkenin bir yöresinde ayrıca yurt içinde ve yurt dışında ilgili çevreler tarafından bilinmeyen markalar “basit marka” olmaktadır. Basit markalar belirli bir ürünle özdeşleşmemiş o mal veya hizmetle özdeşleşmemiş olan markalardır.

⁸¹ ÖCAL, (Himaye), s.52.

⁸² YASAMAN, (Tanınmış), s.300 vd.

⁸³ ARKAN, “*Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması*”, BATIDER, C.XX, S.1, s.7.

⁸⁴ 24.03.1998 tarihli İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararı şöyledir: “İsviçre firması İspanya’dan “Nike” marka parfümeri ithal etmektedir. Ayrıca “Nike” markasını İsviçre’de tescil ettirmiştir. Amerikan Şirketi de “Nike” işaretini spor mamullerinde kullanmak üzere İsviçre’de tescil ettirmiştir. Mahkeme spor ürünlerinde kullanılan “Nike” markasının İsviçre’de çok tanınan bir marka olduğunu ileri sürerek İspanya’dan gelecek parfümlerin ithalini önlemiştir”. NOMER, “Tanınmış Marka: Nike” Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 1999, s.485 vd.

⁸⁵ “Dava konusu olayda da davacı markası, davalıdan önce Paris Sözleşmesine dahil bulunan Kore’de sicile tescil ettirilmiş bulunduğu göre, yine ilke olarak davacı markası aynı sözleşmeyi imzalamış bulunan Türkiye’de olarak 556 sayılı KHK’nın 3. maddesi anlamında koruma altında bulunmaktadır. Dava konusu olay açısından KHK’nın 8/3 maddesinde de tescilsiz dahi olsa bir işaret veya bir markanın ticari hayatta kullanılması şartı ile daha sonra aynı markanın tescil edilmesine itiraz ve dolayısı ile aynı Kararnamenin 42/b maddesine dayalı hükümsüzlük iddiasında bulunabilme imkanı tanınmış olmaktadır...”. Y.11H.D. 29.01.1999, E. 998/5372, 999/256 K., TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.342-343

IV. MARKA HAKKININ EKONOMİK VE TOPLUMSAL İŞLEVİ


Marka hakkının aşağıda belirttiğimiz ekonomik ve toplumsal işlevlerini yerine getirebilmesi için, marka hukuku düzenlemelerinde markanın kullanılması yükümlülüğü getirilmelidir. Dolayısıyla kullanım yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeleri değerlendirip, şekillendirirken markanın ekonomik ve toplumsal işlevlerinin tam olarak anlaşılıp göz önünde tutulması gerekli ve önemlidir.

Marka hakkı; hem ticari işletmeler, rakip firmalar hem de tüketiciler açısından bir çok ekonomik ve toplumsal işlevlere sahiptir. Marka hakkının ayırt edicilik ve reklam işlevleri marka sahipleri ve rakip firmalar açısından, marka hakkının garanti ve köken işlevleri ise tüketiciler açısından daha fazla öneme sahiptir. Marka sahibi açısından; marka o ürünün ait olduğu işletmeyi işaret etmektedir. Marka sahibi, markasına yönelik tecavüzler olduğu zaman, markasına yönelik tecavüzlerin önlenmesini, tecavüz fiillerinin durdurulmasını, üretilmesi veya kullanılması marka sahibine zarar veren ürünlerin toplatılmasını talep edebilecektir. Marka sahibi markasına yönelik ihlallerin engellenmesini hem KHK hükümlerine dayanarak hem de Türk Ticaret Kanununun “Haksız Rekabet” hükümlerine dayanarak isteyebilecektir. Marka hakkının ekonomik ve toplumsal işlevlerini en uygun şekilde yerine getirilebilmesi marka hakkının işlevlerinin en iyi şekilde bilinmesi ve anlaşılması ile mümkün olabilecektir.

Markanın ilk işlevi; ayırt ediciliktir⁸⁶. Markanın ayırt edicilik işleviyle, marka kavramına dahil olan, pazarda bir malı veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye yarayan, mal ve hizmete kişilik kazandırarak o mal ve hizmete ad veren temel işlev ifade edilmektedir⁸⁷. Markaya ayırt edicilik işlevini kazandıran; bir

⁸⁶ “İngiliz Marka Hukuku bir markanın ayırt edici nitelik taşıması kavramı üzerine oturtulmuştur. Bir marka ayırt edici nitelik kazanmadan tescil edilemez. Bir marka ayırt edici karaktere sahip değilse bu durum haksız rekabete ve tekelliliğe sebep olabilmektedir”. DAVIS, 3.16 .

⁸⁷ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.352; ARKAN, (Marka I), s.38; OYTAÇ, “Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması”, FMR, C. III, S. 2003/2, s. 60; TEKİNALP, “Ayırt Edici Nitelik Kazanma”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’e Armağan; s. 183; KARAAHMET, “Türkiye’de Marka ve Tasarım Koruması”, Türkiye’de Dünya’da Sınai Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, 24-25 Haziran 1997,

amblem, bir işaret olabileceği gibi o markaya özgü bir renk, koku ya da ses de markanın diğer markalardan ayırt edilmesini sağlayabilir. Örneğin; “Milka Çikolataları” lila rengi bir ambalajla tüketicinin beğenisine sunulmuştur. Artık o ürünü almak isteyen tüketici lila renkli bir çikolata gördüğü zaman onun “Milka “Çikolatası” olduğunu bilmekte ve ona göre satın almaktadır. Yine; “Nike” spor malzemeleri üreten ve satan bir işletmenin markasıdır. “Nike” markasının amblemi  dir. Bu firmadan bir spor malzemesi almak isteyen bir tüketici bu amblemi gördüğü zaman o malın “Nike” olduğunu bilecek ve o ürünün “Nike” ürünlerinin taşıdığı kaliteye sahip olduğunu düşünüp güvenerek alacaktır⁸⁸. Bir markayı taşıyan ürünün şekli de ayırt ediciliği sağlayabilir. Örneğin; “Coca-Cola” markasının kendine özgü şişe tasarımı sayesinde “Coca-Cola” almak isteyen bir tüketici ürünün markasını görmese dahi o şişeyi gördüğü zaman o ürünün “Coca-Cola” olduğunu anlayabilecektir. Yani; şişe de veya şekil de bir markanın ayırt edici unsuru olabilir⁸⁹.

Markanın ikinci işlevi; köken işlevidir⁹⁰. Köken veya menşe işlevi, mal veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunun marka ile gösterilmesini ifade eder⁹¹. Tüketici, aldığı veya alacağı mal üzerinde o malın hangi işletme tarafından üretildiğini, kökenini veya menşesini görerek alacağı malı güvenle alır⁹². Marka bir tanıtma vasıtası olduğu için; o markayı taşıyan ürünü alan kişi o ürünün nerede, hangi işletme tarafından ve ne şekilde üretildiğini öğrenebilecektir.

İstanbul, s.170; BİLGE, “Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesi”, BATIDER 2005, C.XXIII, S.1, s. 130, YASAMAN, (İşaret), s. 135 .


⁸⁸ NOMER, s. 493.

⁸⁹ “Davacı Unilever Tüketim Ürünleri Satış Pazarlama ve Tic. A.Ş.’nin piyasaya sunduğu Domestos markalı çamaşır sularına ait şişenin; davalı Reckitt Benckiser Temizlik Malzemeleri San. Ve Tic. A.Ş.’ye ait Marc markalı çamaşır sularına ait şişeyle tasarım olarak benzemesi ve dolayısıyla iltibasa sebep olması bu davanın açılmasını gerektirmiştir...” 2001/371 E., 14.04.2003; YASAMAN, (Bilirkişi), s. 174-181.

⁹⁰ “Amerikan Marka Hukuku sisteminde de markanın köken gösterme işlevinin önemi vurgulanmış, bir markanın malların ve hizmetlerin kaynağını tanımlamak için veya bu kaynağı diğer kaynaklardan ayırmak için kullanılması gerektiği belirtilmiştir”. KLEIN/NORTON, 18.04.

⁹¹ “Avrupa Toplulukları Mahkemesi 29.09.1998 tarihli bir kararında markanın temel fonksiyonun mal veya hizmetlerin menşesini göstermek olduğu belirtilmiştir”. ARKAN, “İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi”, Aralık 1999, C.XX, S.II, s.11; ARSEVEN, s. 107, KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005).

⁹² TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.352; TEKİL, s.247; KARAYALÇIN, (İşletme), s.403; AYHAN, s.172; DİRİKKAN, (Tanınmış) , s.12-14.

Markanın üçüncü işlevi; reklam işlevidir. Halk, marka vasıtasıyla malı tanır ve alır. Markanın tanınmışlık düzeyinin yükselmesi, işletmenin müşteri çevresini genişletir. Bu şekilde marka; müşteri çevresi ile işletme arasında güçlü bir bağlılık yaratır. Tanınmışlık düzeyi yüksek bir marka, işletmenin en güçlü reklam ve müşteri kazanma aracıdır⁹³. Bir markayı tanıtan ve ona herkesin güvenmesini sağlayan güçlü reklamlar ve sloganlardır⁹⁴. Bir malın veya markanın tanıtılmasında sloganlar ve reklamlar kadar o markayla özdeşleşmiş kokular, renkler, şekiller ve amblemler de o markanın reklamında etkili olmaktadır. Örneğin; “Puma”; spor malzemeleri üreten bir işletmenin markasıdır. “Puma” ürünlerinin üzerinde puma resmi vardır.  Ürünlerin üzerinde ürünün markası yazmasa bile o ürünü almak isteyen bir tüketici puma resmini gördüğü zaman o ürünün “Puma” tarafından üretildiğini ve “Puma” ürünlerinin kalitesini taşıdığını bilerek ve güvenerek satın alacaklardır.

Markanın dördüncü işlevi; garanti işlevidir⁹⁵. Marka, mamulün kalitesini ve bu kalitenin değişmeyeceğini tüketiciye garanti eder. Marka böylece müşterisine bugün beğenerek satın aldığı malın yarın da aynı kalitede olacağını teminatını vermiş olur⁹⁶. Markanın verdiği bu teminat tüketicilerin korunmasını sağlamaktadır. Tüketici belirli markadaki bir malı aldığı anda belirli nitelikteki bir malı aldığını bilmektedir⁹⁷. Marka, tüketiciye o malın bozuk olması durumunda o malın iade alınacağını veya yenisiyle değiştirileceğini de garanti eder. Markanın garanti fonksiyonu ile tüketicinin aldatılması ihtimali zayıflar. Çünkü; markalı bir ürün tüketiciye nerede, nasıl ve hangi kalite standartlarında üretildiğinin de garantisini

⁹³ ARKAN, (Marka I), s.39; DİRİKKAN, (Tanınmış), s.17-20; OYTAÇ, (Tasarım), s.62 .

⁹⁴ “Reklam, tanıtım ve tanıtıma bağlı olarak güven vasıtası olduğu için reklamın halkı yanıltıcı nitelikte olmaması gerekir. Bu bağlamda, reklamlarda ve reklamın unsuru olan markada “süper”, “lüks”, “ekstra” gibi sıfatların kullanılması durumunda o malın veya hizmetin o niteliklerde üretilmesi veya sunulması durumunda halkın yanıltılmasından söz edilemez”. KARAHAN, “*Süper Lüks, Süper 1, ve Lüks 1 İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün Müdür?*”, FMR, 2001/3, s. 42.

⁹⁵ “Avrupa Toplulukları Mahkemesi de 29.09.1998 tarihli bir kararında markanın temel fonksiyonun mal veya hizmetlerin menşeiini göstermek olduğu belirtilmiştir”. ARKAN, (Bağlantı), s.11; WILKOF, 7.07.

⁹⁶ T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı “Patent ve Markaların Kullanılması Sempozyumu”, 3-4 Aralık 1975 Ankara, s. 26.

⁹⁷ OMAĞ, s.8; ARKAN, (Marka I), s.38-39; TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.352; KARAYALÇIN, (İşletme), s.403; KARAHAN, (Hükümsüzlük), s.95-96; AYHAN, s.172; SULUK, Tasarım Hukuku, Ankara 2004, s. 570; KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005) .

verir. Marka sahibi açısından önemli olan; müşteri memnuniyetidir. Müşterilerinde yarattığı güveni korumak isteyen marka sahibi tüketiciye aynı malı aynı kalite de sunmak durumundadır. Toplumda tanınmış olan bir marka aynı zamanda marka sahibinin toplum önündeki imajını ve piyasa çevresini de belirleyeceğinden marka sahibi öncelikle tüketicisini memnun etmek zorundadır. Markasız bir ürün tüketicinin o ürüne şüpheli yaklaşmasına neden olacaktır. Çünkü; markasız bir üründe tüketici memnuniyeti gözetilmemekte, kısa vadeli yatırımlar ön planda olmaktadır. Markalı bir ürün kısa vadeli yatırımlarla değil, uzun vadeli yatırımlar yaparak belirli bir piyasa çevresi oluşturmaya çalışmaktadır. Dolayısıyla markalı ürün kullanımı tüketiciyi korur. Tüketicinin markadan beklenen yararı sağlayabilmesi, markanın kanunlara uygun ve dürüst kullanılması ile gerçekleşecektir.

İşletmede üretilen mamuller veya gerçekleştirilen hizmetler açısından marka bir çeşit kimlik vazifesi görür⁹⁸. Markanın sahibine tanınan tekel niteliğinde kullanım hakkı, markanın sahip olduğu yukarıda açıkladığımız toplumsal işlevleri nedeniyle sınırsız değildir. Kanun koyucu bir taraftan tekel hakkı verirken diğer taraftan kullanım yükümleri getirerek marka sahibinin tekel hakkı ile toplumun ve rakip firmaların yararları arasında bir denge gözetmiştir. Temin etmiş olduğu avantajlardan sadece marka sahibinin yararlanmasını sağlayarak, işletmeyi ve markanın sahibini korur. Marka sahibi olabilmek için mutlaka o markanın tescil edilmesi şart değildir. Bir marka tescil edildiği andan itibaren o markayı tescil ettiren kişiye ait olur ve tescilden doğan tüm hakların sahibi o markayı tescil ettiren kişidir. Ayrıca markayı kullanarak o markaya belirli bir tanınmışlık kazandıran kişi aynı markayı tescil ettiren kimseye karşı korunmuştur.

⁹⁸ “Tescilli markayla arasında çok az bir benzerlik bulunan başka bir markanın kullanılması durumunda tüketicinin aklına aynı marka gelebileceği için, tescilsiz marka tescilli markanın itibarına ve kimliğine zarar verebilir”.ARKAN, (Bağlantı), s.8; SULUK, s. 570.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN KULLANILMASI , KULLANMA SAYILAN HALLER

I. MARKANIN KULLANILMASI

Markaların kullanılması ve hangi hallerin kullanma olarak kabul edileceği KHK m.14 hükmünde belirtilmiştir. Bu hükme göre; “markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir. Aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir:

- a) Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması,
- b) Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması,
- c) Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması,
- d) Markayı taşıyan malın ithalatı.”

TRIPS’in 15-21 maddeleri markalar ile ilgili düzenlemeler içermektedir. 15. maddenin 3. fıkrası hükmünde, “üyeler tescil edilebilme özelliğini kullanıma bağlı kılabilir. Ancak, bir markanın fiili kullanımını tescil için başvuruda bulunmanın bir şartı olmayacaktır. Başvurular yalnızca, başvuru tarihinden itibaren üç yıllık bir sürenin bitiminden önce amaçlanan kullanım şeklinin gerçekleşmemiş olduğu gerekçesiyle reddedilmeyecektir”. TRIPS’in 19. maddesi hükmü ise markayı kullanma koşulu başlığını taşımaktadır. Bu hükme göre; “tescilin idame ettirilmesi için markanın kullanılması gerekli ise, tescil sahibi tarafından markanın kullanılmasını önleyen engellerin varlığına dayalı olarak geçerli nedenler ileri sürülmedikçe, tescil ancak markanın kullanılmadığı kesintisiz en az üç yıllık bir süre geçtikten sonra iptal edilebilir. Marka ile korunan mal ve hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetçe uygulanan başka koşullar gibi, markanın kullanılmasına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olarak

doğan koşullar, markanın kullanılmaması için geçerli nedenler olarak kabul edilecektir.

Bir markanın, sahibinin kontrolüne tabi olarak bir başka şahıs tarafından kullanılması, markanın tescili idame ettirmek amacıyla kullanımı olarak kabul edilecektir”.

KHK göz önüne alındığında bir marka açısından kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için markanın marka sahibi tarafından, işlevine uygun ve ciddi olarak ve haklı bir sebep yoksa beş yıl boyunca aralıksız kullanılması gerekir.

A. MARKANIN MARKA SAHİBİ TARAFINDAN KULLANILMASI

Marka; KHK m.14/1 hükmüne göre; kural olarak marka sahibi tarafından kullanılmalıdır. Ana kural; markanın marka sahibi tarafından kullanılması olmasına rağmen KHK marka sahibinin izniyle markasının kullanımını üçüncü kişilere de verebilir. Marka sahibinin izniyle kullanım; markanın lisans olarak verilmesi, tek satıcılık sözleşmesi, markanın devredilmesi yollarıyla olabilir. Markanın kullanımı lisans yoluyla üçüncü bir kişiye devredilmişse marka sahibi markasını kullanıyor kabul edilecektir⁹⁹. Marka sahibinin markasını kullanımı açık ve kamuya dönük olmalıdır¹⁰⁰. Markanın marka sahibi tarafından sadece kendi iç ilişkileri bakımından kullanılması kullanma olarak kabul edilemez. Örneğin; marka sahibinin kendi satış temsilcilerine gönderdiği numunelerde markanın kullanılması, kullanma olarak kabul edilemez¹⁰¹.

⁹⁹ DİRİKAN, (Külfet), s. 236; KARAYALÇIN, (İşletme), s. 426; ARKAN, “*Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu*”, BATIDER Haziran 2000, C.XX, S.3, s. 5, (s.5-13); TEKİNALP, “*Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması*”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’ e Armağan, İstanbul 1998,s.643; PINAR, s. 867-868.

¹⁰⁰ ARSEVEN, s. 107.

¹⁰¹ YILDIRIM, “*Markada Hükümsüzlük Nedenleri*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y. L. T., İstanbul 2003, s.181.

B. MARKA HUKUKUNA ÖZGÜ – İŞLEVE UYGUN - KULLANIM

KHK m.14 hükmüne göre; marka kullanımına beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde marka iptal edilecektir. Marka hukukunda hakkı devam ettirici kullanmadan bahsedebilmek için malla doğrudan doğruya bağlantılı olan yani işleve uygun bir marka kullanımı olmalıdır. Markanın sadece bazı belgelerde mesela fiyat listelerinde veya faturalarda kullanılması kullanma değildir¹⁰². Bir şirketin isminin kullanılması, tek başına ticari markanın gerçek kullanımını meydana getirmez çünkü ticari marka mal ve hizmetlerin temini ile ilgili olarak kullanılmalıdır¹⁰³.

Marka hukukuna özgü kullanımın gerçekleşebilmesi için; markanın malın ambalajında veya malın üzerinde kullanılması gerekir¹⁰⁴. Bazı durumlarda ise markanın işletme evrakında¹⁰⁵ veya malı tanıtan kataloglarda kullanılması¹⁰⁶ marka hakkını devam ettirici kullanım sayılabilir. Markanın ticari evrakta, gazetelerde, sair

¹⁰² BATTAL, (Kötüye Kullanma), s. 28.

¹⁰³ ISAAC, 13.20.

¹⁰⁴ GÜRZUMAR, s. 513; GÖZLÜKAYA, s.59; PEKDİNÇER, s. 146 .

¹⁰⁵ “Fatura ya da fiyat listesi gibi malın alıcılara arzı ve teslimine ilişkin belgelerdeki kullanım gerçek nitelikte kabul edilir”. YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 634 (dn. 23); DİRİKKAN, (Külfet), s.240; ARKAN, “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ nin 8/III Maddesi İle İlgili Bir İnceleme”, BATIDER, C.XXI, S.IV, s.104; ARSEVEN, s. 106; KAYA, “Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06.05.2005, s. 196.

¹⁰⁶ “...Markanın sadece kataloglarda kullanılması durumunda da, bu katalogları okuyan orta düzeydeki muhatabın, işaretin en azından bu malları, sadece aynı üreticinin diğer mallarından değil, aynı zamanda başka işletmelerin özdeş veya benzer mallarından ayırt edilmesine hizmet ettiğini varsaydığı durumlarda marka olarak kullanım söz konusudur...” , DİRİKKAN, (Külfet), s.237 (dn. 61).

ilan veya reklamlarda¹⁰⁷ yer alması da kullanmadır¹⁰⁸. Ancak markanın yalnızca tebrik kartlarında yer alması kullanma olarak kabul edilemez¹⁰⁹.

Malın niteliği gereği (sıvı ürünler gibi) marka ile mal arasında fiili bağlantının kurulamaması veya bu durumun ticari hayatta olağan olması halinde, mal ile marka arasındaki düşünsel bağlantıyı sağlayan işletme evrakında markanın kullanımı, marka hukukuna özgü kullanım kabul edilmelidir.

Markanın işletme evrakında kullanılmasının yeterli sayılacağı durumlarda, sadece markanın kullanılması yeterli olmayıp, o markayı taşıyan evrakın piyasaya sürülmüş olması da gerekir. Örneğin; markayı taşıyan prospektüsler markalanmış ancak bunlar sadece marka sahibinin işletmesinde kalmış yani piyasaya sürülmemişse kullanım şartı gerçekleşmemiştir.

Hizmet markaları açısından markanın belirli bir hizmetle bağlantısının kurulabildiği durumlarda mesela; markanın fiyat listeleri, kataloglar, prospektüsler, reklam afişleri, ilanlar, servis arabaları, personel kıyafetlerinde kullanılması durumlarında da marka hukukuna özgü işlevsel kullanım şartı gerçekleşmiştir¹¹⁰. Hizmet markalarında bu çeşit kullanımın kabul edilmiş olması hizmet edimlerinin doğasından kaynaklanmaktadır¹¹¹.

Malın türü nedeniyle örneğin; sıvı ürünler mal ile marka arasında doğrudan doğruya fiziksel bağlantının bulunması mümkün değilse; marka sahibinin, markasını

¹⁰⁷ “mahkeme; marka sahibinin, tescilli markasını taşıyan ürünlerin reklamını yaptığını, çeşitli dergi sayfalarını ve diğer reklam malzemelerini dosyaya ibraz ederek ispatladığı gerekçesi ile, markasını ciddi şekilde kullandığını kabul etmiştir.” YASAMAN, (Şerh), s. 634 (dn. 22) .

¹⁰⁸ “İsviçre’de 89/104 sayılı Yönerge hükümlerinden yararlanılarak hazırlanmış olan 1992 tarihli MschG açısından da, aynı veya benzer işaretin iş evrakında, reklamlarında ya da ticaret ünvanı içinde kullanılması da kullanmadır ve bu kullanım marka hakkına tecavüz oluşturur. Klima cihazları için tescilli “Luwa” markasının, havalandırma aletlerinin dağıtımını yapan başka bir firmanın ticaret ünvanında “Lumatic” şeklinde ek olarak yer almasına marka hakkına dayanılarak engel olunabileceği belirtilmiştir.”, ARKAN, (Tecavüz), s. 11.

¹⁰⁹ NOYAN, *Marka Hukuku*, Ankara 2004, s. 197; KARA AHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005); CAMCI, *Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları*, İstanbul 1998, s.82-83; ŞANAL, *Markanın Hükümsüzlüğü*, Ankara 2004, s.97 .

¹¹⁰ GÜRZUMAR, s.514.

¹¹¹ DİRİKKAN, (Külfet), s.240-241; karşı görüş için bkz. YASAMAN, (Hizmet), s.79; ARKAN, (Marka I), s.23; GÜRZUMAR, s.514; GÖZLÜKAYA, s.59; ÇİÇEKÇİ, “*Marka Lisansı Sözleşmeleri*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y.L.T., İzmir 2001, s.66 .

katalog, mala ekli evrak, fatura veya sipariş formlarında kullanması da kullanmadır¹¹². Markanın kullanılması için mesela sıvı ürün tankerle taşınıyorsa markanın tankerin üzerine yazılarak kullanılması veya billboardlara yazılması düşünülebilirse de kullanımın süresi, kapsamı ve türü, ticaret hayatındaki olağan ve ekonomik davranış biçimlerine göre bu davranışın beklenemeyeceği durumlarda bu durumlar kullanım olabilir ve markanın bu şekilde kullanılması beklenilebilir.

Marka hukukuna özgü kullanım konusundaki en önemli ölçü; malın veya hizmetin yönlendiği çevredeki anlayış biçimidir. Bir marka ortalama dikkate sahip bir kişinin markanın belli bir işletmeyi tanıttığını ve böylelikle diğer işletmelerin özdeş veya aynı tür mal ve hizmetlerinden ayırt edici unsur olduğunu anlayabileceği biçimde kullanılmalıdır¹¹³.

Tescilli bir marka, malda veya ambalajında, çok tanınmış bir veya iki markanın yanında kullanılırsa ve toplumun önemli bir kısmı ikinci ya da üçüncü markayı belirli bir üreticinin malını tanıttığı işaret olarak anlıyorsa, marka hukukuna özgü kullanımın gerçekleştiği kabul edilmelidir¹¹⁴. Aynı ayrı tescil edilmesine rağmen aynı ürün üzerinde kullanılan markalarda, markasal kullanımın gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verilirken, toplumun anlayışı ölçü olarak kabul edilmelidir¹¹⁵. Genellikle bir markanın yanında ikinci veya üçüncü markaların aynı üründe bulunması durumunda toplumun büyük kesimi hepsini bir bütün olarak algılamakta ve ikinci ya da üçüncü markayı ilk markanın bir eki olarak görmemektedir. Birkaç markanın bir arada kullanılması durumunda ikinci ve üçüncü markanın küçük yazıldığına bakılmaksızın markaların tek başına veya beraber ürünlerin işletmesel kaynağını gösterdiği kabul edilmelidir. Örneğin; Opel Kadett, Wolswagen Golf markalarında olduğu gibi halk ikinci işareti de Kadett-Golf marka

¹¹² ŞANAL, s. 97; YASAMAN, (Hizmet)s.79 .

¹¹³ DİRİKKAN, (Külfet), s. 237.

¹¹⁴ “karara konu olayda tanınmış kahve markası “ Tchibo” ile birlikte – ona oranla oldukça küçük yazılmış- tescilli “Sana” markasının birlikte kullanılması, bu nedenle “Sana” markasının işleve uygun kullanılmadığı gerekçesiyle terkin edilmesi söz konusuydu. BGH (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları); “Sana” sözcüğünün, latince “sanus” (sağlıklı) anlamına gelmesine rağmen, toplumun çoğunluğunun sözcüğün bu anlamını bilmeyeceğini, o nedenle tanımlayıcı değil, fantezi bir sözcük, marka olarak kabul edileceğini, dolayısıyla mevzuata uygun kullanımın bulunduğunu ve terkin edilemeyeceğini kabul etmiştir.” DİRİKKAN, (Külfet), s. 237 (dn.63).

¹¹⁵ TEKİNALP, (Ayırt Edici) , s. 184.

yani ürünün işletmesel kaynağını belirleyici işaret olarak algılamakta, bunun o ürünün türünü veya üretildiği seriyi gösterebileceğini düşünmemektedir. Birden fazla ürünün seri halinde aynı hediye paketine konması ve içindeki ürünlerde ikinci hatta üçüncü markanın hiç kullanılmaması, sadece ambalajında yer alması durumunda da marka işlevine uygun olarak kullanılmıştır.

Markanın mala veya malın ambalajına konulması durumunda dahi, toplum bu işareti, koruma kapsamındaki mallar için tanıtıcı saymadığı sürece, kullanma zorunluluğuna uyulmamıştır¹¹⁶.

Markanın malın üzerinde ve ambalajında kullanılması durumunda bazen markanın kullanıldığı bazense markasal kullanımın gerçekleşmediği kabul edilmiştir. Bunun sebebi ise; toplumun sahip olduğu algılayış farklılıklarıdır¹¹⁷.

Markanın KHK'nin 14. maddesine uygun markasal kullanımından bahsedebilmek için kural olarak, mal veya ambalajı üzerine konulması¹¹⁸ ve bu biçimiyle ticaret hayatına sunulması¹¹⁹ gerekir¹²⁰.

¹¹⁶ “Karara konu olayda “Greyhound Bus” biçiminde tescilli marka, oyuncak bir otobüsün ön camının üst bölümüne konulmuştu. Mahkeme bu tür bir kullanım biçimini, toplumun markanın kullanımı olarak algılamayacağını, tersine otobüsün güzergahını belirleyen levha olarak düşüneceğini belirterek, mevzuata uygun kullanımın bulunmadığını kabul etmiştir. Gene; bir markanın spagetti, peynir ve diğer ilave tatlandırıcıların bulunduğu bir paket üzerine konulması durumunda, paket içinde bulunan peynir ambalajında tescilli marka ayrıca kullanılmadığı sürece, markanın peynir ürünü için mevzuata uygun kullanılmış sayılmayacağını kabul etmiştir. Mahkeme; markanın ürünlerin toplu olarak bulunduğu ambalaja konulmasının, paket içindeki bütün ürünler için kullanıldığı anlamına gelmeyeceğini, toplumun peyniri – üzerinde ayrıca marka bulunmadığı sürece- asıl ürünün tatlandırıcı bir unsuru olarak kabul edeceğini, bağımsız olarak topluma sunulan bir mal olarak algılanmayacağını gerekçe göstermiştir.” DİRİKKAN, (Külfet), s. 238 (dn.65) .

¹¹⁷ TEKİNAY, “*Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışı Bırakılan Markalar*”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’ a Armağan, s. 72-73 (s.69-78).

¹¹⁸ “Markanın sadece ticaret ünvanının veya işletme adının bir parçası olarak kullanılması kullanma sayılmaz.” DİRİKKAN, (Külfet), s. 239 (dn. 66); “markanın hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde “Markasal olarak” kullanılması gerekir. Markanın ticaret ünvanı olarak kullanılması bu anlamda nitelendirilemez. ” YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 634 (dn. 28); BİLGE, s. 139 .

¹¹⁹ “Markalanmış olduğu halde piyasaya sürülmeyen veya depoda tutulan mallar kullanılıyor kabul edilemez. Markanın kullanılmasına yönelik hazırlık fiilleri de kural olarak markanın kullanılacağı anlamına gelmez. Ancak markanın kullanılacağına dair hazırlık fiilleri var ve bu fiiller önemli ve büyükse bu markanın kullanılacağı anlamına gelebilir. Örneğin; marka sahibinin, matbaacısına önemli miktarda ambalaj sipariş etmesi, sipariş edilen ambalajların tescilli markayı taşımaları, bu ambalajların Fransa’ da piyasaya sunum amaçlı olarak üretildiklerini gösterir. Burada markasal kullanım şartı gerçekleşmiştir.” YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh); s. 634 (dn. 27).

KHK m. 10 hükmünde belirtilen markanın sözlük, ansiklopedi, ders kitapları veya başka bir başvuru eserinde, resmi başvurularda¹²¹ kullanılması da marka hukukuna özgü kullanım sayılamaz. Yine; bir markanın bir derginin kapağında kullanılması da marka hukukuna özgü kullanım sayılamaz¹²².

Malın niteliği gereği marka ile mal arasında fiili bağlantının kurulamaması veya ticari yaşamda bağlantı kurulması ihtimalinin olmaması durumunda, mal ile marka arasında sadece düşünsel bağlantıyı sağlayan işletme evrakı¹²³ üzerindeki kullanım da markasal kullanım için yeterli sayılmalıdır¹²⁴.

Markanın işletmenin evrakında kullanılmasının yeterli sayıldığı hallerde, sadece markanın kullanıldığı evrakın bulunması yeterli değildir. Bu evrakın aynı zamanda piyasaya sürülen evraklarda da kullanılması gerekir. Örneğin; prospektüsler markalanmış, ancak bunlar marka sahibinin işletmesi içinde kalmış, piyasaya çıkarılmamış ise burada marka kullanılmamıştır. Markanın ciddi olarak kullanılması gerekli olduğu için; -evrak üzerinde kullanımın yeterli kabul edilebildiği durumlarda işletmenin evrakının önemsiz bir bölümünde markanın kullanılmış olması, hakkı devam ettirici kullanım sayılamaz.

TRIPS'e göre; bir ülkede marka hukuku düzenleriyle marka sahibine marka hukukuna özgü işlevsel kullanım yükümlülüğü yüklenmişse ayrıca özel şartlar- markayı bir başka markayla beraber kullanım gibi- öngörülemez¹²⁵.

¹²⁰ “Markanın sadece sipariş üzerine üretilen bir makineye ilişkin olarak reklamlarda kullanılması kullanım şartı için yeterli sayılır. Çünkü; bu durumda markanın kullanımını için zorunlu nedenler doğmuştur”. YASAMAN, (Hizmet), s.79; krş. ARSEVEN, s. 106; POROY/TEKİNALP, s.334; GÜRZUMAR, s.513 (dn. 66); CAMCI, (Haksız Rekabet), s.48; (mal ve hizmetler ile marka arasında ticari bir bağlantı olmalıdır. Örneğin; sigorta poliçeleri ve benzeri belgelerde bulunan markalar, buldukları dokümanı diğer poliçelerdeki ve belgelerdeki markalardan ayırsalar da ticari bağlantı şartı gerçekleşmediği için marka olarak kullanılamaz).

¹²¹ “Tescilli marka sahibinin, markasını fiilen mal ve hizmetlerini tanıtmak için kullanmasına rağmen, markasına tecavüz nedeniyle üçüncü kişiye ihtar çekmesi tek başına marka hukukuna özgü kullanım sayılmaz.” DİRİKKAN, (Külfet), s. 240 (dn. 70) .

¹²² BELSON, “ Use, Certification And Collective Marks”, 9.25, Trade Mark Use, Oxford 2005.

¹²³ Fiyat listeleri, mektuplar, tarifeler, prospektüsler, reklam afişleri, ilanlar, kataloglar, takvimler, faturalar... vb.

¹²⁴ KIRCA, “Tescilli Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması”, BATIDER, C. XXII, S.II, 2003, s. 9.

¹²⁵ EVANS, “TRIPS And Trade Mark Use”, 16.32, Trade Mark Use, Oxford 2005.

C. MARKANIN KORUMA ALANINA GİREN (SİCİLDE KAYITLI) MAL VE HİZMETLER İÇİN KULLANILMASI

Tescilli markanın; sicilde kayıtlı olan mal ve hizmetler için kullanılması gerekir¹²⁶. Kullanmama markanın hiç kullanılmaması şeklinde olabileceği gibi, tescil edildiği mal ve hizmetler de kullanılmaması şeklinde de olabilir¹²⁷.

Bir çok mal veya hizmet için tescil edilmiş olan bir marka sadece tescil edildiği bazı mal veya hizmetlerde kullanılıyorsa burada marka hukukuna özgü kullanma gerçekleşmiş midir¹²⁸? Markanın tescil edildiği mallardan veya hizmetlerden sadece bir bölümü için kullanılması, sicile tescil edilen diğer mal veya hizmetler için kullanım şartının gerçekleştiği anlamına gelmez¹²⁹. Bazı durumlarda; markanın, sicilde kayıtlı ve korunan mal gruplarının üst kavramı içinde sayılan ürünlerde¹³⁰ kullanması yeterli sayılabilir¹³¹. Ancak kısmi iptale karar verilmesi durumunda kısmen iptal edilen markanın sahibinin karıştırma ihtimali nedeniyle itiraz hakkının olması, kısmi hükümsüzlüğün markanın kullanılması yükümlülüğü yönünden sorgulanması¹³² sonucunu doğurmaktadır.

¹²⁶ Bu durum 89/104 sayılı Direktifin 10.1 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

¹²⁷ ÖCAL, (Himaye), s. 88; ARKAN, Marka Hukuku, Ankara 1998, C.II, s.148; TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.424; DİRİKKAN, (Külfet), s. 242, TEKİNALP, (Ayırt Edici) , s. 184.

¹²⁸ "...Markanın tescil edildiği mallardan başka mallarda kullanılması durumunda aynen kullanma zorunluluğuna uyulmadığı gerekçesiyle terkin davası açılmayacağı, ancak haksız rekabet oluşturacağı..." (Y.11.H.D.03.03.1989, 1120-1284), DÖNMEZ, s.234-235.

¹²⁹ "...Tescilli mallardan sadece bir kısmında kullanımın, tescilli diğer mallar için yeterli olmadığı konusunda..." ÖCAL, (Himaye), s.87-88.

¹³⁰ "Örneğin; giyim eşyası üst kavramı altında sadece T-Shirt için markanın kullanılması böyledir. Aynı grup içinde yer alan mal ve hizmetler aynı tür kabul edildiği için, markanın bunlardan bazılarında kullanılması durumunda dahi iptal talebinde bulunan kişi markayı, kullanılmayan mal ve hizmetler için kendi adına tescil ettiremeyeceğinden, markanın iptalini istemesinde hukuki yarar yoktur. Ancak marka farklı gruplar içinde yer alan mal ve hizmetler için tescil edilmiş ve bazılarında kullanılmaktaysa, diğer markalar açısından iptal gündeme gelebilir". DİRİKKAN, (Külfet), s.242 (dn. 82).

¹³¹ "Tescilli marka sahibinin, markaya tecavüz edildiği iddiası ile açtığı davada markasını sicilde kayıtlı ve tecavüz konusu olan mal ve hizmet edimleri için, davanın açıldığı tarihten önceki son beş yıl içinde kullanmadığı anlaşılırsa, marka mevzuatından kaynaklanan (men, tazminat, bilgi alma hakkı vb.) hakları, dava konusu olan mal ve hizmetler açısından ortadan kalkar". DİRİKKAN, (Külfet), s.242-243 (dn. 83) .

¹³² "...Davalı şirkete ait olan " Şekil+ Beta" ibareli 11.12.1995 gün ve 165778 sayılı markanın 30/1, 6, 8, 9, 15, 16, 18, 29/3, 5, ve 31/12 sınıftaki " çay, kahve, kakao, suni kahve, şeker, pirinç, un, bal,tuz, baharat, reçel, marmelat, süt ve süt ürünleri, taze meyve ve sebzeler" emtiaları içerdiği anlaşılmıştır. Davacı taraf davalının markası adına kayıtlı emtialardan

Bir mal veya hizmet için tescil edilmiş olan markanın sadece tescil edildiği bazı mal veya hizmetlerde kullanılması¹³³ durumunda çok katı düşünülmemeli, somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerekmektedir¹³⁴. Düşünülmesi gereken ana kriter; marka sahibinin ve toplumun menfaatleri olmalıdır. İngiltere’de jel için tescil edilen “Hostess” markasının, dondurma için kullanılmasının, markanın

salçanın ve baharatın beş yıl boyunca kullanılmadığından bahisle sicilden terkinin için dava açmıştır. Davalı salça emtiasına ilişkin kullanımını 06.06.2003 ve 05.11.2003 tarihli Kırgızistan’da yapılan ihracat kaydı ile 23.08.2004 tarihli marka lisansı sözleşmesi ve faturalarla kanıtlamıştır. Ancak baharat emtiasının kullanıldığını ispatlayamamıştır. Baharat 30/8 sınıfta yer almasına karşın; hükümsüzlük davasının açıldığı anda yürürlükte bulunan 2002/2 Sayılı Tebliğle 30. sınıfın 9. alt grubuna alınmış olmasına rağmen, aynı alt grup içinde değerlendirilmiş fakat baharat kullanımına ilişkin kullanım yükümlülüğünün yerine getirildiğini kanıtlayacak bir delil ve ispat vasıtası bulunamadığından; markanın 30. sınıfın 8. alt grubunda yer alan baharat emtiası yönünden kullanılmaması sebebiyle kısmen hükümsüzlüğüne karar verilmiştir...”. Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2004/352, K. 2005/435, T. 25.07.2005 (Yayınlanmamıştır).

¹³³ “Davacılar vekili müvekkillerinin “Güllüoğlu” markası ile baklava ve benzeri emtia imalatında bulduklarını, davalı şirket sahiplerinin murisi Mehmet Güllüoğlu’ nun markasını kullanmak üzere açtıkları dava sonucunda, tecavüzün men’ in karar verildiğini, “Güllüoğlu” markasının da müvekkili adına tescilli olduğunu, daha sonra kurulan davalı şirketin “Güloğlu” ve “Güllüoğlu” markalarını kebab ve benzeri gıdalarda kullanmak üzere tescil ettirdiğini, buna rağmen davalının baklava ve benzeri emtia yaparak bu markaları kullandığını, müvekkilinden bir izin alınmadığını ileri sürerek davalı adına 76095 ve 76845 nolar ile tescilli “Güloğlu” ve 76910 no ile tescilli “Güllüoğlu” markaların sicil kaydı terkinine, davalının vaki fiilinin haksız rekabet olduğunun tespitiyle, haksız rekabetin men’ine, marka tescilinin iptaline “Güloğlu” yazılı levhanın indirilmesine, sonraki yazıların silinmesine, kutu, kağıt, vesair maddelerin toplatılmasına, 100.000’ er lira manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. ... Yargıtay ilamında belirtilen gerekçeleri sebeplere ve dava dilekçesinde açıkça davalının (kebab ve benzeri işler için) tescil ettirdiği markayı (baklava) için de kullandığı belirtilmiş olmasına nazaran davalının kebab ve benzerleri için markasını tescil ettirdiği kabul edilmiş olmasına, ancak konu itibariyle bu şekilde marka istimalini genişletmesinin, markayı aynen kullanmama niteliğinde görülmesi gerektiği ve bu nedenle Markalar Kanununun 50/a. maddesi gereğince terkinin gerektiği ileri sürülmüşse de marka kullanımının (konusu itibariyle) genişletilmesinin Markalar Kanununun 50/a maddesindeki (aynen kullanma mecburiyeti) kapsamına girmeyeceği ve olsa olsa haksız rekabet oluşturabileceği binnetice “terkin sebebi sayılamayacağına” göre, davacılar vekilinin karar düzeltme isteğinin reddi gerekir”. 11. HD., 03.03.1989 T. , 1120/ 1284, FRANKO, “Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 09.04.1993, BATIDER 1993 20; DÖNMEZ, s. 234-235.

¹³⁴ “Davacı vekili, müvekkiline sucuk, salam, pastırma ve benzeri et ürünlerinde kullanılan, maruf ve meşhur hale getiren “Apik-oğlu” markasının davalı tarafından et ürünlerinde kullanıldığı gibi, bu markayı sosis ve peynir mamulleri için de tescil de ettirdiğini ileri sürerek haksız rekabetin önlenmesiyle, markanın da iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur. ... Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçeleri sebeplere ve davacıların davası TTK’nun 56 ve devamı maddelerine dayalı bir haksız rekabet ve Markalar Kanununun 50. maddesi hükmüne dayalı olarak davalının üç yıldan fazla bir zamandan beri kullanmadıkları nedeni ile terkin davası olup bu ikinci husus sabit olmadığına, davalı tarafın ürettiği mallar için uyumsuzluk konusu markayı Danıştay kararına istinaden kullanmakta olmasına, mahkeme hükmüne dayalı bir kullanmanın ise haksız rekabet olarak kabul edilemeyeceğine, Markalar Kanununun 49. maddesine dayalı bir ref ve men davasının da mevcut olmamasına göre davacı vekilinin HUMK’un 440. maddesinde sayılan hallerden hiç birisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir”. 11. HD. 01.04. 1988 T. , 2251/2403, FRANKO, s. 21.

hükümsüzlüğüne neden olmayacağına karar verilmiştir. Bu duruma sebep olarak da markanın iyi niyetli olarak tescil edildiği mal ve hizmet dışında bu mal ve hizmetlere benzer mal ve hizmetlerde kullanılmasının yeterli sayılabileceği belirtilmiştir¹³⁵. İngiltere de meydana gelen bir başka olayda AİHM markanın daha önceden kullanılmış olması ve malların mütemmim cüz'ü ya da teferruatı olarak malın yapısına veya dış görünüşüne uyumlu bir şekilde kullanılıyor olması şartıyla, marka sahibinin markayı yeni mallarla ilgili olarak kullanmak zorunda olmadığını kabul etti. Bir malın dış görünüşüne uygun olmamasına rağmen, o mala tamir veya bakım sonrasında eklenen yeni parçalar sebebiyle malın görünüşü değişse dahi o mal üzerindeki marka fiilen kullanılıyor kabul edilmelidir. Ancak marka sahibinin ürüne eklediği parçalar bakımından bir kullanma yükümlülüğünden bahsedilemez. Yine bir ürün satılmamasına rağmen, o ürünle bağlantılı olan yedek parçalar ve bakım malzemeleri satıldığı sürece o ürün kullanılıyor kabul edilmelidir. Dışarıdan görüldüğü şekliyle tıraş makinesi üzerinde bulunan tıraş bıçağı markasının kullanımı, tıraş makinesi için yapılmış olan tescilin sürmesi için tek başına yeterli olacaktır ya da çim biçme makinesi markasının servis hizmetleri ya da yedek parça tedariki ile ilgili olarak kullanımı, çim biçme makinesi artık satılmıyor olsa bile çim biçme makinesi markasının gerçek kullanımını teşkil etmesi için yeterlidir¹³⁶.

D. MARKANIN CİDDİ BİÇİMDE KULLANILMASI

Markayı “ciddi biçimde kullanma” ifadesi Marka KHK m.42(1)/c’de yer almakla beraber tanımlanmamıştır. Ciddi biçimde kullanma KHK m.42(1)/c de ifadesini bulmakla beraber; kullanma kavramından KHK m.14’de de bahsedildiği için ciddi biçimde kullanma kavramının bu iki maddenin birlikte dikkate alınarak tanımlanması gerekmektedir. Markayı ciddi kullanma ibaresiyle; markadan işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani onun malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını

¹³⁵ YILDIRIM, s.179.

¹³⁶ ISAAC, 13.10.

sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada veya piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması kastedilmektedir¹³⁷.

Ciddi kullanım¹³⁸ kavramı benzer düzenlemeler olan 89/104 sayılı Yönergenin 10. maddesinde ve 40/94 sayılı Topluluk Markasına ilişkin Tüzük'ün 15. maddesinde yer almasına rağmen bu düzenlemelerde de kavramın tanımına yer verilmemiştir. Bu kavramın içeriğinin doldurulması ATAD'ın yeni bir kararı ile olmuştur. Bu karara göre; “ciddi kullanım, yalnız marka tarafından bahsedilen hakların elde tutulmasına yönelik sembolik bir kullanım olarak anlaşılmalıdır. Markanın temel işlevine uygun kullanım şarttır. Bu işlev, markanın, tüketiciye yahut son kullanıcıya karşı, bir ürün ya da hizmetin menşeyini, bir ürün ya da hizmeti diğer kaynaklardan gelenlerden ayırt etmesine izin verecek ve karıştırmaya mahal vermeyecek şekilde garanti etmesidir.

Amerikan Hukukunda ciddi kullanımın varlığından söz edilebilmesi için belirli şartlar kabul edilmiştir. Bu şartlar: malların ve hizmetlerin özelliği, kullanımın kapsamı ve sıklığı, ilgili pazarın özellikleri, kullanımın ilgili ekonomik sektörde pazar payı yaratmak veya sürdürmek gücüne sahip olup olmadığının değerlendirilmesidir¹³⁹. Örneğin; Bir davada federal mahkeme, bir restoran için üç gazetede reklam verilmesinin ciddi kullanım oluşturduğunu kabul etmiş, yine ek olarak bir olayda markanın işletmeyi düzenleyen bazı evraklarda kullanılması ciddi kullanım olarak görülmüştür. Buna karşılık mahkemece birkaç şişe şampuan hazırlanarak bir işletme tarafından markalanarak satılmak için taşınması, o marka açısından ciddi kullanım olarak görülmemiştir¹⁴⁰. Mahkeme yetkilileri ciddi kullanım

¹³⁷ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 424; ARKAN, “Markayı Kullanma Yükümlülüğü”, s. 292; KAYA, (Marka), s. 197.

¹³⁸ “ciddi kullanım kavramı, 89/104 sayılı yönergenin 10. maddesinin İngilizce metninde “genuine use”, almanca metninde “ernshafte Benutzung” olarak ifade edilmiştir. 89/104 sayılı yönergeye uygun olarak hazırlanan iç hukuk düzenlemelerinde aynı ifadeler yer almıştır. Türk hukukunda Oytaç, Markalar Hukuku, 556 sayılı KHK'nın 42/1-c hükmünde geçen “ciddi biçimde” ifadesinin hatalı olduğunu, “genuine” kelimesinin “gerçek” anlamına geldiğini ifade etmiştir”. OYTAÇ, (Marka), s.196; “Kanımızca; çeşitli dillerde farklı şekillerde ifadesini bulan tüm bu ifadeler aynı anlamadadır”.

¹³⁹ WOODIE/JANIS, “Intent To Use And Registration In The Usa”, 17.05; “Aynı kriterler İngiliz Marka Hukuku sisteminde de bir markanın ciddi kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesinde ölçü olarak kabul edilmektedir”. ISAAC, 13.09.

¹⁴⁰ WOODIE/JANIS, 17.08.

kavramını değerlendirirken; olaya konu olan markayı kendi endüstrisi içinde değerlendirme yoluna gitmişlerdir.

Markanın ciddi olarak kullanıldığının kabul edilebilmesi için; o markanın yalnızca ilgili teşebbüs tarafından değil, aynı zamanda marka tarafından korunan mal ve hizmetlerin yer aldığı piyasada da kullanılması gerekmektedir. Bu piyasa, aynı mal ve hizmeti üreten teşebbüslerin oluşturduğu piyasada farklı bir yer edinmek biçiminde oluşabileceği gibi yeni bir mal veya hizmet piyasası oluşturmak biçiminde de kendisini gösterebilir. Marka sahibi markasını ancak bu iki piyasadan birisinde kullanarak ciddi kullanım yükümünü yerine getirmiş kabul edilebilir. Markanın kullanımı; daha önceden piyasaya sunulmuş mal ve hizmetlere ilişkin olarak veya piyasaya sürülmek üzere olan mal ve hizmetler bakımından belirli bir müşteri çevresinin yaratılması amaçlanarak, özellikle reklamlarda ve reklam kampanyalarında gerçekleşmelidir. Bu kullanımı yerine getirecek olan kişi marka sahibi olabileceği gibi, marka sahibi tarafından yetkilendirilmiş olan herhangi bir kişi de olabilir.

Markanın kullanımının ciddi olup olmadığı hususunun değerlendirilmesinde, markanın ticari kullanımının gerçekliğinin tespit edilmesinde; markanın koruduğu mal ve hizmetler bakımından pazar payı yaratılması ya da mevcut pazar payının korunması bakımından elde bulunan tüm bulguların, hal ve şartların birlikte dikkate alınması gerekir. Bazı durumlarda, markanın kullanımı, tescil kapsamında bulunup daha önceden piyasaya sürülmüş ancak halihazırda arza konu olmayan mal ve hizmetler bakımından ciddi nitelik arz edebilir. Daha önceden piyasaya belli bir marka ile arz edilen mal veya hizmet o mal ya da hizmetin bütünü ile ilgili olabileceği gibi o mal veya hizmetin yapısını oluşturan parçaların ayrıca satılması da ciddi kullanım teşkil edebilir. Yine; daha önceden pazarlanan mal veya hizmetin yapısında bulunmayan ancak bu mal ya da hizmetlerle doğrudan bağlantı içinde bulunan mal ve hizmetlerle ilgili olarak müşteri çevresinin ihtiyaçlarını gidermeye yönelik olan mal veya hizmetler açısından, marka sahibinin markayı aynı şartlarda fiilen kullanması durumunda da ciddi kullanımın varlığı kabul edilebilecektir¹⁴¹.

¹⁴¹ ISAAC, 13.09.

Bir markanın ciddi kullanımı; tescil edildiği mal ve hizmetler için pazar yaratmak yahut mevcut pazarı korumak amacıyla, temel işlevine uygun olarak söz konusu mal ve hizmetlerin menşe kimliğini garanti edecek şekilde kullanılması durumunda söz konusu olur. Bir marka kullanımının ciddiyetine ilişkin değerlendirme yapılırken; ticari kullanımın gerçekliğinin tespitine ilişkin olan olaylar ile hal ve şartların bütünü göz önüne alınarak, özellikle, ilgili sektörde marka tarafından korunan mal ve hizmetler için pazar payı oluşturmak yahut mevcut pazar payını korumak yönünde doğrulanan kullanımlar, söz konusu mal ve hizmetlerin nitelikleri, pazar özellikleri, markanın kullanım kapsamı ve sıklığı göz önüne alınmalıdır. Markanın, marka sahibi tarafından ilgili mal ve hizmetin birleşimi veya yapısına giren parçalar veya müşteri çevresinin ihtiyaçlarını giderebilmek amacıyla daha önceden pazarlanan mal ve hizmetler için fiilen kullanılması şartıyla piyasaya yeni arz edilen mal ve hizmetler için kullanılması da kullanmanın ciddiliğini ortadan kaldırmaz¹⁴².

Markanın ciddi kullanılması kavramı; hem markanın işlevine uygun kullanılmasını hem de tescil edildiği mal veya hizmetlerde kullanılması kavramlarını içermektedir.

Kullanmanın ciddi olup olmadığı değerlendirilirken, mal ve hizmetin türü, markanın kullanım şekli, kullanmanın kapsamı ve süresi de değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Örneğin; pahalı veya yeni teknolojiye sahip bir malın tüketiciler tarafından talebi daha az olacağından bu malın satışı da az olacaktır. Dolayısıyla bu malın satışının az olması burada kullanmanın ciddi olmadığını göstermez. Oysaki satışı çok olan mesela, sigara, kalem gibi mallar açısından satışın fazla olması kullanmanın ciddi olup olmadığının belirlenmesi açısından ölçüt olarak konabilir. İşletmenin büyüklüğü de kullanmanın ciddiyetinin değerlendirilmesini etkileyebilir¹⁴³.

Kanımızca; ciddi kullanım kavramı hem özel hem de genel kriterler içermektedir. Özel kriterler; marka sahibinin hareketleri, diğer marka sahiplerine oranla durumu, markasını taşıyan mal veya hizmetin türü, kullanmanın şekli,

¹⁴² YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.630-631-632.

¹⁴³ ARKAN, (Marka II), s.147; DİRİKKAN, (Külfet), s. 244.

kapsamı ve süresi vb. olarak, soyut kriterler ise; aynı sektörde faaliyet gösteren diğer işletmelerin hareketleri ve teamül olarak yerleşen davranışlar vb. olarak düşünülerek ciddi kullanım kriterleri belirlenmelidir. Her somut olayın şartları farklı olmakta ve her somut olay farklı kriterlere ihtiyaç duymakla beraber ilk olarak; markanın tescil edildiği mal ve hizmetler için kullanılması, ikinci olarak markanın işlevine uygun olarak kullanılması ve son olarak ya bir pazar yaratmak ya da mevcut pazarı korumak amacıyla yapılan kullanımlar ciddi kullanım sayılmalıdır.

E. MARKANIN YURT İÇİNDE KULLANILMASI

Alman Markalar Kanunu MarkenG §26/1 markanın “ülke içinde” yani Almanya sınırlarında kullanılmasından bahsedilmişken¹⁴⁴, KHK’nın 14. maddesinde markanın Türkiye sınırları içinde kullanılması gerekliliğinden bahsedilmemektedir. Kullanmanın yurt içinde olması gerektiğine dair bir hükmün açıkça KHK de yer almamasına karşın, marka hakkının niteliği, sadece ihraç edilecek mallara marka konulmasının kullanma sayılacağına dair hükümler incelendiği zaman markanın sadece yurt içinde kullanılmasının KHK m.14 hükmüne uygun kullanım olduğu sonucuna ulaşılabacaktır¹⁴⁵. Markanın ülke içinde kullanılması ile markanın bütün ülke çapında kullanımı kastedilmemektedir; markanın sadece ülkenin sınırlı bir bölgesinde ya da bölümünde kullanılması da ciddi kullanımın var olduğunun kabul edildiği hallerde kullanma için yeterlidir¹⁴⁶.

Gümrük hattı dışında kalan serbest bölgelerdeki marka kullanımı da ülke içindeki geçerli kullanma olarak kabul edilmelidir. 3218 sayılı kanunla kurulan serbest bölgeler, Türkiye’nin gümrük hattı dışında sayılmakla beraber, siyasi sınırlarımız içindedir¹⁴⁷.

¹⁴⁴ “Ancak Almanya ile İsviçre arasında yapılmış olan 1892 tarihli bir anlaşma gereğince Almanya ile İsviçre’ de aynı şekilde tescil edilmiş bir markanın, bu ülkelerden birinde kullanılmamış olmasının yaratacağı olumsuz sonuçların diğerindeki kullanma ile bertaraf edileceği esası kabul edilmiştir”. ARKAN, (Marka II), s. 150.

¹⁴⁵ ARKAN, (Yükümlülük),s. 293.

¹⁴⁶ DİRİKKAN, (Külfet), s.245-246.

¹⁴⁷ ARKAN, (Marka II), s. 150.

II. MARKA TÜRLERİNE GÖRE KULLANIM

A. TİCARET MARKASI AÇISINDAN KULLANIM

Ticaret markası açısından kural olarak; kullanım şartının gerçekleşmesi için bu markanın malın üreticisi tarafından kullanılması gerekir. Marka malda veya malın ambalajının üzerinde ticari hayatla bağlantılı olarak kullanılmalıdır¹⁴⁸. Ticaret markası açısından malın elle ya da makineyle üretilmesi şart olmadığı için, sebze ve meyve gibi doğal ürünler dahi markalanabilir. Ticaret markası ticarete konu olan tüm mallar açısından kullanılabilir. Örneğin; Gima veya Tansaş gibi büyük mağazalar, bir üreticiye sipariş vererek mesela deterjan, süt vb. bazı ürünleri üretirmekte ve bu malları kendi markalarıyla satışa sunmaktadırlar. Dolayısıyla; markanın malın üreticisi tarafından kullanılması şart değildir. Yani; ticaret açısından kullanım şartının gerçekleşebilmesi için; üreticinin kullanımı veya bir üreticiye sipariş verilerek daha sonra bir üçüncü kişi tarafından üretilen mala üçüncü kişinin markasının konulmasıyla kullanma şartı gerçekleşmiş olacaktır¹⁴⁹.

B. BİREYSEL MARKA AÇISINDAN KULLANIM

Bireysel (ferdi) markalarda kullanım şartının gerçekleşebilmesi için; markanın bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından yani marka sahibi tarafından kullanılması gerekir. Bir marka üzerinde iştirak halinde veya müşterek mülkiyet varsa bu durum markanın bireysel marka olma özelliğini kaldırmaz. Bireysel markanın kullanılması; bir kişi –marka sahibi- tarafından olabileceği gibi iştirak veya müşterek mülkiyet durumunda birden çok kişi tarafından da gerçekleştirilebilir. Bireysel marka; malın veya ambalajının üzerinde ve bu biçimiyle ticaret hayatına sunulmalıdır.

Müşterek maliklerden birisinin markayı kullanması o marka açısından kullanım yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelir. İki malik tarafından marka kullanılmıyorsa ise; marka KHK m.42 hükmüne dayanarak iptal edilebilecektir. Markayı kullanan müşterek maliklerden birisi diğer malike markanın kullanılmamasından dolayı dava açabilir ancak bu davadan hukuki bir yarar elde

¹⁴⁸ ARSEVEN, s. 106.

¹⁴⁹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.347.

edemeyeceđi açıktır. Çünkü; maliklerin marka hakkı üzerinde belirlenmiř bir payları yoktur. Paylařabilecekleri sadece marka hakkı üzerinden elde ettikleri gelirleri olacaktır. Műřterek malik markayı kullanmayan malike dava açıp, műřterek műlkiyetin sona erdirilmesini ve marka hakkından elde edilen gelirin kendisine verilmesini talep edebilecektir.

C. GARANTİ MARKASI AÇISINDAN KULLANIM

Garanti markasında marka, marka sahibi tarafından deđil; marka sahibi tarafından belirlenen ve malın kalitesine iliřkin olarak tespit edilmiř řartları gerçekleřtiren her tűrlű iřletme tarafından kullanılmaktadır. Bu markalar malın belirlenen özellikleri tařıdığını ve bundan sonra aynı iřletme tarafından űretilen aynı mallarda o kalitenin tařınacađını garanti eder. Garanti markasının marka sahibi tarafından kullanılamamasının sebebi; kiřinin kendi kendisini kontrol etmesi zorunluluđunda bırakılmasının zorluklara yol açabileceđi dűřűncesidir. Garanti markası; űretilen malın kalitesini ve niteliđini gűsterdiđi için, bir kiři adına olmakla beraber bu kiři çođu kez bir meslek mensupları derneđi, bir meslek odası ya da bir tűzel kiřidir.

Garanti markalarında kullanmadan ne anlařılması gerektiđi ve beř yıl boyunca kullanmamanın yaptırımının yani, markanın hűkűmsűzlűđűnűn nasıl uygulanacađı dűrt farklı řekilde açıklanabilir. İlk olarak; KHK'ye gűre; marka sahibi markasını bizzat kullanmamaktadır. Markasını kendisi kullanmayan bir marka sahibi açısından da bir kullanım yűkűmlűđűnűnden bahsedilemeyecektir. Garanti markalarında kullanım olsa olsa marka sahibinin garanti markasını teknik yűnetmeliđe uygun olarak hazırlayan diđer marka sahiplerine kullandırması řeklinde anlařılabilir. Markasını bizzat kullanmasa da garanti markasının asli sahibi garanti markasının sahibidir ve hűkűmsűzlűk garanti markasını kullanmayan marka sahibi açısından sűz konusu olabilir. İkinci olarak; marka sahibi markasını bizzat kullanmadığı için ve garanti markasında belirtilen teknik řartları tařıyan teřebbűslere garanti markasının sadece kullanım hakkını verdiđi için yani onların sadece garanti markasını teknik yűnetmeliđe uygun olarak kullanıp kullanmadıklarını denetleyebildiđi için garanti markaları açısından KHK m.14 uygulanmamalıdır. űçűncű olarak; marka sahibinin belirtilen özellikleri tařıyan iřletme sahibine

kullanım hakkını verdiği ve kendisi markayı bizzat kullanamadığı için artık kullanma yükümlülüğünün garanti markasını kullanan işletme sahibi tarafından yerine getirilmesi gerektiği ve yerine getirilmediği takdirde hem garanti markasının sahibi hem de üçüncü kişiler o markanın hükümsüzlüğünü ileri sürebileceklerdir. Son olarak; garanti markasının sahibi garanti markasının kullanım hakkını verdiği işletme sahibini sadece teknik yönetmeliğe aykırı kullanıyorsa teknik yönetmeliğe uygun kullanmasını isteyebilir. Ancak üçüncü kişiler markanın kullanılmamasından dolayı beş yıl geçtikten sonra her zaman hükümsüzlüğü ileri sürebilirler.

Biz; bu görüşlerden ilk görüşü kabul ediyoruz. Yani; garanti markası açısından da bir kullanım yükümlülüğü vardır. Bu kullanım yükümlülüğü markasını üçüncü kişilere kullandıran garanti markası sahibine aittir. Ancak onun kullanım yükümü, teknik yönetmeliğe uygun şartları taşıyan marka sahiplerine marka hakkını kullandırmak şeklinde olmaktadır.

Garanti markası tescil edilirken markanın nasıl kullanılacağına ilişkin markanın kullanılma usul ve şeklini gösteren yönetmelikte bu başvuruya eklenir. Garanti markasını kullanmak isteyen kişi teknik yönetmelikteki şartları yerine getirdikten sonra garanti markasının sahibi teknik şartları yerine getiren kişinin garanti markasını kullanmasına izin vermiyorsa teknik şartları yerine getiren marka sahibi markayı kendiliğinden kullanmaya başlaması mümkün müdür? KHK de bu durumla ilgili bir durum bulunmamakla beraber, 40/94 sayılı Tüzüğü'nün 68. maddesinde, yönetmeliğe uyan herkesin başka bir koşul aranmaksızın garanti markasını kullanabileceğini düzenlemiştir. Tüm koşulları yerine getiren bir işletmenin garanti markasını kullanma talebinin reddedilmesi ve bu redde rağmen, markanın kullanılması halinde garanti markası sahibi neler yapabilir? Yargıtay bu durum da markaya tecavüzün varlığını kabul etmiştir¹⁵⁰. Tüm koşulların yerine getirilmesine rağmen garanti markasının kullanımına izin verilmiyorsa bu durum

¹⁵⁰ “Davalının, sözleşme yapmadığı dönemde davacının yaptırdığı tespit sırasında, üretilen mallarda ve ambalajlarda TSE markasını kullandığı belirlendiğine ve mahkemece de böyle kabul edildiğine göre davalının eylemi 556 sayılı KHK'nin 61. maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz sayılan fiillerdendir. Aynı KHK'nin 62. maddesine göre de marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararının tazminini mahkemedен talep edebilir”. Y. 11 H.D 27.04.2000, 2000/2598 E., 2000/3579 K, SAKA, s.196-197 (dn.13).

M.K. uyarınca kötüye kullanım durumu teşkil eder. Bu durumda, sadece şekil olarak kullanım talebini red hakkı ve markaya tecavüzü önleme yetkisi, hakkın kötüye kullanılması yasağı karşısında etkisiz kalacaktır. KHK sisteminde, garanti markasının kullanım şartlarının, tescil edilmesi zorunlu objektif kurallara bağlanmasının sebebi, bu keyfiliğin önlenmesidir. İzin talebi reddedilen kişi, kendi aleyhinde önceden marka hakkına tecavüzden dolayı dava açılmamış olması şartıyla, izinsiz olarak markayı kullanmak yönündeki fiilinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini, KHK m.74'e (marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava ve şartları) göre mahkemeden talep edebilir. Bu izinden keyfi olarak kaçınılmasını engeller¹⁵¹.

Garanti markası; verildiği mal ve hizmetler açısından yönetmelikte belirtilen şartların taşındığını garanti ettiği için, garanti edilen mal veya hizmette belirlenen özelliklerin bulunmadan kullanılması durumunda markayı kullanan kişi, satıcı yahut yapımcı (müteahhit) sıfatıyla, satım ya da istisna akdi uyarınca ayıba karşı tekeffül sorumluluğu altına girer¹⁵². Markalı malı alan tüketici ayrıca aldığı ürünün garanti edildiği şekilde olmaması durumunda Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümlerine de başvurabilecektir.

D. ORTAK MARKA AÇISINDAN KULLANIM

Ortak marka; birden çok işletme adına, markanın her bir sahibinin, markanın tamamı üzerinde diğer marka sahipleriyle aynı haklara sahip olduğu marka olduğu için, kullanım şartının gerçekleşmesi bakımından bir marka sahibinin markayı kullanması yeterlidir. Bir marka sahibinin markayı kullanmaması sebebiyle markanın iptal edilmesi mümkün değildir. Bir marka sahibi ortak markayı kullanmıyor diye sırf kullanmayan kişi hakkında o markanın iptali istense dahi diğer marka sahipleri açısından markanın kullanım hakkı devam edeceği için, markanın iptalini isteyen kişinin iptal edilen marka açısından bir hukuki yararı olmayacaktır. Ancak, ortak marka aynı veya benzer emtiayı kullanan ve bunu bir marka etrafında tescil ettiren kişiler tarafından kullanılır. Üçüncü kişilerin ortak markanın iptal edilmesinde bir

¹⁵¹ YASAMAN/ YÜKSEL, (Şerh), s.994.

¹⁵² ARKAN, (Marka I), s.48.

hukuki yararları olmamasına karşın, ortak markayı oluşturan gruba dahil işletmeler açısından daha farklı bir hukuki durum ortaya çıkabilir. Örneğin; üç işletmenin bir araya gelerek bir markayı ortak marka olarak tescil ettirmesiyle artık o markanın sahip olacağı itibar veya tanınmışlık o üç işletmenin bir araya getirdiği birliğe ait olacaktır. Ortak markayı birlikte tescil ettiren kişiler ortak marka sahiplerinden birinin markayı haklı bir neden olmaksızın kullanmaması nedeniyle beş yıl sonunda o kişinin ortak markayı kullanmasına engel olabilirler. Diğer ortak marka sahipleri o kişinin ortak markayı kullanmasına engel olarak hem markanın itibarını hem tanınmışlığını hem de pazarda markadan sağlanacak olan maddi menfaatleri korumuş olacaktırlar. Bu nedenlerden dolayı, ortak marka sahipleri ortak markasını haklı bir nedeni olmaksızın kullanmayan diğer ortak marka sahibi açısından ortak markanın iptalini isterlerse bu durumda bir hukuki yarar yoktur diyemeyiz.

E. KORUYUCU MARKA AÇISINDAN KULLANIM

Koruyucu marka; bir markaya yönelik olan tecavüzlerin önlenmesi amacıyla tescil edilmiş olan markadır. Bir kimsenin bir markayı kullanma niyeti olmaksızın, sadece markasını korumak amacıyla tescil ettirmesi durumunda o tescilin baştan itibaren geçersiz olduğunu savunan görüşler vardır¹⁵³. Fiilen kullanılmayacak olan markanın beş yıl içinde kullanılmaması durumunda iptalinin istenmesi mümkün olduğundan, bu markaların da tescil edilmesi yersizdir. Ayrıca, koruyucu markaların ileride kullanılması mümkün olan tedbir markalarından ayrılması da güçtür. Beş yıl boyunca kullanılmayan koruyucu marka dahi olsa markanın türüne bakılmaksızın iptal müeyyidesi ile karşılaşacağı bir gerçektir.

Marka mevzuatı¹⁵⁴ ile birlikte uygulanan sınıflandırma sistemi¹⁵⁵ sayesinde, karışıklığa yol açacak koruyucu marka tesciline de gerek kalmamıştır. Çünkü; marka

¹⁵³ ARSEVEN, s.113-114; KARAYALÇIN, (İşletme), s.415-416; ARKAN, (Marka I), s.59 (dn. 20); DİRİKKAN, (Külfet), s.230 (dn. 39); ÖZTEK, “İlaç Markaları Arasında İltibas ve Türk Markalar Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları”, HA, 1991, s.17-18; ÖZTEK, “İlaç Markaları Alanındaki Son Gelişmeler”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06. 05. 2005, s.24-25 .

¹⁵⁴ “Marka tescil başvurularının incelenmesinde 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 4128 sayılı Kanunla değişik 7. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde belirtilen Aynı Tür Mal ve Hizmet Değerlendirilmesi, 12.07.1995 Tarih ve 95/7094 Sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Taraf Olunan Markalardaki Mal ve Hizmetlerin

sahibine markanın aynının ya da benzerinin, özdeş mal veya hizmetler bakımından kullanılmasına engel olma olanağı tanınmıştır. 12.07.1995 Tarih ve 95/7094 Sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla Taraf Olunan Markalardaki Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması hükümlerine göre Uygulanacak Sınıfların Listesi ve Uygulamasına İlişkin BİK-TPE 96/2 Nolu Tebliğin 8. maddesine göre; mallar ve hizmetler 45 sınıfa ayrılmış ve bu gruplar da kendi içinde bazı sınıflandırmalara tabi tutulmuştur. Örneğin; 2. sınıfa ait birinci mal grubu Boyalar, vernikler, laklar, pas önleyiciler, ahşabı koruyucu maddeler, boyalar için bağlayıcı ve inceltici maddeler (binder, tiner, petrol v.b.), boya pigmentleri, metali koruyucu maddeler, ayakkabı boya ve mürekkepleri, tonerler; besin maddelerini, ispençiyari ürünleri ve içecekleri boyamaya mahsus maddelerden oluşmaktadır. Yani; grup içindeki kullanım tescil edilen marka açısından o markanın kullanıldığını göstermekte ve iptalini engellemektedir. Bu durum sadece mallar açısından değil, hizmetler açısından da söz konusudur. Örneğin; 42. sınıfın birinci alt grubunda bilimsel ve sınai inceleme, araştırma hizmetleri; mühendislik hizmetleri: bilimsel araştırma ve geliştirme hizmetleri (üçüncü şahıslar adına), kimyasal araştırma hizmetleri, maden eksperliği (uzmanlığı) hizmetleri, jeolojik araştırma hizmetleri, petrol arama hizmetleri, malzeme ve ürün test hizmetleri, meteoroloji hizmetleri, mühendislik danışmanlık hizmetleri, mimarlık hizmetleri, teknik proje çalışmaları hizmetleri, haritacılık hizmetleri, arazi inceleme ve ölçme hizmetleri, peyzaj hizmetleri, şehir planlamacılığı hizmetleri, çevre koruması konusunda danışmanlık hizmetleri, sualtı incelemeleri hizmetleri, kalite kontrol hizmetleri, araçların yol değerlerinin test edilmesi hizmetleri yer almaktadır. Bu grup içindeki herhangi bir malın veya hizmetin kullanımı o gruba dahil olan tüm mal ve hizmetler için kullanma sayılacaktır. Aksi görüşe göre ise; bir markanın kayıtlı olduğu sınıfta sadece bir ürün için kullanılıyor olması, o sınıftaki diğer ürünler bakımından kullanım yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamına gelmemektedir. Örneğin;

Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması hükümlerine göre Uygulanacak Sınıfların Listesi ve Uygulamasına İlişkin BİK-TPE 96/2 Nolu Tebliğ için bkz. R.G. 27.08.1996, S.22740” .

¹⁵⁵ “Bir çok ülke malların ve hizmetlerin daha geniş olarak listedeki tüm sınıflara tüm sınıflar için tesciline bir kullanım kanıtı olmaksızın izin vermektedir. Amerikan Marka Hukuku sisteminde ise; Landam Kanunu çerçevesinde sadece madde 44 ve 66 da yer alan mal ve hizmetler için izin verilmektedir. Bu izin süresi sadece altı ay olarak belirlenmiştir. Altı ay içinde haklı bir neden olmadan kullanılmayan markalar için iptal istenebilmektedir ” . KLEIN/NORTON, 18.13.

marka hakkı sahibinin 39. sınıfta hava taşımacılığı için markasını kullanması 39. sınıfın tamamı için bir kullanım kabul edilmemelidir. Aynı şekilde mesela; marka 36, 39 ve 42. sınıflar için tescil edilmesi durumunda sadece 39. sınıf için bir kullanım varsa bu markanın diğer sınıflarda da kullanıldığını kabul etmemek gerekir¹⁵⁶. Kanımızca; bir mal veya hizmeti taşıyan marka mesela 39. sınıfta hava taşımacılığı için kullanılmak üzere tescil edilmişse sadece 39. sınıfın birinci alt grubu için bir kullanım vardır. Yoksa tüm 39. sınıf için kullanım şartının gerçekleştiğini kabul etmek doğru değildir. Birkaç sınıf için tescil edilen markalarda ise; sadece kullanılan sınıf için kullanım yükümlülüğünün gerçekleştiği kabul edilmeli diğer sınıflar için kısmi hükümsüzlüğe başvurulabilinmelidir.

İsviçre Hukukunda koruyucu markalar, sahipleri tarafından gerçek bir kullanımın hedeflenmemesi, marka sicilini gereksiz yere işgal edip, marka korumasından haksız olarak yararlanmayı sağladığı için ilgililerin mahkemeye başvurmasıyla iptal edilmektedirler.

Fransız Hukukunda da marka korunmasının kapsamının koruyucu markalar yoluyla genişletilmesi markanın kullanılması yükümlülüğü ile beraber ele alınmış ve marka tescilinin talep edildiği anda tescil isteminde bulunan kişinin tescille güttüğü amacın belirlenmesinin neredeyse güç olması karşısında sadece beş yıl boyunca kullanılmadığı belirlenen markalar açısından hükümsüzlüğün ileri sürülerek markanın iptal edilmesinin mümkün olabileceği belirlenmiştir¹⁵⁷.

Türk Hukuk sistemi açısından koruyucu markaların da ne amaçla tescil edildiğinin tespitinin zor olması karşısında, kötü niyetli bir tescilin olmadığı ve kötü niyetli tescile bağlanan yaptırımların uygulanmayacağı, aksine beş yıl boyunca kullanılmayan koruyucu markaların, markaların kullanılması yükümlülüğüne uymamanın yaptırımı olarak iptalinin istenebileceği ve ciddi bir kullanım olmadığı takdirde koruyucu markanın iptal müeyyidesi ile karşılaşacağı kesindir.

¹⁵⁶ KAYA, (Marka), s. 197.

¹⁵⁷ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 642-643.

F. TEDBİR MARKALARI AÇISINDAN KULLANMA

Tedbir markaları¹⁵⁸ ilerde kullanılması düşünülen ve bu amaçla tescil edilen markalardır. Markaların tescil edilmesi için kullanım şart olmadığı için, bu tür markaların tescil edilmesinde de bir sakınca yoktur. Ancak kişi ilerde kullanma niyetiyle tüm sınıflardaki markaları da tescil ettirebilir. Koruyucu markalar gibi tedbir markalarının da ne amaçla tescil edildiklerinin tespit edilmesi oldukça güç görülmektedir. Uygulamada tedbir markaları ile koruyucu markaların teorik olarak ayrılması güçlüğü yani bir markanın hiç kullanılmayacağı veya ilerde kullanılacağına tespiti zordur. Burada da kötü niyetli tescil ile kullanma niyetinde var olan tescilin saptanması ve ona göre müeyyide uygulanması gerekmektedir. Kötü niyetli olarak yapılan tescilde bir markayı kullanmayı düşünmeyen bir kişinin bir üçüncü kişi tarafından önceden kullanılan ya da ilerde tescili talep edilebilecek olan markayı kendi adına tescil ettirmesidir¹⁵⁹. İlerde tescili talep edilecek bir markanın daha önceden bir başkası tarafından tescili o işletmeye ait olan ticari sırların elde edilmesi yoluyla olabilir¹⁶⁰.

Markanın marka sahibi tarafından kullanılması şart olmadığı için, marka sahibinin bir markayı sırf başkasına devretmek ya da bir başkasına lisans vermek amacıyla da tescil ettirmesi mümkündür. Tedbir markaları da beş yıl boyunca kullanılmazsa iptal edilebilir ancak iptal edilinceye dek geçerli olarak tescil edilmiş bir markanın hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır.

¹⁵⁸ Tedbir markalarına doktrinde ihtiyat markaları veya yedek markalar denildiği de görülmektedir.

¹⁵⁹ “Fransa’da bir reklam şirketi, müşterisinin yeni ürününde kullanmayı düşündüğü marka için kendi adına, aynı ürünler bakımından tescil başvurusunda bulunmuş ve para karşılığında kullanma hakkını teklif etmiştir. Yargıtay reklam şirketi ile müşterisinin arasındaki iş ilişkisini nazara alarak, tescil başvurusunun kötü niyetle yapıldığını ve bu nedenle hükümsüz sayılacağını belirtmiştir”. YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 645 (dn. 77).

¹⁶⁰ “Ticari sırların elde edilmesi yoluyla ilerde tescili düşünülen bir marka bulunup bir üçüncü kişi tarafından tescil edilirse ticari sırlara ilişkin özel düzenlemelere başvurulabilecektir”.

G. MERCHANDISING MARKALARI AÇISINDAN KULLANIM

Merchandising markaları; tanınmış bir ismin, sembolün veya diğer bir işaretin, toplumun gözünde ayırt ediciliğe sahip olmadığı mal ve hizmetlerin satılması ya da satışının artırılması amacıyla, ticari şekilde kullanımını gerçekleştiren markalardır. Bu markaların markayı kullanma yükümlülüğü yönünden arz ettikleri önem KHK m. 14'ün kanuna konuluş amacının saptanarak belirlenmesi suretiyle gerçekleştirilecektir. Yükümlülüğün kanuna konulmasının amacı; asli işlevlerini yani ayırt ediciliği sağlamayan markaların sicilden terkin edilmesini sağlayarak markaların kullanıma açılmasını sağlamaktır. Ayırt edicilik merchandising markalarının bir özelliği değildir. Merchandising markalarının tescil edilmiş amacı; asli markanın yanında; bir taraftan o ürünün satışını desteklemek, diğer taraftan ayırt edicilik kazanmayan mallara o markanın konularak, marka sahibinin itibarının paraya çevrilmesi yoluyla ek gelir sağlanması amaçlanmaktadır. Markaların en önemli fonksiyonlarından olan garanti etme fonksiyonu merchandising markalarında o markanın taşındığı tüm mal ve hizmetlerin asıl markadaki kalitenin garanti edilmesi şeklinde kendisini gösterir¹⁶¹. Merchandising markaları açısından tartışılması gereken sorun; bu markalarda ciddi kullanımın gerçekleşip, gerçekleşmediği olmaktadır. Çünkü; merchandising markaları malın menşeyini göstermemekte, sadece malın diğer işletmeler tarafından üretilen mallardan ayırt edilmesini sağlamaktadır. Merchandising markalarının asıl amacı lisanslı ürünleri lisanslı olmayan ürünlerden ayırt etmektir. Yani; ayırt edicilik kendisini lisanslama da göstermektedir. Marka sahibi markanın başka bir ürünle beraber kullanılmasıyla o üründen menfaat elde etmektedir¹⁶². Tüketici, merchandising markalarını diğer mallardan bu şekilde ayırt edebilmektedir. Böylece, merchandising markası kullanılan ürünler işletmenin aynı nitelikteki mal ve hizmetlerinden ayırt edilmiş olmaktadır. Kullanmanın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda belirleyici olan

¹⁶¹ SUMROY/BADGET, 10.17.

¹⁶² “1997 yılında Amerika’da MCA şirketine bağlı bir müzik grubu haksız kazanç elde etmek amacıyla “Barbie” adını şarkı sözlerinde, kaset ve CD’lerinde kullanmıştır. Barbie tarafından açılan davada şarkı sözlerinde sadece Barbie kelimesinin kullanılması mahkeme tarafından haksız görülmemiştir”. STERPI, 8.10.

toplum olduğundan, toplum bu malları ayırt edebildiği müddetçe ayırt ediciliğin sağlandığı kabul edilmelidir¹⁶³.

H. RENK MARKALARI AÇISINDAN KULLANIM

Renk bir şekil veya üç boyutlu bir biçimin parçası da olarak kullanılabilir. Sadece rengin şekil veya biçimde kullanılması değil malın ambalajının veya malın kendisinin kareli veya çizgili ya da ayırt ediciliği sağlayıcı bir şekle sahip olması da marka hukuku anlamında kullanmadır. Belirli bir konuyla özdeşleşen ancak nasıl kullanılacağı konusunda belirsizlik olan bir renk veya renk kombinasyonu da markanın kullanılması anlamına gelebilir. Bu durumda renk ürünün ambalajında veya ürünü taşıyan araçlarda kullanılabilir. Belli bir renk veya renk kombinasyonu, değişik nesnelere rengi olabileceği gibi, harflerin ve sayıların rengi de olabilir¹⁶⁴.

Renklerin marka olarak kullanılmasında tartışma konusu olabilecek olan renk veya renk kombinasyonunun nasıl ve ne şekilde kullanılacağına belirtilmeden soyut olarak kullanıp kullanılmayacağıdır. Soyut renk markaları açısından dikkat edilmesi gereken; renk markasının tescilinin ne şekilde talep edildiğidir çünkü talep edilen şekil kabul edilirse markanın şekli de tespit edilmiş olacaktır. Markanın korunmasının konusu; tescil edilen şekle göre tespit edildiğinden, burada marka korunmasının konusu soyut renk olarak tescil edilen markadır. Aynı zamanda marka sahibi soyut renk markasını markanın dizaynında belirli bir band genişliği içerisinde çerçeve çizgisi hesaba katılmaksızın kullanımını gerçekleştirmelidir. Renk herhangi bir dış hat çizgisini taşımaksızın ürün üzerinde ön planda yer alıyorsa kullanım şartı yerine getirilmiş olur. Renk markası tescil edildiği mal ve hizmet edimi için malla fiilen bağlantı kurulmasına imkan verecek şekilde kullanılmalıdır. Renk markası; hizmet edimlerinde ürün üzerinde kullanılmayacağından; rengin belirli bir hizmetle bağlantı kurulabilecek şekilde işletme evrakında, reklamlarda, işyerine ait araçlarda veya çalışanların giysilerinde kullanılması durumunda da marka kullanılmaktadır. Tüketicinin, rengi eşya veya hizmet edimi açısından ayırt edicilik sağlayan bir işaret

¹⁶³ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 646-647.

¹⁶⁴ EROĞLU, s. 106-107; ERGÜN, "Türkiye' deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Markayı Kullanma Yükümlülüğü", Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998 İstanbul, TPE Yayını Ankara 1998, s. 153.

olarak algılaması durumunda, kullanma yükümlülüğünün yerine getirildiğinden söz edilebilir¹⁶⁵.

KHK m.14 hükmüne göre; “tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması” da KHK anlamında kullanma kabul edilmektedir. Renk markalarında kullanım şartı gerçekleştirilirken; yapılan değişikliğin ilgili çevrelerce yanılma olmaksızın hala o ürün ya da hizmet için kullanıldığının kabul edilmesi gerekir. Örneğin; % 50 pembe, % 50 mavi olarak tescil edilen bir renk markası açısından pembenin oranını % 90 yaparsak tüketicinin artık bu markayı eski marka olarak algılamaması ve hataya düşmesi muhtemeldir. Renklerin aynı zamanda araya başka bir renk eklenmeksizin de kullanılması gerekir. Çünkü; bu durumda ortaya yeni bir renk markası çıkmış olacaktır. Yine; bir marka herhangi bir renkte tescil edilmiş fakat hem tescil edildiği renkte hem de başka bir renkte kullanılması durumunda farklı renkte kullanılan markanın aynen kullanılmayan marka olarak iptal edilmesi yolu değil; onun yerine farklı renkte kullanılan markanın tescilsiz marka olarak sayılması gerekir¹⁶⁶.

Renk markalarında; meydana gelen farklılıklar özellikle tonlamalardaki farklılıklarla kullanılması durumunda kullanma yükümlülüğü yerine getirilmiş olur mu? Bu durum incelenirken tonlamalardaki farklılıkların sebeplerinin incelenmesi gerekmektedir. Eksik ya da fazla reproduksiyon tekniğinin kullanılması veya hizmet markalarında renk markasının binanın dış cephelerinde kullanılması ve binanın dış cephesi nedeniyle meydana gelen renk farklılıkları veya rengin işletmedeki işçilerin uniformalarında kullanılması durumunda kumaşın cinsinden kaynaklanan renk farklılıkları olması durumunda kullanım yükümlülüğünün yerine getirildiğinin kabul edilmesi gerekir. Çünkü; renk farklı materyaller üzerinde kullanılmasına rağmen, tüketici açısından aynı ürünü veya hizmeti çağrıştırıyorsa rengin tescil edildiği şekilde kullanıldığı kabul edilecektir. Marka sahibinin kötü niyetle reproduksiyon masraflarından kaçınmak düşüncesiyle renk markasını farklı kullanması durumu ise

¹⁶⁵ ŞENOCAK, s. 105-106-107.

¹⁶⁶ ÖÇAL, “Marka Hukukunda Rengin Önemi”, s.417.

haklı kullanım olarak kabul edilemez¹⁶⁷. Renk farklılığının çıplak gözle fark edilmesinin mümkün olmaması gerekir.

Yine; tescil edilen renk markasının bir türde kullanılıp kullanılmadığı tespit edilirken, kullanılan şekil, kelime veya renkten hangisinin markada hakim unsur olarak kullanıldığına bakılması gerekir¹⁶⁸. Yapılan ilaveler, üçüncü kişiler tarafından markanın önemsiz ve değiştirilebilir bir eki ise markanın genel olarak görünüşünü etkileyen bir unsur yoksa, KHK m. 14 anlamında kullanma yükümlülüğü yerine getirilmiştir.

Renk kombinasyonlarından oluşan bir marka açısından, renklerden bir kısmının kullanılmaması durumunda algılamada meydana gelebilecek farklılıklar sebebiyle kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmediği kabul edilmelidir. İki veya üç renkten meydana gelen bir markada iki rengin veya üç rengin tamamının kullanılması gerekir.

İ. SES MARKALARINDA KULLANIM

Ses markalarında kullanım şartının gerçekleşmesi diğer marka türlerine nazaran farklılık gösterecektir. Çünkü; ses markası ürünün ambalajında veya ürünün kendisinde kullanılamaz. Ancak, ses ve melodiler notaya dökülerek yazılabilir. Bu durumda ise insanların bazen notalar üzerinden o melodiyi algılaması güç olabilir. Ses bandındaki ifade notalara aynen aktarılmayabilir. Notalara, melodinin metin kısmını seslendiren şivenin, ses renginin veya müzikal parametrelerin yansıtılması zor olacağı için, nota ve sonogramla¹⁶⁹ ifadenin yanı sıra diskete, kasede veya CD'ye kaydedilmiş olan sesin de marka tescili ile beraber verilmesi gerekir. İngiltere'de Bon Jovi'nin şarkı sözlerinin marka olarak tescil edilmesine karar verildi. Çünkü; insan sesi veya enstrüman sesinin kaydedilmesi ve notalara aktarılması mümkün olmayacaktır¹⁷⁰. Ses markalarının kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmesi, sesin

¹⁶⁷ ŞENOCAK, s. 110-111-112.

¹⁶⁸ T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı "Patent ve Markaların Kullanılması Sempozyumu", 3-4 Aralık 1975 Ankara, s. 91.

¹⁶⁹ sonogram; sesin görüntülenmiş şeklidir.

¹⁷⁰ SUMROY/BADGER, 10.27.

kaset, CD veya diskette yer alması şeklinde gerçekleşir¹⁷¹. Ses markalarında sadece akustik olarak algılanabilir kullanım, kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi anlamına gelecektir. Dolayısıyla, ses markasının reklamlarda nota yazısıyla kullanımında marka hukukuna özgü kullanım yerine getirilmemiş olur¹⁷².

J. ÜÇ BOYUTLU MARKALARDA KULLANIM

Üç boyutlu markalarda marka hukukunun temel niteliği olan ayırt edicilik, tescile konu olan malın veya ambalajın şekliyle sağlanmaktadır. Üç boyutlu şeklin mutlaka malın ambalajında kullanılmasına gerek yoktur; malın kendisi de üç boyutlu olabilir. Malın veya ambalajın tescil edildiği şekilde kullanılmasıyla kullanma şartı gerçekleşecektir. Üç boyutlu markalar, marka sahibi tarafından kullanılıyorsa kullanım yükümlülüğünü yerine getirecek olan marka sahibidir; ancak marka lisans sözleşmesi veya başka bir sebeple üçüncü bir kişiye devredilmişse kullanım yükümlülüğünü yerine getirecek olan üçüncü kişi olacaktır.

K. HİZMET MARKALARINDA KULLANIM

Hizmet markalarının kullanımı açısından marka ile hizmet arasında düşünsel bağlantı kurulmasını sağlayan her türlü kullanım marka hukukuna özgü kullanım olarak kabul edilecektir. Düşünsel bağlantıyı sağlamak koşuluyla hizmet markasının o işletmenin iş evrakında – işletmeye ait olan faturalarda, fiyat listelerinde-, reklamlarında – tanıtım kataloglarında, reklam afişlerinde, ilanlarında-, serviste kullanılan motorlu taşıt araçları veya işyerinde çalışan işçilerin iş kıyafetlerinde veya iş yerinde taktıkları şapkalarında veya rozet olarak kullanmaları, hizmet markaları açısından kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmesidir. Önemli olan; işaretin o hizmetle bağlantılı olarak ve diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırt ediciliği sağlayacak şekilde kullanılmasıdır.

Amerikan Marka Hukuku sisteminde hizmet markalarında kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için; hizmetin sunulması, o hizmete ilişkin olan reklamlarda kullanması veya marka sahibinin markasını sunduğu

¹⁷¹ KARAHAN, (Hükümsüzlük), s.31.

¹⁷² ŞENOCAK, s.127 (dn. 133).

hizmetlerle beraber ticari ilişkilerinde kullanması gerekmektedir¹⁷³. Ayrıca, hizmet markalarına kullanım yükümü bakımından coğrafi yer şartı getirilerek, ya Amerika'da bir şehirden başka bir şehre ya da diğer ülkelerdeki şehirlere markayı taşıyan hizmetin sunulması gerekliliği, aksi halde hizmet markalarında kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmemiş sayılacağı hususu da Amerikan Marka Hukuku sistemi tarafından kabul edilmiştir.

L. TANINMIŞ MARKALARDA KULLANIM

Tanınmış markalarda da kullanım yükümlülüğü vardır¹⁷⁴. Bir markanın tanınmış olması onun kullanım yükümlülüğünden muaf tutulması için bir sebep teşkil etmez. Tanınmış markalar da markaların fonksiyonlarından garanti ve reklam fonksiyonu daha çok ön plana çıkmaktadır. Çünkü; tanınmış bir marka tüketiciye bugün beğendiği malı yarın da bulacağını, satıcı açısından ise malların alıcı bulacağını ifade eder. Tanınmış markaların tanıtımını yapan en önemli fonksiyon; reklam fonksiyonudur. Reklamlar sayesinde tanınmış markayı tanımayan kimse kalmayacaktır¹⁷⁵. Ancak; reklam ve garanti fonksiyonları markanın kullanılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz ve tanınmış marka sahibine de markasını beş yıl boyunca aralıksız kullanma yükümlülüğü yüklenmektedir.

¹⁷³ PRETNAR, "Use And Non-Use In Trade Mark Law", 2.20, Trade Mark Use, Oxford 2005.

¹⁷⁴ "Davacı dilekçesiyle "ACTION MAN" marka ve logosunun davalı tarafından itibas yaratacak şekilde TPE nezdinde tescil ettirildiğinin belirlendiğini ve bu nedenle davalının 166213 nolu tescilinin hükümsüzlüğünü ve terkinini istemiştir. Davacı markasını tanınmış bir markadır. Davalının markası farklı ürünler için tescil edilmiş bile olsa, her iki üründe çocuklara hitap eden ve karıştırılması yüksek ihtimalde bulunan davalı markasının beş yıldan beri kullanılmadığından dolayı hükümsüzlüğüne karar verilmesi istenmiştir. "ACTION MAN" markasının beş yıldan beri kullanıldığını kanıtlayacak bir delil ibraz edilmediğinden, markanın hükümsüzlüğüne karar verilmiştir..." . İstanbul 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2002/98, K. 2004/509, T. 14.09.2004 (Yayınlanmamıştır).

¹⁷⁵ YASAMAN, (Tanınmış), s. 8-9.

III. KULLANMA SAYILAN DURUMLAR

A. MARKANIN AYIRT EDİCİ KARAKTERİNİ DEĞİŞTİRMEYEN FARKLI UNSURLARLA KULLANILMASI

KHK m.14'ün ikinci fıkrasında; “aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir” denilmekte ve tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması durumu da markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir.

551 sayılı Markalar Kanunundan¹⁷⁶ farklı olarak KHK'da markanın tescil edildiği şekilde kullanılması yükümlülüğünden bahsedilmemiş olmasına rağmen, kural olarak marka tescil edildiği şekilde kullanılmalıdır. Bu düzenlemenin kaynağı; Paris Sözleşmesinin 5/C/2 maddesi, 89/104 sayılı Yönerge ve 40/94 sayılı tüzüktür. Böyle bir hükme yer verilmesinin amacı; marka sahibinin gelecekte, markasını çok çeşitli ihtimallerde işletebilmesi ve rakiplerin benzer markaları tescil ettirmelerini engelleyebilmesini sağlamak olarak ifade edilmiştir¹⁷⁷.

Bunun yanında, marka üzerinde, markanın temel unsurlarına zarar vermeden, değişiklik yapma gereği doğabilir. Bu yüzden markanın, ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanımına da izin verilmelidir. Bu sayede, marka sahiplerinin markalarını modernize etme ihtiyaçları da karşılanmış olacaktır¹⁷⁸. KHK'da markanın mutlak biçimde aynen kullanılmasını zorunlu kılmamıştır tersine farklı kullanımın sınırlarını belirleyerek, bu sınırlar içinde farklı kullanıma imkan tanımıştır¹⁷⁹.

¹⁷⁶ “Eski markalar kanununda aynen kullanılmamanın müeyyidesi markanın tescilden terkin edilmesiydi”.

¹⁷⁷ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.637.

¹⁷⁸ DİRİKKAN, (Külfet), s.242.

¹⁷⁹ KARAYALÇIN, “Markaların Aynen ve Aralıksız Kullanılmasıyla İlgili Hükümler”, ABD 1976, C.33, S.6, s. 999 (s.997-1001).

Markanın tescil edildiği şekilden farklı olarak kullanılması, markanın ayırt edici karakterini değiştirmiyorsa, marka hakkını devam ettirici kullanma vardır¹⁸⁰. Yani; önemli olan, markanın bazı unsurlarında değişiklik yapılarak kullanılması durumunda, markanın ayırt edici karakterinin değişip, değişmediğidir¹⁸¹. Bir markanın ayırt edici gücüne bağlı olarak, korumanın kapsamı ne kadar dar ise farklılığın önemli sayılmasına ilişkin sınır da o kadar çabuk aşılır ve markanın ayırt edici karakteri değişmiş kabul edilir. Başvurulacak olan ölçü; toplumun genelinin, yapılan değişikliği önemli kabul etmemesi, yani; markanın yöneldiği çevre de yarattığı izlenimi etkilememesidir¹⁸². Toplumun geneli, markanın kullanılan biçimini tescil edilen markadan tamamen farklı yeni bir marka gibi algılıyor ve kabul ediyorsa, burada hakkı devam ettirici bir kullanım yoktur¹⁸³. Ayrıca markanın kullanıldığı ticari alandaki uygulamalara da bakmamız gerekmektedir. Örneğin; sigara için tescil edilen “Silva” markasının “Silva Long” şeklinde kullanılması uygun görülmüştür. Çünkü; sigara tüketen kimseler markaya eklenen “Long” sözcüğünün, sigaranın boyunu belirten yani “sigaranın uzun olduğunu” gösteren bir sözcük olduğunu ve ayırt etme gücü olduğunu bilmektedirler¹⁸⁴.

Markanın yanında sadece markayı tanımlayıcı bir ek yapılırsa, burada da markanın ayırt edici karakterine zarar veren bir kullanım yoktur. Örneğin; tıbbi malzemelerde markanın yanına meslek dilinde kullanılan endikasyonlar ve malzemenin özelliğine ilişkin eklerin konulması durumunda böyle olmaktadır. Bitişik yazılan iki sözcükten oluşan markadaki sözcüklerin birbirlerinden ayrılarak kullanılması durumunda toplum aynı markayı kullanılıyor olarak algıladığı sürece

¹⁸⁰ “...Hethiter ve Hitit sözcüklerinin anlam yönünden özdeş oldukları kuşkusuz bulunduğu göre, ...aynen kullanma niteliğinin bulunduğu kabulü gerekir...” 11 HD. 30.12.1982, 5229/5746, “DACTYPHONE ve DACTYLOPHONE isimleri DICTAPHONE isminin aşağı yukarı harfiyen ve aşikar şekilde taşıyırını teşkil eder”. ÖÇAL, (Fransız), s. 155 .

¹⁸¹ TEKİNAY, s.75; FRANKO, s.7; ERGÜN, s. 148.

¹⁸² KANİTİ, “İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları”, BATIDER 1961, C.I, s. 235; BATTAL, “Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nisbi Red Nedenleri”, GÜHFD, C.IV, S.1-2, 2000, s. 17; PEKDİNÇER, s. 144.

¹⁸³ “...ÇOKOMEL ve CHOCOMEL markaları ile ilgili kararında Yargıtay markalar arasında iltibasa mahal verebilecek bir şekilde benzerlik bulunmadığına...” hükmetmiştir. 11 HD. 08.11.1983, 3758/4886 Burada iltibas ve halkın yanıltılma ihtimalinin olduğu gayet açıktır. TAŞKAN, s. 125.

¹⁸⁴ “Aynı şekilde kahve için tescil olunan “İdee” markasının “ İdee Kaffee” şeklinde kullanılması durumu da hakkı devam ettirici kullanımdır”. ARKAN, (Marka II), s. 151.

farklı unsurlarla kullanım şartı yerine getirilmiştir. Ya da iki sözcükten yalnızca birisi kullanılıyorsa, kullanılmayan sözcüğün tanıtıcı işlevi daha zayıf veya toplum için büyük bir öneme sahip değilse gene kullanım yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır¹⁸⁵.

Farklı dil ve lehçelerin konuşulduğu yerlerde, telaffuz ve okuma zorlukları dikkate alınarak, marka da bazı değişiklikler yapılması durumunda da mevzuata uygun kullanım şartı yerine getirilmiş olur¹⁸⁶.

Sözcük markalarında harflerin biçimi ve büyüklüğünde değişiklikler yapılarak kullanılması da markanın ayırt edici karakterinin değişmesine yol açmıyorsa sorun değildir. Bir harfin hiç kullanılmaması veya hiç kullanılmayan bir harfin eklenmesi markayı meydana getiren sözcüğün tamamen farklı bir şekilde anlaşılmasına sebep oluyorsa, artık markanın ayırt edicilik fonksiyonu zarar görmüştür¹⁸⁷.

¹⁸⁵ “Yargıtay, tescilli “Cici Tik Tak” markasının “Tik Tak” şeklinde kullanılmasını, aynen kullanma ilkesine aykırı bularak, markanın terkin edilmesini gerektiğini belirtmiştir”.(11. HD. 03.04.1988 T., 87/7926 E., 88/2977 K.) KARAHAN, (Hükümsüzlük), s. 129 (dn. 1); FRANKO, s. 9-10-11; “Fransız Mahkemesi “Super Nana” markası yerine “Nana” markasının, “Baby Cool Diffusion” yerine “Baby Cool” markasının kullanılmasına izin vermemiştir”., YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.638 (dn.47).

¹⁸⁶ KANİTİ, s.237; FRANKO, s.8.

¹⁸⁷ “Mahkemece toplanan delillere ve bilirkişi raporuna dayanılarak davacının kullandığı “Yıldız” markası ile, davalının kullandığı “Akyıldız” markası arasında gerek görsel, gerek fonetik unsurlar yönünden benzerlik bulunmadığı, ortalama müşterinin farklılığı kolayca ayırt edebileceği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı davacı vekili temyiz etmiştir. Bilir kişiler, iki tanıtıcı işaret arasında görsel ve fonetik bakımdan benzerlik olmadığını belirtmişlerse de, sadece işaretlerde (olayda yıldız şeklindeki) benzerlik olması yeterli değildir. Zira, davacının markası içerisinde “Yıldız” kelimesi de yer almakta olup, davalı “Akyıldız” kelimesini kullanmaktadır. Bilirkişiler bu iki kelime arasında fonetik bakımdan da benzerlik bulunmadığını açıklamışlarsa da, bu kabul yanlış olduğu gibi, böyle olsa dahi haksız rekabetin mevcut bulunmadığı sonucuna varılamaz. Önemli olan husus tanıtmaya işaretini ile benzer kelimelerin ne şekilde kullanıldıkları, alıcılar üzerinde ilk bakışta ne gibi bir etki bırakacağı, dolayısıyla alıcıların yanlış ihtimallerinin bulunup bulunmadığıdır. Davalı “Yıldız” kelimesi önünde kullandığı “Ak” kelimesini, mamullerine yapıştırdığı etikette “Yıldız” kelimesinden uzağa ve ince harflerle koymuş, “Yıldız” kelimesini daha büyük harflerle ve kalın bir şekilde yazmak suretiyle mamulün markasının “Yıldız” olduğu intibasını uyandırmaya çalışmıştır. Yine, davalının kullandığı faturalar ve başlıklı kağıtlarda büyük şekilde “Yıldız” kelimesi kullanılmış “Ak” ibaresi ise kelimeden ayrı olarak yıldız şeklinin içerisine alınmıştır. Davalının dükkanının camına yazdığı yazılar da bu şekildedir. Böylelikle, davalının kendi tanıtmaya yazısı içerisinde önündeki “Ak” ekine rağmen “Yıldız” kelimesini unsur olarak kullanmış olması karşısında ve bu gibi hallerde yerleşmiş Yargıtay içtihatları gereğince olayda açık ve seçik olarak haksız rekabetin mevcudiyetinin kabulü gerekir...”. 11 HD., 17.09.1986 T. , 3698/4479, FRANKO, s. 15; DÖNMEZ, s. 241.

Lisans sahibi kişi de kural olarak; markayı tescil edilmiş biçimde kullanmak zorundadır. Ancak; lisans sahibi de tescil edilen markayı ayırt edici karakterini değiştirmeden kullanabilir¹⁸⁸. Örneğin; bir karara konu olan olayda lisans alan, tescilli “Jeannette” markasının yerine “Jeanette” markasını kullanmış, mahkeme kullanılan markanın tescil edilen markayla ses olarak aynı, yazımında ise anlaşılması güç bir farklılığın olduğuna karar vermiştir¹⁸⁹.

KHK m. 14 uyarınca tescilli markanın ayırt edici niteliğini bozacak nitelikte olan kullanımlarda bu kullanımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığının da araştırılması gerekmektedir. Çünkü; markanın haklı bir neden olmaksızın beş yıl boyunca kullanılmaması da markanın iptal edilmesine sebep olmaktadır. Markanın ayırt edici karakterini değiştirecek ölçüde farklı kullanma için haklı bir neden olmamasına rağmen, bu çeşit bir kullanım beş yıldan uzun sürerse, markayı kullanmama nedeniyle iptal edilebilecektir¹⁹⁰.

Ayırt edici karakteri değiştirilen marka artık yeni bir marka olacak ve toplum tarafından, önceden kullanılan esas marka olarak tanınmayacaktır. Çünkü; marka artık o şekilde kullanılacak ve toplumda markayı o şekliyle tanıyacaktır. Markanın tescil edildiği şeklin yanında, kullanıldığı şekil de önemli olduğu için yeni kullanılan markanın da ayrıca tescil edilmesi gerekmektedir¹⁹¹. Bu durumun değerlendirilmesi yapılırken; toplumun o markayı algılayış biçimi önem kazanmaktadır.

¹⁸⁸ “Marka sahibi, markanın kullanımını denetlediği sürece markanın lisans alan tarafından kullanılmasında bir sakınca olmamalıdır”. WILKOF, s. 7.11

¹⁸⁹ DİRİKKAN, (Külfet), s. 253 (dn. 126).

¹⁹⁰ “markanın farklı kullanılması durumunda da tescilli markanın kullanılmadığına dayanarak markanın terkin için Eski Markalar Kanununda belirtilen üç yıllık süre beklenmelidir”. ÖÇAL, (Himaye), s.89; CENGİZ, s.46-47; “Eski Markalar Kanunu zamanında markanın aynen kullanılmaması nedeniyle terkin için aralıksız kullanmama yönünden üç yıllık süreyi beklemek gereksizdir”. 11.H.D., 13.07.1988, 87/7928/2977 (DÖNMEZ, s.143-144); 11.H.D., 10.11.1988, 7604/6665 (DÖNMEZ, s.144); “Aynen kullanma için makul süre verilmeden terkin davası açılırsa, dava reddedilmelidir. Mutlak bir aynen kullanma zorunluluğu ve bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde marka hakkının sona erdiğini kabul edebilmek için kamu yararı bulunmamaktadır”. KARAYALÇIN, (Aralıksız), s.1001.

¹⁹¹ “markanın, ayırt edici karakterini değiştirecek ölçüde kullanıldığı biçim, toplumu aldatıcı mahiyette veya başkasının üstün hakkı bulunan marka ile iltibasa yol açıyorsa terkin davası açılabilir”, KARAYALÇIN, (Aralıksız), s.1001, karşı görüş için bkz. DİRİKKAN, (Külfet), s. 254; FRANKO, s.13.

Markanın ayırt edici karakterinin ne şekilde değişebileceğine ilişkin tam bir sınır belirlemek güçtür. Önemli olan, markanın kullanıldığı çevrenin o markayı hala aynı işletmenin ürettiği aynı marka olarak algılaması gerekir¹⁹². Markanın küçük ya da büyük harfle yazılması, karma nitelikteki markalarda motifin önemsiz olması halinde çıkartılmış olması, malın türünü gösteren ibarenin kullanılmaması KHK m.14/2 anlamında ayırt edici karakteri zedelememektedir¹⁹³. Ayırt edici karakterin değişimi, tamamen markanın hitap ettiği müşteri çevresi dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Toplum, unsurları değişen markayı yeni bir marka olarak algılıyorsa, m.14(2)/c anlamında bir kullanmadan bahsedilemez. Markalarda ayırt edici karakterin değişip değişmediğini anlamak için, markaların genel görünüşüne bakmak gerekir. Bu genel görünüş, bir yandan göz üzerinde kalan tesire, diğer yandan kulak üzerinde kalan tesire yani; hecelerin ölçüsü, söyleniş ahengi ve sesli harflerin sıralanmasına bağlıdır¹⁹⁴.

Kullanım amacı olmadan aslında tescil edilmesi mümkün olmayan bir sözcüğün anagramı¹⁹⁵ tescil ettirilerek benzeri sözcüklerin kullanılmasının önüne geçilebilir. Örneğin; “Limonata” anlamına gelen İngilizce “Lemonade” sözcüğünün anagramı olan “Demon Ale” sözcüğü tescil edilmemiştir. Bu durumda üçüncü kişilerin benzer sözcükleri tescil ettirmelerinin önüne geçme amacı vardır¹⁹⁶.

B. MARKANIN YALNIZ İHRACAT AMACIYLA MAL VEYLA AMBALAJDA KULLANILMASI

KHK m. 14’e göre; “markanın yalnız ihracat amacıyla mal ve ambalajında kullanılması” da markayı kullanma olarak kabul edilecektir.

Markanın nerede yani hangi coğrafi sınırlar içinde kullanılacağı KHK m.14 de belirlenmemiştir. Markalarda ülkesellik prensibinin etkili olması, ayrıca m.14 hükmünde markaların ihracat amacıyla kullanılmasının da kullanma sayılması

¹⁹² BATTAL, (İltibas), s. 21.

¹⁹³ ARKAN, (Marka II), s.151.

¹⁹⁴ KANİTİ, s. 238.

¹⁹⁵ Anagram; bir sözcüğün harflerini kullanarak yeni kelimeler üretmek, bir sözcüğü evirip, çevirmek anlamına gelmektedir.

¹⁹⁶ YILDIRIM, s.180.

nedeniyle markaların esas olarak Türkiye de kullanılması gerekmektedir¹⁹⁷. KHK 14. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi ile markanın yalnız ihracat amacıyla mal veya ambalajlarda kullanılması (ihracat markası) da yeterlidir. İhracat markaları, belli bir piyasaya dönük olduğu için sadece o piyasanın şartlarına cevap vermeye yöneliktir. Piyasanın şartları kalitenin düşük olmasını ve bu nedenle de daha düşük fiyatı gerektirebilir. Düşük kalite ve fiyat, işletmenin esas markasının sahip olduğu imaja uymayabilir. Bu durumda işletmeler, sadece o piyasaya özgü mallar veya hizmetler için marka oluşturabilir ve esas markalarını ve markalarının sahip olduğu imajı korurlar. İşletme, belli ihracat piyasalarına hitap eden markasını başka piyasalarda kullanmadığı gibi bu markaya işletmenin reklamlarında, ilanlarında ve kırtasiyesinde de yer verilmeyip, markanın sadece malın veya ambalajının üzerine konulmasıyla da kullanma yükümlülüğünü yerine getirebilir¹⁹⁸.

Kimi ürünler Türkiye sınırları içinde arz edilemezler. Örneğin; Türkiye' de üretilen bir malın markası, ihraç edildiği ülkede telaffuz edilemeyebilir veya anlaşılabilir. Bu nedenle; üretici işletme sadece ihraç edeceği ürünlere yönelik olarak gönderilecek ülkenin diline uygun bir marka seçip Türkiye de tescil ettirebilirler.

KHK'nin 14. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinden açıkça anlaşılmasa dahi, markanın ihraç edilecek mallara veya ambalajına Türkiye içinde konulması, malın markalı olarak yurdu terk etmesi gerekir. Çünkü; Yönerge'nin 10/2/b hükmünde, markalamanın Üye Devlette yapılması gerektiğinin açıklandığı, be nedenle de Türk Hukuku bakımından da bu gerekliliğin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁹⁹. Bir Türk şirketi markasını, Türkiye de ürettiği ve Amerika'ya ihraç ettiği mallara Amerika'da koyduğu zaman, marka ayrıca Türkiye'de kullanılmadığı sürece KHK m.14 hükmü anlamında kullanma yoktur. Böyle bir mal ancak marka sahibi veya

¹⁹⁷ Aynı görüş için bkz. YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 638; DİRİKKAN, (Külfet), s. 255.

¹⁹⁸ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 425.

¹⁹⁹ DİRİKKAN, (Külfet), s. 256.

onun izin verdiği üçüncü bir kişi tarafından Türkiye'ye ithal edilirse marka Türkiye'de kullanılmış olur²⁰⁰.

Aksi görüşe göre ise; böyle bir yorum Yönergenin 10/2/b hükmünde yer almayan ve bu hükümden de anlaşılamayan bir yorumdur. Böyle bir değerlendirme, güncel ekonomik yaklaşım ve gereksinimlerle de bağdaşmaz. İşletmelerin salt maliyet kaygıları ile, üretimlerini iş gücünün daha ucuz olduğu ülkelerde gerçekleştirmelerinin normal ve sıradan olduğu günümüzde, malların yalnızca markalanmak amacıyla Türkiye'ye getirilmesi zorunluluğu, m.14/2/b ile sağlanmak istenen kolaylığa ulaşılmasını engellemektedir. Markanın yöneldiği pazarın yurt dışında olması halinde, marka sahibine hakkın devamı bakımından kolaylık sağlanması amaçlanıyorsa, malların yurt dışında markalanması zorunluluğu bu durumu engelleyecektir. Ürün Türkiye'de hiç pazarlanmıyorsa, markalamanın Türkiye'de yapılmamasının da ne gibi bir sakıncası olacağı şüphelidir²⁰¹.

Kanımızca; KHK m. 14 ile amaçlanan, tescil edilen bir markanın kullanılmasını sağlamaktır. Madde bu amaçla çeşitli durumları belirterek bu hallerde de kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılacağını kabul etmiştir. Markanın yalnız ihracat amacıyla malda veya ambalajında kullanılması durumunun kullanma kabul edilmesinin sebebi; markanın kullanım durumlarını arttırmaktır. Markalama işleminin yurt içinde yapılmasını sağlamanın amacı; markanın yurt içinde etkin bir şekilde kullanımını sağlamak olabilir. Maddenin KHK'ya konuluş amacı bizce; tescilli markanın ne şekilde olursa olsun kullanımını sağlamak olduğundan ülke ekonomisinin veya başka gayelerin düşünülerek markalamanın sadece yurt içinde yapılması yanlıştır. Çünkü; yurt dışında da imal edilse marka kullanımı gerçekleşmiş olacaktır. Markalarda ülkesellik prensibi kabul edilmiş olmasına rağmen; 14. madde hükmünde böyle bir düzenlemenin yapılması, düşünülen kolaylığa engel olacaktır. Bu prensip, ülkesellik ilkesinin ihlal edilmesi değil, bu ilkenin yumuşatılması olarak düşünülmelidir.

²⁰⁰ KAYHAN, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", FMR, 2001, C. I, S. 2001/1, s. 62.

²⁰¹ YASAMAN/ YÜKSEL, (Şerh), s. 639.

Markanın yalnızca ihracatta kullanılması durumunda da marka ciddi kullanım kriterine uygun olarak kullanılmalıdır aksi halde marka hakkı kullanmama sebebiyle iptal yaptırımı ile karşılaşabilecektir.

C. MARKANIN MARKA SAHİBİNİN İZİN VERMESİYLE ÜÇÜNCÜ KİŞİ TARAFINDAN KULLANILMASI

KHK'nin 14. maddesi hükmüne göre; “markanın, marka sahibinin izniyle kullanılması” da markanın kullanması sayılacağı belirtilmiştir. Markayı taşıyan malların marka sahibinin izniyle piyasaya sunulmasından söz edebilmek için, mutlaka marka sahibi ile üçüncü kişi arasında hukuki veya ekonomik anlamda bir tabiiyet ilişkisinin (holding- yavru şirket ilişkisi gibi) bulunması gerekmez. Marka sahibi yapacağı sözleşmelerle hukuki açıdan kendisinden bağımsız olan kişilere de markasını kullanma hakkı verebilir²⁰². Markanın, örneğin; lisans sahibi veya marka sahibinin izniyle alt lisans sözleşmelerinin bulunması durumunda alt lisans sahibi²⁰³, konzerne bağlı işletmeler veya marka üzerinde intifa hakkına sahip kişi, hasılat kirası²⁰⁴ kapsamında markanın yer alması ve kiracı tarafından kullanılması, markanın şirket sözleşmesiyle sermaye olarak konulması²⁰⁵ (TTK m. 139/2) durumunda ticaret şirketinin markayı kullanması da yeterli kabul edilecektir²⁰⁶. Markanın

²⁰² ARKAN, “*Marka Hakkının Tüketilmesi*”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.204; ERGUN, s. 150; CAMCI, *Marka Davaları*, İstanbul 1999, s. 69; KAYA, (Marka), s. 196; YILMAZ, “*Marka Lisansı Sözleşmeleri*”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Y.L.T., İstanbul 2001, s. 74; WILKOF, 7.02.

²⁰³ “temsilen kullanılması”, GÜRZUMAR, s.514-515; ERGUN, s. 150; PINAR, s.870-871.

²⁰⁴ “hasılat kirası, bir akittir ki onunla kiralayan, kiracıya ücret mukabilinde hasılat veren bir malın veya hakkın kullanılmasını ve semerelerini iktifatını terk etmeyi iltizam eder”. (B.K m. 270), “Kiralayanın hasılat veren bir malı veya hakkı kullanmak ve işletmek üzere kiracıya bırakması ve buna karşılık kiracının da kiralayana kira parası ödemeyi ya da işletme gelirinden bir pay vermeyi taahhüt etmeleri hasılat kirası sözleşmesinin özünü oluşturur”. YAVUZ, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul 1997, s.341-342 .

²⁰⁵ “Marka bir şirkete sermaye olarak konulmuş ise, durum ikiye ayrılarak incelenmelidir. Öncelikle; TTK. m.140 uyarınca, markanın yeni maliki olabilmesi için ortaklık devir keyfiyetinin sicile kaydını tek taraflı olarak talep edilmelidir. Bu talep yapılırsa, tescil sağlanırsa, markayı marka sahibi sıfatı ile kullanmaya başlayacağından bir sorun yoktur. Ana sözleşme marka devrine ilişkin senet yerine geçse de tescil başvurusu yoksa, marka sahibi markayı sermaye olarak koymayı taahhüt eden kişidir. Bu durumda da şirketin markayı kullanması; marka sahibinin izniyle kullanımdır. Markayı kullanma hakkının sermaye olarak taahhüt edilmesinde ise, kuruluş işlemlerinin tamamlanması ile beraber ortaklığın marka sahibinin izni ile hareket ettiğinin kabul edilmesi gerekir”. YASAMAN/YÜKSEL, s. 641.

²⁰⁶ “Yapılan anlaşmalar, kullanılmadığı için iptal tehlikesiyle karşılaşan ve ekonomik açıdan değerini yitiren markanın korunması yerine, üçüncü kişilerin ürünlerinin dağıtımını sürekli

kullanılmasına marka sahibinin izin vermesi tek satıcılık sözleşmesi²⁰⁷ yoluyla da olabilir²⁰⁸. İçinde marka lisansı sözleşmesine ilişkin kullanma unsurunu barındıran bir franchising²⁰⁹ ya da merchandising sözleşmesine dayanarak markayı kullanan üçüncü kişi de marka izniyle hareket etmektedir. Önemli olan üçüncü kişiyle hangi sözleşmenin yapıldığından çok yapılan hukuki işlemin geçerli olmasıdır.

Markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmaya başlanmadan önce açıkça üçüncü kişiye bu kullanımla ilgili olarak izin verilmesi gerekir; yoksa kullanmaya sonradan izin verilmesi mümkün değildir²¹⁰. Örneğin; markanın kullanılmamış olması nedeniyle açılan hükümsüzlük davasında, davalı marka sahibi, davacı tarafından markanın kullanılmış olduğunu ve bu kullanmaya izin verdiğini ileri sürerek, davanın red edilmesini sağlayabilir²¹¹.

Marka sahibinin izniyle markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmasında markanın kullanımını marka sahibinin kullanımını sayıldığından, bu kişi markayı sicilde kayıtlı mallar için, ciddi ve marka hukukuna özgü kullanmalıdır. Üçüncü kişinin markayı ayırt etme gücünü değiştirmeksizin kullanması, sadece ihracat amacıyla belirli mallarda kullanması veya markalı malların ithali de kullanma için yeterlidir.

kontrol etmek amacıyla yapılmışsa, bu rekabet kurallarına aykırı olacaktır". TEKİNALP/TEKİNALP, *Avrupa Birliği Hukuku*, İstanbul 1997, s.556.

²⁰⁷ "Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen çerçeve içerisinde öyle bir sözleşmedir ki bununla yapımcı, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir bölgede tekele sahip olarak satmak üzere tek satıcıya bedeli karşılığında göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlenir". YAVUZ, s. 29; İŞGÜZAR, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, Ankara 1989, s. 14; TANDOĞAN, "*Tek Satıcılık Sözleşmesi*", BATIDER 1982, C.IX, S.4, s. 1; İNAN, "*Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler*", BATIDER 1993, C. XVII, S.2, s. 55 vd .

²⁰⁸ ARKAN, (Marka II), s. 152.

²⁰⁹ "Franchising sözleşmesinde; franchise veren, ücret karşılığında, bir başka tacire ürettiği mal ve hizmetlerin sürekli şekilde dağıtımını ve pazarlanması hususunda imtiyaz tanır. Bu sürekli ilişki içerisinde franchise veren, alana, kendi işletme adını, markasını, sair tanıtmaya işaretlerini, ticari-teknik bilgi ve becerisini kullanma hakkını da devreder". ARKAN, (İşletme), s.191-192.

²¹⁰ "1994 Amerikan Ticari Marka Kanunu; marka sahibinin marka hakkının lisans verilmesiyle durdurulmasını kabul etmiştir. Bundan sonra lisans alan marka hakkının ihlal edilmesi durumunda dava açabilir. Ancak marka sahibi; markanın kalitesini kontrol etmek zorunda değildir. Yani marka sahibi lisans alanla lisans sözleşmesi yaptığı anda markayı kullanma da dahil olmak üzere markayla ilgili tüm haklar marka sahibi aleyhine durur ve tüm hakları kullanma yetkisi lisans alana geçer". WILKOF, 7.17.

²¹¹ ARKAN, (Marka II), s. 152.

KHK m.14/2/c den farklı olarak Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının (TRIPS) 19. maddesinin 2. fıkrası hükmünde “marka sahibinin izniyle” yerine “marka sahibinin kontrolü altında” üçüncü kişi tarafından kullanılmasından bahsedilmektedir. Bir görüşe göre; marka sahibinin “izni” yerine “kontrolü altında” üçüncü kişi tarafından kullanılması terimi amaca daha uygundur. Çünkü; marka sahibi ile markanın kullanılması konusunda aralarında bir sözleşme bulunmamasına rağmen, üçüncü kişinin markaya tecavüz ederek kullanmasına karşı dava açılmadığı takdirde, gerçi marka üçüncü kişi tarafından marka sahibinin –zımnî izni- ile kullanılmaktadır; ancak bu kullanım KHK m. 14/2/c fıkrası anlamında kullanma sayılamaz. Kanımızca; “marka sahibinin izni” ile “marka sahibinin kontrolü” altında terimleri arasında çok büyük bir farklılık yoktur. Çünkü; marka sahibinin izninde de marka sahibinin kontrolünde de marka sahibi ile üçüncü bir kişi arasında yapılan bir sözleşme olmalıdır ve yapılan sözleşme ile üçüncü kişinin kullanımının şartları düzenlenmelidir. Yoksa; sözleşme olmaksızın yapılan bir kullanım söz konusu değildir. KHK m. 14/2/c anlamında kullanmadan bahsedebilmek için; marka sahibinin izniyle marka sahibinin kontrolü dahilinde bir kullanım gerçekleşmelidir.

D. MARKAYI TAŞIYAN MALIN İTHAL EDİLMESİ

KHK m. 14/2/d hükmünde “markayı taşıyan malın ithal edilmesi” de kullanma olarak kabul edilmiştir. Yabancı markayı taşıyan malların Türkiye’ye ithal edilerek satılması, yabancı kişiye ait markanın Türkiye’ de kullanılmış olduğu anlamına gelir. Yani; Türkiye’de markasını tescil ettirmemiş olan yabancı da (KHK m. 3’ ün kapsamına girmek şartıyla), bu markanın Türkiye’de bir başka kişi adına tesciline KHK m. 8/3 hükmüne dayanarak itiraz edebilir, gerektiğinde KHK m. 42/1/b’ye dayanarak hükümsüzlük davası açabilir²¹². Yönergenin 10/2 maddesinde böyle bir istisnadan hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, KHK da böyle bir düzenlemeden neden bahsedildiği anlaşılammaktadır²¹³. Paris Sözleşmesi, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, AB ve Alman Hukuku düzenlemelerinde de bu çeşit bir kullanımdan hiç bahsedilmemiştir. Markalı malın

²¹² ARKAN, (Yabancı) , s. 16 .

²¹³ ARKAN, (Marka II), s.152-153.

sahibi veya onun izniyle üçüncü kişinin ithali durumunda, markalı mal iç pazara gireceğinden, markanın doğrudan doğruya sahibi veya üçüncü kişi tarafından kullanımı söz konusu olmaktadır. AB'ye üye devletler açısından marka tescilinden doğan hakların tüketilmesine ilişkin hükümler uygulanabildiği sürece (40/94 sayılı Tüzük m.13) markalı malın üçüncü kişiler tarafından –marka sahibinin izni dahi olmaksızın- ithalinin, markanın ülke içinde kullanımı anlamına geleceğini hatırlatmaktadır²¹⁴.

Markayı taşıyan malın ithal edilmesinin markayı kullanma olarak kabul edilmesinin nedeni; Türkiye'de üretilmeyen malların kullanılmadığından bahsedilmesini engellemek olabilir²¹⁵. Markanın kullanılıp, kullanılmadığı değerlendirilirken malın üretim unsuru hesaba katılmamalıdır. Dikkat edilmesi gereken husus; markanın kendisine yüklenmiş olan işlevleriyle beraber kullanılmasıdır.

İthal edilen malların miktarının ciddi kullanım kriterine uygun kapsamda olması gerekir. Bir görüşe göre; marka sahibinin malları Türkiye'den transit geçtiği takdirde, mal ülke iç pazarına girmese dahi, KHK m.14 anlamında kullanma yükümlülüğü yerine getirilmiş kabul edilmelidir. Bu görüşün gerekçesi ise; transit geçen malların, aynı anda Türkiye'ye ithali ve Türkiye'den ihracının söz konusu olmalıdır²¹⁶. Aksi görüşe göre ise; ithalat, yurt içinde kullanımın gerçekleşebilmesi için geçilmesi gereken bir aşama olduğu için, yurt içinde kullanım için aranılan şartların geçerliliğini koruduğu şüpheden uzaktır. Transit geçen malların, yürürlükteki hukuk bakımından, Türkiye'ye ithalinden ve sonrasında ihracından bahsedilemez²¹⁷. Kanımızca; transit geçen mallar konusunda KHK m.14 de kullanma için aranan şartlar yerine getirilmemektedir. Transit geçen mallar yurt içinde

²¹⁴ DİRİKKAN, (Külfet), s. 258-259 (dn. 143), “markanın Türkiye’ de tescilli olması durumunda markalı malların Türkiye’de üretimi veya ithali olmasa dahi haksız rekabetin varlığı kabul edilmelidir”.;ANSAY, “*Yabancı Markaların Türkiye’de Himayesi (Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla)*”, BATIDER 1963, C.II, S.II, s.274-275 (s.270-275); KAYHAN, (İthalat), s. 53; PINAR, s. 906-907; PEKDİNÇER, s. 148 .

²¹⁵ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.425; “Yargıtay serbest bölgede yapılan ithalatın KHK m.14 anlamında kullanma teşkil etmeyeceğini kabul etmiştir”. 11.H.D, 11.09.2000, 2000/4432 E., 2000/6633 K. (BATIDER 2000, C.XX, S.4, s. 248 vd.).

²¹⁶ DİRİKKAN, (Külfet), s.259; ANSAY, s. 274.

²¹⁷ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.642.

kullanılmamaktadır. Ayrıca, transit mallar ciddi kullanımın şartlarını da taşımadığından transit mallar açısından ciddi kullanım da yoktur. Bu iki şartı da yerine getirmeyen bir marka ise kullanılmıyor demektir.

E. MARKANIN HAKLI NEDENLERDEN DOLAYI KULLANILMAMASI

Markanın kullanılmamadan dolayı iptal edilebilmesi için; tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıl kesintisiz ara verilmesi gerekir. KHK m. 14/1 anlamında haklı neden, marka sahibinin yetkili makamlarca alınacak önlemler sonucu üretim yapamaması veya ilgili malın satışa çıkarılabilmesi için gerekli iznin verilememesi gibi marka sahibinin kontrolü dışında gelişen olaylardır²¹⁸. Doğal afetler, savaş, ekonomik güçlükler²¹⁹, gümrük mevzuatının değişmesi, ithalat kısıtlamalarının getirilmesi durumunda, marka uzun bir süre kullanılırsa dahi marka hakkı sona ermemelidir²²⁰. Hammadde kıtlığı, talep yokluğu, dönemsel finansal zorluklar ve üretim ya da makinelerin yenilenmesi ise haklı neden olarak kabul edilebilir²²¹.

Markayı kullanmama konusunda haklı neden sayılabilecek koşullar, bir ülkedeki bütün ticari branşlarla alakalı²²² olabileceği gibi, sadece marka sahibinin faaliyet gösterdiği alan içinde de ürünün üretimine izin verilmemesi- şeklinde ortaya çıkabilir²²³. Marka sahibinin mali durumunun bozulması durumu, markanın kullanılmaması açısından haklı neden oluşturmaz. İşletme sahibinin iş göremez

²¹⁸ “Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasının 19. maddesinin 1. fıkrası hükmünde haklı nedenler, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlere uygulanan ithalat kısıtlamaları veya hükümetin uyguladığı, markanın kullanımına engel oluşturan ve marka sahibinin iradesinden bağımsız olan koşullardır”. ARKAN, (İşletme), s. 271; ARKAN, (Yükümlülük), s. 293.

²¹⁹ ÖÇAL, (Himaye), s.87.

²²⁰ ARSEVEN, s.110; ŞANAL, s. 97; KARAN, “*AB Mevzuatıyla Mukayeseli Olarak Taklit Markalı Ürünlerle İlişkin Gümrük Uygulamaları: El Koyma ve İmha Prosedürü*”, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06. 05.2005, s. 32; PRETNAR, 2.33 .

²²¹ YILDIRIM, s.178-179.

²²² “savaş sebebiyle işçi, hammadde bulunamaması ve üretime ara verilmek zorunda kalınması” ARKAN;, (Marka II), s. 148 (dn. 19).

²²³ CAMCI, (Haksız Rekabet), s. 69; “ haklı neden olarak kabul edilebilecek olan nedenler yalnızca mücbir sebep olmalıdır”. KAYA, “551 Sayılı Patent Hakkının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Getirilen Zorunlu Lisans Yöntemi”, İÜHF 1996, C. LV, S.1-2, s.348.

duruma düşmesi de, haklı neden değildir; bu güçlük tayin olunacak ticari mümessillik, vekil aracılığıyla aşılabılır. Ancak işletme sahibinin kişisel emeğinin, üretim faaliyetinde özel önemi varsa, (örneğin marka sahibinin ürettiği kemanların çok kaliteli olması) marka sahibinin sürekli hastalığını farklı değerlendirmek gerekir²²⁴. Aynı şekilde marka sahibinin iflası da haklı neden kabul edilmemelidir. İflası genel bir ekonomik kriz sebep olmuşsa, bu halde iflas haklı neden olarak görülebilir²²⁵.

Haklı nedenden söz edebilmek için; marka sahibinin markayı kullanması kendisinden beklenemeyen olayın doğmasında bir etkisinin bulunmaması ve marka sahibinin bu olayın olmasını engelleyememesi gerekir²²⁶. Yani; marka sahibi markasını kullanamamasında kendi hastalığını, ekonomideki ve sosyal hayatındaki değişiklikleri gerekçe olarak gösteremez²²⁷. Yargıtay bir kararında²²⁸, bir ortaklığın iflas etmesini, markanın kullanılması bakımından haklı sebep olarak kabul etmemiştir. Bu görüşün gerekçesi olarak da, markanın hukuki işlemlere, örneğin hasılat kirası veya lisansa konu olabilmesi karşısında, iflas idaresince markanın kullanımına ilişkin işlem yapılmamasının, haklı sebebin varlığını kabule engel olması gösterilmiştir²²⁹. Gene Yargıtay bir başka kararında marka sahibinin fabrikasının bulunduğu taşınmazın istimlak edilmesini haklı sebep saymamıştır²³⁰. Aynı zamanda bir ortaklığın TTK da sayılan herhangi bir nedenden dolayı müfeseh sayılması durumunda da kullanmamanın haklı bir nedene dayanmadığı kabul edilmiştir²³¹.

²²⁴ ARKAN, (Marka II), s. 149.

²²⁵ ARKAN, (Marka II), s. 149 (dn. 20).

²²⁶ "...Davacı firmanın, 1973 yılında tescil ettirdiği markayı, (ithal imkansızlığı) yüzünden Türkiye'de pazarlayamadığı Hazine Dış Ticaret Müsteşarlığının 13.11.1985 tarihli yazılarıyla doğrulanmış olması karşısında..." 11. HD. 10.11.1988, 7604/6665, DİRİKKAN, (Külfet), s.259.

²²⁷ KARAN, s.316.

²²⁸ 11.H.D, T. 09.04.2001, 844 E., 3429 K, YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 650.

²²⁹ "Yargıtay, bu görüşünü desteklemek amacıyla Arkan' a gönderme yapmıştır. Arkan, iflasın haklı neden olmayacağını, ancak iflas hali bir ekonomik kriz nedeniyle gerçekleşmişse, bu halde haklı sebebin varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir", ARKAN, (Marka II), s. 149 (dn.20).

²³⁰ 11 HD., 08.03.2002 T., 2002/1709 E., 2002/2064 K. www.kazanci.com.tr

²³¹ "27.06.1995 tarihli ve 22326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 559 sayılı KHK'nin 4. maddesiyle TTK'un 207. ve 507. maddeleri değiştirilmiş ve KHK de öngörülen

Alman mahkemesi de bir kararında; marka sahibinin; markasını tescil edildiği mallardan bir bölümü için kullanmayacağı yolunda üçüncü kişi ile sözleşme yapması durumunda; burada kullanımın kendisinden beklenemeyeceği haklı bir nedenden söz edilemeyeceğini, çünkü; bu hukuki işlem yapılırken irade açıklamasında bulunduğunu, bu nedenin doğmasına bizzat marka sahibinin sebep olduğunu belirtmiştir. Böyle bir sözleşme gereğince marka kullanılmıyorsa, markanın iptali istenebileceğini hüküm altına almıştır²³². Marka sahibi, markasını kullanmayacağına ilişkin olarak üçüncü kişiyle sözleşme yapmış, ancak daha sonra üçüncü kişi marka sahibine karşı markanın kullanılmaması sebebiyle dava açarsa ne olacaktır? Üçüncü kişi ile marka sahibinin markayı kullanmama hususunda yaptıkları anlaşma sadece sözleşmenin taraflarını bağlayacaktır. Marka sahibi, açılmış olan davada üçüncü kişi ile yaptığı sözleşmeden dolayı markayı kullanmadığını ileri süremeyecektir. KHK m.14 hükmü açıktır, bir marka kullanılmıyorsa iptal edilecektir. Kullanılmayan marka iptal edildikten sonra, marka sahibi, üçüncü kişiyle yapmış oldukları sözleşmeye dayanarak uğradığı zararlar varsa bu zararların tazmin edilmesini isteyebilecektir.

Marka hakkıyla ilgili görüşmelerin uzaması da kullanmama için haklı neden sayılamaz. Bu gibi durumlar, marka sahibinin riziko alanına dahildir. Aynı şekilde modanın değişmesi sebebiyle markayı taşıyan malların dağıtımının güçleşmesi de, haklı neden oluşturmaz²³³. Üretilen mallarda değişiklik yapılması yoluyla bu güçlük aşılabilecektir.

Marka sahibinin üçüncü kişiyle lisans, özellikle inhisari lisans sözleşmesi yapması ve lisans sahibinin markayı beş yıl kullanmaması durumunda marka

sürede sermayesini artırmayan şirketlerin münfesihi sayılacağı düzenlenmiştir. Tasfiye aşamasındaki bir anonim şirketin tüzel kişiliği tasfiye sonuna kadar devam eder. Anonim şirketin fiil ehliyeti, tasfiye amacıyla sınırlı olarak devam eder. Tasfiye aşamasındaki bir anonim şirket KHK'nın 14. maddesi uyarınca marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile üçüncü şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanmasının gerektiği gibi markayı kullanmaya da kesintisiz beş yıl ara vermemek zorundadır..." . 11 HD. 17.06.2002, E. 2002/2405, K. 2002/6204, ARKAN, (Marka II), s. 149-150.

²³² DİRİKKAN, (Külfet), s. 260.

²³³ KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005); ARKAN, (Yükümlülük), s.292; ARKAN, (Marka II), s.146; CAMCI, (Marka), s.82-83; NOYAN, s. 197.

sahibinin dışında gelişen bu olayda haklı neden var mıdır? İlk görüşe göre; marka sahibinin iradesi dışında gerçekleşen bir kullanmama fiilinden bahsedilemez. Marka sahibi, basit veya markayı kullanma hakkını saklı tuttuğu inhisari lisans sözleşmesi yapmışsa, markayı bizzat kullanarak iptalini engelleme olanağına sahiptir. Yani; marka sahibinin markasını kullanamaması kendi kontrolü dışında bir nedenden kaynaklanmamaktadır. Markayı kullanma hakkının saklı tutulmadığı inhisari lisans sözleşmesinde ise; -isteğe bağlı tüm lisanslarda olduğu gibi- lisans sahibi marka hakkının devamı için markanın kullanımını ve markanın devamını sağlamayı da üstlendiğinden²³⁴, markayı kullanmadığı takdirde, uzun süreli ve karşılıklı güven ilişkisine dayanan sözleşmeye aykırı davranmış sayılır ve B.K. m. 535. maddesinin 7. bendinin kıyasen uygulanması suretiyle haklı nedenlerle sözleşmenin feshi gündeme gelebilir²³⁵. Marka sahibi, markasının lisans sahibi tarafından kullanılmamasına ve markanın iptal tehlikesi gündeme gelmesine rağmen, sözleşmeyi feshetmek suretiyle hakkın devamı için kendisi veya başkası tarafından kullanılmasını sağlamamışsa, markanın kullanılmaması marka sahibinin bizzat kendi davranışından kaynaklanmış olacaktır. Lisans sahibinin markayı aralıksız beş yılı aşan bir süre kullanmaması, marka sahibi açısından kullanmamanın haklı nedeni olamaz²³⁶.

Başka bir görüşe göre; basit ya da kullanma hakkının saklı tutulduğu lisans sözleşmelerinde lisans alanın markayı kullanmaması halinde, marka sahibinin kullanımı kendisi kullanımı gerçekleştirerek hükümsüzlüğü engelleyebilir. Kullanma hakkının saklı tutulmadığı lisans sözleşmelerinde ise, işlem temelinin çökmesi nedeniyle olağanüstü fesih yoluna gitmek ve sözleşmesel ilişkiyi çözmek mümkündür²³⁷.

²³⁴ ORTAN, *Patent Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 1979, s. 247 vd.

²³⁵ ORTAN, s. 295-296.

²³⁶ “551 sayılı KHK m.118 hükmü uyarınca patent lisansında kullanma hakkı bazı sınır ve koşullara bağlanabilir, bunların ihlali veya sürekli olarak yerine getirilmemesi durumunda lisansın iptali mümkün olabilir. Patent sahibi veya yetkili kıldığı kişinin haklı neden olmaksızın üç yıldan fazla patentin kullanımına ara vermesi durumunda zorunlu lisans talep edilebileceği gibi patent iptal edilebilir”. KAYA, (Patent), s. 344 vd.

²³⁷ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 650; YILMAZ, s. 75; GÖZLÜKAYA, s. 62; ÇİÇEKÇİ, s.62.

Bir diğerk görüşe göre ise; lisans alanın kullanma borcunun varlığı da lisans verenin çıkarlarıyla doğrudan ilgili olduğu için kullanma yükümlülüğü lisans bedelinin nasıl ödendiğine bakılarak tespit edilmelidir. Lisans bedeli üretime ya da lisans alanın kazancına göre belirleniyorsa, lisans alanın kullanma yükümlülüğü vardır; aksi halde lisans alanın kullanma borcu yoktur. Daha sonra ise, lisans sözleşmesine göre ayırım yapılmış ve basit lisansta, lisansın kaderi lisans verene bağlı olduğu için lisans alanın kullanma borcu kabul edilmemelidir. Kullanma borcu sözleşmeyle açıkça kararlaştırılmışsa bu borç aynı zamanda cezai şartla da güvence altına alınabilir. Kullanma borcuna aykırılık halinde lisans alan, borca aykırılık nedeniyle (B.K.m. 96) zararının giderimini isteyebileceği gibi, vereceği uygun sürenin sonunda borcun ifa edilmemesi halinde B.K m.106 vd. maddeleri gereğince seçimlik haklarını da kullanabilir²³⁸.

Kanımızca; marka sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılan lisans sözleşmesinde markanın kim tarafından kullanıldığıнын önemi yoktur. Basit lisans sözleşmesinde; markanın kullanması yükümlülüğü tamamen üçüncü kişiye devredilmediğinden marka, marka sahibi tarafından kullanılarak markanın kullanım yükümlülüğü yerine getirilebilir. İnhisari lisans sözleşmesinde markayı kullanma yükümlülüğü lisans alana geçtiği için markayı kullanma yükümlülüğü lisans alandadır. Ancak; lisans sözleşmesi lisans alanla lisans vereni ilgilendirdiği için, üçüncü kişiler lisans sözleşmesinin niteliğini bilmek zorunda değildir. İnhisari lisans üçüncü kişiye verilmesine rağmen, marka sahibi hala markayı kullanmaya devam edebilir. Bu lisans sözleşmesine aykırılık olmasına rağmen, sadece lisans alanla lisans vereni ilgilendirir. Dolayısıyla; marka inhisari lisans sözleşmesinde sözleşmeye aykırı olarak marka sahibi tarafından kullanılsa dahi, marka kullanım yükümlülüğü yerine getirilmiş olur, bu markanın kullanılmamasından dolayı hükümsüzlüğü ileri sürülemez. Lisans sözleşmesinin niteliği ne olursa olsun- basit veya inhisari- marka sahibi markayı kullanarak markanın kullanılmamasından dolayı iptaline engel olabilmelidir. Ayrıca marka lisans sözleşmesinin tescilli olup olmaması da önemli değildir. Marka lisans sözleşmesi, tescilli de olsa tescil

²³⁸ ÖZEL, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 2002, s.158-159-160-161.

edilmemiş de olsa marka sahibinin sözleşme yaptığı üçüncü kişi yani lisans alan markanın kullanılmaması sebebiyle marka sahibine karşı dava açabilecektir.

Marka sahibinin markasını beş yıl içinde kullanmasının beklenemediği durumlarda, sadece kullanmanın beklenmediği somut mal değil, ayrıca markanın tescil edildiği mal listesinde yer alan ve bu nedenle somut malla aynı türden sayılan diğer mallar içinde haklı nedenin olduğu kabul edilmelidir.

Mal listesinde yer alan türden diğer mallar, toplum tarafından aynı tür mal olarak algılandığı sürece, onlar için de haklı nedenin bulunduğu kabul edilmeli ve bu mallar açısından kullanılan marka da iptal edilmemelidir²³⁹.

Haklı neden devam ettiği sürece, beş yıllık süre işlemez. Haklı nedenin sona ermesinden itibaren marka kullanılmaya başlanmalıdır yoksa beş yıl kullanılmamadan dolayı marka iptal edilebilecektir.

Belirli bir süre içinde gerçekleşen makul kullanmamanın daha önce oluşan makul sayılamayacak kullanmanın etkilerini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı tartışılabilir²⁴⁰. Örneğin; marka sahibi markasını iki yıl boyunca haklı bir nedeni olmaksızın kullanmamış ancak daha sonra markasını kullanmaması için haklı neden oluşturabilecek bir durum - markasına ihtiyati tedbir veya müsadere²⁴¹ yoluyla el konulması- oluşmuş ve bu haklı durum iki yıl boyunca devam etmiş olabilir. Böyle bir durumda haklı nedenin sona ermesinden sonra marka sahibi markasını üç yıl boyunca kullanmaz ise, haklı nedenden önceki iki yılı da hesaba katarak bu marka sahibi açısından haklı nedenle kullanmama süresi beş yıl olmuştur diye düşünülerek artık bu markanın iptali istenebilir mi; yoksa marka sahibinin markasını kullanmasını engelleyen haklı nedenden önceki iki yılı hiç hesaba katmadan sadece haklı nedenden sonraki üç yılı düşünerek bu marka sadece üç yıl kullanılmamıştır sonucu kabul edilerek iptali istenemeyecektir. Kanımızca; kanun koyucu sadece markanın haklı nedenden dolayı kullanılmaması sebebiyle markanın iptalini engellemeye çalışmıştır. Haklı neden gerçekleşmeden önceki iki yıl boyunca marka sahibinin

²³⁹ DİRİKKAN, (Külfet), s. 261-262.

²⁴⁰ CAMCI, (Marka) , s. 82.

²⁴¹ Ayrıntılı Bilgi İçin bkz. ALBAYRAK, "Markaların Korunması Hakkında KHK' ye Göre Müsadere", FMR, S.2003/2; KARAN.G.,

markasını kullanmamasının da haklı bir nedeni yoktur sadece keyfi bir kullanmama söz konusudur. Keyfiyetten dolayı kullanılmayan süreyi hesaba katmadan sadece haklı nedenden sonraki süreyi hesaba katıp bu marka iptal edilemez demek hukuk mantığı ile bağdaşmaz. Bu yüzden haklı neden gerçekleşmeden önceki süreyi ve haklı nedenin gerçekleşmesinden sonraki süreyi beraber değerlendirerek bu sürenin beş yıl olmasıyla markanın iptali istenebilecektir. Dolayısıyla kanımızca, haklı neden beş yıllık süreyi kesmez, sadece durdurur.

F. MARKANIN İNTERNETTE KULLANILMASI

Markanın internette kullanılması KHK’de kullanma sayılan haller içerisinde yer almamasına rağmen; gelişen teknoloji ile beraber internette marka kullanımı da yaygınlaşmaktadır. Marka sahibi, ürünü fiziki olarak, web sayfasının ulaşılabildiği ülkede de pazarlıyorsa kullanma yükümlülüğünün yerine getirildiğine dair bir şüphe yoktur. WIPO tarafından 1999 yılında yapılan bir araştırmada, bazı ülkeler internette kullanım için sadece web sayfasında reklam verilmesinin yeterli olduğunu, bazı ülkeler ise markanın gerçek biçimde kullanılması ile anlaşılması gerekenin reklamlarla beraber satışın gerçekleşmesi şartının da aranması gerektiğini belirtmişlerdir²⁴². Kanımızca; internet yoluyla markanın kullanılmasında sadece satışın veya reklamın yapılması yeterli değildir. Örneğin; bir kişi Türkiye’den Fransa’daki bir internet sitesine girerek o sitedeki markalı ürünü sipariş ettiğinde o ürünün Türkiye’ye gelmesi o ürünün Türkiye’de satıldığına veya reklamının yapıldığı anlamına gelmez. Çünkü; ülkemizde KHK anlamında kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmiş kabul edilebilmesi için, markanın ciddi biçimde, sicilde kayıtlı olduğu mal ve hizmetler için ve işlevine uygun kullanılması gibi şartlar arandığından, bir markayı taşıyan mal için sadece internette reklamının yapılması ve o ülkede o malın satışının yapılması yeterli değildir. Markayı taşıyan mallar için o ülkede bir dağıtım ve pazarlama ağının ya da o malın satışının gerçekleştirildiği bir mağaza veya o işletmeye ait bir şubenin de malın sipariş edildiği ülkede bulunması gerekir. Ülkemizde kendi markalarımıza bu tür kullanım kolaylıkları sağlanmamışken, yabancı markalara kullanım kolaylıkları sağlanması düşünülemez.

²⁴² ARIKAN, “*İnternetin Fikri ve Sınai Haklar Üzerindeki Etkisi*”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, s. 104 (s. 89-118); ERGÜN, s. 184; KARAAHMET/YALÇINER, <http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php> (16.11.2005).

Bir marka internet üzerinde ilk olarak; metatag olarak kullanılabilir. Metatag; web sitelerinin içeriğini sınıflandıran arama metotlarının bu işlemi yapabilmeleri için, web sitesinin HTML²⁴³ kodunun başında yer alan anahtar kelimelerdir. Metatagların özelliği; web sitesinde görünmeyip ilgili yazılımın kaynak kodunda yer almalarıdır. HTML dosyalarının başında yer alan ve bu dosyayı temsil eden metataglar arama motorları tarafından kolayca bulunup, metatagın temsil ettiği dosyanın, arayan kişi önünde listelenmesini sağlar. Arama motorları vasıtasıyla yapılan aramalarda metatagların temsil ettiği sitenin görünme ihtimali artmaktadır²⁴⁴. Metatag kullanım; internette markanın kullanılması çeşitlerinden birisi de olsa marka işlevine uygun ve ciddi olarak kullanılmadığı için kullanım yükümlülüğü yerine getirilmemiş olur. Metatag kullanım sadece o markayı taşıyan ürünün reklamının artırılmasını ve internette o mala yönlendirilmesini sağlayarak, o malın satışını artırır. Yoksa kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve markasal kullanımın gerçekleştiği anlamına gelemez.

Arama motorları ürünlerin tüketiciler açısından daha kolay bulunmasına yardımcı olması bakımından oldukça cazip hale gelmektedir. Bu nedenle de, arama motorları içinde markaların yer aldığı bazı “anahtar sözcükleri” reklamcılara satmaktadır. İlgili sayfaya o anahtar sözcüklerin girilerek araştırma yapılmasıyla, arama sonuçlarıyla beraber o sayfada o ürünün reklamı da yer almaktadır. Arama motoru Google’ın internette mal satışı yapan B’ye ait olan kozmetiklerle ilgili (S) markasını, ücret karşılığında, yine internette kozmetik ürünleri satışı yapan D’nin kendi ürünleriyle ilgili reklamıyla bağlantılı hale getirmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda Google arama motoruna (S) kelimesi yazılarak yapılan araştırmada, B’nin adresi görünmekle beraber, bu adres sayfasında, rakip firma D’nin reklamı flama reklam şeklinde görünecektir²⁴⁵.

²⁴³ “Hypertext mark-up language, HTML internet ağı üzerindeki, hemen hemen tüm dokümanların yazılmasında kullanılan ve resimler, kelimeler, Hypertext linklerle dokümanların yaratılmasını sağlayan dildir”.

²⁴⁴ ARIKAN, s.106; ERGÜN, s. 185.

²⁴⁵ Arama motorları ve arama motorları vasıtasıyla bir markanın internette ne şekilde kullanılabilceği ve bu konuda alınabilecek teknik önlemler için bkz. SERT, “*Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Önlemlerle Korunması ve Teknik Önlemlerin İhlal Edilmesine Uygulanacak Yaptırımlar*”, E-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Kasım 2005, www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayı=45.

Marka sahibi markasını internetteki sayfası için alan adı olarak da kullanabilir²⁴⁶. Marka sahibinin markasını sadece internette alan adı olarak kullanması kullanım şartının yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir. Marka sahibinin markasını taşıyan mal veya hizmetini satması, pazarlaması, ürün tanıtım kataloglarında kullanması gerekir²⁴⁷. İnternet üzerinde işletmeye ait bulunan sayfa markanın kullanıldığına dair bir kanıt olabilir. Ancak bu durumun da fiili şartlarla beraber göz önüne alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Yoksa marka sahibinin markasını tanıtan bir internet sitesi oluşturup o markayla ilgili ticari bir kaygı taşımaması yani markayı taşıyan malları satmaması, pazarlamaması kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi bakımından yeterli değildir.

Kanımızca; metatag kullanımında da arama motorlarında markanın “anahtar sözcük” olarak kullanılmasında da o ürünün satışı, dağıtımı veya pazarlanması o ülke için yapılmıyorsa kullanım yükümlülüğü yerine getirilmiş olmaz. O ürün için ilgili ülkede ürünün satıldığı bir şubenin olması ya da o markanın o ülkede pazarlanmasını sağlayan bir sistemin yapılandırılması gerekmektedir.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, “*Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması*”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002.

²⁴⁷ STERPI, 8.19.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN HUKUKİ DÜZENLEME VE BU DÜZENLEMELERİN AMACI, KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE SÜRE, KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYULMAMASININ YAPTIRIMI

I. KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DÜZENLEME

KHK’da ifade edilen marka korumasından yararlanabilmek için, markanın ilk önce kararnamenin 6. maddesi hükmüne göre tescil edilmiş olması, ikinci olarak bu tescille beraber markanın kullanılması gerekmektedir²⁴⁸. Bir markanın KHK korumasından yararlanabilmesi için, o markanın mutlaka kullanılması gerekmektedir. Bu görüşe göre, kullanılmayan marka korunmaz. Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise; bir markanın KHK korumasından yararlanabilmesi için; o markanın kullanılması şart değildir. Çünkü; hukuk sistemimizde markaların korunması işlemi başlatan prosedür; markanın tescilidir. Marka, tescil edildiği andan tescil süresi bitinceye kadar²⁴⁹ KHK’ya göre korunmaya devam eder²⁵⁰. Kullanma yükümlülüğü korumadan ayrı bir düzenlemedir. Kullanma yükümlülüğüne uyulmamasının yaptırımı; markanın iptal edilebilmesidir yoksa marka korumasının

²⁴⁸ DİRİKKAN, (Külfet), s. 219; MİMAROĞLU, *Ticaret Hukuku*, Ankara 1978, s.368; DOĞANAY, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi*, C.I, 3. Bası, Ankara 1990, s. 341; GÜRZUMAR, s.513; ARKAN, (Marka II), s. 145.

²⁴⁹ “...Davalı adına “ İZOSU” markasının 22.11.1991 tarihinde tescil edildiği ve onun tarafından dava tarihine kadar 5 yılı aşkın bir süredir hiç kullanılmadığı taraflar arasında tartışmasıdır. Mahkemece davalı tescilli markasının iptali ile birlikte davalının tescil eyleminin davacıyla haksız rekabet oluşturduğu kabul edilerek davanın olduğu gibi kabulüne karar verilmiş ise de, 556 sayılı KHK’ nın 6. maddesi uyarınca tescilli bir markanın anılan KHK uyarınca koruma altında bulunduğu açık olduğundan, tescilli bir markanın tescil işlemi iptal ettirilmedikçe, haksız rekabet yoluyla kullanılmasına mani olunması mümkün bulunmadığı gibi, salt tescil edilmiş fakat hiç kullanılmamış bir markanın da, haksız rekabet teşkil ettiğinden söz edilemez...”. 11 HD. 26.11.2001, E. 2001/6361, K. 2001/9286, MERAN, s. 163-164.

²⁵⁰ “Amerikan Marka Hukuku sisteminde ise, bir markanın korunması için kullanılıp kullanılmaması gerekip gerekmediği değil de, tescil edilip edilmemesi gerekliliği tartışma konusu yapılmıştır ve şu sonuca varılmıştır: Marka tescili ile marka koruması arasındaki bağlantıyı çok fazla düşünmeye gerek yoktur. Çünkü; TRIPS m.15/3 hükmünde açıkça; bir markanın korunması için tescil başvuru formunun doldurulması şart değildir”. PRETNAR, 2.27.

kendiliğinden ortadan kalkması değildir²⁵¹. İptal istemi olmaması durumunda koruma devam edecektir.

Markanın kullanılmasını düzenleyen KHK m.14 sadece tescil edilen bir markanın kullanılmasından bahsetmektedir. İlk görüşe göre; markanın kullanımı bir “kulfettir”²⁵². Kulfet; bir kişinin haklarını kısmen veya tamamen kaybetmemesi için kanun tarafından bu kişiye yüklenen bir davranış ödevidir. Kulfeti yerine getirmekle yükümlü olan kişi, bir başkasına karşı belirli bir davranışta bulunmak, bir şeyi yapmak veya yapmamak durumundadır. Karşı taraf bu davranış ödevi bakımından alacaklı durumuna düşmemekte, yani kulfetin aynen ifasını veya kulfet aynen yerine getirilmediği takdirde tazminat talep etme hakkına sahip olamamaktadır. Kanımca, KHK m.14’e göre; markanın kullanılmaması durumunda iptal yani hükümsüzlük ilgililer tarafından dava edilmedikçe, yahut karşı davada ileri sürülmedikçe teknik olarak bir hak kaybına sebep olmaz. Bu nedenle markanın kullanılması bir kulfet olamaz.

İkinci görüşe göre; markanın kullanılmasının bir “zorunluluk” olduğu ifade edilmiştir²⁵³. Bir marka kullanılsa da kullanılmasa da eğer tescil edilmişse mutlaka korunur. Ancak beş yıl boyunca kullanılmayan marka iptal edilecektir. Yani; marka kullanılsa da kullanılmasa da beş yıl boyunca tescilli ve korunan bir marka olarak sicilde olacaktır. Markanın kendi kendine iptali prosedürü olmadığından marka sadece hükümsüzlüğü ileri sürülürse iptal edilecektir²⁵⁴.

Üçüncü ve bizim katıldığımız görüşe göre ise; markanın kullanılması bir yükümlülüktür²⁵⁵. Kulfet, eski ve günümüzde pek kullanılmayan ayrıca tanımı ve içeriği tam belirli olmayan bir kavramdır. KHK m.14’de düzenlenen markanın kullanılması bir zorunluluk değil, uyulmaması halinde iptal yaptırımını ile karşılaşılan

²⁵¹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.423; “TRIPS Anlaşmasında da bu durumda markanın iptal edileceğini, korumasız kalmayacağını vurgulamaktadır”. EVENS, 16.16.

²⁵² DİRİKKAN, (Kulfet), s.234.

²⁵³ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 423; YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 628-629 (dn. 3).

²⁵⁴ “İptali ileri sürülmeyen bir markanın iptal edilmesi mümkün değildir. Bu kulfet değil, olsa olsa bir zorunluluk olabilir”. YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 629.

²⁵⁵ KARAYALÇIN, (İşletme), s.425-426; OMAĞ, s. 11; ARKAN, (Marka II), s. 145; “Amerikan Marka Hukuku sisteminde de marka kullanımının bir yükümlülük olduğundan bahsedilmektedir”. PRETNAR, 2.02.

bir yükümlülüktür. Marka korumasının tescille başladığını ve marka kullanılsa da kullanılsa da beş yıl korunacağı düşüncesini kabul etmekle beraber biz tezimizin genel içeriği bakımından bize daha yakın olan yükümlülük kavramını kullanacağız.

Markanın kullanılması yükümlülüğü ile marka kullanma yükümlülüğü farklı kavramlardır. Markanın kullanılması yükümlülüğü ile ifade edilmek istenen; markanın sicilde kayıtlı olduğu mal ve hizmetlere uygun, ciddi ve markanın işlevlerine uygun olarak kullanılmasıdır. Marka kullanma yükümlülüğü ise; ticari hayatta karışıklıkları önlemek amacıyla markası olmayan malların ticarete konulmasına engel olunması anlamına gelir.

Kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılabilmesi için; beş yıllık süre içinde bir kere de olsa markanın, kapsadığı mal ve hizmetleri diğer mal ve hizmetlerden ayırt edebilme fonksiyonundan yararlanabilmek amacıyla kullanılması gerekir²⁵⁶.

Marka sahibinin markasını kullanması KHK gereği aralıksız olmalıdır. Ancak aralıksız kullanım ifadesinin çok sıkı olarak uygulanması adil olmayan sonuçlara sebep olabilir. Çünkü; hiç kimseye markasını aralıksız kullanma yükümlülüğüne uyması hususunda zorlama yapılamaz. Bu nedenden yola çıkan kanun koyucular ulusal ve uluslararası hukuk düzenlemelerinde tescilli markanın belirli bir süre aralıksız kullanılmasının, marka hakkını sona erdirmeyeceğine ilişkin hükümler kabul etmişlerdir. Ara verme durumu daha uzun sürer ve kullanmama için haklı bir neden de yoksa marka sahibinin karşılaşacağı, markanın iptali yaptırımıdır. Hukuki düzenlemelerde marka sahibinin kullanmaya ara vermeksizin devam etmesinden çok, kullanma yükümlülüğü için öngörülen süreden -bizim hukuk sistemimizde beş yıl- daha fazla ara vermemesi gerekliliğinden bahsedilmektedir²⁵⁷.

²⁵⁶ KARAN, H., s. 316.

²⁵⁷ KARAYALÇIN, (Aralıksız), s. 998.

A. KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN AMACI

KHK m.14'de; tescil edilen markaların kullanılması yükümlülüğü getirilmiştir²⁵⁸. Bu yükümlülüğün amacı; inhisar hakkı ve bu hakka dahil olan, yasaklama dahil olağan üstü bir yetkinin sebepsiz yere tanınarak, bir çok işaretin anlamsız ve yararsız şekilde topluma kapatılmasını önlemektir²⁵⁹. Marka sahibi, markasını tescil ettirdiği andan itibaren KHK'deki marka korumasından yararlanabilecektir. Yani; markaya yönelik bir ihlal olması durumunda korumadan yararlanacak olan markayı tescil ettiren marka sahibi olacaktır. Kullanılmamadan dolayı bir markanın iptal edilebilmesi için; markanın beş yıl boyunca haklı bir neden olmaksızın kullanılmaması şartı getirildiğinden, marka sahibi markasını kullanmasa dahi beş yıl sona erene dek markasını kullanan marka sahipleriyle aynı koruma haklarından yararlanacaktır. Beş yıl gibi bir sürenin öngörülmesiyle beraber markasını beş yıl boyunca kullanmayan marka sahibinin o markadan haksız olarak yararlanıp, o markayı bir nevi tekeline alması engellenerek en azından o sürenin sonunda markanın toplumda herkese açık hale getirilmesi amaçlanmaktadır.

Tescil işleminin KHK bakımından tüm sonuçları ile yarattığı tekel hakkının, markalar sicilini kullanılmayan, gözlerden uzak, bir köşeye atılmış ve kimselerin dokunamadığı markalar deposuna dönüştürmesi kullanma yükümlülüğü ile bertaraf edilmeye çalışılmıştır. Kullanılmayan markalar dolayısıyla, üçüncü kişilere kapatılan işaretlerin anlamsız bir yığın oluşturmasının önüne geçilmek istenmiştir²⁶⁰. Tescil anında markanın fiilen kullanılması yahut kullanmaya ilişkin niyetin varlığı aranmadığından, bu hedefe ulaşabilmek için başvurulabilecek en iyi yöntem, markanın tescilden sonraki dönemde tescil ile elde edilen ve yasaklama yetkisini içeren tekel hakkını haklı gösterecek nitelikte ve kapsamda kullanılması yükümlülüğüdür²⁶¹.

²⁵⁸ “Fezer’e göre; markalarda kullanma mecburiyeti marka hukukunun temel kuralıdır; son on yıldır bunun etkisi ispatlanmış ve tüm yargılamalarda benimsenmiştir”. PRETNAR, 2.01.

²⁵⁹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.423.

²⁶⁰ KARAN,H., s. 315; UMUR, s. 89; YILDIRIM, s.176 .

²⁶¹ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 628-629.

Markaların kullanılması yükümlülüğü ile ilgili hükümlerin bir diğer amacı da; yedek ve koruyucu markaların aşırı ölçüde artarak marka sicilini doldurması²⁶² ve bu sicilin bir kullanılmayan markalar sicili durumuna gelmesi tehlikesini önlemektir²⁶³. Koruyucu markalarda; marka sahibi kullanacağı markanın yanında markaya benzeyen ve üçüncü bir kişinin marka olarak kullanabileceği tüm markaları tescil ettirmektedir. Yedek veya tedbir markalarında ise; asıl markanın sadece bir mal veya hizmet için değil tescilde kayıtlı olan diğer mal ve hizmetler için de ilerideki bir zamanda kullanılabilmesi ihtimali düşünülerek tescil gerçekleştirilmektedir. Diğer işletmelerin, kullanılmayan tescilli markaları, sicilde kayıtlı mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanmalarını veya kendi adlarına tescil ettirmelerini sağlamak için sicilin temizlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu çeşit markalar, marka sicilini doldurarak rakiplerin piyasaya girmesini engellemektedir²⁶⁴.

Kullanılmayan markaların sicilden silinmesinde kamu yararı da vardır. Markanın iptal edilmesiyle, başka işletmeler aynı veya benzer markayı, aynı veya benzer mal ve hizmetler için tescil ettirmek olanağına da sahip olacaklardır. Sicilin resmi olarak doğruluğunun güvence altına alınması, ancak sicilin bu tür kullanılmayan boş markalardan temizlenmesi ile gerçekleştirilebilir. Böylece kullanılan veya kullanılması düşünülen markaların daha iyi bir şekilde kullanılması sağlanacaktır²⁶⁵. İptal edilecek olan markanın türü önemli değildir. Mesela; tanınmış markalar kullanılmaları dahi iptal edilemezler diye bir hüküm yoktur, beş yıl boyunca haklı bir neden olmaksızın kullanılmayan marka türüne bakılmaksızın iptal yaptırımı ile karşılaşacaktır²⁶⁶. Aksi görüşe göre; tanınmış markalar için farklı bir

²⁶² ÖÇAL, (Himaye), s. 83.

²⁶³ “Markaları depolamanın markalar açısından kötü bir bağlayıcılık olduğu kabul edilmiştir. Almanya ve İngiltere’de koruyucu markaların rekabette sınırlandırılması yoluna gidildiği ve onların bağlayıcı olmadığı yönünde kararlar verilmektedir”. PRETNAR, 2.14.

²⁶⁴ CAMCI, (Haksız Rekabet) , s.68.

²⁶⁵ PRETNAR, 2.08.

²⁶⁶ “Mahkeme, sigara ve kozmetik ürünleri için tescilli “Marlboro” markasının, kozmetik ürünlerde kullanılmadığı gerekçesiyle terkin için açılan davada, tescilli marka sahibinin, “ markasının tanınmış olduğu; bu nedenle terkin edilemeyeceği” savunmasında bulunamayacağını belirtmiştir. Kullanmama nedeniyle terkin davası, herkes tarafından açılabilen bir davadır ve terkin talebinde bulunan kişinin bu konuda yararının bulunması dahi gerekmez. Davacı burada kötü niyetli de kabul edilemez. Ancak davalı; daha sonra markanın toplumdaki yüksek tanınmışlık derecesine dayanarak açacağı markaya tecavüz davalarıyla, markasının başka ürünler için kullanılmasına engel olabilir”. DIRİKKAN, (Külfet), s. 224 (Dn. 22).

görüŖ benimsenmeli ve tanınmıŖ markalarda kullanmama sebebiyle iptal yaptırımı uygulanmamalıdır²⁶⁷. TanınmıŖ bir markanın iptalinde menfaat Ŗartı göz önüne alınarak markanın iptal edilmemesi düşünülebilirse de bu durumda özel menfaatlerden ziyade kamusal menfaatler ön planda olduğundan kullanılmayan tanınmıŖ marka da iptal edilmelidir²⁶⁸. Sicil, görünüşte bir hakkın varlığına işaret ettiği için, marka sahibinin bu görünüşte yani biçimsel hakka aykırı davranışı, dürüst rekabetin de ihlaline sebep olacaktır²⁶⁹.

Paris Sözleşmesinin 5. maddesi hükmüne göre; “eğer bir ülkede tescilli markayı kullanmak zorunluysa, marka sahibi kullanmama fiilini haklı çıkaramazsa marka iptal edilir”. TRIPS Antlaşmasının 15. maddesi hükmüne göre; “üye devletler markanın tescilini kullanmaya bağlı kılabilirler. Bunun yanında kullanma tescil için Ŗart değildir. Niteliği gereği tescil edilemeyen mal ve hizmetler için, ayırt edici kullanmayı tescile bağlı kılınabilir”. Bu hükümler markayı kullanmayı mecbur etmemekte; bunlar kullanmayı bazen elde etme, bazen kazanma olarak anlamaktadırlar. Kullanılmayan markaların sicilden terkin edilmesi sonucu az sayıda tescil edilmiŖ marka bulunacak ve karşılaşılan ihtilafların sayısı da azalacaktır. Kullanılmayan markalar terkin edilmezse sicil tıkanmıŖ duruma gelecektir ve ihtilafların sayısı sistemi çalıŖamaz duruma getirecektir. Terkin, bu durumda tescilin mülkiyet hakkı sahibine verdiği hukuki ve fiili ticaret koŖullarının korunmasını sınırlar ve sadece başkalarının bu markayı kullanmasının engellenmesi için ve markayı kullanma amacı olmadan yapılan tescillere izin verilmesi sonucunun doğmasının önlenmesiyle ticaretteki zorluk, maliyet ve müdahaleleri engeller²⁷⁰.

Amerikan Hukukunda kullanma kavramı, bir yükümlölük olarak düzenlenmiŖtir. Amerikan marka hukuku sisteminde kullanım yükümlölüğü, hem ticari düzenlemelerle²⁷¹ hem de kanun koyucular tarafından sınırlandırılmıŖtır. Amerika’da marka hukuku düzenlemelerinde kullanım yükümlölüğü ile ilgili

²⁶⁷ PRETNAR, 2.43.

²⁶⁸ KAYA, (Marka), s. 201.

²⁶⁹ DİRİKKAN, (Külfet), s. 223.

²⁷⁰ ISAAC, 13.02.

²⁷¹ “TRIPS’deki marka hukuku düzenlemelerinde de, markanın kullanılması yükümlölüğü kavramının ticari hayatta da düzenlenmesi gerektiği ilgili hükümler yer almaktadır”. EVANS, 16.02.

düzenlemeler yapılmasının amacı; hem ticari düzenlemelerde hem de ilgili kanuni düzenlemelerde yer alan hükümler sebebiyle marka sahiplerinin ve tüketicilerin uğrayabilecekleri zararları en aza indirmektir²⁷². Ayrıca, markalara ciddi yatırımlar yapılmaktadır, yapılan bu yatırımlar ülke ekonomisine olduğu kadar marka sahiplerine de zarar vermektedir. Marka, mal ve hizmet üreticileri açısından ticari hayatta hareketliliği sağlayan bir fırtına görevi gördüğü için, marka kullanım yükümlülüğü ile ilgili düzenlemeler bu ticari hareketliliğin devam etmesini sağlar. Markanın bilinen fonksiyonları görevlerini, ancak markanın kullanılması yükümlülüğü ile yerine getirebilecektir²⁷³.

B. KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE SÜRE

Uluslararası marka hukukuna uygun olarak, Türk hukukunda da, tescille beraber doğan marka hakkının devamı için markanın tescilinden itibaren²⁷⁴ beş yıl²⁷⁵ içinde ciddi biçimde kullanılması gerekir²⁷⁶. Direktif 10/1'e göre; marka tescilinden sonra hiç kullanılmamış ise tescil işlemlerinin sona erdiği günden itibaren beş yıllık süre işlemeye başlayacaktır. Ancak Direktifin ilgili üye devlette yürürlüğe girmesinden önce tescil edilmiş markalar açısından, o ülkede önceden de markanın kullanılmamasına ilişkin bir yaptırım öngörülümüşse, beş yıllık sürenin başlangıcı kullanmama fiilinin başladığı gün, daha önceden ilgili üye devlette kullanmamaya ilişkin yaptırım yoksa, en erken tescil işlemlerinin sona erdiği tarih, beş yıllık sürenin işlemeye başladığı tarih olacaktır. 40/94 sayılı Tüzüğün 15. maddesi hükmüne göre beş yıllık süre tescilden itibaren başlamaktadır. Alman Hukukunda ise; markanın tescil edilmesine itiraz, markanın başvuru aşamasında değil, tescile ilişkin ilanı

²⁷² WOODİE/JANIS, 17.01.

²⁷³ WOODİE/JANIS, 17.03.

²⁷⁴ KARAN,H., s.315; KARAHAN, “ *Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları*”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.I, Tartışmalar, s. 510, 582; ŞANAL, s. 96; TEKİNALP/POROY, s. 344 .

²⁷⁵ ABD gibi bazı istisnai ülkelerde bu süre üç yıl olarak belirlenmiştir.

²⁷⁶ "LIPIDROL markası Ulkar Kimya San. Tic. A.Ş. adına 12.10.1993 tarihinde 146106 sayılı ile tescillidir. Davacının sunduğu deliller ve özellikle Sağlık Bakanlığını İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğünün 30.04.2000 tarihli sayılı yazıları ilk defa tescil edilen LIPIDROL isimli markanın hiç bir ilaçta kullanılmadığı ve hiç bir ruhsatta alınmadığı anlaşılmaktadır. LIPIDROL markasının beş yıl boyunca kullanılmadığından, kullanmama nedeniyle hükümsüz sayılmasına karar verilmiştir...". İstanbul Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2001/80, K. 2001/34, T. 22.05.2001(Yayınlanmamıştır).

izleyen üç ay içinde yapıldığından, itiraz varsa, beş yıllık süre, tescil yerine, itiraza ilişkin bütün işlemler bittikten sonra başlar. Tescile karşı bir itiraz yoksa beş yıllık süre tescilden itibaren başlar.

Tescil tarihi ile neyin kastedildiği hususu tartışmalıdır. Birinci görüşe göre; tescil tarihi başvuru sahibine tescil belgesinin verildiği tarihtir. KHK m.39/1 hükmüne göre; “Bu kanun hükmünde kararname ve ilgili yönetmelik hükümlerine göre başvurusunu eksiksiz yapmış veya eksikliklerini gidermiş ve süresi içerisinde hakkında itiraz yapılmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş bir başvuru tescil edilerek sicile kaydedilir. Başvuru sahibine “marka tescil belgesi” verilir...” denilmektedir. Bu hükümden anlaşılması gereken tescil tarihi ile ifade edilmek istenenin; marka tescil belgesinin verildiği tarih olduğudur²⁷⁷. İkinci görüşe göre ise; tescil tarihinden kastedilen marka tescili için başvurunun yapıldığı tarihtir. Çünkü; markaya ilişkin koruma bu tarihten başlatıldığı gibi koruma süresi olan on yıllık süre de bu tarihten itibaren başlamaktadır²⁷⁸. Kanımızca; tescil tarihi ile kastedilen marka tescil belgesinin verildiği tarihtir. Çünkü; marka için başvuruda bulunan kimse, marka hakkını başvurusuna yönelik olan itirazlar sonuçlandıktan veya itiraza ilişkin sürelerin geçmesinden sonra kullanabilecektir. Bu sürenin ise ne kadar olacağı belli olmadığından marka sahibinin mağdur edilmemesi bakımından tescil tarihi ile ifade edilmek istenenin marka tescil belgesinin verildiği tarih olduğunu kabul etmek en doğrusu olacaktır. Markayı kullanma yükümlülüğü tescil belgesi verildikten sonra doğmakta, bu tarihe kadar kullanma yükümü bulunmamaktadır.

Marka sahibi, markasını sürekli olarak kullanmak zorunda değildir. Markanın kullanımına zaman zaman ara verilebilir²⁷⁹. Ancak bu durumun beş yılı aşmaması gerekir. Marka tescilden sonra kullanılmakla beraber, kullanımına kesintisiz olarak beş yıldan fazla ara verilirse, marka gene iptal yaptırımı ile karşılaşabilecektir. Bu

²⁷⁷ KARAHAN, (Hükümsüzlük), s. 131; YILDIRIM, s.185.

²⁷⁸ YALÇINER, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.I, Tartışmalar, s. 583.

²⁷⁹ “Amerikan Marka Hukukunda; kullanmama üç yıl boyunca aralıksız devam ediyorsa bu terk edilmişlik için kesin kanıttır ve gerçek terk edilmişlik üç yıldan önceki bir süre içerisinde kanıtlanırsa bu durumda marka üç yıl geçmeden de iptal edilebilmektedir”. KLEIN/NORTON, 18.11.

durumda farklı olarak beş yıllık sürenin başlangıcı, kesintisiz olarak kullanılmamanın başladığı tarih olacaktır (KHK m.14/1).

Markanın tescilden sonra kullanılmamasında da, markanın tescilden sonra kullanılmakla beraber bu kullanıma ara verilmesinde de kullanmama süresi beş yıldır. Marka beş yılı aşmayan sürelerle zaman zaman kullanılmamış ise önceki süreler birbirine eklenmez²⁸⁰. Arada gerçekleşen kullanım fiillerinin her birinin birbirinden ayrı olarak beş yıllık süreyi kesebilmesi için, kullanımın ciddi ve markasal olarak yapılması gerekmektedir.

Marka sahibine, markayı kullanabilmesi için iki çeşit hak verilmiştir: İlki, marka sahibinin markasını tescilden sonra kullanması. İkincisi ise; marka sahibinin markasını tescil ettirdikten sonra ancak beş yıllık süre içinde kullanmasıdır. KHK m.14/2 uyarınca, marka beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanılmaya başlanmış ise iptal davası açılmaz. Yani; marka sahibi, beş yıllık süre geçmesine rağmen, markanın iptaline ilişkin davanın açılmasından önce markasını ilk kez veya yeniden kullanmaya başlarsa markanın iptali istenemez. Aynı şekilde Direktif 12/1, 40/94 sayılı Tüzük 50/1 (a) ve MarkenG § 49/1'e göre de beş yıllık sürenin geçmesinden veya üçüncü kişinin terkin başvurusundan önce marka sahibi markasını ciddi olarak kullanmaya başlarsa, marka hakkının sona erdiği iddiasında bulunulamaz.

Marka iptal edilebilir durumda iken üçüncü kişiler tarafından marka üzerinde kazanılan haklara dokunulamaz. Yani; marka sahibi markasını beş yıl boyunca kullanmaz fakat iptal davasının açılmasından önce markasını kullanmaya başlarsa bu süre içinde üçüncü kişiler marka sahibinin markasından herhangi bir hak elde ederlerse marka sahibi veya bir başkası üçüncü kişilerin kazandıkları bu haklara zarar veremez ve bu hakların kullanılmasına engel olamaz. Markanın iptal edilmesinden önce kullanılması marka sahibini olumlu olarak etkileyecektir²⁸¹.

Beş yıllık süre geçtikten sonra, marka sahibi marka hakkını lisans sözleşmesiyle üçüncü kişiye devretse, henüz üçüncü kişi markayı kullanmaya

²⁸⁰ ÖÇAL, (Himaye), s.88.

²⁸¹ DİRİKKAN, (Külfet), s. 248.

başlamadan önce marka sahibinin markayı beş yıl boyunca kullanmadığı gerekçesiyle marka sahibine dava açılabilir mi? Kanımızca, marka sahibinin lisans sözleşmesi yapması artık markasını kullanmayacağına işaret etmektedir. Marka sahibi, markasını kullanma niyeti taşıyorsa ya beş yıl boyunca markasını kullanırdı ya da markasını kullanmak için bir girişimde bulunurdu. Ancak lisans sözleşmesiyle markasını bir başkasına devretmesi marka sahibinin markayı kullanması anlamına gelmez. Dolayısıyla, bu durumda marka sahibine karşı markanın kullanılmaması sebebiyle iptal davası açılabilir.

Beş yıllık sürenin geçmesinden sonra kullanılmaya başlandığı takdirde, markanın yeniden tesciline gerek yoktur. Çünkü; marka sahibi kendi markasını kullanmaya başlayacaktır; bu durumda yeniden tescili gerektirecek yeni bir markanın kullanılması durumu yoktur.

KHK m. 42/1 (c)'ye göre; marka sahibi kendisine karşı dava açılacağını düşünerek markasını kullanmaya başlamışsa, davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanımlar dikkate alınmaz.

Direktif 12/1'e göre beş yıllık sürenin bitmesinden sonra, ancak üçüncü kişinin başvurusundan önceki üç ay içerisinde marka ilk kez veya yeniden kullanılırsa bu kullanım dikkate alınmayacaktır. Ayrıca, marka sahibinin markasını kullanmak için hazırlıklara başlaması, üçüncü kişinin markanın terkin için başvurusundan sonra olmalıdır.

40/94 sayılı Tüzük m.50/1(a)'ya göre; üçüncü kişi marka sahibine, karşı dava yoluyla marka hakkının sona erdiği iddiasında bulunabileceğinden, marka sahibinin karşı davayı öğrenmesinden sonra, marka sahibine karşı davaya cevap verilebilmesi için ek bir süre daha verilmesinden bahsedilmiştir.

Alman Markalar Kanunu § 49/1'deki düzenleme de, üçüncü kişi terkin talebiyle Patent Dairesine başvurmuşsa, üç aylık sürenin başlangıç tarihi, terkin davasının açıldığı tarih; dava Daireye yapılan başvurunun marka sahibine bildirilmesinden sonra üç ay içinde açılmışsa, dilekçe tarihidir.

Beş yıllık sürenin dolmasından önce iptal davası açıldığı ve dava sırasında ciddi kullanıma başlandığı durumlarda marka iptal edilemez. Beş yıllık süre içinde marka sahibinin markasının kullanmaya başlamasının iptal tehdidi olup olmaması önemli değildir. Marka sahibi, sadece beş yıllık süreyi durdurmak ve marka hakkını korumak için markasını kullanmaya başlarsa, bu kullanımın kötü niyet kuralları içinde değerlendirilerek, markanın iptal edilmesi gerekir.

Marka, beş yıl aralıksız kullanılmadığı için iptal edilebilir duruma geldiği zaman aynı veya benzer bir markayı üçüncü kişi kullanmaya başladığı zaman, marka sahibi markasını sonradan ciddi olarak kullanmaya başlayarak markanın iptali nedenini ortadan kaldırsa bile üçüncü kişiye karşı markaya tecavüz ettiği gerekçesiyle dava açılmaz. Markanın yeni sahibi, markanın kullanımına başlaması nedeniyle terkinini isteyemezse de, markasını ilk marka sahibinin bunu engelleyemeyeceği bir zamanda markayı kullanmak suretiyle marka hakkını kazanmıştır ve bunu markayı ilk devralan kişiye karşı dahi ileri sürebilecektir²⁸². Kanımızca, marka, beş yıl aralıksız kullanılmadığı için iptal edilebilir duruma geldiği zaman aynı veya benzer bir markayı üçüncü kişi kullanmaya başladığı zaman, marka sahibi markasını ciddi olarak kullanmaya başlayarak bu iptal nedenini ortadan kaldırabilir ve bunun sonucu olarak üçüncü kişiye karşı markaya tecavüz ettiği gerekçesiyle dava açılabilir. Çünkü; henüz markanın iptali istemiyle marka sahibine yöneltilmiş olan bir dava yoktur. Dolayısıyla, marka hala marka sahibindedir. İptal davası açılıp, marka terkin edilinceye kadar da marka hakkını kullanmak yetkisi marka sahibine aittir. İptal edilmemiş bir markaya üçüncü kişi tarafından tecavüz edilmesi durumunda marka sahibi bu tecavüzlere son verilmesini isteyebilecektir.

Marka sahibi, beş yıllık sürenin geçmesinden sonra, markayı üçüncü kişinin tescil ettirmek üzere başvurması ve bu başvurunun yayınlanmasından sonra kullanıma başlamışsa, bu kullanıma dayanarak üçüncü kişinin başvurusuna itiraz edemez²⁸³. Kanımızca, beş yıllık süre geçtikten sonra markanın marka sahibi tarafından kullanılmasından zarar gören kişiler dava açmadığı ve marka iptal edilmediği sürece markayı kullanma hakkı hala marka sahibine aittir. Üçüncü kişi bir

²⁸² DİRİKKAN, (Külfet), s. 250.

²⁸³ DİRİKKAN, (Külfet), s. 250-251.

başkasına ait olan markayı kullanabilmek için tescil isteminde bulunmuştur. Markayı kullanma hakkı hala marka sahibine ait olduğu için, marka sahibi üçüncü kişinin marka başvurusuna itiraz edebilmelidir.

Marka tescilinin yenilenmesi, yeni bir beş yıllık sürenin işlenmesine sebebiyet vermez. Ayrıca; markanın külli (miras, birleşme) yahut cüz'i haleflere geçişi de yeni bir beş yıllık sürenin işlenmesini sağlamaz.

Markanın kullanılması yükümlülüğü ile ilgili olarak; 6 Kasım 2003 tarih ve 5000 sayılı Kanunun 31. maddesi hükmü ile farklı bir düzenlemeye de yer verilmiştir²⁸⁴. İlgili maddeye göre; KHK m.14'de öngörülen beş yıllık süre Basın Kanununa tabi olan işlerde üç yıla indirilmiştir. Benzer bir düzenleme ise; 09.06.2004 tarih ve 5187 sayılı yeni Basın Kanununun 9. maddesi ile öngörülmüştür²⁸⁵.

5187 sayılı Basın Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrası hükmündeki üç yıllık sürenin, 5000 sayılı Kanunun aksine, markanın kullanımıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. 5187 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrası hükmünde ise; KHK hükümlerinin saklı olduğunu belirttikten sonra, eski Basın Kanununa göre süreli yayın yapanların, KHK uyarınca yayım yapmaktan alıkonamayacaklarını hüküm altına alınmıştır. 5187 sayılı Kanunun 9. maddesinin 2. fıkrası hükmünde KHK hükümlerinin saklı tutulmasının, 5000 Sayılı Kanunda öngörülen üç yıllık süre ile karşılaştırıldığında 5187 sayılı Kanunun daha yeni bir düzenleme olması sebebiyle bu sürenin beş yıla çıkarıldığı iddia edilebilir²⁸⁶. İki kanun arasındaki uygunsuzluğun yeni tarihli kanuna uygun olarak düşünülmesi ve sürenin beş yıla çıkarıldığı kabul edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır. Bu düzenleme hem kanun yapma tekniğine uygun değildir hem de isabetli bir düzenleme değildir. Marka hukuku ile ilgili bir düzenlemenin yeri Markalar Kanunudur. Türk Patent Enstitüsünün Kuruluş ve Görevlerinin düzenlendiği bir kanunda maddi hukuk düzenlemesinin yapılması yerinde değildir ve eğreti bir düzenleme olarak durmaktadır²⁸⁷.

²⁸⁴ RG. 19.11.2003, no 25294.

²⁸⁵ RG. 26.06.2004, no 25504.

²⁸⁶ YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s. 649.

²⁸⁷ KAYA, (Marka), s. 199.

II.KULLANMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE UYULMAMASININ YAPTIRIMI

A.İPTAL DAVASI

KHK m.14'e göre; "markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir". KHK'de markanın "iptali" terimi yanında, "hükümsüzlük" ve "hükümsüzlük davası" gibi terimler de kullanılmıştır²⁸⁸. "İptal" ve "iptal davası" kavramı yanında "hükümsüzlük" kavramlarına da yer verilmesinin sebebi, kanun koyucunun özensiz davranmasıdır. Marka kullanım yükümlülüğüne aykırılık durumu için amaca en uygun ifade; "iptal" ve "iptal davası" dır.

Markanın hükümsüzlüğü, KHK'de öngörülen sebeplerin varlığı halinde, mahkeme kararıyla, markanın koruma süresi sona ermeden marka sicilinden silinmesidir. Markanın hükümsüz kılınmasını gerektiren durumlar iki grupta ele alınabilir. Birinci grupta yer alan hükümsüzlük halleri KHK m. 7 ve 8 de düzenlenen mutlak ve nisbi red nedenleridir ki, bunlar esasen markanın tescilinden önce de mevcutturlar ve bunların varlığı nedeniyle aslında marka tescilinin yapılmaması gerekir. Ancak her nasılsa tescil gerçekleşmiş ise, dava, bu haksız tescilin sicilden terkinini amacıyla açılmaktadır. İkinci grupta yer alan hükümsüzlük hallerinde ise markanın tescili anında bulunmayan, ancak daha sonra ortaya çıkan bazı sebeplerin varlığı nedeniyle marka kaydının hükümsüz kılınması gerekmektedir. KHK.m.42/I, c-d-e ve f bentlerinde düzenlenen hükümsüzlük halleri bu niteliktedir. Markanın mutlak ya da nisbi red nedenlerinin varlığına rağmen tescil edilmiş olması halinde, markanın hükümsüzlüğü; daha sonra ortaya çıkan sebepler dolayısıyla sicilden terkininde ise markanın iptali sözkonusu olmaktadır. Nitekim, Avrupa Birliğinin üye devletlerin marka hukukuna ilişkin mevzuatlarının uyumlaştırılmasına yönelik Yönergesinin m.3,4,12'de (89/104 sayılı AET Yönergesi "hükümsüzlük" terimini,

²⁸⁸ "KHK'de ise hükümsüzlük ve iptal eşanlamlı olarak kullanılmıştır. Hükümsüzlük ve iptal kavramlarının ifade ettikleri anlam farklılıklarına dikkat edilmemiştir". TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.435-436; ARKAN, (Marka II), s. 155-166.

mutlak ve nisbî red nedenlerine dayanan durumlarda, “iptal” terimini ise diğer durumlar için kullanmaktadır), Topluluk markasıyla ilgili tüzükte (m.50, 51, 52), Alman Markalar Kanununda bu ayrıma dikkat edilerek düzenlemeler yapılmıştır.

KHK m.14 de markanın kullanılmamasından dolayı baştan itibaren geçersiz olması söz konusu değildir. Markanın kullanıldığı süre boyunca korunması ve bu süre içinde kazanılan hakların ve hak sahiplerinin korunması esastır. Dolayısıyla KHK m.14 hükmüne göre bir marka kullanılmıyorsa marka iptal edilmelidir. KHK. m. 42’de de iptal ve hükümsüzlük nedenleri arasında ayırım yapılarak, düzenlemenin buna göre yapılması yerinde olacaktır.

Kullanmama nedeniyle marka hakkının sona ermesi marka sahibi açısından son derece ağır olduğu ve markasını kullanmamasında haklı nedenlerin bulunması durumunda bu yaptırımın uygulanamaması nedeniyle bu işlem, yargı organlarının kararına bırakılmış; sürenin geçmesiyle Türk Patent Enstitüsünce re’sen veya başvuru üzerine markanın terkinin kabul edilmemiştir²⁸⁹. İptal talebi, dava veya markaya tecavüz nedeniyle marka sahibinin açtığı tecavüzün men’i, tazminat gibi davalarda karşı dava yoluyla kullanılabilir.

Dava dilekçesinde iptali istenen²⁹⁰ markanın tescil numarası, iptal sadece markanın tescil edildiği mal ve hizmet edimlerinin bir bölümü için isteniyorsa hangileri için talepte bulunulduğu belirtilmelidir. Topluluk Markaları Hakkında Konsey’in 40/94 Sayılı Tüzüğü’nün Uygulanması Hakkında Komisyonun 13.12.1995 tarih ve 2868/95 sayılı Tüzüğüne göre, Patent Daireleri tarafından çıkarılan formlar doldurularak –idari makamlar eli ile terkin için- başvuruda bulunulur. Bu başvuruda başvuranın adı ve adresi, temsilcisi varsa onun adı ve adresi ve son olarak terkin nedeni belirtilmelidir. Bu dilekçede bir eksiklik varsa bu eksikliğin yerine getirilmesi için uygun bir süre verilir. Bu süre içinde eksiklik tamamlanmazsa, başvuru reddedilir. Başvuran kişi sayısı birden fazla ise, başvuruların birlikte işlem görmesine karar verilebileceği gibi, birlikte işlem görmeye başlayan dilekçelerin ayrılmasına da karar verilebilir.

²⁸⁹ “Esasen markanın kullanılmaması sebebiyle iptali için dava dışı bir usulle idari makamlar eli terkin gibi bir yol yola gerek yoktur”. ÖZTEK, (İlaç), s.19.

²⁹⁰ “Marka sahibinin tescilli birden çok markası varsa, sadece kullanılmayan markalar için iptal davası açılacaktır”.

Dava beş yıllık süre geçtikten sonra açılmalıdır. Dava, açıldığı tarihteki duruma göre karara bağlanacaktır. Davanın açıldığı tarihte marka beş yıldan daha az süredir kullanılmamakla birlikte, dava sırasında beş yıl dolarsa, bu süre içinde marka sahibinin ciddi kullanıma başlayıp, başlamadığı araştırılmalıdır. Marka sahibi markasını dava sırasında ciddi olarak kullanmaya başlarsa, kullanım iptal tehdidi ile başlamış olsa dahi iptal davası reddedilmelidir. Kullanmama devam ediyorsa; ikinci bir dava açmaya gerek kalmaksızın iptal davasının kabulü gerekir²⁹¹.

1.DAVACI

Markanın iptalini zarar gören kişiler²⁹², Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar isteyebilir.

Zarar gören kişi; zarara uğrayan veya uğrama tehlikesi altında bulunan, ya da söz konusu işareti kullanabilme olanağı haksız bir biçimde kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir²⁹³. Bir gerçek veya tüzel kişinin menfaatlerinin KHK m.7 ve 8 hükümlerine göre²⁹⁴, tescili mümkün olmayan bir işaretin kısmen veya tamamen bir şahıs tarafından kendi adına tescil ettirilmesi suretiyle zedelenmesi, bir markanın beş yılı aşan bir süreden beri

²⁹¹ “Davacının önce haksız rekabet davası açması, ancak davalının markayı kullanmadığı için haksız rekabet koşullarının bulunmadığı gerekçesiyle bu davanın reddinden sonra, bu kez markanın kullanılmaması nedeniyle iptali talep edilebilir. Birinci davada verilen hüküm, hukuki sebep ayrı olduğundan, ikinci dava için kesin hüküm oluşturmaz”. HGK. 22.09.1965, 152/D-T E., 318 K., BATIDER 1966, C.III, S.4, s.735 vd.

²⁹² “Kullanmama nedeniyle iptal davası açısından “zarar gören kişiler” yerine, “markanın iptalinde hukuki yararı bulunan kişiler” teriminin kullanılması daha uygun olurdu”. DİRİKKAN, (Külfet), s. 266 (dn. 170).

²⁹³ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 437; KARAHAN, “556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İlmi ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002, s.526; KAYHAN, (İptal), s. 32; TEOMAN, “Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü’ ne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’ e Armağan, s.652, (Husumet); BATTAL, (Kötüye Kullanma), s.49.

²⁹⁴ “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’ nin 8/3. madde ve fıkrasında tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir işaretin sahibinin marka hakkına itiraz hakkı düzenlenmiş olup, burada itiraz hakkına dayanak olarak tescilli hak sahibi olma zorunluluğu getirilmediği açıktır. Anılan KHK’ nin 42/1-b madde, fıkra ve bendinde ise 8. madde de sayılan hallerde yetkili mahkemeden markanın hükümsüzlüğünün istenebileceği öngörülmektedir. Bu hükmü takip eden 43. madde de ise markanın hükümsüzlüğünü isteyebilecek kişiler arasında zarar gören de sayılmıştır”. 11 HD., 06. 07.1988 T., 359/5121 (FMR C.1, S.1/2, s.183 vd.).

kullanılmaması yoluyla o işaretin serbest kullanımının kısıtlanması veya serbest bir sözcüğün bir kişinin inhisarına verilmesidir.

Marka sahibinin markasıyla aynı olan bir markayı kendi adına tescil ettirmek üzere başvuruda bulunan, marka sahibinin markası iptal edilmeden bu markayı kullanmaya başlayan ve kullanılmayan bir markanın iptal edilmesinde yararı olan üçüncü kişiler hem markanın iptal edilmesini hem de marka hakkına yönelik bir tecavüzün bulunmadığının belirlenebilmesi için, iptal davası ile marka hakkına tecavüz bulunmadığının tespiti davasını beraber açabilirler. Bu durumlarda, davacı iptal davası ile marka hakkına tecavüz bulunmadığının tespitini isteyen üçüncü kişiler olacaktır²⁹⁵.

Tescilli olmasına rağmen kullanılmayan bir markanın iptalini, her nasılsa aynı markayı kendi adına ikinci kez tescil ettiren kişi²⁹⁶ yanında ikinci marka lisans sözleşmesine konu edilmişse lisans sahibi, bağımsız olarak rehin ve intifa hakkı sahibi de dava yoluyla talep edebilir²⁹⁷.

Markanın, sadece sicilde kayıtlı listede bulunan bazı mal ve hizmetler için kullanılması durumunda, bunlar dışında kalan mallar veya hizmetler için markayı kullanan veya kendi adına tescil ettirmek isteyen kişiler de iptal talebinde bulunabilir²⁹⁸.

Markanın kullanılmaması durumunda zarar gören kişi kavramının farklı değerlendirilmesi gerekir. Çünkü; KHK m.42’de sayılan hükümsüzlük hallerinden farklı olarak kullanılmama da markanın kullanılmamasından dolayı doğrudan zarar gören kimse yoktur. Ancak zarar görme tehlikesi altında bulunan kimseler olabilir. Zarar görme tehlikesi altında bulunanlar ise; sadece marka sahibiyle aynı mal ve

²⁹⁵ “40/94 sayılı Tüzük m.55/1 (a) uyarınca markanın idari işlemle terkinini, dava ehliyetine sahip olan her gerçek veya tüzel kişi, üretim veya hizmet işletmeleri, ticaret ve sanayi odası gibi mesleki birlikler veya tüketici birlikleri talep edebilir. Buna karşılık mahkeme kararıyla terkin, sadece karşı dava yoluyla talep edilebileceğinden, kendisine markaya tecavüz nedeniyle dava açılan kişi terkin talebinde bulunabilir”.

²⁹⁶ “Aynı malları üreten ve tescilli benzer markanın sahibi olan kişi de iptal talebinde bulunabilir”. 11 HD., 03.06.1976, 76/2966 E., 76/2986 K., BATIDER 1976, C. VIII, S.I, s. 148-149.

²⁹⁷ “İptal talebinde bulunan kişinin, markanın mevzuatta öngörülen süre içinde aralıksız kullanılmasına haksız müdahalesi ve kusuru bulunduğu takdirde dava açamaz”. DOĞANAY, s. 341.

²⁹⁸ ÖÇAL, (Himaye), s.90.

hizmet grubunda faaliyet gösteren diğerk marka sahipleri veya aynı mal veya hizmeti üretmeyi düşünen üçüncü kişiler olacaktır. Dolayısıyla markanın kullanılmaması nedeniyle açılacak olan iptal davaları açısından zarar gören kişi kavramı sadece aynı mal ve hizmet grubunda faaliyet gösteren işletmelerle sınırlandırmak daha uygun olacaktır. Marka tanınmış bir marka ise, zarar gören kişi kavramını aynı mal ve hizmet grubunda faaliyet gösteren işletmelerle sınırlandırmamak gerekir. Çünkü; tanınmış bir markayı üreten işletmeden farklı bir mal ve hizmet üreten bir işletme, farklı bir mal ve hizmet üretmesine rağmen toplum tarafından tanınmış markayı üreten işletmeyle aynı işletme gibi algılanabilir. Halkın tanınmış markaya duyduğu güven başka bir işletme tarafından üretilen yeni mal ve hizmete karşı da devam edecektir ve bu durum piyasada haksız rekabete yol açabilecektir. Tanınmış markalar açısından, zarar gören kişi kavramı sınırlandırılmamalı aksine tanınmış marka sahibi işletmenin uğrayabileceği zararları en aza indirecek şekilde olabildiğince genişletilmelidir.

Markanın kullanılmaması sebebiyle iptalini cumhuriyet savcılarını ile ilgili resmi makamlar da isteyebilir. İlgili resmi makamların başında TPE yer almaktadır. TPE dışında tescil edilen markayla ilgisi bulunan tüm resmi makamlar davacı olabilirler. Cumhuriyet savcılarını ise, kamunun yararının bulunduğu her durumda dava açma hakkına sahiptirler.

Markanın kullanılmaması nedeniyle iptal davasını açmak isteyen kişi açısından önemli olan, kullanılmayan markanın iptal edilmesinde o kişinin hukuki yararının bulunmasıdır.

2.DAVALI

Markanın iptali davasında davalı, iptali istenen markanın sahibi olarak sicilde kayıtlı kişi veya onun halefleridir²⁹⁹.

Beş yıl boyunca kullanılmayan bir marka, marka sahibi tarafından üçüncü kişiye devredilirse, üçüncü kişi markayı kullanmaya başlamadan önce marka sahibine iptal davasını açılabilir.

²⁹⁹ TEOMAN, (Husumet), s. 647.

Marka sahibi markasını kullanmayacağına ilişkin üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmış olması durumunda, bu hakkın esasına ilişkin olarak açılan iptal davalarında malik sıfatı ile husumetin marka sahibine yöneltilmesini engellemez³⁰⁰. Çünkü; marka sahibinin üçüncü kişiyle markanın kullanılmayacağına ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler, sadece marka sahibi ile üçüncü kişi arasında sonuç doğuracaktır. Marka hakkının sahibi marka sicilinde hala marka sahibidir ve markanın kullanılmamasından dolayı davanın marka sahibine yöneltilmesi gerekir.

İptal davası, markayı lisans yoluyla alan kişiye ve rehin alacaklısına ikame edilemez³⁰¹.

3.İSPAT SORUNU VE DELİL GÖSTERME YÜKÜ

KHK'da iptal davasında ispat yüküne ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Direktif 11/3'de marka hakkının kullanmama nedeniyle sona erdiğini iddia eden kişinin bu konuda delil göstermesi gerektiği belirtilmiştir. 40/94 sayılı Tüzük m.43/2 hükmünde ise; tescilli ancak kullanılmayan marka sahibinin, yeni markanın tesciline itiraz etmesi üzerine, onun markasını kullanmadığını iddia edilmişse, marka sahibi yeni markaya ilişkin tescil başvurusunun ilanından önceki son beş yıl içinde itirazına konu teşkil eden mal ve hizmetler için markasını kullandığı konusunda delil göstermelidir. Yoksa itirazı reddedilir. Bunun için Topluluk Markasının en az beş yıldır tescilli olması gerekir. 49/94 sayılı Tüzüğün 56. maddesinin 2. fıkrasına göre; tescilli ancak kullanılmayan markanın sahibi, ikinci kez markasının başkası adına tescil edilmesi üzerine terkinin için Büroya başvurmuşsa, markasını başvurudan önceki son beş yıl içinde ciddi olarak kullandığı veya kullanmama nedeniyle ilgili olarak haklı nedenleri bulunduğu yolunda delil ikame etmelidir.

MarkenG § 25/2 ve 55/3'de de benzer hükümler yer almaktadır. Bu maddelere göre; marka en azından beş yıldır tescilli ise, marka sahibi markasına tecavüz edildiği gerekçesiyle dava açmış ve davalı, markanın kullanılmadığını ileri

³⁰⁰ HGK., 22.09.1965 T., 152/ D-T E., 318 K., BATIDER 1966, C.III, S.IV, s.735 vd.

³⁰¹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s. 440.

sürmüşse, marka sahibi markasını dava konusu mal ve hizmetler için, davanın açıldığı tarihten önceki son beş yıl içinde kullandığını ispatlamalıdır. Beş yıllık süre dava açıldıktan sonra sona ermişse, davalının iddiası üzerine, marka sahibi, sözlü yargılama aşamasının sona ermesinden önceki son beş yıl içinde markayı kullandığına dair delillerini sunmalıdır. Markanın ikinci kez başkası adına tescili için başvuruda bulunmuş ve marka sahibi buna itiraz etmişse, kullanmama iddiası üzerine, marka sahibinin markasını kullandığı hususunda bir kanaat edindirmesi gerekmektedir.

KHK'da ispat ve delil gösterme yükü ile ilgili özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle genel hüküm olan Medeni Kanunun 6. maddesi hükmüne başvurmamız gerekir. İlgili maddeye göre; iki taraftan her biri iddia ettiği hususu ispatlamalıdır. Yani; iptal davasını açan üçüncü kişi, tescilli markanın mevzuata uygun kullanılmadığına ilişkin olan hususları, markanın en az beş yıldır kullanılmadığını veya markanın ciddi kullanılmadığını ispatlamakla yükümlüdür. Aslında bu hükümle bir olumsuzluk ispatlanıyor gibi görünmesine rağmen; bir istem veya savunma ileri süren taraf, bunun kabul edilmesine imkan veren hukuk normunun olumsuz bir olayın gerçekleşmiş olmasını aradığı, istem veya savunmasının temelini olumsuz bir olayın oluşturduğu durumlarda da ispat yükünü taşımaktadır³⁰².

Marka iptalinde ispat yükünü taşıyan üçüncü kişinin, markanın kullanılmadığı konusunda bazı delillere dayanması, bazı durumlarda hakim açısından markanın ciddi kullanılmadığına dair kuşkulara sebep olabilir³⁰³. Bu durumda delil gösterme yükümlülüğü karşı tarafa geçeceğinden³⁰⁴, marka sahibinin markasını ciddi biçimde kullanmakta olduğunu kanıtlayıcı deliller sunması gerekir.

İptal talebinde bulunan üçüncü kişi; markanın marka sahibi tarafından, en az beş yıldır, yurt içinde, sicilde kayıtlı mal ve hizmetler için işlevine uygun ve ciddi kullanılmadığını ispatlaması markanın iptali açısından yeterli olacaktır. Buna karşılık marka sahibinin markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyecek şekilde markayı farklı

³⁰² UMAR/YILMAZ, İspat Yükü, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 247-248; ANSAY, s. 275.

³⁰³ UMAR/YILMAZ, s. 247.

³⁰⁴ UMAR/YILMAZ, s. 249 .

kullandığını, ihraç mallarında veya kendisinin izni ile üçüncü kişi tarafından kullanıldığını, markalı malların ithal edildiğini yahut haklı nedenlerden dolayı kullanmadığını ispatlaması gerekmektedir.

Marka sahibi markasının kullanımını lisans sözleşmesiyle lisans alana bırakmışsa, iptal davası sırasında lisans sözleşmesinin bir suretini veya lisans alanla aralarında bir ilişki olduğunu ve bu ilişkiye dayanarak markanın kullanıldığını da ispatlamalıdır.

Marka sahibi, markasına tecavüz edildiği gerekçesiyle dava açmış ancak kendisine markayı kullanmadığı iddiasında bulunmuş ise, marka sahibinin bu iddiası marka hakkına dayandığından bu durumda marka hakkının varlığı da ispatlanmak zorundadır. Marka sahibi, bu davada kullanımın türünü, kapsamını, tescil tarihini, markanın ne zamandan beri kullanılmakta olduğu hususlarında da delil göstermelidir.

İptal davasında taraflar, markanın ilgili mal ve hizmetler için kullanımının yer, zaman, kapsam ve türüne ilişkin gazete ilanları, fotoğraflar, faturalar, kataloglar, fiyat listeleri, etiketler ve ambalajları kullanabilirler³⁰⁵. Olumsuz ispatlamak güç ve hatta bazen imkansız olduğundan bu konuda esnek davranılmalı ve markanın kullanılmadığı hususunda hakimde ciddi kuşkular uyandırılması yeterli kabul edilmelidir³⁰⁶. Delil olarak bunlar kullanılabilirse de marka sahibinin ayrıca markasını ciddi olarak kullandığını veya haklı nedenlerden dolayı kullanmadığını ispatlaması da gerekebilir.

Marka, sahibine marka hakkının sona ermediğini ispatlamak gibi olumsuz bir ispat yükü yüklese de M.K. m.6'ya göre herkes, ileri sürdüğü hakkın temelinde yatan unsurları ispatlamakla yükümlü olduğu için bu durumu olumsuz bir ispat yükü³⁰⁷

³⁰⁵ 2868/95 sayılı Tüzük 22/2, 40/5.

³⁰⁶ KARAHAN, (Dava), s.521; ERGÜN, s. 168; UMUR, s. 90; GÖZLÜKAYA, s. 61.

³⁰⁷ ATALAY, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 130; KAYA, (Marka), s. 201.

olarak değil de marka hakkında ispat yükünün yansımaları olarak düşünmek en doğrusu olacaktır³⁰⁸.

Yargıtay bir kararında, davacının iddiası ile ilgili kanıtların toplanması gerektiğini; bilirkişilerin sadece evrak üzerinde inceleme yapmanın yeterli olmadığını belirtmiştir³⁰⁹: “Dava açıldıktan sonra yargılama sırasında da bazı ürünlerde markanın kullanıldığını savunma olarak getiren davalının markasını kullanıp kullanmadığı üzerinde durulmamış; raporları hükme esas alınan bilirkişiler incelemesini evrak üzerinden yapmış, mahkemece bu nokta üzerinde biç bir tartışma ve gerekçe ortaya konmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacının iddiası ile ilgili kanıtlar toplanmak, gerektiğinde davalının ticari defter ve faturaları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak, KHK’nin 14. maddesinde markanın kullanıldığı varsayılacak haller olarak sayılan kullanma biçimlerinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususu aydınlığa kavuşturulmak, sonucuna göre karar verilmek gerekirken, bu konuda hiçbir gerekçe ve tartışma ortaya konmadan eksik inceleme sonucu davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir”.

Yargıtay, bir başka kararında ise, davalının markayı kullandığını kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir³¹⁰: Kararda, “Mahkemece, iddia, savunma, dosyadaki kanıtlar ve bilirkişi raporuna nazaran, davacı şirketin “CARLA” markasını 1984 yılından beri tescilsiz olarak kullandığı, davalının tescilli markasını tescil tarihinden itibaren 28.10.1998 tarihine kadar kullandığını gösterir bir kanıt ibraz etmediği, davalı markası açısından KHK’nin 14. ve 42. maddelerindeki koşulların gerçekleştiği gerekçeleriyle, ...” kullanımı ispat edilememiş markanın iptali öngörülmüştür.

³⁰⁸ “...Davacı vekili, SUTEN ve ÇBS SUTEN markalarının 14.06.1996 ve 16.06.1996 tarihinde davalı adına tescil edildiğini, davalının her iki markayı da hiçbir üründe kullanılmadığını müvekkilinin ise SUTEN markasını 1996 yılından beri tescilsiz olarak kullandığını ileri sürerek, 556 sayılı KHK’nin 14 ve 42. maddeleri uyarınca davalı adına tescilli olan SUTEN ve ÇBS SUTEN markalarının hükümsüzlüğüne ve SUTEN sözcüğünün sicilden terkini talep ve dava edilmiştir. Tescil tarihinden itibaren 5 yıl içinde bir markanın kullanıldığını ispat yükü marka sahibindedir...” 11 HD. 20.04.2004, E. 2003/9332, K. 2004/4315, KARAN H., s.316.

³⁰⁹ 11 HD. 19.10.2000, 2000/7005 T., 2000/7974 K, YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.663-664-665.

³¹⁰ 11HD. 03.07.2000, 2000/5437 E., 2000/6332 K, YASAMAN/YÜKSEL, (Şerh), s.660-661.

4.GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

KHK'nin 71. maddesinin 1. fıkrası hükmünde, kenar başlık "görevli ve yetkili mahkeme" olmasına rağmen, sadece görevli mahkeme düzenlenmiştir. Bu madde hükmüne göre; KHK'de öngörülen bütün davalarda görevli mahkeme, Adalet Bakanlığınca kurulacak olan ihtisas mahkemeleridir. Asliye ticaret ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler (KHK m.71/2)³¹¹.

Üçüncü kişiler tarafından, marka başvurusunda bulunan veya marka sahibine karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme; gerçek kişiler açısından davalının ikametgahı, tüzel kişiler açısından merkezin bulunduğu yer mahkemesidir. Davalının Türkiye'de ikametgahı yoksa, onun vekilinin, vekili yoksa Enstitü merkezinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Marka sahibinin veya lisans, intifa hakkı gibi haklara sahip olanların üçüncü kişiler aleyhine açacakları hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahı veya tecavüz fiilinin gerçekleştiği yahut sonuçlarının ortaya çıktığı yer mahkemesidir. Davacının Türkiye'de ikametgahı yoksa, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu ve vekillik kaydı silinmişse Enstitü merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir³¹².

Birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumlarda dava, ilk açıldığı yer mahkemesinde görülür.

40/94 sayılı Tüzük m.91/1 ve 2 hükümleri uyarınca; üye devletler, kendi bölgelerinde olabildiğince az sayıda ulusal mahkemeyi, ilk ve ikinci derece mahkemesi olmak üzere, Topluluk Markaları Mahkemesi olarak belirler ve Komisyon'a bilgi verir. Bu mahkemeler, marka tecavüzü ve ulusal hukukta caiz olduğu sürece Topluluk markasına tecavüz tehlikesi nedeniyle açılacak bütün

³¹¹ Türk Patent Enstitüsünün bu KHK hükümlerine göre aldığı bütün kararlara karşı ve Enstitü'nün kararlarından zarar gören üçüncü kişilerin Enstitü aleyhine açacağı davalarda da görevli mahkeme, KHK m.71/3 gereğince ihtisas mahkemeleridir.

³¹² ÖZTEK, "Marka Terkini Davalarında Yargı Yolu (Görevli Mahkeme)", İBD 1993, C.67, S.4-5-6, s.239

davalarda, tecavüzün bulunduğunu tespit 9. madde gereğince tazminat ve Topluluk markasının iptali ve marka hakkının sona ermesine ilişkin davalarda görevlidir. Yetkili mahkeme ise, davalının ikametgahı, ikametgahı yoksa şubesinin bulunduğu üye devletteki mahkemelerdir. Davalının üye ülkelerden birinde ikametgahı veya şubesi yoksa, davacı kendi ikametgahı veya şubesinin bulunduğu üye devlet mahkemesi, davacı ve davalının üye devletlerden birinde ne ikametgahı ne şubesi varsa Büronun bulunduğu ülke mahkemeleri yetkili olacaktır. Ayrıca taraflar başka bir Topluluk markaları mahkemesini yetkili kılmak konusunda anlaşmışlarsa veya davalı başka bir mahkemede açılan davayı kabul etmişse, bu saydığımız hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

5.İPTAL DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRE

KHK'da markayı beş yıl aralıksız kullanmama nedeniyle iptal davasının hangi sürede açılacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır³¹³. Bir düzenlemenin olmaması nedeniyle doğan boşluk, hukuki belirsizliklere neden olabilecektir³¹⁴. Markanın tescilinden kaynaklanan hak, beş yıl geçmesine rağmen markanın iptali için dava açılana ve – bu arada üçüncü kişilerin marka üzerinde kazandıkları haklar saklı kalmak kaydıyla- markanın kullanımına başlanıncaya kadar sadece biçime yönelik bir hak olarak kalmaya devam edebilecektir³¹⁵. Aralıksız beş yıl kullanılmayan markanın iptali amacıyla bu marka tescilli olduğu ve ciddi kullanıma başlanmadığı sürece dava açılabilir.

Türk doktrininde bazı yazarlar hükümsüzlük davasının zamanaşımına uğramasının söz konusu olmadığını, hukuka aykırılık oluşturan durumun, tescilin süreklilik arz ettiğini, terkin halinde ise zaten hükümsüzlüğe karar verilemeyeceğini,

³¹³ KHK m.70 hükmüne göre; marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi için B.K.' nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.

³¹⁴ ARKAN, (Marka I), s. 25; TEOMAN, “Yaşayan Ticaret Hukuku”, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, İstanbul 1997, s. 39 vd. (Mütalaalar)

³¹⁵ DİRİKKAN, (Külfet), s. 273.

hükümsüzlük talebinin tescilden çok sonra ileri sürülmesi halinde M.K. m.2'ye dayanılarak talebin reddolunacağını belirtmektedirler³¹⁶.

Diğer bazı yazarlar ise, iptal davasının açılabilmesi bakımından beş yıllık sürenin olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Beş yıl içinde dava açılmaması durumunda dava açma hakkının kaybedilmesi gerektiğini, kişilere dava açma süresi bakımından sınırsız süreli hak tanınmasının haksızlıklara yol açabileceğini belirtmişlerdir. Paris Anlaşmasıyla tanınmış markalar bakımından öngörülen beş yıllık dava açma süresinin tüm markalara uygulanması yoluyla bu yasal boşluğun doldurulması gerekmektedir.

Yargıtay 11. H.D.'si ise; beş yıllık hak düşürücü süreyi kabul eden içtihatını yerleştirmiştir. Bu sürenin hak düşürücü mü olduğu, yoksa zamanaşımı niteliği mi taşıdığı belirsizdir. 25.11.1997 tarihli, 1997/ 5417-9676 sayılı ve 11.09.2000 tarihli, 2000/5607-6604 tarihli kararları şu şekildedir³¹⁷: "...KHK'da, marka tescil başvuruları değerlendirilirken, ilgililere, itiraz olanağı ile birlikte sonradan marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma olanağı da tanınmış olmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de, yine anılan KHK'nın 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açması gerekeceği belirtilmiş dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek bu yasal boşluğun yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için öngörülen beş yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması dairemizce uygun görülmüştür. Nitekim, Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 189. maddesi uyarınca kabul edilen 89/104 sayılı Yönerge'de tanınmış markalar için de, beş yıllık hak düşürücü süre öngörülmemiştir".

Marka sahibi KHK m.14 hükmü gereğince; markasını beş yıl boyunca haklı bir nedeni yoksa kesintisiz olarak kullanmak zorundadır; aksi takdirde markası iptal

³¹⁶ ARKAN, (Marka II), s. 167, 257; DÖNMEZ, s.103; KARAHAN, "*Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi*", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s.293 vd.; KARAHAN, (Dava), s.532; BATTAL, (Kötüye Kullanma), s. 56-57; BİLGE, s. 137 .

³¹⁷ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.440.

yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Bazı yazarlar KHK m.42 hükmünde belirtilen sebeplerin varlığı halinde hükümsüzlük davasının açılabilmesi için beş yıllık bir zamanaşımı süresinin öngörüldüğünü iddia etmektedirler. Kanımızca; bu sadece KHK'deki tanınmış markalar açısından düzenlenen hükme dayanarak yapılan paralel bir düzenleme olmaktan öteye gidememektedir. Çünkü; bir marka kullanılmasa dahi hükümsüzlüğü ileri sürülmedikçe ve her on yılda bir tescil talebi yenilendikçe bu markanın iptal edilmesi düşünülemez. Dolayısıyla markanın kullanılmaması bakımından beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Aksi takdirde bir markanın kullanılmadığı markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl geçtikten sonra fark edildiğinde zarar görme tehlikesi taşıyan üçüncü kişilerin dava açma hakları olmayacaktır. Markanın kullanılmaması açısından dava zamanaşımı süresinin beş yıl olarak değil süresiz olarak kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun düşmektedir.

Marka sahibi markasını on yıl boyunca kullanmamış ancak markanın iptali de dava edilmemiştir. Marka sahibi onuncu yılda markasının yenilenmesi için Türk Patent Enstitüsü'ne başvurmuştur. Marka sahibinin markasının yenilenmesi için başvurması markasını kullanılacağına dair kanıt oluşturmaz. Bu durumda sadece marka sahibinin markasını kullanma niyeti³¹⁸ taşıdığından bahsedilebilir. Markasını on yıl boyunca kullanmayıp da sadece markasının iptalini önlemek ya da o marka hakkını elinde tutmak amacıyla yenileme talebinde bulunan marka sahibi açısından markanın yenilenmesi talebinin markanın kullanılacağına dair bir karine olarak kabul edilmemesi gerekir.

Markanın yenilenmesi talebinin Türk doktrininde yeni bir tescil olduğu ileri sürülmüştür³¹⁹. Yani; marka sahibi, markasını tescil ettirdikten on yıl sonra, markasını tescil ettirdikten sonra hiç kullanmamış olmasına rağmen sadece markasını yenilediği için kendisine markasını kullanması için yeni bir beş yıllık süre verilerek, bu beş yılın sonunda mı marka sahibinin kullanmadığı markası iptal edilebilecektir?

³¹⁸ “Kullanma niyeti Amerikan Hukuku sisteminde açıkça benimsenmiştir. Landam Kanunu-1988-de Amerikan Marka Hukuku sisteminde gerçekleştirilen bir yenilikle marka sahibinin markası için yapacağı federal başvurunun yanında markasını ticari hayatta iyi niyetli olarak kullanılacağı niyetini belirten bir başvuru formu doldurması kabul edildi. Başvurulardaki hak veya üstünlüğün yurt çapındaki etkisine göre marka kullanımını oluştuyordu”. WOODIE/JANIS, 17.17.

³¹⁹ TEKİNALP, (Fikri Mülkiyet), s.415-416; KIRCA, (Başvuru), s. 7; ARKAN, (Marka II), s. 172-173; YASAMAN/AYOĞLU, *Marka Hukuku*, C.II, s. 843.

Bu halde şöyle bir durumla karşılaşılabilir: Marka sahibi tescil ettirdiği markasını yedi yıl boyunca kullanmış, üç yıl boyunca kullanmamıştır. Marka sahibi TPE'ye gidip, yenileme talebinde bulduktan sonra iki durumla karşılaşılabilir. İlk durumda, markanın yenilenmesi talebi yeni bir tescil olarak kabul edilmektedir. Markanın yenilenmesi talebini yeni bir tescil olarak kabul ettiğimiz zaman, marka sahibinin markasını üç yıl boyunca kullanmaması önemli olmayacak, marka sahibinin markasını yenileme talebinden sonra beş yıl boyunca KHK m.14'e uygun olarak kullanmaması durumunda markanın iptali istenebilecektir. İkinci durumda ise, markanın yenilenmesi talebinin yeni bir tescil olmadığı kabul edilmektedir³²⁰. Markanın yenilenmesi talebini yeni bir tescil olarak kabul etmediğimiz zaman, marka sahibinin markasını yenileme talebinden önceki üç yıl boyunca kullanmamış olması artık önemli olacaktır. Çünkü; yenileme talebinin yapılmasından sonra iki yıl geçince, artık marka sahibinin markayı kullanmamasından dolayı markanın iptali istenebilecektir. Kanımızca; markanın yenilenmesi talebinin yeni bir tescil olarak değerlendirilmemesi gerekmektedir. Çünkü; markanın yenilenmesi talebinde, yeni bir tescil için gereken işlemler yapılmamaktadır. Yenileme talebini yeni bir tescil olarak kabul edersek, TPE marka sahiplerine markanın kullanılması konusunda bir ayrıcalık vermiş gibi olacaktır. Oysaki TPE'nin tek yetkisi; marka sahibinin evrakları vermesi üzerine markanın kullanım hakkının devam etmesini sağlamaktır. Yoksa, yenileme talebiyle markanın kullanılıp kullanılmadığını denetlemek değildir. Yenileme talebi yeni bir tescil değil, eski tescilin devamıdır. Markasını kullanmayan marka sahibi açısından yenileme talebiyle kullanmama için kabul edilen beş yıllık sürenin kesildiğini kabul etmek hukuka ve mantığa aykırı olacaktır.

³²⁰ Yenileme talebinin yeni bir tescil olmadığı dolayısıyla sicil memurunun ilk tescildeki inceleme görevinin kapsamı ile yenileme talebindeki inceleme görevinin kapsamının farklı olacağı görüşü için bkz. BİLGE, s. 134.

B.MARKANIN KULLANILMAMASI NEDENİYLE İPTALİN SONUÇLARI

KHK’da, iptalin sonuçlarını düzenleyen ve “Hükümsüzlüğün Etkisi” başlığını taşıyan 44. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen mahkemenin vereceği kararı geriye doğru etkili olacağı halde geriye etkinin, kullanmama nedeniyle iptalde – tescil engelleri nedeniyle iptalden farklı olarak- tescil tarihine kadar olmaması gerekir. Çünkü; KHK m.14’ün 1. fıkrası, markanın tescilinden itibaren beş yıl kullanıp kullanma konusunda bir imkan ve koruma sağlamaktadır. Yani; tescilden sonra hiç kullanılmayan markaların iptaline ilişkin karar, ancak beş yıllık sürenin sona erdiği tarihe kadar geriye yürüyebilir. Tescilden sonra bir süre kullanılan ancak daha sonra kullanımına ara verilen markalar açısından da geriye etki beş yıllık sürenin bittiği tarihe kadar olabilir. Markanın iptali kararı, tescile kadar geriye yürütülürse; marka sahibi, tescilden itibaren beş yıl kullanılmayan markalarda bu süre içinde ve bir süre kullanılmasına rağmen beş yıl kullanılmayan markalarda ise, tescilli markayı hak sahibi olarak kullandığı ve bunu takiben aralıksız kullanmadığı beş yıllık süre içinde yapmış olduğu sözleşmeler ve üçüncü kişilere açtığı davalar sebebiyle iade ve tazminat yükümü ile karşılaşabilir. AB ve Alman hukuklarındaki uygulamaya paralel olarak, kullanmama nedeniyle açılan iptal davası sonucunda iptal kararı alındığı zaman iptal kararı davanın açıldığı tarihe kadar; bu yolda bir talep varsa iptal kararı, markanın aralıksız kullanılmadığı beş yıllık sürenin sonuna kadar etkili olmalıdır³²¹.

Markanın kullanılmaması nedeniyle iptal edilmesinde, KHK m.42 de belirtilen durumlardan farklı olarak, hukuka uygun olarak tescil edilen bir markanın, sonradan marka hukukuna özgü bazı koşulların doğmaması veya bu koşulların yerine getirilmemesi sebebiyle markanın sadece iptal zamanına kadar doğurduğu sonuçların ortadan kalkması söz konusu olmaktadır.

AB hukukunda markanın kullanılmaması hakkın sükutu olarak nitelendirilmiş ve markanın Büro tarafından veya karşı dava yoluyla terkinin arasında bir ayrım yapılarak, bu nedenle terkin edilmenin geriye etkisinin, ilk durumda dilekçenin verildiği ikinci durumda ise davanın açıldığı tarihe kadar olduğu belirtilmiştir (40/94

³²¹ DİRİKKAN, (Külfet), s. 274-275.

sayılı Tüzük m.54/1 hükmü). Alman hukukunda da markanın kullanılmaması durumu, marka hakkının kaybedilmesi nedenleri arasında sayılmış ve bu nedenle terkin kararının etkisinin davanın açıldığı tarihten ileriye doğru olduğu belirtilmiştir. Taraflardan birinin isteği üzerine verilen kararda, marka hakkının sona erme nedeninin gerçekleştiği tarihe kadar geriye etkili olabileceğinin belirtilebileceği öngörülmüştür³²².

KHK m. 45/2 hükmüne göre; markanın iptali üzerine sicildeki marka kaydının silinmesi ve ilanı da gerekir.

Markanın tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanılmamış olması nedeniyle marka iptal edildiğinde KHK m.8/7 ve 42/1 (b) hükümleri gereğince, aynı markanın bir başka kişi adına tesciline itiraz edilmemelidir. Kullanılmayan marka ile sahibi arasında esasen bir bağlantı kurulamaz³²³.

Yenilenmeyen markanın on yılın dolmasından sonra iki yıl içinde aynı veya benzer markanın aynı veya benzer mal veya hizmetler için yapılan tescil başvuruları reddedilecektir. Kullanılmayan marka açısından ise; başkası adına tescil edilememesi ve başkası tarafından aynı mal veya hizmet için kullanılmaması gibi bir yasaklama yoktur³²⁴.

Markaya dayanan bir lisans sözleşmesi varsa, lisans sahibi markayı kullanmaya imkanı olmadan marka iptal edilirse KHK m. 44/2 (b) hükmüne dayanarak peşin ödenen lisans ücretinin iadesi talep edilebilir.

³²² “AB ve Alman hukuklarında marka hakkının sona erme sebepleri; sükut ve butlan olarak belirlenmiştir. Markanın kullanılmaması sükut sebepleri içinde sayılmıştır. AB ve Alman hukuklarının Türk hukukuyla aynı olan hükümsüzlük sebepleri, AB ve Alman hukukunda ikiye ayrılmış ve hükümsüzlük sebepleri geriye etkili olma durumlarına göre gruplandırılmışlardır. Sükut hallerinde, markanın terkin en çok hakkın sona erdiği tarihten itibaren ileriye doğru etki edebilir. Butlan hallerinde ise terkin markanın tescil edildiği tarihe kadar geriye etkili olmaktadır. Türk hukukunda da 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m.42 hükmünde sayılan iptal sebeplerinin en önemli sonucu; marka hakkının geriye etkili olarak ortadan kalkmasıdır. Ancak; 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m.42 de sayılan sebeplerin hepsinde ve kullanılmamada da geriye etkili olarak marka hakkının ortadan kalkması adaletsizliklere ve haksızlıklara yol açabileceğinden AB ve Alman hukuklarına uygun olarak Türk hukukunda da böyle ikili bir ayrıma gidilmesi hakkaniyet açısından daha uygun olabilirdi”. DİRİKKAN,(Külfet), s. 276 (dn. 210) .

³²³ ARKAN, (Marka II), s. 114.

³²⁴ KARAYALÇIN, (İşletme), s. 431.

Marka, birden fazla mal ve hizmet için tescil edilmiş ancak sadece tescil edildiği mal ve hizmetlerin bir bölümü için kullanılmakta ise, sadece kullanılmayan mal ve hizmetler açısından iptal söz konusu olacağından markanın terkinin istenemez. Yani; sadece kullanılmayan mal ve hizmetlere ilişkin kayıtlar silinir yoksa markanın tamamen terkinin söz konusu olmaz.

SONUÇ

Markanın kullanılması yükümlülüğü 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' nin 14. maddesi hükmünde düzenlenmiştir. Madde metninde ilk olarak marka sahibinin markasını tescil ettirmesinden itibaren haklı bir neden olmaksızın kullanmaması durumunda markasının iptal edileceğinden bahsedilmiştir. Ayrıca hangi hallerde markanın kullanılmış sayılacağıın kabul edileceğine dair düzenlemeler yer almaktadır.

Tezimizin birinci bölümünden genel olarak şu sonuçları çıkarabiliriz: İlk olarak; marka hakkının kazanılmasında geçerli olan tescil, ilk kullanma ve karma sistemler olduğu ve bizim ülkemizde benimsenen sistemin tescil sistemi olduğudur. İkinci olarak; marka çeşitleri ticaret markasından başlanarak, bireysel marka, garanti markası, koruyucu marka, tedbir markası, merchandising markası, ortak marka, renk markası, ses markası, üç boyutlu marka, hizmet markası ve tanınmış markalar olarak ayrı ayrı bu markaların temel özellikleri verilerek, tezimizin ikinci bölümünde anlatılmış olan marka çeşitlerine göre farklılaşan kullanım türlerinin daha kolay anlatılması amaçlanmıştır. Üçüncü olarak; marka hakkının hukuki niteliği tartışılmış ve marka hakkının sahibine hem malvarlıksal haklar hem de kişisel haklar sağlayan bir hak olarak en iyi fikri mülkiyet teorisi ile açıklanabileceği sonucuna ulaşılmıştır. Son olarak; marka hakkının sahip olduğu işlevler ve bu işlevlerin markanın kullanılması yükümlülüğünü nasıl ve ne şekilde etkileyebileceği örnekler yardımıyla anlatılmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünden genel olarak çıkarabileceğimiz sonuçları ise şu şekilde sıralayabiliriz: İlk olarak; KHK m.14'deki kullanım yükümlülüğünün ne şekilde yerine getirilmiş sayılabileceği anlatılmıştır. Markanın kullanılması yükümlülüğünü markanın lisans verilmesi veya markanın kullanılmasının üçüncü kişilere bırakılması durumları hariç olmak üzere marka sahibi tarafından yerine getirilmelidir. Marka hukukuna özgü işlevsel kullanımın gerçekleşebilmesi için; markanın malın üzerinde veya ambalajında kullanılması gerekir. Bunun dışında markanın hangi hallerde işlevsel kullanım şartını yerine getirmiş sayılabileceği de tartışılmıştır. Marka, marka siciline kaydedildiği mal ve hizmetler için

kullanılmalıdır. Marka hakkının kazanılmasında önemli olan markanın tescil edilmesi olduğu için, markada kullanım yükümlülüğü de ancak markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılması ile mümkün olabilecektir. Markanın ciddi kullanması; markadan işlevlerine uygun bir tarzda yarar elde edecek, yani onun malın veya hizmetin piyasada tanınmasını ve diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayrılmasını sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada veya piyasaya hitap eden, piyasayı etkileyen yerlerde kullanılması ifade edilmektedir. KHK’da açıkça markanın yurt içinde kullanılmasından bahsedilmemiştir. Ancak KHK hükmü incelendiğinde markanın yurt içinde kullanılması gereği madde metninden çıkarılabilmektedir. İkinci olarak; tezin birinci bölümünde genel olarak anlattığımız marka çeşitlerinde verilen bilgiler doğrultusunda, marka türlerine göre farklılaşan kullanım yükümlülükleri anlatılmıştır. Ticaret markasında kullanım yükümlülüğü markanın marka sahibi tarafından, malın mal veya ambalajında kullanılmasıyla gerçekleşecektir. Ferdi markalar açısından da ticaret markasına uygulanan kullanım yükümlülüğü uygulanmalıdır. Garanti markalarında kullanım yükümlülüğü ise; dört farklı şekilde açıklanabileceği, bu dört görüş açıklandıktan sonra, garanti markasında kullanım yükümlülüğünün marka sahibinin markasının kullanımını garanti sözleşmesinde belirtilen şartları taşıyan marka sahiplerine marka hakkının kullanımını vermesi şeklinde anlaşılması gerekir. Ortak markalarda kullanım yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması için; markanın ortak marka sahiplerinden birisi tarafından kullanılması yeterlidir. Koruyucu markalarda kullanma malların sınıflandırılması sistemi sayesinde bir düzene oturtulmuştur. Koruyucu markalarda kullanılan marka korunacak, beş yıl boyunca haklı bir neden olmadan kullanılmayan marka ise iptal yaptırımı ile karşılaşacaktır. Koruyucu markalarda malların sınıflandırılması ve sınıflandırmaların ne şekilde yapılacağı da anlatılmıştır. Tedbir markaları da koruyucu markalara çok benzeyen ve hatta birçok hukuk düzenlemesinde karıştırılan kavramlardır. Tedbir markalarında kullanım koruyucu markalarla aynı şekilde düşünülmeli, kullanılan marka korunmalı, kullanılmayan markalar ise iptal edilmelidir. Merchandising markalarında da kullanım yükümlülüğü hususu değerlendirilirken; toplumun markaya bakış açısı ve anlayışı önemli olacaktır. Renk markalarında kullanımda birden çok renk kombinasyonunun kullanılmasında ve bu kombinasyonun ayırt edici nitelik kazanması durumunda bir problem yoktur. Ancak soyut renklerin tescilinde bu renklerin doğada sınırlı sayıda

olması nedeniyle sorunlar çıkmaktadır. Bu sorunların çözülebilmesi açısından en etkili yol da markanın halk tarafından ayırt edici kabul edilmesi noktasında sonuçlanmaktadır. Ses markalarında kullanım yükümlülüğü sesin notaya dökülebildiği anda yerine getirilmiş kabul edilecektir. Üç boyutlu markalarda malın veya ambalajın şekli üç boyutlu olabileceği gibi, malın kendisi de üç boyutlu olursa kullanım yükümlülüğü yerine getirilmiş olacaktır. Hizmet markalarında marka ile hizmet arasında düşünsel bağlantı kurulmasını sağlayan her türlü kullanım marka hukukuna özgü kullanım olarak kabul edilecektir. Son olarak; tanınmış markalarda da kullanım yükümlülüğü olduğu, bir markanın tanınmış olması o markanın kullanılmaması için bir sebep olmadığı üzerinde durulmuştur. Bir markanın tanınmış olmasında marka sahibinin daha çok menfaati olduğu ve bu nedenle iptal edilmemesi gerektiği düşünülebilirse de KHK’da marka çeşitleri açısından bir ayırım yapılmadığından tanınmış marka haklı bir sebep yoksa beş yıl boyunca aralıksız kullanılmalıdır. Üçüncü olarak; markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılması halinde markanın ayırt edici karakterinin belirlenmesi, bu ayırt edici karakterin belirlenmesinden sonra bu hususun ne şekilde değiştirilebileceği ve hangi değişimlerin kullanma kabul edileceği belirlenmiştir. Markanın yalnız ihracat amacıyla malda veya ambalajında kullanılması da kullanma olarak kabul edilmektedir. Bu durumda marka ciddi kullanılıyorsa, marka hukukuna özgü kullanım gerçekleşiyorsa ve marka sicilde kayıtlı mal ve hizmetler için kullanılıyorsa kullanım şartı gerçekleşmiş olacaktır. Asıl olan markanın marka sahibi tarafından kullanılması ise de marka, marka sahibinin izniyle üçüncü kişi tarafından da kullanılabilir. Bu durumda KHK’da kullanma olarak kabul edilmiştir. Marka sahibinin izniyle kullanım; lisans veya herhangi bir sözleşme yoluyla gerçekleşebilmektedir. Markayı taşıyan malın ithal edilmesi de kullanmadır. Markalı malların ithal edilmesinin kullanma kabul edilmesinin sebebi; yabancı marka sahiplerini korumaktır. Markanın haklı nedenlerden dolayı kullanılmaması da kullanma olarak kabul edilmektedir. Haklı nedenlerin belirlenmesi konusunda objektif kriterler belirlenmemiş olduğundan, her durumun kendi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak uygulama da bazı durumların haklı neden olarak kabul edilmesinin yaygınlaşmış olması bu durumlarla karşılaşıldığında haklı nedenin olduğuna karine teşkil etmektedir. Son olarak; gelişen teknoloji ile beraber markaların internette kullanımının da yaygınlaşması ve bu durumun markanın

kullanılması yükümlülüğünü ne şekilde etkileyeceği incelenmiştir. Markanın internette kullanılması durumunda da bu durumun yeni bir durum olması sebebiyle tam olarak kriterler belirlenmediğinden yeni uygulamaların beklenmesi hukuksal açısından daha adaletli sonuçlara ulaşılmasını sağlayacaktır.

Tezimizin son bölümünden ise şu sonuçları çıkarabiliriz: İlk olarak; farklı yazarlar tarafından savunulan markayı kullanmanın bir yükümlülük mü, külfet mi, yoksa zorunluluk mudur? tartışmalarına değinilmiştir. Tartışmalar neticesinde KHK m.14 hükmündeki düzenlemenin “markanın kullanılması yükümlülüğü” olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Markanın kullanılması yükümlülüğü aralıksız olarak yerine getirilmelidir. Aralıksız kullanmama yükümlülüğü katı bir şekilde düşünülmemeli, kısa süreli kullanmamalar ve uzun süreli olmasına rağmen haklı bir nedenden sebebiyle meydana gelen kullanmamalar aralıksız kullanma kapsamında değerlendirilmelidir. İkinci olarak; kullanma yükümlülüğü ile ilgili düzenlemenin amacı konusunda; tescil işleminin KHK bakımından tüm sonuçları ile yarattığı tekel hakkının, markalar sicilini kullanılmayan, gözlerden uzak, bir köşeye atılmış ve kimselerin dokunamadığı markalar deposuna dönüştürmesi kullanma yükümlülüğü ile bertaraf edilmeye çalışılması konusunda bir fikir birliğine varılmıştır. Ayrıca kullanılmayan markalar dolayısıyla, üçüncü kişilere kapatılan işaretlerin anlamsız bir yığın oluşturmasının önüne geçilmek istenmiştir. Kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusunda KHK m.14 hükmünde öngörülen süre beş yıl olarak belirlenmiş ve bu sürenin markanın tescili tarihinden itibaren başlayacağı madde de açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca KHK m. 42/1 (c)'ye göre; marka sahibi kendisine karşı dava açılacağını düşünerek markasını kullanmaya başlamışsa, davanın açılmasından önceki üç ay içerisinde gerçekleşen kullanımlar dikkate alınmaz. Bu hususun tespit edilmesi zor olmasına karşın, imkânsız değildir. Son olarak; kullanma yükümlülüğüne uyulmamanın yaptırımı olarak, markanın iptali prosedürü öngörülmüştür. Markanın baştan itibaren geçersiz sayılmasının hükümsüzlük, sonradan geçersiz hale gelmesinin iptal olduğu, fakat Türk Marka Hukukunda markaların geçersizlik nedenlerine göre bu şekilde bir ayrıma yer verilmediği ve bunun sonuçları üzerinde durularak, markanın kullanılmamasından dolayı iptal edilmesinin isabetli olduğu görüşüne varılmıştır.

KAYNAKÇA

- ALBAYRAK, MUSTAFA:** Markaların Korunması Hakkında KHK'ye Göre Müsadere, FMR, 2003/2 (s.13–24).
- ANSAY, TUĞRUL:** Yabancı Markaların Türkiye'de Himayesi, (Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla), BATIDER 1963, C.II, S.2, (s.270–275).
- ARIKAN, SAADET:** İnternetin Fikri ve Sinaî Haklar Üzerindeki Etkisi, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21–22 Mayıs 2001, İzmir, (s. 89–118).
- ARKAN; SABİH:** 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK' nin 8/III Maddesi İle İlgili Bir İnceleme, BATIDER, C.XXI, S.IV (İnceleme) (s.103–114)
- ARKAN, SABİH:** Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılma Zorunluluğu, BATIDER 2000, C.20, S.3, (s.5–13) (Tecavüz)
- ARKAN, SABİH:** Marka Hukuku, C.I, Ankara 1997 (Marka I)
- ARKAN, SABİH:** Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998 (Marka II)
- ARKAN, SABİH:** Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2004 (İşletme)
- ARKAN, SABİH:** Yabancı Markaların Türkiye' de Korunması, BATIDER, C.XX, S.1 (s.5–17) (Yabancı)
- ARKAN, SABİH:** İşaret İle Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas Tehlikesi, BATIDER, C.XX, S.II (Bağlantı) (s.5–11)

- ARKAN, SABİH:** Marka Hakkının Tüketilmesi, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998 (Tüketilme) (s.197–208)
- ARKAN, SABİH:** Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24- 25 Haziran 1998 İstanbul, TPE Yayını Ankara 1998 (Yükümlülük) (s.291–295)
- ARSEVEN, HAYDAR:** Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951
- ATALAY; OĞUZ:** Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001
- AYHAN, RIZA:** Ticari İşletme Hukuku, Konya 1992
- BATTAL AHMET:** Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Dergisi, XVIII, 22.06.2001 (Kötüye Kullanma) (s.28–66)
- BATTAL AHMET:** Türk Patent Enstitüsünün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri, GÜHFD, C.IV, S.1–2, Y.2000 (İltibas) (s.12–22)
- B.E ODER (TEKİNALP/
GÜLÖREN-ÜNAL) :** Avrupa Birliği Hukuku, İstanbul 1997
- BELSON, JEFFREY:** Use, Certification And Collective Marks, Trade Mark Use, Oxford 2005
- BERZEK, AYŞE NUR:** Tescilli Markaların Korunmasına İlişkin Sorunlar, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, s.49–52 (Sorun)

- BERZEK, AYŞE NUR:** 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Markaların Düzenlenmesi, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998 (Düzenlenme) (s.77-88)
- BİLGE,
MEHMET EMİN:** Markanın Yaygın Ad Haline Gelmesi, BATIDER 2005, C. XXIII, S.I (s. 125-151)
- CAMCI, ÖMER:** Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1998 (Haksız Rekabet)
- CAMCI, ÖMER:** Marka Davaları, İstanbul 1999 (Marka)
- CENGİZ, DİLEK:** Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İlgili Mevzuat, Danıştay ve Yargıtay Kararları, İstanbul 1995
- ÇERNİS, VOLF:** Marka ve Haksız Rekabet Hukuku İle İlgili Bir Dava Münasebetiyle İlginç Bazı Hukuki Meseleler, BATIDER, 1973, C.VII, S.1 (s.59-76)
- ÇİÇEKÇİ, ÇİĞDEM:** Marka Lisansı Sözleşmeleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2001
- DAVIS, JENNIFER:** The Need To Leave Free For Others To Use And The Trade Mark Common, Trade Mark Use, Oxford 2005
- DERİCİOĞLU,
HAYRİ:** Marka ve Marka Haklarının Korunması Türkiye İktisat Gazetesi, 1972, S. 1016 (s. 5-7)

- DİRİKKAN, HANİFE:** Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998 (Külfet) (s.219–280)
- DİRİKKAN, HANİFE:** Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003 (Tanınmış)
- DOĞANAY, İSMAİL:** Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C.I, 3. Bası, Ankara 1990
- DÖNMEZ, İRFAN:** Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992
- DUR, VOLKAN:** Marka Başvurusu, Mutlak ve Nispi Red Sebepleri, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale 2004
- EREL, ŐAFAK:** Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 1998
- ERGÜN, MEVCİ:** Türkiye'deki Marka Hakkına Tecavüz Davaları, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24–25 Haziran 1998 İstanbul, TPE Yayını Ankara 1998 (s.145–188)
- EROĞLU, SEVİLAY:** Soyut Renk, Ses ve üç Boyutlu İŞaretlerin Marka Olarak Tescili, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1, 2003, (s. 95–165)
- EVANS, G.E.:** TRIPS And Trade Mark Use, Trade Mark Use, Oxford 2005
- EYÜPOĞLU, SAMİYE:** Tanınmış Marka, FMR 2001, C.I, S.2, (s.109–121)

- FRANKO, NİSİM:** Marka İltibası Sebebiyle Haksız Rekabet, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, 09.04.1993, BATIDER 1993 (s.5–22)
- FOLLIARD/MONGUINAL, ARNAUD:** Distinctive Character Acquired Through Use: The Law And The Case Law, Trade Mark Use, Oxford 2005
- GÖZLÜKAYA, FATMA:** 556 Sayılı KHK Kapsamında Markanın Hükümsüzlüğü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003
- GÜRZUMAR, OSMAN BERAT:** Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Yeni Gelişmeler, YD 1994, C.20, S.4 (s.501–524)
- İNAL, TAMER:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2004
- İNAN, NURKUT:** Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, BATIDER 1993, C. XVII, S.2 (s.55–77)
- ISAAC, BELINDA:** Use For The Purpose Of Resisting An Application For Non-Use, Trade Mark Use, Oxford 2005
- İŞGÜZAR, HASAN:** Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989
- KANİTİ, SALAMON:** İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları, BATIDER, 1961, C.1, S.2, (s. 235–242)

**KARAAHMET/
YALÇINER,**

ERDOĞAN/UĞUR:

Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları,

<http://www.ekitapyayin.com/id/021/index.php>
(16.11.2005)

KARAAHMET,

ERDOĞAN:

Türkiye’ de Marka ve Tasarım Koruması, Türkiye’de Dünya’da Sınâî Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, 24- 25 Haziran 1997, İstanbul (s.165–179)

KARAHAN, SAMİ:

Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002 (Hükümsüzlük)

KARAHAN, SAMİ:

Ticari İşletme Hukuku, Konya 1994 (İşletme)

KARAHAN, SAMİ:

Tescilsiz Markanın Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik Şartı), FMR, 2004/2 (Bilinirlik) (s.11–22)

KARAHAN, SAMİ:

Süper Lüks, Süper 1 ve Lüks 1 İşaretlerinin Gıda Markalarında Kullanılması Mümkün Müdür?, FMR, 2001/3 (Süper Lüks) (s.29–42)

KARAHAN, SAMİ:

Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları; Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.I, Tartışmalar (Dava)

- KARAHAN, SAMİ:** 556 Sayılı KHK Uyarınca Verilmiş İلمي ve Kazai İçtihatlar Işığında Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, Ankara 2002 (İçtihat)(s.510–540)
- KARAHAN, SAMİ:** Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, C.I, İstanbul 2001, s.293 vd.(Zamanaşımı) (s.293–307)
- KARAN, HAKAN:** 556 Sayılı Markalar Kanunu Şerhi, Ankara 2004
- KARAN, GÜLAY:** AB Mevzuatıyla Mukayeseli Olarak Taklit Markalı Ürünlere İlişkin Gümrük Uygulamaları: El Koyma ve İmha Prosedürü, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu,05–06. 05.2005 (s.27–44)
- KARAYALÇIN,
YAŞAR:** Markaların Aynen ve Aralıksız Kullanılmasına İlişkin Hükümler, ABD, 1976, C.33, S.6 (s.998–1001) (Aralıksız)
- KARAYALÇIN,
YAŞAR:** Ticaret Hukuku, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968 (İşletme)
- KAYA, ARSLAN:** 551 sayılı Patent Hakkının Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname İle Getirilen Zorunlu Lisans Yöntemi, İÜHFM 1996, C.LV, S.1–2, (s.335- 367) (Patent)

- KAYA, ARSLAN:** Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06.05.2005 (Marka) (s.195-209)
- KAYHAN,
FAHRETTİN:** Türk Patent Enstitüsünün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası” , FMR, 2003/4 (İptal) (s.25-49)
- KAYHAN,
FAHRETTİN:** Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, FMR, 2001/1 (İthalat) (s.51-72)
- KIRCA, İSMAİL:** Tescilli Markaların Başvuru Eserlerinde Yer Alması”,BATIDER, C.XXII, S.2, 2003 (Başvuru) (s.5-14)
- KIRCA, İSMAİL:** Tescilli Markanın Alan Adı Olarak Kullanılması, Pr. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 2002. (Alan Adı) (s.527-545)
- KLEIN/ NORTON,
SHELDON/
CHRISTOPHER:** The Role Of Trade Mark Use In Infringement, Unfair Competetion And Dilution Proceedings, Trade Mark Use, Oxford 2005
- KUTLU, OYTAÇ:** Son Uluslararası Değişikliklerle Mukayeseli Markalar Hukuku, İstanbul 1999
- MERAN, NECATİ:** Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004

- MİMAROĞLU,
SAİT KEMAL:** Ticaret Hukuku, C.1 İşletme Hukuku, Ankara 1978
- MONTEILHET,
PAUL:** Tescilli Markalar, Eskişehir İktisadi Ticari İlimler Akademisi Dergisi, 1965, C.I, S.II (Çev. Akar Öçal) (s.159–169)
- NOMER, FÜSUN:** Tanınmış Marka: Nike, Erdoğan Moroğlu' na Armağan, İstanbul 1999 (s.485–507)
- NOYAN, ERDAL:** Marka Hukuku, Ankara 2004
- OCAK; NAZMİ:** Markaya Tecavüz ve Markanın Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997
- OĞUZMAN/SELİÇİ,
KEMAL/ÖZER:** Eşya Hukuku, İstanbul 2001
- OMAĞ,
MERİH KEMAL:** Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması, HA 1991, C.6, S.1 -3 (s.5–14)
- ORTAN,
ALİ NECİP:** Patent Lisansı Sözleşmesi, Ankara 1979
- OYTAÇ, KUTLU:** Marka Hukuku Korumasında Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleriyle Birlikte Ele Alınması, FMR, 2003/2 (Tasarım) (s.57–67)

- ÖÇAL, AKAR:** Türk Hukukunda Markaların Himayesi, (İsviçre ve Türk Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967 (Himaye)
- ÖÇAL, AKAR:** Marka Hukukunda Rengin Önemi, ABD,1968 (Renk) (s.416–418)
- ÖÇAL, AKAR:** Markalara İlişkin Bazı Fransız Mahkeme Kararları, EİTİAD, 1964, C.I, S.I, (Fransız) (s.151–161)
- ÖÇAL, AKAR:** İsviçre Markalar Kanununun Değiştirilmesi Konusunda Bazı Düşünceler, EİTİAD, 1973, C. 9, S.1(İsviçre) (s.283–293)
- ÖZDAL, ŞULE:** 556 Sayılı KHK' nin 5. Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul 2005
- ÖZEL, ÇAĞLAR:** Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002
- ÖZTEK, SELÇUK:** İlaç Markaları Arasında İltibas Ve Türk Hukukunun Çözümlememiş Bazı Genel Sorunları, HA 1991, C.6, S.1- 3 (s.15–22) (İlaç)
- ÖZTEK, SELÇUK:** Marka Terkini Davalarında Yargı Yolu, İBD 1993, C.67, S.4–5–6 (s. 237–242) (Yargı)
- ÖZTEK, SELÇUK:** İlaç Markaları Alanındaki Son Gelişmeler, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05–06. 05. 2005, (s.12–27) (Gelişme)
- PEKDİNÇER,
REMZİ TAMER:** Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, 2001

- PETITPIERRE,
EDOUARD:** İsviçre Markalar Kanununun Değiştirilmesi
Konusunda Bazı Düşünceler, (Çev. Akar Öçal),
Eskişehir İktisadi Ticari İlimler Akademisi
Dergisi, 1973, C.9, S.I (s.283–293)
- PHILIPS/ SIMON,
JEREMY, ILIANA:** Conclusion: What Use Is Use? Trade Mark Use,
Oxford 2005
- PINAR, HAMDİ:** Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, M.
Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul
2000 (s.855–915)
- POROY/TEKİNALP,
REHA/ÜNAL:** Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr.
Haluk Tandoğan' ın Anısına Armağan 1915-
1988, Ankara 1990, (s. 333–345)
- PRETNAR, BOJAN:** Use And Non-Use In Trade Mark Law, Trade
Mark Use, Oxford 2005
- SAĞLAM,
MEHMET ADİL:** Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı,
Ankara 1973
- SAKA, ZAFER:** Ticaret Hukuku, İstanbul 1998
- SERT, SELİN:** Fikir ve Sanat Eserlerinin Teknik Önlemlerle
Korunması ve Teknik Önlemlerin İhlal
Edilmesine Uygulanacak Yaptırımlar E-
Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler
Aylık İnternet Dergisi, Kasım 2005, www.e-
akademi.org/arsiv.asp?sayı=45.
- SULUK, CAHİT:** Tasarım Hukuku, Ankara 2004
- ŞANAL, OSMAN:** Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara 2004

- ŞEHİRALİ,**
FEYZAN HAYAL: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998
- ŞENOCAK, KEMAL:** Soyut Renk Markları, Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003 (s.55–125)
- STERPI, MASSIMO:** Trade Mark Use And Denominative Trade Marks, Trade Mark Use, Oxford 2005
- SUNNOY/BADGER,**
ROBERT/CARINA: Infringement “Use In The Course Of Trade”:Trade Mark Use And The Essential Function Of A Trade Mark, Trade Mark Use, Oxford 2005
- TANDOĞAN; HALUK:** Tek Satıcılık Sözleşmesi, BATIDER 1982, C.IX, S.4
- TASTAN,**
YUSUF ZİYA: Marka Hakkı ve Tescilli Marka Üzerindeki Hakkın Korunması, Ankara 1995
- TAYLAN ÇAMLİBEL,**
ESİN: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001
- TEKİL, FAHİMAN:** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1990
- TEKİNALP, ÜNAL:** Ayırt edici Nitelik Kazanma, Prof. Dr. Fahiman Tekil' in Anısına Armağan, İstanbul 2003, (Ayırt Edici)(s.179–187)
- TEKİNALP, ÜNAL:** Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2004 (Fikri Mülkiyet)

- TEKİNALP, ÜNAL:** Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu, Prof Dr. Kenan Tunçomağ' a Armağan, İstanbul 1997 (Tescil) (s.467–480)
- TEKİNALP, ÜNAL:** Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998 (3. Kişi) (s.633–644)
- TEKİNAY,
SELAHATTİN SULHİ:** Esas Unsurları Dolayısıyla Koruma Dışında Bırakılan Markalar, Yaşar Karayalçın' a 65. Yaş günü Armağanı, (s.69–78) Ankara 1988
- TEOMAN, ÖMER:** Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Olan Bir Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsüne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu, Prof. Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998 (s.645–653)
- TEOMAN, ÖMER:** Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I, Hukuki Mütalaalar, Kitap 8, İstanbul 1997, s. 39 vd. (Mütalaalar)
- TOPALOĞLU;
MUSTAFA:** Bilgisayar Programları Üzerindeki Haklar ve Bu Hakların Korunması, İstanbul 1997
- UMAR/YILMAZ,
BİLGE/ EJDER:** İspat Yükü, Ankara 1980
- UMUR, ÂDEM:** Kullanmama Sebebiyle Açılan Marka İptal Davası ve İspat Yükü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Haziran 2004, S.1 (s.89–91)

- WOODIE/JANIS,**
- GRAEME/ MARK:** Intent To Use And Registration In The USA, Trade Mark Use, Oxford 2005
- YALÇINER, UĞUR:** Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 2002, Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku, C.I, Tartışmalar, s. 583
- YASAMAN, HAMDİ:** Hizmet Markaları, BATIDER 1975, C.VIII, S.1, (s.73- 93) (Hizmet)
- YASAMAN, HAMDİ:** Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları, İstanbul 2003 (Bilirkişi)
- YASAMAN, HAMDİ:** Markalar Kanunu Şerhi, İstanbul 2004 (Şerh)
- YASAMAN, HAMDİ:** Tanınmış Marka, Halil Arslanlı' nın Anısına Armağan, İstanbul 1978 (Tanınmış) (s.691-706)
- YASAMAN; HAMDİ:** Marka Olabilecek İşaretler, I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05- 06. 05. 2005 (İşaret) (s.135–145)
- YASAMAN, HAMDİ:** Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. H.D.' sinin Kararı Üzerine Düşünceler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2 İstanbul. (s.31-39)
- YAVUZ, CEVDET:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997
- YILDIRIM, MURAT:** Markada Hükümsüzlük Nedenleri, Yüksek Lisans Tezi, 2003

YILMAZ, MURAT:

Marka Lisansı Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001

YOSMAOĞLU,

NEVZAT:

Dünyada ve Türkiye’ de Patentler, Know-How lar, Markalar, Açıklamalı ve Uygulamalı, Ankara 1978

T.C. Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı “Patent ve Markaların Kullanılması Sempozyumu”, 3–4 Aralık 1975 Ankara

www.kazanci.com.tr

www.turkpatent.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

1981 yılında Eskişehir’de doğdu. İlköğrenimine 1987 yılında Manisa-Gördes Beş Eylül İlkokulu’nda başlayıp, Kastamonu Gazipaşa İlkokulu’nda bitirdi. Daha sonra Kastamonu Merkez Ortaokulu’nda başladığı öğrenimini Elazığ Mezre Ortaokul’unu tamamladı. Ortaöğrenimine Elazığ Balakgazi Lisesi Yabancı Dil Ağırlıklı Lisesi’nde başlayıp, Eskişehir Hoca Ahmet Yesevi Yabancı Dil Ağırlıklı Lisesi’nde tamamladı. 1999 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ni kazandı. 2003 yılında lisans öğrenimini tamamladı. 2004 yılı eylül ayında Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde yüksek lisans öğrenimine başladı. 2004 yılı mayıs ayında Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak göreve başladı. Halen bu görevini sürdürmektedir.