

**T.C.
BAŐKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK HUKUK
DAVALARI VE GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
EMİNE ELİF EROL**

**TEZ DANIŐMANI
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN**

ANKARA - 2013

.....tarafından
hazırlanan.....
.....
.....adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi:...../...../.....

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

İmzası

Jüri Üyesi :.....

Jüri Üyesi :.....

Jüri Üyesi :.....

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../20....

Prof. Dr. Doğan TUNCER

Enstitü Müdürü

ÖZET

Marka üzerindeki hak, sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynı etkileri olan mutlak bir haktır. Marka hakkı, mülkiyet hakkı değildir; marka soyuttur, eşya niteliğinde değildir. Üzerinde markanın basılı olduğu eşya, Eşya Hukuku'na konu olurken üzerindeki tescilli marka, 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye göre ayrıca değerlendirilir. Marka hakkı hak sahibine inhisarı yetkiler malvarlığına ilişkin haklar ve sınırlı manevi haklar sağlar. Malvarlığına ilişkin haklar; markanın kullanılması, devredilmesi, kiralanması, lisans verilmesi, rehn edilmesi, franchise verilmesi sonucu hak sahibine sağladığı menfaatlerdir.

Tezimizin birinci bölümünün birinci kısmında, marka hakkına tecavüz konusunun daha iyi açıklanması için; marka kavramının tanımına ve fonksiyonlarına yer verilmiştir. İkinci kısımda; özellikle MarkKHK'daki bazı maddelerin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi sonucu meydana gelmiş olan hukuk boşluğunun 5833 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Kanun Tarihi:21.01.2009, Resmi Gazete:28.01.2009, Sayı:27124) ile söz konusu boşluğu doldurması konusuna değinildikten sonra konuyla ilgili olan marka hakkına tecavüz halleri ve haksız kullanım şekilleri ayrıntılı olarak incelenmiştir.

İkinci bölümde; marka hakkına tecavüz halinde; marka hakkı sahibinin başvurabileceği hukuk davalarına yer verilmiş ve özellikle tazminat davaları ve bu davalarda tazminat hesaplama yöntemleri ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Üçüncü bölümde; marka hakkına tecavüz halinde talep edilebilecek geçici hukuki himaye tedbirleri, çeşitleri ve bunlardan konumuzla ilgili olan ihtiyati tedbir talebi incelendikten sonra son kısımda, marka hukukunda ihtiyati tedbir talebi ve gümrükte el koyma konuları ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

ABSTRACT

Trademark right is the absolute right that has real affects which gives prevention authority of using trademark to the owner without his/her written consent. Trademark right is not an ownership right; trademark is an abstract and not in the form of goods. If a good is in the form of a printed material, it is evaluated in the frame of law of property, trade mark on that good is also evaluated according to decree law. Trademark right provides exclusive powers, financial rights and limited non–pecuniary rights to its owner. Financial rights are benefits of the owner as a result of usage of trademark, transferring of trademark, leasing, licencing, putting in pledge and franchising.

In the first part and first chapter of that thesis, for an improved explanation of infringement of trademark rights; an expanded definition of trade mark and its functions are included. Following all explanations, in the second chapter, after mentioned fullfilling of legal gap which occurs as a result of some articles in decree law repealed by Constitutional Court with the code number 5833 (21.01.2009, Official Gazette Publication Date: 28.01.2009, Number: 27124) infringements of trademark and shapes of wrong usage which related to subject are researched particularly.

In the second part, law suits that trademark owner could revise in case of infringement and especially action for damages and calculation methods of indemnification given in deatils.

In the third part, after temporary legal protections for compensation in case of infringement, varieties and among these approaches preliminary injunctions which is connected to our subject are scrutinized, in the ending part, preliminary injunctions in trademark law and confiscation of trademark goods in customs is detailed.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	XI
KAYNAKÇA	XII

BİRİNCİ BÖLÜM MARKA KAVRAMI

§1. MARKANIN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONLARI	1
A) Markanın Tanımı.....	1
B) Markanın Hukuki Niteliği.....	2
C) Marka Hakkının Elde Edilmesi.....	4
I- Mutlak Ret Sebepleri.....	4
1)KHK'nın 5. maddesi kapsamına girmeyen işaretler	5
2)Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar	5
3)Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar	6
4)Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar	6
5)Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekil içeren işaretler	7
6)Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar	7
7)Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesine göre reddedilecek markalar	8
8)Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanlar içeren markalar	8
II-Nispi Ret Sebepleri	8
1) Markanın Aynı Olması ve Aynı Mal ve Hizmetleri Kapsaması.....	9
2) Markanın Benzer Olması ve Benzer Mal ve Hizmetleri Kapsaması	9
3) Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından İzin Almadan ve Geçerli Gerekçe Göstermeden Başvuru Yapılan Marka.....	10
4) Marka Başvurusundan veya Rüçhan Hakkından Önce Bir İşaret İçin Hak Elde Edilmiş Olması ...	10
5) Bir İşaretin Sahibine Daha Sonraki Bir Markanın Kullanımını Yasaklama Hakkı Vermesi	11
6) Tanınmış Markanın Farklı Mal ve Hizmetlerde Kullanılması	11
7) Markanın Başkasına Ait İsim, Fotoğraf, Telif Hakkı veya Sınai Mülkiyet Hakkını Kapsaması	12

8) Yenilenmemiş Markanın Aynısının veya Benzerinin Tescilinin İstenmesi	13
D) Markanın Fonksiyonları	13
I- Ayırt Etme Fonksiyonu	14
II-Menşe Gösterme Fonksiyonu	14
III-ReklamFonksiyonu	15
IV-Garanti Fonksiyonu	16
§2.MARKA HAKKINA TECAVÜZ, HAKSIZ KULLANIM ŞEKİLLERİ VE FİİLLERİ	16
A) Genel	16
B) MarkKHK Madde 61' de Sayılan Tecavüz Halleri	19
I- MarkKHK Madde 9'un İhlâl Edilmesi	19
1)Haksız Kullanım Modelleri	20
a) Aynı İşaretin Aynı Mal veya Hizmetler İçin Kullanılması	20
b) Benzer İşaretin Aynı Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması	20
c) Aynı İşaretin Benzer Mal ve Hizmetler için kullanılması	20
d) Benzer İşaretin Benzer Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması	20
e) Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın veya Benzerinin Başka Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması	21
2)Haksız Kullanma Şekilleri	21
a) Haksız İşaretin Mal veya Ambalaj Üzerine Konulması	21
b) Haksız İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Stoklanması	22
c) Haksız İşareti Taşıyan Malın Tesliminin Teklif Edilmesi	22
d) Haksız İşaret Altında Hizmet Sunulması veya Sağlanması	23
e) Haksız İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması	23
f) Haksız İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması	32
g) Haksız İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanılması	33
II-Markayı Taklit Etmek	35
1) Taklit Markayı Ticaret Alanına Çıkartmak veya Bu Amaçlar İçin Gümrük Bölgesine Yerleştirmek veya Ticari Amaçla Elde Bulundurmak	36
2) Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletmek veya Bu Hakları Üçüncü Kişilere Devretmek	39
3) Koruma Kapsamı Dışında Kalan Haller	41
a) Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması	41
b) Markanın Marka Sahibinin İznine İhtiyaç Olmaksızın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması	42
c) Ticari Vekil veya Temsilci Adına Marka Kullanımının Yasaklanması	44

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN HUKUK DAVALARI ve MADDİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI

§1. MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN HUKUK DAVALARI.....	45
A) Genel	45
B) Marka Hakkına Tecavüze İlişkin Hukuk Davaları	46
I- Tespit Davaları	46
1)Menfi Tespit Davası.....	46
2)Delillerin Tespiti	48
II-Eda Davaları	49
1)Marka Hakkına Tecavüzün Men'i Davası	49
2)Tecavüzün Ref'i Davası	50
III-Tazminat Davaları.....	52
1)Genel	52
2)Manevi Tazminat Davası.....	53
3)İtibar Tazminatı.....	55
4)Maddi Tazminat Davası	59
C) Maddi Zararın Tazmini	60
I- Genel.....	60
II-Tazminat Davasının Konusu.....	60
III-Tazminat Davasında Taraflar	60
1)Davacı	60
2)Davalı.....	61
IV-Yetkili ve Görevli Mahkeme	61
V-Zamanaşımı	61
1)Normal süre	62
2)Üst (Azami) süre	62
3)İstisnai süre	63
VI- Zamanaşımının Durması veya Kesilmesi.....	63
§2. Maddi Tazminatın Hesabı.....	64
A) MarkKHK'da Maddi Tazminatın Hesaplanması.....	64
I- Genel.....	64
II-Maddi Tazminat Hesaplama Yöntemleri	66
1)Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması	66
a)Tecavüze Maruz Kalan Markanın Sahibinin Markayı Kullanması ve Elde Edeceği Muhtemel Gelirin Hesaplanması	69

b)Zararın Marka Hakkına Tecavüz Edenin Elde Ettiği Kazanca Göre Hesaplanması	70
2)Marka Hakkına Tecavüz Edenin Ödemesi Gereken Lisans Bedeli	72
a)Tarafların Fiilen Bir Lisans Sözleşmesi Akdetmeyecek Olmaları Halinde de Bu Yöntemin Kullanılması	72
b)İlk Adım Olarak Mutat Lisans Bedelinin Belirlenmesi	73
c)Mutat Lisans Bedelinin Kural Olarak Marka Hakkının Pazar Değerine Göre Belirlenmesi	74
d)Mutat Lisans Bedeli Belirlendikten Sonra Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesi.....	74
e)Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Markanın Niteliklerinin Araştırılması ve Markadan Yararlanmanın Kapsamı.....	75
f) Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Tecavüz Edenin Kusurunun Derecesi.....	75
g)Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Marka Hakkı Sahibinin Kazancının Önemi.....	76
h)Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Tecavüz Edenin Sözleşme ile Lisans Alana Göre Sahip Olduğu Avantajların Dikkate Alınması	76
III-Tükenme İlkesinin İstisnasını Oluşturan Durumlarda Tazminat Talebi.....	76
B)Kusura Dayanan Sorumluluğun Şartları ve Tazminatın Belirlenmesi	77
I- Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kusuru.....	77
1)Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Tazminat Talebi İçin Kusur Koşulu	77
2)Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kusurunun Belirlenmesinde Özen Yükümlülüğü	78
3)Marka Sahibinin Zarara Uğraması	79
4)Marka Hakkına Tecavüz Fiili ve Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı.....	82
II-Tazminatın Belirlenmesi	83
1)Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kusurunun Derecesi.....	84
2)Marka Hakkı Sahibinin Ortak Kusuru.....	84
3)El Konulan Ürünler Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebinin Tazminat Miktarına Etkisi	85
III-Belirsiz Alacak Davası	85
1) Maddi Tazminatın Belirsiz Alacak Davasında Talep Edilmesi.....	85
2)Markaların Korunmasında Yoksun Kalınan Kazancın Belirsiz Alacak Davasında Talep Edilmesi....	86
IV-Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Açılan Hukuk Davalarında Beklenmesi Gereken Haller	87
1)Davacının Marka Tescil Başvuru Sonucu	87
2)Davalının Dava Tarihinden Önce Yapılmış Marka Tescil Başvurusunun Mevcut Olması	87
3)Davacının Markası Aleyhinde Açılmış Bir Hükümsüzlük Davasının Mevcut Olması	88
4)Ceza Mahkemesi Kararının Beklenip Beklenemeyeceği Sorunu	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE TALEP EDİLEBİLECEK GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ

§1.GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ	89
A) Genel	89

B) Geçici Hukuki Himaye Tedbir Çeşitleri	90
I- İhtiyati Tedbir	90
1) Genel	90
2) İhtiyati Tedbir Talebi	92
3) Teminat Verilmesi	93
4) İhtiyati Tedbir Kararı ve Uygulanması	93
5) İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası	95
6) Yetkili ve Görev Mahkeme	96
a) Yetkili Mahkeme	96
b) Görevli Mahkeme	96
7) İhtiyati Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması	97
a) İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İtiraz	97
b) Teminat Karşılığı Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması	98
c) Durum ve Koşulların Değişmesi Sebebiyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması	98
8) İhtiyati Tedbirin Kalkması Nedeniyle Tazminat	98
II-Delil Tespiti	99
1) Genel	99
2) Delil Tespitinin Şartları	100
a) İnceleme Sırası Gelmemiş Olan Delillerin Tespiti İstenebilir	100
b) Delil Tespiti İsteminde Hukuki Yarar Bulunmalıdır	100
3) Görevli ve Yetkili Mahkeme	100
4) Delil Tespiti Usulü	101
III-Diğer Geçici Hukuki Himaye Çeşitleri	102
§2.MARKA HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİR ve GÜMRÜKTE EL KOYMA	102
A)Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kavramı ile İlgili Düzenlemeler	102
I- Uluslararası Düzenlemeler	102
1) Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Anlaşması	102
2) Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)	103
II-Ulusal Düzenlemeler	104
1) Hukuk Muhakemeleri Kanunu	104
2) Markaların Korunmasına İlişkin MarkKHK	104
B) Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Talebi	106
I- Genel	106
II-Teminat Verilmesi	107
III-Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kararı	108
C) Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Çeşitleri	108
I- Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler	108

II-İfa (Eda) Amaçlı Tedbirler	109
III-Düzenleme Amaçlı İhtiyati Tedbirler	111
D) Gümrüklerde El Koyma	111
I- Genel	111
II-Gümrük Kanunu ve Gümrük Yönetmeliği Çerçevesinde Gümrüklerde El Koyma	114
<i>1)Başvurunun Yapılmasında Uyulması Gereken Şartlar</i>	114
<i>2)Başvuru Üzerine Gümrük İdaresince Yapılacak İnceleme</i>	115
<i>3)Başvurunun Reddi Hali</i>	115
<i>4)Başvurunun Kabulü Hali</i>	116
<i>5)Gümrük İdaresince Resen El Koyma</i>	117
<i>6)Kolaylaştırılmış İmha</i>	117
<i>7)Fikri Hakları İhlal Ettiği Kesinleşen Eşyaya İlişkin İşlemler</i>	118
E) Diğer Geçici Korumalar	119
SONUÇ	120

KISALTMALAR

AT	: Avrupa Topluluğu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHF	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
GK	: Gümrük Kanunu
GY	: Gümrük Yönetmeliği
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
MarkKHK	: Markaların Korunmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Denetleme Kurulu

KAYNAKÇA

- Arkan, Sabih** :Marka Hakkına Tecavüz Halleri-Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Cilt I Özel Hukuk-, S.1, Y.3, 2004/1,s.1-15).
- Arkan, Sabih** :Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998.
- Arıkan, Serdar** :Endüstriyel Tasarımlarla İlgili İhtiyati Tedbirler (Legal Fikri ve Sınâî Haklar Dergisi 3/2005 s. 758-765).
- Arseven, Haydar** :Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.
- Ateş, Mustafa** :Taklit ve Korsan Malların Uluslar arası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticareti Önlemesine İlişkin Hükümleri (FMR, S. 2003/1, s.1-20).
- Ayoğlu, Tolga** :Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi? Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, On İki Levha Yayıncılık 2009.
- Bilgili, Fatih** :Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.
- Bozbeyoğlu, Cengiz** :Sanayici ve İşadamları Açısından Markaların Korunması,(Marka Korunması Uluslar arası Sempozyumu), İstanbul 24-25 Haziran 1998.
- Çağlar, Hayrettin** :556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de 28.01.2009 Tarihinde Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, (GÜHF Dergisi C. XI, S.1-2, Ankara, s. 97-120).
- Çolak, Uğur** :Türk Marka Hukuku, İstanbul Şubat 2012.
- Deren-Yıldırım, Nevhis** :Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınâî Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul,2002.
- Deren-Yıldırım, Nevhis/
Alangoya, Yavuz/
Yıldırım, Kamil** :Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta Basım Yayım,2009.
- Dericioğlu, Kaan** :Fikri Haklar Kılavuzu, İstanbul Sanayi Odası Kalite ve Teknoloji İhtisas Kurulu, İstanbul, 2009.
- Dirikkan, Hanif** : Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- Edis, Seyfullah** :Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara-1979.
- Eren, Fikret** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Eylül 2012.
- Güneş, İlhami** :Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, Ankara 2009.
- Gürzumar, Osman** :Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995.
- Karahan,Sami** :Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya 2002.
- Karahan, Sami** :Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.

- Karan, Gülay** :AB Mevzuatıyla Mukayeseli Olarak Taklit Markalı Ürünlere İlişkin Gümrük Uygulamaları: El Koyma Prosedürü, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005.
- Karan, Gülay** :Transit ve Serbest Bölgedeki Sahte Eşyaya Tedbiren El Konulması ve Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası veya Ticaret Kanallarının Dışına Çıkartılması, FMR, 2003, Y. 3, C. III, S. 1.
- Karan, Hakan/
Kılıç, Mehmet** :Markaların Korunması, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.
- Karlı, Abdurrahim
Kaya, Arslan
Kaya, Arslan/
Kendigelen, Abuzer/
Ülgen, Hüseyin/
Helvacı, Mehmet/
Nomer, Füsün/
Teoman, Ömer
Kayhan, Fahrettin** :Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Aralık 2012.
:Marka Hukuku, İstanbul 2006.
:Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
:Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, (FMR, C.I, S. 2001/1,s.50-60).
:Borçlar Hukuku Genel Hükümler Nisan 2013.
:Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi(AÜHFD 1972, C. XXI, S.34,s.202-220).
- Kılıçoğlu, Ahmet
Kılıçoğlu, Ahmet** :Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.
- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder** :Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2008.
:Markaların Tescili Amacına Yönelik Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına ilişkin 15.06.1957 tarihli Nice Anlaşması. Nice Anlaşması Türkiye’de, 13.08.1995 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak 01.01.1996 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir.
- Nomer, Füsün** :İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, (Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, C.I, s. 400–420).
- Nomer, Haluk** :Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Noyan, Erdal
Oğuzman, M.Kemal/
Öz, Turgut** :Marka Hukuku, İstanbul 2009.
:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- Oğuzman, M. Kemal/
Öz, Turgut** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2013.

- Oytaç, Kutlu** :Son Uluslararası Değişikliklerle Markalar Hukuku, İstanbul 1999.
- Öçal, Akar** :Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967.
- Özen, Mustafa** :Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar Ve Yaptırımları, (FMR, C.9, S. 2009/2, Ankara, s.1-15).
- Pekcamitez, Hakan** :Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011.
- Pekcamitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekes, Muhammet** :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.
- Saraç, Tahir** :Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003. (Tahir-Patentten Doğan)
- Saraç, Tahir** :Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?"(BATİDER, C.XXIV, S.2,Aralık 2007).
- Suluk, Cahit** :Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması-Çoklu Koruma,(FMR, S. 2001/3, s. 43 vd.).
- Şanal, Osman** :Marka Hakkına Tecavüz", (Legal Fikri ve Sınaî Haklar Dergisi, Y.2005, C.1, S.2, s.413-425).
- Taylan Çamlıbel, Esin** :Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- Tekinalp, Ünal** :Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005.
- Tekinalp, Ünal** :Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, (Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998) (Tekinalp - İmregün'e Armağan).
- Tekinay, Selahattin Sulhi
/Akman, Sermet/
Burcuoğlu, Haluk/
Alttop, Atilla** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Türk Patent Enstitüsü** :2011, Marka İnceleme Kılavuzu.
- Uzunallı, Sevilay** :Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Adalet Yayınevi, Mart 2012.
- Üstündağ, Saim** :İhtiyati Tedbirler - Geçici Hukuki Himaye (koruma) önlemleri İstanbul 1981.
- Yasaman, Hamdi** :Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar", Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar Bilirkişi Raporları, III, İstanbul 2008(Bilirkişi Raporları)
- Yasaman, Hamdi** :Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar (Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002). (Yasaman- Ömer Teoman'a Armağan)

**Yasaman, Hamdi/
Altay, Sıtkı Anlam/
Ayoğlu, Tolga/
Yusufoğlu, Flürya/
Yüksel, Sinan**

:Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi C. I- II, İstanbul 2004.

Yavuz, Levent

:Türkiye’de Fikri ve Sınâî Mülkiyet Hakları Uygulaması (İhtiyati Tedbirler) (Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye’de Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Etkin Korunması Konulu Seminer Metni, Ankara,9-10 Eylül 2004).

Zevkliler, Aydın

:Medeni Hukuk, Ankara 2013.

Kazancı Veri Tabanı

<http://www.tpe.gov.tr/portal/default.jsp>

http://mevzuat.meb.gov.tr/html/27752_0.html

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_sd.sorgu_baslangic

<http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=20>

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI

§1.MARKANIN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE FONKSİYONLARI

A) Markanın Tanımı

26.07.1995 tarihli Resmi Gazete’ de yayımlanarak, 03.11.1995 tarihli 4128 sayılı Kanun ile birlikte yürürlüğe konan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’ den önce 551 Sayılı Markalar Kanunu yürürlükteydi. Bu Kanun’un 1. maddesi marka kavramını; “ Sanayide küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarınınkinden ayırt etmek için bu emtia üzerine konulamadığı takdirde ambalajlarına konan ve maksada elverişli bulunan işaretlere marka denilir” şeklinde tanımlanmaktaydı.

MarkKHK’de ise markanın açık bir tanımına yer verilmemiştir; ancak söz konusu MarkKHK’nın ikinci bölümünün “Markanın İçereceği İşaretler” başlığını taşıyan 5. maddesinde markanın hangi işaretleri içereceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre: “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.”

Yasal düzenlemede sözü edilen “mal” hukuki bir terimdir. Bu terim diğer ülkelerde, sözleşme ve anlaşmalarda¹ “goods” olarak kullanılmaktadır. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu’nda uluslararası düzenlemelere paralel olarak “emtia” veya “eşya” terimi kullanılmak da idi.

¹ International Classification of Goods and Services for the Purposes of the Registration of Marks (Nice Classification).

MarkKHK'nın 5. maddesindeki markanın içerebileceği işaretlerin sayımı sınırlı (numerus clauses) olmadığından ses, koku, renk veya üç boyutlu şekiller de marka olarak tescil edilebilir. Resimler; etiketler, damgalar, kenar süsleri, hologram, logo soyut ayırt edici karaktere sahip olmak koşuluyla marka olarak tescil edilebilir. Önemli olan işaretin ayırt edicilik sağlayabilmesi ve baskı yoluyla çoğaltılabilmesidir.

Örneğin, tescili istenen işaret özgün üçlü bir renk kombinasyonundan ibaretse, özel olarak tasarlanıp üç rengin bir araya gelmesi sonucunda bir renk kompozisyonu şeklinde tescil ettirilmek istenmişse, MarkKHK'nın 5 ve 7/1(a) maddeleri anlamında ayırt edici niteliğinin bulunduğu ve tescil edilebilirlik koşullarını kapsadığı Yargıtay tarafından kabul edilmiştir.²

Bu baskın olan ayırt edicilik fonksiyonundan yola çıkarak; Markalar için “bir işletmenin parmak izidir” de denilebilir. Çünkü marka bir işletmenin tüm varlıklarını temsil eden, ayırt edici bir işarettir. Fabrika arazisi, fabrika binaları, makineleri dâhil bir işletmenin bütün öz varlıkları yalnız bu kavram ile temsil edilir. Marka tüketiciye ürünün kaynağını gösterir, bir kalite simgesi ve reklam aracıdır.³

B) Markanın Hukuki Niteliği

Marka üzerindeki hak, sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasını önleme yetkisi veren aynı etkileri olan mutlak bir haktır. Marka hakkı, mülkiyet hakkı değildir; marka soyuttur, eşya niteliğinde değildir.

Üzerinde markanın basılı olduğu eşya, eşya hukukuna konu olurken üzerindeki tescilli marka, MarkKHK'ya göre ayrıca değerlendirilir.

² Yargıtay 11. HD 09.10.2006 tarihli 2005/9360 E. 2006/9986 K. sayılı kararı; “...davalı vekili, dava konusu marka başvurusu ile ilgili alınan kararların hukuka, yasaya ve usule uygun olarak alındığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan kanıtlar doğrultusunda, kural olarak tek bir renkten oluşan işaretlerin, tek rengin kendi başına ayırt edici özelliğinin olmaması ve bunun herkes tarafından kullanılmasının hakkaniyet gereği bulunması nedeni ile marka olarak tescilinin mümkün olmadığı, iş bu davada ise tescili istenen işaretin üçlü bir renk kombinasyonundan ibaret bulunduğu, özel olarak tasarlanıp üç rengin bir araya gelmesi sonucunda bir renk kompozisyonu şeklinde tescil ettirilmek istendiği, 556 sayılı KHK'nin 5. ve 7/1-a maddesi anlamında ayırt edici niteliğinin bulunduğu ve tescil edilebilirlik koşullarını kapsadığı gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.” (www.kazanci.com)

³ Dericioğlu, Kaan: Fikri Haklar Kılavuzu, İstanbul Sanayi Odası Kalite ve Teknoloji İhtisas Kurulu, İstanbul, 2009, s.59.

Marka hakkı hak sahibine inhisarı yetkiler, malvarlığına ilişkin haklar ve sınırlı manevi haklar sağlar. Malvarlığına ilişkin haklar; markanın kullanılması, devredilmesi, kiralanması, lisans verilmesi, rehn edilmesi, franchise verilmesi sonucu hak sahibine sağladığı menfaatlerdir.

Markanın hukuken doğması için, kullanılması yeterlidir; ancak markanın yasal mevzuat çerçevesinde düzenlenen korumalardan faydalanabilmesi için tescili gereklidir. MarkKHK m. 6'ya göre "bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil ile elde edilir." O halde tescil marka için değil ancak markanın korunabilmesi için kurucu etkiye sahiptir.

MarkKHK m. 9/3'e göre "Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayın tarihi itibariyle hüküm ifade eder."

Markanın korunabilmesi için kurucu etki sağlayan tescil ilkesinin istisnaları da mevcuttur. İstisnai koruma; tanınmış markalarda ve marka tescilinin yenilenmemesi halinde marka koruma süresinin bitiminden itibaren 2 yıl süreyle kendisini gösterir.

Tanınmış marka; "bir kişiye veya girişime sıkı bir biçimde bağlılık, güvence, kalite, reklam gücü, yaygın bir dağıtım ağına bağlı, müşteri ve diğer subjektif ilgi ve ilişkiler ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür ve yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredekilerce refleks halinde beliren bir çağrışım" şeklinde tanımlanabilir.⁴ Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinde ifadesini bulan tanınmış markalar, MarkKHK m. 7/(g) kapsamında korunmaktadırlar.

Paris Sözleşmesine taraf olan devletler, tanınmış bir markanın korunması taahhüdünde bulunmuşlardır. Buna göre; Türkiye'de tescil edilmemiş dahi olsa, sahibinin izni olmadıkça, tanınmış marka, aynı mal ve hizmetler için bir başkası adına tescil edilemeyeceği gibi, itibarından ve tanınmışlık düzeyinden haksız bir çıkar elde edilmeye çalışılabileceği düşüncesinden hareketle, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi gerekli kılıyorsa, benzer mal ve hizmetler için de başkası adına tescil edilemez.

⁴ <http://www.tpe.gov.tr/portal/default2.jsp?sayfa=202>, 26.12.2012.

Paris Sözleşmesinin tarafı olmanın getirdiği yükümlülük sebebiyle, bu husus başvuru mercii tarafından re'sen dikkate alınmalı ve tescil başvurusu reddedilmeli, şayet bir şekilde tescil işlemi gerçekleşmişse, sonradan tanınmış marka sahibinin talebi üzerine hükümsüz sayılmalı ve iptal edilmelidir [MarkKHK m. 42/(a)].

Tescilli markanın koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu süre, onar yıllık dönemler halinde yenilenir. (KHK m. 40). Yenileme talebinin yapılması ve yenileme ücretinin ödenmesi koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içerisinde gerçekleştirilir. (KHK m. 41). Marka Hukuku'ndaki tescil ilkesinin bir diğer istisnası olan, markanın yenilenmemesi durumunda iki yıl süreyle korunması hali 556 KHK m.8'in son fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “ bir markanın yenilenmeme nedeniyle koruma süresinin dolmasından sonra iki yıl içerisinde aynı veya benzer markanın, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan tescil başvurusu, itiraz üzerine reddedilir.” Bu süre içerisinde KHK' nın sağladığı koruma ancak markanın halen kullanılıyor olması şartına bağlıdır.

C) Marka Hakkının Elde Edilmesi

I- Mutlak Ret Sebepleri

Hukukumuzda marka kullanılmasında serbestlik sistemi benimsenmiştir; bir teşebbüse marka kullanma yükümlülüğü getiren herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ancak kendi ürettiği mal veya hizmetlerin diğerlerinden ayrılmasını isteyen ve bu sebeple bir markası olmasını isteyen teşebbüsün MarkKHK'nın sağladığı marka korumasından yararlanabilmesi için oluşturduğu markayı tescil etmesi gerekmektedir. (MarkKHK m. 6). Markanın tescil edilebilmesi ve dolayısıyla sahibine hukuki korumadan yararlanma hakkı tanınabilmesi için, bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir.

Marka tescil başvurusunun kabul edilmesinin önündeki engeller olarak değerlendirebileceğimiz bu şartlar MarkKHK'da “tescil için mutlak ve nispi ret sebepleri” olarak yer bulmuştur.

Marka tescil başvurusunun reddi için mutlak olan ve başvuru mercii Türk Patent Enstitüsü tarafından re'sen gözetilecek olan nedenler MarkKHK'nın 7. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

1) KHK'nın 5. maddesi kapsamına girmeyen işaretler

Bu maddeye göre: “Marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla, kişi adları dâhil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayımlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir.” O halde çizimle görüntülenemeyen, baskı yoluyla yayınlanamayan veya çoğaltılamayan ve her şekilde mal veya hizmeti ayırt edici niteliğe haiz olmayan bir işaret için marka tescil başvurusu yapıldığında TPE bu talebi kendiliğinden dikkate alarak reddetmek durumundadır.

2) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar

Söz konusu mutlak red sebebi bir markanın aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak iki sahibinin olamayacağı, markanın ikinci bir bağımsız ve münferit markaya hak veremeyeceği, bunu marka sahibinin rızası olsa bile mümkün olamayacağı kuralının bir sonucudur.⁵

Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik kavramı esasen içerisinde, tescilli bir marka ile tescil için başvurusu yapılan marka arasında karıştırma ihtimalinin varlığını barındırmaktadır. Başvurunun, iki markanın benzerliği sebebiyle re'sen reddedilebilmesi için benzerliğin objektif bir biçimde, yoruma imkan vermeyecek açıklıkta olması gerekmektedir.

⁵Kaya,Arslan/Kendigelen,Abuzer/Ülgen,Hüseyin/Helvacı,Mehmet/Nomer,Fusun/Teoman,Ömer: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s.374.

Tescilli bir markayla aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili sonraki bir marka başvurusunun hangi tür mal veya hizmetlerle ilgili olduğunun tespiti konusunda, esas alınacak metin, Türkiye'nin tarafı olduğu Markaların Tescili Amacıyla Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına ilişkin Nice Anlaşmasıdır.⁶ Ancak tanınmış markayla aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan bir marka başvurusu, tanınmış markadan farklı sınıftaki mal veya hizmetler için yapılmış dahi olsa kabul görmeyecektir.

3) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,

4) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar

Marka hakkı, sahibine inhisari bir kullanım yetkisi tanıyan mutlak bir haktır. Ancak yukarıda c ve d bentlerinde (3 ve 4 numaralı başlıkta) sözü edilen ad ve işaretler esasen nitelikleri itibarıyla ilgili alandaki herkesin kullanımına açık oldukları için, bu düzenlemeyle, bunların kullanımı başvuru sahiplerinin tekeline bırakılmamıştır.

Markanın en temel unsurunun ayırt edicilik olduğu düşünüldüğünde, esasen bu yasal düzenlemeyle MarkKHK'nın 7/1(c) ve 7/1(d) bentlerinde sözü edilen ad ve işaretlerin, ayırt edici bir karakterleri olmadığı konusunda bir karine kabul edilmiştir. Ancak elbette ki bu karinenin aksini, yani yapılan tescil başvurusundaki markanın içerdiği ad ve işaretlerin diğerlerinden ayırt edilebilirliğini ispatlama yükümlülüğü başvuru sahibindedir.

KHK'nın m.7/1(c) ve 7/1(d) bentlerine ilişkin bir diğer önemli düzenleme ise yine aynı maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre bu iki bentteki ad ve işaretlerin,

⁶ Nice Antlaşması 12/7/1995 tarihli ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile kabul edilen ve 13/8/1995 tarihli ve 22373 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

tescil tarihinden önce kullanılarak ayırt edici nitelik kazanması halinde, tescil başvuru talebi reddedilemeyecektir.

5) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekil içeren işaretler

Bir malın özgün yapısı gereği ortaya çıkan şekiller veya o malın teknik olarak zorunlu şekilleri marka olarak tescil edilemez. Çünkü bu şekiller bir kişinin tekeline bırakılamaz. “Mala özgü karakteristik vasıfların tescil edilememesi daha çok üç boyutlu şekillerin de marka olarak tescili imkanına getirilen bir istisnadır. Şayet bir şekil malın özgün doğal yapısı, işlevini yerine getirmesi için teknik olarak malın kendi şekli ise, bu şekil münhasıran veya ana unsur şeklinde marka olarak tescil edilemez. Ancak bu tür işaretlerin markada yardımcı unsur olarak bulunmasına ise bir engel yoktur.”⁷

6) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar

Tüketiciyi korumayı amaçlayan 7/1(f) maddesinin uygulamasında, ilgili işaret nedeniyle tüketicinin yanıltma ihtimalinin gerçekten bulunup bulunmadığının tespiti gerekir. Bu çerçevede, mal ve hizmetin niteliği, satış noktası ve olası tüketici kesiminin özellikleri de dikkate alınır. Başvurunun 7/1(f) maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi için işaretin halkı yanıltıcı nitelikte olması yeterli olup başvuru sahibinin yanıltma, aldatma kastıyla hareket edip etmediğine bakılmaz.⁸

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

Buna ek olarak üretim yerine ilişkin ret sebebinin hüküm ifade edilebilmesi için kullanılan yer adının ürünün yetiştiği mahal olarak yeterince tanınmış olması şarttır.

⁷Kaya /Kendigelen /Ülgen /Helvacı /Nomer /Teoman s.378.

⁸ Marka İnceleme Kılavuzu,2011, Türk Patent Enstitüsü, s.73.

Nitekim Yargıtay bir kararında 9“Altınözü”nün zeytinyağı üreten bir ilçe olmasına rağmen bu sıfatıyla yeteri kadar tanınmış olmadığını belirterek marka tesciline cevaz vermiştir.

7) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesine göre reddedilecek markalar

Hükümün atfı yaptığı Paris Sözleşmesi 2. mükerrer 6. maddesi Paris Sözleşmesi üye devletlerine ait hükümlerlik/hanedanlık armaları, bayraklar ve amblemler ile devletler tarafından kabul edilmiş resmi kontrol ve garanti işaretlerinin korunmasını düzenlemektedir.

8) Paris Sözleşmesi'nin 2. mükerrer 6. maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanlar içeren markalar

Yargıtay, bir kamu kurumu olan Türkiye Basketbol Federasyonu'nun marka içinde yardımcı unsur olarak yer almasını dahi ilgili Federasyon veya bağlı bulunduğu genel müdürlükten izin alınması koşulunu gerektirdiği sonucuna varmıştır.¹⁰

II- Nispi Ret Sebepleri

Nispi ret sebepleri marka olarak seçilen işaret üzerinde üçüncü kişinin hakkı bulunması sebebine binaen var olduklarından mutlak ret sebepleri gibi TPE tarafından resen dikkate alınmazlar. İlgilileri tarafından markanın tescilinden önce TPE nezdinde itiraz ya da marka tescil edilmişse hükümsüzlük iddiasıyla dava yoluyla ileri sürülürler.¹¹

Tescil edilmiş veya tescil için başvuru yapılmış bir markanın sahibi tarafından yapılan itiraz neticesinde, hangi hallerde nispi ret sebepleri dolayısıyla başvurunun reddedileceği MarkKHK m.8'de düzenlenmiştir. Nispi ret sebepleri şunlardır:

⁹ Yargıtay 11.HD'nin 09.10.1984 tarihli 1984/4499 E, 1984/4560 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

¹⁰ Yargıtay 11. HD. 13.11.2006 tarihli, 2005/10763 E, 2006/11632 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

¹¹ Yargıtay 11. HD. 08.02.2000 tarihli, 1999/7314 E, 2000/1195 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

1) Markanın Aynı Olması ve Aynı Mal ve Hizmetleri Kapsaması

MarkKHK m.7/1(b)'deki düzenleme burada da karşımıza nispi ret sebebi olarak çıktığı için ayrıca ele alınmayacaktır. Aynı düzenlemenin iki ayrı kategoride düzenlenmesinin amacı TPE'nin resen inceleme yetkisi olduğu halde, gözden kaçabilecek durumlarda olabildiğince mükerrer tescillerin önüne geçmektir.¹²

2) Markanın Benzer Olması ve Benzer Mal ve Hizmetleri Kapsaması

MarkKHK m. 8/1(b)'de yer alan hükme göre; Bir markanın benzerinin aynı mal ve hizmetlerde kullanılması da aynı markanın benzer mal ve hizmetlerde kullanılması da ihtimal dâhilindedir. Bu durumlarda karıştırılma ihtimali mevcuttur.

MarkKHK m.7/1(b) ve MarkKHK m.8/1(b) arasındaki farklar şu şekilde açıklanabilir:

Öncelikle konuyu mutlak ret sebebi olarak düzenleyen hükümde aynı türdeki mal ve hizmetler denilirken, aynı konuyu nispi ret sebebi olarak kabul eden hükümde benzer mal ve hizmetlerden söz edilmiştir. İkinci fark; mutlak ret sebebine ilişkin hükümde ayırt edilemeyecek kadar aynı markalar ifadesi yer almışken, MarkKHK m.8/1(b)'de marka ile benzer ise ifadesine yer verilmiştir. Üçüncü farklılık ise; nispi ret sebebi olarak belirtilen hükümde; halk tarafından karıştırılma ihtimali bulunan işaretlerin itiraz üzerine tescillerinin yapılamayacağı belirtilirken, mutlak ret sebebi olarak düzenlenen maddede bu varsayım yer almamıştır.

MarkKHK m.7/1(b) ve m.8/1(b) arasındaki farklılığın amacı TPE'nin gözünden kaçan veya TPE tarafından yanlış değerlendirilen olaylara karşı aynı işareti daha önce tescil ettirmiş veya tescil için başvuruda bulunmuş kişilere itiraz hakkı tanınarak önlem alınmasıdır.

Esasında burada üzerinde durulması gereken husus halk tarafından karıştırılma ihtimali ifadesidir. Çünkü karıştırılma ihtimali yargılama gerektiren bir konu husus olduğundan TPE'ye resen inceleme yetkisi tanınmak istenmemiş, bilakis itiraz yolu ile ileri sürülmesi hedeflenmiştir. Tekinalp, bu farklılığı kabul etmekle birlikte, pratik bir yararı olmadığı gerekçesiyle, bu maddeye dayanarak TPE'nin başvuruyu resen inceleyerek

¹² Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, s.378.

reddedebileceğini düşünmektedir.¹³ Ancak aksi görüşte olan Arkan'a göre; ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramı ile benzeri eş tutmak ve halkın karıştırma ihtimali mutlak ret sebepleri arasında hiç zikredilmediği halde, mutlak ret sebebi olarak değerlendirerek, TPE'ye resen inceleme yetkisi tanımak mümkün değildir.¹⁴ Kanaatimizce kanuni temele dayandığından Arkan'ın yaklaşımı isabetli olmaktadır.

3) Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından İzin Almadan ve Geçerli Gerekçe Göstermeden Başvuru Yapılan Marka

MarkKHK m.8/2'de izinsiz veya haklı gerekçe olmaksızın marka tescili yapan ticari vekil veya temsilcilere karşı, markanın asıl sahibine marka tesciline itiraz hakkı tanınmıştır. İtiraz üzerine TPE durumu değerlendirir ve ortada izin ve haklı gerekçe görmezse tescil talebini reddeder.

Marka bir şekilde tescil edilmişse, marka sahibi MarkKHK m.11'e istinaden markanın kullanılmasının önlenmesini ve MarkKHK m.17 gereğince markanın kendi adına devrini talep edebilecektir.

4) Marka Başvurusundan veya Rüçhan Hakkından Önce Bir İşaret İçin Hak Elde Edilmiş Olması

Marka tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş ise marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilir.

Türk marka hukuku sisteminde kural olarak tescil ilkesi benimsenmiştir. Ancak gerçek hak sahipliği kavramı da yasal düzenlemeler ve Yargıtay içtihatlarıyla¹⁵ yerleşik

¹³ Tekinalp s.378.

¹⁴ Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C.II, Ankara 1997, s.87.

¹⁵ Yargıtay 11.HD. 28.05.2002 tarihli, 2002/2411 E, 2002/5314 K. sayılı kararı. "...556 sayılı KHK' nın 8/3. maddesi hükmünün tescilli markaların yanı sıra tescil edilmemiş markaların korunmasına olanak sağladığı, anılan maddenin markayı tescil ettirmeden kullanan kimseyi her şart ve halde korumayı amaçladığı burada 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 15/2. maddesinde aranılan "maruf hale getirme" şartı dahi gerekli görülmeden, daha geniş bir koruma sağladığı, "Cyrillus" markası Türkiye'de davacı adına kayıtlı değilse de, 1995'ten itibaren piyasada fiilen kullanılması ve TTK.nun 57/5. maddesi uyarınca korunan bir

hale gelmiştir. MarkKHK m.8/3(a)'daki düzenleme de bunun bir yansımasıdır. Çünkü marka hakkı; markanın yaratılması, kullanılması ve ona bir ayırt edicilik ya da tanınmışlık kazandırılması ile doğar. Tescil ise o hakka sağlanacak koruma ile ilgili usuli bir olgudur.

5) Bir İşaretin Sahibine Daha Sonraki Bir Markanın Kullanımını Yasaklama Hakkı Vermesi

MarkKHK geçici 2. madde bu hükmün dayanağını oluşturmaktadır. Buna göre; MarkKHK'nın yürürlüğe girmesinden önceki 12 ayda, bir hizmet markasının fiilen kullananlara, bunu kanıtlamak kaydıyla, hizmet markasının tescilini talep edebilme, dolayısıyla da bir başkasının tescil talebine de MarkKHK m.8/3(b) kapsamında itiraz hakkı tanınmıştır.

6) Tanınmış Markanın Farklı Mal ve Hizmetlerde Kullanılması

Tanınmış markalar, tüketici yönünden kaliteyi ve güvenilirliği ifade ederler. Dolayısı ile aynı zamanda bir garanti fonksiyonu sunarlar. Aynı zamanda reklam faktörü nedeniyle tüketiciyi markaya ait ürünü almaya teşvik ederler. Bu özellikler sonucu; ticari hayattaki rakipler, bu markaların tüketici üzerindeki izleniminden yararlanmak yoluna gitmeyi amaçlayabilirler.

Söz konusu gayenin önüne geçebilmek için MarkKHK m.8/4 maddesi ile tanınmış marka sahibine, markalarının şartları mevcut ise farklı mal ve hizmetlerde dahi kullanılmasını önleme olanağı sağlanmıştır.

Yargıtay¹⁶; bir markanın tanınmışlık vasfına haiz olmasa dahi toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşabileceği kanaatindedir.

ticaret unvanı teşkil etmesi sebebiyle sahibi davacıya koruma hakkı sağladığı...gerekçesi ile TPE'nin ret işleminin iptaline karar verilmiştir." (www.kazanci.com)

¹⁶ Yargıtay 11.HD. 28.04.2003 tarihli ve 2003/11715 E, 2003/4181K. sayılı kararı. (www.kazanci.com).

Toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle marka sahibinin farklı mal veya hizmetler için dahi itiraz yoluyla tescili MarkKHK m.8/4 kapsamında engelleyebilmesi için; haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği veya tescil için başvurusu yapılmış markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği ihtimaline ilişkin Őartlardan birinin gerçeklemesi gerekmektedir.

Haksız bir yararın sağlanması; her somut olay kendi Şartları çerçevesinde değerlendirilmek suretiyle; toplum nezdinde tanınmışlık düzeyine erişmiş bir markanın farklı mal veya hizmet gruplarında kullanımından haksız bir yarar elde edilip edilmeyeceği detaylı bir Şekilde araştırılmalıdır.

Markanın itibarına zarar verilmesi; tüketicisi bildiği, güvendiği markayı başka bir alanda ve üründe gördüğü zaman dahi markanın kalitesine güvenerek hareket edebilir, söz konusu üründe beklediğinden daha düşük bir kalite bularak, tanınmış markaya karşı fikirleri değişebilir, o marka tüketicisi gözünde güvenirliğini yitirebilir. Böylece markanın da itibarı zarar görmüş olur. Yargıtay tanınmış markanın kalitesiz mallarda kullanılması ile markanın itibarının zedelendiği sonucuna varmıştır.¹⁷

Markanın ayırt edicilik karakterinin zedelenmesi; sözü edilen ayırt edicilik; somut olaydaki mal veya hizmetin bireyselleştirilmesi ile ilgilidir. Söz konusu nedenle yapılan bir itiraz üzerine; halkın tanınmış markanın kullanıldığı mal veya hizmete yönelmesini sağlayan bir özelliğe sahip olup olmadığı ve böylece diğer markalardan ayırt edilip edilmediğine ilişkin bir inceleme yapılması gerekir.

7) Markanın Başkasına Ait İsim, Fotoğraf, Telif Hakkı veya Sınai Mülkiyet Hakkını Kapsaması

MarkKHK m.8/5' e göre; tescil için başvurusu yapılmış markanın, başkasına ait kişi ismi, fotoğrafı, telif hakkı veya herhangi bir sınai mülkiyet hakkını kapsaması halinde, hak sahibinin itirazı üzerine tescil başvurusu reddedilir.

¹⁷ Yargıtay 11.HD. 03.07.2000 tarihli ve 2000/5331E, 2000/6265 K. sayılı kararı (www.kazanci.com).

İsim üzerinde herkesin kişilik hakkına sahip olduğu, kişiyi diğerlerinden ayıran ve toplumsal ilişkilerde belirleyici olan bir ibaredir. Adı haksız bir şekilde bir marka üzerinde kullanılan kişi buna derhal son verilmesini, ayrıca genel hükümler çerçevesinde; haksız kullanımı gerçekleştiren kişi kusurlu ise maddi zararının ve niteliği mevcut ise manevi zararının karşılanmasını talep edebilecektir. Aynı açıklamalar kişinin fotoğrafının haksız bir şekilde kullanımı için de geçerlidir.

Hükümde sözü edilen fikri ve sınai haklar kavramı ile; bilgisayar programları, veri tabanları, fikir ve sanat eserleri, patentler, faydalı modeller, tasarımlar, topografyalar, yeni bitki çeşitleri, biyoteknik buluşlar, alan adları, markalar, dijital iletişimler, ticaret unvanları ve coğrafi ad ve unvanlar koruma altındadır.

8) Yenilenmemiş Markanın Aynısının veya Benzerinin Tescilinin İstenmesi

Türk hukukunda marka koruma süresi 10 yıldır. Ancak bu koruma MarkKHK m. 41/3 uyarınca "... koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden önceki altı ay içinde, bu sürenin kaçırılması durumunda ise koruma süresinin sona erdiği ayın son gününden itibaren altı aylık süre uzatımı içinde..." hükmü ile markanın koruma süresinin uzatılması mümkündür. Ancak tüm bu imkânlardan yararlanılmaz ve koruma uzatma talebi yapılmazsa marka hükümsüzleşir.

Buna rağmen MarkKHK md. 8/7 markanın koruma süresinin bitiminden itibaren iki yıl, ortak garanti markaları için ise üç yıl içinde bir başkası adına tescilinin talep edilmesi durumunu nispi ret sebebi olarak düzenlemiştir

İtiraz hakkı markanın eski sahibine aittir; ancak koruma süresinin bitiminden itibaren iki yıl içinde markayı kullanmaya devam etmesi gerekmektedir. Bu şart mevcut değilse, marka sahibinin itirazı reddedilir.

D) Markanın Fonksiyonları

Günümüzde Türk doktrininde markaların ayırt etme, mal veya hizmetin işletmesel kökenini (menşeyini) gösterme, reklam ve garanti fonksiyonu olmak üzere dört ana

fonksiyonunun olduğu kabul edilmektedir. Bunlara ek olarak markanın tekelleştirme ve koruma fonksiyonlarının da olduğunu söylemek mümkündür. Markanın fonksiyonları belirlenirken hukuki ve ekonomik fonksiyonları arasında herhangi bir ayırım da yapılmamıştır.¹⁸

I- Ayırt Etme Fonksiyonu

Markanın ayırt etme fonksiyonu; markanın tanımına dahil olan, pazarda bir malı veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmeye hizmet eden, bu mal ve hizmete ayrı bir kişilik kazandıran, isim veren temel unsurudur.

Günümüzde yaşanan ticari, sınai rekabet ve pazarda sürülen ürün sayısındaki artış göz önüne alındığında bir mal veya hizmetin diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesinin ne denli önem arz ettiği görülecektir. Marka; mal veya hizmete ayrı bir kişilik kazandırarak, diğer mal veya hizmetlerden ayrılmasını sağlar; bu nedenle markanın ayırt etme fonksiyonunun markanın sahip olduğu dört ana fonksiyondan biri olduğunu söylemek mümkündür.

II- Menş e Gösterme Fonksiyonu

Marka; bir malın veya hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini veya pazara sunulduğunu gösterir.

Bu suretle alıcıya piyasada kendine sunulmuş çeşitli mal ve hizmetlerden dilediğini ayırt etmeye yarayan bir araç görevi görür.¹⁹ Tanınmış markaların söz konusu olması halinde markanın bu fonksiyonunun önemi daha çok öne çıkar. Çünkü tanınmış markalar bizzat teşebbüsü işaret ederler. İçtihatlarda ve doktrinde; günümüzde markanın menş e (köken) gösterme fonksiyonunu yitirmiş olduğunu, alıcılardan pek azının pazardaki malların hangi işletmeye ait olduğunu markadan anladığını, pek azının marka ve işletme arasında ilişki kurabildiğini; bu nedenle markanın menş e fonksiyonunun yerini malın hüviyeti fonksiyonuna bırakmış olduğunu savunan görüşler ağırlık kazanmaya başlamıştır.

¹⁸ Tekinalp s.356.

¹⁹ Öçal,Akar: Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara 1967, s.16.

Bu görüşlere göre; markanın artık işletmelerin mallarını birbirinden ayıran bir araç olmaktan çıkıp, doğrudan doğruya malları birbirinden ayıran bir araç haline gelmiştir.²⁰ Markanın menşe gösterme fonksiyonunun önemini kaybetmediğini savunan görüşlere göre ise; adi markaların söz konusu olması halinde marka, malın ismi olmaktan öteye geçemeyeceği düşünülse bile; tanınmış markaların, malları değil ve fakat bizzat işletmeyi belli etmelerinden dolayı, alıcıların menşe ile ilgilenmediğini söylemek mümkün olamaz. Çünkü esasen kaliteye itimat da tanınmış markaya ve onun belirttiği teşebbüse güvenden ileri gelmektedir.²¹

III-Reklam Fonksiyonu

Marka; orijinalliği ve iyi idare edilmiş bir reklam siyaseti sayesinde halkın dikkatini üzerine çekmek ve bu sayede onları sunulan mal veya hizmeti satın almaya teşvik etmekle, bu mal ve hizmeti pazara sunan işletme açısından bir reklam fonksiyonunu ifade etmektedir.

Jean Sergueil' e göre “*Reklamdan bahsedildiği zaman her şeyden evvel markadan bahsetmek gerekir. Markasız reklam mevcut değildir.*” Markanın uzak yerlere kadar duyurulması ve alıcıların zihinlerini bu markayla meşgul etmesi reklam sayesinde mümkün hale gelmiştir.²²

Ayrıca unutmamakta gerekir ki markanın reklam fonksiyonuyla kastedilen sadece markanın temsil ettiği ürün aracılığıyla oluşan bir reklam gücü değil, aynı zamanda markayı oluşturan işaretin özgünlüğünden doğan bir reklam etkisidir.²³ Keza günümüzde büyük ticari işletmelerin bir çoğunun seçtiği ve kullandığı markalar, artık işaret-ürün çağrışımından çok işaret imaj çağrışımı uyandırmaktadır.²⁴

²⁰Tekinalp s.356,Ayrıca Bkz.Arseven,Haydar: Nazari ve Tatbiki Alameyi Farika Hukuku, İstanbul 1951,s.828.

²¹ Öçal s.17.

²² Arseven'den naklen s.8.

²³ Gürzumar, Osman: Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995, s.52.

²⁴ Bozbeyoğlu, Cengiz: Sanayici ve İşadamları Açısından Markaların Korunması,(Marka Korunması Uluslar arası Sempozyumu, İstanbul 24-25 Haziran 1998) s.360.

IV-Garanti Fonksiyonu

Markanın garanti fonksiyonu; alıcının satın almış olduğu ya da alacağı mal veya hizmeti aynı kaliteyle ileriki zamanlarda da bulabileceği güvenini temin etmesidir. Bu fonksiyon, bir işletmenin bir marka altında tanıttığı ve güven sağladığı markasını başka bir mal veya hizmetinde de kullanması halinde kendini gösterir. Şöyle ki alıcı, belirli bir markaya ait malı veya hizmeti her satın aldığı anda o markanın mal veya hizmetinden aynı memnuniyeti duyacağını markanın bu garanti fonksiyonu sayesinde bekler. Bir mal veya hizmetten memnun kalmış alıcı, aynı markayı gördüğünde bu markanın mal veya hizmetinin önceki kalitesini muhafaza etmiş olduğunu kabul ettiği için, diğer mal ve hizmetleri satın almaktansa yine söz konusu markalı malı veya hizmeti almayı tercih edecektir. Bu bakımdan markanın mal veya hizmetindeki istikrar ve kalite markanın garanti fonksiyonunu sağlayabilmesi açısından büyük önem arz eder.

Ş2.MARKA HAKKINA TECAVÜZ, HAKSIZ KULLANIM ŞEKİLLERİ VE FİİLLERİ

A) Genel

Marka hakkına karşı işlenen suçlar, 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Marka Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname' nin 61. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Buna ek olarak; marka hakları, MarkKHK ile düzenlenmiş olup, bu haklara karşı gerçekleştirilen ihlallere ilişkin yaptırımlar, 3.11.1995-4128/1 md., Değişik :22.06.2004-5194/2 maddeleri düzenlenmişlerdi.

Yalnız; suçun maddi unsurlarının KHK ile yaptırımlarının Kanun ile düzenlenmiş olması, başta Anayasa olmak üzere Türk Ceza Kanunu' ndaki düzenlemeler açısından bazı sorunlara neden olmaktadır. Bu düzenleme şekli, uygulamada suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi 61. maddedeki düzenlemelerden bir kısmını iptal etmiştir.²⁵ İptal

²⁵ Dava, MarkKHK'nin m.61/d ve 61/a- (c) bentlerine ilişkin açılmıştır.Anayasa Mahkemesi, söz konusu dava üzerine, MarkKHK'nin m. 61/a- (c) bentlerinin 61. maddede düzenlenen bütün hareketlere ilişkin genel bir düzenleme olduğu, dolayısıyla, somut olayda davanın sadece, 61. maddenin (d) bendine yönelik olduğu, dolayısıyla, itiraz incelemesinin sadece 61. maddenin (d) bendiyle sınırlı şekilde inceleneceğine karar

edilen hükümlerin iptal edilmeleri nedeniyle doğacak kanun boşluğunun doğuracağı sakıncaları bertaraf etmek için Anayasa Mahkemesi tarafından öngörülen yürürlük tarihinin dolması üzerine, söz konusu hükümlerin ortadan kalkmaları nedeniyle, önemli sorunlar meydana gelmeye başlamıştı. Meydana gelen bu sorunların ortadan kalkması için, kanun koyucunun daha önceden MarkKHK ile düzenlemiş olduğu 61. maddenin kanun ile düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun koyucu; bu sorunları gidermek amacıyla, 5833 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun²⁶ ile söz konusu boşluğu doldurmuştur.

5833 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenleme ile MarkKHK'den farklı olarak, 9. ve 61. maddelerinde yer alan fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Bu nedenle; MarkKHK'nın 9. ve 61. maddelerinde yer alan fiiller sadece hukuki koruma altındadır.

Ancak, bu maddelerde yer alan fiiller, örneğin. 61/A maddesi, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiillerin hepsini veya bazılarını da korumakta ise, dolaylı olarak, 9. ve 61. maddelerde yer alan fiiller de cezai korumadan yararlanacaklardır. 5833 sayılı Kanun değişikliği, kanunilik ilkesi açısından suçta kanunilik ilkesine uygundur. Çünkü, hangi fiillerin suç teşkil ettiği, kanun hükmüyle konulmuş olmaktadır.²⁷

61. madde ile ilgili en önemli yenilik ise “e” ve “f” bentlerinin tamamen metinden çıkarılmış olmasıdır. Bu bentlerden bir tanesi 61. maddenin “a-c” bentlerinde yazılı fi illere iştirak ve yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak, diğeri ise kısaca bilgi vermektan kaçınmak olarak ifade edilebilecek olan fiillere ilişkindir. Özellikle bilgi vermektan kaçınmayı tecavüz fiili olarak düzenleyen “f” bendinin yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır. Zira

vermiştir. Bu karar üzerine, işin esası görüşülüp, m.61/d bendinin Anayasa'nın 38. ve 91. maddeleri karşısında Anayasa'ya aykırı olduğuna, m.61/a- (c) bendinin ise Anayasa'ya aykırı olmadığından karar verip, iptal edilen m.61/d açısından doğacak hukuksal boşluğun kamu düzenini tehdit edici nitelikte gördüğü için, yürürlüğünün 1 yıl sonrasına ertelenmesine karar vermiştir. Bkz. AyMK,02.03.2004 gün ve 2002/92 Esas ve 2004/25 Sayılı Karar.

Daha sonra m.61/ (a), (c) bendleri ile m.9/I (b) ve m.9/II (b) bentleri de suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık nedeniyle iptal edilmişti. Bkz. AYM ,03.01.2008 tarihli ve 2005/15 E, 2008/2 K. sayılı karar. (www.kazanci.com)

²⁶ Kanun Tarihi:21.01.2009, Resmi Gazete:28.01.2009, Sayı:27124

²⁷ Özen, Mustafa: Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar Ve Yaptırımları, (FMR, C.9, S. 2009/2, Ankara,s.1-15) s. 9.

yürürlükten kaldırılan bu hükmün bir benzerini ülkemizin de taraf olduğu TRIPS Anlaşması'nın 47. ve 50. maddelerinde görmek mümkündür.

TRIPS Anlaşması "Bilgi Edinme Hakkı" başlığını taşıyan 47. maddesinde üye ülkelerin adli mercilere, hakkı ihlal eden kişinin, ihlale neden olan mal veya hizmetlerin üretiminde ve dağıtımında görev alan üçüncü tarafların kimliğini ve dağıtım kanallarını hak sahibine bildirmesini emretme yetkisini verebileceğini hükme bağlamış bulunmaktadır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde, bu yönde açık bir hükme rastlanmasa da Alman Markalar Kanunu'nun 19. maddesinde ve İsviçre Markalar Kanunu'nun 61. maddesinde bilgi edinme hakkı düzenlenmiştir. Taklit markalı ürünleri asıl üreten ve piyasaya sunanlar hakkında bilgi edinebilmek ve taklit marka kullanımıyla mücadele²⁸ için önemli bir rol taşıyan bu hükmün neden yürürlükten kaldırıldığı, ne madde gerekçesinde ne de TBMM görüşmelerinde ifade edilmiştir.

Bunun dışında; doktrindeki hâkim fikre göre; marka hakkı sahibinin yasaklama hakkı, MarkKHK m.9/2' de sayılan haller ile sınırlı değildir. Bu fikrin temeli ise bir yandan Alman hukuk öğretisine ve diğer yandan MarkKHK'nın temelini oluşturan 89/104 sayılı Yönerge'nin 5/3 hükmü²⁹ ve Alman Markalar Kanunu'nun 14/3³⁰ hükmüne dayanmaktadır. Bu yüzden MarkKHK m.9/2 hükmünde yasaklanabilir teriminden hareket edilmektedir.³¹

Gerek 61. maddenin gerekse 9. maddedeki hallerin tahdidi nitelikte olup olmadığı hükümlerin yazılış biçimlerinden hareketle değerlendirilmektedir. MarkKHK'nın 61. maddesindeki "Aşağıda yazılı fiiller marka hakkına tecavüz sayılır" ifadesinden bu maddede düzenlenmiş hallerin sınırlı sayıda oldukları kabul edilirken; MarkKHK m.9/I benzer bir düzenleme tarzıyla "aşağıda belirtilen hallerde, marka sahibinin izni alınmadan

²⁸ Yasaman, Hamdi/Altay, Sıtkı Anlam /Ayoğlu, Tolga/Yusufoğlu, Flürya/Yüksel, Sinan: Marka Hukuku, 556 Sayılı KHK Şerhi C. I- II, İstanbul 2004, s. 1021

²⁹ Bu hükmün orijinal hali: "The following, inter alia, may be prohibited under paragraphs 1 and 2."

³⁰ Markalar Kanun Tasarısı'nın 9. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: "Maddenin birinci fıkrasında marka tescilinden doğan hakkın kapsamı belirtilmiş, ikinci fıkrada ise marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişilerin markayı kullanmalarının yasaklanabileceği haller örneksene yoluyla sayılmıştır. Topluluk Marka Tüzüğü'nün 9 uncu maddesi ve Alman Marka Kanununun 14 üncü maddesi gözetilerek konulan madde ile mezkur düzenlemeler ile uyum amaçlanmıştır."

³¹ Aksi görüş için Bkz. Saraç, Tahir: "Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?" (BATIDER, C.XXIV, S.2, Aralık 2007)

markasının kullanılmasının önlenmesini isteme yetkisi vardır” demekle bu hallerin sınırlı sayıda oldukları sonucuna varılabilir.

Genel anlamda bir davranışın marka hakkına tecavüz teşkil edebilmesi için aşağıdaki unsurların gerçekleşmiş olması gerekmektedir:

- a) Tescil edilmiş bir marka bulunmalıdır.
- b) Tescilli marka, marka sahibinin izni olmaksızın (yani yetkisiz olarak) kullanılmış olmalıdır.
- c) Yetkisiz kullanım, markanın tescil edildiği ve tescilli markaya koruma sağlayan ülke sınırları içinde gerçekleşmiş olmalıdır.
- d) Yetkisiz kullanım, markaya tanınan koruma süresi içinde gerçekleşmiş olmalıdır.
- e) Tescilli markadan, KHK’de öngörölmüş ticari amaçlarla yararlanılmış olmalıdır.

B) MarkKHK Madde 61’ de Sayılan Tecavüz Halleri

I- MarkKHK Madde 9’un İhlâl Edilmesi

MarkKHK’ nın 61. maddesinin (a) bendine göre, marka tescilinden doğan hakların kapsamını gösteren 9. maddenin ihlal edilmesi, marka hakkına tecavüz sayılmaktadır. Anılan madde, marka sahibinin izni alınmadan markanın kullanılmasını önleyebileceği haksız kullanma modellerini göstermekte ve ayrıca “kullanma” ile ne kastedildiği maddenin 2. fıkrasında belirtilmektedir. Bunlar da kullanma şekillerini oluşturmaktadır. Bu nedenle kullanma modelleri ve kullanma şekilleri ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

1) Haksız Kullanım Modelleri

a) Aynı İşaretin Aynı Mal veya Hizmetler İçin Kullanılması

MarkKHK m.9/1(a)' ya göre; marka sahibi, markasıyla aynı olan işaretin, markanın tescil edildiği aynı mal veya hizmetler için kullanılmasını önleyebilir. Bu durumda işaretle ve mal veya hizmette ayniyet vardır.³²

b) Benzer İşaretin Aynı Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması

MarkKHK m.9/1(b)' ye göre; marka sahibi, markasına benzer bir işaretin, markanın tescil edildiği aynı mal veya hizmetler için kullanılmasını önleyebilir. Bu durumda kullanılan işaretle Türkiye'de müseccel markaya ayniyet değil fakat benzerlik, mal veya hizmette ise ayniyet aranır.

c) Aynı İşaretin Benzer Mal ve Hizmetler için kullanılması

Yine MarkKHK m.9/1(b) uyarınca; marka sahibi markası ile aynı olan işaretin, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere benzer mal veya hizmetler için kullanılmasını önleyebilir. Bu durumda işaretle ayniyet, mal veya hizmette benzerlik söz konusu olur.

d) Benzer İşaretin Benzer Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması

Yine MarkKHK m.9/1(b) uyarınca; marka sahibi markasına benzer bir işaretin, markasının tescil edildiği mal veya hizmetlere benzer mal veya hizmetler için kullanılmasını önleyebilmektedir. Burada işaretle ve mal veya hizmette benzerlik söz konusudur.

³² Tekinalp s.405.

e) Tanınmışlık Düzeyine Ulaşmış Markanın veya Benzerinin Başka Mal ve Hizmetler İçin Kullanılması

MarkKHK m.9/1(c) uyarınca; marka sahibi, markasının aynı veya benzeri olan bir işaretin, markanın tescil edildiği mal veya hizmetten başka mal veya hizmetlerde kullanılmasını, tescilli markanın itibarı dolayısıyla kullanana haksız bir yarar sağlıyor veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar veriyorsa, men edebilir.³³

Markası, tanınmışlık düzeyine ulaşmamış olduğu halde markasının söz konusu maddede öngörülen şekilde bir başkası tarafından kullanılması durumunda sadece “itibarından dolayı haksız avantaj elde edildiği” iddiası ile kullanımın önlenmesini istemesi durumunda, MarkKHK m.8’ de bahsedilen “toplumda tanınmışlık düzeyi” unsuru aranmalıdır. Aksi halde söz konusu modelin uygulama alanı çok genişletilmiş olur.

2) Haksız Kullanma Şekilleri

a) Haksız İşaretin Mal veya Ambalaj Üzerine Konulması

Sadece marka hakkı sahibinin söz konusu markayı mal veya ambalajı üzerine koyma yetkisi vardır. Bu bakımdan MarkKHK m. 9/2(a) uyarınca hak sahibi dışındaki üçüncü kişilerin tescilli işareti mal veya ambalaj üzerinde kullanmaları marka hakkına tecavüzdür. Söz konusu işaretin bu şekilde kullanımı marka hakkının ihlâli olacağından marka sahibi tarafından yasaklanabilir. Markanın mal veya ambalajın üzerine; kazıma, kabartma, baskı, oyma, yapıştırma ve benzeri yollarla konulmuş olması ve buna ek olarak malların piyasaya sürülme amacına yönelik olması ihlalden söz edebilmek için yeterlidir.

Buna karşın malın fiilen piyasaya sürülmemiş olmasının marka hakkı sahibinin yasaklama hakkını kullanabilmesi açısından bir önemi yoktur. Çünkü malın piyasaya sürülmesi MarkKHK m.9/2(b) uyarınca ayrı bir tecavüz haline vücut verir.³⁴

³³ Yargıtay 11.HD’nin 28.04.2003 tarihli ve 2002/11115 E.,2003/4181K. sayılı kararı.(www.kazanci.com)

³⁴ Arkan s.212.

b) Haksız İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Stoklanması

Marka sahibi dışındaki üçüncü kişilerin haksız işareti taşıyan malı piyasaya sürmesi, yani üçüncü kişi tarafından, ticaret mevkiine konulması veya bu amaçla stoklanması haksız kullanma olup, MarkKHK m.9/2 (b) uyarınca marka hakkına tecavüz fiiline vücut verir ve yasaklanması marka hakkı sahibi tarafından istenebilir. Malın herhangi bir yerde satılması, dağıtıcı veya bayilere verilmesi, posta aracılığıyla gönderilmesi, kapıda satışa konulması, bir kampanyanın konusu haline getirilmesi malın piyasaya sürülmesidir. Piyasaya sürmenin hukuki şeklinin bir önemi yoktur. Piyasaya sürme; satım, kiralama, leasing yoluyla da gerçekleştirilebilir.

Haksız işareti taşıyan malın stoklanması ise; imalat merkezinde, yani ürün ambarında olabileceği gibi, bölge ve semt depolarında, bayide veya bayilerde veya fuar yönetimi gibi üçüncü kişilerin nezdinde veya umumi mağazada tutulması şeklinde olabilir. İhlalden söz edilebilmesi için işareti taşıyan malın piyasaya sürülme amacına yönelik olması koşulu arandığından, bu bende dayanılarak işareti taşıyan malı özel ihtiyacı için elinde bulunduran tüketiciye karşı bir talepte bulunulamaz. Tescilli markanın aynı veya benzeri olan işareti mal üzerine koyan kişiden malları iktisap ederek malları piyasaya sürmek amacıyla elinde bulunduran kişinin davranışı söz konusu bent hükmüne göre değil MarkKHK 61. maddesinin (c) bendine göre marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Mal imal edilip, üstüne veya ambalajına taklit işaret henüz basılmamışsa, kural olarak haksız kullanma yoktur; ancak men davasının açılabilmesi bazı tehlikeli belirtiler veya hazırlıklar bulunması halinde marka sahibinin bu varsayımla herhangi bir aşamada haksız durumu ispatlama hakkı vardır.³⁵

c) Haksız İşareti Taşıyan Malın Tesliminin Teklif Edilmesi

Haksız işareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi de yine MarkKHK m.9/2(b) uyarınca marka hakkına tecavüz oluşturur ve marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabilir. Teklif etme; işareti taşıyan malların, mağaza vitrininde teşhirini

³⁵ Tekinalp s.416.

de (icaba davet) kapsar. Bu yüzden teklif terimi; Borçlar Kanunu anlamında icap teriminden daha geniş kapsamlıdır.³⁶

Malın imal edilmiş ve üzerine ya da ambalajına haksız işaretin konulmuş olması şart değildir. Mal henüz üretilmemiş olsa bile haksız işareti taşıyan malın teklif edilmesi, haksız kullanımdan söz edilebilmesi için yeterlidir. Bu durumda men davası açılabilir. Mal imal edilmiş veya ambalajına haksız işaret basılmışsa mal stoklanmış demektir.

d) Haksız İşaret Altında Hizmet Sunulması veya Sağlanması

MarkKHK m.9/2(b) bendinin son kısmı uyarınca; haksız işaret altında aynı veya benzer hizmetin sunulması veya sağlanması haksız kullanımdır ve marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabilir. Hizmet markası ile aynı veya benzer olan bir işaretin, örneğin; personelin üniformalarında, tur şirketine ait otobüslerde kullanılmış olması marka hakkına tecavüzü meydana getirir.

e) Haksız İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması

5833 sayılı Kanun ile değişik MarkKHK madde 9/2(c) uyarınca “İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması” durumunda marka hakkı sahibinin yasaklama yetkisi bulunmaktadır. Maddenin söz konusu Kanun ile değiştirilmeden önceki halinde ise, markayı taşıyan malın ithali veya ihracının, münhasıran marka sahibine ait bir yetki olduğu gösterilmişti.

Görüldüğü üzere MarkKHK metninde Kanunla yapılmış olan değişiklik ile birlikte; haksız işareti taşıyan malın ithali ya da ihracı, marka hakkına tecavüz teşkil etmeye devam etmekle beraber mevcut hüküm öncekine oranla daha geniş yorumlanabilecek ve dahası artık işareti taşıyan malın ithali ya da ihracının TTK hükümlerine dayandırılmaya gerek kalmadan marka hakkına tecavüz teşkil ettiği söylenebilecek bir duruma gelmiştir.³⁷Tecavüz halinden söz edilebilmesi için markanın Türkiye’ de tescil edilmiş olması gerektiği gibi, malın ithal edildiği ülkede, aynı kişi adına müseccel olmaması da

³⁶ Arkan s.213.

³⁷ Arkan s.214.

şarttır. Aksi halde Türkiye’de ve malın ithal edildiği ülkede aynı kişi adına tescilli veya lisanslı ise, marka veya lisans sahibi ithalatı marka hukukuna dayanarak engelleyemez. Çünkü bu durum paralel ithalattır. Paralel ithalat; marka sahibi ya da marka sahibinin izniyle üçüncü bir kişi tarafından yurt dışında piyasaya sunulan malların, marka sahibinden izin alınmaksızın yurt içine ithal edilmesidir.³⁸ Paralel ithalatta marka; hukuka uygun olarak kullanılmaktadır bu nedenle de marka hukuku bakımından haksız kullanım oluşturmaz. Paralel ithalattan söz edilebilmesi için ise, ithalata konu olan malın, sadece yurt dışında piyasaya sunulmuş olma şartı da yoktur. Yani; Türkiye dışında piyasaya sunulmuş olan malın Türkiye’ye ithal edilmesi paralel ithalatın varlığı için yeterlidir. Türkiye’ye ithal edilenlerin dışında, markalı mallardan daha önce Türkiye’de piyasaya sunulmuş olup olmamasının bu açıdan bir önemi yoktur.

Buna karşın, eğer ithalata konu malların dışında marka sahibi tarafından markalı mallar aynı zamanda Türkiye’de de piyasaya sunulmuş ise, paralel ithalattan söz edebilmek için, yurt içinde piyasaya sunulan mallarla, yurt dışında piyasaya sunulup yurda ithal edilen mallar arasında ayniyet olmalıdır. Paralel ithalatı, marka sahibinin Türkiye’de piyasaya sunduğu markalı mallarla başka bir ülkede piyasaya sunduğu markalı mallar arasında az veya çok bir farklılığın olması durumu (gri piyasa) ve markalı mallardan Türkiye’de piyasaya sunulmuş olanlarının marka sahibi veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından ihraç edilmesinden sonra, üçüncü kişiler tarafından tekrar Türkiye’ye ithal edilmesini (gri ithalat) ayırmamız gerekmektedir.

Marka sahibinin yurt dışında aynı marka altında piyasaya sürdüğü mallar ile yurt içinde piyasaya sürdüğü mallar arasında az çok farklılık varsa bu durumda Gri Piyasadan söz edilir. Gri Piyasa, marka hakkı sahibi veya onun izniyle bir başkası tarafından, ülke dışında piyasaya sunulan ve üçüncü kişiler tarafından ülkeye ithal edilen markalı özgün malların, daha önce marka sahibi tarafından veya onun izniyle üçüncü kişi tarafından, ülke içinde piyasaya sunulan markalı mallardan farklı olması durumunda söz konusu olur.

Marka hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle ülke içinde piyasaya sunulmuş olan markalı malların marka sahibi veya onun izniyle başka bir ülkeye ihraç edilmesinden

³⁸ Kayhan, Fahrettin: Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, (FMR, C.I, S. 2001/1,s.50-60),s.53.

sonra aynı malların üçüncü kişiler tarafından tekrar ülkeye ithal edilmesi de mümkündür. Bu durumda ise “Geri İthalat” söz konusudur.

Yargıtay 11. HD’ nin marka hakkının tükenmesi ve paralel ithalata ilişkin yayınlanmış iki kararı bulunmaktadır. Yargıtay’ın “Police” kararı³⁹ bu konudaki bilinen ilk karardır. Diğeri ise, Police kararındaki ilkelerin aynen tekrar edildiği “Dexter” kararıdır.⁴⁰

Police kararındaki somut olayda özetle: İtalyan şirketi DE Rigo SPA’ya ait olan ve dünyanın bir çok ülkesinde tescil edilmiş olan Police, Sting ve Vogart markalarının Türkiye dağıtıcısı SESA Dış Ticaret’tir. Marka sahibi DE Rigo SPA ile SESA Dış ticaret arasında, 1996 yılında bir münhasır marka lisans sözleşmesi imzalanmıştır.

Bu sözleşmeyle lisans hakkı sahibi SESA anılan malları Türkiye’ye ithal edip, bütün Türkiye sathında pazarlayarak, tanıtımını ve reklamını yapacaktır. Sözleşmeye göre, bu markalara karşı haksız rekabet ve markaya tecavüz hallerinde SESA firması tek başına dava açma yetkisine sahiptir. Bu sözleşme TPE’nde tescil ettirilmiştir.

Davalı ise, 1996 ve 1997 kreasyonuna ait Police markalı gözlükleri Türkiye’ye ithal ederek kendi mağazasında satışa sunmuştur. Bu durum noterce de tespit edilmiştir. Bu tespiti ve bilirkişi raporuna göre davalı tarafından piyasaya sunulan gözlükler ile davacının lisans sahibi olduğu gözlükler arasında hiçbir fark bulunmamaktadır.

Davacı tarafından, Police markalı gözlüklerin Türkiye’de ithalatının ve pazarlama yetkisinin münhasıran kendisine ait olduğu ve kendisinin izni olmadan menşee ülkesinin dışındaki başka bir ülkeden gözlüklerin ithal edilerek Türkiye’de satılmasının hukuken mümkün olmaması nedeniyle davalının bu fiilinin marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğu ileri sürülmüştür. Davalı ise, (paralel) ithalatta kanuna aykırılık bulunmadığını ve davacının iddiasının MarkKHK’ne de aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay, tükenme ilkesi ve paralel ithalat yönünden davalıya hak vermiştir. Karar şöyledir:

“KHK’ nin ve bu maddenin kaynağı olan 89/104/AET sayılı yönergenin ilgili maddesinde “marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak

³⁹ Yargıtay 11. HD’nin 16.03.1999 tarihli ve 1998/7997 E. 1999/2098 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

⁴⁰ Yargıtay 11. HD’nin 14.06.1999 tarihli ve 1999/3243E. 1999/5170 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

kullanulmasını yasaklayamaz” hükmü getirilmiştir. Buna uygulamada ve yasal düzenlemede marka hakkının tüketilmesi kavramı denilmektedir.

Bu ilkenin uygulanabilmesi için yukarıda da değinildiği üzere tescilli markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurt dışına satar (veya yurt dışında, menşe ülkeden başka bir ülkede üretirse) bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye’ye ithaline (paralelimport) engel olamaz. Aynı ilke yabancı markayı taşıyan malların Türkiye’de tek satıcısı (münhasır lisans sahibi) durumunda olan ve marka sahibinin izniyle bu markayı adına tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerlidir.

Ancak, KHK’nun ilgili maddesi uyarınca marka sahibi, malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından başka ülkelerden ithalinden sonra değiştirilerek veya kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde bunu önleme yetkisine sahiptir. Bu ilkelere göre, davacı gözlükleri ile ayniyet arz eden orijinal vasıfta olup taklit olmayan gözlükler, kanuni prosedüre uygun olarak menşe ülkesinden başka ülkelerde üretilip o ülkelerden Türkiye’ye ithal edilmesi halinde, ithalatçı tarafından satılması veya ithalatçı firmadan fatura karşılığı satın alınıp satışı arz edilmesi halinde 556 sayılı KHK’nın 9/II-c hükmü uygulanmayacaktır.”⁴¹

Şu durumda konunun daha iyi anlaşılabilmesi için marka hakkının tükenmesi konusuna da değinmek gereklidir.

Tükenme ilkesi, 207/2009 sayılı Topluluk Marka Tüzüğü’nün 13. maddesi ile 2008/95 sayılı Marka Direktifi’nin 7. maddesine paralel olarak, tükenme bölgesi bakımından küçük bir fark ile, Türk Hukuku’nda, MarkKHK’nın 13. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre marka sahibi, markanın bir ürün üzerine izinsiz olarak konulmasını, markanın ihlal oluşturabilecek şekilde kullanılmasını yasaklamaya yetkili olsa bile, kendisi tarafından veya onun izni ile bir mal üzerine marka konularak o mal piyasaya sürüldükten sonra, belli bir coğrafi bölgede o malın başkaları tarafından alınıp satılması, tedavülü önlenememektedir. Bir başka ifade ile marka sahibi, herhangi bir malı bir kez sattıktan, piyasaya sürdükten sonra, belli bir coğrafi bölgede artık o malın müteakip

⁴¹ Tekinalp s.418.

satışlarına, el değıştirmesine, ikinci, üçüncü el satışlarına engel olamaz.⁴² Bu ilke, fikri mülkiyet hukukunda “tükenme” olarak adlandırılmaktadır.

Burada “tükenen”, markalı malın “ilk satış hakkı”dır. Yoksa marka sahibinin, o marka üzerinde, markayı kullanarak başkalarının izinsiz üretim ve satış yapmalarını yasaklama hakkı, lisans verme hakkı, devretme hakkı gibi sair tüm hakları devam etmektedir.⁴³

MarkKHK’nın 13. maddesinde “Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra” ifadesine yer vermek suretiyle, Türkiye Cumhuriyeti devleti, açık bir biçimde “ülkesel tükenme”yi kabul etmiştir.

Ülkesel tükenme ilkesi gereğince, MarkKHK’nın 13. maddesi çerçevesinde tükenmeden söz edilebilmesi için, malların Türkiye’de piyasaya sunulmuş olması gerekir.⁴⁴ Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde marka hakkı sahibinin rızası ile piyasaya sürülen mallar üzerinde, sadece Türkiye Cumhuriyeti bakımından ilk satış hakkı tükenmektedir. Benzer şekilde Almanya’da piyasaya sürülen mallar bakımından, sadece Avrupa Birliği sınırları içinde tükenme söz konusudur. Zira Avrupa Birliği’nde bölgesel tükenme ilkesi kabul edilmektedir. Buna göre bir mal herhangi bir Avrupa Birliği ülkesinde piyasaya sürüldüğünde, tüm birlik ülkeleri bakımından tükenme söz konusudur. Bu malların sözgelimi Almanya’dan Türkiye’ye ithali ise, marka sahibi tarafından önlenebilecektir. Zira birlik ülkeleri bakımından tükenme söz konusu ise de, Türkiye bakımından henüz tükenme söz konusu değildir.⁴⁵

Tükenmenin söz konusu olabilmesi için, malların piyasaya sürülmesinin “marka sahibi tarafından” ya da “marka sahibinin izni ile” bu markayı kullanma yetkisine sahip bir kimse tarafından gerçekleştirilmiş olması gereklidir.⁴⁶ Marka sahibi ile malı piyasaya süren kişi arasındaki hukuki ilişki, işletmesel ve organik bir bağdan kaynaklanabileceği

⁴² Arkan s.134.

⁴³ Ayoğlu,Tolga:Fikri Hakların İhlali Nedeniyle İhtiyati Tedbir Yoluyla İnternet Sitelerine Erişim Engellenebilir mi? Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, On İki Levha Yayıncılık 2009 ,s. 13.

⁴⁴ Arkan s. 135.

⁴⁵ Çolak, Uğur: Türk Marka Hukuku, İstanbul Şubat 2012, s. 620.

⁴⁶ Arkan s. 136.

gibi, tamamen farklı bir kişi, işletme ile yapılan lisans, tek satıcılık sözleşmesi gibi markayı kullanma yetkisi veren bir hukuki ilişki sonucu da olabilir.⁴⁷

MarkKHK'nın 13. maddesine göre, marka hakkı sahibi tarafından veya onun rızasıyla başkası tarafından piyasaya sunulan orijinal malların kötüleştirilmesi halinde, marka sahibinin, marka hakkına dayanarak bu malların ticaretini önleme hakkı mevcuttur.

MarkKHK'nın 13/2 maddesindeki hüküm, direktifin 7/2. maddesinden alınmış ise de, belirtilmelidir ki, MarkKHK'nın 13/2. maddesi, mehzaz direktifin 7/2. maddesini tam olarak yansıtmamaktadır.

2008/95 sayılı Direktif'in 7/2. maddesindeki hüküm, "marka sahibinin malların başkaca ticarileştirilmesine itirazı bakımından meşru gerekçelerin bulunması durumunda, özellikle piyasaya sunulduktan sonra malların mevcut hallerin değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi durumunda, bu paragrafın 1. fıkrası uygulanmayacaktır" biçimindedir.⁴⁸ Direktif'teki, "*meşru sebeplerin bulunması halinde*" ifadesi ile "*özellikle*" ifadeleri MarkKHK'ye alınmadığı için, 13/2. maddesindeki "kötüleştirme" hali ile, "değiştirme" halinin örnekleme olarak sayıldıkları, bu hallerin kanun koyucu tarafından tahdidi olarak belirtilmediği anlaşılmamaktadır.

Aksine; MarkKHK'nın 13/2. maddesinde bu iki hal tahdidi olarak sayılmaktadır ki bu durum direktif ile uyumlu değildir. Bu nedenle yapılacak yasal düzenleme sırasında, "değiştirme" ve "kötüleştirme" hallerinin sınırlayıcı olarak kabul edilmediği, tükenme ilkesinin istisnalarının bu iki halden ibaret olmadığı ve marka sahibinin, ilk satıştan sonraki müteakip satışlara ve ticari kullanımlara karşı çıkabilmesi ve bunları engelleyebilmesi yönünden başkaca meşru nedenlerin de bulunabileceği hususlarının altı çizilmelidir.

Tükenme ilkesi marka tescilinden kaynaklanan hakların istisnası iken, tükenme ilkesinin istisnası da piyasaya sunulduktan sonra malların üçüncü kişilerce "değiştirilerek" ve "kötüleştirilerek" kullanılmasıdır. MarkKHK'nın 13/2. maddesinde yer alan "marka

⁴⁷ Arkan s. 136.

⁴⁸ Direktifin 7/2. maddesinin İngilizce metni şu şekildedir: "*Paragraph 1 shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialisation of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have put on the market*".

sahibinin, birinci fıkraya hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek kullanılmasını önleme yetkisi vardır” biçimindeki hüküm nedeniyle, marka hakkı sahibi, kendisi tarafından ya da kendi rızası ile piyasaya çıkmış olsa bile, bu malların üçüncü kişilerce “kötüleştirelerek” ya da “değiştirilerek” tekrar ticaret alanına çıkarılması durumunda buna engel olma hakkına sahiptir.

Gümrük işlemine tabi tutulmuş mallara ilişkin olarak MarkKHK’nın uygulanması hakkında özellikle de transit geçen malların marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağı yolunda Yargıtay’ın birbirinden farklı sonuçlara ulaştığı kararları bulunmaktadır.

Yargıtay konu ile ilgili ilk kararında⁴⁹, serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içerisinde kullanılmakta olduğu veya yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığı kanıtlanmadan Türkiye’de tescilli bir markaya tecavüz oluşturduğunun kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Daha sonra Yargıtay ilk kararını sınırlandırarak, serbest bölge veya transit gümrük rejimine tabi mallar orijinal nitelikteyse marka hakkına tecavüz oluşturmazken, taklit olmaları halinde marka hakkına tecavüz oluşturacağına dair karar tesis etmiştir.

Bu kararı takip eden ve taklit ürünleri konu alan olaylarda Yargıtay transit malların marka hakkına tecavüz oluşturacağına hükmetmiştir. Yine, MarkKHK’nın 9/2(c) maddesinde marka hakkından doğan hakların kapsamı sayılırken, tescilli marka ile ilgili işareti taşıyan malın ithalinin ve ihracının yasaklanabileceği öngörüldüğü gibi, bu maddede sayılan tecavüz hallerinin sınırlı nitelikte olmadığı, marka sahibinin izni olmadan bu markayı taşıyan taklit malların transit geçişinin de markaya tecavüz teşkil edeceği doktrinde de kabul edilmektedir.⁵⁰

Yargıtay’ın gerekçesinde yer alan önemli dayanak noktalarından birisi de doktrindeki görüşlerdir.

⁴⁹ 11. HD’nin 23.09.1999 tarihli ve 1999/4928 E. 1999/7026 K. sayılı kararı.(www.kazanci.com.).

⁵⁰ Arkan s. 213.

Arkan'a göre, MarkKHK'nın 9/2(c) bendinde markayı taşıyan malın ihracı veya ithalinin de marka sahibine ait bir yetki olarak tanınmış ancak, bentte işareti taşıyan malların transit geçmesinin marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceği açıklanmamıştır. MarkKHK'nın 9/2 hükmünde sayılan haller tahdidi nitelikte bulunmadığından markayı taşıyan malların, marka sahibinin izni olmadan transit geçmesi de marka hakkına tecavüz sayılabilir.⁵¹ Buna karşılık, MarkKHK'nın 79. maddesinde öngörülen gümrük idareleri tarafından el konulma sadece ithalat ve ihracat sırasında söz konusu olur. MarkKHK 79/1'de yer alan hüküm karşısında taklit markayı taşıyan mallara transit geçişleri sırasında el konamayacaktır.⁵²

Oytaç'a göre, Paris Sözleşmesi'nin 8. maddesinin açık hükmü karşısında taklit markayı içeren transit mallara Türkiye'de el konulabilir. Çünkü Paris Sözleşmesi'nin 9. maddesinin dördüncü bendinde “yetkililer transit geçen malda el koyma işlemini yapmakla yükümlü değildir” denilmektedir. Bu belirlemenin karşısından çıkan sonuç, yetkili mercilerin (yani Türk gümrük idarelerinin) isterlerse transit geçen ticari emtiada da el koyma işlemini yapabilecekleri, bu hususun takdirlerine kaldığı şeklindedir. Burada ilgili merciin yükümlü olmadığından söz edilmektedir. Yine MarkKHK'nın 79. maddesinde “...mallara ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir olarak el konulabilir” denilmekte olup, transit sözcüğünün geçmemesi nedeniyle el koyma yapılamayacağı anlamı çıkmaktadır.

Bununla birlikte Yazar'a göre, ilgili gümrük idaresinin bu yolda yaptırım getirmeye ilişkin yükümlülüğü yoksa da gerektiğinde Paris Sözleşmesi'nin yukarıda belirtilen açık hükmü karşısında pekala el koyma işleminin gümrükçe gerçekleştirilebileceği söylenebilir. Nitekim, MarkKHK m. 4 uyarınca milletlerarası sözleşmeler öncelikle uygulanacağından bu yolda Türk gümrük idarelerinin yapacakları işlem uluslararası sözleşmelere de uygun düşecektir.⁵³

⁵¹ Arkan s. 211.

⁵² Arkan s. 229.

⁵³ Oytaç,Kutlu: Son Uluslararası Değişikliklerle Markalar Hukuku, İstanbul 1999, s. 347.

Karan⁵⁴ ve Karan/Kılıç⁵⁵,a göre, haksız markalı bir malın serbest bölgede stoklanması veya buradan iç pazara veyahut yurt dışına sevki ve transit geçişi de MarkKHK'nın 9. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi çerçevesinde yasaklanabilir. Haksız markalı malların tecavüz şekillerinin MarkKHK'nın 9. madde ile sınırlanmadığı dikkate alındığında haksız markalı bir malın ithal veya ihracının yanında transit geçişi ve serbest bölgeye yerleştirilmesi de önlenemez. Bu tür eşyaların serbest bırakılması, taklit markalı ürünlerin devlet eliyle uluslararası ticaret kanallarına sunulması anlamına gelir ki; bu durum TRIPS'in 46. maddesi hükmüne açıkça aykırılık teşkil eder. Kanun koyucunun MarkKHK'nın 9. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine "ihracı" ibaresini ekleyerek, tecavüze konu ürünlerin yurt dışına sevkini dahi yasaklamaktaki amacı, sahte eşyanın sadece iç piyasaya sunumunun engellenmesi değil, ticaret kanallarından tamamen çıkartılması olduğu anlaşılmaktadır.

Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinde de MarkKHK'nın 79. maddesine paralel olarak, marka mevzuatına göre, marka sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturan eşyanın gümrük işlemlerinin, hak sahibinin ya da temsilcisinin talebi üzerine durdurulabileceği düzenlenmiştir.

Bu maddeye göre de gümrük idaresinin gümrükteki eşyaya hak sahibinin talebi üzerine el koyabilmesi için, el koyma işleminin gerçekleştirileceği eşyanın marka sahibinin haklarına tecavüz eder nitelikte bulunması gerekmektedir. Ancak Gümrük Kanunu'nun 57. maddesi ayrıca, el koyma işlemine tabi tutulacak eşyanın "sahte markalı" olduğuna ilişkin açık deliller olması halinde, gümrük idareleri tarafından resen durdurulabileceğini kabul etmiştir. ⁵⁶Dolayısıyla MarkKHK ile yalnızca tecavüz oluşturan mallara yönelik olarak öngörölmüş olan el koyma işlemi, Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinde yer alan sahte markalı mallar ifadesi nedeniyle cezayı gerektirmese dahi bütün taklit markalı eşyalara uygulanabilir hale getirilmiştir.⁵⁷

⁵⁴ Karan,Gülay: Transit ve Serbest Bölgedeki Sahte Eşyaya Tedbiren El Konulması ve Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası veya Ticaret Kanallarının Dışına Çıkartılması, FMR, 2003, Y. 3, C. III, S. 1, s.88.; Karan,Gülay: AB Mevzuatıyla Mukayeseli Olarak Taklit Markalı Ürünlere İlişkin Gümrük Uygulamaları: El Koyma Prosedürü, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005, İstanbul, s. 34.

⁵⁵ Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s. 264.

⁵⁶ Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s. 1217.

⁵⁷ Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s. 1218.

Sonuç olarak, Yargıtay'ın kararlarında kullanmış olduğu gerekçeler dikkate alındığında transit geçişin tecavüz sayılması;

- a) Somut olaydaki ürünlerin sahte (taklit) olması,
- b) Ülkesellik ilkesi ve serbest bölgelerin ülke sınırlarına dahil olması,
- c) TRIPS Anlaşması'nın 41, 46 ve 50. maddelerinde taraf ülkelerin sahte malların ticaret alanı dışına çıkartılması yükümlülüğü getirilmiş olması,
- d) Gümrük Yönetmeliği
- e) Doktrindeki görüşler

üzerine dayandırılmıştır. Doktrindeki görüşlerde de yukarıdaki sebepler farklı şekillerde transit malların marka hakkına tecavüz oluşturduğunun gerekçesi olarak gösterilmişlerdir.

f) Haksız İşaretin, Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması

MarkKHK m.9/2 (d) uyarınca; markanın aynı veya benzeri olan işaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması dışında iş evrakı yada reklamlarda kullanılması da marka hakkına tecavüz teşkil etmektedir ve marka sahibi; markanın yada benzerinden oluşan işaretin, başka işletmelerin iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasını haksız kullanım nedeniyle yasaklayabilmektedir.

İş evrakı; mektup, posta kartı, katalog fiyat listesi, mönü gibi yazılı kağıtlardır. Reklamın ise mutlaka yazılı olması şart değildir. Radyo programlarında, anonslarda yer alan reklamları da kapsamaktadır.⁵⁸

Mukayeseli reklamlar ise, haksız rekabet meydana getirmediği, marka hakkına tecavüz oluşturmaz. Çünkü bu tür reklamlar, rakip markayı kendi mal veya hizmetlerini ayırt etmek amacıyla kullanılmaktadır.⁵⁹

⁵⁸ Arkan s.215.

⁵⁹ Arkan s.215.

g) Haksız İşaretin Aynı veya Benzerinin İnternet Ortamında Ticari Etki Yaratacak Şekilde Kullanılması

MarkKHK m.9/2 (e)'ye göre işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması marka hakkına tecavüz teşkil eder ve marka hakkı sahibi tarafından yasaklanabilir.

Öncelikle; marka hakkına tecavüzdten bahsedilebilmesi ve marka sahibinin alan adına karşı, markadan doğan haklarını ileri sürebilmesi için; öncelikli bir hakka sahip olması, alan adının ticari hayatta kullanılması, alan adı kullanılmak suretiyle MarkKHK'nın 9. maddesinin 1. fıkrası kapsamında ayniyet koruması, karıştırılma tehlikesine karşı koruma ya da tanınmış marka koruması şartlarının yerine gelmesi gerekmektedir.

Bunun yanında söz konusu bent gereği işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısının olmaması, işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde kullanılması da gereklidir.

Alan Adları Yönetmeliği m.3' e göre “ *İnternet alan adı: İnternet üzerinde bulunan bilgisayar veya İnternet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan İnternet protokol adresini tanımlayan adları,*”

“*İnternet alan adı sistemi: Okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan İnternet protokol adresini bulan ve kullanıcıya veren sistemi,*”

“ *İnternet protokol adresi: Belirli bir ağa bağlı cihazların birbirini tanımak, birbirleriyle iletişim kurmak ve veri alışverişinde bulunmak için kullandıkları İnternet Protokolü standartlarına göre verilen adresi*” anlamına gelmektedir.

Alan adları, teknik olarak sayısal bir adres ve IP numarasının karşılığıdır. Bir kişi ya da kurumu tanıtmaya aracı değildir. Ancak bu yorumun kabulü, günümüz şartlarında, ticari hayatta alan adlarının tanıtım fonksiyonu ve şirketlerin faaliyetlerine aracılık etmesi nedeniyle, internet kullanıcısı ve kullanım amacı açısından alan adlarının gerçek fonksiyonuna uygun düşmemektedir.

Nitekim alan adının bu fonksiyonları nedeniyle, ticari şirketler, alan adlarının özellikle ticaret unvanları ve/veya markaları ile aynı olmasına dikkat etmekte, aynı şekilde, internet kullanıcısı da, kimin web sayfasına girmek istiyorsa onun ticaret unvanını ya da markasını alan adı olarak girmekte ya da arama motorlarında ticaret unvanı ya da markaya göre arama yapmaktadır.⁶⁰ Bu önemi nedeniyle alan adlarında söz konusu markayı kullanma yetkisi marka hakkı sahibine tanınmıştır.

Dolayısıyla, alan adlarının kişi ve kurumların, hem adresi hem ismi ve hem de marka, ticaret unvanı ve işletme adı gibi ayırt edici özelliğe sahip olan tanıtmaya vasıtası olduğunu, ticari işletmenin marka ve patent gibi gayri maddi unsurları arasında yer aldığını, teorik olarak ticari işletmenin kapsamına alınabilecek unsurlar arasında yer aldığını, geniş anlamda fikrî, sınaî mülkiyet kavramına dahil edildiğini belirtmek gerekmektedir.⁶¹ Birçok mahkeme kararında, internet alan adlarında, marka fonksiyonunu taşıyan işaretlerin söz konusu olduğu kabul edilmiştir.

Nitekim alan adlarının marka fonksiyonu, uygulamada televizyonlarda, radyolarda yahut basında, bir işletmenin ya da ürün veya hizmetinin tanıtımı için kullanılmakta olduğundan açıkça anlaşılmaktadır. Ayrıca, yeni yargı kararlarında, alan adlarının, lisansa benzeyen sui generis hukuki bir kurum olduğu da belirtilmiştir.⁶²

⁶⁰ Nomer, Fusun: İnternet Alan Adının Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar, (Prof.Dr. Hayri Domaniç'e 80.Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, C.I, s. 400–420) s.400.

⁶¹ Nomer s.401.

⁶² Bilgili, Fatih: Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara 2006, s.181.

II- Markayı Taklit Etmek

MarkKHK m.61(b) uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek ayrı bir tecavüz fiiline vücut verir.

MarkKHK “aynı” ve ”benzer” kavramlarının tanımını yapmış değildir. Bu kavramlar, 551 sayılı mülga Markalar Kanunu’nun 47. maddesinde tanımlanmıştır. Bu maddeye göre “başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibariyle eşinin veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şekli” “aynı”dır. “Başkasına ait tescilli markanın, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek şekilde benzeyeni ve bu suretle iltibasa sebebiyet vereni” ise “benzer” olarak kabul edilmiştir. Maddede “aynı” kavramı dâhilinde tarif edilen “dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şekli”, “ayırt edilemeyecek derecede benzeri” ifadesinin paralelidir. Her ne kadar MarkKHK’da aynı ve benzer tanımları yapılmamışsa da, söz konusu kavramların yeni MarkKHK sistemi için de geçerli saymak doğru olacaktır.

Hâkim görüşe göre; bir markanın karakteristik ve asli elemanlarına bir tecavüz söz konusu ise, o halde taklitten bahsedilir.⁶³ Bir markanın tamamı taklit edilmişse tam taklitten, asli bir elamanı taklit edilmişse de kısmi taklitten söz edilir.

Maddede düzenlenmiş olan taklit hali ise “markanın” taklididir. Markanın üzerine konulduğu malın taklidi hüküm kapsamında düşünülmemelidir. Ancak; Yargıtay, bazı özel durumlarda sınırlı olmak üzere markanın üzerine konulduğu malı üzerindeki tasarrufları da marka hakkına tecavüz kapsamına almaktadır.⁶⁴

⁶³ Öçal s.105.

⁶⁴ Bkz. Yargıtay 11. HD’nin 03.04.2000 tarihli 2000/1243 E. 2000/2610 K. sayılı kararında; *Davacı vekili, davalının müvekkile ait tescilli markası Valeo ve Verto markalı otomobil debriyaj ürünlerinin hurdalarını piyasadan toplamak ve kumlayıp revize etmek suretiyle yeni ürün görüntüsü verip valeo kutuları ve poşetleri içerisinde piyasaya sürmek suretiyle haksız rekabette bulunduğu...ileri sürerek...tazminata karar verilmesini istemiştir....Mahkemece toplan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacının tescilli Valeo ve Verda markalı otomobil debriyaj ürünlerinin hurdalarını toplayıp üzerinde düşük kaliteli balata çekerek Valeo ve Verto markasının içerir ambalajlarda piyasaya sürdüğü...tazminat isteminin Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nin 66/b maddesine dayandırıldığı... gerekçesiyle... davanın kısmen kabulüne... karar*

Nitekim MarkKHK'nın marka tescilinden doğan hakların kapsamını belirleyen 9. maddesinin birinci fıkrasında da tescil ile kazanılmış marka hakkının, marka olan işaretin üçüncü kişiler tarafından maddede belirtilen şekillerde kullanılmasının sahibi tarafından engelleme ile sınırlı olduğu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinde *işareti taşıyan maldan* bahsedilmiş, böylece mal ile işaretin birbirinden ayrılması halinde marka hakkının artık işareti taşımayan mal üzerinde ortadan kalktığı zımni olarak kabul edilmiştir.

1) Taklit Markayı Ticaret Alanına Çıkartmak veya Bu Amaçlar İçin Gümrük Bölgesine Yerleştirmek Veya Ticarî Amaçla Elde Bulundurmak

MarkKHK m.61 (c)' ye göre "*Markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticari amaçla elde bulundurmak*" marka hakkına tecavüz sayılmaktadır.

Bu hüküm ve 4458 Sayılı Gümrük Kanunu m. 2, m. 3/14-15 hükümleri birlikte ele alındığında artık sadece ithal etmek değil, ihraç etmek, transit geçirmek, serbest dolaşıma sokmak, geçici ithalat gibi fiiller de tecavüz fiili olarak kabul edilecektir.

MarkKHK metninin geneline baktığımızda benzer ve ayırt edilmeyecek derecede benzer kavramlarına ayrı yerlerde değinildiği görülmektedir. Bu durumda, iki kavramın doktrindeki görüşler ışığında, değerlendirilmesi ihtiyacını gündeme getirmektedir.

Benzer ve ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramlarının farklı olduğunu belirten bir görüşe göre; benzer ile ayırt edilemeyecek kadar *benzer* farklı kavramlar olup *benzer*

verilmiştir. Kararı taraf vekilleri temyiz etmiştir... davalı vekilinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle kararın onanmasına... karar verilmiştir."

kavramı karıştırmaya (iltibasa)⁶⁵ sebep olurken, *ayırt edilmeyecek kadar benzer* kavramı ise taklit yaratmaktadır.⁶⁶ Bu yöndeki diğer bir görüşe göre ise; *ayırt edilemeyecek kadar benzer* kavramı, karıştırma (iltibas) yaratırken, ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markanın kullanılmasında esas olan unsurun iki şeyin birbiriyle karıştırılacak derecede benzerlik yaratılmasıdır.

TRIPS'in *Sınır Önlemleri ile İlgili Özel Koşullar*'ın düzenlediği 4. bölümünde yer alan *Gümrük Makamları Tarafından Malların Serbest Bırakılmasının Ertelenmesi* başlıklı 51. maddesindeki 14 numaralı dipnotun (a) bendinde sahte marka mallar kavramının, bu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markaya benzer veya esas unsurları ile bu markadan ayırt edilmeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ve bu malların ambalajları anlamında kullanılacağı düzenlenmiştir.

Buna göre TRIPS anlamında taklit maldan söz edebilmek için, o malın; izinsiz olarak üzerinde başka bir mala ait ambalaj veya markayı aynen ya da söz konusu malın ambalaj veya markasında yer alan esaslı unsurların ayırt edilemeyecek şekildeki kopyasını taşıması gerekmektedir.⁶⁷

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

⁶⁵.Yargıtay 11. HD 02.11.1999 tarihli, 1999/4005 E., 1999/8651 K. sayılı kararına göre, “Playboy” ve “Playback” markaları arasında, her iki markanın okunuş, anlam ve kullanım şekli farklı olduğundan iltibas oluşmaz (Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s.501).

⁶⁶ Tekinalp s.457;Şanal, Osman: “Marka Hakkına Tecavüz”, (Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Y.2005, C.1, S.2, s.413-425)s.414;Arkan, Sabih: “Marka Hakkına Tecavüz Halleri-Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi(Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan Cilt I Özel Hukuk-, S.1, Y.3, 2004/1,s.1-15) s.5.

⁶⁷ Ateş, Mustafa: Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti;GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticareti Önlemesine İlişkin Hükümleri” (FMR, S. 2003/1, s.1-20) s. 16.

Markanın aynısını veya benzerini taşıyan ürünleri daha sonraki aşamalarda durumu bilerek iktisap edip satışı sunanlar (toptancı-perakendeci), ticaret alanına çıkarmak amacıyla elinde bulunduranlar, yeni bir tecavüz fiili işlemiş sayılır. Ancak, malı kendi kişisel ihtiyacı için iktisap edip kullanan kişi, bu kapsamda yer almaz, zira tüketicide, malı yeniden ticaret alanına çıkarmak amacı yoktur.⁶⁸

MarkKHK'nın 61.maddesinin (c) bendinin uygulanabilmesi için, markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini "bildiği veya bilmesi gerektiği halde" tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri ticaret alanına çıkarmak gümrük bölgesine yerleştirmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutmak veya ticarî amaçla elde bulundurmak gerekir.

Markanın taklit edilmiş olduğunun bilinmesinin gerekli olup olmadığı, olayın özelliklerine göre tayin edilir. Örneğin, yıllardır aynı tür malların satışını yapan ve bu alanda kullanılan markaları yakından bilen kişinin, bu tür mallarda kullanılan taklit markayı ayırt edebileceği kabul edilebilir.⁶⁹

Bundan başka kişi, taklit durumunu bilmeli ya da bilmesi gerekmektedir yani bilebilecek durumda olmalıdır. Bilmek veya bilebilecek durumda olmaktan kastedilen; taklit olduğu konusunda bilgi sahibi olmak, bu bilgiye ulaşacak durumda olmak, taklit edildiğini görmek, bunu tahmin etmek, tahmin edebilecek durumda olmak halleri olup ayrıca taklit edenle anlaşma içinde olmak hali aranmamaktadır.⁷⁰

Doktrinde üçüncü kişinin ancak markanın taklit edildiğini bilmesi veya bilebilecek durumda olması hallerinde tecavüzcü sayılmasının marka sahibinin haklarının etkin bir şekilde korunması amacına ters düştüğü belirtilmektedir.⁷¹ Dolayısıyla durumu bilerek ya da bilmeden taklit markalı malı ticari amaçlarla kullananların marka sahibi tarafından durdurulabilmesine imkân tanıyacak bir hukuki düzenlemenin daha uygun olacağı savunulmaktadır.⁷²

⁶⁸ Arkan s.217.

⁶⁹ Arkan s.218.

⁷⁰ Tekinalp s.458.

⁷¹ Arkan s.209.

⁷² Taylan Çamlıbel, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001,s.59.

Bir olayın MarkKHK m.61/c kapsamında değerlendirilebilmesi için aranan son şart ise, tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünlerin; satılmak, dağıtılmak, bir başka şekilde ticaret alanına çıkarılmak ya da bu amaçlar için *gümrük bölgesine yerleştirilmek, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmak* veya ticari amaçlarla elde bulundurulmasıdır. Burada geçen *gümrük bölgesinden* kastedilen, Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi'dir. 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu⁷³'nun 2. maddesinde, "*Türkiye Cumhuriyeti Gümrük Bölgesi'nin Türkiye Cumhuriyeti topraklarını kapsadığı; Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahasının da gümrük bölgesine dahil olduğu*" belirtilmiştir. GK'nın 3. maddesinin 14. bendinde de "*eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması deyiminin, eşyanın; bir gümrük rejimine tabi tutulmasını⁷⁴, bir serbest bölgeye girmesini⁷⁵, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracını, imhasını, gümrüğe terk edilmesini ifade ettiği*" belirtilmiştir.

2) Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletmek veya Bu Hakları Üçüncü Kişilere Devretmek

MarkKHK m.61 (d) bendine göre "*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*" marka hakkına tecavüz teşkil eder.

MarkKHK' nın m. 61(d) bendinde tecavüz fiili olarak kabul edilen "*lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*" fiili ise zaten MarkKHK' nın ilk metninde de yer alan, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından "*suç ve cezalara ilişkin olan bu düzenlemenin kanunla getirilmiş olmadığı*" gerekçesiyle 2.3.2004 tarihinde iptal edilen hükmün yinelenmesinden ibarettir. Kanun koyucu iptal kararı ile yaratılan boşluğu bu şekilde gidermiştir. Ancak tipik bir akde aykırılık hali olan

⁷³ 04.11.1999 tarih ve 23866 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁴ GK m.3/15:"Gümrük rejimi" deyimi, a) Serbest dolaşıma giriş rejimini, b) Transit rejimini, c) Gümrük antrepo rejimini, d) Dahilde işleme rejimini, e)Gümrük kontrolü altında işleme rejimini, f) Geçici ithalat rejimini, g) Hariçte işleme rejimini, h) İhracat rejimini... ifade eder".

⁷⁵ GK m.152:"Serbest bölgeler, Türkiye Gümrük Bölgesinin parçaları olmakla beraber;

a) Serbest dolaşımda olmayan eşyanın herhangi bir gümrük rejimine tabi tutulmaksızın ve serbest dolaşıma sokulmaksızın, gümrük mevzuatında öngörülen haller dışında kullanılmamak ya da tüketilmemek kaydıyla konulduğu, ithalat vergileri ile ticaret politikası önlemlerinin uygulanması bakımından, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında olduğu kabul edilen;

b) Serbest dolaşımdaki eşyanın, bir serbest bölgeye konulması nedeniyle normal olarak eşyanın ihracına bağlı olanaklardan yararlandığı yerlerdir."

lisansın izinsiz genişletilmesi veya başkasına devredilmesinin marka hakkına tecavüz fi ili olarak düzenlenmesi çok yerinde olmamakla birlikte, en azından bu tecavüz fiiline artık suç ve cezaları düzenleyen MarkKHK 61/A maddesinde doğrudan veya yollama suretiyle değinilmemesi yerinde bir yaklaşım olarak kabul edilebilir.⁷⁶

MarkKHK madde 21/9’da lisans sözleşmelerine aykırılık halini düzenlenmektedir, ancak bu maddedeki aykırılık hali ile MarkKHK 61/ 2 (d) maddesinde düzenlenen aykırılık hali birbirinden farklıdır. 21. madde her türlü sözleşmeye aykırılık halini kapsamaktadır. 61. madde de ise sadece lisans haklarının izinsiz genişletilmesi ve devredilmesi konularını düzenlemektedir.

Arkan’ a göre MarkKHK 21/9 hükmü; lisans sözleşmesi hükümlerinin ihlali halinde marka sahibinin tescilli markadan doğan haklarını lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürebileceği hükmünü taşıdığı için MarkKHK 61. maddeden daha geniştir ve her türlü sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilir. Lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi veya devredilmesinin ayrı bir tecavüz hali olarak kabul edilmesi gereksizdir. Bu sebeple MarkKHK’nın bu iki hükmü arasındaki çelişki yine Arkan’a göre giderilmelidir.⁷⁷

61. maddenin (d) bendinde düzenlenen lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi ve devredilmesi fiili diğer tecavüz hallerinden farklıdır. 61. maddede de düzenlenen diğer tecavüz fiilleri sözleşme dışı sorumluluk esasına dayanırken d bendindeki düzenlemede marka sahibi davacı ile davalı lisans alan arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu olduğu için akdi ilişki söz konusudur.

Bu bent çerçevesinde mütecavize karşı marka hakkı sahibi hem akit dışı sorumluluk hem de akde aykırılık hükümlerine dayanarak dava açılabilir. Bu nedenle genel sözleşmeye aykırılık hükümlerinde olduğu gibi sözleşmeye aykırılık bulunmadığının ispat yükü davalı lisans alana ait olması gerekir.⁷⁸ Ancak; lisans alanın sözleşmeye aykırı her fiilinin markaya tecavüz niteliğinde olduğunun kabul edilmesi uygun değildir. Zira markaya ya da markaya

⁷⁶ Çağlar, Hayrettin: “556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de 28.01.2009 Tarihinde yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, (GÜHF Dergisi C. XI, S.1-2, Ankara, s. 97-120) s.101.

⁷⁷ Arkan s.219.

⁷⁸ Yasaman/Altay /Ayoğlu/Yusufoğlu /Yüksel s.1016.

isnat eden menfaatlere zarar verilmeden, sözleşmenin ihlal edildiği hallerde, marka sahibine tescilden doğan haklarına dayanma imkânı vermek doğru olmayacaktır. Lisans alanın lisans alanın, lisansın süresi, markanın kullanılacağı tescil edilmiş şekli, mal veya hizmetlerin çeşidi, markanın kullanılabilceği bölge, üretilen malların ya da sunulan hizmetin kalitesine ilişkin olmayan fiillerinin tecavüz niteliğinde olmadığı kabulü gerekir.

3) Koruma Kapsamı Dışında Kalan Haller

a) Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması

Marka, bir sözlük, ansiklopedi veya bir başvuru eserinde, jenerik ad izlenimi verecek şekilde kullanılabilir. Ancak, bu kullanım sırasında kullanılan markanın tescilli olduğu belirtilmelidir. Markanın tescilli olduğu belirtilmemişse, marka sahibinin talebi üzerine yayımcı, yayımın sonraki ilk sayısında yanlışlığı düzeltmekle yükümlüdür (MarkKHK m. 10). Sonuç olarak, bir cins adı olan markanın başvuru eserlerinde yer alması marka sahibi tarafından önlenememekle beraber, marka sahibine kullanılan markanın kendi markası olduğunu belirtme hakkı tanınmıştır. Marka sahibinin, yayıncıya karşı talebi kural olarak sadece düzeltme ile sınırlıdır. Bununla beraber, bir zararın söz konusu olduğu hallerde genel hükümler uyarınca maddi ve manevi tazminat istenebilir.

Markanın sözlük veya başka başvuru eserlerinde yer alması durumu MarkKHK'nın 10. maddesinde düzenlenmiştir. Tescilli bir marka; sözlük, ansiklopedi gibi bir başvuru eserinde tescilli olduğu belirtilmeden jenerik ad izlenimi verecek şekilde yayımlandığında, yayımcı bu yanlışlığı marka sahibinin talebi üzerine yayımın sonraki ilk baskısında düzeltecektir.

Bu hüküm sayesinde marka sahibi, markanın başvuru eserlerinde yer almasını önleyememekle birlikte, söz konusu markanın kendi markası olduğunun eserde saklanması sağlayabilecektir. Bir zarar ortaya koyabildiği takdirde, 6098 sayılı Türk

Borçlar Kanunu'nun⁷⁹ 51. ve 56. maddelerine dayanarak maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunabilir.

b) Markanın Marka Sahibinin İznine İhtiyaç Olmaksızın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması

MarkKHK'nın 12. maddesi tescilli markanın, ticari ve sınai alanlarda geçerli olan dürüstlük kurallarına aykırı olmaması koşuluyla üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına izin verir. İlgili maddeye göre; *“Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez”*⁸⁰.

Bu madde ile öngörülen istisna bir kişinin adının, adresinin tescilli bir marka ile aynı olması halinde kişinin bu markayı ticari ve sınai konularla ilgili olarak adı veya adresi olarak kullanma hakkını ve yine tescilli markanın içerdiği cins, kalite, menşe, üretim ve sunuluş zamanını gösteren kelime veya işaretlerin bir başka mal veya hizmetin cinsini, kalitesini, menşesini, üretim ve sunuluş zamanını veya diğer niteliklerini açıklamak üzere kullanma hakkını içermektedir.

551 sayılı mülga Markalar Kanunu zamanında haksız rekabet hükümlerine dayanılarak açılan bir davada Yargıtay'ın verdiği bir karara göre⁸¹, soyadının kullanılması kişinin yasal hakkıdır. Aynı kelime bir kişi tarafından tescilli marka olarak kullanılmaktaysa, kişi soyadını o marka ile iltibas yaratmayacak şekilde kullanabilir. Kişinin soyadını kullanmasını önleyici tarzda hüküm tesisi kanuna aykırı görülmüştür. Bir kişinin adını ticari faaliyetlerde kullanması önlenemez.

Gerek Yargıtay kararları ile benimsenen gerekse MarkKHK'nın 12. maddesi ile kaleme alınan üçüncü kişilerin markayı ad, adres, mal ve hizmetlerinin cinsini, kalitesini, kaynağını veya diğer niteliklerini açıklamak üzere kullanmaları önlenemez. Bununla

⁷⁹ Açıkça 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'na atıf yapıldığı belirtilmedikçe Borçlar Kanunu dendiğinde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu anlaşılmalıdır.

⁸⁰ 556 sayılı KHK'nın 12. maddesi dayanağı 89/104 sayılı Direktif'in 6. maddesidir.

⁸¹ Yargıtay 11. HD 21.09.1971 tarihli ve 1971/3853 E. 1971/5591 K. sayılı kararı (Dönmez, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul-1992) s. 251.

beraber, bu kullanım “*dürüst ve ticari ve sınai konularla ilgili olmalı*”dır. Kullanımın “*ticari ve sınai konularla ilgili olması*” yönündeki ifadenin bir anlamı yoktur. Kişinin adını veya adresini ticari veya sınai konularla ilgili olmaksızın bireysel kullanımının marka sahibinin ilgi alanına girmesi düşünülemez. MarkKHK’nın dayanağı 89/104 sayılı Direktif’in 6. Maddesinde bu husus “*ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmedikçe*”⁸² şeklinde ifade edilmiştir.⁸³ Dolayısıyla, bu ifade ile dürüstlük kuralları sadece ticari ve sanayideki dürüstlük kuralları ve buradaki teamüllerle sınırlanmıştır.⁸⁴

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’ nun 2. maddesinde ifadesini bulan dürüstlük kuralı özel hukukun bütününde uygulanmaya elverişli bir biçimde öngörülmüş bulunmaktadır.⁸⁵ Dürüstlük kuralı “*orta zekalı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren... herkesçe benimsenen kuralların bütünü*” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁶ TMK’nın 2. maddesinin kapsamı karşısında, ticaret ve sanayideki dürüstlük kurallarının bu alandaki teamüllerinin yanı sıra, TMK’nın 2. maddesine göre de değerlendirilmesi uygun olacaktır.⁸⁷

İltibasa neden olacak şekilde marka sahibinin elde etmiş olduğu itibar ve tanınmışlıktan yararlanmak amacını taşıyan her durum dürüstlüğe ve doğruluk ve güven kurallarına aykırı bir kullanma teşkil edecektir.⁸⁸

Markanın, malın veya hizmetin öngörülen amacını ve özellikle teferruat veya yedek parça niteliğini belirtebilmek için kullanımı da MarkKHK’nın 12. maddesine uygun olarak ticaret ve sanayideki dürüst uygulamalara aykırı düşmemelidir. Üretilen yedek parça ve aksesuarın belli bir markalı ürüne uygun olduğunu göstermek amacıyla markanın

⁸² İngilizce metin ifadesi “in accordance with honest practises in industrial and commercial matter”

⁸³ Tekinalp, Ünal: Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, (Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998) s.640. (İmregün’e Armağan).

⁸⁴ Tekinalp - İmregün’e Armağan, s. 640.

⁸⁵ Edis, Seyfullah: “Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri” Ankara-1979, s. 293; Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara, s. 186.

⁸⁶ Edis s. 283.

⁸⁷ Tekinalp - İmregün’e Armağan, s. 641.

⁸⁸ Taylan s. 63.

kullanımı, yedek parça ve aksesuarın markalı ürünü üreten işletme ile bir bağlantısı olduğu izlenimini yaratmamalıdır.⁸⁹

Tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından kullanımı, bu kullanmanın zorunlu addedilebileceği durumlarla sınırlanmalıdır.⁹⁰ Tescilli markayı kullanmaktan kaçınmak ve sakınmak mümkün iken bu özeni göstermemenin dürüst kullanma ilkesine aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.⁹¹

Bu hususta dikkate alınacak ölçü dürüstlüktür. Taylan, marka sahibinin itibar ile tanınmışlığından yararlanmak amacına yönelik ve iltibasa neden olacak şekilde her kullanımın dürüstlüğe aykırılık oluşturacağını belirtmiş; bir işletmenin ilan ve duyurularında kendi ticaret unvanından veya adından daha çok tescilli markaya bu markanın logosuna ve renklerine yer vermesini dürüstlüğe aykırı bir davranış olarak değerlendirmiştir.⁹²

c) Ticari Vekil veya Temsilci Adına Marka Kullanımının Yasaklanması

Ticari vekil veya temsilci marka sahibinin iznini almadan o markayı kendi adına tescil ettiremez. Mal sahibinin izni alınmadan, marka sahibinin ticari vekili ya da temsilcisi adına marka tescili yapıldığında; marka sahibi, kullanım için o kişiye yetki vermediyse ve o kişinin geçerli bir gerekçesi yoksa, markasının kullanılmasına itiraz edebilmesine MarkKHK'nın 11. maddesi imkan sağlamaktadır.

⁸⁹ Arkan s. 133-134.

⁹⁰ Tekinalp - İmregün'e Armağan, s. 641.

⁹¹ Tekinalp - İmregün'e Armağan, s. 641.

⁹² Taylan s. 63

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN HUKUK DAVALARI ve MADDİ TAZMİNATIN HESAPLANMASI

§1. MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN HUKUK DAVALARI

A) Genel

MarkKHK m. 74'ten itibaren marka haline tecavüz halinde başvurulabilecek hukuki yollar düzenlenmiştir. Bu bölümde, söz konusu hukuki yollar detaylı olarak incelenmiştir.

Konuyu ayrıntılı olarak incelemeden önce; marka hakkı sahibi dışında hukuki yollara başvurma imkânı tanınmış olan lisans sahiplerinin durumunu değerlendirmekte fayda görmekteyiz. Marka sahibi, marka tescil kapsamında yer alan mallardan/hizmetlerden bir bölümünün veya tamamının üzerinde markasının kullanma hakkını (lisans) üçüncü şahıslara verebilir. Lisansın geçerli bir şekilde marka siciline kaydı için; noter onaylı lisans sözleşmesi, marka tescil belgesi, lisans alan adına uğraşı belgesi ve imza sirküleri gereklidir. Lisans sözleşmesinde, markanın tarih ve numarası, kısmi lisanslarda lisansa konu mal veya hizmetler, lisans hakkı verenin ve alanın adı, soyadı, tüzel kişi ise unvanı, uyuğu, lisans bedeli(bedelli veya bedelsiz), ikametgâh adresi ve lisansın süresinin belirtilmesi ve lisans harcı ve ücreti ödenti belgesinin gönderilmesi gerekir. Lisansı verilen markanın yenilenmesi durumunda lisans devamı ücreti yatırılarak, lisansın yeniletilmesi gerekmektedir.

Lisans; inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Aksi taraflar arasındaki sözleşmede kararlaştırılmamışsa lisans inhisari değildir. İnhisari lisans söz konusu olduğu zaman, lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz.

MarkKHK' nın 73. maddesine göre; “aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari olmayan lisans sahibi olanların, dava açma hakları yoktur.”

Söz konusu kanuni düzenleme kapsamında dava açmaya olanak vermeyen bir lisans sahibi olan kişi; markanın bir tehlikede olduğunu öğrenirse; ancak resmi bir bildirimle asıl marka sahibinden ihtiyati tedbir kararı alınması için başvurmasını isteyebilir, mahkemeden ihtiyati tedbir kararı verilmesini de talep edebilir.

Şayet asıl marka sahibi noter aracılığıyla kendisine yapılan bu bildirim kabul etmez ya da yapılan bildirim tarihinden itibaren üç ay içinde herhangi bir işlem yapmazsa; lisans sahibi marka sahibine yaptığı bildirim de dilekçesine ekleyerek mahkemeye başvurabilecektir.

Lisans alan, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir, bu durumda lisans sahibinin durumu marka sahibine bildirmesi gerekmektedir(MarkKHK m. 73/ 3-4).

B) Marka Hakkına Tecavüze İlişkin Hukuk Davaları

I- Tespit Davaları

1) Menfi Tespit Davası

Bir markanın kime ait olduğu, üçüncü bir kişinin marka üzerinde kişisel veya aynı hakkının bulunup bulunmadığı, mirasla geçip geçmediği ihtilafa konu olabilir.

Bu anlaşmazlıktan kurtulabilmek için bir markaya ilişkin işlem veya girişimde bulunacak olan kişiye ileride bir dava ile karşılaşmamak için fiillerin tecavüz

oluşturmadığına karar verilmesini isteyebilir. Buna menfi tespit davası denir. Diğer tespit davalarından farkı bir eda davasının açılacağı durumlarda da ikame edilebilir.⁹³

MarkKHK m. 74/1 hükmüne göre, menfaati olan herkes, marka sahibine karşı dava açarak, fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir. Örneğin, markayı Türkiye’de giriştiği veya girişeceği sınai faaliyet sonucu üretilen ürünlerde veya hizmette kullanmak⁹⁴ veya tescil ettirmek isteyen kişi ya da marka üzerinde bir hak iddiası olan şahıs menfaati olan kişiler kapsamındadır. Söz konusu dava, niteliği itibariyle özgün bir menfi tespit davasıdır. Menfi tespit davasının tabi olduğu şartlar yasa ile belirlenmiştir. Şöyle ki,

- a) Birinci fıkrada belirtilen dava, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz. (MarkKHK m. 74/4) Karşı dava olarak da ileri sürülemez. Buna göre; bu davayı esasen menfaati olan herkes açabilecekken, menfaati olsa bile, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisine karşı dava açılmış bir kişi tarafından bu dava açılmaz.⁹⁵ Açması durumunda bizce mahkeme, tespit davasının eda davasının öncüsü durumunda olmasından dolayı, kendisine karşı dava açılmış olan kişinin talebini hale hazırda bir eda davası söz konusu olduğu için esas hakkında incelemeye girmeden usulde reddetmelidir.
- b) Birinci fıkrada belirtilen davanın açılmasından önce, kendisinin Türkiye’de giriştiği veya girişeceği sınai faaliyeti sonucu üretilen ürünlerde kullanacağı markanın, başkasına ait bir marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediği hakkında, marka sahibinden görüşlerini bildirmesini noter aracılığı ile talep eder. (MarkKHK m. 74/2) Bu bildirim menfi tespit davasını dinlenilme şartıdır.⁹⁶

⁹³ Tekinalp s. 478.

⁹⁴ Maddenin 2. fıkrasında sadece ürünlerde kullanılacak bir markadan söz edilmesi sebebiyle hükmün, kullanılması gereken hizmet markasında uygulanmayacağı ileri sürülmekle birlikte buradaki düzenlemenin esasen örnek kabilinden olduğunu ve sınırlayıcı olmadığını kabul etmek icap eder.

⁹⁵ Bu düzenlemenin altında yatan düşünce; gereksiz davalara sebebiyet vermemektir.

⁹⁶ Nitekim Yargıtay 11 HD. 15.01.2004 tarih ve 2003/12428 E. 2004/255 K. sayılı kararında “Davalı vekili, davacının davasının MarkKHK’nın 74 üncü maddesi uyarınca açılmasına rağmen maddede öngörülen noter ihtarinin müvekkiline gönderilmediğini, yine müvekkili tarafından davacı aleyhine ..marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat davası açıldığını savunarak, davanın usulden ve esastan reddini istemiştir.” Bidayet mahkemesi davayı red etmiş, temyiz üzerine Yüksek Daire kararı onamış, davacının karar düzeltme talebini de red etmiştir .(Karan /Kılıç s. 566 - 567).

Fakat bu şart yargılama sırasında gerçekleşmiş ise, şartın yokluğundan dava reddedilmeyip tamamlanmış olması nedeniyle davaya devam edilmelidir.⁹⁷

- c) Bu talebin marka sahibine tebliğinden itibaren bir ay içinde marka sahibinin cevap vermemesi veya verilen cevabın menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmemesi halinde, menfaat sahibi mahkemeden fiillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğine karar verilmesini talep edebilir. Dava, markanın hükümsüzlüğü davasıyla birlikte de açılabilir.
- d) Dava, marka üzerinde hak sahibi bulunan (rehin, intifa, lisans gibi) ve Marka Siciline kayıt edilmiş olan, bütün hak sahiplerine tebliğ edilir. Tebliğin amacı hak sahiplerine isterlerse davaya müdahale imkanı vermektedir. (MarkKHK m. 74/5)

2) *Delillerin Tespiti*

Delillerin tespiti MarkaKHK'nın 75. maddesinde önceden madde başlığı **“Delillerin Tespiti Davası”** şeklinde olmak üzere *“Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir.”* şeklinde düzenlenmişti. Maddenin delillerin tespiti davası şeklinde kenar başlığı değiştirilmiş ve metne işlenmiştir.⁹⁸

Bu değişiklik sonrasında delillerin tespiti dava olmaktan çıkmış delil tespiti talebi halini almıştır. HMK m. 400'e göre; delil tespiti (bir dava olmayıp), deliller hakkında, geçici bir hukuki korumadır; genel olarak, bir çeşit ihtiyati tedbir gibidir. Ancak ihtiyati tedbirde, dava konusu olan malın veya hakkın güvence altına alınması için o mal veya hakka tedbir konulduğu halde delil tespitinde, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delilin kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır; delil, önceden tespit edilmektedir.⁹⁹ MarkKHK m. 75'e göre; marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir.

⁹⁷ Karan/Kılıç s. 567.

⁹⁸ 26.06.2004 tarih ve 25504 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 22.06.2004 tarih ve 5194 sayılı Kanunun 18. maddesi hükmü gereğince.

⁹⁹ Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013, s. 568.

II- Eda Davaları

1) *Marka Hakkına Tecavüzün Men'i Davası*

Marka hakkı, MarkKHK m. 61'deki fiillerden biri ile tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını (men'i) talep edebilir [MarkKHK m. 62/(a)]. Men davası, marka hakkına tecavüzün fiilen başlamış olması yanında, tecavüz fiili/fiilleri başlamamış olmakla birlikte tecavüz tehlikesinin bulunduğu, örneğin, tecavüz teşkil edecek fiillerle ilgili olarak ciddi hazırlıkların varlığının anlaşılması durumlarında da açılabilen bir eda davasıdır.¹⁰⁰ Tecavüz tehlikesi, asıl fiilin gerçekleşmesi veya tekrarlanması emarelerinin güçlü biçimde varlığı halidir. Tecavüz tehlikesi henüz hiç başlamamış fiil öncesinde olabileceği gibi, gerçekleşmiş bir tecavüz fiilinin tekrarlanması ya da uzantısı olarak da gündeme gelebilir. MarkKHK. m. 9/1 (b) hükmünde "bağlantı olduğu ihtimali de dahil karıştırma ihtimali"nin MarkKHK m. 61 atfı sebebiyle bir tecavüz hali olarak öngörülmesi de, men davasının tecavüz tehlikesinin bulunduğu hallerde açılabilceğini doğrulayan diğer bir husustur.

Marka hakkına tecavüz veya tecavüz tehlikesini takiben men davası açılması halinde, failin kusuru veya bir zararın meydana gelmiş olması aranmayacaktır. Kusur sadece tazminat davaları bakımından önem taşır. MarkKHK'nın 61/(c) maddesindeki "markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanma", tecavüz durumlarında kusurun aranmaması genel kuralına bir istisna teşkil etmektedir. Maddedeki "bilme veya bilebilecek durumda olma" şartı yüzünden, markanın taklit olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişinin söz konusu fiilleri işlemesi tecavüz oluşturmayacaktır. Bu durumda 61/(c) maddesinde sayılan tecavüz fiillerinden birini işleyen faile, kusursuz olması durumunda men davası açılmayacaktır.

Tecavüz devam ettiği sürece söz konusu taleple ilgili zamanaşımı süresi işlemez. Talebin ileri sürülmesi ve davanın açılması için tecavüzde bulunanın kusuru ve zararın varlığı aranmaz. Tecavüzün etkileri, tecavüzün sona ermesinden sonra da sürmekte ise tecavüzün durdurulması davasının açılması mümkündür.¹⁰¹

¹⁰⁰ Koruyucu dava değerlendirmesi için bkz. Yasaman, Hamdi: Fikri Haklarda Tazminat İle İlgili Bazı Sorunlar (Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaşgünü Armağanı, C.I, İstanbul 2002) s. 818.

¹⁰¹ Tekinalp s. 459.

Marka hakkına tecavüz veya tecavüz tehlikesi üzerine men davası açılması halinde failin kastı veya kusuru ya da bir zararın doğmuş olması zorunlu unsurlar değildir. Marka hakkına tecavüz veya tecavüz tehlikesinden söz edebilmek için, MarkKHK’da belirtilen tecavüz hallerini hukuken meydana getirecek türden fiillerin bulunması yeterlidir. Kusur sadece tazminat davaları yönünden önem taşımaktadır.

Markaya tecavüz teşkil eden işaretin bir başkası tarafından ticaret unvanında kullanılması sebebiyle m. 62/(a)’da yer alan men davasının açılması durumunda, iki mutlak hak karşı karşıya gelmektedir. Yargıtay, birçok kararında tecavüzün men davasının yanında unvanın ticaret sicilinden terkininin de talep edilmesi gerektiğini aramaktadır.¹⁰²

MarkKHK m. 69 “Dava Açılmayacak Kişiler” başlığı altında sebep olduğu zarardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı, marka sahibinin MarkKHK’nın bu bölümünde yer alan davaları açamayacağı hükmüne yer vermektedir. Bu halde, marka sahibinin zararı karşılandığı için söz konusu davaların açılmaması doğru bir düzenlemedir. Benzer şekilde, örneğin marka hakkı sahibi ile mütecavizin, tecavüz teşkil eden fiillere son verileceği yönünde bir anlaşma yapmaları, hatta bunun için cezai şart ya da dönme cezası türü taahhütlere yer vermeleri halinde de men davası açılmamalıdır.

2) *Tecavüzün Ref’i Davası*

Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, mahkemen, tecavüzün giderilmesini, yani tecavüzün maddi sonuçlarının, yarattığı hukuki aykırılıkların ortadan kaldırılmasını, durumun eski hale iadesini (ref davası) talep edebilir [MarkKHK m. 62/(b)]. Tecavüzün

¹⁰² Yargıtay 11. HD22.03.2004 tarihli ve 2003/8486 E. 2004/2848 K. sayılı kararında “*Davacı vekili, davalının, müvekkilinin 1988 yılında marka olarak tescil ettirdiği ‘Uludağ Kebapçısı’ ve ‘Uludağ Et Lokantası’ ibareleriyle iltibas yaratacak şekilde işyeri unvanında “Uludağ Kebap Pide Salonu” ibaresini kullandığını ileri sürerek, markaya tecavüzün tespit, men’ine karar verilmesini istemiştir. Davalı vekili, müvekkilinin 17 yıldan beri “Uludağ Kebap ve Pide Salonu İşletmeciliği Ahmet Çerkezoğlu” ibaresini ticaret unvanı olarak Kastamonu’da kullandığını, marka ve ticaret unvanının ayrı kavramlar olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. Hukuken var olan bir hakkın fiilen kullanılmaması istenemez. Davacının davalı unvanında yer alan Uludağ Kebap ibaresinin unvandan terkinini istemeden tazminat hakkı doğmaz. Dava dilekçesinin sonuç bölümünde bu ibarenin davalı unvanından TTK m. 54. hükmü çerçevesinde terkinini istemediğinden, davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”*

giderilmesi davasının açıldığı hallerde, marka hakkına tecavüz oluşturan fiiller sonuçlarını doğurmuş bulunmaktadır. Yani marka hakkına tecavüz oluşturan markalı ürünler piyasada satılmaktadır veya bir fuarda sergilenmektedir ya da örneğin bir tescilli bir markanın aynısı veya benzeri örneğin unvan veya işletme adı olarak ticaret sicilinde tescillidir. Tüm bu hallerde açılan tecavüzün giderilmesi davası ile gerçekleşen bu hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması amaçlanır; örneğin ürünler toplatılır veya ürün üzerindeki taklit markalar silinir veya çıkartılır ya da ticaret sicili kaydı terkin yahut tadil edilir.¹⁰³

Tecavüzün giderilmesi davası, tecavüz ile ortaya çıkan hukuka aykırı sonuçların ortadan kaldırılması amacı ile açılır. Tecavüzün giderilmesi davasının, tecavüzün durdurulması davasından farkı, doğmuş olan sonuçların etkilerini ortadan kaldırmaya yönelmiş bulunmasındadır. Tecavüzün durdurulması davasında ise tecavüz, *tehlike aşamasında dahi* men edilebilmektedir. Bir pazarda markanın aynı olan işareti taşıyan malların sergilenmesinin engellenmesi tecavüzün önlenmesi; malların sergiden çıkarılması, durdurulması; ve sergilenen mala ilişkin katalogdaki işaretin kaldırılması veya işaretin üstünün kapatılması ise tecavüzün giderilmesidir.¹⁰⁴

Bunlara ek olarak MarkKHK m. 62/ (c)-(f) bentleri göz önünde alındığında, marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi:

a- Marka hakkına tecavüz dolayısı ile üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulmasını [m. 62/(c)],

b- (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınmasını (m. 62/(d)),

c- Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınmasını, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerlerindeki markaların silinmesini veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhasını [m. 62/(e)],

¹⁰³ Kaya, Arslan s. 285.

¹⁰⁴ Tekinalp s. 461.

d- Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesini ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasını[m. 62/(f)] talep edebilecektir.

III- Tazminat Davaları

1) Genel

MarkKHK üç tazminat davasına yer vermiş bulunmaktadır. Bunlar m. 62/(b) ve m. 64'de düzenlenen maddi tazminat davası, yine m. 62/(b)'de düzenlenen manevi tazminat davası ve m. 68'de düzenlenen itibar tazminatı davasıdır. Marka KHK'nın 65,66 ve 67. maddeleri de yine mütecevize karşı açılacak tazminat davalarına ilişkin hükümler içermektedir.

MarkKHK'nın 62/(b) maddesindeki tecavüzün giderilmesi davası tazminat talebi niteliğinde değildir.¹⁰⁵ Tecavüz nedeniyle tazminat isteme hakkı öncelikle marka sahibine aittir. Markanın sahibine sağladığı bu hak marka tescilinin yayımı tarihinden itibaren üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. (MarkKHK m. 9/3)

Marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. (MarkKHK m. 64/1)

Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. (MarkKHK m. 64/2)

Tazminat davaları maddi, manevi ve itibar tazminat davaları olarak üç bölümde incelenebilir.

¹⁰⁵ Arkan s. 240.

2) Manevi Tazminat Davası

Yargıtay'a göre, manevi tazminat olarak hükmedilecek para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek, tazminata benzer bir işlevi olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut olduğu halde elde edilmek istenen tazminat duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. Manevi tazminatın sınırının bu amaca göre belirlenmesi gerekir. Yargıtay pek çok kararında bu hususu belirtmektedir. Örneğin Yargıtay 4. HD ilgili kararının gerekçesinde¹⁰⁶:

“...Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken, saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında, tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek, takdir hakkını etkileyecek nedenler karar yerinde objektif olarak gösterilmelidir. Çünkü Kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hâkimin hak ve nasfete hüküm vereceği Medeni Kanunun 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek, tazminata benzer bir fonksiyonu olan, özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenen tazminat duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır...” yönünde görüş belirtmiştir.

Marka hakkı sahibinin tüzel kişi olması, manevi tazminat talep etmesine engel değildir.¹⁰⁷ Yargıtay bu hususa ilişkin bir kararında,¹⁰⁸ uyuşmazlıkta, davalının eylemi TSE markasına ve dolayısı ile TSE Kurumuna tüketici tarafından duyulan güveni sarsacağından, davacı kurum lehine manevi tazminata da hükmedilmesi gerekirken, bu talebi kanıt yokluğu nedeniyle reddeden mahkemenin kararını bozmuştur.

¹⁰⁶ Yargıtay 4. HD 17.05.1999 tarihli, 1999/2838 E. 1999/4493 K sayılı kararı(www.kazanci.com).

¹⁰⁷ Arkan s. 249; Eren,Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Eylül 2012, s. 752.

¹⁰⁸ Yargıtay 11. HD, 21.05.2007 tarihli ve 2006/4452 E. 2007/7710 K. sayılı kararı. (Meran,Necati: Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2008, s. 347).

Yargıtay diğ er bir kararında ise¹⁰⁹ marka hakkına tecavüz sonucu marka sahibinin piyasada edindiğ i imaj ve gü venden oluş an manevi ticari varlı ğ ında meydana gelen kayıp ve zararların olduğ unu belirterek, manevi tazminat istemini yerinde bularak gerekç elendirmiş tir.

Yargıtay bir kararında¹¹⁰, marka hakkına tecavü ze konu ü rü nlere gü mrukte el konulup, pazara sür ü lmeden imha edilmeleri halinde dahi davacılar yön ü nden manevi zararın gerç ekleş tiğ inin kabulü nü n gerektiğ ine hük metmiş tir. Bu kararda da marka sahibinin manevi ticari varlı ğ ında kayba iliş kin değ erlendirme yapı lmamış tir. Yargıtay'a göre, markaya tecavüz oluş tuğ unda davacılar yön ü nden manevi zararın gerç ekleş tiğ inin kabulü gerekir.

MarkKHK'nın 64/2. maddesinde ise, *kullanmakta olan kiş iye karş ı* davanın aç ı labilmesi için kusur aranmış ve taklit markayı herhangi bir ř ekilde kullanmakta olan kiş inin *marka sahibinin markanın varlı ğ ından ve tecavüzden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesine rağ men kullanmaya devam etmesinin* kusur olarak kabulü ö ngörö lmü ř tür. Kullanmakta olan ibaresi ile son tüketici değ il, taklit markayı taş ı yan malları, "bakı mcı, tamirci, yapı cı" gibi meslekleri gereğ i kullananlar kastedilmiş tir.¹¹¹

MarkKHK'nın 62. maddesinde dü zenlenen manevi zararın giderilmesinin koş ulları TBK'nın 58. maddesine göre belirlenir.¹¹² Dolayısıyla taklit markalı malı mesleğ i gereğ i kullanmakta olan kiş iler, tecavüzü n kendilerine bildirilmesi ve bu eylemin durdurulmasının istenmesine rağ men kullanı ma devam etmeleri halinde, bu kiş ilerden TBK'nın 58. maddesindeki koş ullarla manevi tazminat talep edilebilir. Doktrinde, bu kiş ilerden MarkKHK'nın 62. maddesine dayalı olarak manevi tazminat talep edilemeyeceğ i ileri sür ü lmü ř tür.¹¹³

¹⁰⁹Yargıtay 11.HD, 06.02.2001 tarihli, 2000/9741E.2001/888 K. sayılı kararı (Yasaman/Altay/Ayoğ lu/Yusufoğ lu/Yüksel s. 1150 -1151).

¹¹⁰ Yargıtay 11 HD, 05.02.2007 tarihli 2008/14416 E. 2008/1363 K. sayılı kararı. (Noyan,Erdal: Marka Hukuku, İstanbul 2009, s. 815).

¹¹¹ Tekinalp s. 463.

¹¹² Yasaman/Altay/Ayoğ lu/Yusufoğ lu/Yüksel s. 1133.

¹¹³ Tekinalp s. 464.

3) *İtibar Tazminatı*

MarkKHK'nın 68. maddesine göre, marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle ayrıca tazminat isteyebilir.

İtibar tazminatı talep edebilmek için marka hakkına tecavüzün bulunması yeterli olmayıp, markanın kötü ya da uygun olmayan şekilde kullanılması da gerekir.¹¹⁴ Bu nedenle itibar tazminatına hükmedilmesi için, markanın karıştırma ihtimaline yol açacak şekilde haksız kullanılması yeterli değildir. Marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için kullanımın ekonomik amaçlı olması gerektiğinden, kişisel kullanım kapsamındaki kötü ya da uygun olmayan kullanım, itibar tazminatına da neden olmayacaktır.¹¹⁵

Karıştırma tehlikesi ile doğan zarar, yoksun kalınan kazancın tazmini ile giderilebilir. Buna karşılık, markanın itibarına veya ayırt etme gücüne gerçekten zarar verilmiş olması halinde, yoksun kalınan kazancın tazmini ile karşılanamayan veya yoksun kalınan kazancın hesabında dikkate alınmamış zarar mevcuttur.

Doktrinde “markanın itibarına zarar verilmesinde malvarlığı zararının söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu tazminatla malvarlığı kaybının giderilmesi amaçlanır.

İtibar tazminatı, yoksun kalınan kazancın kapsamına girmeyen, yoksun kalınan kazanç talebiyle giderilemeyen zararın giderilmesini amaçlar. Oysa manevi tazminatta marka sahibinin kişilik hakkının ihlali söz konusudur. Bu nedenle Yasaman, markanın gördüğü itibar kaybının giderilmesini amaçlayan bu tazminatın manevi tazminat niteliğinde olmadığı kanaatindedir.

Doktrinde itibar tazminatının niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bir görüş bu tazminatı maddi ve manevi tazminatın unsurlarını taşıyan bir tazminat olarak görmektedir. Ancak marka sahibinin markası ile işletmesi arasındaki sıkı bağ nedeniyle

¹¹⁴ Yasaman, Hamdi: Marka Hukukunda Markaya Tecavüz Halinde Tazminat Talepleri ve Bazı Sorunlar, Marka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar - Bilirkişi Raporları, III, İstanbul 2008, s. 1183.

¹¹⁵ Aynı yönde bkz. Çolak s. 802.

marka hakkına tecavüzün markasının itibarı ile aynı zamanda onun ticari itibarına da zarar vermesi halinde, itibar tazminatı yanında ayrıca manevi tazminat da talep edilebilir.

Yargıtay¹¹⁶ itibar tazminatı ve manevi tazminat talebi ile ilgili kararın gerekçesinde itibar tazminatı ve manevi tazminat talebi ayırımı yapmıştır. Kararda bu ayırımın dayanakları açıklanmış olmasa da, Yargıtay'ın da markanın kötü ve uygun olmayan şekilde kullanılması halinde itibar tazminatına, bu eylemin marka sahibinin ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçlara neden olması halinde ise; manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır. Karara konu uyuşmazlıkta, davacı "SONY" ve "SONY ERICSSON" markalı taklit ürünlerin davalı şirket tarafından ithal edildiğini ileri sürerek, markaya tecavüzün ve haksız rekabetin tespiti ile önlenmesi yanında maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay; manevi tazminat ve itibar tazminatı konusunda ayırım yapmış, davacının markasının kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda davacıya ait markanın itibarının zarar gördüğünün kanıtlanamadığından, itibar tazminatına ilişkin olarak MarkKHK'nın 68. maddesinde öngörülen koşulların oluşmadığını, manevi tazminat için ise, MarkKHK'nın 62. maddesi uyarınca davacı yararına manevi tazminat istemi koşullarının oluştuğunu, taklit markalı ürünlerin iç pazara girişiminin engellenecek olmasının manevi tazminat isteminin reddine neden olmayacağına karar vermiştir.¹¹⁷ Yargıtay tecavüz eyleminin sabit olduğu hallerde ise bunun manevi tazminata hak kazandıracağı görüşündedir.

İtibar tazminatı talep edebilmek hakkı sadece tanınmış marka sahibine ait değildir. Bu nedenle tanınırlık düzeyi ne olursa olsun her markanın sahibi bu imkândan yararlanır.¹¹⁸ İtibar tazminatının da tam olarak ispatı ve hesabı mümkün değildir. Burada da hâkim takdir yetkisine göre zararın gerçekleştiğini muhtemel kılan somut olguları değerlendirmelidir.

Tecavüze maruz kalan marka sahibinin lisans sözleşmesi müzakerelerinin olumsuz sonuçlanması veya lisans alanın, markanın prestijinin zarar görmesi nedeniyle lisans sözleşmesini feshetmesi halinde, itibar zararının somut olarak ispatı mümkün hale gelir.

¹¹⁶ 11. HD 14.5.2007 tarihli, 3976 E, 7402 K. sayılı kararı(Meran, s. 379-380).

¹¹⁷ Uzunallı, Sevilay: Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Adalet Yayınevi, Mart 2012 s. 436-437.

¹¹⁸ Tekinalp s.473.

İtibar zararı; fiili zarar şeklinde gerçekleşebileceği gibi, yoksun kalınan kazanç şeklinde de ortaya çıkabilir. İtibar tazminatı olarak, itibar kaybının giderilmesi amacıyla yapılan ek tanıtım ve açıklama için yapılan zorunlu harcamalar da tazmin edilmelidir; ancak itibar kaybının giderilmesi amacıyla yapılması gereken kurmaca reklam harcamalarına göre hesaplama yapılmamalıdır.

Yargıtay¹¹⁹ tasarımlar ile ilgili olmakla birlikte, markalar bakımından da emsal olabilecek nitelikteki ilgili kararında; davalı tarafın satışa sunduğu, davacı tasarımına benzer ürünler nedeniyle, davacının itibarının ne şekilde zarar gördüğü konusunda deliller değerlendirilmeden ve bu konuda gerekçe gösterilmeden itibar tazminatına hükmeden mahkemenin kararını bozmuştur.

Taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüden kendisini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanımın kusurlu bir davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazminle yükümlüdür (MarkKHK m. 64/2).

MarkKHK'da düzenlenmiş olan maddi tazminat, manevi tazminat ve itibar tazminatının birlikte talep edilmesi mümkündür. Bu nedenle tazminat taleplerinin yığılmasından söz edilebilir.¹²⁰

Hâkim fiili zarar ve yoksun kalınan kazançta hükmederken, markanın kötü ve uygun olmayan kullanım nedeniyle yapılan masrafların ve yoksun kalınan kazancın hesaplamada dikkate alınıp alınmadığını belirtmeli, bu husus dikkate alınmışsa, ayrıca itibar tazminatına hükmedilmemelidir.¹²¹

Aynı eylemle birden fazla fikri mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi halinde, örneğin aynı üründe hem sözcük markasının taklidi hem de ürünün biçimi bakımından tasarım taklidi söz konusu ise bu haklara tecavüz nedeniyle fikri mülkiyet hakkı sahibi her hakka tecavüz nedeniyle ayrı ayrı tazminat talep edebilir (Taleplerin yığılması). Bu hakların

¹¹⁹ Yargıtay 11. HD 4.7.2006 tarihli, 2005/5596 E, 2006/7904 K. sayılı kararı.(www.kazanci.com).

¹²⁰ Saraç, Tahir: Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 302.

¹²¹ Uzunallı s. 454.

sahipleri farklı kişiler de olabilir. Bu durumda her hak sahibi kendi hakkına tecavüz nedeniyle tazminat talep edebilir. Burada hakların yarışması söz konusu değildir. Buna karşılık ayırt edici bir işaret hem marka olarak korunmakta hem de aynı işaretin tasarım olarak korunması söz konusu ise burada artık hakların yarışması söz konusudur.¹²² Bu durumda TBK'nın 60. maddesi gereğince, sebeplerin yarışması durumunda hâkim; zarar gören aksini istemiş olmadıkça, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.¹²³

İlgili Yargıtay kararına¹²⁴ konu uyuşmazlıkta; davacıya ait eser davalı tarafından izinsiz işlenmiş, davacı adına tescilli “M...CLINIC” markası eser adı olarak kullanılarak çoğaltılmış ve yayılmıştır. Bu kararın gerekçesinde sebeplerin yarışması konusuna değinilmiştir;

“...İlke olarak, aynı eylem sonucu bir kişinin birden fazla fikri ve sınai mülkiyet haklarına tecavüz edilmesi halinde, söz konusu tecavüzler esasen, BK'nın 41 ila 66. maddelerinde kaynağını bulan haksız fiil sorumluluğunun özel yasalarda düzenlenen halini oluşturduğundan; böyle bir durumda hak sahibi ihlal olunan her hakkı için ayrı ayrı talepte bulunabilir ise de, aynı eylemden dolayı ihlal olunan her hak için ayrı ayrı tazminata hükmedilemez. Başka bir deyişle, böyle bir durumda ihlal olunan haklar yarışır ancak talepler yığılmaz. Aksi halde, aynı zarardan dolayı haksız fiile ilişkin, zarar ve tazmin ilkelerine aykırı bir sonucun doğmasına yol açılmış olur. Bu nedendir ki, hak sahibinin, belirlenecek tazminat miktarları üzerinde seçimlik hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

Nitekim, tazminat talebine ilişkin olarak; asıl ve birleşen dava dilekçelerindeki “sonuç ve talep” kısmında; “davacının, davalılardan talep ve tahsile hakkı olduğu tazminat miktarının 5846 sayılı FSEK'nın 68, 69, 70. maddeleri gereğince; lisans verilse idi talep edilecek ücret ve davalının söz konusu ihlal nedeniyle elde etmesi muhtemel gelirin devri suretiyle ve ayrıca haksız rekabet nedeniyle TTK'nın 58/2. maddesi gereğince haksız rekabet neticesi elde edilmesi muhtemel gelir miktarının devri esasına göre; ayrı ayrı

¹²² Suluk, Cahit: Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Tasarımların Kümülatif Olarak Korunması-Çoklu Koruma,(FMR, S. 2001/3, s. 43 vd.) s.44.

¹²³ Uzunallı s. 454.

¹²⁴ Yargıtay 11. HD 14.7.2006 tarihli, 2005/5095 E., 2006/8411 K. sayılı kararı(Güneş,İlhami: Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları,Ankara 2009, s. 250).

tespitine ve bulunacak en yüksek miktar üzerinden tazminatın belirlenmesine” hükmedilmesi talep edilmiştir.

4) Maddi Tazminat Davası

MarkKHK’ın tazminata ilişkin 64. maddesinde “taklit marka” terimine yer verilmiş, “*marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişi*” sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır.¹²⁵ Marka sahibinin uğradığı zarar ise sadece fiili kaybın değeri ile sınırlı tutulmamış, marka hakkına tecavüz nedeniyle yoksun kalınan karın da zarar kapsamında bulunduğu MarkKHK’nın 66/1. maddesinde “marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.” biçiminde ifade edilmiştir.¹²⁶

MarkKHK’ye göre marka hakkına tecavüz halinde MarkKHK. 62/b maddesi uyarınca ve TBK 51. maddesi gereğince tecavüzde bulunan kişi kusurlu olmak şartıyla maddi tazminat istenebilecek, buna karşılık markanın taklit edilmesi durumunda MarkKHK’nın 64/1. maddesinde öngörülen “*marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişiler*”in kusurlu olup olmadıkları araştırılmaksızın tazminat talep edilebilecektir. MarkKHK’nın 69. maddesi gereğince marka sahibi sebep olduğu zarardan dolayı kendisine tazminat ödenmiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı dava açamaz.

¹²⁵ Tekinalp s. 462.

¹²⁶ Karahan,Sami: Ticari İşletme Hukuku,İstanbul 2012, s. 172.

C) Maddi Zararın Tazmini

I-Genel

Tazminat alacağı zararın meydana gelmesi ile doğarsa da, tazminatın tarzı ve miktarı ya tarafların anlaşması ile ya da hâkimin kararı ile belirli hale gelir. Bu belirlemeden sonra ise artık bir tazminat talebi değil, anlaşmaya¹²⁷ veya mahkeme ilamına dayanan bir alacak hakkı söz konusu olur. Tazminatı belirlemek hususundaki tarafların anlaşması, sözleşmelere ilişkin kurallara¹²⁸ tabidir. Bu anlaşmanın geçerliliği bir şekle bağlı değildir.

Tazminatın tarzı ve miktarı üzerinde anlaşma olmamışsa, mağdurun zararının giderilmesi için başvuracağı yol tazminat davasıdır.

II-Tazminat Davasının Konusu

Tazminat davası bir eda davasıdır. Tazminat davası konusu bakımından tecavüzün önlenmesi ve tecavüze son verilmesi davalarından ayrılır.

Hâkim davacının tazminatın tarzına ilişkin talebi ile bağlı değildir, “tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.” (TBK m. 51/ 1).

III- Tazminat Davasında Taraflar

1) Davacı

Tazminat davasında davacı, haksız fiilden zarara uğradığını iddia eden kimsedir. Kural olarak ancak doğrudan zarara uğrayanların dava hakkı vardır. MarkKHK m. 73’ e

¹²⁷ Bu anlaşma bir sulh anlaşmasıdır. Anlaşmaya konu miktar uğranılan zarardan ister daha az ister daha fazla olsun, artık asıl zararın farklı olduğuna dayanılarak üzerinde anlaşılan tutara itiraz edilemez. Sadece, TBK m. 32 şartlar gerçekleşmişse, temel hatası sebebiyle bu anlaşma iptal edilebilir ve bu takdirde gerçek zarara uygun tazminat talep edilebilir.

¹²⁸ Oğuzman,M.Kemal/Öz,Turgut:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010 s. 85.

göre; “Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından marka sahibinin marka hakkına tecavüz edilmesi durumunda, marka sahibinin bu Kanun Hükmünde Kararname uyarınca açabileceği davaları, kendi adına açabilir. İnhisari olmayan lisans sahibi olanların, dava açma hakları yoktur.”

2) Davalı

Tazminat davası, haksız fiilin yol açtığı zararı tazminle yükümlü kişiye karşı açılmalıdır. Birden çok sorumlu varsa, dava müteselsil sorumlulardan birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir.

IV- Yetkili ve Görevli Mahkeme

Tazminat davalarına bakmakla kural olarak hukuk mahkemeleri görevlidir.¹²⁹Hukuk mahkemesinde açılacak tazminat davalarında yetkili mahkeme, genel kural uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6). Ayrıca; fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu ya da zarar görenin (mağdurun) yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemeleri de yetkilidir (HMK m. 16).

MarkKHK m.71 uyarınca “Bu Kanun Hükmünde Kararnamede öngörülen davalarda, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir. Bu mahkemeler tek hâkimli olarak görev yaparlar. Asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.”

V- Zamanaşımı

Haksız fiilde tazminat davasının (talebinin) tabi olduğu zamanaşımı süreleri TBK m. 72’de düzenlenmiştir. Sürenin hesabı, zamanaşımının durması veya kesilmesi, zamanaşımının sonuçları gibi konularda zamanaşımına ilişkin genel kurallar (TBK m. 151 vd.) uygulanacaktır.

¹²⁹ İdare aleyhine açılacak tazminat davalarına bakmakla kural olarak, idare mahkemeleri görevlidir.

1) *Normal süre*

Haksız fiil sebebiyle tazminat davası açma hakkı, mağdurun, zararını ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren işlemeye başlayan iki yıllık zamanaşımına tabidir (TBK m. 72/ 1). (Böylece eski BK m. 60'daki bir yıllık süre iki yıla çıkartılmıştır). Bu sürenin işlemeye başlamasında önemli olan, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmedir. Öğrenebilecek durumda olmak zamanaşımının işlemeye başlamasına yol açmaz¹³⁰. Şayet zarara uğrayan bir tüzel kişi ise, dava açmaya yetkili organın öğrenmesi dikkate alınır¹³¹.

Zararın öğrenilmiş sayılması için, varlığını, niteliğini ve temel unsurlarını belirleyecek bilgilerin dava açacak derecede öğrenilmiş olması gerekir. Tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesi aranmaz¹³².

Zararın devam etmesi söz konusu ise, bu durum yani zararın devam etmekte olması iki yıllık zamanaşımının işlemesine engel olmaz.

2) *Üst (Azami) süre*

TBK m. 72/1'e göre, haksız fiil sebebiyle tazminat davası açma hakkı, herhalde zarar verici fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

On yıl içinde zarar veya tazminat yükümlüsü öğrenilemediği için iki yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamamış olsa dahi, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl geçmiş ise tazminat davası açma hakkı zamanaşımına uğramış olur.¹³³

On yıllık süre içinde, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren iki yıllık süre dolmuş ise, artık on yıllık üst sürenin bir rolü kalmaz. İki yıllık sürenin dolması ile tazminat davası açma hakkı zamanaşımına uğramış olur.

¹³⁰ Oğuzman/Öz s.71.

¹³¹ Oğuzman/Öz s.71.

¹³² Oğuzman/Öz s.72.

¹³³ Eren, s. 434.

3) *İstisnai süre*

TBK m. 72/2’de belirtildiği üzere, “şayet tazminat aynı zamanda ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımını öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa; tazminat davası da ceza davası zamanaşımı süresine tabi olur. Bu süre suç sayılması gereken fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹³⁴.

Ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan fazla ise, bu zamanaşımı hem iki yıllık normal zamanaşımı süresinin hem de on yıllık zamanaşımı süresinin yerini alır¹³⁵.

Ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan kısa ise, TBK m. 72’deki iki yıllık zamanaşımı süresi ceza davası zamanaşımı sona ermeden önce etkili olmaz. TBK m. 72’deki on yıllık üst süre etkisini sürdürür.

Ceza davasına ilişkin zamanaşımının uygulandığı durumlarda, zararın öğrenildiği değil, zarar verici fiilin işlendiği tarihten itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Zira ceza davası zamanaşımı fiilin işlendiği tarihten itibaren işler¹³⁶.

VI- Zamanaşımının Durması veya Kesilmesi

TBK m. 154 uyarınca, zamanaşımının kesilmesi halinde hem iki yıllık, hem on yıllık zamanaşımı süresi kesilmiş olur. Fakat zamanaşımını kesen fiillerin niteliği gereği zarar ve tazminat yükümlüsü öğrenilmiş olacağı için TBK m. 156 uyarınca işleyecek yeni süre iki yıllık zamanaşımı süresi olacaktır. Artık on yıllık üst süre anlam taşımaz.

¹³⁴ Oğuzman/Öz s.75.

¹³⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk /Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993s. 725;Kılıçoğlu, Ahmet; Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi(AÜHFD 1972, C. XXI, S.34,s.202-220) s. 202.

¹³⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 725.

§2. Maddi Tazminatın Hesabı

A) MarkKHK’da Maddi Tazminatın Hesaplanması

I-Genel

Marka sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybın değeri ve marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazançtan oluşur (MarkKHK m. 66/1).

1. **Fiili kayıp**, malvarlığında aktiflerin azalması pasiflerin artması biçiminde kendini gösterir. Bunun içine her türlü giderler yanında, pazarın karıştırılmasından, müşterilerin şaşırılması veya yanıltılmasından doğan zararlar da girmelidir. “Fiili kaybın değeri”nin saptanmasında TBK m. 50-52. madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır. Bu hükümler uyarınca tazminat mahkeme tarafından TBK 51. maddesi gereğince belirlenir. Fiilin marka sahibine yararlar sağlaması halinde bunlar indirilir, *denkleştirme* yolu izlenir. Zarar ve yararın tespitinin mümkün olmaması durumunda ise, mahkeme takdir yetkisini kullanır.¹³⁷
2. **Yoksun kalınan kazanç** ise, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:
 - a. Marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre,
 - b. Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre,
 - c. Marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödenmesi gereken lisans bedeline göre (MarkKHK 66/2).

¹³⁷ Tekinalp s. 464.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur. (MarkKHK m. 66/3)

Yoksun kalınan kazancı hesaplanmasında bu üç usulden başka bir yöntem kullanılamaz. Ancak, bu değerın hesaplanmasında kullanılan, markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler sınırlı sayıda değildir.¹³⁸

MarkKHK'nın 67/1. maddesi uyarınca marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, 66. maddenin ikinci fıkrasının (a),(b) veya (c) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir. Ancak, markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerekir(MarkKHK. 67/2). Mahkeme etkenin varlığını bilirkişi incelemesi yaptırarak tespit edebilir.

İtibar tazminatı ise; her iki tazminattan ayrı bazı nitelikler taşır. Maddi ve manevi tazminattan ayrı olarak istenebilir. Bu tazminat türü MarkKHK'nın 68. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi, bu nedenle, ayrıca tazminat isteyebilir." Bu tazminatın maddi ve manevi tazminatın farklı olduğu maddede "ayrıca" kelimesi ile ifade edilmiştir.¹³⁹

¹³⁸ Tekinalp s. 465.

¹³⁹ Tekinalp s. 469.

II- Maddi Tazminat Hesaplama Yöntemleri

1) *Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması*

Yoksun kalınan kazançta malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde çoğalma olmayıp, hukuka aykırı fiil gerçekleşmeseydi, malvarlığında meydana gelecek artışa engel olunması söz konusudur.

Hukuk; hak sahibinden, ispatı mümkün olmayan hususların ispatını istememelidir. Davacının ispatı gerçekleştiremeyeceği yerde, diğer bir ifadeyle ondan imkânsız veya beklenemez şeyin ispatının talep edilemeyeceği yerde hâkim; TBK'nın 50. maddesinin 2. fıkrasına göre olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak hakkaniyete uygun olarak belirlemelidir.

Bu hüküm hem zararın gerçekleştiğinin ispatı hem de gelecekteki zararın tahminine yardım eder.¹⁴⁰ Bu hükmün hâkime sağladığı takdir yetkisine rağmen, zarar gördüğünü ileri süren davacının hâkime, zararın gerçekleştiğini kabul etme ve zararın miktarını belirlemeye izin veren birçok dayanak noktalarını sunması gerekir.

MarkKHK'nın 66. maddesinin 2. fıkrasına göre yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde uygulanacak hesaplama yöntemi, marka sahibinin seçimine bağlıdır. Lisans alanın tazminat talep etmesi halinde lisans alanın da hesaplama yöntemi seçme hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Buna göre, tazminat davasında zarar, davacının Mark KHK'nın 66. maddesinde hükme bağlanan hakkını kullanarak yaptığı seçime uygun olarak hesaplanmalıdır. Marka sahibi bu yöntemlerden farklı bir usulle zararın hesaplanmasını talep edemez.¹⁴¹ Ancak bu üç yöntem arasında seçimlik borç ilişkisi mevcut değildir. Hak sahibi bu hesaplama türlerinden sadece birini seçebilir. Dava sırasında bu seçim hakkının değiştirilmesi mümkündür.¹⁴² Ancak seçim olanağı bir yükümlülük olarak anlaşılmamalıdır. Bu nedenle davacı davanın başında bir hesaplama türünü seçmek zorunda değildir. Davacının

¹⁴⁰ Uzunallı s. 359.

¹⁴¹ Tekinalp s. 30; Karan, Hakan/Kılıç, Mehmet; s. 521 Yasaman- Ömer Teoman'a Armağan, Tazminat s. 5.

¹⁴² Arkan s. 245.

hesaplamaya esas teşkil eden vakıaları usul hukuku kuralları çerçevesinde ileri sürmesi gerektiği için hesaplama yönteminin değiştirilmesi de bu çerçevede değerlendirilmelidir.

Hesaplama yöntemleri ile davacının zararının en iyi şekilde giderilmesi amaçlandığından, davacının dava dilekçesinde yoksun kaldığı kazancı talep etmesi gerekli olmakla birlikte, bu talebin hesaplanması yöntemine ilişkin seçim hakkını, davalının MarkKHK'nın 65. maddesi gereğince markayı kullanarak elde ettiği kazançla ilişkin belgeleri mahkemeye sunmasından ve hatta bu belgelere ilişkin bilirkişi incelemesinden sonra bildirmesi veya değiştirmesi mümkündür. Hatta mahkemece verilen süreye rağmen, hesaplama yöntemleri arasında davacının seçim yapmaması halinde mahkeme somut olay için en elverişli metoda göre zararı hesaplayabilmelidir.¹⁴³

Yargıtay, hakkı tecavüze uğrayan fikri mülkiyet hakkı sahibinin dava dilekçesinde hangi yöntemle hesaplama yapılacağı hususunda seçim hakkını kullanmamış olması halinde, tercihinin tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklattırılması gerektiği görüşündedir.

Yoksun kalınan kazanç, aynı zararın tazmini söz konusu olduğu kapsamda zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak MarkKHK'nın 66. maddesinde öngörülen hesaplama yöntemlerinden birine göre hesap edilecektir. Böyle bir durumda bu hesaplama yöntemleri birleştirilerek hesaplama yapılamaz. Çünkü MarkKHK'nın 66. maddesi ile öngörülen farklı hesaplama yöntemleri, aynı zararın farklı yollarla araştırılmasını sağlamaktadır.

Yoksun kalınan kazançla ilişkin üç değerlendirme usulünü öngören MarkKHK 66. maddesinin son fıkrasına göre, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle markanın ekonomik önemi, marka hakkına tecavüz edildiği anda geçerlilik süresi ve tecavüz sırasında markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler göz önünde tutulur.

MarkKHK'nın 67. maddesinin 1. fıkrasına göre, marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, 66'ncı maddenin ikinci fıkrasının (a)

¹⁴³ Uzunallı s. 373.

veya (b) veya (c) bentlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir.

Aynı hükmün 2. fıkrasına göre, markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerekir.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında 66. madde markanın ekonomik önemini de göz önünde tutulacağını hükme bağlamışken, 67. madde yoksun kalınan kazancın artırımı için ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli katkısının bulunmasını, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılmasını aramıştır. Bu hususu Yargıtay da ilgili kararında¹⁴⁴ vurgulamıştır.

Malvarlığında bir eksilme meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi için malvarlığının zarar verici eylem sonucundaki durumu ile bu eylem gerçekleşmeseydi malvarlığının bulunacağı durumu karşılaştırılarak aradaki fark bulunacaktır.¹⁴⁵ Usul hukuku bakımından kural olarak hüküm anına kadar gerçekleşmiş olan bütün olayların hâkim tarafından dikkate alınması gerektiğinden, zararın hüküm anına göre tespit edilmesi gerekir.¹⁴⁶ Hüküm anı; HMK'nın 294. maddesinin 1. fıkrası “dava açıldığı tarihteki duruma göre karara bağlanır” ilkesi göz önüne alınarak belirlenmelidir.

Bu hükme göre hüküm anı, hâkimin yargılamanın sona erdiğini bildirerek kararı tefhim ettiği andır. Ancak usul hukuku bakımından esas alınan bu prensip, maddi hukuk bakımından zararın kapsamının belirleneceği an için geçerli değildir. Bu nedenle marka hakkına tecavüz durumunda maruz kalınan fiili zarar, zararın doğduğu ana göre belirlenmelidir. Yoksun kalınan kazancın ise zararın gerçekleştiği dönem için belirlenmesi gerekir. Bu gereklilik MarkKHK'nın 66. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen üç hesaplama yöntemi için de söz konusudur.

¹⁴⁴ Yargıtay 11. HD 30.9.2004 tarihli 2003/14288 E, 2004/9107 K. sayılı kararı(www.kazanci.com)

¹⁴⁵ Eren s. 472.

¹⁴⁶ Nomer, Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 9.

a) Tecavüze Maruz Kalan Markanın Sahibinin Markayı Kullanması ve Elde Edeceği Muhtemel Gelirin Hesaplanması

Hukuka uygun olarak elde edilebilir gelirin tazmini için; davacının muhtemel geliri hukuka uygun olarak elde edilebilir olmalıdır. Davacı hukuka aykırı olarak elde edebileceği geliri yoksun kaldığı kazanç olarak talep edemez.

Davacı yoksun kaldığı kazancının ispatı için cirosu, maliyet yapısı ve tahmini kazançla ilişkin genel açıklamalar ile yetinemez. Marka hakkına tecavüz edenin davranışından önce, bu davranışın devamı sırasındaki ve bu davranışın sona ermesinden sonra ve tecavüz eyleminden etkilenmeyen diğer pazarlarda satılan ürün sayısına, sabit ve değişken maliyete göre ayırım yaparak gelirin açıklanması düşünülmelidir.

Elde edilmesi muhtemel gelirin belirlenmesinde tecavüz edenin verileri de büyük önem taşır. Fikri mülkiyet hukuku alanında davacının yoksun kaldığı kazancı hesaplamak için tecavüz edenin davranışını ve malvarlığı durumunu da dikkate almak gereklidir. Davacının markayı kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelir, tecavüz edenin olası üretim kapasitesi ve onun Pazar payı vasıtasıyla takdir edilebilir. Tecavüzün gerçekleştiği pazarın ve diğer Pazar aktörlerinin davranışlarının dikkate alınması zorunluluk gösterebilir. Bununla birlikte yaşam tecrübesinden hareketle çok sık olarak, tecavüz edenin kazancından tecavüze maruz kalanın yoksun kaldığı kazançla ulaşabilir. Fakat bu durumun her somut olayda araştırılması gerekir.

Yoksun kalınan kazanç prensip olarak yoksun kalınan ciro ile özdeşleştirilemez. Ciro net kazancı ifade etmez. Marka sahibinin genel üretim maliyetinin karşılanması için yapılan harcamaları da içerir. Oysa yoksun kalınan net kazancın tazmini gerekir. Net kazanç, satış fiyatları ve alış maliyetleri arasındaki farktan oluşur. Cirodan mahsup edilebilecek maliyetler olarak önce, doğrudan tecavüz edenin davranışından etkilenen, üretim veyahut hizmet arzına dayandırılabilen maliyetler dikkate alınır. Buna karşı üretim hacmine göre değişmeyen ve bu nedenle de tecavüz edenin davranışından etkilenmeyen, sabit maliyetler cirodan mahsup edilmemelidir.

Tecavüze maruz kalan marka sahibi tecavüz eyleminden ötürü, zararını azaltmak için ürünlerinin fiyatlarını düşürmeye girişirse, gelirinde bu nedenle gerçekleşen azalma da yoksun kalınan kazanç olarak tazmin edilebilir.

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin tecavüz eyleminin devamı sırasında kazancında azalma olmayıp, aksine markalı ürünlerinin satışında artış olması, marka hakkına tecavüz nedeniyle zarar görmediği, marka hakkı sahibinin markayı kullanmasıyla elde edebileceği muhtemel gelirden yoksun kalmadığı sonucunu doğurmaz. Yargıtay ilgili bir kararında da¹⁴⁷, haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak bu yönde hüküm kurmuştur.

b) Zararın Marka Hakkına Tecavüz Edenin Elde Ettiği Kazanca Göre Hesaplanması

MarkKHK'nın 66. maddesinin 1. fıkrasına göre yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, marka hakkına tecavüz edenin elde ettiği kazanca göre de hesaplanabilir.

Davalının elde ettiği kazanca göre zararın hesaplanması yönteminin sakıncası, tecavüz edenin kazancının tespitinin güçlüğüdür. Çünkü bu yöntem, tecavüz edenin düzenli bir muhasebe sistemine sahip bir işletmesinin olmasını gerektirir. Bu nedenle ödenmesi gereken lisans bedeli yöntemi mahkemelerce daha fazla uygulanmıştır.

Marka hakkına tecavüz edenin, markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre zararın hesaplanmasında aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır:

Net Kazancın İadesi

Marka hakkına tecavüz edenin brüt kazancının tazminat olarak iadesi gerekmez. Tecavüz edenin kazancının belirlenmesinde belirli maliyetler giderden indirilir. Böylece

¹⁴⁷ Yargıtay 11. HD 19.3.2001 tarihli 2001/44 E, 2001/2072 K. sayılı kararı için Bkz. Noyan s. 885- 886.

tecavüze dayanan kazanç kısmı bulunur. Tecavüze konu ürünlerin gelirleri ile tecavüz nedeniyle ortaya çıkan maliyetler arasındaki fark, davalının kazancını gösterir.¹⁴⁸

Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kazancından Değişken Maliyetlerin ve Tecavüze Konu Ürünlere Dayandırılabilen Genel Maliyetlerin Mahsubu

Tecavüz edenin kazancından sadece değişken maliyetler ve fikri mülkiyet hakkına tecavüze konu ürünlerine dayandırılabilen genel maliyetler mahsup edilebilir. Dolayısıyla sabit maliyetler tecavüz edenin, kazancının hesaplanması çerçevesinde de tecavüz edenin kazancından mahsup edilmemelidir.¹⁴⁹

TBK m. 50/2'nin Kıyasen Uygulanması

Tecavüz edenin elde ettiği kazancın hesaplanmasında hâkim, TBK'nın 50. maddesinin 2. fıkrasını kıyasen uygulayarak olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de göz önünde tutarak kazancın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyebilir.¹⁵⁰

Tecavüze Konu Markayı Taşıyan Ürüne İlişkin Kazancın Esas Alınması

Marka hakkına tecavüz edenin elde ettiği kazançta göre zararın hesaplanmasında, tecavüz edenin elde ettiği tüm kazanç değil, sadece tecavüze konu markayı taşıyan ürüne ilişkin kazanç esas alınmalıdır.

Marka Hakkı Sahibinin Kazanç Kaybına Uğramasının Gerekli Olmaması

Tecavüz edenin elde ettiği kazançta göre zararın hesaplanması için davacının kazanç kaybına uğraması gerekmez. Tecavüz edenin kazancına göre zararın hesaplanması için mesele marka hakkı sahibinin somut zararına bağlı değildir.

Defterlerini İbraz Etmeyen Tecavüz Edenin, Marka Hakkı Sahibinin Talep Ettiği Tazminatı Kabul Etmiş Sayılması

Tecavüz edenin, kazancının hesaplanması için defterlerini ibraz etmemesi halinde HMK'nın 222. maddesinin 5. fıkrası gereğince davacının talep ettiği tazminatı kabul etmiş sayılamaz.

¹⁴⁸ Yasaman/Altay /Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s.1174.

¹⁴⁹ Uzunallı s.396.

¹⁵⁰ Uzunallı s.399.

HMK'nın 222. maddesinin 1. fıkrası gereğince "Mahkeme ticari davalarda tarafların ticari defterlerinin ibrazına kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verilebilir." TTK'nın 83. maddesinin 1. fıkrası gereğince de, "Ticari uyuşmazlıklarda mahkeme, yabancı gerçek veya tüzel kişi bile olsalar, tarafların ticari defterlerinin ibrazına, resen veya taraflardan birinin istemi üzerine karar verebilir."

MarkKHK 66. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi gereğince davalının elde ettiği kazançta göre zararının hesaplanması için marka hakkı sahibi, talep ettiği tazminatın ispatını kendi defterlerine dayandıramaz. Burada HMK'nın 222. maddesinin 2-5. fıkraları uygulanmamalıdır.^{151 152}

2) Marka Hakkına Tecavüz Edenin Ödemesi Gereken Lisans Bedeli

MarkKHK'nın 66. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi gereğince yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre de hesaplanabilir.

Bu hesaplama yöntemi, "fikri mülkiyet hakkından yararlanan bir bedel ödemelidir" fikrine dayanır. Ayrıca marka sahibinin, uğradığı somut zararı veya tecavüz edenin elde ettiği geliri ispat edemeyeceği durumlarda bu hesaplama yöntemi daha avantajlıdır.

a) Tarafların Fiilen Bir Lisans Sözleşmesi Akdetmeyecek Olmaları Halinde de Bu Yöntemin Kullanılması

Ödenmesi gereken lisans bedelinin belirlenmesinde marka hakkına tecavüz eden ve tecavüze maruz kalanın fiilen bir lisans sözleşmesi akdetmeye hazır olup olmadıkları önemli değildir. Marka sahibinin tecavüz edene asla lisans vermeyecek olduğu kabul

¹⁵¹ Uzunallı s.411.

¹⁵² MarkKHK m. 66(b) de belirtilen yöntemin seçilmesi halinde davacı kendi defterlerine değil doğrudan davalı defterlerine dayanmaktadır. Dolayısıyla 66(b)'deki yöntem seçildiği takdirde davacı defter durumuna göre karar verilmesi doğru olmayacaktır.

edilecek olsa dahi, marka sahibi bu hesaplama yöntemine göre zararının giderilmesini isteyebilir.¹⁵³ Bu özelliği nedeniyle bu yöntem, en pratik hesaplama yöntemidir.

b) İlk Adım Olarak Mutat Lisans Bedelinin Belirlenmesi

Ödenmesi gereken lisans bedeli ile tecavüz edenin sözleşme ile lisans alanın konumuna uygun hale getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu hesaplama yönteminde amacın tecavüz edeni hukuka uygun lisans alan konumuna getirmek olduğu kabul edilirse, tecavüz eden marka hakkı sahibinden lisans alma çabasına girişmez.

Önce marka hakkına tecavüz eden ve tecavüz maruz kalan tecavüz anında lisans sözleşmesi yapacak olsalardı, makul lisans verenin talep edeceği ve makul lisans alanın ödeyeceği lisans bedeli belirlenmelidir. Mutat lisans bedeli bulunduktan sonra, sonraki adım uygun lisans bedeli olmalıdır. Uygun lisans bedelinin ödenmesi ile tecavüz edenin sözleşme ile lisans alanın konumuna getirilmesi değil, tecavüze maruz kalan marka hakkı sahibinin tecavüzden önceki duruma getirilmesi sağlanmalıdır.

Avrupa Birliği'nin 2004/48 sayılı Yönerge, somut olayda zararın denkleştirilmesine hizmet ettiği kapsamda en düşük lisans bedelinden [Yönerge m. 13/1(b)] daha yüksek lisans bedeline göre zararın belirlenmesine izin verir. Ancak bu, ulaşılan mutat lisans bedeline, somut olayın özellikleri dikkate alınmaksızın, sabit bir oran eklenmesi anlamına gelmemelidir.¹⁵⁴

Amaç daima, somut olaya uygun, tüm özellikleri dikkate alan bir bedelin belirlenmesidir. “Uygun bedel, hâkimin takdir yetkisine göre, somut olayın tüm özelliklerinin değerlendirilmesi suretiyle verilen karara dayalı olarak belirlenir.

¹⁵³ Yargıtay 11. HD. 31.05.1999 tarihli, 1999/2719 E. 1999/4582 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

¹⁵⁴ Uzunallı s. 416.

c) Mutat Lisans Bedelinin Kural Olarak Marka Hakkının Pazar Değerine Göre Belirlenmesi

Mutat lisans bedeli kural olarak marka hakkının Pazar değerine göre belirlenen lisans bedeli olarak anlaşılır. Bu değer, belirli branşlar ve belirli fikri mülkiyet hakkı türleri için kabul edilmiş olan yerleşik lisans bedellerinden çıkabilir. Bunun için öncelikle tecavüze maruz kalan marka sahibinin akdetmiş olduğu lisans sözleşmelerinden yararlanılabilir. Daha önceki lisans tekliflerinde veya lisans sözleşmelerinde kararlaştırılan bedellerin kıyasen uygulanabilmesi için şu hususlara dikkat edilmelidir:

- Bu bedeller tecavüz fiilinden önceki döneme ilişkin olmalıdır.
- Bu bedeller daha önce önemli sayıda lisans sözleşmesinde kararlaştırılmış olmalıdır. Bir veya birkaç adetle sınırlı sayıda yapılmış olan lisans sözleşmesi bedelleri dikkate alınmamalıdır.
- Önceki lisans sözleşmeleriyle verilen kullanma izni tecavüz edenin eylemleriyle aynı kapsamda olmalıdır.
- Önceki lisans bedellerinin dava tehdidi altında belirlenmemiş olması gerekir.¹⁵⁵

d) Mutat Lisans Bedeli Belirledikten Sonra Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesi

Mutat lisans bedeli belirlendikten sonra uygun lisans bedeli araştırılmalıdır. Buna göre tecavüz edenin avantajları dikkate alınarak bu mutat bedeli aşan menfaat farazi olarak hesaplanmalı ve mutat lisans bedeline eklenerek uygun lisans bedeline ulaşılmalıdır. Uygun lisans bedelini belirlerken hâkim takdir yetkisini kullanarak somut olayın tüm özelliklerini değerlendirmelidir¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Uzunallı s. 417.

¹⁵⁶ Uzunallı'dan naklen s.416.

Yargıtay ilgili kararında¹⁵⁷, davacının ödenmesi gereken lisans bedelini seçtiği uyuşmazlıkta, gerektiği takdirde TBK'nın 51. maddesine uygun olarak tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.

e) Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Markanın Niteliklerinin Araştırılması ve Markadan Yararlanmanın Kapsamı

Uygun lisans bedelinin belirlenmesi için tecavüze konu markanın tanınmışlık derecesi ve itibarı, karıştırma tehlikesinin kapsamı, özellikle işaretlerin benzerlik derecesi, malların benzerlik derecesi ve tecavüz eyleminin süresi, tecavüze konu markanın değeri, marka hakkının süresi dikkate alınmalıdır.

Lisans bedelini belirleyebilmek için tecavüz eden tarafından yararlanmanın kapsamının araştırılması gerekmektedir. Uygun lisans bedelinin belirlenmesinde tecavüz edenin cirosu önemli bir dayanaktır.¹⁵⁸ Burada mutlak lisans bedeli değil, somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak bir oran belirlenmektedir. Nitekim Avrupa Birliği'nin 2004/48 sayılı Yönergesi'nin 13. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, tazminatın belirlenmesinde tecavüze maruz kalanın gelir kayıpları dahil olmak üzere olumsuz ekonomik etkiler ve tecavüz edenin haksız olarak elde ettiği kazanç gibi faktörler de dikkate alınmalıdır.¹⁵⁹

f) Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Tecavüz Edenin Kusurunun Derecesi

Uygun lisans bedelinin belirlenmesinde marka hakkına tecavüz edenin kusurunun derecesi de önemlidir.¹⁶⁰ Bu faktörlerin dikkate alınması ile hak sahibi için denkleştirmenin sağlanması amaçlanır.¹⁶¹

¹⁵⁷ Yargıtay 11. HD., 05.04.2004 tarihli 2003/9339 E. 2004/3478 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

¹⁵⁸ Yasaman- Ömer Teoman'a Armağan s. 7.

¹⁵⁹ Uzunallı s. 421.

¹⁶⁰ Avrupa Birliği'nin 2004/48 no'lu Yönergesi'nin 17. gerekçesine göre de, her somut olayda fikri mülkiyet hakkına tecavüz eyleminin kasta dayalı veya kasta dayalı olmayan karakteri dahil olmak üzere spesifik özelliklerinin gereği dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

¹⁶¹ Avrupa Birliği'nin 2004/48 sayılı Yönerge'nin 26 no'lu gerekçesi.

g) Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Marka Hakkı Sahibinin Kazancının Önemi

Uygun lisans bedelinin belirlenmesinde tecavüz edenin sattığı ürün sayısı esas alınmakla birlikte, tecavüze maruz kalan aynı pazarda faaliyet göstermekteyse ve tecavüze maruz kalanın fiyatları tecavüzden etkilenmemişse onun fiyatları da esas alınarak belirlenebilir.

Yargıtay'ın bir kararına¹⁶² konu uyuşmazlıkta, davacı yoksun kaldığı kazancın ödenmesi gereken lisans bedeline göre hesaplanmasını istemiş, Yargıtay, lisans bedelinin tespiti amacıyla İstanbul Ticaret Odasına yazılan yazıya cevapta “*cironun % 10-25'i oranındaki bir miktarın lisans bedeli olabileceği*”nin belirtildiğini, mahkemece, davalının cirosundan yola çıkılarak bulunan miktar makul olarak kabul edilmiş ise de, anılan yazıda açıklanan cironun, davalının o dönemde faaliyette olmaması nedeniyle lisans verecek olan davacının cirosu olması gerektiğini” gerekçe göstererek, mahkemenin kararını bozmuştur.

h) Uygun Lisans Bedelinin Belirlenmesinde Tecavüz Edenin Sözleşme ile Lisans Alana Göre Sahip Olduğu Avantajların Dikkate Alınması

Sözleşme ile lisans alandan farklı olarak tecavüz edenin bu konumu nedeniyle bir takım avantaj ve dezavantajları söz konusudur. Mutat lisans bedelinin belirlenmesinden sonra bu avantaj ve dezavantajların uygun lisans bedelinin belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Böylece marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin durumu tazminat hukukunun izin verdiği araçlarla düzeltilmelidir.

III- Tükenme İlkesinin İstisnasını Oluşturan Durumlarda Tazminat Talebi

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi tazminat talebi ile prensip olarak tecavüz gerçekleşmeseydi bulunacağı konuma getirilmelidir. Tazminat ediminin yerine getirilmesi ile marka hakkı sahibinin marka hakkı tükenmez. Tazminatın alınması ile marka sahibinin zımni lisans verdiği sonucu çıkarılamaz.

¹⁶² Yargıtay 11. HD. 04.02.2008 tarihli 2006/14108 E. 2008/964 K. sayılı kararı. (Meran s. 356- 357).

Yurt dışında marka sahibinin izni olmaksızın hukuka aykırı olarak dolaşıma sokulmuş olan markalı malların Türkiye'ye ithalini marka sahibi önleme imkanına sahiptir. Tükenme bakımından ister ülkesel tükenme ilkesi kabul edilsin isterse Yargıtay'ın yerleşik kararı doğrultusunda, malların Türkiye'de pazara sunulmasından sonra marka hakkı sahibinin, bu malları yurt dışına satması veya yurt dışında menşe ülkeden başka bir ülkede üretmesi halinde bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline engel olamayacağı görüşü kabul edilsin, bu ithalatı marka sahibi engelleme hakkına sahiptir.¹⁶³

Tükenme ilkesinin istisnasını oluşturan durumlarda örneğin markalı malın kötüleştirilerek Türkiye'ye ithali durumunda da marka sahibi bu ithalatı önleyebileceği gibi tazminat da talep edebilir. Ancak bu durumda daha düşük tazminatlara hükmedilmelidir.

B) Kusura Dayanan Sorumluluğun Şartları ve Tazminatın Belirlenmesi

I- Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kusuru

1) Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Tazminat Talebi İçin Kusur Koşulu

MarkKHK'nın tazminat başlığını taşıyan 64. maddesinin 1. fıkrasına göre, marka sahibinin izni olmaksızın, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişi, hukuka aykırılığı gidermek ve sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Aynı hükmün 2. fıkrasına göre ise, taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişi, marka sahibinin markanın varlığından ve tecavüzden kendini haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını talep etmesi halinde veya kullanmanın kusurlu davranış teşkil etmesi halinde, sebep olduğu zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

Bu hükmün 1. fıkrasında kusurdan hiç söz edilmemiş olmasına rağmen, marka hakkına tecavüz eden kişilerin tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olduğu kabul edilmelidir. Zira haksız fiiller alanında temel ilke kusur sorumluluğudur.

¹⁶³ Uzunallı s. 432.

Kusursuz sorumluluk için açık düzenleme gerekir. MarkKHK’de açıkça kusursuz sorumluluk öngörülmediğine göre, haksız fiil sorumluluğunun koşullarının genel hükümlere bırakıldığı sonucuna varılabilir. Ayrıca MarkKHK’nın 64. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen tazminat yükümlülüğü 62. maddenin (b) bendinin gereksiz bir tekrarıdır. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğu için genel hüküm olan TBK’nın 49. maddesinden hareketle, marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olduğu sonucuna varılmalıdır.¹⁶⁴

Yoksun kalınan kazanç yerine tecavüz edenin kazancının iadesi veya ödenmesi gereken lisans bedeli yöntemine göre tazminat talep edilebilmesi (MarkKHK m. 66) için de kusur şarttır.¹⁶⁵ Kusurun olmaması halinde ise tecavüz edenin kazancı, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre (TBK m. 530), ödenmesi gereken lisans bedeli ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre (TBK m. 77 vd.) talep edilebilir.

2) Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kusurunun Belirlenmesinde Özen Yükümlülüğü

Marka hakkına tecavüzün kasta veya ihmale dayalı olması, tazminat yükümlülüğünün doğması konusunda belirleyici değildir. Bununla birlikte burada hemen belirtilmelidir ki, kusurun derecesi tazminatın belirlenmesinde etkilidir.

Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. MarkKHK’da tazminat sorumluluğu için kusurdan bahsetmemesinden hareketle kusur karinesi getirildiği sonucuna varılamaz. Kusurun belirlenmesinde, olayın özelliklerinden hareket edilecektir. Bu nedenle de rastgele bir normal insan tipi değil, o olay ile ilgili normal insan tipi esas alınır. Böylece failin mesleği, cinsiyeti gibi unsurlar dikkate alınarak normal insan tipi belirlenir.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Arkan s. 243; Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s. 1126-1127, 1164; Yasaman- Bilirkişi Raporları s. 9.

¹⁶⁵ TRIPS’in 45/2, cümle 2. hükmüne göre üyeler uygun hallerde adli mercileri, ihlal eden kişi bilmeden veya bilmesi için makul nedenler bulunmadan ihlal edici fiilde bulunmuş olsa bile, karların geri alınmasını ve/veya önceden tespit edilmiş tazminatın ödenmesini emretme konusunda yetkili kılabilirler.

¹⁶⁶ Oğuzman/Öz: s. 530; Eren s. 120.

Fikri mülkiyet hukukunda özen yükümlülüğünün yerine getirilmesine ilişkin ölçütler oldukça yüksek ve objektif bir ölçüte göre belirlenmektedir. Bir marka seçip kullanan kimseden, araştırma yapması beklenir. Gerekli araştırmanın yapıldığından söz edilmesi için, bilinen tüm araştırma kaynaklarından yararlanılmış olması gerekir. Bu nedenle de marka hakkına tecavüz edenin kusurunun olmadığı bir tecavüzden söz etmek neredeyse olanaksızdır.¹⁶⁷

Araştırma yükümlülüğü haksız olarak kullanılan işaretle aynı olan veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan tescilli markalarla sınırlı olmamalı, benzer markaları da içermelidir.

Marka sicilini inceleme ve özel veri bankalarından yararlanma dışında fuarlar, kataloglar, sektör dergileri, yüksek tirajlı ulusal gazetelerdeki reklamlar, televizyon, radyo gibi yollarla Pazar araştırması da yapılmalıdır. Davranışının hukuka uygunluğu konusunda şahsi değerlendirmesinden farklı bir değerlendirmenin söz konusu olabileceğini dikkate alması gereken kimse, bunu göz ardı ederse ihmali davranır.

Bir işareti hukuka uygun olarak ilk defa kullanmaya başlayan kimsenin sonradan bu işaretin üçüncü kişiler tarafından tescil ettirilip ettirilmediği hususunda kapsamlı bir araştırma yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Aksi halde marka hukukunda bir işaret üzerinde kullanma yolu ile öncelik hakkı elde etmek mümkün olmayacaktır. Bu hakkı MarkKHK'nın 8. maddesinin 3. fıkrası tanımaktadır.

3) Marka Sahibinin Zarara Uğraması

Hukuken tazmin edilebilir zarar, malvarlığına ilişkin ve malvarlığına ilişkin olmayan zarar şeklinde ayrılır. Belirli davranışın malvarlığında farka neden olup olmadığı sorusunun cevaplandırılması önce hangi malvarlığı durumlarının karşılaştırılmaya esas alındığının belirlenmesini gerektirir.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Uzunallı s. 338

¹⁶⁸ Eren s. 472

Malvarlığı zararları malvarlığının aktifinin yani mevcut malvarlığı değerinde azalma yolu ile gerçekleşebilir. Bunun yanında malvarlığı zararı malvarlığı zararının artışının engellenmesi yoluyla ortaya çıkabilir. Burada yoksun kalınan kazanç söz konusudur. Marka hakkı sahibi tarafından uğranılan zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek sınırını oluşturur. Ancak tazminat yükümlülüğü aynı zamanda marka hakkına tecavüzleri caydırıcı etkiye de sahip olmalıdır.

Avrupa Birliği'nin 2004/48 numaralı Yönergesinin 3. maddesinde, fikri mülkiyet haklarının yerine getirilmesi için alınacak hukuki önlemlerin adil, etkili, oranlılık ilkesine uygun ve caydırıcı olması gerektiği belirtilmiştir. Tazminat hukukunun genel ilkelerine göre de tazminat talebi caydırıcı etki yapmalıdır. Bu nedenle 2004/48 sayılı Yönergenin, tazminat hukukunun prensipleri bakımından bir değişiklik getirdiği sonucuna ulaşılmamakta, aksine üye devletleri sadece, dengeleyici tazminat öngörme ile yükümlü kıldığı kabul edilmektedir.

Marka hakkı sahibinin tecavüzü savuşturmak için yaptığı tüm masraflar fiili (somut) zararın kapsamına girer. Fiili (somut) zararın hesaplanması, fark teorisi anlamında, zarar görenin fiilen maruz kaldığı zarara yönelen ve bu zararı tam olarak belirlemeyi amaçlayan hesaplamadır.

MarkKHK'nın 66. maddesinde yoksun kalınan kazancın, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire göre (bent a), marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre (bent b) ve marka hakkına tecavüz edenin, markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre (bent c) hesap edileceği öngörülmüştür.

Mahkemeler, TBK'nın 50. maddesinin 2. fıkrasının zararı belirleme hususunda sağladığı geniş takdir yetkisine rağmen, zararı oldukça ihtiyatlı bir şekilde takdir etme eğilimindedirler.

Sonuç olarak, MarkKHK'nın 66. maddesinde öngörülen hesaplama yöntemlerine başvurulması için de zararın gerçekleşmiş olması gerekir.¹⁶⁹ Örneğin; marka hakkına tecavüz edenin kazancı bağımsız bir zarar sebebinin göstermeyip, sadece bir hesaplama yöntemini gösterdiği için, bu yönteme göre zararın hesaplanması da tecavüz edenin zarara uğramış olmasını gerektirir. Ancak yaşam tecrübesine göre tecavüze maruz kalanın kendi işlerinden ve bu nedenle kazanç olanaklarından yoksun kaldığı kabul edilebilir. O halde tecavüz edenin kazancına göre zararın hesaplanması için mesele tecavüze maruz kalanın somut zararına bağlı değildir. Dolayısıyla tecavüze maruz kalanın somut zararı mevcut olmasa veya bu zarar ispatlanmamış olsa da, marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancı talep edilebilir. Böyle olunca, tecavüz edenin kazancının marka hakkı sahibinin somut zararını aşabileceğini de gösterir.¹⁷⁰

Marka hakkına tecavüz döneminde marka hakkı sahibinin kazancında artış olması dahi zarara uğramadığını göstermez. Çünkü MarkKHK'nın 66. maddesinde öngörülen hesaplama yöntemleriyle marka hakkı sahibinin kazanç olanaklarından yoksun kaldığı varsayılmıştır. Ancak bu hesaplama yönteminde karşı tarafın elde ettiği kazancın marka hakkına tecavüzden kaynaklandığı varsayılmaz. Bu nedenle tecavüz edenin elde ettiği kazanç ile tecavüz arasındaki illiyet bağının ispatı gerekir.

Yoksun kalınan kazancın ödenmesi gereken lisans bedeline göre hesaplanması için de zarar koşulundan vazgeçilmiş değildir. Sadece somut zararın ispatı gerekmez.

Haksız rekabet ve marka hakkına tecavüze ilişkin bir kararlarından anlaşılmaktadır ki, Yargıtay tecavüz eyleminin varlığından hareket ederek zararın gerçekleştiğini kabul etmektedir.

Yargıtay ilgili kararında¹⁷¹, davacının tazminat istemine konu ettiği zararının, davalının elde ettiği kar miktarı olmayıp, davalının haksız rekabeti nedeniyle davacının elde etmekten mahrum kaldığı kar miktarı olduğunu, bu zararın kural olarak tarafların ticari defterleri ve diğer kanıtlarıyla beraber bilirkişi incelemesiyle tespit edileceğini, bu şekilde bir tespit yapılamaması veya davacının kazanç kaybına uğramadığı anlaşılabilir,

¹⁶⁹ 2004/48 sayılı Yönerge'de de hesaplama yöntemleri tazminat başlığı altında düzenlenmiştir. Yönerge'deki yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin hesaplama yöntemlerinin, mahkemelerin tazminatın belirlenmesinde nasıl davranacağını gösteren hükümler olarak anlaşılması gerekir.

¹⁷⁰ Uzunallı s. 349.

¹⁷¹ Yargıtay 11. HD 20.09.2004 tarihli 2003/14157 E. 2004/8512 K sayılı kararı(www.kazanci.com)

haksız rekabetin varlığı halinde yargıcın 6762 sayılı TTK'nın 58. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendine [6102 sayılı TTK¹⁷² m. 56 (1)] göre tazminatı belirleyeceğine karar vermiştir.

Yargıtay'ın benzer yöndeki kararı¹⁷³ her ne kadar 6762 sayılı TTK'nın 58. maddesinin (e) bendi [TTK m. 56/1 (e)] ile ilgiliyse de MarkKHK'nın 66. maddesine göre marka hakkına tecavüz edenin elde ettiği kazancın hesabında da emsal olabilir. Bu kararda Yargıtay, davacının uğradığı haksız rekabetten dolayı kazanç kaybına uğramayıp, ürünlerinin satışında artış olmasının, haksız rekabet sonucu davacının zarar görmediği sonucunu doğurmayacağını belirtmiştir.

Marka hakkı tecavüze uğrayan yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasına ilişkin yöntemlerden birini seçerken, tecavüz edenin satış verilerine, mali bilgilerine ihtiyaç duyabilir. Bu nedenle MarkKHK'nın 65. maddesinde, marka sahibinin, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebileceği öngörülmüştür. Böylece marka hakkı tecavüze uğrayana, yoksun kaldığı kazançla ilişkin hesaplama yöntemlerinden en uygun olanı seçme olanağı ve zararın ispatında kolaylık sağlanması da amaçlanmıştır.

4) Marka Hakkına Tecavüz Fıili ve Zarar Arasında Uygun İliyet Bağ

İliyet bağının hukuki sorumluluğu doğuran unsurlar arasında büyük bir önem taşıdığı, tazminat hukukunun temel ilkesi olduğu kabul edilmektedir. Kuşkusuz marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi de ancak maruz kaldığı tecavüz eylemi ile illiyet bağı içinde olan zararının giderilmesini isteyebilir.

Marka hakkına tecavüz nedeniyle tazminat talep edilmesi halinde, zarar ile tecavüz eylemi arasında uygun illiyet bağının varlığının ispatı güçlük gösterir. Marka hakkı tecavüze uğrayanın uygun illiyet bağının mevcut olduğu konusunda yeterli dayanak noktalarını göstermesi gerekir. Bunun için zarar ve tecavüz eylemi arasındaki illiyet

¹⁷² Açıkça 6762 sayılı mülga Türk Ticaret Kanunu'na atıf yapıldığı belirtilmedikçe TTK dendiğinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu anlaşılmalıdır

¹⁷³ Yargıtay 11. HD 6.10.2003 tarihli 2003/2586 E, 2003/8782 K. sayılı kararı (Noyan s. 859)

bağının dolaylı olması da yeterlidir. Fikri mülkiyet hakkı ihlallerinde illiyet bağı çoğunlukla dolaylı olarak söz konusu olur.

MarkKHK'nın 66 maddesinde yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemlerinin açıkça öngörölmüş olması ve bu yöntemlerin getirilmesindeki amacın ispat güçlüğünün aşılması olduğu dikkate alındığında, marka hakkına tecavüz fiilinin yaşam tecrübesi ve olayın normal akışına göre marka sahibinin kazançtan yoksun kaldığı veya tecavüz edenin tecavüz nedeniyle kazanç elde edeceği ya da lisans bedeli ödeyeceği, diğeri bir ifadeyle illiyet bağının mevcut olduğu varsayımını getirdiği sonucuna varılabilir.

İstisnai durumlarda somut olay, tecavüz edenin kazancının marka hakkı sahibinin zararına neden olamayacağı sonucuna varmayı da gerektirebilir. Marka sahibinin markasıyla ilgili bir ekonomik faaliyeti bulunmamaktaysa, yine tecavüz edenin elde ettiği kazancı elde etme ihtimalinden söz etmek güçtür. Bu nedenle, tecavüz edenin kazancı ve tecavüze maruz kalanın zararı arasında varsayılan bir bağlantı mümkün değilse, bundan sonra tecavüz edenin kazancı hesaplama yöntemi olarak kullanılamaz. Bunun gibi tecavüz edenin mallarına pazara sunmadan önce el konulmuşsa, yine davalının tecavüz nedeniyle elde ettiği kazançtan söz edilmeyecektir. Ancak bu durumda dahi yaşam tecrübesinden hareketle marka sahibinin ödenmesi gereken lisans bedelinden yoksun kaldığı sonucuna varılabilir.¹⁷⁴

II-Tazminatın Belirlenmesi

Tazminat, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin fiili zararı ve hesaplama yöntemlerinden birine göre yoksun kalınan kazancının hesaplanması ile bulunan zarar miktarını aşmamalıdır. Tazminatın amacı, zarar vereni cezalandırmak veya zarar göreni zenginleştirmek değil, gerçekleşen zararın giderilmesidir.

Kanun koyucu TBK'nın 51. ve 52. maddelerinde bazı sebepleri, tazminattan indirim sebebi olarak kabul etmiş ve somut olayda bunların mevcut olması halinde, hâkime

¹⁷⁴ Yasaman- Ömer Teoman'a Armağan s. 19.

tazminattan indirim yapma, hatta gereğinde tazminat talebini tamamen reddetme yetkisi tanımıştır.¹⁷⁵

1) Marka Hakkına Tecavüz Edenin Kusurunun Derecesi

TBK'nın 51. maddesinin 1. fıkrasına göre, hâkim tazminatın kapsamı ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Bu hükümle, kusur ve tazminat arasında bir denge sağlanması gerektiği ifade edilmiştir. Ancak hâkim hafif kusur halinde tazminattan indirim yapmak zorunda değildir. Somut olayın özelliklerine göre hâkim, hafif ya da çok hafif kusur durumunda, hakkaniyet düşüncesiyle tazminatta indirim yapabilir.¹⁷⁶

2) Marka Hakkı Sahibinin Ortak Kusuru

TBK'nın 52. maddesinin 1. fıkrasına göre, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Bu hükme göre makul bir kimsenin kendi yararına kaçınmak zorunda olduğu düşüncesiz, dikkatsiz hareket tarzı ortak kusurdur.¹⁷⁷ Zarar gören marka sahibinin kendi kusuru zararın büyümesi için uygun bir sebepse, bu tazminatın indirilmesine sebep olabilir.

Ortak kusur, tecavüze maruz kalanın dürüstlük kuralına aykırı olarak haklarını ileri sürmekte tereddüde düşmesi ve bu yolla zararı artırması hususunda görülebilir. Zarar görenin kendisinden beklenebilir, uygun savunma önlemlerini ihmal etmiş olması da ona kusur isnadını gerekli kılabilir. Zarar gören marka sahibi, bizzat kendisine verilen zararın mümkün olduğu kadar ortadan kaldırılmasını sağlamalıdır.¹⁷⁸

Marka hakkı tecavüze maruz kalan marka sahibi, tecavüz eylemini fiilen öğrendiği veya öğrenebileceği andan itibaren, tecavüz eylemini beklenebilir şekilde önlemeye girişmelidir.

¹⁷⁵ Eren s. 729.

¹⁷⁶ Eren s. 730.

¹⁷⁷ Eren s. 732.

¹⁷⁸ Uzunallı s. 430.

3) El Konulan Ürünler Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebinin Tazminat Miktarına Etkisi

Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin mahkemedeki MarkKHK'nın 62. Maddesinin (c) bendi gereğince marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyadan üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulmasını ve (d) bendi gereğince el konulan bu ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep etmesi halinde, talep üzerine mülkiyeti devredilen malın değeri, marka sahibi lehine hükmedilecek tazminatın miktarından düşülür. Malın değerinin tazminat miktarını aşması halinde marka sahibi bu aşan kısmı karşı tarafa öder.¹⁷⁹

III- Belirsiz Alacak Davası

1) Maddi Tazminatın Belirsiz Alacak Davasında Talep Edilmesi

Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasına göre, “Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazarı itibara alarak onu adalete tevfikân tayin eder.”

Bu hükme göre, zararın hakiki miktarını zarar gören davacı tam olarak ispat edememişse, zararın miktarını hâkim takdir ve tayin edecektir.

Belirsiz alacak davası kısmi dava açmanın ya da davanın başında böyle bir miktarın belirtilmesinin olumsuzluklarını önleyecek bir dava olması nedeniyle son derece önemlidir.

Belirsiz alacak davası, sadece eda davasında ileri sürülebilecek talepler için söz konusu olur. Konusu para olmayan eda talepleri için belirsiz alacak davası açılmaz. Belirlenemeyen talep sonucu genellikle para alacağıdır. Ancak istisnaen bir şeyin yapılması ya da yapılmaması da belirsiz alacak davasının konusunu oluşturur.

¹⁷⁹ Uzunallı s. 431.

Manevi tazminatı belirleyecek olan hâkim olduğundan, davacının talep sonucunu tam olarak belirlemesi kendisinden beklenemez. Bu durumda belirsiz alacak davası biçiminde manevi tazminat talebini ileri sürebilecektir.

Belirsiz alacak davası ile manevi tazminat talebinin önce geçici talep sonucu olarak istenilmesi, hukukumuzdaki manevi tazminat talebinin bölünüp bölünmemesiyle ilgili tartışmanın dışındadır. Zira belirsiz alacak davasında talep bölünerek istenilmemektedir. Aksine manevi tazminatın aslında tümü istenilmekte, ancak bunun kesin olarak belirlenmesi tahkikat sonuna kadar bir zaman içinde yapılabilmektedir.¹⁸⁰

Belirsiz alacak davalarında davacı dava açtığı sırada alacağının miktarını tam ve kesin olarak belirleyebilecek durumda değildir. Bu belirleyememe maddi tazminat taleplerine ilişkin olabileceği gibi manevi tazminat taleplerine de ilişkin olabilir. Manevi tazminat talepleri bakımından hukukumuzda kısmi dava açılabilmesi kabul edilmemektedir.¹⁸¹

2)Markaların Korunmasında Yoksun Kalınan Kazancın Belirsiz Alacak Davasında Talep Edilmesi

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 67. maddesine göre, "*Marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, 66 ncı maddenin ikinci fıkrasının (a) veya (b) veya (c) bendlerinde belirtilen değerlendirme usullerinden birini seçmişse; mahkeme, ürünün satışında markanın ekonomik bakımdan önemli bir katkısının bulunduğu kanaatine vardığı takdirde, kazancın hesaplanmasında makul bir payın daha eklenmesine karar verir.*"

¹⁸⁰ Pekcanitez,Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m.107), Ankara 2011, s.83.

¹⁸¹ Yargıtay da manevi tazminat talebinin kısmi dava biçiminde istenemeyeceği görüşündedir. "Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal inançlarda da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmayacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılamayacağı benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hakime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. Hakimin takdir yetkisi bölünemez (Kuru,Baki:Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı Cilt II- 2001, s. 1528 vd).

Burada da hâkim kazancın hesaplanmasında eklenecek makul bir payı kendisi belirleyerek hüküm verecektir. Dolayısıyla davacının talepte bulunması yeterli olacak ve fakat bunu belirlemesi gerekmeyecektir.

IV- Marka Hakkına Tecavüz Nedeniyle Açılan Hukuk Davalarında Beklenmesi Gereken Haller

1) Davacının Marka Tescil Başvuru Sonucu

MarkKHK'nın 9. maddesinin son fıkrasına göre, marka tescil başvurusunun yayınlanmasından itibaren artık marka tescil başvuru sahibinin dava açması, tedbir talebinde bulunması, tazminat talep etmesi mümkündür. Ancak madde metnindeki açık hüküm gereğince bu gibi hallerde mahkemenin karar verebilmesi için tescilin gerçekleşerek bunun da bültende yayınlanmasını beklemesi gerekir. Dolayısıyla tescil başvurusuna dayanılarak dava açılması halinde mahkeme başvurusunun sonuçlanmasını ve tescilin gerçekleşmesini bekleyecektir.

2) Davalının Dava Tarihinden Önce Yapılmış Marka Tescil Başvurusunun Mevcut Olması

Marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan bir davanın yargılaması sırasında, davalı tarafın TPE nezdinde marka tescil başvurusunda bulunması kural olarak başvuru tarihinden önce açılan tecavüz iddiasına dayalı davaları etkilemez. Bu nedenle dava açıldıktan sonraki tescil başvuru sonuçlarının mahkemece beklenmesine gerek yoktur. Buna karşılık dava açılmadan önce eğer davalı tarafın TPE nezdinde yaptığı bir marka tescil başvurusu mevcut ise ve bu başvuru TPE tarafından tescile bağlandığı takdirde davalının eylemi artık marka hakkına tecavüz olmaktan çıkıyor tescilli bir markanın kullanılması haline dönüşüyor ise, bu durumda tecavüz iddiasıyla açılan davanın, TPE nezdindeki tescil başvuru akıbetini beklemesi gereklidir. Hatta Yargıtay, TPE YİDK kararı aleyhine bir iptal davası açılmış ise, bu davanın dahi sonucunun beklenmesi gerektiği görüşündedir.

3) *Davacının Markası Aleyhinde Açılmış Bir Hükümsüzlük Davasının Mevcut Olması*

Bir markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşmiş karar, herkese karşı hüküm doğurur. Hükümsüzlük kararları sadece hükümsüzlük davası açan kimse bakımından değil, herkes bakımından hüküm ifade eder. Hükümsüz kılınan bir marka, sadece hükümsüzlük kararını açan kimseye karşı değil, hiçbir kimseye karşı artık kullanılamaz.

Bu nedenle eğer bir tazminat davasında, bir tecavüzün ref'i, tespiti, önlenmesi davasında dayanılan markanın hükümsüzlüğü talep edilmiş ise tecavüz davasına bakan mahkemenin, hükümsüzlük davasını bekletici mesele yapması ve bu davada verilecek kararın kesinleşmesini bekleyerek ortaya çıkacak duruma göre karar vermesi gereklidir. Zira hükümsüzlük davası sonucunda eğer marka hükümsüz kılınırsa, tecavüz ve tazminat davasına konu olaydan sonra ortaya çıkan hükümsüzlük halleri ayrık olmak üzere, hükümsüzlük kararının sonuçları geçmişe etkili olacağı için, artık tecavüzün ref'i, men'i, tazminat gibi davalar dayanaksız kalacaktır.¹⁸²

4) *Ceza Mahkemesi Kararının Beklenip Beklenemeyeceği Sorunu*

Hukuk mahkemesinin hangi hallerde ceza mahkemesi kararını beklemesi gerektiği hususu, TBK'nın 53. maddesine göre çözümlenmelidir.¹⁸³ TBK'nın 53. maddesine göre, “*hâkim kusur olup olmadığına yahut haksız fiilin failinin temyiz kudretini haiz bulunup bulunmadığına karar vermek için ceza hukukunun mesuliyete dair ahkamıyla bağlı olmadığı gibi, ceza mahkemesinde verilen beraat kararıyla da mukayyet değildir. Bundan başka ceza mahkemesi kararı kusurun takdiri ve zararın miktarının tayini hususunda da hukuk hâkimiyetini takyit etmez*”. Böylece hukuk hâkiminin, ceza hâkimine karşı da bağımsızlığı sağlanmaya çalışılmıştır. Her ne kadar maddede sadece kusurdan bahsedilmiş ise de, bundan hukuk hâkiminin diğer unsurlar, yani hukuka aykırılık, uygun illiyet bağı ve hatta fiil yönünden ceza hukuku kuralları ve ceza mahkemesi kararlarıyla bağı olduğu sonucu çıkarılmamalıdır.¹⁸⁴

¹⁸² Çolak s. 612.

¹⁸³ Eren s. 791; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Nisan 2013 , s. 330; Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 2013, s. 548.

¹⁸⁴ Eren s. 792.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE TALEP EDİLEBİLECEK GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ

§1.GEÇİCİ HUKUKİ HİMAYE TEDBİRLERİ

A) Genel

Mülga 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun' da ihtiyati tedbirler ve delillere ilişkin geçici hukukî koruma olan delil tespiti farklı bölümlerde düzenlenmişti. 6100 sayılı HMK'da ise, önce bir üst kavram olarak «geçici hukukî koruma» kavramı kabul edilmiş, ardından da ihtiyati tedbirler (HMK m. 389-399), delil tespiti (HMK m. 400-405) ayrıntılı olarak düzenlenirken diğer geçici hukukî korumalara da yer verilmiştir (HMK m. 406).

Yargıtay 1. Hukuk Dairesi bir kararında; geçici hukuki korumaları, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının; dava konusu ile ilgili olarak, hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumalar şeklinde tarif etmiştir.¹⁸⁵Bu tanımlamanın yerinde olduğu söylenebilir. Zira bir hukuki uyuşmazlığın gerek başlangıç, gerekse yargılama aşamasında hak sahibi olduğunu ileri süren davacı da, davaya konu hakkın kendisi de risk altındadır. Zira bu aşamalarda; davaya konu olan şey satılabilir, üçüncü kişiler tarafından üzerine haciz, ipotek koydurulabilir. HMK'da; davaya konu hakkı tehlikeye düşürecek, hak sahibinin hakkına ulaşmasını engelleyecek bu gibi olasılıkların önüne geçmenin yolu ve aracı olarak geçici hukuki korumaları öngörölmüştür.

Geçici hukuki tedbirlerin bu fonksiyonları yanında; davaya konu hakkın taşıdığı riski engelleme fonksiyonunun yanı sıra yargılamanın devamı sırasında ve verilecek hükmün kesinleşmesine kadar olan süreç içerisinde dava konusu şey üzerinde yeni bir takım ihtilafların çıkmasını önleyici fonksiyonundan da bahsetmek mümkündür.

¹⁸⁵ Yargıtay 1. HD. 03.07.2012 tarihli 2012/7381 E. 2012/8346 K. sayılı kararı.(www.kazanci.com).

B) Geçici Hukuki Himaye Tedbir Çeşitleri

I- İhtiyati Tedbir

1) Genel

Geçici hukuki korumalar içerisinde en çok uygulama alanı bulan ve HMK'da da detaylı bir biçimde yer alan koruma türü ise ihtiyati tedbirdir.

İhtiyati tedbir talepleri, kesin hükme varan yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş, geçici nitelikte, geniş ve sınırlı olabilen hukuki korumalardır¹⁸⁶.

İhtiyati tedbir; birincisi, herhangi bir eylem veya işlemde dolayı telafisi imkânsız veya son derece güç zararların doğmasına engel olmak, ikincisi ise, davaya esas oluşturacak delillerin yok edilmesinin veya bozulmasının önüne geçmek şeklinde ifade edilebilecek iki amaca yönelir.¹⁸⁷

Pek çok şeyin oldukça çabuk tüketilebildiği piyasa koşullarında çoğu zaman davacının açtığı davayı kazanmasının bile – geçen süre zarfında hüküm altına alınan talebin dermeyanı veya oluşan zararın giderilmesi imkânı ortadan kalkacağından - yetersiz kaldığı düşünülürse ihtiyati tedbirin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Yürürlükte bulunan HMK, mülga HUMK'dan farklı bir biçimde düzenlenmiştir. HUMK'da ihtiyati tedbir koşulları tek tek sıralanmışken, HMK bu prensipten ayrılarak konu ile ilgili genel çerçeveyi belirleyerek, hâkime bu ölçüler içinde geniş bir takdir hakkı tanımıştır.

İhtiyati tedbiri aşağıda göröleceği üzere diğer bir geçici himaye türü olan ihtiyati hacizden ayırt etmek gereklidir.

¹⁸⁶ Saraç- Patentten Doğan s.220.

¹⁸⁷ Ateş s.32.

İhtiyati haciz sadece para ve teminat alacaklarına ilişkin dava ve icra takiplerinde istenebilecek bir hukuki himaye tedbiri olmasına karşın, ihtiyati tedbirin konusu çok daha geniştir. Konusu menkul, gayrimenkul, bir şeyin yapılması, yapılmaması veya bir şeyin teslimi olan yargılamalarda ihtiyati tedbir talep edilebilir.¹⁸⁸

İhtiyati hacze hâkim tarafından karar verilebilmesi için talepte bulunanın gerçekten alacaklı sıfatına sahip olması, alacağın rehinle temin edilmemiş olmaması, alacağının muaccel olması gerekir. Bu yönleriyle ihtiyati haciz talep edilebilmesi için belirli şekil şartlığın varlığı aranmaktadır. Buna karşın, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişim, dava neticesinde davaya konu hakkın elde edilmesini önemli ölçüde zorlaştıracak veya tamamen imkânsız hale getirecekse, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir

İhtiyati haciz bir para alacağının geçici olarak teminini amaçlarken ihtiyati tedbir ise ferdileştirilmiş = ferdileşmiş = özel nitelikteki muayyen bir talebin teminini hedef tutmaktadır.¹⁸⁹

İhtiyati hacizde ihtiyaten haczedilen mallar alacaklının açtığı ve yaptığı bir dava veya icra takibinin konusu değildir. Oysa ihtiyati tedbirde üzerine ihtiyati tedbir konulan mallar davacı ve davalı arasında çekişmeli olup, davacının açmış olduğu veya ileride açmayı düşündüğü bir davanın konusudur.¹⁹⁰

İhtiyati haciz; İcra ve İflas Kanunu'nda (m. 257-268) düzenlenirken çalışmamıza konu oluşturan ihtiyati tedbir müessesesi ise genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) kapsamında ve yine ilgili özel kanun¹⁹¹ ve kanun hükmünde kararnamelerde¹⁹² düzenlenmiştir.

¹⁸⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 717.

¹⁸⁹ Üstündağ,Saim: İhtiyati Tedbirler - Geçici Hukuki Himaye (koruma) önlemleri İstanbul 1981, s. 5.

¹⁹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 709.

¹⁹¹ Türk Ticaret Kanunu (TTK), Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK).

¹⁹² 556 sayılı Markaların Korunmasına ilişkin KHK, 551 sayılı Patentlerin Korunmasına ilişkin KHK, 554 sayılı Tasarımların Korunmasına ilişkin KHK, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunmasına ilişkin KHK.

2) *İhtiyati Tedbir Talebi*

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

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

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

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

Bu maddenin ifadesinden yola çıkarak dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta ise, ihtiyati tedbir kararının verilebilmesi için kesin delil varlığının aranmayacağıdır. Gerçekten de hâkimin doğabilecek bir zarar öngörmesi yeterli olacaktır. Zaten ihtiyati tedbir kavramını, uygulamada en çok karıştırıldığı ihtiyati haciz kavramından ayıran en önemli unsur tam ispat şartı aranmamasıdır. Bu hususla ilgili Yargıtay bir kararında¹⁹³ :“İhtiyati tedbir isteğinin kabul edilebilmesi bakımından HMK' nin 390/3. maddesi ile ihtiyati tedbir isteyen haklılığı konusunda tam kanaat değil, kuvvetle muhtemel yaklaşık bir kanaatin yeterli olacağı öngörülmüş olup, yasanın hükümet gerekçesinde de belirtildiği üzere yaklaşık ispat durumunda; "... hâkim o iddianın ağırlıklı ihtimal olarak doğru olduğunu kabul etmekle birlikte zayıf bir ihtimal de olsa aksinin mümkün olduğu ihtimalini göz ardı edemez. Bu sebeptir ki, haksız olma ihtimali de dikkate alınarak talepte bulunandan teminat alınması ..." hükme bağlanmıştır”.

Kararda da atfı yapılan söz konusu maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise; koşulları mevcut ise karşı taraf dinlenmeden de ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir. Elbette ki mahkeme durumun aciliyeti, karşı tarafın haberdar olmasının ve yargılamada bulunmasının etkisini düşünerek hareket etmek zorundadır. Hatta kanuni olarak karşı tarafın yokluğunda karar verilebileceği düzenlemişse de mahkeme yokluğunda işlem tesis edilecek olan tarafın ihtiyati tedbir açısından risk taşıyabileceği endişesi hali dışında bu yolu tercih etmemelidir.

¹⁹³ Yargıtay 1. HD 03.07.2013 tarihli 2012/7381 E. 2012/8346 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com)

Böyle bir durumda dinlenilmeyen taraf HMK m. 394/1 kapsamında yokluğunda verilen ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilecektir. Ancak bu itiraz, aksine karar verilmedikçe icrayı durdurmaz.

3) Teminat Verilmesi

HMK madde 392/1'e göre; ihtiyati tedbir kararı verildiğinde teminat da gösterilmesi gerekir. Karşı tarafın ve üçüncü kişilerin tedbir sebebiyle uğraması muhtemel zararlarının tazminini güvence altına almak için teminat gösterilmelidir. Teminat gösterme mecburiyeti bakımından şu ayırım yapılmıştır;

Kural olarak, bir ayırım yapmadan tedbire kararı verildiğinde teminat alınmasına da karar verilmesi zorunludur. Ancak, talep resmî bir belgeye ya da başkaca kesin bir delile dayanıyorsa teminat alınmayabilir. Hâkim çok açık şekilde gerekçesini yazarak, durum ve şartlar gerektiriyorsa teminat almayabilir. Adli yardımdan yararlanan kimse de teminat göstermeyecektir.

HMK madde 392/2'e göre de teminatın iadesi süreye bağlanmıştır. Asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içinde tazminat davası açılmazsa, teminat iade edilir.

4) İhtiyati Tedbir Kararı ve Uygulanması

Hâkimin ihtiyati tedbir kararı verebilme koşulları ise HMK m.389'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre "Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir". Yani; her tür uyuşmazlıkta, meydana gelen veya var olan değişiklikler nedeniyle hakkın elde edilmesi dava neticesinde zorlaşacak veya imkânsız hale gelecekse, davanın konusu bakımından bir sınırlamaya tabi olmaksızın, ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

Bu özelliklerinin yanı sıra, ihtiyati tedbir kararının; dava konusu uyuşmazlığı esasını halleder şekilde verilemeyeceği de açıktır. İhtiyati tedbirin amacı, dava sonunda davacının haklı çıkması halinde dava konusu alacağına ulaşmasını garanti altına almaktır. İhtiyati tedbir kararının dava konusu uyuşmazlığın esasını halleder nitelikte verilmesi ise ihtiyati tedbirin amacına aykırı düşer.

İhtiyati tedbir uygulaması sırasında karşı taraf hazır bulunuyorsa, uygulama tarihinden, hazır bulunmuyorsa, tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliği tarihinden itibaren bir hafta içinde kararı veren mahkemeye itiraz yolu açıktır. İhtiyati tedbir kararının uygulanması ile hakkı ihlal edilen üçüncü kişiler de tedbiri öğrendikleri tarihten itibaren bir hafta içerisinde itiraz yoluna başvurabilirler. (HMK m. 394/2-4) İtiraz hakkında verilen karara karşı da, kanun yoluna başvurulabilir. (HMK m. 394/5) Hükümet gerekçesi incelendiğinde, söz konusu düzenlemenin yeni olduğu, ihtiyati hacizdeki hükümlere paralel bir uygulama getirildiği ve itiraz üzerine mahkemenin vereceği kararlara karşı kanun yoluna başvurabilme yolunun açıldığı görülecektir. İhtiyati tedbir istemi reddedilen davacı da HMK m. 391/3 uyarınca kanun yoluna başvurabilecektir. Kanun yoluna başvurulduğunda öncelikli olarak yapılacak inceleme neticesinde verilecek kararlar ise kesindir.

İhtiyati tedbir kararı için itiraz edilmiş olması ya da kanun yoluna başvurulmuş olması mahkemece aksine bir karar verilmedikçe HMK hükümleri gereğince ihtiyati tedbir kararının icrasını engellemez.

İhtiyati tedbir kararının uygulanması talebi de HMK m.393/1 gereğince süreye tabi tutulmuştur. Buna göre lehine ihtiyati tedbir kararı verilen davacı -olayın somut özelliğine göre teminat yatırılması gerekli durumlarda mahkemece belirlenen teminatı mahkeme veznesine yatırarak- kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde uygulanmasını talep etmek zorundadır. Aksi takdirde tedbir kendiliğinden hükümsüz kalacaktır.

İhtiyati tedbir kararı dava açılmadan önce verilmişse, tedbir talep eden bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içerisinde asıl davasını açması gerekmektedir. (HMK m. 397/1) Tedbir isteyen iki hafta içinde davayı açması yeterli değildir. Aynı süre içinde, dava açtığına ilişkin mahkemeden aldığı belgeyi, kararı

uygulayan memura vererek ihtiyati tedbir dosyasına koydurması ve bunun karşılığında bir belge alması gerekir. İhtiyati tedbir dosyası asıl dava dosyasının eki sayılır.¹⁹⁴

5) *İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası*

HMK m. 399/3' e göre; tedbir talep eden tarafın bu talebinde haksız olduğu anlaşılırsa, bu tedbirden zarar görenler, talepte bulunana karşı bir tazminat davası açabilirler. Bu davada zamanaşımı süresi bir yıldır. Zamanaşımı süresi, hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren işlemeye başlar.¹⁹⁵

Tazminat davasının şartları haksız fiil hükümlerine (TBK m. 49 vd.) kıyasen belirlenebilir. Ancak kusursuz sorumluluk olması sebebiyle kusur şartı aranmayacaktır. Buna göre, sorumluluğun şartları şunlardır:

- İhtiyati tedbir kararının kural olarak icra edilmiş olması gerekir. Ancak, tedbir kararı icra edilmeden de bir zarar ortaya çıkmışsa, bu durumda da tazminat talep edilebilir.
- İhtiyati tedbir haksız olmalıdır. Bunun için ya ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğunun anlaşılması veya tedbirin gerekleri süresinde yerine getirilmediğinden kendiliğinden kalkması ya da tedbirin itiraz üzerine kaldırılmış olması gerekir.
- Haksız ihtiyati tedbir sebebiyle bir zarar doğmalıdır. Tedbir sebebiyle, karşı taraf veya üçüncü kişiler zarar görmemişlerse, tedbir talep eden aleyhine tazminat davası açılmaz.
- Haksız tedbirle, ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.

Haksız ihtiyati tedbirden dolayı tazminat davasını, öncelikle bu kararın muhatabı olan karşı taraf (asıl uyuşmazlık hakkındaki davada davalı) açabilir. Ancak, ihtiyati

¹⁹⁴ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 668.

¹⁹⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 672.

tedbirden etkilenen üçüncü kişiler de bu tedbirden zarar görmüşlerse, tazminat davası açabilme imkanları vardır.¹⁹⁶

6) Yetkili ve Görev Mahkeme

a) Yetkili Mahkeme

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir, esas (dava) hakkında yetkili olan mahkemeden¹⁹⁷ istenir (m. 390/1). Kanunun bu açık ve emredici hükmü, bu konuda, mahkemenin yetkisinin kesin olduğunu göstermektedir.

Davanın açılmasından önce ihtiyati tedbir isteyen, ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını talep etmesi zorunludur. Bu kurala uyulmazsa, kanunun öngördüğü süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar (m. 393/1).

Dava açıldıktan sonra, her türlü ihtiyati tedbir yalnız asıl davaya bakmakta olan mahkemeden istenir (m. 390/1).

Dava açıldıktan sonra, davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme, dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı veremez; davaya bakan mahkemeden başka bir mahkemenin vermiş olduğu ihtiyati tedbir kararı geçersizdir.

b) Görevli Mahkeme

Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir, davanın esası bakımından (davaya bakmaya) hangi mahkeme görevli ise, o mahkemeden istenir. Dava açıldıktan sonra ise ancak davanın görüldüğü mahkemeden istenir (m. 390/1).

¹⁹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 673.

¹⁹⁷ HUMK m.104/ 2 hükmü, “ihtiyati tedbirlerin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ,se işbu tedbirlerde o mahal mahkemesi tarafından dahi karar verilebilir” şeklinde idi ve uygulamada taraflar, (bazen iyi niyetli olmayan şekilde de) herhangi bir yerden ihtiyati tedbir kararı alabilmekte idiler. HMK m. 390/ 1 hükmü bu kuralı değiştirmiştir. Hükmün gerekçesine göre: “Maddenin birinci fıkrasında, hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesinin önüne geçmek için ve geçici hukuki korumaların da niteliğine uygun olarak, ihtiyati tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenebileceği hususu düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, ihtiyati tedbir kararı vermek, mahkemelere ait bir görev ve yetki ise de, iç tahkimde hakemler de ihtiyati tedbir kararı verebilirler (m. 414/ 1). Hakemlerin verdiği ihtiyati tedbir kararının icra edilebilirliğine karar verme görevi (yetkisi) mahkemeye aittir (m. 414/2). Milletlerarası Tahkim Kanunu'na (m. 6) göre de, hakemler ihtiyati tedbir kararı verebilirler.

7) *İhtiyati Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması*

a) **İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İtiraz**

Kendisi dinlenilmeden tedbir kararı verilmesi üzerine karşı taraf (tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine veya teminata) ve tedbirin uygulanması sonucunda menfaati açıkça ihlal edilen 3. kişiler (tedbirin şartlarına ve teminata) bir dilekçe ile itiraz edebilirler.¹⁹⁸ Bu itirazın süresi bir hafta olup aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, tedbirin uygulanması sırasında hazır bulunuyorsa tedbirin uygulanmasından itibaren, hazır bulunmuyor ise tedbirin uygulanmasına dair tutanağın kendisine tebliğinden itibaren; üçüncü kişiler ise ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde itiraz edebilir (m. 394/2,3).

İtiraz kural olarak tedbirin icrasını durdurmaz, ancak mahkeme tarafından tedbirin icrasının durdurulmasına karar verilebilecektir. HMK m. 394/5 uyarınca itiraz hakkında verilen karara karşı da kanun yoluna başvurulması mümkündür. Bu başvuru öncelikle incelenerek kesin olarak karara bağlanır. Ancak bu durumda da kanun yoluna başvurulmuş olması tedbirin icrasını durdurmaz.

¹⁹⁸Yargıtay 11. HD. 09.03.2012 tarihli, 2012/1844 E., 2012/3611 K. sayılı karar gerekçesi: "...6100 sayılı HMK'nun 394/5. Maddesi uyarınca, karşı taraf kendisi dinlenmeden (yokluğunda) verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edebilir, itiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurabilir. Ayrıca, HMK'nun 391/son maddesine göre, ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde de, kanun yoluna başvurabilir. Kararın temyiz edilip edilmeyeceği, kanun tarafından tayin edileceğinden, 6100 sayılı HMK'nun bu düzenlemesi karşısında, aleyhine ihtiyati tedbir istenenlerin ancak yokluklarında verilen tedbir kararına karşı itiraz ve kanun yoluna başvurma hakkı mevcut olup, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı ise itiraz ve temyiz yolu kapalıdır.Somut uyuşmazlıkta ihtiyati tedbir kararı, aleyhine tedbir istenenin huzuruyla verilmiş olduğundan, aleyhine tedbir verilenin bu karara karşı itiraz ve temyiz hakkı bulunmamaktadır..." (www.kazanci.com)

b) Teminat Karşılığı Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması

İhtiyati tedbiri kaldırmanın ya da değiştirmenin bir yolu itiraz diğer yolu ise aleyhine tedbir kararı alınan kişinin teminat göstermesidir. Teminat karşılığı tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması m. 395'te düzenlenmiştir. Buna göre; aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi, mahkemece kabul edilecek teminat karşılığında tedbirin değiştirilmesini ya da kaldırılmasını isteyebilecektir. Mahkeme, gösterilen teminat karşılığında duruma göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir (m. 395/1). 1086 sayılı Kanun'dan farklı olarak sadece aleyhine tedbir kararı verilen karşı taraf dışında hakkında ihtiyati tedbir kararı uygulanan üçüncü kişiye de teminat karşılığında tedbirin değiştirilmesini ya da kaldırılmasını isteme imkânı tanınmıştır.¹⁹⁹

c) Durum ve Koşulların Değişmesi Sebebiyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması

İhtiyati tedbir, karşı tarafı cezalandırmak ya da baskı altına almak için değil, hakkın korunması amacıyla hizmet etmektedir. Bu sebeple, tedbirin verildiği tarihten sonra, tedbirin verilmesini gerekli kılan şartlarda değişiklik olmuşsa, bu değişikliğe uygun olarak tedbirin de değiştirilmesi ya da kaldırılması gerekir. Aksi durumun kabulü tedbirin amacı ve tarafların menfaat dengesinin gözetilmesi ile bağdaşmayan sonuçlar doğuracaktır.

8) İhtiyati Tedbirin Kalkması Nedeniyle Tazminat

HMK m. 399, HUMK'da yer almayan yeni bir düzenlemedir. Lehine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın ihtiyati tedbir talebinde bulunduğu anda haksız olduğu anlaşılırsa ya da tedbir kararı kendiliğinden kalkar ya da itiraz üzerine kalkarsa haksız ihtiyati tedbir nedeniyle tedbir kararının alınması ya da uygulanması sebebiyle zarar gören karşı taraf ya da 3. kişilerin uğradığı zararı tazminle yükümlüdür (m. 399/1). Ayrıca tedbir uygulanmamış olsa dahi, bu kişiler, tedbirin uygulanmaması ya da kaldırılması için teminat göstermişlerse tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda teminat göstermek suretiyle de bir zarar

¹⁹⁹ Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, Aralık 2012 s. 761.

ortaya çıkmaktadır. Tazminat davasında görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki davanın karar bağlandığı mahkemedir (m. 399/2).

II- Delil Tespiti

1) Genel

Delil tespiti; bir dava olmayıp, deliller hakkında, geçici bir hukuki korumadır; genel olarak, bir çeşit ihtiyati tedbir gibidir. Ancak ihtiyati tedbirde, dava konusu olan malın veya hakkın güvence altına alınması için o mal veya hakka tedbir konulduğu halde delil tespitinde, davanın karara bağlanmasına yardımcı olacak delilin kaybolmasını önlemek için tedbir alınmaktadır; delil, önceden tespit edilmektedir.

Delil tespiti (talebi), uygulamada bazen hatalı olarak söylendiği üzere, ayrı bir dava değildir; bilakis, ilişkin olduğu (açılacak veya açılmış) davaya bağlı bir işlemdir. Delil tespiti, ayrı (yalnız başına) bir dava konusu da olamaz. Çünkü delil tespitinin konusu da olamaz. Çünkü delil tespitinin konusu, maddi vakıalardır (olay ve olgulardır) ve maddi vakıalar ise yalnız başına tespit davasına konu yapılamaz (m. 106/ 3).²⁰⁰

Delil tespiti, tespit davası ile karıştırılmamalıdır. Tespit davası başlı başına bir dava iken, delil tespiti bir dava içinde kullanılacak delillerin tespiti için başvuru bir yoldur. Tespit davasının konusu bir dava olarak hukuki ilişkilerken, delil tespitinin konusu dava içinde kullanılacak delillere ilişkindir.²⁰¹

Davacının davasını davalının da savunmasını dayandırdığı vakaların ispatı son derece önemlidir. Zira kuşkusuz vakıaların ispatı ancak deliller vasıtasıyla yapılabilecektir. Bu bağlamda delillerin incelenmesi aşamasına gelinceye değin, söz konusu bu süre zarfında delillerin yok olması yahut ispat gücünün zayıflaması mevzu bahis olabilir. Bu riske karşılık delillerin incelenmesi aşamasına kadar mevcut durumun olduğu gibi muhafaza edilebilmesi için Hukuk Muhakemeleri Kanununda geçici bir hukuki koruma olarak delil tespiti düzenlenmiştir.

²⁰⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 568

²⁰¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes s. 677

2) Delil Tespitinin Şartları

a) İnceleme Sırası Gelmemiş Olan Delillerin Tespiti İstenebilir

Taraflar, görülmekte olan davada inceleme sırası gelmemiş ya da ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla delil tespiti isteyebilir (HMK m. 400/1). Bu nedenle, dava açılmadan önce delil tespiti isteyen kişi, delil tespiti talebinde, ileride açacağı davayı somut olarak belirtmelidir. Delil tespiti, ancak deliller hakkında geçici bir hukukî korumadır.²⁰²

b) Delil Tespiti İsteminde Hukuki Yarar Bulunmalıdır

Delil tespitini isteyen, delilin önceden (sırası gelmeden) tespit edilmesinde hukuki yararı bulunmalıdır. Kanunda açıkça öngörülen haller dışında, delilin hemen (şimdiden) tespit edilmemesi halinde ileride kaybolacağı (yok olacağı) veya gösterilmesinin çok güç olacağı ihtimal dahilinde (olası) olan delillerin, önceden tespit edilmesinde hukuki yarar vardır (HMK m. 400/ 2).²⁰³

3) Görevli ve Yetkili Mahkeme

Bu konuda görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkında davaya bakacak olan mahkeme veya keşif yahut bilirkişi incelemesinin yapılacağı ya da tanığın dinleneceği yer Sulh Hukuk Mahkemesidir (HMK m. 401/1). Dava açıldıktan sonra delil tespiti için yetkili ve görevli mahkeme, yalnız davaya bakan mahkemedir (HMK m. 401/4). Davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme, o davaya ilişkin delil tespiti için yetkili ve görevli değildir.²⁰⁴

Davaya bakan mahkeme tarafından tespitine karar verilen delil, davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında ise, davaya bakan mahkeme, o delilin tespiti (mesela tanığın ifadesinin alınması) için o delilin bulunduğu yer mahkemesine istinabe eder.

²⁰² Kuru/Arslan/Yılmaz s. 569.

²⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 569.

²⁰⁴ Karşlı s. 766.

4) Delil Tespiti Usulü

Tespit talebi bir dilekçe ile tespit istenen vakıa, somut olarak delil tespiti sebepleri, aleyhine tespit edenin kimliği, ilgililere sorulacak sorular belirtilerek yapılır. Ancak, zorunluluklar sebebiyle karşı taraf gösterilemiyorsa, bu durumda da talep geçerlidir (HMK m. 402/1).Tespit talebi haklı bulunursa, karşı tarafa tebliğ edilir; bu tebligatta tespitin yeri, zamanı, nasıl yapılacağı, kendisinin hazır bulunup itiraz ve ilave sorularını bir hafta içinde bildirilmesi hususlarına yer verilir (HMK m. 402/3).

Delil tespiti isteyen, mahkemeye delil tespiti şartlarının varlığı hakkında delil (delil tespiti talebini haklı kılan sebepleri) göstermesi gerekir. Fakat buradaki ispat tam bir ispat değildir. Mahkemenin, delil tespiti şartlarının mevcut olduğuna kanaat getirmesi (onu kuvvetle muhtemel görmesi) yeterlidir.²⁰⁵

Kanunun düzenlenme biçimi incelendiğinde, hangi hallerde delil tespiti istenebileceğinin sınırlı sayıda olmadığı, örnekleme şeklinde bir hukuki düzenleme tercih edildiği görülecektir. Gerçekten de Kanunun 400. Maddesine göre, taraflardan her biri ya derdest bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş ya da ileride açacağı davada ileri süreceği bir vakıanın tespiti amacıyla keşif yapılması, bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da tanık dinlenmesi gibi işlemlerin yapılmasını talep edebilecektir.

Delil tespitinin karşı tarafın yokluğunda yapılmış olması halinde, mahkeme, tespit dilekçesini, tespit kararını, tespit tutanağını ve varsa bilirkişi raporunun bir suretini kendiliğinden ve derhal, karşı tarafa tebliği etmek zorundadır (m. 403/1). Aksi halde, karşı tarafa tebliğ edilmemiş olan delil tespiti tutanağı, davada delil olarak kullanılamaz. Karşı taraf, tebliğden itibaren bir hafta içinde delil tespiti kararına ve yapılan tespite itiraz edebilir.²⁰⁶

Delil tespit kararı, nihai karar olmadığından kanun yoluna götürülemez. Fakat karşı taraf, delil tespiti kararına (delil tespiti şartlarının bulunmadığı gerekçesiyle) tebliğden

²⁰⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 570.

²⁰⁶ Karşlı s. 767.

itibaren bir hafta içinde itiraz edebilir (m. 403 son cümle). Bu itiraz, delil tespiti kararını vermiş olan hâkim tarafından incelenip karara bağlanır.²⁰⁷

III- Diğer Geçici Hukuki Himaye Çeşitleri

İhtiyati tedbir ve delil tespiti dışında da, mahkemece gerekli hallerde, mal veya hakların korunmasına yönelik olarak defter tutulmasına ya da mühürleme işlemi yapılmasına karar verilebilir (HMK m. 406/1).

Kendine özgü niteliği ve ayrı düzenlemeleri bulunan ihtiyati haciz, muhafaza tedbiri ve geçici düzenleme niteliğindeki geçici hukukî korumalar kendi özel hükümlerine tâbidir (HMK m. 406/2).

§2.MARKA HUKUKUNDA İHTİYATİ TEDBİR ve GÜMRÜKTE EL KOYMA

A) Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kavramı ile İlgili Düzenlemeler

I- Uluslararası Düzenlemeler

1) Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Anlaşması

Paris Sözleşmesi marka hukuku ile ilgili içerdiği ayrıntılı hükümler arasında madde 9'da “*hukuka aykırı olarak bir ticaret markasını veya ticaret unvanını taşıyan bütün mallara bu marka veya ticaret unvanının yasal koruma altında olduğu Birlik ülkelerinde ithalinde el konulacaktır*” demek suretiyle aşağıda inceleyeceğimiz gümrük nezdindeki tedbirlere atıfta bulunmaktadır.

²⁰⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz s. 570.

2) *Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)*

Fikri Mülkiyet Hakları hakkında geniş katımlı hazırlanan ve ülkemizin de taraf olduğu TRIPS'te konu ile ilgili hükümler yer almaktadır. TRIPS 50. maddesi ihtiyati tedbirle ilgili ayrıntılı bir düzenleme içermektedir. TRIPS'in m 50/(1)-(4) şu şekildedir:

Adli merciler aşağıdaki amaçlara yönelik olarak derhal etkin ihtiyati tedbirler alınmasını emretme yetkisine haizdirler.

Fikri mülkiyet haklarının ihlal edilmesini önlemek ve özellikle malların ve gümrükten çekildikten hemen sonra ithal malların kendi yetki bölgelerindeki ticaret kanallarına girmesini engellemek; ihlal iddiası ile ilgili delilleri korumak, adli merciler uygun buldukları hallerde ve özellikle herhangi bir gecikmenin hak sahibine onarılmaz biçimde zarar vermesinin olası olduğu durumlarda veya delillerin imha edilme riskinin açık olduğu hallerde karşı tarafın yokluğunda geçici önlem alma yetkisine sahip olacaklardır.²⁰⁸

Yetkili merciler başvuranın hak sahibi olduğu, başvuranın hakkının ihlal edildiği veya bu ihlalin yakında meydana gelmesinin muhakkak olduğu konusunda yeterince kesin bir şekilde ikna olabilmek için başvuru sahibinden makul olarak temin edilebilecek delilleri vermesini isteme ve davalıyı korumak ve suiistimali önlemek için başvuru sahibine bir teminat veya eşdeğer güvence vermesini emretme yetkisine sahip olacaklardır.

Geçici önlemlerin karşı tarafın yokluğunda alınması halinde, etkilenen taraflara en azından tedbirlerin icrasını takiben ve gecikmeksizin bildirimde bulunulacaktır. Davalının talebi üzerine, tedbirlerin icrasını takiben makul bir süre içerisinde önlemlerin değiştirilmesi, kaldırılması ya da teyit edilmesi hususunda karar vermek üzere, hak iddialarının dinlenmesini de kapsayan bir inceleme yapılacaktır.

TRIPS'in fikri mülkiyet ile ilgili olarak hazırlanan bu anlaşmada bu denli ayrıntılı düzenlenmiş olması ihtiyati tedbirlerin fikri ve sınai haklar için önemine işaret etmektedir.

²⁰⁸ Deren-Yıldırım,Nevhis/Alangoya,Yavuz/Yıldırım,Kamil: Medeni Usul Hukuku Esasları,Beta Basım Yayım,2009 s. 442.

Öte yandan yasa koyucuların bu alanda (Fikri Mülkiyet alanında) belli şartların oluşmasıyla ihtiyati tedbir kararının verilmesi gerektiğini kabul ettikleri, dolayısıyla bu alandaki yargıcın takdir hakkını kısıtlamaya gittikleri gözlemlenmektedir.²⁰⁹ TRIPS'in konuya ilişkin m. 50 ve devamındaki düzenlemelerin bu gelişmelerde önemli etkisi olduğuna dikkat çekmek gerekir.²¹⁰

II- Ulusal Düzenlemeler

1) *Hukuk Muhakemeleri Kanunu*

Fikri haklar insan ürünü olduğundan, maddi mallardan ayrı kendine has hukuki varlığa ve iktisadi değere sahiptirler.

Kişi bu hakkını korumak için, açılmış ve görülmekte olan davalarda veya ortada açılmış herhangi bir dava yokken, doğabilecek tehlikelere karşı uyuşmazlığa bakmaya görevli ve yetkili mahkemeden, ihtiyati tedbir kararı verilmesini isteyebilir.²¹¹

MarkKHK m.782'e göre; "Tespit talepleri" ve ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.

2) *Markaların Korunmasına İlişkin MarkKHK*

MarkKHK'nın 76. maddesine göre, marka hakkı sahibi bu KHK ile kendisine sağlanan haklarına tecavüz edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu ve kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını kanıtlamak şartıyla mahkemeden ihtiyati tedbir isteyebilir.

MarkKHK 77. maddesine göre, mahkemece verilecek ihtiyati tedbir kararı ileride verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı ve davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması, marka hakkına tecavüz teşkil eden

²⁰⁹Suluk s. 471.

²¹⁰Tekinalp s.436.

²¹¹ Ancak, tahkim uygulamaları ile sınırlı olmak üzere bu yetki HMK'nın 414. maddesi ile hakemlere de tanınmıştır.

mallara Türkiye'nin gümrük ve serbest liman ve bölgeleri gibi yerlerde el konulması tedbirlerini kapsamaması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Marka hakkına tecavüz oluşturabilecek ve durdurulması istenebilecek fiillerin başlıcaları; dava konusu işareti taşıyan malların üretimi, ambalajlanması, stoklanması, satılması, dağıtılması, önerilmesi, sipariş alınması veya başka suretle ticaret mevkiine konulması, ithali, ihracı, ilanlara ve reklamlara konulması ile bütün bunlara girişilmesi ve hazırlık yapılmasıdır.²¹²

Anılan Kararnamenin 76. ve 77. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; bir markanın Türkiye'de tescil edilmiş bir marka hakkına tecavüz edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu ve kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek koşulu ile 77. maddede belirtilen tedbirlerin uygulanabileceği açıkça anlaşılmaktadır.

Bir başka deyişle, serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içinde kullanılmakta olduğunu veya bu konuda yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının kanıtlanabilmesi halinde bu durumun Türkiye'de tescilli aynı markaya karşı tecavüz eylemi içinde olduğu kabul edilebilecektir. Bu düzenleme marka hukukuna egemen olan "markanın ülkeselliği" prensibinin bir uzantısı olup, Yargıtay'ın kararları bu doğrultudadır.²¹³

MarkKHK m. 78'de ise tespit talepleri ile ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

²¹² Yavuz,Levent: Türkiye'de Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Uygulaması (İhtiyati Tedbirler) (Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye'de Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarının Etkin Korunması Konulu Seminer Metni, Ankara,9-10 Eylül 2004),s.50.

²¹³ Yargıtay 11. HD 23.09.1999 tarihli 1999/4928 E., 1999/7026 K. sayılı kararı.(www.kazanci.com)

B) Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Talebi

I- Genel

Marka hakkına tecavüz fiilleri doğal olarak marka hakkı sahibini zarara uğratmakta veya zarara uğrama tehlikesi altında bırakmaktadır. Böyle bir durumun devamı marka hakkı sahibinin zarar görmesi veya zararının artmasına, büyümesine neden olacaktır. Diğer yandan davacının marka hakkına tecavüzün tespiti, durdurulması veya meni davası açarak ilam alması uzun süre alabilecek ve bu durumda marka hakkı sahibinin zararı giderek artacaktır. Bu tehlikenin önlenmesi açısından ve mahkemece verilecek hükmün etkinliğini temin bakımından MarkKHK’da öngörülen türde dava açma hakkına sahip olanlara ihtiyati tedbir talep etme imkânı tanınmıştır.²¹⁴ MarkKHK’nın 76. maddesine göre, “*bu KHK’da öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler, dava konusu markanın kendi marka hakkına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmaların yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir. İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce veya dava ile birlikte veya daha sonra yapılabilir. İhtiyati tedbir talebi, davadan ayrı olarak incelenir.*”

77. madde ise, hükmedilecek olan ihtiyati tedbirlerin, esas davada verilecek olan hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olması gerektiğini ve özellikle;

a- Davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulması,

b- Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen şeylere Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması,

c- Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi tedbirlerini kapsamı gerektiğini hükme bağlamıştır. İhtiyati tedbirlerin nitelik ve kapsamının düzenlendiği 77. maddede sayılan bu ihtiyati tedbirler, sadece örnek olup sayılarının ve çeşitlerinin çoğaltılması mümkündür.

²¹⁴ Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s. 1200

Hâkim sayılanlardan başka, hükmün etkinliğini sağlayacak şekilde sair tedbirlere de hükmedebilir²¹⁵. Doktrinde, hükmedilecek ihtiyati tedbirlerin, usul hukukuna hâkim davanın esasını çözecek şekil ve nitelikte tedbir kararı verilemeyeceği kuralını bertaraf edemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu bakımdan; 76. maddedeki “*davanın etkinliğini temin etmek üzere*” ve 77. maddedeki “*verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olmalı*” ifadelerinin bu kuralı etkisiz kılacak şekilde yorumlanmaları gerektiğinin altı çizilmiştir²¹⁶. Ancak doktrinde daha baskın olan görüş, davanın esasını çözümleyecek biçimde ihtiyati tedbir kararı verilemez ilkesinin, markalar hukukunda yumuşatılmış olduğu ve ihtiyati tedbirlerin, açılmış veya açılacak davada verilecek hükmün etkinliğini sağlayacak mahiyette olmasının MarkKHK’da açıkça öngörüldüğü ve bu kapsamda sadece teminat amaçlı değil ifa amaçlı tedbirlere de hükmedilebileceği yolundadır²¹⁷. MarkKHK’da düzenlenmiş olan bu ihtiyati tedbirler, buradaki hükümler yanında HMK’nın ilgili hükümlerine tabidirler.

II- Teminat Verilmesi

Mahkemeden, marka hakkına tecavüz fiilinin verdiği veya verebileceği zararın tazmini için, mütecevizin teminat yatırmasına hükmetmesi de istenebilecektir. Bu hususta doktrinde MarkKHK m. 77/(c)’de düzenlenen teminatın kimin tarafından verileceği noktasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre teminatı verecek olan ihtiyati tedbiri isteyenidir. Tedbir isteyeninin sonradan haksız çıkması halinde diğer tarafın uğrayacağı zararın karşılanması için bu düzenleme getirilmiştir.²¹⁸

Diğer görüş ise, teminatı aleyhinde ihtiyati tedbir talebinde bulunulan kişinin vermesi gerektiği düşüncesindedir. Zira hüküm tartışmaya mahal vermeyecek kadar açıktır.²¹⁹ 77. maddenin lafzından bu ikinci görüşün doğru olduğu, teminat düzenlemesinin tedbir taleplerinden biri olarak düzenlendiği sonucu çıkmaktadır. Teminat, tecavüzün başlamış olduğu veya başlamaya yakın bir aşamada bulunduğu durumlarda söz konusu olacaktır ve iki amaca hizmet eder.

²¹⁵ Tekinalp s.479.

²¹⁶ Arslan s. 304.

²¹⁷ Deren Yıldırım, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2002, s. 201

²¹⁸ Arkan s.228

²¹⁹ Tekinalp s.480.

Birincisi tecavüz fiilinin durdurulması yönünde mütecavizi ikna etmesi, ikincisi ise verilen veya verilecek olan zararın tazminini güvence altına almasıdır.²²⁰ Tedbirin amaca ulaşabilmesi için, teminat tutarının yüksek olması, teminatın da olabildiği oranda ya para veya paraya kolayca çevrilebilen malvarlığı parçalarından oluşması gerekir. Açılmış veya açılacak esas davada maddi/manevi tazminat veya itibar tazminatı talep edilmiş olması, mahkemece teminata hükmedilmesine engel değildir.

III- Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kararı

Mahkemenin tedbir kararı vermesi, talep sahibinin dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye’de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmesi şartına bağlanmıştır.

Hükümde kullanılan ispat kelimesi isabetle seçilmemiştir. Buradaki ispat olgusunun kesin ispat yerine, markanın izinsiz olarak kullanıldığının veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının muhtemel gösterilmesi, mahkemenin buna inandırılması biçimine anlaşılması uygun olacaktır.

Ancak ciddi ve etkin çalışma ifadesinden, hak sahibinin gerçekleşeceğini düşündüğü soyut ihtimaller de anlaşılmamalıdır. İşaretin kullanılmasına ilişkin girişimde bulunmuş olması aranmalıdır. Tedbir talebinde bulunanın söz konusu ispat için, makul olarak temin edebileceği her türlü belgeyi ve hukuki aracı sunmasının yeterli olacağı görüşü de haklı olarak ileri sürülmüştür.

C) Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Çeşitleri

I- Teminat Amaçlı İhtiyati Tedbirler

Teminat amaçlı tedbirler esas davada verilecek hükmün daha sonra icra edilmesini garanti altına almak amacı ile düzenlenmiştir. Markanın korunmasına ilişkin yasal düzenlemelerin açıkça cevaz verdikleri teminat amaçlı tedbir, sınai hakkın üretiminde ve çoğaltılmasında kullanılan aletlere ve söz konusu haklara tecavüz edecek şekilde üretilen

²²⁰ Karan/Kılıç s.575.

mallara el koymadır.²²¹ Bu tür tedbirler arasında özellikle marka iptal davalarında sıkça rastlanan “tescilli markanın üçüncü şahıslara devrinin önlenmesi için Türk Patent Enstitüsü sicili nezdinde tedbir konulması” tedbiri de sayılabilir.

II- İfa (Eda) Amaçlı Tedbirler

İfa amaçlı ihtiyati tedbirler “*tatmin amaçlı tedbirler*” olarak da anılmaktadır.²²² İfa amaçlı tedbirlerin önemli bir özelliği bu tedbirlerin davanın asıl talebinin zamanından önce geçici olarak gerçekleştirilmesidir.²²³

Marka hukuku açısından ifa amaçlı tedbirleri kendi arasında şu türlere ayırmak mümkündür: “*Müdahalenin men’ine ilişkin tedbirler*”, “*katlanmaya yönelik ihtiyati tedbirler*”, “*eski hale getirmeye ilişkin tedbirler*” ve “*hasım tarafından belirli bir miktar paranın ödenmesine ilişkin tedbirler*”.

Türk Kanun Koyucunun Ticaret Kanunu’nda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ve Sınai Mülkiyet Hukuku’na ilişkin KHK’larda ifa amaçlı tedbirler sayılan müdahalenin men’ine açıkça izin verilmiştir. Benzer marka kullanımının durdurulması, markanın davalı tarafından izinsiz olarak iş evrakı ve reklam ve tanıtım vasıtalarında kullanımının geçici olarak yasaklanması, taklit markalı malların satışının, ithalinin veya ihracının durdurulması, müdahalenin men’ine yönelik tedbirlere verilecek örneklerdendir.

MarkKHK’nın 77/(a) maddesi incelendiğinde de görüleceği üzere davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin durdurulmasını talep edebileceği öngörülmüştür. Müdahalenin men’ine ilişkin tedbirlerin uygulanması amacıyla bu tür tedbirin hangi fiilleri yasaklayacağı hususunun netice-i talep kısmında soyut ifadelerden çok somut ifadelerle belirlenmesi gerekmektedir. Ancak bu tür tedbirlerde verilecek kararlarda hasmı tamamıyla ticaret dışına itecek, onun bütün faaliyetlerini donduracak tedbir kararlarından kaçınılmalıdır. Bunun yanı sıra ihtiyati tedbirler mevcut bir marka tecavüzü ve haksız rekabetin oluşturduğu hukuka aykırı sonuçların ortadan kaldırılmasına veya başka bir deyişle eski hale iade talebine ilişkin olabilir.

²²¹ Deren Yıldırım s. 82.

²²² Deren Yıldırım s. 83.

²²³ Deren Yıldırım s. 84.

Eski hale getirme taleplerinin ihtiyati tedbir kararları yoluyla geçici olarak icrasına TTK m. 63'te ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 77'de açıkça cevaz verilmesine rağmen kanun koyucunun marka korunmasına ilişkin mevzuatta bu durumdan kaçındığı görülmektedir. Zira TTK'nın 63. maddesi incelendiğinde gerçekten de söz konusu maddede “ haksız rekabetin neticesi olan maddi durumun ortadan kaldırılmasına veya yanlış veya yanıltıcı beyanların düzeltilmesine” demek suretiyle eski hale iade yönünde de tedbirlere de yer verildiği görülmektedir.

Bu tür tedbirle markanın üzerinde izinsiz kullanıldığı malların veya markanın haksız olarak yer aldığı reklam ve benzeri tanıtım vasıtalarının imhası söz konusu ise de elde edilecek sonucun çoğu zaman geriye dönüşü mümkün olmayan sonuçlara yol açtığı dikkate alınarak uygulamada bu tür tedbir kararlarına rastlamanın oldukça düşük bir ihtimal olduğu söylenebilir. Gerçekten de marka hukukunda özellikle tedbirin geçici bir himaye türü olarak algılandığı ve asıl yargılamada aksi sonucun da çıkabileceği ihtimali gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda bu tür tedbirlerin verilmesi konusundaki hassasiyet gösterilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Katlanmaya yönelik hasmın belirli bir davranışa karşı reaksiyon göstermemesine ilişkin ihtiyati tedbirlerin marka hukukunda nadiren rastlandığı belirtilmiştir.²²⁴ Ancak uygulamada özellikle çok tanınmış bir markanın gerçek sahibi dışında başka firma tarafından kötü niyetle tescil edilmiş olduğu durumlarda, gerçek hak sahibi tarafından açılan hükümsüzlük davasının sonuçlanmasına kadar, hasmın marka tescilinden doğan haklarını gerçek hak sahibi aleyhine kullanmaması ve markanın hükümsüzlük davası açan tarafından kullanımına katlanmasını talep etme imkanının bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle, katlanmaya yönelik tedbirin imkanının marka hukukunda yer bulduğunu söylemek mümkündür.

Nihayet belirli bir miktarın para olarak ödenmesine ilişkin tedbirlerle ilgili olarak belirtmek gerekir ki, MarkKHK'nın 77'nin (c) bendinde, ihtiyati tedbirlerin herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi tedbirini de kapsamı gerektiği belirtilmektedir.

²²⁴ Deren Yıldırım s. 88.

Bu teminatın davalı tarafından mı yoksa davacı tarafından mı yatırılması gereken bir teminat olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe²²⁵ göre bu teminat türü ihtiyati tedbir talep eden tazminatı teminat altına alan bir teminat olarak düzenlenmiş olup ihtiyati tedbir talep eden tarafından gösterilen bir teminat türü değildir. Arkan' a göre ise; belirtilen teminat, aleyhine tedbir talep edilen tarafın uğrayacağı zararı teminat altına almak için belirlenmiş bir teminat türüdür.

Bu görüşe katılmayan yazarlara göre; maddenin açık lafzı uyarınca bu tür teminatın hasım tarafından gösterilmesi gerektiği açıkça ifade edilmektedir. Ancak bu tür tedbirin marka tecavüzünden ötürü ihtiyati tedbir talep eden tarafın tazminat taleplerini teminat altına alacağı dikkate alındığında bunun artık ifa amaçlı değil bir teminat amaçlı ihtiyati tedbir kategorisine gireceği savunulmaktadır.²²⁶

III- Düzenleme Amaçlı İhtiyati Tedbirler

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerin kapsamına hakkın icrasının geçici olarak temin edilmesine veya hakkın geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet etmeyen tedbirler girmektedir. Düzenleme amaçlı tedbirler haksız rekabet ile fikri mülkiyet hukuku açısından büyük önemi haiz değildir. Çünkü bu alanda geçici hukuki koruma sağlayan tedbirlerin çoğunluğu, müdahalenin men'ine yönelik tedbirlerdir.²²⁷

D) Gümrüklerde El Koyma

I- Genel

MarkKHK m. 79; marka hakkına tecavüzden dolayı dava açma hakkına sahip olanlara, ek bir tedbir imkânı daha getirmiş ve cezayı gerektiren taklit mallara el konulmasını gümrük idaresinden talep etme yetkisi vermiştir.

²²⁵ Deren Yıldırım s. 92. Yasaman-Bilirkişi Raporları,s. 1213;Arkan,Serdar: Endüstriyel Tasarımlarla İlgili İhtiyati Tedbirler (Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 3/2005 s. 758-765),s.762 (Yazar 554 sayılı KHK'da yer alan benzer düzenlemeden yola çıkarak aynı sonuca varmaktadır.)

²²⁶ Deren Yıldırım s. 92.

²²⁷ Deren Yıldırım s. 93-94

Burada esasen idare eliyle bir ihtiyati tedbir uygulaması söz konusudur.²²⁸ Aslında; ihtiyati tedbir kararını yalnızca mahkemeler verebileceğinden burada idari bir tedbirin söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.²²⁹ Her ne kadar maddede el koymadan bahsediliyor ise de, belirtilmek istenen husus, yurda giriş veya yurttan çıkış esnasında gümrük idarelerince yerine getirilmesi gereken işlemlerin belirli bir süre için yapılmayıp durdurulması ve bu suretle söz konusu malların yayılmasının önlenmesidir.

Gümrük Kanunu'ndaki düzenlemeye göre; "fikri haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulması hak sahibinin veya temsilcisinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir." [m. 57/1(a)]

Madde lafzından da anlaşıldığı üzere bu tür bir tedbir imkânının kullanılabilmesi için, malın taklit olması ve hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektirmesi lazımdır. Talep, söz konusu mallar gümrük sahası dâhilinde bulunuyorken yapılmalıdır. Transit geçiş amacıyla gümrükte bulunan mallar bakımından da söz konusu tedbir uygulanabilecektir.²³⁰ Yalnızca tecavüze konu markayı taşıyan mallar değil, bunların etiket, ambalaj gibi tamamlayıcılarının ve eşyanın üretiminde kullanılan kalıpların da yurda girişi bu tedbirle engellenebilecektir.²³¹

Söz konusu kanuni düzenlemeye göre; yolcuların kendi kullarımlarına mahsus kişisel eşya ile beraberinde getirilen kişisel ve hediyelik eşya ile posta kolileri ticari mahiyette olmayan ve gümrük vergisi muafiyeti sınırları içinde kalan hediyelik eşya bu kapsam dışındadır, durdurulamaz. Yani hüküm nihai tüketiciyi kapsamamaktadır.

79. maddenin 2. fıkrasında el koymayla ilgili uygulamanın bu konuda çıkarılacak olan mevzuata göre düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Sözü geçen mevzuat 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ile Gümrük Yönetmeliği'dir.

²²⁸ Kaya s.305.

²²⁹ Arkan s.229.

²³⁰ Karan/Kılıç s. 578; Karşı görüş için bkz.Arkan; s. 229

²³¹ Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s.1220

Hem Gümrük Kanunu'nun ilgili hükmü hem de söz konusu Kanun'un uygulanmasına atıfta bulunan 556 sayılı KHK' nın fikri mülkiyet esaslarına aykırı bir eşyaya el konulabilmesi için hak sahibinin talebinin bulunması ilkesini benimsediğini görmekteyiz. Gümrük idareleri; henüz bir talep olmadan ancak eşyanın fikri ve sınaî mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde eşya üç işgünü süresince resen alıkoyma veya eşyanın gümrük işlemlerini durdurulabilir. Bu sürenin bitimiyle gümrük idareleri resen başkaca bir işlem yapamayacaklardır.

Markasına tecavüz edildiğini öğrenen hak sahibinin talebi ile ya da gümrük idarelerinin açık deliller olması sebebiyle resen alıkoyma süresi içerisinde hak sahibine bilgi verilmesi üzerine hak sahibinin talebiyle gümrük idarelerindeki tedbir, el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde esas hakkında ihtisas mahkemesinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir niteliğinde karar alınmazsa idarenin el koyma kararı ortadan kalkar. (MarkKHK m. 79) Gümrük Kanunu'ndaki düzenlemeye göre ise el konulan eşyalardan çabuk bozulur mahiyette olanlar için bu süre üç işgünüdür. (m. 57/2)

Gümrük işlemleri durdurulan ya da el konulan eşya, yetkili mahkemece talep haklı görülürse verilecek karar doğrultusunda ya imha edilir ya da asli nitelikleri değiştirilerek tasfiye edilir. (m. 57/4)

MarkKHK'nın "ithalat veya ihracat sırasında" şeklinde belirttiği ticari kullanım maksadı, Gümrük Kanunu'nda hangi eşyaların gümrüklerde el koyma esasları dışında tutulacağı şeklinde düzenlenmiştir. Aynı şekilde, fikri haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile korunmuş ve hak sahibinin izni ile üretilmiş eşyanın; hak sahibinin rızası dışında bir gümrük işlemine tabi tutulması veya hak sahibinin onayladığından farklı şartlarda üretilmesi veya başka şartlarda bir marka taşıması halinde, söz konusu eşya da kapsam dışında tutulacaktır.

MarkKHK m. 79, GK. m. 57 ve Gümrük Yönetmeliği bir arada değerlendirildiğinde gümrük tedbirlerinin uygulanış prosedürü şu şekilde özetlenebilir: Hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyetteki eşyanın gümrük işlemleri, hak sahibinin talebi üzerine ya da eşyanın taklit markalı olduğuna ilişkin açık delil varsa re'sen gümrük idarelerince durdurulur. Durdurma kararı prosedürün devamı için ithalatçı ve hak

sahibine bildirilir. Gümrük idaresinin talebin reddi yönünde karar vermesi durumunda, bu karar elbette idari yargının konusu olabilecektir.²³² Durdurma kararı verilirse marka hakkı sahibi söz konusu eşyadan numune alabilir.

İdarenin verdiği durdurma kararının marka hakkı sahibine tebliği tarihinden itibaren on gün içinde hak sahibi tarafından esasa ilişkin dava açılmaması veya tedbir niteliğinde bir karar getirilmemesi halinde, el koyma kararı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Gümrük işlemleri durdurulan eşya hakkında mahkemenin 62. maddede öngörülen yaptırımlardan birine karar vermesi durumunda söz konusu yaptırım gümrük idaresince yerine getirilecektir. Bu kapsamda mal imha edilebilecek veya malın marka hakkına tecavüz teşkil eden nitelikleri değiştirilebilecek, örneğin tecavüz teşkil eden işaret malın üzerinden sökülebilecek ve mal sahibine teslim edilebilecektir.

II- Gümrük Kanunu ve Gümrük Yönetmeliği Çerçevesinde Gümrüklerde El Koyma

5911 sayılı Kanun’la değişik GK 57. maddesi fikri ve sınai haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili düzenlemeler getirmiştir. Bu haklarla ilgili olmak üzere, *hak sahibinin yetkilerine tecavüz eder mahiyette bir eşya varsa*; bu eşyanın alıkonulması veya gümrük işlemlerinin durdurulmasına ilişkin işlemler ilgililerin talebi üzerine veya maddede belirtilen şartları taşımak suretiyle gümrük idaresi tarafından resen gerçekleştirilir.²³³

1) Başvurunun Yapılmasında Uyulması Gereken Şartlar

Gümrük işlemlerinin durdurulması veya eşyanın alıkonulmasını talep yetkisi, hak sahibine aittir. Eğer hak sahibi yurt dışında yerleşik ise başvuruyu ancak Türkiye’de yerleşik temsilcisi aracılığıyla yapabilecektir. Bu talep GK’da yer alan Fikri ve Sınai Hakların İhlali İle İlgili Olarak Gümrük İdaresinin Harekete Geçmesine İlişkin Başvuru

²³² Yasaman/Altay/Ayoğlu/Yusufoğlu/Yüksel s.1221.

²³³ Gümrük idareleri bünyelerindeki bilgisayar sistemleri ile, aldıkları verileri belli kriterlerden geçirip risk kriterleri oluşturarak bilgisayar sisteminin seçtiği ve yönlendirdiği işlemleri fiziksel muayeneye tabi tutmaktadır. Buna göre yaklaşık olarak işlemlerin; %5’i ve ithalatta ise %15’inin fiziksel muayeneye tabi tutulduğu söylenebilir. Erbay, “Sınai Haklar Alanında Sınır Önlemleri”, s. 389

Formu ile elektronik olarak gümrük idaresine yapılabileceği gibi elektronik veri değişimi sistemi aracılığı ile de yapılabilir.²³⁴

Başvurularda söz konusu eşya ile ilgili olarak kendisinin hak sahibi olduğunu kanıtlayan bir belgenin yanında, eşyanın gümrük idaresince tanınmasını sağlayacak şekilde; eşyanın tam ve ayrıntılı teknik tanımı, hak sahibince sahteciliğin tür ve şekline ilişkin olarak verilebilecek her türlü bilgi ve hak sahibince belirlenen irtibat sağlayacak kişinin isim ve adres bilgisini içeren beyanının bulunması zorunludur. Eğer başvuru, başvuru dilekçesi olmadan yapılırsa veya dilekçede bulunması gereken zorunlu bilgiler dilekçede yer almazsa dilekçeler işleme konmaz. Eksik hususlar giderildiğinde başvuru yenilenebilir.

Başvuru dilekçesi ile gümrük idaresinin harekete geçmesinin istendiği süre uzunluğu, bir yılı geçmemek kaydıyla, tam olarak belirtilmelidir. Bu süre, başvuru dilekçesinin gümrük idaresi kaydına girdiği tarihten itibaren başlamış sayılır.

2) Başvuru Üzerine Gümrük İdaresince Yapılacak İnceleme

Başvuru, yapıldığı tarihten itibaren otuz iş günü içinde incelenerek sonuçlandırılır ve inceleme sonucunda verilecek kabul veya ret kararı, başvuru sahibine bildirilir. Başvuru kabul edilirse, kararın ne kadar süre ile geçerli olduğu gümrük idaresince karar metninde açıkça belirtilir. Söz konusu süre hak sahibinin başvurusu ile uzatılabilir. Ancak gümrük idaresinin harekete geçme süresi toplamda bir yılı geçemeyecektir.

3) Başvurunun Reddi Hali

Eğer başvuru reddedilirse, karar metninde ret gerekçeleri belirtilir. Ret kararı itiraz yolu açık olmak suretiyle hak sahibine bildirilir. İtiraz; ret kararının kendilerine tebliğinden itibaren on beş gün içinde bir üst makama, üst makamın bulunmaması halinde aynı makama verilecek bir dilekçe ile yapılır.

²³⁴ “Yönetmeliğin 103’üncü maddesi ile getirilen en önemli değişiklik başvuru süresinin 1 aydan 1 yıla çıkarılması ile başvuruların ilgili müdürlükler yerine Gümrükler Genel Müdürlüğüne yapılmasıdır.”

4) Başvurunun Kabulü Hali

Başvuru üzerine, gümrük idaresi Türkiye Gümrük Bölgesi'nde taşıt değiştiren eşya da dâhil olmak üzere gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma konu, fikri hakları ihlal ettiğinden şüphe edilen veya bu hakları ihlal eder nitelikteki eşyanın fikri hakları ihlal eder nitelikteki eşya tanımına uyması halinde, eşyanın gümrük işlemlerini durdurur veya eşyayı alıkoyar.

Gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonan eşyaya ilişkin olarak gümrük idaresinden temin edilen bu bilgiler hak sahibince yalnızca kolaylaştırılmış imha ve mahkemeden karar almak amaçları için kullanılır. Eğer bilginin bu amaçlar dışında kullanıldığı tespit edilirse, gümrük idaresi geri kalan başvuru geçerlilik süresi boyunca hak sahibinin başvurusunu askıya alabilir. Bu ihlalin tekrarlanması halinde talebin yenilenmesi reddedilebilir.

Gümrük idaresinin aldığı durdurma veya alıkoyma kararının hak sahibine tebliğinden itibaren belirlenen süreler içerisinde; hak sahibince ihtiyati tedbir kararı getirilmesi gerekmektedir. Bu süreler için ikili bir ayırım öngörülerek; çabuk bozulabilir eşya için üç iş günü ve bunun dışındaki eşya için on iş günü içinde ihtiyati tedbir kararı getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Dikkat edilmesi gereken husus; hak sahibince ihtiyati tedbir kararının alınmış olmasının yeterli olmayıp ayrıca bu kararın alınarak belirtilen süreler içinde gümrük idaresine bildirilmesi gerekliliğidir. Aksi takdirde, eşya hakkında beyan sahibinin talebi doğrultusunda ve talebinde belirttiği gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılacaktır.

Fikri hakların ihlal edildiği gerekçesi ile gümrük idaresine yapılan başvurunun gümrük idaresi tarafından kabul edilmesi; eşyanın, gümrük idaresince gereği gibi muayene edilmeden bırakıldığı veya eşyanın alıkonulması için herhangi bir önlem alınmadığı sebebi ile hak sahibine tazminat hakkı doğurmayacaktır. Buna paralel olarak; fikri ve sınai hakları ihlal eden eşya ile mücadele kapsamında, gümrük idaresi tarafından başvuru üzerine veya resen hareket edilmesi nedeniyle ilgili kişilerin zarara uğramasından gümrük idaresi ve gümrük idaresi yetkilileri sorumlu tutulamayacaklardır.

5) Gümrük İdaresince Resen El Koyma

Gümrük idarelerinin bu konuda kendilerine henüz bir talepte bulunulmaması halinde eşyayı resen alıkoyabilmesi veya eşyanın gümrük işlemlerini durdurabilmesi yalnızca;

- a. Eşyanın fikri mülkiyet haklarını ihlal ettiğine dair açık deliller olması halinde,
- b. Hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunabilmesini sağlamak amacıyla ve
- c. Üç iş günü ile sınırlı olarak mümkündür.

Gümrük idaresi resen alıkoyma veya durdurma işlemlerini ancak yukarıda belirtilen üç şart çerçevesinde uygulayabilecek; bu şartlar dışına çıkılması halinde gümrük idaresinin resen hareket yetkisinden söz edilemeyecektir.

Gümrük idaresi resen yapmış olduğu söz konusu alıkoyma ve durdurmaya ilişkin olarak hak sahibine muhtemel hak ihlali hakkında bir tebliğde bulunmadan önce, eşyanın fikri sınai haklarını ihlal eder nitelikte olduğuna dair şüphe duyulan hususları desteklemek için, gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri hak sahibinden isteyebilir. Eğer hak sahibi eşya hakkında bilgi isterse, kendisine ancak eşyanın miktarı ve niteliği hakkındaki bilgiler açıklanabilir. Bunun dışındaki bilgiler açıklanmaz.

6) Kolaylaştırılmış İmha

Gümrük idaresine, mahkeme tarafından fikri ve sınai hakları ihlal ettiği yönünde yapılmış bir tespite gerek olmadan durdurduğu veya alıkoyduğu eşyayı imha etme imkanı tanımıştır. Bu imha kararı, mahkemede henüz dava açılmadan verilebileceği gibi, mahkemede açılmış bir dava varken bu dava hakkındaki mahkeme kararını beklemeden de verilebilir.

Kolaylaştırılmış imhaya izin verme yetkisi –yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde- gümrük idaresindedir. Gümrük idareleri eşyanın imha edileceğini, eşya sahibine bildirir.

İmha işlemi, gümrük idaresince eşyanın gümrük işlemlerinin durdurulduğunun veya alıkonulduğunun tebliğ edilmesini takip eden; bozulabilir eşya için üç iş günü, bunun

dışındaki eşya için on iş günü içerisinde, -yani yukarıda belirtilen dava açma süresi içinde- hak sahibi tarafından;

- a. Eşyanın fikri ve sınai hakları ihlal eder nitelikte eşya olduğunun ve bu eşyanın sahte eşya tanımına uyduğuna ilişkin olarak hazırlanmış ve fikri ve sınai hakları ihlal eden unsurlarına detaylı şekilde yer veren bir dilekçenin²³⁵,
- b. Eşyanın imha edilmek üzere gümrüğe terk edildiğine ilişkin eşya sahibi veya eşya sahibince yetkilendirilen ve bu konuda resmi makamlarca onaylanmış bir belge ibraz eden beyan sahibi tarafından verilmiş bir muvafakat namenin gümrük idaresine ibraz edilmesi halinde uygulanır.

7) Fikri Hakları İhlal Ettiği Kesinleşen Eşyaya İlişkin İşlemler

Gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonan eşya hakkında yetkili mahkemede alınan karar doğrultusunda işlem yapılır. Yetkili mahkeme gümrük idaresince gümrük işlemleri durdurulan veya alıkonan eşyanın sahte veya korsan olduğuna karar verirse, eşyanın imha edilmesine veya niteliklerinin değiştirilerek tasfiyesine veya müsaderesine karar vermek zorundadır.

Eşyanın imhasına karar verilirse, masraflar eşya sahibine ait olmak üzere eşya tasfiye hükümlerine²³⁶ göre imha edilir.

Eğer eşyanın niteliklerinin değiştirilmesinden sonra eşya sahibine teslimine karar verildiyse, eşyanın nitelikleri hiçbir şekilde ilk haline gelemeyecek şekilde değiştirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede marka ve etiketlerinin sökülmesi, eşyanın niteliklerinin

²³⁵ GY m. 105/2-(a)'da konu "a) Eşyanın 100 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan fikri ve sınai hakları ihlal eder nitelikteki eşya tanımına uyduğuna ilişkin olarak hazırlanmış ve fikri ve sınai hakları ihlal eden unsurlarına detaylı şekilde yer veren bir dilekçenin," şeklinde düzenlenmiştir. Ancak kanaatimizce metnin düzenlenişinde bir hataya düşülmüştür. Zira GY m. 100/1-(b) hak sahibinden ne anlaşılması gerektiğini düzenlemekte; bu çerçevede 100/1-b, fikri ve sınai hakları ihlal eder nitelikteki eşyanın tanımı ile ilgili bir düzenleme getirmemektedir. GY m. 105/2-(a)'nın gümrük idaresince resen yapılan alıkoyma ve durdurma işlemlerinden sonra uygulanacak kolaylaştırılmış imha için hak sahibinden dilekçeye; hak sahibi veya bu kişinin temsilcisi ile hak sahibi tarafından sahip olduğu fikri ve sınai hakları kullanmak için kendisine yetki verilen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu kanıtlayıcı belge ve beyanları koymasını temin için metne 100/1-(b)'nin dahil edildiği düşünülebilir.

²³⁶ Tasfiye işlemleri, GK'nın Tasfiye Edilecek Eşyaya İlişkin İşlemler başlıklı bölümde 177 ila 180 inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile tasfiyenin; ihale yoluyla satış suretiyle, yeniden ihrac amaçlı satış suretiyle, perakende satılmak suretiyle, kamu kuruluşları ile özel kanunla kurulmuş vakıf ve derneklere tahsis edilmek suretiyle, imha suretiyle veya özel yolla yapılacağı belirtilmiştir.

değişmesi için yeterli değildir. Eşyanın niteliklerinin değiştirilmesine ilişkin işlemlere ait masraflar eşya sahibi tarafından karşılanır. Eşyanın niteliklerinin değiştirilmesinden önce eşyaya ilişkin bir gümrük beyannamesi verilmiş ise, bu beyanname iptal edilir. Eşyanın nitelikleri değiştirilmeksizin yeniden ihraç edilmesine ilişkin talepler varsa bunlar reddedilir.

E) Diğer Geçici Korumalar

Markaların Korunmasına İlişkin MarkKHK' nın "delillerin tespiti" başlıklı 75. maddesine göre; "marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir."

Söz konusu hukuki düzenlemeyle kanun koyucu "marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi" kavramı ile asıl marka sahibinin yanı sıra yukarıda belirttiğimiz lisans sahiplerinin de mahkemeden delil tespiti talebinde bulunabileceğine atıfta bulunmuştur.

MarkKHK' nın 78. maddesi incelendiğinde delillerin tespiti ve ihtiyati tedbirlerle ilgili diğer hususlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

SONUÇ

Türk Hukuku'nda marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller, MarkKHK'nın 61.maddesinde beş ayrı başlık halinde düzenlenmiştir. Belirtildiği gibi, maddede sayılan ihlal hallerinin önemli bir kısmı, aynı zamanda nitelikli bir haksız fiil hali olan haksız rekabet teşkil eder. Bu bakımdan, marka hakkına tecavüzden doğan hukuki sorumluluk bir haksız fiil sorumluluğudur. Dolayısıyla söz konusu ihlallere maruz kalan marka hakkı sahibi, hakkını, hem MarkKHK'nın hukuki ve cezai yaptırım hükümleriyle hem de eylemlerin haksız fiil niteliği sebebiyle, BK'nın genel hükümlerine ve TTK'nın 56 ve devamı maddelerinde düzenlenen haksız rekabete ilişkin hükümlerine dayanarak arayabilecektir. Hukuk düzenimiz marka hakkı sahibine eş zamanlı bir koruma sağlama yoluna gitmiştir. Tecavüz halleri birer haksız fiil hali olmasına rağmen, marka hakkına tecavüzden söz edilebilmesi için, ayırık durumlar haricinde, failin kusuru aranmamaktadır. Failin kusuru bazı ihlal halleri için aranır; ayrıca, tazminat talepleri bakımından rol oynar. Tecavüz halleri haksız fiil niteliği taşıdığından, kusurun arandığı ayırık durumlarda zararın ve kusurun ispatı, akit dışı sorumluluk hükümlerinin karakteristik özelliği gereği davacıya, yani marka hakkı sahibine aittir.

MarkKHK ile ilgili genel bir değerlendirme yapıldığında, çoğu zaman maddelerin birbirinden kopuk ve sistematığın zayıf olduğu anlaşılacaktır. Çalışmamızda yer yer anlaşılması zor, ucu açık hükümlere yer verilmiş olması nedeniyle, doktrinde çeşitli tartışmalar, aynı konuda farklı düşüncelerin ortaya çıkmıştır. Bu yüzden uygulamada birtakım sıkıntılar yaşanmış ve halen de yaşanmaktadır. Üzerinde çalışmalara devam edilen Markalar Kanunu Tasarısı taslağı bazı yenilikler getirmesine karşın çalışmamızda sözünü ettiğimiz sorunların büyük kısmı ile ilgili net çözümler içermemektedir. Ancak taslağın, mevcut MarkKHK'ya nazaran marka hukuku ve uygulaması açısından daha faydalı olacağı görüşündeyiz.