

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI**

M. Üzeyir KARABIYIK

**MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK
HUKUK DAVALARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Doç. Dr. M. Emin BİLGE**

KIRIKKALE-2009

T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

M.Üzeyir KARABIYIK tarafından hazırlanan "Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Hukuk Davaları" adlı tez çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak oybirliği ile kabul edilmiştir.
...../...../.....

Başkan
Doç.Dr.M.Emin BİLGE
(Danışman)

Üye
Yrd.Doç.Dr.Yasin POYRAZ

Üye
Yrd.Doç.Dr.B.Fatih DOĞAN

KİŞİSEL KABUL / AÇIKLAMA

Yüksek Lisans tezi olarak hazırladığım “Marka Hakkına Tecavüzde Açılacak Hukuk Davaları” adlı çalışmamı, ilmi ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazdığımı ve faydalandığım eserlerin bibliyografyada gösterdiklerimden ibaret olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu şeref ve haysiyetimle doğrularım./..../.....

M.Üzeyir KARABIYIK

ÖZET

Bilindiği üzere marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılan işarettir. Malın satımında en önemli rolü oynayan marka bu özelliğinden dolayı ticari hayatın vazgeçilmezleri arasında yer alır. Markanın sahip olduğu güç marka üzerinde hak sahibi olmayanları cezbetmekte ve bu durum da marka hakkı ihlallerine neden olmaktadır.

Marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. ve 61. maddelerinde belirtilmiştir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi adı geçen maddelerin bazı bentlerini 03.01.2008 tarihli kararıyla iptal etmiştir. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenmiş ve karara birtakım eleştiriler getirilmiştir. Ayrıca, marka hukukunun rekabet hukukunun bir kolu olduğu düşüncesinden hareketle iptal kararından sonra oluşan boşluğun kısmen de olsa doldurulabilmesi için Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin iptal edilen bentlerle ilgili olarak uygulanması gerektiği yönünde çalışmamızda görüş beyan edilmiştir.

İnternet kullanımının baş döndürücü bir hızla artması e-ticaret kavramını gündeme getirmiş ve ticari ilişkilerin önemli bir bölümü internet üzerinden kontrol edilir hale gelmiştir. Konuyla ilgili olarak, markanın internet alan adı olarak kullanılması hususuna çalışmamızda yer verilmiştir.

Marka hakkına tecavüz halinde ileri sürülebilecek hukuki talepler ve açılacak hukuk davaları ile birlikte bu davaları görüleceği görevli ve yetkili mahkemeler çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenmiştir.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname artık ihtiyaca cevap veremez duruma gelmiştir. Üzerinde çalışılmakta olan Markalar Kanunu Tasarısı taslağının eksiklikler giderilip bir an önce yasalaşması gereklidir.

Anahtar kelimeler:

- 1- Marka
- 2- Marka Hukuku
- 3- Marka Hakkına Tecavüz
- 4- 556 Sayılı KHK
- 5- Hukuk Davası

ABSTRACT

As is known, trademark is symbol which uses for differentiating products and services of an enterprise from others. Trademark, which is also playing vital role in sales, is one of indispensable factors in trade life due to its aforesaid feature. Power of trademark attracts persons who have no any right with regard to it and this situation generally causes breaches of right to trademark.

Actions, which are deemed as breach of right to trademark, are prescribed in article 9 and 61 of Decree Law no.551. However, Constitutional Court has overruled some clauses of these articles on 03.01.2008. In this thesis, decision of Constitutional Court were scrutinized and subjected to some critics. Additionally, having regard to fact that trademark law is branch of trade law, we have concluded that rules of unfair competition of Turkish Trade Law can be also applicable for trademark cases in order to cover legal hole to some extent.

Dizzying increase in use of the internet has introduced electronic trade and it turns out that most of trade transactions are being controlled in the internet. Accordingly, this thesis deals with using of trademark in form of internet domain name as well.

Further to above, the thesis also deals with legal demands which may be put forward and legal actions which may be brought in case of breach of right to trademark, as well as which courts would handle such legal actions.

It is obvious that Decree Law no.551 cannot satisfy needs of today anymore. Accordingly, draft of "Trademark Code" in progress must be enacted as soon as possible.

Keywords:

- 1- Trademark
- 2- Trademark Law
- 3- Breach of Trademark
- 4- Decree Law no.556
- 5- Civil Suit

KISALTMALAR

- ABD** : Ankara Barosu Dergisi
age : adı geçen eser
agm : adı geçen makale
Batider: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz : bakınız
BK : Borçlar Kanunu
C : Cilt
Da : Danıştay
DPT : Devlet Planlama Teşkilatı
dn : dipnot
E : Esas
f : Fıkra
FMR : Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
HD : Hukuk Dairesi
HUMK: Hukuk Usulu Muhakemeleri Kanunu
İBD : İstanbul Barosu Dergisi
K : Karar
KHK : 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
md : madde
MK : Medeni Kanun
RKK : Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
s : Sayfa
S : Sayı
SÜHFD: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TD : Ticaret Dairesi
TRIPs: Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights – Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TPE : Türk Patent Enstitüsü
TSE : Türk Standartları Enstitüsü
TTK : Türk Ticaret Kanunu
vd : ve devamı
WIPO: World Intellectual Property Organisation – Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı
Y : Yargıtay, Yıl

İÇİNDEKİLER

KİŞİSEL KABUL/AÇIKLAMA.....	I
ÖZET.....	II
ABSTRACT.....	III
KISALTMALAR.....	IV
İÇİNDEKİLER.....	V
GİRİŞ.....	1
PLAN.....	3

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI, MARKA HAKKI, HUKUKİ DAYANAKLAR

I- Marka Kavramının Tanımı ve Markanın Unsurları	4
II-MarkaHakkı	6
III- Marka Türleri.....	7
1- Ferdi Marka	7
2- Ortak Marka.....	7
3- Ticaret Markası	8
4- Hizmet Markası	8
5- Garanti Markası	9
6- Tanınmış Marka	9
IV- Markanın Fonksiyonları.....	11
1- Kaynak Gösterme Fonksiyonu.....	11
2- Ayırt Etme Fonksiyonu.....	12
3- Garanti Fonksiyonu.....	12
4- Reklam Fonksiyonu.....	13

V- Marka İle İlgili Uluslararası Anlaşmalar.....	14
1- Paris Sözleşmesi.....	14
2- Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi(TRIPs).....	15
3- Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi.....	16
4- Markaların Tescilinde Mal ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması.....	17
5- Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması.....	17
6- Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol	18

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ

I- GENEL OLARAK	19
II-TAKLİT	21
III-TAĞYİR	23
IV- MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALLERİ.....	25
1. 556 Sayılı KHK' nın 9. Maddesinin İhlal Edilmesi.....	25
1.1 Aynı Mal veya Hizmetlerle İlgili Olarak Tescilli Marka İle Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin Kullanılması (KHK md. 9/1-a).....	27
1.2. Halk Nezdinde Karışıklığa Yol Açacak Şekilde, Tescilli Bir Markanın Aynısı veya Benzerinin Markanın Tescil Kapsamına Giren Mal ve Hizmetler veya Benzerlerinde Kullanılması (KHK md. 9/1-b).....	28
1.3. Tescilli Markanın İtibarından Dolayı Haksız Avantaj Elde Edecek veya Tescilli Markanın Ayırt Edici Karakterine Zarar Verecek Nitelikteki Herhangi Bir İşaretin Kullanılması (KHK md. 9/1-c).....	32
1.4. 556 Sayılı KHK' nın 9/2. Maddesinde Belirtilen Haksız Kullanım Şekilleri.....	34
1.4.1. İşaretin Mal veya Ambalaj Üzerine Konulması (KHK md. 9/2-a).....	34

1.4.2. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Bu Amaçla Stoklanması, İşareti Taşıyan Malın Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi veya O İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması veya Sağlanması (KHK md. 9/2-b).....	35
1.4.3. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması (KHK md. 9/2-c).....	36
1.4.4. İşaretin İş Evrakı ve Reklamlarda Kullanılması (KHK md. 9/2-d).....	38
1.5. KHK Md. 9/2'de Düzenlenmeyen Haksız Kullanım Şekilleri	40
1.5.1. Markanın Ticari Vekil veya Temsilci Adına Tescil Ettirilip Kullanılması	40
1.5.2. Haksız İşareti Taşıyan Malın Sergilenmesi.....	40
1.5.3. Markanın İnternet Alan Adı Olarak Kullanılması.....	41
2. 556 Sayılı KHK' nın 61. Maddesinde Sayılan Tecavüz Halleri	45
2.1. Markayı Taklit Etmek (KHK md. 61/b).....	46
2.2. Markanın Taklit Edildiğini Bildiği veya Bilmesi Gerektiği Halde Markayı Taşıyan Ürünleri Satmak, Dağıtmak veya Başka Bir Şekilde Ticaret Hayatına Çıkarmak ya da Anılan Amaçlar İçin İthal Etmek veya Ticari Amaçlı Elde Bulundurmak (KHK md. 61/c).....	48
2.3. Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletmek veya Bu Hakları Üçüncü Kişilere Devretmek (KHK md. 61/d).....	49
2.4. Tecavüz Fiillerine İştirak veya Yardım veya Bu fiilleri Teşvik Etmek veya Hangi Şekil veya Şatlarda Olursa Olsun Bu Fiillerin Yapılmasını Kolaylaştırmak (KHK md. 61/e).....	51
2.5. Kendisinde Bulunan ve Başkası Adına Tescilli Bir Markayı veya Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzerini Taşıyan Ürünün Nereden Alındığını veya Nasıl Sağlandığını Bildirmekten Kaçınmak (KHK md. 61/f).....	53

V- ANAYASA MAHKEMESİNİN 03.01.2008 TARİH VE 2005/15 E. 2008/2 K. NUMARALI KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME.....	54
1- Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 Tarihli Kararı.....	54
2- Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı.....	55
3- Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 Tarihli Kararı.....	57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TECAVÜZ HALİNDE HUKUKİ TALEPLER

I- GENEL OLARAK.....	68
II- MARKAYA TECAVÜZDE BAŞVURULABİLECEK ÖN YOLLAR.....	69
1. İhtiyati Tedbir.....	69
2. Gümrüklerde El Koyma.....	77
3. Delillerin Tespiti.....	81
4. Marka Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Davası.....	83
III- KHK MD. 62' DE DÜZENLENEN HUKUK DAVALARI.....	84
1. Genel Olarak.....	84
2. Marka Hakkına Tecavüz Fiillerinin Durdurulması Davası.....	87
3. Tecavüzün Giderilmesi Davası.....	88
4. Tazminat Davaları.....	90
4.1. Genel Olarak.....	90
4.2. Maddi Tazminat Davası.....	92
4.2.1. Maddi Tazminatın Hesaplanması.....	92
4.2.1.1. Fıili Zarar.....	94
4.2.1.2. Yoksun Kalınan Kazanç.....	95
4.2.1.2.1. KHK' nın 66/2 maddesinde ön görülen ve yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılan yöntemler.....	98
4.2.1.2.1.1. Marka Hakkına Tecavüz Edenin Rekabeti Olmasaydı Marka Sahibinin Markanın Kullanılması İle Elde Edeceği Muhtemel Gelire Göre	98
4.2.1.2.1.2. Marka Hakkına Tecavüz Edenin Markayı Kullanmak Yoluyla Elde Ettiği Kazanca Göre	100
4.2.1.2.1.3. Marka Hakkına Tecavüz Edenin Markayı Bir Lisans Anlaşması İle Hukuka Uygun Şekilde Kullanmış Olması Halinde Ödemesi Gereken Lisans Bedeline Göre	102
4.2.1.3. Yoksun Kalınan Kazancın Artırımı.....	103
4.3. Manevi Tazminat Davası.....	105
4.3.1. Manevi Zarar Kavramı.....	105
4.3.2. Markaya Tecavüzden Doğan Manevi Zararlar.....	108

4.4. İtibar Tazminatı	110
5. Marka Hakkına Tecavüz Dolayısıyla Üretilmesi veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya ile Bu Eşyaları Üretmeye Yarayan Araç, Cihaz, Makine Gibi Vasıtalara El Konulması Talebi.....	114
6. El Konulan Ürünler Üzerinde Marka Hakkı Sahibine Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi.....	115
7. Tecavüzün Devamının Önlenmesine Yönelik Tedbirlerin Alınması, Markaların Silinmesi ve İmhası Talebi.....	117
8. Mahkeme Kararının İlgililere Tebliğ Edilmesi ve Kamuya Yayın Yoluyla Duyurulması Talebi.....	119
IV.TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK OLAN DAVALARDA TARAFLAR,GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME VE ZAMANAŞIMI.....	120
1.Taraflar.....	120
1.1. Davacı.....	120
1.1.1. Marka Sahibi.....	120
1.1.2. Lisans Alan.....	121
1.1.3. Rehin veya İntifa Hakkı Sahibi.....	122
1.2. Davalı.....	123
2.Görevli ve Yetkili Mahkemeler.....	125
2.1. Görevli Mahkeme.....	125
2.2. Yetkili Mahkeme.....	128
3. Zamanaşımı.....	129
SONUÇ.....	131
KAYNAKÇA.....	133

GİRİŞ

Modern kapitalizmin son yıllardaki baş döndürücü gelişimi sınai mülkiyetin önemini büyük ölçüde artırmıştır. Bilindiği üzere, sınai mülkiyet alanının içindeki en önemli kavram olan marka, bir işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmek amacıyla kullanılan işaretlerdir. KARAYALÇIN'ın ifadesi ile tanımlamak gerekirse marka bir künyedir¹. Günümüzde bir ticari işletme ne kadar büyük olursa olsun, ürünleri ne kadar kaliteli olursa olsun güçlü bir marka üretmediği takdirde çökmeye mahkumdur. Çeşitli işletmelerce üretilen mal ve hizmetler arasındaki farklılıkları göstermeyi hedefleyen marka, serbest rekabetin hakim olduğu zamanımız ticari hayatının vazgeçilmez bir unsurudur. Rekabetin gerçekleşmesi, tüketicilerin, sunulan çeşitli mal ve hizmetler arasında aradıkları nitelikte ve kalitedeki ürünü tercih edebilmeleri halinde mümkündür. Bunu sağlayacak olan, markanın ayırıcılık özelliğidir. Markanın, ekonomik hayata olan diğer katkıları şu şekilde sıralanabilir:

- Marka, mala bağımlılık yaratır, üreticilerin satışlarını düzenli hale getirir ve temsil ettiği malın reklamının anımsanmasını sağlar.
- Markanın sağladığı rekabet hakkaniyet kuralları içinde olmalıdır. Bu durum da ancak teknik gelişme ile mümkün olabileceğinden, marka teknik gelişmeye de neden olur.
- Malın kalitesi hakkında tutarlılık imajı yaratır. Böylece tüketicinin korunması sağlanmış olur.
- Malın uluslararası piyasalarda yer almasını sağlar.
- Alışverişi kolaylaştırır.
- Tüketicinin kaliteli mal araştırma maliyetini düşürür.

Anlaşılabacağı üzere markanın sahip olduğu ekonomik değerın büyüklüğü, markanın hukuki açıdan etkili bir biçimde korunmasını zorunlu kılmaktadır. Zira bir

¹ KARAYALÇIN, Yaşar; Ticaret Hukuku, Ankara 1968, s.402.

mal veya hizmetin piyasada rağbet görmesinin akabinde, bu mal veya hizmetin markasının rakip işletmeler tarafından taklit edilmesi sıkça rastlanan bir durumdur. Mal veya hizmetlerin halk nazarında kazanmış olduğu itibardan istifade etmekte haklı olan tek kişi, uzun süren çalışmalarından sonra ürettiği mal veya hizmeti halka kabul ettirmiş olan işletme sahibidir. Dolayısıyla denebilir ki markanın korunmasını gerektiren sebep, ticari rekabetin dürüstlük kuralları içinde yürütülmesini sağlamak ve rakip işletmelerin faaliyetlerine haksız bir şekilde zarar verilmesini önlemektir.

Marka hukuku, rekabet hukukunun bir kolu olarak düşünülmektedir. Zira marka hukukunun temel gayesi rakip işletmelerin haksız rekabetine karşı marka sahibinin haklarını korumaktır. Rakip işletmenin kendilerine ait olmayan markayı veya benzerini kullanmaları, tüketiciyi yanıltacak ve marka sahibinin zarara uğramasına neden olacaktır. Taklit veya tağyir edilerek kullanılan markanın bulunduğu ürünlerin hileli veya kalitesiz olması durumunda gerçek marka sahibinin ticari itibarı da zedelenecektir. Buna ilaveten haksız bir şekilde kullanılan markanın bulunduğu ürünleri satın alan tüketicilerin de zarar görecekları akıldan çıkarılmamalıdır. Tüketiciler, tacirler karşısında menfaatlerini gereği gibi koruyamamaktadırlar. Çünkü tek başlarına ve teşkilatsızdırlar. Bu nedenle tüketicinin menfaatini korumak aynı zamanda kamu düzeninin menfaatini korumaktır².

1883 yılında imzalanan Paris Sözleşmesi ile marka korumasına ilişkin ilk adımlar artılmış; sonraki yıllarda Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin markalara ilişkin kanunlarının birbirine uyumlu hale getirilmesi için hazırlanan 89/104 sayılı yönerge ile bu hususta önemli mesafe katedilmiştir. Avrupa Birliği'ne üye olmayan ülkeler de yönergeyi model olarak almışlardır. Yönergeden sonra Avrupa Birliği çapında korunan bir marka sistemi yaratmak amacıyla 40/94 sayılı AB Konsey Tüzüğü hazırlanmıştır. Üyesi olmak arzusu taşıdığımız AB marka korumasına büyük önem verdiğinden 27.06.1996 tarihinde kabul edilen 556 sayılı Kanun Hükümde Kararname, bahsedilen

² KARAYALÇIN; Ticaret Hukuku, s.404.

yönerge ve tüzük esas alınarak hazırlanmıştır. Söz konusu Kanun Hükmünde Kararname çalışmamızın temel kaynağı olacaktır.

PLAN

Çalışmamız esas itibariyle üç ana bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde; markanın tanımı ve unsurlarına, marka ile ilgili uluslararası anlaşmalara, marka türlerine ve markanın fonksiyonlarına değinilmiştir. Bu bölüm, ikinci ve üçüncü bölümlerde anlatılacak olan marka hakkına tecavüz halleri ve bu hallerde açılacak hukuk davalarının daha etkin ve anlaşılır kılınması için daha ziyade bilgi verme mahiyetli bir hazırlık bölümüdür.

İkinci bölümün konusu marka hakkına tecavüzdür. Bölüm başlangıcında taklit ve tağyir kavramlarına değinilmiş, akabinde marka hakkına tecavüz halleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. İnceleme yapılırken KHK'nın 9. ve 61. maddeleri ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Bu bölümün sonunda Anayasa Mahkemesi'nin, KHK'nın 9. ve 61.maddelerinin bazı fıkralarını iptal ettiği 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararının ayrıntılı olarak değerlendirmesi yapılmış ve bahse konu karara birtakım eleştiriler getirilmiştir.

Üçüncü bölüm ise tecavüz halinde hukuki talepler başlığını taşımaktadır. Bu bölümde öncelikle markaya tecavüz halinde başvurulabilecek ön yollar incelenmiş, daha sonra KHK' nın 62. maddesinde düzenlenen hukuk davaları ele alınmıştır. Bölümün son kısmında ise markaya ilişkin hukuk davalarında görevli ve yetkili mahkeme, davanın tarafları ve zamanaşımı hususlarına değinilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümü daha ziyade bir hazırlık bölümü niteliğinde olduğundan bu bölümün içeriği ile ilgili doktrindeki tartışmalara değinilme ihtiyacı hissedilmemiştir. Buna karşın ikinci ve üçüncü bölümde, konu ile alakalı farklı görüşlere mümkün olduğu kadar sık yer verilmiş ve tarafımızdan da fikir beyan edilerek en isabetli görüşe ulaşmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA KAVRAMI, MARKA HAKKI, HUKUKİ DAYANAKLAR

I. Marka Tanımı ve Markanın Unsurları

Günümüzde bir mal veya hizmetin pazarlanmasında rol oynayan en önemli unsur markadır. Marka, ticari işletmenin malvarlığı haklarından biri olup bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini başka bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir³. Her ne kadar 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de markanın tanımına ilişkin bir başlık bulunmasa da söz konusu KHK'nın 5/I maddesinde, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmesi koşulu ile grafiklerin, tasarımların, kişi adları dahil sözcüklerin, harflerin, logoların, sayıların, mal ve ambalaj biçimlerinin birkaç sözcükten oluşan sloganların, sözcük şekil bileşimlerinin, üç boyutlu çizimlerin, melodilerin, renk kombinasyonlarının ve çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen veya çoğaltılabilen her türlü işaretin marka olarak kullanılabileceği belirtilmiştir⁴.

³ ARKAN, Sabih; Marka Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, C.I, s.1; TEKİNALP, Ünal; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2002, s.309; YASAMAN, Hamdi; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul 2004, C.I, s.60.

⁴ Mülga mevzuattan marka tanımı örnekleri vermek gerekirse; yürürlükten kalkmış olan 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 1. maddesi markayı “*Sanayide, küçük sanatlarda, tarımda, imal, ihzar, istihsal olunan veya ticarete satışa çıkarılan her nevi emtiayı başkalarinkinden ayırt etmek için bu emtia ve ambalaj üzerine konulan, emtia üzerine konulmadığı takdirde ambalajlarına konan ve bu maksada elverişli bulunan işaretler marka sayılır*” şeklinde tanımlamıştır. 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 54. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış bulunan 11 Mayıs 1888 tarihli Fabrika Mamulâtıyla Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farika Nizamnamesinin 1. maddesi ise markayı “*Mamulat ve eşyanın imal olunduğu mahallin veya fabrika veyahut bunları imal edenlerin veya ticaret zammında satanların isim ve şöhret mevkilerini bildirmek için olan şeylerin üzerine vazolunan isim ve mühür ve resim ve huruf ve erkam ve muhafaza vesaire yani temyiz ve tahsis için ittihaz kılınan her nevi işaret ve damga alâmeti farika ad ve itibar olunur*” şeklinde tanımlamış idi.

Markadan, mal ve hizmetleri ferdileştirmekte ve bunları diğer ticari işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etmekte faydalanılır. Zira benzer mal ve hizmetlerin farklı özellik ve kalitede piyasaya arz edilmeleri sebebiyle tüketicilerin tercihlerinde etkili olmak ve aynı zamanda mal ve hizmetlerin rekabetini sağlamak için bu gereklidir⁵. Markanın ayırt edici özelliği marka hakkı sağlayan işaretin kullanılmasıyla elde edilir⁶. Ayırt edici özellik taşımayan işaretler marka olarak tescil edilemezler⁷.

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de ses, koku, müzik ve üç boyutlu işaretlerin marka olarak tescil edilip edilemeyeceği hususunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte TRIPs anlaşmasının marka olarak tescil edilebilecek işaretlerde görsel algılanmayı şart koşan hükmünün Kanun Hükmünde Kararnameye alınmamış olması karşısında⁸ Türk Hukukunda bir kokunun formüle edilerek, bir melodinin notalara dökülerek, sesin tanımlanarak sonogram ile ifadesi yanında kaydedilmiş örneğinin sunularak, üç boyutlu işaretin iki boyutlu çizimi sunularak, soyut renklerin örneğinin sunularak ifade edilebildiği takdirde marka olarak tescil edilebileceğini kabul etmek gerekecektir⁹.

Kanun Hükmünde Kararname'de iki husus markanın unsurları olarak vurgulanmıştır. Bunlardan birincisi ayırt edici karakter, ikincisi ise çizimle görüntülenebilen veya benzer şekilde ifade edilebilen işarettir. Markanın hitap ettiği çevrenin dikkate değer bir bölümü tarafından markanın ayırt edici olarak kabul edilmesi durumunda markanın ayırt edici karaktere sahip olduğu söylenebilir.

⁵ÇAMLİBEL, Taylan Esin; *Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi*, Ankara 2001, s.23.

⁶OYTAÇ, Kutlu; “ *Marka Hakkı ve Tasarım Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması* “. FMR, Y.3, C.3, S.2003/2, s.57, 66, 67

⁷TEKİNALP; *Fikri Mülkiyet Hukuku*, s.309; YASAMAN, *Marka Hukuku* 556 sayılı KHK şerhi, C.I, s.61.

⁸ÇAMLİBEL; *age.*, s.32.

⁹EROĞLU, Sevilay; “*Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.2003, s.1, s.95-159.

II. Marka Hakkı

Marka hakkı, marka sahibine markayı münhasıran kullanma yetkisi veren bir haktır. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği açıkça belirtilmiştir. Her ne kadar markanın tescili kurucu etkiye sahipse de Kanun Hükmünde Kararname'nin 9/3. maddesine göre markanın sağladığı hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için sadece tescil yeterli olmamakta aynı zamanda bu tescilin yayınlanması da gerekmektedir¹⁰.

Tescil edilen bir markada tescille birlikte marka hakkı sahibi lehine öncelikle markayı tekel olarak kullanma hakkı doğar¹¹. Markanın tekel olarak kullanılabilmesi ancak markanın korunmasıyla mümkün olabilir. Marka hangi mal ve hizmet için tescil edilmişse marka sahibinin münhasır kullanma yetkisi ve markasının başkası tarafından kullanılmasını ve tescilini önleme yetkisi o mal ve hizmet ile onlara benzer mal ve hizmetlerle sınırlıdır. Lakin tanınmış markalar açısından durum farklıdır. Tanınmış markalar farklı mal ve hizmetlerde de korunabilirler.

Sahibine tekel hakkı tanıyan marka hakkı, KHK'nın 45. maddesi uyarınca koruma süresinin dolmasından sonra markanın süresi içinde yenilenmemesi ve marka sahibinin marka hakkından vazgeçmesi ile sona erer. Markanın hükümsüzlüğü ise farklı bir kavramdır. Mahkeme kararıyla markanın marka sicilinden silinmesi durumunda marka hükümsüz olur. Markanın hükümsüzlüğü ile marka hakkının sona ermesi arasında başlıca şu farklar vardır: a) Marka hakkı, sahibinin iradesiyle sona ererken markanın hükümsüzlüğüne yetkili mahkeme karar verir. b) Hükümsüzlüğüne hükmedilmiş olan bir marka, aleyhinde hükümsüzlük kararı alınmış kişi tarafından bir daha kullanılamaz; halbuki KHK md. 44/3 uyarınca marka hakkı sona ermiş olan bir marka sahibi markayı kullanmaya devam edebilir ve markayı tekrar adına tescil

¹⁰Yürürlükten kalkmış olan 551 sayılı Markalar Kanunu hükümlerinde markanın sağladığı hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için böyle bir yayın mecburiyeti yer almamaktaydı. Tescil, üçüncü kişilere karşı talepte bulunabilmek için yeterliydi.

¹¹ ARKAN; Marka Hukuku, C.I, s.127.

ettirebilir. c) KHK md. 41 hükmü gereği olan istisnalar dışında mahkemenin hükümsüzlük kararı geçmişe etkilidir. Buna karşın marka hakkının sona ermesi sonra erme sebebinin gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade eder. d) Markanın hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşmiş karar sadece taraflar arasında değil herkese karşı hüküm doğurur.

III. Marka Türleri

1. Ferdi Marka

Garanti markası ve ortak markadan farklı olarak ferdi marka sadece adına tescilli olduğu kişi veya kişilere hak sağlar. Ferdi markaları bir üretim veya hizmet işletmesi tek başına kullanır. Ancak ferdi marka üzerinde birden çok kişinin iştirak halinde veya müşterek hak sahibi olmaları, markanın ferdi marka olma özelliğini etkilemez¹².

İktisadi vaziyetin gerekleri göz önüne alınarak bir işletme tarafından markanın kendi adına değil temsilcisi adına tescil edilmesi istenebilir. Bu halde marka vekil adına tescil edilir. Bu markaya vekil markası denmekte olup vekil markası da ferdi marka statüsündedir¹³.

2. Ortak Marka

Ortak markanın tanımı 556 sayılı KHK'nın Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik'in 6. maddesinde yer almaktadır. Buna göre ortak marka, üretim veya ticaret veya hizmet işletmelerinden oluşan bir grubun mal veya hizmetlerini diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. Burada yeri gelmişken ticari işletmelerden oluşan gruplar olan holdinglere ait holding markasının niteliğini incelemekte fayda vardır. TEKİNALP'e göre holding markaları, grup

¹² YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, s.22.

¹³ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, s.22.

işletmelerinden, grubun diğer işletmeleri üzerinde doğrudan veya dolaylı hakimiyeti bulunanın yani holdingin adına tescilli bulunduğu ortak marka değildir¹⁴. ARKAN da bu hususta TEKİNALP ile aynı görüşü paylaşmaktadır. ARKAN'a göre holding markasının sahibi doğrudan doğruya holding şirketi olduğu için holding markası ortak marka olmayıp ferdi markadır¹⁵.

3. Ticaret Markası

Ticaret markası doktrinde mal markası olarak da tanımlanır. 556 Sayılı KHK'nın Uygulanma Şekli Gösterir Yönetmelik ise 8. maddesinde ticaret markasının bir işletmenin imalatı ve /veya ticaretini yaptığı malları başka işletmelerin mallarından ayırt etmeye yarayan işaret olarak tanımlanır¹⁶.

Ticari hayatta temel maddeyi üreten işletmenin markasının da mallar üzerinde yer aldığı görülmektedir. Bu şekilde üretilen mallarda kullanılan temel madde de marka aracılığıyla ferdileşmiş hale geldiğinden ticaret markaları arasında yer alır¹⁷. Örneğin bazı mutfak eşyalarının üretiminde kullanılan teflon maddesi ferdileşmiş hale geldiğinden ticaret markası sayılır.

4. Hizmet Markası

551 sayılı Markalar Kanununun 46. maddesinde hizmet markalarının bu kanun hükmüne tabi olmadığı belirtilmiştir¹⁸. 556 sayılı KHK hizmet markalarını da bünyesinde barındırarak bu eksikliği gidermiştir. Hizmetleri tanıtmak ve ayırt etmek için kullanılan markalar hizmet markalarıdır¹⁹. Sağlık, danışmanlık, bankacılık, turizm gibi alanlarda çalışan işletmeler mallarının satımıyla değil verdikleri hizmetle gelir elde ederler.

¹⁴ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s.319; YASAMAN, Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C.I, s.23.

¹⁵ ARKAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK şerhi, C.I, s.22.

¹⁶ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK şerhi, C.I, s.22.

¹⁷ ARKAN; Marka hukuku, C.I, s.43.

¹⁸ YASAMAN; Hizmet Markaları, s.73 vd. ; ARKAN, Marka Hukuku, C.I. s.44.

¹⁹ YASAMAN; Hizmet Markaları, s.17.

Hizmet markaları işletmeler tarafından belirli bir hizmetle düşünsel bağ kurulabilecek Şekilde işletmenin iş evraklarına, araç gereçlerine, elemanlarının kıyafetlerine, işletme binasının girişine vs. koyularak kullanılır²⁰.

5. Garanti Markası

556 sayılı KHK'nın Uygulanma Şeklini Gösterir Yönetmeliğin 7. maddesine göre garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında bir çok işletme tarafından kullanılan ve o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menŐelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işarettir. Marka sahibinin veya marka sahibine iktisaden bağlı olan işletmelerin, garanti markasını mal ve hizmetlerinde kullanması yasaktır²¹. Bu düzenleme kişinin kendi kendini denetleyemeyeceği anlayıŐı ve de garanti markası sahibinin yapacağı denetlemenin objektifliğine zarar vermemek düŐüncesi ile yapılmıştır.

6. Tanınmış Marka

Tanınmış markanın her somut olaya göre farklılık göstermesi ve önceden belirlenmiŐ kriterlere uymaması nedeniyle tanımı genellikle kanun metinlerinde yer almamıŐtır. 556 sayılı KHK'da tanınmış markanın tanımı verilmemekle birlikte tanınmış markayla ilgili olarak 7/1 maddesi (i) bendinde “ *Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markalar* ” ; 8/4 maddesinde de “ *markanın toplumda ulaŐtıęı tanınmıŐluk düzeyi* ” ifadeleri kullanılmıŐtır²².

Tanınmış marka kavramıyla bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde bilinen veya

²⁰DİRİKKAN, Hanife; “*Tescilli Markayı Kullanma Klfi*” , Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İŐstanbul 1998, s.219-279, s.240.

²¹YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C.I., s.23.

²²YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, C.I., s. 23.

yerleşmiş markalar değil, dünya çapında olmasa bile yurt içinde ve yurt dışında özellikle üzerine konulduğu malın ve hizmetin yöneldiği tüketici çevresinde veya ilgili sektörde tanınmış olan markalar kastedilir.

Dünya Ticaret Örgütü bünyesinde tanınmış marka uzmanları komitesince, üye devlet kanun koyucu ve uygulayıcılarına tanınmış markanın tespitinde yararlanabilecekleri kriterler oluşturulmuştur²³. Tanınmış marka kavramı ticaret piyasasında çok tanınan markaların sahiplerini aynı markanın daha sonra başkaları tarafından kullanılması neticesi oluşacak zarardan korumak amacıyla geliştirilmiştir²⁴. Sahibi açısından, tanınmış marka, çok büyük bir ekonomik değere sahip olan ve halk içinde yeni bir fonksiyon ifade eden kavramdır²⁵.

Tanınmış marka ile maruf markayı ayırt etmek gerekir. Maruf marka daha çok belli bir ticari muhit içinde tanınan ve belli bir alıcı çevresinin dışına çıkamayan markadır. Yani maruf marka yöresel nitelik taşır²⁶. Tanınmış marka deyiimiyle ise geniş ya da çok geniş halk kitleleri tarafından bilinen markalar ifade edilir²⁷.

Dünya markaları, dünya çapında satışı yapılan veya fiilen yapılmasa dahi bu ülkelerde bilinen markalardır. Dünya markası ve tanınmış marka birbirinden farklı kavramlardır. Tanınmış markalarda belirli bir ülke ile sınırlı tanınımlık yeterli kabul edilmektedir. Ancak dünya markası, tanınmış markanın koşullarını taşıdığı için 556 sayılı KHK'ya göre tanınmış markalara sağlanan korumadan faydalanabilecektir²⁸.

²³ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK şerhi, C.I, s. 24.

²⁴ OYTAÇ, Kutlu; Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, İstanbul 2002, s. 120.

²⁵ YASAMAN, Hamdi; “*Tanınmış Markalar*”, Ord. Prof. Dr. Halil ARSLANLI'nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978, s. 691-708, s.695.

²⁶ TEKİNALP, Ünal; “*Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu*” Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 472.

²⁷ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I, s. 24.

²⁸ DİRİKKAN; Tanınmış Markanın Korunması, s. 44-47.

IV. Markanın Fonksiyonları

1. Kaynak Gösterme Fonksiyonu

Marka, mal ve hizmetleri, bu işaretleri kullanan müesseseleri belirterek veya onları kolayca tayin edilebilir hale getirerek açıklar²⁹. Marka sahibinin adı veya mal ya da hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini ya da pazarlandığını bildirmesi açısından kaynağın gösterilmesi önemlidir. Çünkü tüketiciler satın aldıkları malın veya hizmetin hangi işletmeye ait olduğunu markasına bakarak anlamaktadırlar.

Kaynak gösterme fonksiyonu, marka sahibine, mal ya da hizmetini pazarlama; tüketiciye ise rakip işletmelerce üretilen benzer mal ya da hizmetlerin arasından seçim yapabilme olanağı sağlar. Marka, malların birbirinden ayırt edilmesini sağlamalı, ayrıca malı veya hizmeti üreten teşebbüsü belirtmekle müteşebbisler bakımından da ayırt edici rol oynamalıdır³⁰.

Tanınmış markanın söz konusu olduğu durumlarda marka, bizzat teşebbüsü işaret eder. Gerçekten tüketicinin kaliteye göstermiş olduğu güvenin sebebi tanınmış markaya ve onu üreten teşebbüse duyulan güvendir³¹.

Gün geçtikçe farklılaşan üretim, pazarlama ve dağıtım yöntemleri sonucunda markanın malın kaynağı ile olan sıkı bağlantısı ortadan kalkmaya başlamıştır. Hizmet markalarına ilişkin franchising sözleşmeleri ve malın üretimine veya pazarlanmasına ilişkin lisans sözleşmeleri gibi durumlarda marka ile mal veya hizmetin kaynağı arasındaki ilişkinin tümüyle kesilmesi söz konusu olmuştur. Gerçekten günümüzde markanın, malın kaynağını gösterme fonksiyonu başlangıçta sahip olduğu etkiden çok daha az etkiye sahiptir. Hatta pek çok mal açısından markanın ayırt etme fonksiyonunun

²⁹ ÖÇAL, Akar; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967, s.16.

³⁰ KARAHAN, Sami; Ticaret Hukukunun Temel Kavramları, Konya 1994, s.95.

³¹ ÖÇAL; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.17.

malın kaynağını gösterme fonksiyonunun yerini aldığı düşünülmektedir³².

2. Ayırt Etme Fonksiyonu

Marka, bir mal veya hizmetin hangi işletme tarafından üretildiğini veya piyasaya arz edildiğini gösterir³³. Marka, kendi simgesel gücünün yarattığı farklılıkla diğer markalardan ayrılır³⁴. Markanın bu fonksiyonu sayesinde, marka sahibi mal ya da hizmeti pazarlama; tüketici ise rakip işletmelerce üretilen benzer mal ya da hizmetler arasından seçim yapabilme imkanı bulur.

Bu fonksiyon tanınmış markalarda çok daha fazla ağırlığını hissettirir. Gerçekten tanınmış markalar bizzat işletmeyi işaret etmektedirler.

Bir markanın zihinde daha fazla kalabilmesi ve ayırt edici özelliğinin artmasında özgün ve alışılmışın dışında olmasının faydası büyüktür. İyi seçilmiş veya ustaca tasarlanmış bir marka, temsil ettiği mal ya da hizmeti rakip işletmelerin mal veya hizmetlerinden net bir şekilde ayırır.

3. Garanti Fonksiyonu

Markanın garanti fonksiyonu, tüketicinin güven duyduğu, malının kalitesine inandığı işletmeyi onun markasıyla tanımasıdır. Bir başka deyişle garanti fonksiyonu, markanın, tüketiciye bugün beğendiği malı yarın da bulacağını temin etmesi demektir³⁵. Maldan veya hizmetten yararlanan kişi aynı marka altındaki mal veya hizmetin daima aynı niteliğe ve kaliteye sahip olacağı inancını ve beklentisini taşır. Garanti fonksiyonu sabit kaliteyi işaret eder. Bu fonksiyon ile aynı markalı ambalajlar içinde aynı malların

³² KARAHAN, Sami; Ticari İşletme Hukuku, Konya 1995, s. 141 ; ARKAN, Marka Hukuku C.I. , s. 38 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 347

³³ ARSEVEN, Haydar; Nazari ve Tatbiki Alameyi Farika Hukuku, İstanbul 1951, s. 7.

³⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 338.

³⁵ ÖÇAL; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s. 18.

aynı kalitede bulunduğu ifade edilmektedir³⁶. Tüketicilerin, kalıcı olan bir kalite ile marka arasında ilişki kurma eğilimleri markanın garanti fonksiyonuna ekonomik açıdan temel oluşturur. Marka, iyi malın kötü mal ile yer değiştirmesine karşı alıcıyı korur ve alıcı artık malın kalitesini sınıma ihtiyacı hissetmez³⁷.

Marka altında satılan mal ve hizmetlerin görülebilir uygun kalite derecesinde olması, markanın ününün ve itibarının temelinde yatan faktördür. Marka sahibi, markasının ekonomik değerini artırmak, elde ettiği itibarı kaybetmemek, müşteri potansiyelinde azalmaya sebep olmamak için malının veya hizmetinin kalitesinin bozulmamasına ve süreklilik arz etmesine özen göstermelidir³⁸.

Marka sahibinin, aynı marka altında üretilen malların hep aynı kalitede olmasını sağlama gibi bir yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla markanın, hukuksal açıdan malın veya hizmetin belli özelliklere sahip olduğunu ve daima aynı kaliteyi koruyacak şekilde üretildiğini garanti etme fonksiyonu yoktur. Ancak, marka hakkı sahibi ticaretini devam ettirebilmek, alıcılarına güven vermek ve elde ettiği güveni kaybetmemek istiyorsa malların veya hizmetlerinin kalitesini bozmamaya gayret eder. Kalitenin bozulması durumunda tüketicinin yapacağı şey söz konusu markayı taşıyan ürünü almaktan vazgeçmektir³⁹.

4. Reklam Fonksiyonu

Tüketici, malı marka aracılığıyla tanıyıp satın alır. Markanın tanınıp halk arasında itibar kazanması da ancak başarılı bir reklam kampanyası sonucunda gerçekleşebilir⁴⁰. Reklam ile marka artık kaynaşmış vaziyettedir. Markasız reklam düşünülemez⁴¹.

³⁶ ARSEVEN; Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, s. 9.

³⁷ KARAHAN, Sami; Marka Şekilleri, İstanbul 1987, s. 8.

³⁸ KARAHAN; Marka Hukuku, s. 7.

³⁹ ÖÇAL; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s. 18.

⁴⁰ ARSEVEN, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, s. 8 ; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 315.

⁴¹ ÖÇAL; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s. 19.

Ticari hayatta başarılı olmanın önemli sebeplerinden biri de isabetli marka seçimidir. Zira reklam, pazarlamanın en önemli faktörüdür ve markasız da reklam olmaz. Malı veya hizmeti sattıran, reklamı yapılan marka olduğu için, marka işletmeler için çok büyük bir değer ifade etmektedir⁴².

Marka yanıltıcı olmamalı, eksik veya yanlış yönlendirici reklama aracılık yapmamalıdır. Zira marka, sahibine pazar sağladığı, hizmetler hakkında tüketiciyi bilgilendirdiği için, güvenilir marka, hem marka sahibinin hem de tüketicinin çıkarımadır.

Markanın tanınmışlık düzeyinin artması markayı kullanan işletmenin müşteri çevresinin genişlemesini sağlamakla birlikte rakip işletmelerin pazarda kalmalarını güçleştirir. Bu durumun bir sonraki aşaması tekelleşmedir⁴³.

Markanın reklam fonksiyonuyla kastedilen sadece markanın temsil ettiği ürün aracılığıyla oluşan bir reklam gücü değil, aynı zamanda markayı oluşturan işletenin özgünlüğünden doğan bir reklam etkisidir⁴⁴. Keza günümüzde büyük ticari işletmelerin bir çoğunun seçtiği ve kullandığı markalar, artık işaret-ürün çağrışımından çok işaret-imaj çağrışımını uyandırmaktadır⁴⁵.

V. Marka İle İlgili Uluslararası Anlaşmalar

1. Paris Sözleşmesi

Paris Sözleşmesi 20 Mart 1883 yılında imzalanmıştır⁴⁶. Paris Sözleşmesi'nden önce marka hakkı her ülkenin kendi iç hukuk sistemine göre korunuyordu. Sınai

⁴² KARAHAN; Marka Şekilleri, s. 11.

⁴³ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet, s. 347.

⁴⁴ GÜRZUMAR, Osman; Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995, s. 52.

⁴⁵ BOZBEYOĞLU, Cengiz; “ Sanayici ve İşadamları Açısından Markaların Korunması ”, Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 24-25 Haziran 1998, s. 359-364.

⁴⁶ www.wipo.org sitesinde ayrıntılı açıklaması yer almaktadır.

mülkiyetin yeknesaklaştırılması için yapılan ilk çalışma olan Paris Sözleşmesi, üye devletlerin yerel hukuklarını ihlal etmeden, kurulacak birlik çerçevesinde, sınai mülkiyet üzerindeki hakların korunması amacıyla temel prensiplerin konulması amacını taşımaktadır⁴⁷. Sözleşme, 1900, 1911, 1925, 1934, 1958 ve 1968 yıllarında çeşitli değişikliklere uğramıştır. Paris Sözleşmesi marka hukukunun anayasası niteliğindedir⁴⁸.

Paris Sözleşmesi'nde marka hakkıyla alakalı iki temel ilke yer almaktadır: Bunlardan biri “*vatandaşla eşit işlem ilkesi*”, diğeri ise “*rüçhan hakkı ilkesi*” dir⁴⁹. Sözleşme hükümlerine göre üye ülkelerden herhangi birinde yapılan marka tescili müracaatında, müracaat tarihinden itibaren altı ay içerisinde diğeri üye ülkeler rüçhan talebinde bulunabilir. Rüçhan hakkına dayanılarak tescil edilmiş bir marka aleyhine hükümsüzlük iddiasında bulunulabilir⁵⁰.

Türkiye, Lozan Antlaşması'nın eki olan Ticaret Mukavelenamesi'nin 14. maddesi ile Paris Sözleşmesi'ne katılmayı kabul ve taahhüt etmiştir. En son olarak da 1994 yılında, sözleşmenin Stockholm metnini tümüyle kabul etmiştir⁵¹.

2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPs)

Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması, uluslararası platformda yıllar süren görüşmeler neticesinde 15 Nisan 1994 yılında imzalanmış ve 1 Ocak 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Anlaşma, Türkiye tarafından 26.01.1995 tarih ve 4067 sayılı kanun ile onaylanarak 01.01.1995 tarihinden itibaren yürürlük kazanmıştır⁵². Anlaşmadan hem ekonomik hem de siyasi bakımdan maksimum yarar sağlanmasının temel şartı, anlaşmaya taraf olan ülkelerin her birinin anlaşmada tanımlanan kurullarla ilgili yasal düzenlemeleri belirlenen süreler içerisinde yapması, etkin bir biçimde uygulamaya

⁴⁷ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 36.

⁴⁸ BIÇAKÇI, Levent; Markanın Hakkı Sahibinin Korunması, İBD, C.70, 1996, s. 200-204.

⁴⁹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 36.

⁵⁰ DPT Fikri ve Sınai Haklar Özel İhtisas Kurulu Raporu, Ankara 2000, s. 191.

⁵¹ RG. 23.09.1994, s. 22060.

⁵² RG. 25.02.1995, s. 22213.

koyması ve gelişmelerden diğer ülkeleri zamanında haberdar etmesidir.

Fikri mülkiyet haklarının, taraf ülkelerin tamamında standart olarak ve etkin biçimde korunmasını öngörmesi Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın en önemli özelliklerinden biridir.

TRIPs⁵³, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1-C ekini oluşturmaktadır. TRIPs fikri haklar konusundaki en kapsamlı uluslararası sözleşme olup fikri hakların tüm türlerini içinde barındıracak kadar geniş bir şekilde düzenlemiştir⁵⁴. TRIPs'e üye ülkeler, sözleşmenin 11. maddesi uyarınca sözleşmede belirtilen daha kapsamlı bir koruma sağlama konusunda seçim hakkına sahiptirler. Ancak, üye ülkeler, sözleşmede belirtilenden daha düşük bir koruma öngöremezler.

TRIPs, içinde fikri mülkiyet haklarının tamamıyla ilgili çeşitli düzenlemeler barındırmaktadır. Marka ile ilgili olanlar 15. madde ile 21. madde arasındadır. Türkiye Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nı imzalayarak TRIPs'e de taraf olmuş bulunmaktadır.

3. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi

Stocholm'de 14 Haziran 1967 tarihinde imzalanan bir sözleşme ile kurulmuş ve 1974 yılı Aralık ayında Birleşmiş Milletler'in uzman kuruluşlarından biri olmuştur⁵⁵. Türkiye, Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı'nı kuran sözleşmeye 1976 yılında taraf olmuştur⁵⁶.

WIPO⁵⁷, fikri mülkiyetin dünya çapında korunmasını ülkeler arasında ve icabında diğer uluslararası teşkilatlarla iş birliği yaparak geliştirmeyi ve fikri mülkiyet birlikleri arasında iş birliğini sağlamayı amaçlar.

⁵³ Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights.

⁵⁴ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 36.

⁵⁵ www.wipo.org

⁵⁶ TPE; Sınai Haklar ile İlgili; Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, Ankara 2003, s.4.

⁵⁷ World Intellectual Property Organisation

WIPO; buluşlar, markalar ve endüstriyel tasarımların değişik ülkelerde korunmasını kolaylaştıran hizmetlerin verilmesini; uluslararası sözleşmelerin ve anlaşmaların düzenlenmesini; ulusal düzenlemelerin çağdaş hale getirilmesini; gelişmekte olan ülkelere teknik yardım sağlanmasını; üye ülkeler arasında idari iş birliğini teşvik etmeyi üstlenmektedir.

4. Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması

15 Haziran 1957 tarihinde imzalanarak 8 Nisan 1961 tarihinde yürürlüğe giren Nice Anlaşması, 14 Haziran 1967 tarihinde Stockholm'de ve 13 Mayıs 1977 tarihinde Cenevre'de revize edilerek son şeklini almıştır.

Nice Anlaşması hükümlerine göre ülkeler kendilerine uygun hukuki çerçevede bu anlaşmayı uygulamakta serbesttirler. Anlaşma, tescil edilmiş markaların sınıflandırılması ve hizmet markalarının uygulamaya konulması hususlarında da ülkelere bir yükümlülük getirmemektedir.

Nice Anlaşması'nın getirdiği sınıflandırmalar araştırma yapan uluslararası kuruluşlar için büyük kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca bahse konu sınıflandırmalar periyodik olarak güncellenmekte ve modernize edilmektedir.

Türkiye, 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Nice Anlaşması'na taraf olmuştur.

5. Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması

Viyana Anlaşması, Paris Sözleşmesi'ne üye ülkelerin teklifi üzerine 12 Haziran 1973 tarihinde hazırlanmış ve 9 Ağustos 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye

Viyana Anlaşması'na 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmış olup, anlaşma, Türkiye'de 01.01.1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Viyana Anlaşması'nda öngörülen sınıflandırma, hiyerarşik bir sistemle şekilleri genelde özele doğru, kategori, bölüm ve sınıflara ayırmayı esas almaktadır. Söz konusu sınıflandırma ülkeler arası iş birliği açısından avantajlar sağlamak ve ülkeleri tekrar sınıflandırma yapma zahmetinden kurtararak zaman kaybının önlenmesi sonucunu doğurmaktadır.

6. Markaların Uluslararası Tescili ile İlgili Madrid Anlaşması'na İlişkin Protokol

Madrid Anlaşması'nı tamamlayıcı nitelikte olan protokol 27 Haziran 1989 tarihinde hazırlanmış ve 01.12.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokol ile Madrid Anlaşması'na markaların uluslararası tescili ile ilgili yeni özellikler katılmıştır. Topluluk markası sistemini uluslararası marka koruma sistemine bağlama amacını güden Madrid Protokolü, Madrid Anlaşması'na katılmakta sorunlarla karşılaşan ülkelerin önündeki engelleri ortadan kaldırma amacı da taşımaktadır.

Madrid Protokolü uyarınca uluslararası tescil yaptırmak isteyen kuruluşlar kendi ülkelerinde marka tescili yaptırdıktan sonra veya sadece marka tescil başvurusunda bulduktan sonra bu başvuruya dayalı olarak uluslararası tescil başvurusunda bulunabilirler. Uluslararası marka tescil başvuruları Fransızca ve İngilizce yapılabilir. Başvuru, protokolün tarafları için belli bir formun doldurulmasıyla yapılmakta ve ilgili ofise yapılmış olan ulusal başvuru ve tescil numarası ve tarihi bildirilmektedir.

Türkiye'nin Madrid Protokolü'ne katılımı 05.08.1997 tarih ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile uygun görülmüş ve protokol, Türkiye için 01.01.1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKINA TECAVÜZ

I. GENEL OLARAK

Tecavüz, başkasının hakkını ihlal eden haksız fiildir⁵⁸. Dolayısıyla marka hakkına tecavüzü haksız fiilin bir türü olarak kabul etmek mümkündür⁵⁹. Hangi şartlar gerçekleştiğinde tecavüzün varlığından söz edileceğini kanunlarla tam anlamıyla belirtmek mümkün değildir. Kanunlarla genel çerçeve belirlenir ve prensipler konulur. Bu nedenle mahkeme içtihatları bu konuda oldukça önemli bir yer tutar. Zira münferit her bir olayla ilgili verilen kararlar sayesinde daha esaslı prensipler elde edilebilmekte, dolayısıyla da durum tespiti yapma daha da kolaylaşmaktadır.

556 sayılı KHK'nın 61. maddesinde marka hakkına tecavüz halleri tek tek sayılmıştır. Maddenin (a) bendinde KHK'nın 9. maddesine aykırı davranışların tecavüz oluşturacağı belirtilmiş, (b) ve (f) bentleri arasında diğer tecavüz fiilleri sayılmıştır.

Ancak, KHK' nın 9. ve 61. maddelerindeki bazı ifadeler yetersiz olup birbiriyle gelişir niteliktedir. Şöyle ki:

KHK md. 9/2 – b, tescilli markanın aynı veya benzeri olan işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesini, stoklanmasını bir tecavüz fiili olarak saymıştır. KHK md. 61/c'de ise markanın taklit edildiğini bilen ya da bilmesi gereken kişinin taklit markayı taşıyan ürünleri satmasının, dağıtmasının tecavüz oluşturacağı belirtilmiştir. Anlaşılacağı üzere

⁵⁸ 556 Sayılı KHK sadece markadan doğan mutlak hakları korur. Korumanın kapsamına Borçlar Hukuku sözleşmelerinden doğan alacak, borç ve talepler ile KHK' da düzenlenen ancak mutlak hak ile ilgili olmayan kanuni hak ve talepler girmez. TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 452, 599.

⁵⁹ OYTAÇ, Kutlu; Markalar Hukuku, İstanbul 1999, s. 77 vd. ; ERGÜN, Mevci; “ *Türkiye'de Marka Hakkına Tecaviz Davaları* ”, Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998 İstanbul, s. 145-194 ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet, s. 452.

KHK'da aynı konuda iki farklı düzenleme yer almıştır. Söz konusu çelişkinin giderilebilmesi için KHK md. 9/2 – b'nin, markanın veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin piyasaya sürülmesi ya da bu amaçla stoklanması halinde; KHK md. 61/c'nin ise markayı taklit edenden malları iktisap ederek ticari amaçla elinde bulunduran, satan kişiler hakkında uygulanmasının gerekli olduğunu kabul etmek gerekir.

556 sayılı KHK hükümlerinin uygulayıcıya yol gösterecek prensiplerden yoksun olduğu bilinmektedir. Örneğin KHK md. 9'da “*tescilli marka ile aynı veya benzer bir işaretin kullanmasından, ayrıca bu kullanımın halk üzerinde karıştırılma ihtimalinden*” bahsedilmekle, KHK md. 61/b'de ise “*marka sahibinin izni olmaksızın markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” ifadeleri yer almaktadır. Ne var ki her iki madde metninde de bir markanın aynen veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmaya ilişkin kriterlere yer verilmemiştir.

Bilindiği üzere markaya tecavüz temel olarak taklit ve taşıyir şekillerinde görülür. Taklit, bir markanın aynen kopya edilmesi; taşıyir ise iki marka arasında algılamada bir karışıklık meydana getirerek benzerlik oluşturulması halidir. Hem taklitte hem de taşıyirde iltibas söz konusu olmaktadır. Gerçekten markaların karıştırılma ihtimali varsa iltibastan söz edilebilir. İltibas, taklit ve taşıyirin üst kavramı olarak görülmektedir⁶⁰. Türk Ticaret Kanunu'nun 57/5. maddesi “*iltibasa meydan verebilecek şekilde marka kullanmak*” ibaresini barındırmaktadır. Söz konusu ibaredeki “*iltibas*” sözcüğü ile kastedilen anlam taklit ya da taşıyirden tamamen farklı değildir. Doktrindeki hakim görüşe göre TTK Md. 57/5, hem taklidi hem de taşıyiri içine alabilecek bir anlama sahiptir⁶¹. Karşı görüşte olan TANSI ise “*Taklit ve iltibas aynı şeyler değildir. Taklitte benzerlik, hemen hemen aynıyet vardır. İltibasta bir aynıyet*

⁶⁰ Bilgişin'in ifadesine göre “*iltibasa mahal vermek ifadesi ile taklit ve taşıyirin hudutları da aşılarak çok geniş bir tatbik alanı kabul edilmiş bulunmaktadır*” , BİLGİŞİN, Şevket M; Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I. , 2. Baskı, İstanbul 1948, s. 214 ; ARSEVEN ise “*Taklit fiilinde iltibas unsuru tabii olarak mevcut farzolanmaktadır; zira marka umumiyetle aynen kalmıştır. Taklit fiilinde iltibas aranmaz değil, iltibas zaten vardır. Bu bakımdan ayrı bir unsur olarak tetkikine gerek yoktur*” demektedir, ARSEVEN, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, s. 139.

⁶¹ ÖÇAL, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.108; KARAYALÇIN, Ticaret Hukuku, s. 461; ARSEVEN, Nazari ve Farika Hukuku, s. 139; BİLGİŞİN, Ticaret Hukuku Prensipleri, s. 214.

değil, yakınlık hatta uzak bir münasebet bile kafidir” demektedir⁶².

Taklit ve tağyir ayrımı özellikle bilirkişi incelemesi ve ispat konularında önem arz etmektedir. İçtihatlardaki hakim görüşe göre iki marka arasındaki benzerlik açık ise bilirkişi incelemesine gerek yoktur⁶³. Benzerliğin çok açık olmadığı durumlarda iltibasın tespiti teknik bilgi ve toplumsal araştırma ile mümkün olacaktır. Bu durumda Yargıtay ve mahkemeler bilirkişi incelemesini gerekli görmektedir⁶⁴. Taklitte ise markanın aynen kullanılması söz konusudur. Markanın taklit edilmesi durumunda alıcıların markaları karıştırdıkları muhakkak olduğundan iltibasın ispatına lüzum yoktur⁶⁵.

II. TAKLİT

Markanın taklidi markanın aynen kullanılmasıdır.⁶⁶ Taklit kısmen veya tamamen olabilir⁶⁷. Tamamen taklit yani markanın aynen kullanılması açık bir tecavüz oluşturacağından bu duruma sık rastlanmaz. Tamamen taklidin söz konusu olduğu durumlara, bir markanın başka kişiler tarafından farklı türdeki emtia için kullanılması⁶⁸ veya marka üzerinde karşılıklı hak iddialarının bulunduğu durumlar⁶⁹ örnek olarak gösterilebilir. Kısmen taklit yani kısmen aynen kullanma durumunda marka aynen denecek kadar az değiştirilerek kullanılır⁷⁰. Değiştirilmenin ölçüsünü her olayda mahkemeler belirleyecektir.

⁶² TANSI, Ömer Celal; Ticaret Hukukunda Alamet-i Farika İltibasları, İBD 1965, C.XIX, S.S, s.301.

⁶³ 11. HD. 22.05.1989, E.3286, K.3018

⁶⁴ 11. HD. 27.09.1976, E.4091, K.4234; 11. HD. 23.11.1978, E.46, K.5251; 11. HD. 22.02.1985, E. 516, K. 879; TD. 27.04.1970, E. 69/2460, K.70/1727; 11. HD. 07.03.1985, E.887, K.1265

“.... açıklığa kavuşması için birisi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi, diğer İTO üyesi bir tacir diğeri de muhasebeci veya bankacı olmak üzere üç kişiden oluşan bir bilirkişi heyeti oluşturularak rapor alınması ve sonuca göre hüküm kurulması....” 11. HD. 30.06.1986, E. 3490, K. 4049

⁶⁵ TRIPs Md. 16 uyarınca da aynı mal ve hizmetler için aynı işaretin kullanılması halinde karışıklık olasılığının mevcut olduğu varsayılır.

⁶⁶ Taklit: Benzemeye veya benzetmeye çalışma, aslının benzeri olarak yapılmış şey, bir şeyin sahtesini yapma. DOĞAN, D. Mehmet; Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 1990, 8. Baskı.

⁶⁷ CENGİZ, Dilek; Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul 1995, s.6.

⁶⁸ 11. HD. 14.06.1998, E. 1918, K. 3940

⁶⁹ 11. HD. 27.09.1985, E. 4766, K. 4909

⁷⁰ HIRŞ, Ernest; Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1948, 8. Baskı, s. 160.

Marka üzerindeki öncelik hakkı, özgün biçimin korunmasını sağlar. Biçim, malın kalitesini veya belli bir firmayı çağrıştırıyorsa özgünlükten daha kolay söz edilebilir. Markanın biçim olarak eşinin kullanılması da aynen kullanma bir başka deyişle taklit olup tecavüz kapsamında değerlendirilir⁷¹.

Markanın söyleniş itibariyle eşinin kullanılması, bir başka deyişle markaların yazılışlarının farklı söylenişlerinin aynı olması durumunda taklidin mi yoksa taşıyın mı söz konusu olduğu hususu tartışmalıdır. Bizce burada taklit söz konusu değildir. Zira söylenişleri aynı olsa bile yazılışları farklı olan markaların⁷² alıcılar tarafından karıştırılma ihtimalleri çok yüksek değildir. Markanın görsel ögesi her zaman hatırlanacaktır. Bu sebepten söyleniş itibarıyla markanın eşinin kullanıldığı durumları taşıyın olarak nitelenmek yerinde olacaktır. Bununla birlikte alıcıların markaları karıştırıp karıştırmadıkları hususu da araştırılmalıdır.

Anlam bakımından markanın eşinin kullanılması durumunda tıpkı söyleniş itibarıyla eşinin kullanılmasında olduğu gibi, iltibastan söz edilebilmek için alıcıların markaları karıştırma ihtimallerinin olması gerekir. Markanın anlam itibarıyla eşinin kullanıldığı her durumda alıcıların markaları karıştırdıkları söylenemez. Tecavüzden söz edilebilmek için her somut olayda ayrıca tespit yapılmalıdır. Aynı durum çeviri markalarda da söz konusudur⁷³. Markanın çevirisinin kullanıldığı durumlarda iltibasın varlığını kabul etmek için alıcıların markaları karıştırdıklarının tespiti gerekir. Fransız hukukunda iki halde alıcıların çeviri markaları karıştırdıkları tespit edilmiştir⁷⁴: İlki, markayı taşıyan mal ihraç edilmekteyse, marka sahibi, alıcıların, markasını anlayabilmelerini sağlamak amacıyla markayı, ihraç ettiği yabancı ülkenin diline

⁷¹ 11. HD. 10.06.1988, E. 87/8854, K. 88/3861

⁷² Pırıl-Prıl, Pigeonne-Pie Joune, Michel-Mişel gibi.

⁷³ 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'nin 1934 tarihli Londra metninin 6. maddesinde tanınmış markaların tercümesini teşkil eden işaretlerin iptalinden söz edilmekte, lakin bu kullanımın herkeşçe bilindiği kabul edilen tanınmış marka ile karışıklığa meydan verebilecek surette olması aranmaktadır.

⁷⁴ ÖÇAL; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s. 111.

çevirebilir. Bu halde başkasının bu çeviri markayı kullanması marka sahibinin yabancı pazarlardan yararlanma hakkına tecavüz oluşturur. İkincisi, markayı taşıyan malın sadece ülke içinde dağıtıldığı durumlarda söz konusu markanın çevirisi başkası tarafından kullanıldığında her iki marka alıcılar tarafında karıştırılabiliyor ise tecavüz vardır.

Kısmi aynen kullanma, bir başka deyişle markanın dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar az değiştirilerek kullanılması halinde mülga Markalar Kanunu aynen kullanmanın söz konusu olduğunu belirtmekteydi. 556 sayılı KHK 61. maddesinin (b) bendinde bu hususu “... markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek” şeklinde ifade etmeye çalışmıştır. Kanaatimizce bu ifade taklitten ziyade tağyirin tanımına uygun düşmektedir. Farkına varılmayacak kadar az değişikliğin sınırlarının yasa ile çizilmesi mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu sınırı her somut olayda mahkemeler çizmelidir. Ancak markanın kendine has, ayırt edici unsuları değiştirilmemiş olmalıdır⁷⁵.

Markanın renginin değiştirilerek kullanılması da aynen kullanmadır. Marka renksiz veya belirli bir renkte tescil edilmiş ve bu marka başkası tarafından hangi renkte olursa olsun kullanılmışsa taklit suretiyle marka hakkında tecavüz oluşmuştur⁷⁶.

III. TAĞYİR

Üzerinde bir başkasının hak sahibi olduğu markanın aynen değil de değiştirilerek kullanılması halinde tağyirden⁷⁷ söz edilir. Markanın tağyir edilmiş şeklinin kullanılması suretiyle markaya tecavüz fiilin oluşması için gerçekleşmesi gereken iki şarttan ilki; başkasının hak sahibi olduğu bir markanın benzerinin kullanılması, ikincisi ise, bu benzerliğin alıcıların markaları karıştırmalarına neden olacak surette olmasıdır. Alıcıların beyninde iltibas doğuracak şekilde bir benzerlik

⁷⁵ TD. 14.03.1963, E. 4103, K. 1419 nolu kararda “ Derby ” ve “ Yeni Derby M.Y. ” markaları arasında aynen kullanmanın varlığı kabul edilmiştir.

⁷⁶ ÖÇAL, Akar; Marka Hukukunda Rengin Önemi, ABD 1968, C. XXV, s. 416; ÖÇAL; Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.114.

⁷⁷ Tağyir: Değiştirme, başkalaştırma. Türkçe sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1979.

bulunması halinde tağyir vardır⁷⁸.

Bir markada bulunan unsurların diğer markalarda da bir kısmının bulunması doğaldır. Zira kelimeler, rakamlar, çizgiler, harfler ve renkler sınırlıdır. Tağyirin, söz konusu olabilmesi için benzerlik aldaticı nitelik taşımalıdır. Tağyirin dolayısıyla da iltibasın varlığı araştırılırken göz önünde tutulacak olan markanın bütünüdür. Burada önemli olan, markanın bir bütün olarak uyandırdığı intibadır⁷⁹.

Tağyirden söz edebilmek için markaların, dikkatli ve ayrıntılı bir inceleme sonunda değil de yüzeysel bir inceleme sonucunda karıştırılabilecek şekilde benzer olmaları bir başka deyişle ilk bakışta kolayca ayırt edilemeyecek şekilde benzer olmaları gerekir⁸⁰.

İki markanın ayrıntılarında çok benzerlik bulunduğu halde bütün itibarıyla ayrı etki bırakıp karıştırılmalarının mümkün olmadığı haller ile birlikte ayrıntılarında benzerlik bulunmamasına rağmen ustaca yapılan bir kompozisyon neticesinde markaların bütünü itibarıyla iltibasın oluşabileceği haller de vardır⁸¹.

Markalar söylenişleri bakımından kulağa, şekilleri bakımında göze hitap eder. Anlam itibarıyla da zihinde çağrışım yapar. Markayı oluşturanlar resim, harf, rakam, isim ve bileşimleridir. Esaslı unsur, bazı markalarda şekil, bazılarında telaffuz bazılarında ise anlamdır. Farklı unsurlardan oluşan bir markada iltibas ihtimalinin

⁷⁸ ARSEVEN, Nazari ve Tatbiki Alamenti Farika Hukuku, s. 142.

⁷⁹ KARAYALÇIN; Ticaret Hukuku, s. 461.

⁸⁰ Da. 12.D 12.01.1970, E. 68/739, K.70/29 nolu kararında "... tescili istenen "VİYOLA" markası ve fabrika resminin tescili olan "VİALA" markasına benzemediği, Markalar Kanunu'nun 7. maddesine göre markanın bir bütün olduğu ve münferit unsurlardan ziyade genel intibain nazara alınacağı hükmü karşısında markasının fabrika resmi ile birlikte nazara alınması, sadece viyola isminin münferit olarak nazara alınmaması ileri sürülüyor ise de, tescili istenen markada hakim unsurun büyük harflerle yazılı bulunması ve bu markanın tescilli markadan ayrılmayacak kadar telaffuz benzerliği arz etmesi karşısında evvelce tescil edilmiş olan markaya iltibasa mahal verecek derecede telaffuz bakımından benzeyen markanın ..." denmektedir. SAĞLAM, Adil; Türk Markalar Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1973, s. 37.

⁸¹ Da. 12.D 07.04.1970, E.69/2241, K. 70/967 nolu kararında "... düz PAKSOY markası ile tescili istenen kenarı tırtıllı oval bir şekil içinde üstte AKSOYLAR ibaresi yazılı ve ortada yine oval içinde ağız kapalı bir kerpeten resminin bir bütün olarak ele alındığında ilk bakışta biçim, mana ve telaffuz bakımından benzerlikleri bulunmadığı anlaşıldığından..." ifadeleri yer almaktadır. (SAĞLAM; Türk Markalar Şerhi ve Tatbikatı, s.38.) "... iki markanın esaslı özellikler bakımından ayrılıp ayrılmadığını tayin ederken bu markaların öğelerini ayrı ayrı incelemek doğru olmayıp, bütün olarak markaların bellekte bıraktıkları etkiyi dikkate almak gerekir. " (EDGÜ, Ekrem; Fabrika Markaları, ABD 1954, S.I, s.68.)

mevcudiyeti araştırılırken esaslı unsurun hangisi olduğuna bakılır⁸².

Markaya tecavüzün varlığını kabul etmek için iltibasın gerçekleşmiş olması gerekmez. İltibasın gerçekleşme ihtimalinin olması yeterlidir⁸³. Ancak bu ihtimal, gerçekleşebilir nitelikte olmalıdır. Uzun zamandır piyasada yan yana kullanılan iki marka fiilen bir karışıklığa meydan vermiyorsa ve iş çevrelerinde ayrı ayrı tanınmış hale gelmişlerse iltibasın gerçekleşme ihtimalinin bulunmadığı söylenebilir.

IV. MARKA HAKKINA TECAVÜZ HALLERİ

1. 556 Sayılı KHK'nın 9. Maddesinin İhlal Edilmesi

Genel olarak hangi hallerin markaya tecavüz teşkil ettiği KHK'nın 61. maddesinde belirtilmiştir. Maddenin (a) bendine göre marka tescilinden doğan hakların kapsamını gösteren 9. maddenin ihlal edilmesi marka hakkının ihlali sayılır. Ancak, KHK'nın 9. maddesinin ihlal edilmesinin marka hakkının ihlali sayılacağını öngören KHK'nın 61. maddesinin (a) bendi Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile iptal edilmiştir. Aynı karar ile 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 9. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi, 9. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendi ve 61. maddesinin (c) bendi de iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararından sonra KHK'nın 9. maddesinin iptal edilmesi KHK'nın öngördüğü şekilde marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecektir. Bir başka deyişle KHK'nın 9. maddesinin ihlali durumunda KHK'nın 61. maddesine dayanılarak tecavüz iddiasında bulunulamayacaktır. Ancak, kanaatimizce

⁸² KARAHAN, Sami; Markalarda İltibas, SÜHFD, Ocak-Haziran 1990, S.3 , C.III, s.234.

⁸³“Davacının imal ettiği içki ‘Coca-Cola’ markası adı altında A.B.D’ de, diğer memleketlerde ve bu arada Türkiye’de de muteber bir şekilde tescil edilmiştir. Buna rağmen davalı ‘Kola Kola’ markasını Türkiye’de tescil ettirmiş ve kullanmaktadır. Davacı bunun iltibasa meydan verdiğini ve bundan dolayı ortada bir haksız rekabetin bulunduğunu iddia etmektedir ve netice olarak da Kola Kola kelimelerini havi ilmuhaberinin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Davalı ise ortada bir iltibasın bulunmadığını, davacının yabancı olduğunu, tescil ettirdiği markası altında Türkiye dahilinde imalatta bulunmadığını ve mamullerin normal ithalat yolu ile Türkiye’ ye ithal edilmediğini iddia etmektedir. Mahkeme, davacının ‘Coca-Cola’ markasının muteber bir şekilde tescil edildiğini görmüş ve bilirkişi raporunda belirttiği üzere ortada bir iltibasın bulunduğunu neticesine varmıştır. Davacıya ait mamullerin Türkiye’ ye gelmemesinin dava açılmasına teşkil etmeyeceği görüşü ile de Kola Kola markasının iptaline karar vermiştir.” (ANSAY, Tuğrul; Yabancı Markaların Türkiye’de Himayesi - Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla-Batider 1963, C.II, S.2, s.270-275)

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından, KHK'nın 9. maddesinin ihlal edilmesi halinde hiçbir şekilde marka hakkına tecavüz olmayacağı şeklinde sonuç çıkarmak mümkün görünmemektedir. Aksi durumda tanınmış olan veya olmayan her tür markanın suistimali için açık kapı bırakılmış olacak ve bu durum da markanın yadsınamaz bir öneme sahip olduğu günümüz ticari hayatında ve marka hukukuna ve dolayısıyla ticaret hukukuna ilişkin yargılamalarda büyük çapta aksaklıklara neden olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu iptal kararının ardından uygulamada meydana gelebilecek aksaklıkların önlenmesi noktasında KHK'nın 9. maddesinin ihlal edildiği durumlarda Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin hükümlerinin uygulanmasının isabetli olacağını düşünmekteyiz. Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet başlığı altındaki 4. faslının hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareketler başlığı altındaki ikinci kısmında bulunan 57. maddenin 5. fıkrasında "*Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle itibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla itibasa meydana verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut itibasa meydana veren malları, durumu bilerek veya bilmiyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak*" denilerek bu türden hareketlerin haksız rekabet meydana getireceği belirtilmiştir. Madde hükmü incelendiğinde KHK'nın 9. maddesinde belirtilen haksız kullanım hallerinin yorum yoluyla bu madde hükmüne uyarlanabileceği görülecektir. Markanın haksız rekabete sebebiyet verecek şekilde kullanılması da hiç şüphe yok ki marka hakkına tecavüz teşkil edecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin adı geçen iptal kararından kısa bir süre sonra 5833 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 28.01.2009 günü yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile KHK'nın 9, 61 ve 61/A maddeleri küçük değişikliklere uğrayarak yeniden uygulamaya konulmuştur. 5833 sayılı kanun ile, KHK'nın sözü edilen maddelerinin konumu kanun

ile öngörölmelerinden ötürü güçlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının temel gerekçesi ceza normu niteliğinde olan hükümlerin ancak kanunla düzenlenmesi gerektiği idi. 5833 sayılı kanun ile bu koşul sağlanmakta ve marka hakkına tecavüz hallerinde iptal kararından önceki duruma dönölmüş olmaktadır. Hiç şüphesiz Anayasa Mahkeme'sinin iptal kararının yürürlüğe girdiği zaman ile 5833 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği zaman arasında vuku bulan marka hakkına tecavüz durumlarında TTK hükümleri uyarınca uygulama yapılacaktır.

Tescilli bir markaya getirilen koruma tescil kapsamındaki mal ve hizmetin aynısı, benzeri veya ayırt edilemeyecek derecede benzerine ilişkindir. Bu durum, korumanın, tescilin yapıldığı mal veya hizmetle ya da benzeri mal veya hizmetle sınırlı olma ilkesi olarak adlandırılır⁸⁴. Tanınmış markada ise durum farklıdır. Tanınmış markalarda korumanın tescilin kapsamı ile sınırlı olması ilkesi geçerli değildir.

1.1. Aynı Mal veya Hizmetlerle İlgili Olarak Tescilli Marka İle Aynı Olan Herhangi Bir İşaretin Kullanılması (KHK md. 9/1-a)

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile KHK'nın 9. maddesinin ihlal edilmesinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini öngören KHK'nın 61. maddesinin (a) bendini iptal etmiş olsa da aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması marka hakkına tecavüzün en bariz şeklini teşkil eder. Zira bu durum TTK md. 57/5'te de haksız rekabet teşkil eden ve iyiniyet kurallarına aykırı bir hareket olarak tanımlanmıştır. Burada tecavüzü oluşturan işaretle tescilli marka arasında iltibas olasılığının varlığını göstermeye gerek yoktur. Zaten kullanılan işaretler aynıdır.

28.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5833 sayılı yasa ile KHK'nın 9, 61, 61/A maddeleri küçük değişikliklere uğrayarak yeniden KHK'ya eklenmişlerdir. Bu

⁸⁴TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s.365.

durumda, aynı mal veya hizmetle ilgili olarak tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması, iptal kararından önce olduğu gibi, KHK anlamında marka hakkına tecavüz teşkil etmeye devam edecektir.

KHK md. 7/1-b uyarınca, tescilli bir markanın taklidi olan bir işaretin tescili ile ilgili olarak Türk Patent Enstitüsü'ne başvurulursa bu durum tescil için mutlak red sebebi teşkil edeceğinden talep reddedilecektir. Böyle bir durumda talep kabul edilmiş ve söz konusu işaret marka olarak tescil edilmiş ise önceden tescil edilmiş olan markanın sahibi, sonradan tescil edilen marka ile ilgili olarak hükümsüzlük davası açabilir. Tescilli marka ile aynı olan tescilsiz işaretin kullanılması marka hakkına tecavüz sayılır ve hukuk ve ceza davaları ile bu durum düzeltilmeye çalışılır. Ancak üzerinde durulması gereken husus şudur ki; her nasılsa tescil edilmiş olan bir marka, daha önceden tescil edilmiş bir markanın aynısı olup aynı mal veya hizmet grubunda kullanılsa bile tecavüzle ilgili hukuki ve cezai davalara konu olamaz. Çünkü marka tescillidir. Tescilli bir marka, yolsuz tescil edilmiş olsa dahi, marka hakkına tecavüze konu olamaz. Bu durumda daha önceden tescil edilmiş olan markanın sahibi sonradan tescil edilen marka için tescilin iptali davası açmalıdır⁸⁵. Geçerli bir marka tescili var olduğu sürece buna karşı marka hakkına tecavüz davası açmak ve devam ettirmek olanağı yoktur⁸⁶.

1.2. Halk Nezdinde Karışıklığa Yol Açacak Şekilde, Tescilli Bir Markanın Aynısı veya Benzerinin Markanın Tescil Kapsamına Giren Mal ve Hizmetler veya Benzerlerinde Kullanılması (KHK md. 9/1-b)

556 sayılı KHK md. 9/1-b bendi Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile iptal edilmiştir. Konuyu iptal kararından

⁸⁵“Tescilli marka sahibi bu tescil hükümsüz kılınmadıkça markasını kullanabilir. Bu bakımdan mahkemece verilecek iptal kararının kesinleşmesine kadar davalının tescilli ve geçerli markasını kullanması haksız rekabet oluşturmadığından haksız rekabetin tespit ve önlenmesi manevi tazminatın tahsili ve ferî nitelikteki diğer taleplerin kabulü uygun görülmemiş ve hükmiün bu nedenle davalı yararına bozulmasına karar verilmiştir” 11. HD. E. 2004/7313, K. 2005/5455.

⁸⁶KARAN, Hakan; KILIÇ, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004, s.455.

önceki durum ve sonraki durum olarak ele almak isabetli olacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin bahse konu iptal kararından önceki duruma değinecek olursak;

KHK, tescil edilmiş veya daha eski bir tarihte tescil için başvuruda bulunmuş marka ile karıştırılma ihtimali bulunan bir markanın, eski markanın sahibinin itirazı üzerine tescil olunamayacağını hükme bağlamıştır. KHK md. 9/1-b metninden de açıkça anlaşılacağı üzere markaların karıştırılma ihtimalinin bulunması bile tecavüzün varlığı için yeterli kabul edilmekteydi. Ancak bu durumun gerçekleşebilmesi için markaların karıştırılması ihtimalinin varlığının açıkça ortaya koyulması gerekiyordu⁸⁷. Alıcılar benzer markaları taşıyan ancak birbirinin aynısı olmayan mal ve hizmetleri farklı firmalara ait olduklarını bilerek satın alıyorsa karışıklıktan, dolayısıyla da tecavüzden söz edilemeyecekti⁸⁸.

Markaların kapsadığı mal veya hizmetler ne kadar benzer olursa, karıştırılma ihtimalinin önlenmesi için sonraki tarihli markanın önceki markadan o kadar farklı olması gerekiyordu. Mal veya hizmetlerin farklı olması halinde ise karıştırılma ihtimali azalmakta ve önceki ve sonraki marka arasında çok büyük farklar aramaya da gerek kalmamaktaydı⁸⁹.

Alıcıların iki farklı marka karşısında bulduklarını anlamalarına rağmen bu markaların aynı firmaya ait olduklarını sanmaları ya da bu malları üreten firmalar arasında bir bağlılığın bulunduğu düşüncesine kapılmaları durumunun da karıştırılma ihtimali içinde değerlendirilmesi gerekiyordu. Çünkü bu durumda karışıklığa yol açan markayı taşıyan mallar da marka sahibine atfolunmaktaydı⁹⁰.

⁸⁷ NOYAN, Erdal; Marka Hukuku, Ankara 2004, s.371.

⁸⁸ OCAK, Nazmi; "Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı", Prof. Dr. Ali BOZER'e Armağan, s.276.

⁸⁹ ARKAN; Marka Hukuku, C.I, s.97.

⁹⁰ ARKAN; Marka Hukuku, C.I. s.98.

Markalardaki karıştırılma yani iltibas tehlikesi temelde söyleniş⁹¹, şekil⁹² ve anlam⁹³ itibarıyla ortaya çıkabilirdi. Markaların karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde, işaretlerin toplu olarak bıraktıkları izlenim, eski markanın sahip olduğu ayırım gücü, orta düzeydeki alıcının dikkat ve özeni gibi hususlar da dikkate alınmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra oluşan mevcut durum şu şekilde değerlendirilebilir:

Esasen KHK md. 9/1-b bendinde bahsedilen durumda marka sahibinin, izin alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi bulunmaktaydı.

⁹¹ 11. HD.'nin 30.09.1983 tarih E. 3755, K. 4773 no'lu Domino/Damalı kararında “Her iki tarafın markaları tescilli ise, biri iptal edilmedikçe her iki marka kullanılabilir. Ancak bunları kullanırken birbirleri ile biçim, renk, ebat ve ambalaj bakımından iltibas yaratmayacak biçimde kullanılması gerekir. Aksi takdirde iltibas yaratan taraf haksız rekabette bulunmuş olur. Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya iyiniyet kurallarına aykırı sair suretlerle ekonomik rekabetin her türlü kötüye kullanılmasıdır. Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticari işletmesi ile benzerlikler meydana getirmeye çalışmak iyiniyet kurallarına aykırı bir harekettir. Davalının tescilli markasını kullanmak biçimine marka isimlerini ve ambalajını benzeterek kullanması yasaya aykırıdır ve haksız rekabeti oluşturur” denmektedir. Bundan başka 11. H.D'nin 26.06.1986 tarih E. 3932, K. 3939 nolu Çimen/Çimen Çiçeği kararında “... iltibas bulunup bulunmadığının saptanmasında, orta düzey kültür seviyesindeki alıcılar için iltibas yaratıp yaratmayacağı ve benzetmek eylemlerinin alıcıları yanıltabilecek nitelikte olup olmadığı araştırılmalıdır. Davalıların kullandıkları etiketlerde davacının markasına benzetmek için özellikle Çimen ve Çimen Çiçeği sözcüklerini kullandıklarını, bu eylemlerinin vasat seviyedeki kimseler için iltibasa meydan verebilecek ve yanıltabilecek nitelikte olduğu ve imalatta çimen veya çimen çiçeğinden doğal veya kimyasal yolla elde edilebilen koku ve esansın bulunmadığı gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir” denmektedir. Başkaca 11. H.D'nin 1996/568 E. , 1996/1104 K. sayılı kararında “... davacı tescilli 'Takal' markalı mamul ürettiklerini, davalının karışıklığa yol açacak şekilde Tak-Al-San ibaresini aynı tür mamul üzerinde kullandığını, haksız rekabetin önlenmesini, taklit markalı malların toplanmasını, kararın ilanının talep etmiştir. Davalının tescilli markasını tescilli olduğu gibi aynen kullanmaması, kullandığı markanın açıkça karışıklığa meydan vermesi gerekçesi ile davanın kabulüne..” denmiştir. AKÜLGEN, Alper Tunga; “Haksız Rekabet ve Markalar Kanunu' nun Üzerine Yargıtay İctihatlar ” , Türkiye'de ve Dünyada Sınai Mülkiyet Korunması Uluslararası Konferansı, TPE, İstanbul 1997, s.127

⁹² 11. H.D'nin 26.10.1993 tarih 93/7459 E. , 94/993 K. sayılı Camsil/Alsil kararında telaffuz yönünden benzerliğin yanında temizlik malzemesinin konulduğu şişenin her ikisinde de aynı mavi rengin bulunması şekilde benzerlik kabul edilmiştir. Yine 11. H.D'nin 10.06.1988 tarih, 87/8854 E. , 88/3861 K. sayılı Rowenta/Şahlan kararında “Üretilen ütüler arasında dış görünüş ve dizayn benzerlikleri bulunduğu ve marka farklılığına rağmen vasat müşteriler üzerinde aldanmaya ve emtianın tercihi bakımından iltibasa sebep olacağına anlaşılması halinde patentini daha önce tescil ettirenin haklarının korunması bakımından haksız rekabetin men'ine karar verilmesi gerekir” denmektedir.

⁹³ 11. H.D'nin 30.12.1982 tarih 5229 E., 5749 K. sayılı Hethiter/Hitit kararında “Davalı şirketin kullandığı markada esas unsuru oluşturan 'Hethiter' sözcüğünün bugünkü Türk dilinde kullanılmadığı ve almancada Hitit adlı devletin karşılığı olarak kullanıldığı çekişmesizdir. Sözü edilen bu markanın, üzerine konulacağı emtianın, yabancı bir ülkede üretildiği i kanısını yandıracığı da kuşkusuzdur. Bu

Ayrıca söz konusu bendin ihlali de KHK'nın 61. maddesinde yer alan atf ile marka hakkına tecavüz teşkil etmekteydi. İptal kararından sonra her iki ifadenin de geçerliliğini yitirdiğini söylemek kanaatimizce hatalı olacaktır. Şöyle ki; TTK md. 57/5'te iltibasa meydan verebilecek surette marka kullanımının haksız rekabet teşkil ettiği açıkça belirtilmiştir. İptal edilen bentte de iltibasa meydan verebilecek şekilde marka kullanımından bahsedilmektedir. Dolayısıyla iptal edilen bentte belirtilen kullanımın gerçekleşmesi durumunda haksız rekabet meydana gelmiş olacaktır. Haksız rekabete neden olan fiil de marka hakkına tecavüz teşkil edecektir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen KHK md. 9/1-b bendinde bahsedilen durumda, marka sahibinin izin alınmadan markasının kullanılmasının önlenmesini talep etme yetkisi de kanaatimizce varlığını sürdürmelidir. Zira bu yetki, dayanağını maddede belirtilen kullanımın marka hakkına tecavüz teşkil etmesinden almaktadır.

556 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına dair 5833 sayılı kanunun 28.01.2009 günü yürürlüğe girmesiyle konunun iptal kararından önceki durum ve sonraki durum olarak ele alınmasına gerek kalmamıştır. 5833 sayılı kanun ile KHK'nın 9, 61 ve 61/A maddelerinde küçük değişiklikler yapılmış, madde metinleri büyük oranda önceki içeriklerini muhafaza etmişlerdir. Burada önemli olan nokta bahsedilen maddelerin 'kanun ile' KHK'ya konmuş olmasıdır. Bu halde, bahsedilen maddelerin aynı gerekçelerle Anayasa Mahkemesi tarafından iptali artık mümkün olmayacaktır. Netice itibariyle 5833 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle, KHK md.9/1-b hükmünde belirtilen eylemin gerçekleşmesi durumunda, iptal kararından önce olduğu gibi, KHK anlamında marka hakkına tecavüzün gerçekleştiği kabul edilecektir.

nedenle yasanın emredici nitelikteki hükmü uyarınca, davalı şirketin, 'Heithiter' sözcüğünü marka olarak kullanma hakkından söz edilemez. Nitekim idari yargının kesinleşen hükmündeki yaklaşım bu yöndedir. Heithiter ve Hitit sözcüklerinin anlam yönünden eşdeğer oldukları kuşkusuz bulunduğu göre davalı şirketin davranışının, 551 sayılı kanunun 47/a maddesinde sözü edilen, aynen kullanma niteliğinde bulunduğu kabulü gerekir. Türkiye'de markalar yasasının yukarıda sözü edilen, buyurucu nitelikteki hükümleri uyarınca marka olarak kullanılmayacak nitelikte olan "Heithiter" sözcüğünün, her iki firmanın da mamullerini dış satıma da sunabilecekleri dikkate alındığında yabancı ülke alıcıları yönünden de anlam benzerliği nedeniyle, haksız rekabet hükümlerine göre iltibasa yol açacağı kabulü zorunludur" denmektedir.

1.3. Tescilli Markanın İtibarından Dolayı Haksız Avantaj Elde Edecek veya Tescilli Markanın Ayırt Edici Karakterine Zarar Verecek Nitelikteki Herhangi Bir İşaretin Kullanılması (KHK md. 9/1-c)

Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararından sonra KHK md. 9/1-c hükmünde belirtilen tescilli markanın itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması durumunda KHK md. 61 anlamında marka hakkına tecavüzden bahsedilemeyecektir. Zira söz konusu iptal kararı ile KHK'nın 9. maddesinin ihlali durumunda marka hakkına tecavüzün oluşacağını öngören KHK md. 61/a iptal edilmiştir. İptal kararından sonra KHK md. 9/1-c'de belirtilen durumun TTK md. 57/5'te düzenlenen haksız rekabet ve bu nedenle de marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini kabul etmek gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra yürürlüğe giren 5833 sayılı kanun , KHK'nın 9, 61 ve 61/A maddelerini küçük değişiklikler öngörerek yeniden KHK'ya eklemiştir. KHK md.9/1-c hükmü de aynen muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla anılan hükümde belirtilen fiilin işlenmesi durumunda TTK hükümlerine dayanmaya gerek kalmadan KHK hükümlerine dayanılarak marka hakkına tecavüzün oluştuğunu kabul etmek gerekecektir.

KHK md. 9/1-c, marka hakkına tecavüzün bir halini düzenlemiş olmasının yanısıra marka sahibine, tescilli markasının itibarından dolayı haksız avantaj elde edecek veya tescilli markasının ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikteki herhangi bir işaretin izni olmaksızın kullanılmasının önlenmesini isteme hakkı verir.

Tescilli marka sahibi, markasının aynı veya benzerinin markanın kapsadığı mal veya hizmetler ya da benzerleri için bir başka kişi adına tesciline itiraz edebilir. Ancak aynı marka farklı mal veya hizmet için kullanılıyorsa itiraz söz konusu olmaz. KHK md. 9/1-c hükmüne göre marka sahibi markasının aynı veya benzeri bir işaretin markanın tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerden başka mal ve hizmetlerde

kullanılmasını, bu kullanım markanın itibarı dolayısıyla kullanan kişiye haksız bir yarar sağlamakta veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar vermekteyse men edebilir. Burada söz konusu olan, tanınmış markalardır.

Tanınmış markalar, marka sahibinin kaliteli üretim yapması, yoğun ve yorucu bir tanıtım faaliyeti sürdürmesi sonucunda ortaya çıkan, toplumun büyük bir kesiminin aşına olduğu, tescilli buldukları mal kategorisinden bağımsız başlı başına bir kalite sembolü ve reklam aracı halini alan markalardır. KHK md. 9/1-c'nin amacı markanın tanınmışlık düzeyinden yararlanarak haksız çıkar sağlanmasının önlenmesidir. Bu hüküm uyarınca tanınmış bir markayı da içine alacak şekilde haksız nitelikli reklamlar da yasaklanabilecektir⁹⁴.

Tanınmış markayı alelade markadan ayıran en önemli özellik üstün reklam gücüdür. Reklam gücü tanınmış markanın değerini ve şöhretini etkili bir biçimde artıracaktır. Bu sayede tanınmış marka kendi mal ve hizmetleri dışındaki mal ve hizmetlerin pazarlanmasında da etkili olacak, piyasaya yeni sürülen ürünlerin tanıtımını kolaylaştıracaktır⁹⁵.

Tanınmış marka haksız şekilde kullanılarak piyasaya düşük kaliteli mal veya hizmet sunulması, markanın itibarını zedeleyeceği gibi markayı haksız kullanan kişiye de haksız kazanç sağlar. Bu kişinin piyasaya sürdüğü mal veya hizmetlerin çok kaliteli olması halinde de durum değişmemektedir. Zira piyasaya yeni çıkacak olan bir mal veya hizmet, kalitesi ne olursa olsun oldukça fazla reklam harcaması gerektirir. Dolayısıyla tanınmış markayı haksız kullanan kişi bu masraftan kurtulmuş olmaktadır. Düşük kalitenin yanı sıra kullanıldığı sektör de markanın itibarını zedeleyebilir. Örneğin bir bebek maması markasının böcek ilacı markası olarak kullanılması gibi. Yine, çikolata markası olarak kullanılan “*Mars*” markasının prezervatif paketleri üzerine konulması da markanın reklam değerini olumsuz şekilde etkileyecektir⁹⁶.

⁹⁴CAMCI, Ömer; Marka Davaları, İstanbul 1999, s. 97.

⁹⁵NOMER, Füsün; Tanınmış Marka: Nike, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Yılı Armağanı İstanbul 1999. s. 485-506.

⁹⁶ARKAN; Marka Hukuku, C.I, s. 108.

1.4. 556 Sayılı KHK'nın 9/2. Maddesinde Belirtilen Haksız Kullanım Şekilleri

KHK'nın 9/2 madde ve fıkrasında “*Aşağıda belirtilen durumlar birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir*” denerek koşulların gerçekleşmesi halinde marka sahibinin yasaklayabileceği davranışlar belirtilmiştir.

1.4.1. İşaretin Mal veya Ambalaj Üzerine Konulması (KHK md. 9/2-a)

Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile marka hakkı sahibi dışında bir kimsenin marka işaretini marka hakkı sahibinin izni olmaksızın kendi mal veya ambalajı üzerine koyması durumunda KHK anlamında marka hakkına tecavüzün oluşacağı sonucu ortadan kalkmıştır. Zira adı geçen iptal kararı ile, KHK'nın 9. maddesinin ihlalinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini öngören KHK md. 61/a iptal edilmiştir. Buna karşılık, işaretin bir başkası tarafından mal veya ambalajı üzerine konulması işaretin iltibasa meydan verebilecek şekilde kullanılması anlamına geleceğinden bu durumda TTK md. 57/5'te belirtilen haksız rekabetin ve dolayısıyla marka hakkına tecavüzün oluştuğunu kabul etmek gerekecektir.

5833 sayılı kanunda KHK md.9/2-a hükmünde bir değişiklik yapılmamıştır. Değişen, maddenin konumudur. Madde artık kanunla öngörülmüştür ve artık aynı gerekçelere dayanılarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilemeyecektir. 5833 sayılı kanunun 28.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, haksız olarak kullanılan işaretin mal veya ambalaj üzerine konulması durumunda marka hakkına tecavüzün oluştuğunu söylemek için TTK hükümlerine dayanmaya gerek kalmayacaktır.

Marka sahibi, markasının bir başkası tarafından mal veya ambalajı üzerine konulmasının KHK md. 9/2-a uyarınca yasaklanmasını talep etme hakkına sahiptir. Markayı, mal veya ambalajı üzerine koyma yetkisine sahip olan sadece marka sahibidir.

Marka sahibinin işaretin mal veya ambalaj üzerine konulmasını yasaklayabilmesi için işaretin esas unsur yönünden benzerlik taşıması ve markanın tescil edilmiş olması gerekir. Ayrıca söz konusu yasaklamanın yapılabilmesi için tescilli marka ile aynı veya benzer olan işaretin üretilmesi yeterli olmayıp, işaretin mal ya da ambalajı üzerine konulmuş olması da gerekir. Mal veya ambalaj üzerine işaretin ne şekilde konulmuş olduğunun önemi yoktur⁹⁷.

1.4.2. İşareti Taşıyan Malın Piyasaya Sürülmesi veya Bu Amaçla Stoklanması, İşareti Taşıyan Malın Teslim Edilebileceğinin Teklif Edilmesi veya O İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması veya Sağlanması (KHK md. 9/2-b)

İşareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, işareti taşıyan malın teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulmasının veya sağlanmasının yasaklanabileceği içerikli KHK md. 9/2-b bendi Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile iptal edilmiştir. Ancak bu durum KHK md. 9/2-b metninde tarif edilen türde marka kullanımının marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği anlamına gelmez. TTK md. 57/5 hükmü incelendiğinde KHK md. 9/2-b hükmünde belirtilen durumların haksız rekabet ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz teşkil ettiği anlaşılacaktır. Zira TTK md. 57/5, başkasının emtiası, iş mahsülleri, faaliyeti veya ticaret işletmesi ile iltibaslar meydana getirmeye müsait tedbirlerin haksız rekabet teşkil edeceği gibi oldukça geniş yorumlanabilecek olan bir hüküm içermektedir.

28.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5833 sayılı yasa KHK md.9/2-b hükmünde bir değişiklik öngörmemiştir. Anılan hüküm, iptalinden sonra, 5833 sayılı yasa ile yeniden uygulamadaki yerini almıştır. Bu hükümde belirtilen fiilin gerçekleşmesi durumunda, TTK hükümlerine ihtiyaç duyulmadan, marka hakkına tecavüz gerçekleşmiş sayılacaktır.

⁹⁷ARKAN; Marka Hukuku, C.II. , s. 211.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus olarak 556 Sayılı KHK'nın 13. maddesinin 1. fıkrasına göre markayı taşıyan malları piyasaya sürdükten sonra marka sahibinin marka hakkının tükendiği durumlarda, markayı taşıyan malları iktisap edenlerin bu malları satışı sunmasında bir sakınca söz konusu olmayacaktır.

1.4.3. İşareti Taşıyan Malın Gümrük Bölgesine Girmesi, Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem veya Kullanıma Tabi Tutulması (KHK md. 9/2-c)

KHK'nın 9. maddesinin ihlalinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini öngören KHK md. 61/a bendi Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile iptal edilmiştir. Buna rağmen haksız kullanılan markayı taşıyan malın ithali veya ihracı marka hakkına tecavüz teşkil etmeye devam edecektir. Şöyle ki; TTK md. 57/5 hükmünde itibasa meydan veren malların satışı arz edilmesi veya şahsi ihtiyaçtan başka ne sebeple olursa olsun elde bulundurulması durumunda haksız rekabet oluşacağı öngörülmüştür. KHK md. 9/2-c bendinde belirtilen ithal veya ihracın, malın satışı arzını ve elde bulundurulmasını gerektireceği düşünülerek, KHK md.9/2-c bendinin ihlalinin haksız rekabet ve dolayısıyla da marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini kabul etmek gerekir.

5833 sayılı yasa ile KHK md.9/2-c hükmü “*işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması*” olarak değiştirilmiştir. Görüldüğü üzere madde metninin değiştirilmiş hali de işareti taşıyan malın ithalinin veya ihracının marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini öngörmektedir. Mevcut hüküm öncekine oranla daha geniş yorumlanabilecek şekilde düzenlenmiştir. Artık işareti taşıyan malın ithali ve/veya ihracının TTK hükümlerine dayanmaya gerek kalmadan marka hakkına tecavüz teşkil ettiği söylenebilir.

Markayı taşıyan malın ithali veya ihracı münhasıran marka sahibine tanınan bir yetkidir. Marka hakkı sahibi aynı markayı taşıyan aynı veya benzer malların ya da benzer markayı taşıyan aynı ya da benzer malların ihracını ve ithalini önleyebilir.

Doktrinde paralel ithalat, geri ithalat ve gri piyasa tanımlamaları yapılmaktadır. Buna göre 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 edilmesine, geri ithalat marka hakkı sahibi veya onun izniyle üçüncü bir kişi tarafından yurt içinde piyasaya sunulan malların marka hakkı sahibi tarafından veya onun izniyle bir başka ülkeye ihraç edilmesinden sonra aynı malların üçüncü kişiler tarafından tekrar yurt içine ithal edilmesine, gri piyasa ise, marka hakkı sahibinin yurt dışında ve yurt içinde piyasaya sunduğu mallar arasında farklılık yaratmasından ibaret⁹⁸. Paralel ithalat durumunda markanın haksız kullanımı söz konusu değildir. Çünkü marka hukuka uygun olarak kullanılmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 16.03.1999 tarih, 1998/7997 Esas, 1999/2098 Karar sayılı kararında paralel ithalatın markanın haksız kullanımına yol açmayacağına dair görüş bildirmiştir⁹⁹.

⁹⁸ KAYHAN, Fahrettin; “*Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tüketilmesi*” , FMR, C.I S. 2001/1 , s. 54; PINAR, Hamdi; “*Marka Hukukunda Hakların Tüketilmesi*”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 899.

⁹⁹ Dava konusu olayda davacı tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de tescilli “*Police*” , “*Sting*” , “*Vogart*” markalı gözlüklerin Türkiye’de münhasır dağıtıcısı ve lisans hakkı sahibi olduğunu ileri sürmüş ve davalının aynı marka gözlükleri her nasılsa temin ederek pazarladığını ileri sürüp, haksız rekabetin tespitini, önlenmesini ve davalının elindeki malların toplatılmasını talep etmiştir. Davalı, paralel ithalatta kanuna aykırılık bulunmadığını ve davacının iddiasının Rekabetin Korunması Kanununa göre aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Yargıtay şu gerekçelerle tükenme ilkesi ve paralel ithalat yönünden davalıya hak vermiştir: 556 Sayılı KHK’nın ve bu kararnamenin mehzazı 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 kullanılmasını yasaklayamaz*” hükmü getirilmiştir. 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. Bunların üçüncü kişiler tarafından yurt dışından satın alınarak Türkiye’ye ithaline engel olamaz. Aynı ilke yabancı markayı taşıyan malların Türkiye’de tek satıcısı (münhasır lisans sahibi) olan ve marka sahibinin izniyle adına bu markayı tescil ettirmiş bulunan kişi bakımından da geçerlidir. Ancak KHK’nın ilgili maddesi uyarınca marka sahibi, malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından başka ülkelerden ithalinden sonra değiştirilerek veya kötüleştirilerek malın özgün niteliğinin değiştirilerek malın ticari amaçlı kullanılması halinde bunu engelleme hakkına sahiptir. ARKAN, Sabih; “*Marka Hakkının Tüketilmesi*” , Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 202. Buna göre davacı, gözlükleri ile aynıyet arz eden orijinal vasıfta olup taklit olmayan gözlüklerin kanuni prosedüre uygun olarak menşee 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 9/2-c hükmü uygulanmayacaktır.

KHK'da işareti taşıyan malların transit geçişinin marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağı belirtilmemiştir. Ancak KHK'da belirtilen tecavüz halleri tahdidi nitelikte olmadığından markayı taşıyan malların marka sahibinin izni olmaksızın transit geçmesi marka hakkına tecavüz sayılabilecektir¹⁰⁰.

Yeni Markalar Kanunu Tasarısı taslağında marka sahibinin izni olmaksızın işareti taşıyan malın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması marka hakkına tecavüz hali olarak kabul edilmiştir. Burada, gümrükçe “*onaylanmış bir işlem veya kullanım*” tabiri, 556 sayılı KHK'da yer alan “*işareti taşıyan malın ithali veya ihracı*” ifadesini genişletmiştir. Görüldüğü üzere 5833 sayılı kanun yeni Markalar Kanunu Tasarısı taslağının küçük bir kısmını uygulamaya sokmuştur.

1.4.4. İşaretin İş Evrakı ve Reklamlarda Kullanılması (KHK 9/2-d)

Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile KHK'nın 9. maddesinin ihlalinin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini öngören KHK md. 61/a bendini iptal etmiştir. Ancak bu durum, marka üzerinde hak sahibi olmayan kişinin kendi iş evrakı ve reklamlarında markayı kullanmasının marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği anlamına gelmemektedir. Zira; TTK md. 57/3'te kendi emtiası veya ticari işleri ile ilgili yanlış veya yanıltıcı malumat vermenin haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. KHK md. 9/2-d bendindeki kullanımın bu kapsamda değerlendirilerek haksız rekabet ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini kabul etmek isabetli olacaktır.

556 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına dair 5833 sayılı kanun, KHK md.9/2-d hükmünde bir değişiklik öngörmemiştir. 5833 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle

¹⁰⁰ ARKAN; Marka Hukuku, C.II,s. 214.

işaretin iş evrakı ve reklamlarında kullanılması, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önce olduğu gibi, KHK hükümleri uyarınca marka hakkına tecavüz teşkil etmeye devam edecektir. Artık bu hususta TTK hükümlerine dayanmaya gerek kalmamıştır.

556 sayılı KHK md. 9/2-d uyarınca, tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin hak sahibi olmayan bir kişi tarafından aynı mal veya hizmetlerle ilgili bir işletmenin iş evrakı, mektup, fatura, zarf, mal veya hizmet kataloğu reklamlar üzerinde kullanılması durumu, mal henüz imal edilmemiş veya o marka altında hizmet sunulmamış olsa dahi markanın haksız kullanımındır ve marka sahibi tarafından önlenabilir.

İşaretin reklamda kullanılması halinde, reklamın mutlaka yazılı olması gerekmez. Radyo ve televizyonda yer alan reklamlar da bu kapsamda değerlendirilir. Mukayeseli reklamda ise haksız rekabet söz konusu değilse markaya tecavüzden söz edilemez. Çünkü mukayeseli reklamlarda karşı tarafa ait marka, tecavüz edenin kendi mal veya hizmetlerini ayırt etmek amacıyla kullanılmamaktadır.

556 Sayılı KHK ile markanın aynısının veya benzerinin bir başka şahıs tarafından ticari hayatta kullanılması genel olarak yasaklanmıştır. Dolayısıyla markanın bir başka kişinin ticaret ünvanının eki olarak kullanılmasına, marka sahibi marka hakkına dayanarak engel olabilir. Bu durumda da marka hakkının ihlalden söz edilir¹⁰¹.

Üzerinde durulması gereken bir başka husus da şudur ki; marka sahibi, kendi markasını taşıyan malları piyasaya sürdükten sonra bu malları iktisap ederek satışa sunan sonraki alıcıların markayı kullanarak reklam yapmalarına engel olamaz. Bu durumda zaten marka sahibinin hakkı tükenmiştir.

¹⁰¹ ARKAN, Sabih; Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999, s. 279.

Yeni Markalar Kanunu Tasarı taslağının md. 9/2-ç fıkrasında işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasının marka sahibi tarafından yasaklanabileceği belirtilmiştir. Anlaşılacağı üzere bu hususta yeni Markalar Kanunu farklı bir düzenleme öngörmemiştir.

1.5. KHK md. 9/2'de Düzenlenmeyen Haksız Kullanım Şekilleri

KHK md. 9/2' de belirtilen, marka hakkına tecavüz sayılan haksız kullanım şekilleri tahdidi değildir. Burada uygulamada sıkça rastlanan birkaç haksız kullanım şekline daha değineceğiz.

1.5.1. Markanın Ticari Vekil veya Temsilci Adına Tescil Ettirilip Kullanılması

Marka sahibinin izni olmaksızın ticari vekil veya temsilci markayı kendi adına tescil ettirip kullanamaz. Eğer ticari vekil veya temsilci marka sahibinin rızası hilafına markayı tescil ettirip kullanırsa bu durum marka hakkına tecavüz teşkil eder. Tecavüz durumunda marka sahibi KHK md. 8/2 uyarınca tescilin terkinini isteyebilir. Terkini müteakip marka sahibi tecavüz ile ilgili hukuki yollara başvurabilir.

1.5.2. Haksız İşareti Taşıyan Malın Sergilenmesi

KHK'nın 9. maddesinde marka sahibine tanınan haklar düzenlenmiş, bazı durumlar ve sınırlar belirlenerek marka hakkının sınırı çizilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar KHK'nın 9. maddesine haksız işareti taşıyan malın sergilenmesinden bahsedilmemişse de burada malın sergilenmesini malın piyasaya sürülmesi olarak ele almamız gerekecektir¹⁰². Haksız işareti taşıyan malın sergilenmesi öncelikle tüketicinin algılamasında yanılmaya neden olacaktır. Örneğin tüketici önceden bildiği tanıdığı bir

¹⁰² TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 381.

markanın yeni bir imajla tekrar piyasaya sürüldüğünü veya önceden tanıdığı bir işletmenin yeni bir ürünü piyasaya sunmadan önce teşhir ettiğini düşünebilir. Şüphesiz marka hakkı sahibi malını istediği zaman istediği miktarda piyasaya sürebilir. Lakin bir başka kişinin haksız işareti taşıyan malı yetkisi varmış gibi göstererek sergilemesi de markaya tecavüz teşkil eder.

1.5.3. Markanın İnternet Alan Adı Olarak Kullanılması

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin hızlı gelişimi kaçınılmaz olarak hayatımıza elektronik ticaret kavramının girmesine neden olmuştur. Genel olarak elektronik ticaret kavramı ile internet ortamında yürütülen ticari faaliyetler ifade edilmektedir¹⁰³. İnternetin dünya ticaretinde yaygın olarak kullanılmaya başlanması ile birlikte markalar, ticaret ünvanları ve işletme adları alan ismi olarak kullanılmaya başlanmıştır. Firmalar internet üzerinden tüketicilere ulaşmak için akılda kalması en kolay en pratik alan adlarını seçme yoluna gitmişlerdir¹⁰⁴.

5833 sayılı kanun ile KHK'nın 9. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hüküm uyarınca; 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 kullanılmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceği belirtilmiştir.

Esasında internet adresi bir sayıdan ibarettir. Alan adı ise internet adreslerinin kullanım kolaylığı olan bir dönüşüm aracıdır. Alan adı bilgisayara yazıldığı zaman internet yazılımı otomatik olarak alan adını numaralandırılmış adrese dönüştürür¹⁰⁵. Alan adına bir örnek vermek gerekirse “*www.turkpatent.gov.tr*”, Türk Patent Enstitüsü'nün internet alan adıdır. Alan adlarında kullanılan bazı ifadelerin ne anlama geldiklerini şu şekilde sıralayabiliriz: “*com*” ticari kuruluşlar için, “*edu*” üniversiteler

¹⁰³ “*Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu*” , DPT, Ankara 2000, s. 239.

¹⁰⁴ ARIKAN, Fahri Murat; “*Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması*” , İstanbul Barosu Dergisi. Y. 2000, C.74, S. 7. 8. 9 , s. 781.

¹⁰⁵ Rapor, DPT, s. 243.

için, “*mil*” askeri kurum veya kuruluşlar için, “*gov*” devlet kurumu veya kuruluşları için, “*org*” kâr amacı olmayan kuruluşlar için, “*net*” internet hizmeti sunan kuruluşlar için kullanılmaktadır.

Mal veya hizmet üreticileri kendilerine alan ismi seçerken piyasadaki tanınmışlık seviyesi yüksek olan bir markayı da seçebilmektedirler. Dolayısıyla söz konusu üreticiler alan adı olarak seçtikleri markanın tanınmışlığından yararlanarak kendi mal ve hizmetlerini interneti kullanarak daha geniş kitlelere duyurabilmektedirler. Lakin bu durumda bir başkası markayı kullanmakta, marka sahibinin markası olan harcadığı emeğin karşılığını bir başkası almaktadır.

Tescilli bir markanın hak sahibi tarafından değil de bir başkası tarafından alan adı olarak kullanılmasının KHK'nın 9. maddesinde belirtilen marka ihlali çerçevesinde değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği sorusuna olumlu cevap vermek gerekecektir. Şöyle ki; söz konusu maddede işaretin, teşebbüsün iş evraklarında ve reklamlarında kullanılmasının yasaklanabileceği belirtilmiştir. Burada internet alan adının reklam veya ticari evrak olarak kabul edilmesi mümkündür. Çünkü alan adı altında kurdukları internet sitesi ile şirketlerin asıl hedefi kendi ticari faaliyetlerini gerçekleştirmek, mal ve hizmetlerinin tanıtımını yapmaktadır¹⁰⁶. Bundan başka, markanın alan adı olarak kullanılmasının markaya tecavüz teşkil edebilmesi için bir ticari etkisinin olması gerekir. Marka, eğitim amacıyla faaliyete geçirilen bir web sitesinde alan adı olarak kullanıldığı takdirde ticari etkiden söz edilemeyecek, dolayısıyla da 556 Sayılı KHK anlamında markaya tecavüz söz konusu olmayacaktır.

Meseleyi tescilli markanın farklı mal veya hizmet üreticileri tarafından alan adı olarak kullanılması açısından incelediğimizde bu durumda tescilli markanın tecavüze karşı korunması söz konusu olmayacaktır. Ancak, tanınmış markalar bu duruma istisna teşkil eder. Çünkü tanınmış markalar özel statüleri nedeniyle sadece aynı veya benzer mal veya hizmetler için değil farklı mal veya hizmetler için de korunabilir. Hatta doktrinde, tanınmış markalar söz konusu olduğunda internette açık olarak ihlalin var olduğu ve ticari etki kriteri aranmadan bu ihlalin giderilmesi gerektiği görüşü kendine

¹⁰⁶ MEMİŞ, Tekin; “*Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar*”, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu-Bildiriler, Ankara 2001, s. 206.

yer bulmuştur¹⁰⁷.

Farklı işkolunda faaliyet gösterilmesine karşın tanınmış bir markanın alan ismi olarak kullanılması hususunda Alman ve Fransız hukuk sistemleri benzer uygulama yapmaktadırlar. Uygulanan kural “*first come first served*” yani “*ilk gelen ilk alır*” kuralıdır. 14 Nisan 1998 tarihinde bir Fransız mahkemesi tarafından verilen kararda, alan ismi olarak “*alice*” ibaresini kulan ve farklı branşlarda faaliyet gösteren iki şirket arasındaki uyuşmazlık “*ilk gelen ilk alır*” prensibine göre çözülmüştür. Söz konusu mahkeme kararında ayrıca marka hukukunun uygulanmadığı ve aralarında bir rekabetin de söz konusu olmadığı şirketlerde de haksız rekabetin söz konusu olabileceğine işaret edilmektedir¹⁰⁸. Alman hukukunda da, alan ismi kullanıcılarının her biri, bu isim üzerinde ilgili bir hakka sahipse bu taktirde olaya uygulanacak kural “*ilk gelen ilk alır*” kuralıdır. Lakin alan ismini adına kaydettiren kimse bu isim üzerinde herhangi bir hakka sahip değilse isim üzerinde korunabilir bir hakkı olan kimsenin davası sonuç vermeyebilir. Bu durumda marka sahibi başka bir ismi alan adı olarak seçmek zorunda kalabilecektir¹⁰⁹.

Tanınmış marka, bir Yargıtay Kararı'nda “*Bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde matufiyet garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan coğrafi sınır, kültür, yaş farkı gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışım*” olarak tanımlanmaktadır¹¹⁰.

Paris Konvansiyonu ve TRIPs Anlaşması'nda, tanınmış markalar için ayrıcalıklı bir korumanın kökleri bulunmaktadır. Fakat bu korumanın internet ortamında nasıl sağlanacağına dair herhangi bir hüküm bu anlaşmalarda bulunmamaktadır. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) raporlarında bu konu üzerinde durulmuş ve tanınmış markaların bütün üst düzey alan isimleri altında kayıtlarının yapılabileceği ve rezerve

¹⁰⁷ ERGÜN, Mevci; Tanınmış Markalar, Bursa 2000, s. 34.

¹⁰⁸ MEMİŞ; agm, s. 208.

¹⁰⁹ MEMİŞ; agm, s. 210.

¹¹⁰ 11. HD. 13.03.1998, E. 1997/647, K. 1998/1704

edilebilecekleri belirtilmiştir.¹¹¹ ICANN (Internet Corporation Assigned Names and Numbers-İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Birliği) ise tanıdığı markaların merkezi bir web sayfası üzerinden istisnai bir yolla müracaatlarının yapılabileceğini belirtmektedir. Müracaatları kabul eden internet kurumları markanın tanınmışlığına karar verirken ulusal marka tescil kurumlarına bağlı kalmamaktadırlar¹¹².

Alan adı seçiminde, tescilli markaların birden fazla olması durumunda hangi markanın ne şekilde korunacağı sorunu nasıl çözülecektir? Kişi, bir hakka dayanarak internet alan adını kendi adına tescil ettirmişse, aynı zamanda tanınmış bir markanın da ismi olan bu alan adını kullandığı için marka hakkına tecavüz etmiş sayılacak mıdır? Kanaatimizce bu soruya olumsuz cevap vermek gerekecektir. Örnek vermek gerekirse “Yıldırım” kelimesi, “Yıldırım İnşaat A.Ş.” nin ticari ünvanı veya “Yıldırım Pastanesi” nin işletme adı ya da tercüman İhsan Bey' in soyadı olabilir. İhsan Bey, işlerini sanal ortamdaki yürütmek isterse ve internet alan adı olarak “Yıldırım” kelimesini kullansa Yıldırım İnşaat A.Ş.'nin marka hakkına tecavüz etmiş sayılacak mıdır? Bu sorunun cevabının sadece iyiniyet kuralları göz önüne alınarak verilmesi yeterli olmayacaktır. 556 Sayılı KHK, bu sorunun çözümünün de temel alınabilecek bir hüküm içermemektedir. Yeni Markalar Kanunu Tasarısı taslağının 9. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendinde; işareti kullanan kişinin işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması koşuluyla, işaretin aynı veya benzerinin dijital ortamda ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılmasının yasaklanabileceği belirtilmiştir. Aynı maddenin gerekçesinde ise *“Füilen karşımıza yeni çıkan bir olgunun, markalar ile ilgili düzenleme yapılırken açıkça vazedilmesinin faydalı olacağı düşüncesiyle mezkur hüküm konulmuştur. Hüküm konulurken aralarında WIPO tahkim ve arabuluculuk merkezinin de bulunduğu internet alan adı ile marka arasındaki uyumsuzlukları çözen merkezlerin kuralları esas alınmıştır. Bu bağlamda işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaması v e dolayısıyla kötü niyetli olması koşullarıyla, işaretin*

¹¹¹ Process 1, WIPO: The Management of Internet Names and Address, Intellectual Property Issues, Final Report of the WIPO Internet Domain Name Process, WIPO.

¹¹² Process 2, WIPO: Final Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process, WIPO.

aynı veya benzerinin internette ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanılması yasaklanmıştır. Türkiye'ye yönlendirici kod olarak çevirdiğimiz kelimenin, internetteki kullanımı “metatag” dır. Ancak kelimenin Türkçe tam çevirisi hakkında görüş birliği bulunmamaktadır” ifadeleri yer almaktadır.

Günümüzde, internetteki iş hacminin ve internet ticaretinin hangi boyutlarda olduğunu göz önüne aldığımızda Markalar Kanunu Tasarısı taslağında ve 5833 sayılı kanunla değişik 556 sayılı KHK’da yer alan birkaç satırlık düzenlemenin, konuyla ilgili olarak çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde ancak asgari seviyede faydasının olacağını düşünmekteyiz. 556 sayılı KHK'nın günümüz koşullarına uymaması nedeni ile hazırlanan söz konusu taslağın, markanın internet ortamında kullanılmasıyla ilgili bu denli kısıtlı bir düzenleme öngörmesinin taslağın hazırlanış amacına aykırı olduğu kanaatindeyiz. Taslağın şu anki durumu ile yasalaşması halinde yasa, konumuz ile alakalı uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olmayacak ve değişikliğe uğraması kaçınılmaz olacaktır.

2. 556 Sayılı KHK'nın 61. Maddesinde Sayılan Tecavüz Halleri

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (a) ve (c) bentleri Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile iptal edilmiştir. KHK md. 61/a bendi, KHK' nın 9. maddesinin ihlalinin marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini öngörmekteydi. KHK md. 61/c bendi ise markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde markayı taşıyan ürünleri satmanın, dağıtmanın veya başka bir şekilde ticaret hayatına çıkarmanın ya da anılan amaçlar için ithal etmenin veya ticari amaçla elde bulundurmanın marka hakkına tecavüz oluşturacağını öngörmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin adı geçen iptal kararından sonra, iptale konu bentlerde belirtilen haksız kullanım şekillerinin marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecekleri şeklindeki düşünceye katılmamaktayız. Zira, iptal kararına konu bentlerde bahsedilen haksız kullanım şekilleri TTK md. 57/5 uyarınca haksız rekabet ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz teşkil etmeye devam edeceklerdir.

28.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5833 sayılı kanundan sonra, KHK'da sayılan fiillerin gerçekleşmesi durumunda marka hakkına tecavüz oluşup oluşmadığını değerlendirmek için TTK hükümlerine dayanmaya gerek kalmamıştır. Marka hakkına tecavüz durumunda KHK hükümleri uygulanmaya devam edecektir. 5833 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle uygulama bakımından Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki duruma dönmüştür.

2.1. Markayı Taklit Etmek (KHK md. 61/b)

KHK md. 61/b'ye göre marka sahibinin izni olmaksızın markayı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Markayı aynen kullanmak, markanın kendisini veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmaktır. Aynen kullanma tam veya kısmı olabilir.

Aslında KHK md. 9' un ihlali, 61/a hükmü ile zaten bir tecavüz hali olarak kabul edilmiştir. KHK md. 9/1'de marka sahibinin markasının aynının ya da iltibasa yol açacak benzerinin kullanılmasını yasaklayabileceği hükme bağlanmış olduğundan bu hususun tekrar KHK md. 61/b hükmünde yer almasının gereksiz olduğu düşüncesindeyiz. KHK md. 61/b'de yer alan “*ayırt edilemeyecek derecede benzer*” ibaresini KHK md. 9/1-b anlamında “*markanın benzeri*” olarak değerlendirmek gerekmektedir¹¹³.

İltibas veya iktibas teşkil etmesi hususunda “*ayırt edilemeyecek kadar benzer olan marka*” ibaresi doktrinde tartışmalıdır.

ÖÇAL ve ERGÜN'e göre ayırt edilemeyecek kadar benzer olan marka halinde iltibas söz konusu olup markalar arasındaki benzerliğin iltibasa yol açıp açmayacağına ayrıca inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu halleri

¹¹³ ARKAN; Marka Hukuku, C.II , s. 216.

kapsamaktadır¹¹⁴.

YASAMAN ve TEKİNALP ise markanın ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmanın markayı taklit etmek olduğu görüşündedir¹¹⁵. TEKİNALP'e göre kanun koyucunun taklit konusunu iki farklı maddede zikretmesinin nedeni markanın taklidine daha ağır sonuçlar bağlanmak istenmesidir. Çoğu zaman, markaya tecavüz eden kişi marka ile beraber ürünü de taklit etme yoluna gitmektedir; ancak taklidin var olabilmesi için ürünün de taklit edilmiş olması gerekmez¹¹⁶.

Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında “Aynı tür mal için önceden tescilli ASOTO markası varsa, sonradan istenen AS ve ASAŞ markalarındaki AS sözcüğü, öncekindeki benzerlik ve amblemlerde yer alan biçim ve desen yakınlığı nedeniyle ayırt edilemeyecek kadar benzerlik taşıyacağı, bu markaların piyasada karıştırılması, benzerliğe yol açması olasılığı vardır” ifadelerine yer verilerek bunun iltibas teşkil eden bir fiil olduğuna hükmedilmiştir¹¹⁷.

556 sayılı KHK Md. 61/b'de markanın taklit edilmesi yasaklanırken aynı veya benzer mal ve hizmetler kavramlarına yer verilmemiştir. Ancak buna rağmen tanınmış markalar haricinde marka sahibinin, markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılmasını önleyebilmesi sadece aynı veya benzer mal ve hizmetler için mümkündür¹¹⁸.

¹¹⁴ ÖÇAL, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s. 105; ERGÜN, Markan Korunması Uluslararası Sempozyumu, s. 148.

¹¹⁵ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.I , s. 61; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.416.

¹¹⁶ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 417.

¹¹⁷ 11. HD. , 25.12.1997 Tarih, E. 8278, K. 9679.

¹¹⁸ ÇAMLİBEL, E.T ; Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, s. 58.

2.2. Markanın Taklit Edildiğini Bildiği veya Bilmesi Gerektiği Halde Markayı Taşıyan Ürünleri Satmak, Dağıtmak veya Başka Bir Şekilde Ticaret Hayatına Çıkarmak ya da Anılan Amaçlar İçin İthal Etmek veya Ticari Amaçlı Elde Bulundurmak (KHK md. 61/c)

556 sayılı KHK md. 61/c Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 tarih ve 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile iptal edilmiştir. KHK md. 61/c'de markayı ya da ayırt edilemeyecek şekilde benzerini kullanmak sureti ile markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmanın, dağıtmanın veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmanın ya da bu amaçlar için ithal etmenin ya da ticari amaçla elde bulundurmanın marka hakkına tecavüz teşkil edeceği belirtilmiştir. TTK md. 57/5 metninde *“Başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak veya buna müsaait bulunan tedbirlere başvurmak, hususiyle başkasının haklı olarak kullandığı ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtalarıyla iltibasa meydan verebilecek surette, ad, unvan, marka, işaret gibi tanıtma vasıtaları kullanmak veyahut iltibasa meydan veren malları, durumu bilerek veya bilmeyerek, satışa arz etmek veya şahsi ihtiyaçtan başka her ne sebeple olursa olsun elinde bulundurmak”* olarak tanımlanan iyiniyet kurallarına aykırı davranışın haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmiştir. Her iki madde metni incelendiği zaman, KHK'nın iptal edilen 61. maddesinin (c) bendinde tarif edilen davranışların TTK md. 57/5 uyarınca haksız rekabet ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz teşkil edeceği açıktır.

28.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5833 sayılı yasa ile KHK md.61/c hükmünde sayılan ve marka hakkına tecavüz teşkil edeceği belirtilen fiilere 'markayı taşıyan ürünlerin gümrük bölgesine yerleştirilmesi' fiili de eklenmiştir. Diğer fiiller aynen korunmuştur. 5833 sayılı yasadan sonra KHK md.61/c hükmünde sayılan fiilerin gerçekleşmesi durumunda, uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki duruma dönmüştür. İhtiyaç olmadıkça TTK hükümlerine de dayanmaya gerek kalmamıştır.

Markayı taşıyan malı fuarda teşhir etmek veya kiraya vermek gibi durumlarda mal, ticaret hayatına çıkarılmış olur¹¹⁹. Burada, tecavüzde aranan taklit olgusu markada gerçekleşmelidir. Maldaki taklit önem arzetmez¹²⁰. Ayrıca TTK md. 20/2’de sözü edilen basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğü tacire ticaret alanına dahil mallarda kullanılan markanın taklit edilmiş olup olmadığını araştırma borcu da yükler¹²¹.

Kanun koyucunun, alıp sattıkları mallar üzerindeki markaların taklit olduğunu bilmesi gereken satıcı, dağıtıcı gibi kişileri KHK 61. madde kapsamına almasının nedeni, bu kişilerin gerekli dikkat ve özeni göstermelerini sağlayarak markaların taklit edilmesinin engellenmesini sağlamaktır¹²². Bu şekilde marka korsanlığı önlenebilecek ve ticari hayatta dürüstlüğün yerleşmesine katkıda bulunulabilecektir.

2.3. Marka Sahibi Tarafından Lisans Yoluyla Verilmiş Hakları İzinsiz Genişletmek veya Bu Hakları Üçüncü Kişilere Devretmek (KHK md. 61/d)

Marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmenin veya bu hakları devretmenin marka hakkına tecavüz teşkil edeceğini öngören KHK md. 61/d, Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 tarih, 2002/92 E. 2004/25 K. numaraları kararı ile iptal edilmiştir.

¹¹⁹ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 217.

¹²⁰ KARAN/KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 455.

¹²¹ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 218.

¹²²“... dava konusu olayda ‘F’ markasının tescilli olarak davacıya ait bulunduğu ve bu marka ile televizyon anteni ürettiği uyumsuzluk dışı olup, yine aynı alanda faaliyet gösteren ve diğer davalının siparişi üzerine, televizyon anteni fason imalatı yapan A.H.O’nun müdebbir tacir gibi davranarak, diğer davalının bu markayı kullanmak hak ve yetkisinin bulunup bulunmadığı araştırması gerektiği gibi yukarıda belirtilen yasa maddesi ve ilkeler çerçevesinde ‘F’ markası ile üretilmiş ürünleri de işinde şahsi ihtiyacı dışında bulundurmuş olması da hüsniüniyet kurallarına aykırıdır.” 11. HD. 11.03.1996 tarih, 96/1078 E., 96/1609 K. sayılı karar.

Lisans sözleşmesi¹²³ ile verilen hakların izinsiz genişletilmesi halleri şu şekilde sıralanabilir;

- Lisans sözleşmesinde lisansın belli bir bölge için verildiğinin belirtilmiş olması durumunda lisans alan, belirtilen bölge dışında satış yapamaz. Bu şekilde coğrafi bölgenin genişletilmesi marka hakkına tecavüz teşkil eder.
- Lisans sözleşmesinde lisans altında üretilecek mallara ilişkin olarak bir miktar sınırlaması öngörülmüşse, bu sınırlandırmaya uyulmaması marka hakkının ihlalidir.
- Lisans verenin markanın tek başına kullanılmasını lisans sözleşmesinde şart koşmasına rağmen, marka başka bir marka ya da işaret ile birlikte kullanılmışsa bu durum marka hakkına tecavüz teşkil eder.
- Hangi mal veya hizmet için lisans verildiğinin lisans sözleşmesinde belirtilmiş olmasına rağmen lisans alanın, markayı lisans sözleşmesi dışında kalan mal veya hizmetler için de kullanması marka hakkına tecavüz sayılır.
- Lisans sözleşmesinde, lisansın belli bir süre için verildiği ifade edilmiş ve lisans alan sürenin bitmesinden sonra markayı kullanmaya devam etmiş ise marka hakkına tecavüzdən söz edilir.

Bazen sözleşmeye aykırılık hali, lisans sözleşmesi ile tanınan hakkın izinsiz genişletilmesi niteliğinde olmayabilir. Mesela lisans sözleşmesinin, lisans bedelinin ödenme zamanını ve biçimini düzenleyen hükümlerine uyulmaması halinde durum böyledir. Bu hallerde Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi anlamında sözleşmeye aykırılıktan söz etmek gerekir¹²⁴. Marka hukuku ile ilgili sözleşmelerin ihlali ne türde olursa olsun iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil eder. Bu da marka hakkının ihlali neticesini doğurur.

¹²³ “Lisans, inhisari lisans veya inhisari olmayan lisans şeklinde verilebilir. Aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, lisans inhisari değildir ve lisans veren markayı kendi kullanabileceği gibi, üçüncü kişilere de aynı markaya ilişkin başka lisanslar verebilir. İnhisari lisansla ise lisans veren başkasına lisans veremez ve hakkını açıkça saklı tutmadıkça kendisi de markayı kullanamaz” Yeni Markalar Kanunu Tasarısı Taslağı Md. 44/2.

¹²⁴ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 220.

Ancak, 556 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına dair 5833 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle, marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletme veya bu hakları üçüncü kişilere devretme hallerinde marka hakkına tecavüzün varlığını tespit etmek için sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanmaya gerek kalmamıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen KHK md.61/d hükmü 5833 sayılı yasa ile tekrar uygulamaya konulmuştur.

Lisans sözleşmesi ile ilgili düzenlemeye yer veren maddelerden biri de KHK md. 21/9'dur. Söz konusu madde hükmü uyarınca lisans alan tarafından sözleşme şartlarının ihlali halinde, tescilli markadan doğan haklar lisans alana karşı davaya yolu ile ileri sürülebilir.

Lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi ve devredilmesi fiili diğer tecavüz hallerinden farklıdır. KHK' nın 61. maddesinde düzenlenen diğer tecavüz fiilleri akit dışı sorumluluk esasına dayanırken davacı marka sahibi ile davalı lisans alan arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğu için aynı maddenin (d) bendindeki düzenlemede akdi ilişki söz konusudur. 61. maddenin (d) bendi çerçevesinde marka hakkını ihlal edene karşı marka hakkı sahibi hem akit dışı sorumluluk hem de akde aykırılık hükümlerine dayanarak dava açabilir. Bu nedenden dolayı genel akde aykırılık hükümlerinde olduğu gibi, akde aykırılık bulunmadığının ispat yükünün davalı lisans alana ait olması gerekir¹²⁵.

2.4. Tecavüz Fiillerine İştirak veya Yardım veya Bu fiilleri Teşvik Etmek veya Hangi Şekil veya Şatlarda Olursa Olsun Bu Fiillerin Yapılmasını Kolaylaştırmak (KHK md. 61/e)

556 Sayılı KHK md. 61/e bendinde, (a) ila (c) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bu fiilleri teşvik etmek ya da hangi şekil altında olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak marka hakkına tecavüz sayılmıştır. Anayasa ve (c) bentlerinin iptal edilmesine rağmen söz konusu bentlerde belirtilen fiillerin marka

¹²⁵ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 106.

hakkına tecavüz teşkil etmeye devam edeceklerini ve bu durumun nedenlerini önceki bölümlerde ifade etmiştik. Bu nedenle burada konu ile ilgili ayrıntıya girmeyeceğiz.

KHK md. 61/e'nin uygulanabilmesi için öncelikle (a) ila (c) bentleri uyarınca bir tecavüzün bulunması gerekmektedir. Örneğin herhangi bir konfeksiyon ürününe dikilecek olan taklit markayı basan, dokuyan, taşıyan, depolayan, aracılık yapan, sigortalayan, reklamını yapan kişi tecavüz fiiline iştirak etmiş olur¹²⁶. Kişinin söz konusu madde hükmüne göre tecavüzde bulunmuş sayılması için asıl mütecevizin fiilinin suç olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması gereklidir. Burada ispat yükü davacının üzerindedir¹²⁷.

ARKAN'a göre KHK md. 61/e hükmü, haksız fiilde birden fazla kimsenin sorumluluğunu düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin paralelinde düzenlenmiş bir hükümdür¹²⁸. Kanun koyucu da benzer şekilde düşünmüş olacak ki Markalar Kanunu Tasarısı taslağında söz konusu hükme benzer herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

YASAMAN ve TEKİNALP'e göre bir işverenin emri altında iş sözleşmesine dayanarak çalışan kişilerin tecavüz fiilini kolaylaştırıcı eylemler yapmaları durumunda, eylemleri hizmet akdi ile yüklenilen borcun ifasına yönelik bir edim olduğu için kusursuz olmaları halinde sorumlu tutulamazlar¹²⁹.

KHK Md. 61/e metninde yer alan “iştirak” ile kastedilen unsur, bir ceza hukuku müessesesi olan iştiraktan farklıdır. Zira bu hüküm uyarınca iştirak, tecavüz fiillerine herhangi bir şekilde katılmayı veya tecavüz fiilini kolaylaştırmayı ifade eder. Konuyla ilgili bir Yargıtay kararında taklit markalı malın Türkiye'den transit geçişinin kolaylaştırılmasının marka hakkına tecavüz teşkil edeceği belirtilmiştir¹³⁰. Kanaatimizce bu madde hükmündeki iştirakı ceza hukuku anlamındaki iştirak olarak yorumlamalı ve

¹²⁶ İşçileri bu kapsamda değerlendirmemek gerekir. Zira onların fiilleri kendilerine iş sözleşmesi ile yükletilen borcun ifasına yöneliktir.

¹²⁷ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 419.

¹²⁸ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 221.

¹²⁹ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 1020; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 419.

¹³⁰ 11 HD. 12.03.2004 tarih, 2004/1534 E. , 2004/2465 K.

iştirak eden kişide iştirakın varlığı için şart olan “ *iştirak iradesi*”¹³¹ ni aramalıyız. Aksi takdirde markaya tecavüz fiiline iştirak ettiğini bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan iyi niyetli kişiyi sorumluluktan kurtaramayız.

556 sayılı KHK’da değişiklik yapılmasına dair 5833 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle 28.01.2009 tarihinden itibaren bu tartışmaların bir anlamı kalmamıştır. Zira 5833 sayılı kanunda KHK md.61/e hükmü yer almamakta ve bu hükümde sayılan fiiller marka hakkına tecavüz hali olarak sayılmamaktadır.

2.5. Kendisinde Bulunan ve Başkası Adına Tescilli Bir Markayı veya Ayırt Edilemeyecek Derecede Benzerini Taşıyan Ürünün Nereden Alındığını veya Nasıl Sağlandığını Bildirmekten Kaçınmak (KHK md. 61/f)

KHK md. 61/f uyarınca, kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürünü ticaret alanına çıkarmak, malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Hükmün uygulanabilmesi için başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürüne veya ticaret alanına çıkarılan mala zilyet olmak gerekir. Mütecavizin, taklit markalı mala kişisel kullanım amacıyla zilyet olması halinde söz konusu hüküm uygulanmaz.

YASAMAN'a göre hükmün kapsamına iltibas yaratan benzerlik girmez. Çünkü hüküm doğrudan taklit marka ile mücadele etmek üzere konulmuştur¹³².

Marka sahibinin talebi üzerine markalı malı elinde bulunduran kişi, malı nereden aldığını veya nasıl sağladığını açıklamak zorundadır. Konu ile ilgili bir

¹³¹ TOROSLU, Nevzat; Ceza Hukuku, Ankara 1991, s. 197.

¹³² YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1021.

Yargıtay kararında, davacı firma tarafından Türkiye'de satılan “lancome” marka ürünlerin yetkili satıcı olmadığı halde temin edilerek satışa sunulmasının tükenme ilkesi çerçevesinde mümkün olduğu ancak davalının bu malları hangi şekilde temin ederek satışa sunduğunu ispatlamak zorunda olduğu aksi halde marka hakkının ihlal edilmiş olacağı belirtilmiştir¹³³.

5833 sayılı kanun, KHK md.61/f hükmünü KHK'dan çıkarmıştır. Dolayısıyla, 5833 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 28.01.2009 tarihinden itibaren, kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak marka hakkına tecavüz teşkil etmeyecektir.

V- ANAYASA MAHKEMESİNİN 03.01.2008 TARİH VE 2005/15 E. 2008/2 K. NUMARALI KARARINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 tarih, 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile KHK'nın md. 9/1-b, 9/2-b, 61/a ve 61/c hükümlerini iptal etmiştir. Adı geçen karar 05.07.2008 günü Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 05.01.2009 günü yürürlüğe girmiştir. Söz konusu karara ilişkin değerlendirmeye geçmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin aynı KHK'ya ilişkin olarak verdiği 18.06.2003 tarih, 2000/38 E. 2003/66 K. numaralı karar ile 02.03.2004 tarih, 2002/92 E. 2004/25 K. numaralı karara kısaca değinmekte fayda vardır.

1. Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 tarihli kararı 556 sayılı KHK md. 61/A hükmüne ilişkindir. Md. 61/A hükmü 03.11.1995 tarih ve 4128 sayılı kanunun 5. maddesi ile KHK'ya eklenmiştir. Bu ekleme ile md. 61/A'nın (c) bendinde 61. maddeye

¹³³ 11. HD 26.05.1999 tarih, 1999/2086 E. , 1999/4505 K. ; ASLAN Adem, Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004, s. 179.

yapılan atıf vasıtasıyla, özel hukuk anlamında marka hakkına tecavüz oluşturan eylemleri aynı zamanda cezai yaptırıma da tabi tutulması sağlanmıştır. Bergama Asliye Ceza Mahkemesi söz konusu hükmün kanun ile KHK'ya eklenmesinin normlar hiyerarşisine ve Anayasa'nın 7., 38. ve 87. maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise 18.06.2003 tarihli kararında kanun hükmünde kararnamelere kanun ile hüküm eklenmesine anayasal bir engel bulunmadığını, bu itibarla ceza ve ceza yerine geçen önlemlerin yasa ile öngörülmesi yönündeki Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığın söz konusu olmadığını, konunun Anayasa'nın 7. ve 87. maddeleri ile de ilgili görülmediğini ifade ederek Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmiştir¹³⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin adı geçen kararı şu şekilde yorumlanabilir: İptal edilmesi istenen md. 61/A'nın KHK'ya yasa ile eklenmiş olması, ceza ve ceza yerine geçen önlemlerin yasa ile öngörülmesi yönündeki Anayasal ilkeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Ancak, marka hakkına tecavüz hallerini düzenleyen KHK md. 61 hükmünde yeni bir KHK ile değişiklik yapılması durumunda bu hükme atıfta bulunan KHK md. 61/A'nın (c) bendi hükmünde öngörülen suç tipi değişikliğe uğramış olacağından Anayasaya aykırılık iddiaları haklılık kazanacaktır. Bu yönde bir değişiklik yapılmadığı sürece KHK md. 61/A-c hükmünün Anayasaya aykırılığından söz edilemez¹³⁵.

2. Anayasa Mahkemesi'nin 02.03.2004 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi, 02.03.2004 tarih ve 2002/92 E. 2004/25 K. numaralı kararı ile 556 sayılı KHK md. 61/d hükmünü iptal etmiştir. Adı geçen hükümde, marka sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmenin veya bu hakları başkasına devretmenin marka hakkına tecavüz teşkil edeceği belirtilmişti. Anayasa Mahkemesi, 18.06.2003 tarihli kararının üzerinden bir yıl bile geçmeden,

¹³⁴AYOĞLU, Tolga; Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 2008, C. 8, S. 4, s. 26.

¹³⁵AYOĞLU; Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C. 8, S. 4, s. 27.

anılan kararında ortaya koyduğu tespitler ile açıkça çelişen bir karara imza atmış ve cezai norm karakterindeki md. 61/A hükmünü “*ceza ve ceza yerine geçen önlemlerin yasa ile öngörülmesi*” yönündeki anayasal ilkeye bağlı bulmamışken özel hukuk normu niteliğindeki md. 61/d hükmünü adı geçen ilkeye aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir¹³⁶.

Bahse konu kararda KHK md. 61/d hükmünün iptal edilmesine gerekçe olarak; marka hakkına tecavüzün cezai yaptırımını düzenleyen KHK md. 61/A’nın 1. fıkrasının (c) bendinin 61. maddede tecavüz olarak nitelendirilen fiillere atıf yapmasının, “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin yasa ile düzenlenmesi*” yönündeki ilke ile bağdaşmaması ve bu durumun, kanun hükmünde kararnameler ile ceza normu yaratılmasının mümkün olmadığını öngören Anayasa’nın 91/1 maddesi hükmüne aykırılık oluşturması gösterilmiştir¹³⁷.

Anayasa Mahkemesi’nin 02.03.2004 tarihli kararına muhalif kalan üyeler KHK md. 61/A f.1 (c) hükmünde marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin tek tek sayılması ile KHK md. 61’e yollama yapılması arasında fark bulunmadığını, yapılan yollama ile marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin ceza öngören normun içine alındığını, böylece suç sayılan fiillerin ve bunlara ilişkin cezaların kanunla düzenlenmiş ve suç ve cezaların kanuniliği ilkesine uygun hareket edilmiş olduğunu savunmuşlardır¹³⁸. Muhalif üyelerin görüşlerine biz de katılmaktayız. Ayrıca KHK md. 61/d hükmünün özel hukuk normu niteliğini taşıdığını ve bu nedenle “*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin yasa ile öngörülmesi*” yönündeki ilke öne sürülerek iptalinin istenemeyeceği kanaatindeyiz.

¹³⁶ AYOĞLU; Anayasa Mahkemesi’nin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C. 8, S. 4, s. 27.

¹³⁷ AYOĞLU; Anayasa Mahkemesi’nin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C. 8, S. 4, s. 28.

¹³⁸ AYOĞLU; Anayasa Mahkemesi’nin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C. 8, S. 4, s. 28.

3. Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 Tarihli Kararı

Anayasa Mahkemesi, 03.01.2008 tarih 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile 556 sayılı KHK'nın md. 9/1-b, 9/2-b, 61/a ve 61/c hükümlerini iptal etmiştir. Mahkeme iptal edilen hükümlerin doğuracağı boşluğu kamu düzenini tehdit edici nitelikte gördüğünden gerekli düzenlemelerin yapılmasına imkan tanımak amacıyla iptal kararının, Resmi Gazete'de yayımından 6 ay sonra yürürlüğe girmesine hükmetmiştir. Adı geçen karar 05.07.2008 tarih, 26927 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kararı, Ankara Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin 24.04.2005 tarihli başvurusu üzerine vermiştir. Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir: *“Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının ‘Cumhuriyetin Nitelikleri’ başlığını taşıyan 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında ‘Hukuk Devleti’ ilkesini de saymıştır. Bu ilke, Devletin her türlü eylem ve işlemlerinde uyması gereken hukuk kurallarının olduğu...’ Böylece vatandaşlar yönünden tam bir hukuki belirliliğin ve güvencenin sağlandığı bir toplum düzenini ifade eder. Ancak hukuk devleti ilkesinin hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır.*

Ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi başlıca iki unsurun varlığını zorunlu kılmaktadır. Bunlardan ilki, ‘suç ve cezaların kanuniliği’ diğeri ise, ‘suç ve cezalar arasında ölçülülük’ ilkeleridir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ceza hukuku alanında hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de suç ve cezalara ilişkin temel esaslar ceza hukukunun düzenleme alanına bırakılmayarak Anayasal güvencelere bağlanmıştır. Anayasamızın 38. maddesi bu ilkeyi düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, ‘Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.’ İlke, insan hak ve özgürlükleri açısından taşıdığı öneme uygun olarak bu alandaki temel uluslar arası düzenlemelerin de ayrılmaz bir parçası olmuştur. Avrupa

İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de, suç ve cezaların yasallığı ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin asal unsurlarından birini oluşturur ve sözleşmenin koruma sistemi içinde önemli bir yer tutar. Bu nedendir ki, savaş veya öteki genel tehlike hallerinde dahi sözleşmenin 15. maddesi uyarınca istisna getirilemez. Suçların yasa ile konulmasının bir gereği de, suç tipinin düzenlendiği hükmün 'yeterince açık ve anlaşılabilir' olmasıdır. Aksi halde vatandaşlar yönünden hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bir başka deyişle, hangi eylemlerin yasa koyucu tarafından yaptırma bağlandığının, suçun yasal unsurlarının, ağırlaştırılmış hallerinin yeterince anlaşılır şekilde düzenlenmesi bir zorunluluktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suç öngören hükmün, gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olmasını ya da olası belirsizliklerin içtihatlarla aydınlatılmış olmasını yeterli görmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir hukukçunun yardımı ile veya içtihatlar yoluyla anlaşılır olmak için, o suç tipinin bir toplumda yeterince tartışılmış ve uygulama olanağı bulmuş olması yanında, bu çalışmalara imkan verecek açıklıkta, üzerinde tartışılabilir sınırlara ve belirliliğe sahip yasal bir metnin varlığına ihtiyaç bulunduğunu söylemek hatalı olmaz. Bu görevin de yasama organı tarafından yerine getirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Günümüzde bu gereklilik özellikle ticari ceza hukuku alanında kendisini daha fazla hissettirmektedir. Gerçekten de, yasama organının, ekonomik faaliyetin belirli alanlarında yeni suç tipleri oluştururken, ya da bu alanda etkin önlemler getiren yeni düzenlemeler yaparken, insanlık tarihi ile aynı geçmişe sahip, aşağı yukarı bütün toplumlarda suç olarak kabul edilmiş eylemler için yapılan düzenlemelere kıyasla daha belirgin, açık ve anlaşılır olması gerektiği tartışmasızdır. Ancak somut olayda sanık hakkında uygulanması olasılığı bulunan, 5194 sayılı Yasa ile değişik 4128 sayılı Yasa ile 556 sayılı KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi ile bu bent hükmündeki atf dolayısıyla aynı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve yine bu bent atfıyla 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının (b) bentlerinin hukuk devleti ve suçların yasallığı ilkelerinin bir gereği olan bu zorunluluğu asgari düzeyde de olsa karşıladığını söylemek imkansızdır.

Gerçekten de, 5194 sayılı Yasa ile değişik, 4128 sayılı Yasa ile ek 556 sayılı KHK'nin 61/A maddesinin (c) bendinin uygulaması en fazla olan 'marka hakkının

ihlali' suçunun cezasını belirlemekle yetindiği ve suçun unsurlarının tespitini esasen marka hakkının hukuki ihlali hallerini düzenleyen KHK'nin 61. maddesine atıf yoluyla düzenlediği kuşkusuzdur. Sözü geçen bu son madde ise, marka hakkına tecavüz hallerini sayarken ilk olarak (a) bendi ile, 'Marka Tescilinden Doğan Hakkın Kapsamı' başlığını taşıyan 9. maddenin her türlü ihlaline yer vermiştir. Başka bir deyişle marka hakkının kapsamında yer aldığı hukuken kabul edilebilecek ve marka hakkı sahibince önenebilecek her türlü fiiller aynı zamanda suç sayılarak cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Bu durumun tekrardan kaçınmak gibi bir gerekçeyle açıklanmasına imkan yoktur. Marka hakkının hukuki (tazmini) sorumluluk gerektiren ihlallerin nelerden ibaret olduğunun KHK hükümleri çerçevesinde saptanması bir yana, tescilli markadan doğan hakkın sınırları ve istisnaları ile bu hakka tecavüz kabul edilebilecek eylemlerin vatandaşlar açısından gereğinde bir hukukçunun yardımı ile dahi olsa bilinecek derecede açık olduğunu söylemek gerçekte bağdaşmayan bir yargı olacaktır. Gerçekten de bir markanın, tescilli olduğu mal ve hizmetler ile aynı mal veya hizmetler yönünden aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin kullanılması suretiyle taklit edilmesi veya bu şekilde taklit edilmiş markaları taşıyan ürünlerin satılması, dağıtılması veya ticari amaçla elde bulundurulması eylemleri (556 Sy. KHK'nin 61. maddesinin b ve c bentleri) ayırık olmak üzere, örneğin marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi, (556 Sy. KHK'nin 61. md. d bendi) tescilli marka ile benzer olup benzer mal veya hizmetlerde kullanılması nedeniyle halk üzerinde tescilli marka ile bağlantılı olma ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılması veya tescilli tanınmış bir marka ile benzer işaretlerin, farklı sınıflardaki ürünler için tescilli markanın itibarından haksız avantaj elde edecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterine zarar verecek nitelikte kullanılması (556 Sy. KHK'nin 9. maddesinin b ve c bentleri) hallerinde olduğu gibi, ihlalin saptanması çoğu zaman, markanın karıştırılma ihtimalinin veya tanınmış marka olup olmadığının belirlenmesinde ürün, pazar payı ve tüketici bazında yapılan piyasa araştırmaları dahil uzun süren bir yargılamayı gerektirmekte ve varılan sonuçlar da çoğu zaman göreceli bulunmaktadır.

Bu gibi durumlarda hukuki (tazmini) sorumluluk öngörülmesi gerektiği kuşkusuz ise de, aynı zamanda hürriyeti bağlayıcı ceza ve işyeri kapatma cezası dahil bir takım

ağır cezai yaptırımlar da öngörülmesi yasa koyucunun tercihi olduğu takdirde, ceza hukukunun, tarihin süzgecinden geçmiş ve insanlığın ortak değerleri arasına katılmış ilkelerine uygun bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Başka bir deyişle, yasa koyucunun hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk arasında temel ilkesel farklılıkları gözeterek cezai sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi ayrıca ve suç oluşturan eylemin unsurlarına yeterli açıklık sağlayacak bir düzenleme yapması gereklidir. Aksi halde ortaya çıkan aykırılığın, yine hukuk devletinin bir diğer unsurunu oluşturan, yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla giderileceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin bir diğer unsuru ise, 'suç ve cezalar arasında ölçülülük' ilkesidir. Buna göre, öncelikle yasa koyucu norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. İlke ceza hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler açısından, bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olması şeklinde tanımlanabilir. Bir başka deyişle 'Yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur... Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü içerisinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir.' 'Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu orantısallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasa koyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır.' Yine kural olarak, suçun ve ortaya çıkan toplumsal ve şahsi zararın ağırlığına, failin kişiliğine ve fiilin özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesi olanağının hakime verilmesi de ölçülülük ilkesinin gereğidir.

Yasa koyucunun bu kuralları açıkça ihlal eder nitelikte yasa koyması Anayasaya aykırı olacaktır.

Somut olayda uygulanması söz konusu olan yasa hükmünde öngörülen yaptırımlar anılan hükümde 22 Haziran 2004 tarih ve 5194 sayılı Yasa ile yapılan

değişiklik sonrası ‘iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezası veya her ikisi, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten men’ cezaları olarak belirlenmiştir.

Anılan değişiklik öncesi hapis ve ağır para cezaları ile ayrıca işyeri kapatma ve ticaretten men cezalarının birlikte uygulanması söz konusu iken, yapılan bu değişiklikle hapis veya ağır para cezalarından sadece biri veya her ikisinin birlikte uygulanması hakimın takdirine bırakılmış bir bakıma suç ile ceza arasındaki var olan orantısızlık bizzat yasa koyucu tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, yasada öngörülen hapis ve ağır para cezalarının alt sınırının cezanın, somut olayın ağırlığına göre şahsileştirilmesine imkan vermeyecek bir şekilde yüksek tutulduğu ayrıca, maddede öngörülen ve fer’i ceza niteliğindeki ‘işyerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men cezasının’ uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hakime bir takdir hakkı tanınmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, somut olayda sanıkta elde edilen ürün sayısı, sanığın marka hakkına tecavüz oluşturduğu saptanan ürünleri bizzat üretip üretmediğine bakılmaksızın her koşulda mahkumiyet halinde ‘bir yıldan az olmamak üzere iş yerinin kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men’ cezasına da hükmedilecektir. Bu durumun hakime cezayı fiilin vahametine ve failin kişiliğine uyarlama imkanı vermediği ve bu nedenle çoğu zaman suç ile ceza arasında adalete uygun bir oranın kurulmasını engelleyici sonuçlara yol açacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla anılan hüküm ‘Hukuk Devleti’ ve ‘ölçülülük’ ilkelerine açıkça aykırı bulunmaktadır.

Yine, Anayasanın 91. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ‘Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kurulu’na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez’. Yargılamaya konu olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK’nin 61/A-c maddesinde cezalar, bu madde atfı dolayısıyla da 61 ve 9. maddelerde ise suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin ilkeleri

düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, ikinci kısmının ikinci bölümünde bulunmakla, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle gerçekleştirilmesi mümkün değildir ve aksi hal açık bir Anayasaya aykırılık oluşturur. Ancak burada iptali gereken hükmün, sadece cezayı belirlemekle yetinerek, suç oluşturan eylemleri 556 sayılı KHK'nin 9. ve 61. maddelerine atf yoluyla düzenleyen 5194 sayılı Yasa ile değişik 4128 sayılı Yasa ile anılan KHK'ye ek 61/A-c madde ve bendi olduğunu vurgulamak gerekir.

Mahkememizce, yukarıda açıklanan gerekçelerle, yargılama konusu olayda, sanık hakkında uygulanması söz konusu olan hükümlerin, 'Hukuk Devleti', 'Suç ve Cezaların Yasallığı', 'Ölçülülük' ilkeleri ile Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı görülerek, re'sen Anayasaya aykırılık denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve bu konuda verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmiştir."

Ankara Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nin söz konusu gerekçe ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurması üzerine mahkemenin vermiş olduğu 03.01.2008 tarihli kararda; *"Başvuran Mahkeme, kanun hükmünde kararnamelerle suç oluşturulamayacağını, yasakoyucunun hukuki ve cezai sorumluluklar arasında temel ilkesel farklılıkları gözeterek, cezai sorumluluk gerektiren eylemleri yeterince açık bir biçimde düzenlemesi, ayrıca suç ile yaptırım arasında ölçülü bir denge kurması gerektiğini ileri sürerek 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentlerinin, 61. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin ve 5194 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 38., ve 91. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek iptallerini istemiştir.*

1- 9. Maddenin Birinci ve İkinci Fıkralarının (b) Bendiyle 61. Maddenin (a) ve (c) Bentlerinin İncelenmesi

61. maddenin itiraz konusu (a) bendinde 9.maddenin ihlali, (c) bendinde ise 'markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit

edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak' marka hakkına tecavüz sayılan fiiller arasında gösterilmiştir.

9. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde 'markanın tescil kapsamına giren aynı mal veya hizmetlerle ilgili olarak, tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanılması', ikinci fıkrasının (b) bendinde de, 'işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi veya bu amaçla stoklanması, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanması' marka tescilinden doğan hakların kapsamı içerisinde değerlendirilmiştir.

Yasakoyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılanmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu alandaki takdir yetkisi sınırsız olmayıp yasakoyucu, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağlıdır.

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

556 sayılı KHK'nin itiraz konusu 9. ve 61. maddelerinde belirtilen eylemlere, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 61/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile

yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlemesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının (b) bentleriyle 61. maddesinin anılan bentler yönünden incelenen (a) bendiyle (c) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN, A.Necmi ÖZLER ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 13. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- 61/A Maddesinin (c) Bendinin İncelenmesi

Anayasanın 2. maddesinde Hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış; 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmüş; 38. maddesinde de, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiştir.

Kanun Hükmünde Kararname'nin 61/A maddesinin (c) bendi, 4128 sayılı Yasa ile eklendikten sonra 5194 sayılı Yasa'nın 16. maddesiyle değiştirilmiş, böylece Anayasa'nın, cezaların yasa ile düzenlenmesine ilişkin 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da Kanun Hükmünde Kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırılıktan da söz edilemez.

Öte yandan, yasakoyucu ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken, Anayasa'ya

ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 'Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller' başlığını taşıyan 61. maddesi delaletiyle, 61/A maddesinin itiraza konu (c) bendinde düzenlenen marka hakkına tecavüz eylemleri, yasakoyucu tarafından suç kabul edilerek yaptırımı bağlanmış ve yaptırım olarak da iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine hükmolunacağı öngörülmüştür. Böylece suçun işlenmesindeki özelliklere göre hakime farklı cezalar uygulama imkanı sağlanmışır. Bu yaptırımın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğunu, hakkın özüne dokunduğunu, makul ve kabul edilebilir ölçüyü aştığını, ya da yaptırımla öngörülen amaç arasında makul ve adaletli bir denge bulunmadığını söylemek mümkün olmadığından, düzenlemenin Anayasanın 13. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir.

Açıklanan nedenle, 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinin (a) ve (c) bentleri yönünden incelenen itiraz konusu 61/A maddesinin (c) bendi Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir." ifadelerine yer verilmiştir.

Karar metninde de görüleceği üzere karara karşı iki farklı karşı oy yazısı kaleme alınmıştır. Üye A. Necmi ÖZLER ve üye Mehmet ERTEN tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında özetle; KHK md. 61/A f.1 (c) hükmünde marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin tek tek sayılması ile 61. maddeye yollama yapılması arasında fark bulunmadığı, yapılan yollama ile marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin ceza öngören normun içine alındığı, dolayısıyla ceza ve ceza yerine geçen tedbirlerin yasa ile öngörülmesi yönündeki ilkeye aykırılık bulunmadığı belirtilmiřtir¹³⁹.

¹³⁹AYOĐLU; Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C.8, S.4, s. 32.

Üye Serruh KALELİ tarafından kaleme alınan karşı oy yazısında ise, suçu tasnif eden, kapsamını belirleyen, niteleyen maddenin KHK md. 61/A f.1 (c) hükmü olduğu ve bu hükmün Anayasa Mahkemesi'nin 18.06.2003 tarihli kararında suç ve cezaların kanuniliği ilkesi yönünden Anayasaya aykırı bulunmadığı, aynı hükmün yeniden tartışmaya açılmasının Anayasa md. 152/4 hükmünde yer alan kurala aykırılık oluşturduğu savunulmuştur¹⁴⁰.

556 sayılı KHK'nın 9. ve 61. maddeleri incelendiğinde bu maddelerdeki hükümlerin tescilli markaya sağlanan tekel hakkının kapsamını ve marka hakkına tecavüz hallerini belirlemeyi hedefleyen özel hukuk normları olduğu görülecektir. Anayasa mahkemesi ise bu hükümleri suç tipini düzenleyen normlar olarak görmüş ve algılamıştır. Mahkemenin söz konusu iptal kararına eleştirimiz bu noktada ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki; KHK md. 61/A f.1 (c) hükmü marka hakkına tecavüzün cezai sonuçlarını düzenlemektedir. Bu hüküm ile KHK'nın 9. ve 61. maddelerine atıf yapılmış olması bu maddelerin özel hukuk normu olma niteliğini değiştirip onları suç tipini düzenleyen norm olma statüsüne geçirmez. Anayasa Mahkemesi bu durumu göz ardı ederek KHK md. 9/1-b, 9/2-b, 61/a ve 61/c bentlerini cezai norm niteliği taşımamalarına rağmen ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin yasa ile öngörülmesi yönündeki ilkeye aykırılık teşkil ettikleri gerekçesiyle iptal etmiştir.

İptal kararı ile birlikte marka hukuku uygulamasında bir takım sıkıntılar yaşanacağı öngörüsüyle 556 sayılı KHK'da değişiklik yapılmasına dair 5833 sayılı kanun acele bir şekilde kabul edilip 28.01.2009 günü yürürlüğe girmiştir. 5833 sayılı kanun, KHK'nın 9, 61, ve 61/A maddelerini, küçük değişiklikler yaparak iptal kararından sonra yeniden uygulamaya sokmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının temel gerekçesi, ceza normu niteliğinde olduğu değerlendirilen hükümlerin kanunla düzenlenmemiş olmasıydı. İptal edilen hükümler ceza normu niteliğinde sayılsa bile KHK'ya 'kanun ile' tekrar eklendiklerinden aynı gerekçelerle iptalleri artık mümkün olmayacaktır. 5833 sayılı kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından

¹⁴⁰AYOĞLU; Anayasa Mahkemesi'nin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler, FMR, C.8, S.4, s. 32.

önceki duruma dönülmüştür. 5833 sayılı kanun, günü kurtarmak amacıyla yapılmış olan ve uygulamadaki sorunlara ancak geçici bir çözüm sağlayabilecek olan bir kanun izlenimini vermektedir. İçinde bulunulan durumda, 556 sayılı KHK' nın çıkarıldığı 1995 yılından itibaren 14 yıla yakın bir zaman geçmesine rağmen marka hukukuna ilişkin kanun statüsünde düzenleme yapmakta ihmal gösteren yasama organının payı büyüktür. Markalar Kanunu Tasarısı taslağının, uygulamadaki problemlerin asgariye indirilmesi açısından bir an evvel yasalaşmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TECAVÜZ HALİNDE HUKUKİ TALEPLER

I. GENEL OLARAK

Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin sekizinci bölümünde ilk olarak hangi fiillerin marka hakkını ihlal ettiği gösterilmiş, akabinde marka hakkı sahibinin ihlal durumunda başvurabileceği yollar belirtilmiştir. Bundan başka görevli ve yetkili mahkeme, aleyhine dava açılmayacak kişiler, tespit davaları, lisans alanın dava açma şartları gibi hususlar da düzenlenmiştir. KHK'nın sekizinci bölümü 61. ve 74. maddelerin arasındaki maddeleri kapsar. Söz konusu maddelerden örnekler aşağıdaki gibi sıralanabilir:

62. maddede, marka hakkına tecavüz nedeniyle üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyayı üretmeye yarayan araçlara el konulması, bu araçlar üzerinde marka hakkı tecavüze uğrayan kişiye mülkiyet hakkı tanınması veya bu ürün ve araçların imhası düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddede tecavüze ilişkin mahkeme kararlarının kamuya yayın yoluyla duyurulması da düzenlenmiştir.

63. maddede, marka hakkına tecavüz sebebiyle açılacak davalarda yetkili mahkeme sayısı marka hakkı tecavüze uğrayan kişilere kolaylık sağlamak amacıyla çoğaltılmıştır. Aynı maddede, tecavüz birden fazla kişinin iştirakiyle gerçekleşmişse davanın aynı mahkemede görülebilmesi imkanı da tanınmıştır.

65. maddede, marka sahibinin, tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgelerin verilmesini talep edebileceği belirtilmiştir.

66. maddede, markaya tecavüz halinde marka sahibinin uğradığı fiilli zararın yanında talep edebileceği yoksun kaldığı kazancın hesaplanmasında sadece failin

markayı kullanma sebebiyle elde ettiği kazanç değil, mağdurun kendi markasını kullanma yolu ile elde edebileceği muhtemel kazancın ya da markanın bir lisans sözleşmesi dahilinde kullanılıyor olsaydı ödenmesi gereken lisans bedelinin de esas alınabileceği belirtilmiştir. Bu maddenin amacı marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin zararının hakkaniyete uygun bir şekilde karşılanmasını sağlamaktır.

68. maddede, uygunsuz kullanım nedeniyle marka itibarının zarara uğramış olması halinde, marka sahibinin tazminat talep edebileceği belirtilmiştir.

70. maddede marka hakkına tecavüzdən doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süresinin Borçlar Kanunu'nda öngörülen zamanaşımı süresine tabi olacağı belirtilmiştir.

71.maddede, 556 sayılı KHK'da düzenlenen tüm davalarda görevli mahkemenin Adalet Bakanlığı'nca kurulacak ihtisas mahkemeleri olacağı hükme bağlanmıştır.

II. MARKAYA TECAVÜZDE BAŞVURULABİLECEK ÖN YOLLAR

1. İhtiyati Tedbir

Bazen davalar açıldıktan itibaren uzun bir süre geçtikten sonra sonuçlanmakta, bu durum da bir takım olumsuzluklara neden olabilmektedir. Söz konusu olumsuzlukları en aza indirmek amacıyla gecikmesi zarara neden olacak davalarda ihtiyati tedbir müessesesi işletilmektedir.

İhtiyati tedbir, kesin hükme varan yargılama boyunca, davacı veya davalının dava konusu ile ilgili hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, sınırlı veya geniş olabilen bir hukuki korumadır¹⁴¹.

¹⁴¹ SARAÇ, Tahir; Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 220.

KURU'nun tanımına göre ise ihtiyati tedbir, davacının davayı kazanması halinde dava konusu hakka kavuşmasını sağlamak amacıyla dava konusu hakkı güvence altına almaya yarayan tedbirdir¹⁴².

İhtiyati tedbir iki amaca yöneliktir. Birincisi herhangi bir eylem veya işlemten dolayı telafisi imkansız veya son derece güç zararların doğmasına engel olmak; ikincisi ise, davaya esas oluşturacak delillerin yok edilmesinin veya bozulmasının önüne geçmektedir¹⁴³.

Günümüz piyasa koşullarında, davanın sonuçlanmasına kadar geçen süre zarfında hüküm altına alınan talebin dermeyanı veya oluşan zararın giderilmesi imkanının ortadan kalkacak olmasının, çoğu zaman davacının, açtığı davayı kazanmasının bile yetersiz kalmasına neden olacağı düşünülürse ihtiyati tedbirin önemi daha iyi anlaşılacaktır¹⁴⁴. Son zamanlarda hızla gelişen teknoloji ile birlikte gerek ulusal gerekse uluslararası ticaretin giderek artan bir ivmeyle büyümesi ihtiyati tedbir taleplerinin de artmasına neden olmuştur.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda teminat ve düzenleme amaçlı, ihtiyati tedbirlere yer verilmiş olup ifa amaçlı tedbirler düzenlenmemiştir. 556 sayılı KHK md. 76-79'da ise HUMK'dan farklı olarak ihtiyati tedbire ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiştir¹⁴⁵. KHK'da usul hukukunda yer alan “*davanın esasını çözecek şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmez*” ilkesi uygulanmamaktadır¹⁴⁶. KHK md. 77/1'deki düzenlemeye göre, ihtiyati tedbirin, verilecek hükmün etkinliğini tamamen sağlayacak nitelikte olması gerekir. KHK'nın ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerinin yanında aynı konuda ayrı ve özel hükümlerin getirilmesi Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun

¹⁴² KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000, s. 701.; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001 s.557.

¹⁴³ ATEŞ, Mustafa; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPS Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri, FMR, C.3, S. 2003 / I, s. 32.

¹⁴⁴ DEREN YILDIRIM, Nevhis; Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999, s. 7.

¹⁴⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 478.

¹⁴⁶ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 479.

ihtiyati tedbir konusundaki yetersizliğinden kaynaklanmaktadır¹⁴⁷.

KHK'nın 76/1 maddesine göre, KHK'da öngörülen türde dava açan veya açacak olan kişiler dava konusu markanın kendi marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde Türkiye'de kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, davanın etkinliğini temin etmek üzere ihtiyati tedbire karar verilmesini talep edebilir¹⁴⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu maddenin sadece marka hakkına tecavüz dolayısıyla talep edilebilecek ihtiyati tedbirleri kapsamına aldığıdır. Dolayısıyla markanın hükümsüzlüğü hallerinde ve TPE kararları aleyhine açılacak davalarda HUMK'un ihtiyati tedbire ilişkin hükümleri uygulanacaktır¹⁴⁹. Bu hüküm uyarınca ihtiyati tedbir talebini, marka hakkına tecavüz nedeniyle dava açmış ya da açacak olan kişiler isteyebilir¹⁵⁰. Dolayısıyla denilebilir ki öncelikle marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi dava açmaya yetkili olduğundan ihtiyati tedbir talebinde bulunmaya da yetkilidir. Ancak markanın koruma süresi bittikten sonra mahkemeye yöneltilebilen ihtiyati tedbir talepleri reddolunmalıdır¹⁵¹. Davacının ihtiyati tedbir isteyebilmesi için mutlaka zarar görmüş olması gerekmez. Zarar görme tehdidi altında olması yeterlidir¹⁵².

KHK'nın 9/3 maddesinde, marka tescili için yaptığı başvurusu yayımlandıktan sonra, başvuru sahibine tazminat davası açma hakkı tanınmış, ancak bu aşamada ihtiyati tedbir talep etme hakkı tanınmamıştır. Tazminat davası açma yetkisine sahip olan başvuru sahibine bu çerçevede ihtiyati tedbir isteme hakkının tanınması da uygun olacaktır¹⁵³.

¹⁴⁷ KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 571.

¹⁴⁸ Yeni Markalar Kanunu Tasarısı taslağının 71. maddesinde ihtiyati tedbir talep edecek kişilerin, kendilerinden makul olarak temini beklenebilecek nitelikteki delilleri sunabilecekleri belirtilmiştir. Anlaşılacağı üzere taslaktaki düzenleme ihtiyati tedbir talep eden kişi açısından, mevcut düzenlemeye göre lehedir.

¹⁴⁹ KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 571.

¹⁵⁰ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 226.

¹⁵¹ DEREN YILDIRIM; İhtiyati Tedbirler, s. 28.

¹⁵² DEREN YILDIRIM; İhtiyati Tedbirler, s. 28.

¹⁵³ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 226.

KHK'nın 21/4 ve 73/1'nci maddelerine göre, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça inhisari lisans sahibinin de tedbir talebinde bulunma hakkı vardır¹⁵⁴. İnhisari olmayan lisansa sahip kişinin dava açma hakkı bulunmadığından ihtiyati tedbir istemesi de mümkün değildir. Bu halde lisans alanın, gerekli davaların açılmasını lisans verenden istemesi gerekir. Lisans veren bu davaları üç ay içinde açmalıdır¹⁵⁵. Üç ay içinde gerekli dava açılmazsa, lisans alan yaptığı bildirim de ekleyerek kendi adına dava açabilir. Ancak bunu lisans verene bildirmesi gerekir. Bununla birlikte KHK md. 73/4'e göre lisans alan, ciddi bir tehlike karşısında ve söz konusu sürenin geçmesinden önce ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

ARKAN, KHK'nin 76/2 maddesinde belirtilen, tedbir talebinde bulunacak kişilerin dava konusu markanın Türkiye'de haksız olarak kullanılmakta olduğunu veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmesi gerekliliğine karşı çıkmaktadır¹⁵⁶. Markaya tecavüzün meydana gelebilmesi için markanın iç pazara sürülmesi söz konusu edilmeksizin ihracatının da yeterli olduğu değerlendirildiğinde bu görüşün haklılığı ortaya çıkacaktır. Bundan başka KHK'nın 79. maddesinde de hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturan markalı mallara ithalat veya ihracat sırasında gümrük idareleri tarafından el konulması ve daha sonra da mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınmasından söz edilmiştir. Buradan da, ihtiyati tedbir kararı istenmesinde, dava konusu markanın Türkiye'de kullanılmakta olması koşulunun marka hakkı sahibinin haklarının korunması açısından sert olarak uygulanmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

KHK md. 76/1'de, markanın tecavüze konu olacak biçimde Türkiye'de kullanılmakta olduğunun veya kullanılması için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığının ispatından bahsedilmiştir. Burada bahsedilen ciddi ve etkin çalışma ile düşünce açıklaması aşamasını geçmiş ve girişim aşamasına ulaşmış çalışmalara işaret

¹⁵⁴ DEREN YILDIRIM; İhtiyati Tedbirler, s. 29.

¹⁵⁵ Buradaki üç aylık süre bildiriminin alındığı tarihten itibaren başlar.

¹⁵⁶ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 227.

edilmiştir¹⁵⁷. Ayrıca buradaki ispatı HUMK anlamında tam bir ispat olarak algılamamak¹⁵⁸, mahkemenin her tür hukuki vasıta ile ikna edilmesi¹⁵⁹ şeklinde yorumlamak gerekir.

KHK'nın 76/2 maddesi uyarınca ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, davayla birlikte veya dava açıldıktan sonra talep edilebilir. İhtiyati tedbir talebi davadan ayrı olarak incelenir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ihtiyati tedbir talebinin dava açılmadan yapılmış olması halinde, tedbir kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde esasa ilişkin davanın açılması gerektiğidir. Aksi durumda HUMK Md. 109 uyarınca ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar. İhtiyat tedbir, KHK'nın 77. maddesinde belirtilen niteliklere haiz olmalı ve hükmün niteliğini sağlayacak özellikte olmalıdır. Bu bağlamda ihtiyati tedbir kararı aşağıda belirtilen tedbirleri karşılamalıdır:

- 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 dahil buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması¹⁶⁰,
- c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.

Türkiye'de marka hukukundaki tedbir uygulamalarında genel olarak, esasa yönelik bir inceleme yapılmadığı, menfaat değerlendirmesi ile yetinildiği, esas hakkında davanın da sonuçlanmamış olması nedeniyle hasmın menfaatlerinin tek taraflı olarak öne çıkarıldığı ve istenen ihtiyati tedbir talebinin reddedildiği gözlenmektedir. Lakin

¹⁵⁷ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 474.

¹⁵⁸ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 227.

¹⁵⁹ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 474.

¹⁶⁰ Yeni Markalar Kanunu Tasarısı taslağı Md. 72/1-c 'de "Marka hakkına tecavüz edilerek üretilen veya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulan ürünlere veya bunların imalinde kullanılan vasıtalara Türkiye sınırları içinde, gümrükler, serbest liman ve bölgeler de dahil olmak üzere buldukları her yerde el konulması ve bunların saklanması" ifadeleri yer almıştır. Görüleceği üzere mevcut KHK' daki "ithal edilen şeyler" ifadesi "gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulan ürünler" olarak değiştirilmiş ayrıca önceki metne ilave olarak söz konusu ürünlerin imalinde kullanılan vasıtalara da el konulacağı belirtilmiştir.

Ayrıca bu konuda bkz. Paris Sözleşmesi Md. 9; Ticaretle Bağlantılı Fikir Mülkiyet Hakları Anlaşması Md. 51 ve devamı ve sözleşmenin 60. maddesine göre, üyeler, seyahat edenlerin şahsi eşyası içinde bulunan veya küçük partiler halinde gönderilen ticari olmayan, az miktardaki malları yukarıdaki hükümlere tabi olmaktan muaf tutabilirler.

hakkaniyet açısından KHK'nın 76. maddesi hükmü de nazara alınarak, şartlar olduğu taktirde ihtiyati tedbire karar verilmeli¹⁶¹; menfaat değerlendirmesi ihtiyati tedbirin hangi türde uygulanacağı belirlenirken göz önüne alınmalıdır¹⁶².

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 77/c maddesinde “*herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi*” ifadesi yer almaktadır. Doktrinde söz konusu teminatın kim tarafından verileceği tartışılmıştır.

TEKİNALP, teminatın marka hakkını ihlal eden kişi tarafından verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹⁶³. ARKAN ve ARIKAN ise KHK Md. 77/c hükmünden marka hakkına tecavüz edenin teminat vermesi gerektiği anlamı çıktığını kabul etmekle birlikte teminatın marka hakkı tecavüze uğrayan davacı tarafından verilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu yazarlara göre KHK Md. 77/c hükmü usul hukukunun temel ilkelerine aykırıdır; çünkü bir kişinin hem ihtiyati tedbir talebine muhatap olması hem de kendisinden teminat istenmesi usul hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmaz¹⁶⁴.

Biz, doktrindeki bu tartışmanın isabetsiz olduğunu düşünmekteyiz. Zira, tartışmanın tarafı yazarlar KHK md. 77/c'de düzenlenen “*teminat*” kavramını olması gerektiğinden farklı değerlendirmektedirler. Şöyle ki; KHK md. 77/c'de yer alan teminatın kendisi bir ihtiyati tedbirdir. Buradaki teminat; markasına tecavüz edilen hak sahibinin, tecavüz fiilini gerçekleştiren kişinin dava sonuçlanana kadar ortaya çıkabilecek kayıpları önlemek amacıyla gösterdiği teminattır. Yazarların, üzerinde fikir ayrılığına düştükleri teminat ise; HUMK md. 110 hükmünde düzenlenen, KHK md. 77/c'de yer alan teminat gösterilmesi ihtiyati tedbirinin mahkemeden talep edilebilmesi için verilen teminattır. Teminat verilmesi ihtiyati tedbirinin mahkemeden talep edilebilmesi için verilmesi gereken teminata KHK'da değinilmemiştir. Dolayısıyla bu

¹⁶¹ERDEM, Bahadır B.; Patent Hakkının Korunmasında ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002, s. 111.

¹⁶²DEREN YILDIRIM, Nevhis; “*Marka Hukukunda İhtiyati Tedbire İlişkin Bazı Sorunlar*”, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C.II, s. 205.

¹⁶³TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 483.

¹⁶⁴ARIKAN, Ayşe Saadet; “*Tasarımların 554 Sayılı Tasarım Kararnamesi ve Fikir Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Korunması*”, Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.IV., S.1-2 (1995-1996) s.84, dn. 65; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 228.

teminat hakkında genel usul hükümleri uygulanacaktır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda tartışma konusu teminatın kimin tarafından verileceği açıkça belirtilmiş olduğundan bu hususta tartışmanın anlamsız olduğu kanaatindeyiz.

Meseleyi biraz daha netleştirmek gerekirse, KHK md. 77/c'de belirtilen ihtiyati tedbir olan teminatı markaya tecavüz eden kişi gösterirken, bu tecavüz nedeniyle ihtiyati tedbir talebinde bulunan markanın sahibi ise HUMK md. 110 uyarınca bu talebini yöneltebilmesi için ihtiyaç bulunan teminatı göstermek zorundadır. Mütecevizin, hem ihtiyati tedbir anlamında teminatı, hem de bu ihtiyati tedbir kararının verilmesi için gösterilmesi gereken teminatı vermek gibi bir durumu söz konusu değildir. Müteceviz, farklı sebeplere dayalı birden fazla teminat vermek durumunda olmadığından burada usul hukukunun temel ilkelerine aykırılık söz konusu olmayacaktır.

HUMK md. 111 uyarınca, aleyhine tedbir kararı verilmiş olan tarafın talebiyle davaya bakan mahkeme icap ve vaziyete göre ihtiyati tedbiri değiştirebilir veya kaldırabilir. Marka hakkının koruma süresinin dolması veya yeni delillerin ortaya çıkması hallerinde durumun değiştiği kabul edilip ihtiyati tedbirin değiştirilebilmesi veya kaldırılabilmesi gerekir. Buna karşılık, karşı tarafın göstereceği teminat ile verilen ihtiyati tedbirlerin kaldırılması hususunda dikkatli olunmalıdır. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı alınan kişi her zaman itiraz etme veya teminat mukabilinde tedbirin kaldırılmasını isteme imkanına sahiptir¹⁶⁵. İhtiyati tedbirler ihtiyati hacizlerden farklı olarak para dışındaki talepleri temin etmeye yöneliktir. Bu nedenle karşı tarafın teminat göstermesi karşılığında tedbirin kaldırılmasının ihtiyati tedbir ile güdülen amaca aykırı düşülebileceği de nazara alınarak bu konuda karar verilirken azami derecede hassasiyet gösterilmelidir¹⁶⁶. Zira, haksız rekabet ve markaya tecavüz hallerinde tecavüze ilişkin sonuçlar çoğu zaman tazminat ile giderilememektedir.

KHK, ihtiyati tedbir kararının hangi mahkemelerden talep edilebileceği hususunda özel bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle bu hususta ihtiyati tedbirler

¹⁶⁵ ÖZEKES, Muhammet; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 59.

¹⁶⁶ DEREN YILDIRIM; İhtiyati Tedbirler, s. 206.

için genel usul hükümlerinden yararlanmak gerekir.

Görevli ve yetkili mahkeme, ihtiyati tedbir talebinin esas hakkındaki dava açılmadan önce veya dava ile birlikte yapılması hallerine göre ayrı ayrı belirlenmektedir¹⁶⁷. Dava açılmadan önce, marka sahibi için ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde HUMK md. 104/1 gereğince bu tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilmesi mümkün ise o yer mahkemesi veya esas davaya bakmakla yetkili olan mahkeme ihtiyati tedbire hükmedebilir. Bu hüküm hakkın kötüye kullanımına¹⁶⁸ sebep olacağı ve olumlu ve olumsuz yetki uyuşmazlıklarına neden olacağı düşünceleriyle doktrinde eleştirilmiştir¹⁶⁹. Dava açıldıktan sonra ihtiyati tedbir talebi ancak HUMK md. 104/2 uyarınca davaya bakmakta olan mahkemeye yapılabilir.

KHK'nın 71/1 maddesi uyarınca, KHK bünyesindeki ihtiyati tedbir taleplerinde görevli mahkemeler gerek dava açılmadan önce gerekse dava açıldıktan sonra, Adalet Bakanlığı'nca kurulacak ihtisas mahkemeleridir.

İhtiyati tedbirin hangi tedbirleri kapsayacağı hususunda; Markalar Kanunu Tasarısı taslağı, 556 sayılı KHK'da yer alan tedbirlere yenilerini eklemiştir. Bu tedbirler şu şekilde sıralanabilir:

- Marka hakkına tecavüz teşkil edecek şekilde markanın kullanılması için yapılan ciddi ve etkin çalışmaların durdurulması,
- Marka hakkına tecavüz olduğuna karar verilmesi halinde hak sahibinin zararının tazminini güvence altına almak amacıyla, davalının taşınır ve taşınmaz mal varlığına el konulması, banka hesaplarının bloke edilmesi.

Kanaatimizce taslakta yer alan ilave tedbirler oldukça yerindedir ve somut olayın niteliğine göre mahkemenin hangi tedbire başvuracağını belirlemesini

¹⁶⁷ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 228.

¹⁶⁸ İstenilen ihtiyati tedbir karar elde edilinceye kadar ayrı ayrı mahkemelere başvurmak gibi.

¹⁶⁹ DEREN YILDIRIM; İhtiyati Tedbirler, s. 30

kolaylaştıracak çeşitliliği sağlaması açısından faydalı olacaktır.

2. Gümrüklerde El Koyma

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 79/1 maddesine göre, hak sahibinin yetkilerine tecavüz oluşturması nedeniyle cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine gümrük idareleri tarafından ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabilir¹⁷⁰. Gümrük idarelerinin uyguladığı bu yöntem sayesinde taklit markalı malların uluslararası ticareti ve bu malların iç ve dış piyasaya sunumu daha başlangıç aşamasında durdurulmuş olacaktır¹⁷¹.

Taklit markalı malların ticaretinde sınır kontrollerine dönük önlemlerin alınması fikri ve sınai hakların etkin bir şekilde korunmasında ayrı bir önem taşır¹⁷². Ticari emtianın bir ülkeye giriş ve çıkış noktası olması sebebiyle gümrük kapılarının kontrolü taklit malların uluslararası ticaretini büyük oranda etkilemektedir¹⁷³.

KHK md. 79/1'de sözü edilen ihtiyati tedbir kavramı yanlış anlaşılmalıdır.

¹⁷⁰Markalar Kanunu Tasarısı taslağının 74. maddesinde “*Marka sahibinin marka hakkına tecavüz oluşturan ürünlerin ve bunların imalinde kullanılan vasıtaların gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması halinde bu ürünlere ve vasıtalara gümrüklerde, serbest liman ve bölgelerde el koyma ile ilgili hususlarda gümrük mevzuatı hükümleri uygulanır*” denmektedir.

Paris Sözleşmesi'nin 9. maddesinde “*Kanuna aykırı olarak ticaret veya fabrika markasını yahut bir ticaret ünvanını taşıyan her mamül, bu marka veya ticaret ünvanının kanuni himaye hak etmiş olduğu Birlik ülkelerine ithaline el konulacaktır. El koyma kanuna aykırı olarak markanın konulduğu ülkede veya mamülün ithal edildiği ülkelerde de yapılacaktır. Resmi makamlar, transit hallerde el koyma işlemini yapmaya mecbur tutulamayacaktır.*” denmektedir.

Ayrıca TRIPs madde 51-60 arasında da konu ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. 51. maddede ithalat veya ihracat sırasında ilgili devletin mallara el konulmasına ilişkin tedbirler alınmasından söz edilmektedir. 54. maddede ise, ithalat veya ihracattan alıkonulması istenilen malların sahiplerine de gerekli güvencenin istekte bulununca verilmesinin istenebileceği belirtilmiştir. 52. maddede, gümrük idaresince ithal edilen ülke, mevzuatına uygun ve kısıtlanması istenilen malların ayırt edilebilmesine ilişkin kanıtlar getirilmesini istemek zorunluluğu konulmuştur. Kısıtlama süresi azami on gün ise de yeni bir on günlük ek süre konulabileceğinden de söz edilmekte olup 556 sayılı KHK'da bundan bahsedilmemiştir.

¹⁷¹MERAN Necati, Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004, s. 257; ARKAN, Marka Hukuku C.II, s. 228.

¹⁷²ERGÜN; Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 170.

¹⁷³ATEŞ; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti, s. 35.

Zira, ihtiyati tedbir kararı ancak mahkeme tarafından verilebilir. Burada ise hak sahibinin talebi üzerine, marka hakkına tecavüz konusu olan malların idari olarak tutulması söz konusudur. Konu ile ilgili olarak TRIPs'in 51/1'inci maddesinde “malların girişinin ertelenmesi” ifadesi tercih edilmiştir. TRIPs'de taklit malların ülkeye girişinin ertelenmesi gerektiği yönünde bir düzenleme yapma zorunluluğu getirildiği halde malların ülkeden çıkışı ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁷⁴.

KHK md. 79'da öngörülen el koyma sadece ithalat veya ihracat ile sınırlıdır. Bu nedenle taklit markayı taşıyan mallara transit geçiş esnasında el konulamaz. Ancak, transit geçişlerde kısmi ithalat veya kısmi ihracat söz konusu ise el koyma tedbirinin uygulanabileceğini kabul etmek gerekir¹⁷⁵.

KHK'nın 79/1'inci maddesinde el koyma ile ilgili uygulamanın bu konuda çıkarılacak mevzuatta düzenleneceği belirtilmiştir. 27.10.1999 tarih ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57'nci maddesi ve bu kanunun uygulanmasına yönelik Gümrük Yönetmeliği'nin 105-111'inci maddeleri fikri ve sınai haklara tecavüz halinde gümrük idarelerince uygulanacak önlem ve yaptırımları düzenler.

Tescilli markanın korunması hususunda, Gümrük Kanunu'nun 57. maddesinde iki farklı tedbir öngörülmüştür:

Bu tedbirlerinden ilki, marka hakkına tecavüze konu olan eşyanın gümrük işlemlerinin hak sahibinin veya temsilcisinin isteği üzerine durdurulmasıdır. Durdurma işleminin gerçekleştirilebilmesi için marka hakkı sahibi tarafından henüz gümrüğe

¹⁷⁴ ATEŞ; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti, s. 38.

¹⁷⁵ Y. 11. HD. 01.04.2004 tarih 8321. E., 3406. K. sayılı kararında “Marka sahibinin izni olmadan bu markayı taşıyan taklit malların transit geçişinin tecavüz oluşturacağına öğretide kabul edilmesine; markayı veya ayırt edilemeyecek benzerini kullanarak markanın taklit edildiğini bilen veya bilmesi gerekenlerin bu ürünleri ticari amaçla elde bulundurmanın da, marka hakkına tecavüz oluşturduğuna; marka taklit edilerek ürünü ticari amaçla bulunduran kişi, ayrıca tazminat ödemekle yükümlü bulunmasına; Türkiye'nin de taraf olduğu TRIPs anlaşmasının taraf ülkelere, marka hakkı ihlallerine neden olan malların hak sahiplerinin zarar görmesini engelleyecek biçimde ticaret kanalları dışına çıkarılması yükümlülüğünü öngörmesine göre, marka sahibinin izni olmaksızın marka taklit edilerek üretilen sahte ürünleri bulundurmanın ve yurt dışı etme faaliyetlerinin suç ve markaya tecavüz olduğu değerlendirilmelidir” şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

gelmemiş sahte eşyanın tanınmasına imkan verecek şekilde yeterli bilginin işlemi yapacak gümrük idaresine sunulması gerekir. Başvuru, dilekçe ile yapılmalıdır. Başvuru sahibi, başvuru dilekçesi ile birlikte, Gümrük Yönetmeliği ekinde bulunan ve başvuranın imzalaması zorunlu bulunan, gümrük görevlilerinin tüm fiil ve işlemlerinden doğan tazminat ve sair ödemeleri başvuru sahibinin üstlenmesini öngören taahhütnameyi de gümrük idaresine teslim etmelidir. Söz konusu taahhütname ile oluşturulan sorumsuzluk halinin Borçlar Kanunu'nun 100. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir¹⁷⁶. Konuyla ilgili olarak TRIPs md. 48/2'de, fikri hakların korunması uygulamasında görevli olanların iyi niyetli hareketlerinden kaynaklanan zararlardan dolayı, öngörülen tazminata muhatap kılınmayabilecekleri belirtilmiştir. Buradan da, gümrük görevlilerinin, iyi niyetli olmaksızın yaptıkları eylem veya işlemleri ile tarafların birine verdikleri zararlardan sorumlu olmaları, iyi niyetle yaptıkları eylem ve işlemlerden ise sorumlu olmamaları gerektiği sonucu çıkmaktadır¹⁷⁷.

İkinci tedbir ise, marka hakkına tecavüze konu olan eşyanın sahte eşya tarifine uyduğuna dair açık delillerin bulunması halinde gümrük işlemlerinin idare tarafından re'sen durdurulması halidir¹⁷⁸. Bu tedbir ile gümrük müdürlüğü hak sahibinin geçerli bir başvuruda bulunmasını teminen üç iş günü boyunca söz konusu eşyanın işlemlerini durdurmaya ve eşyaya el koymaya yetkili kılınmıştır.

Gümrük Kanunu'nun 57. madde metnindeki “açık delil” sözcüklerinin yerine TRIPs md. 58'de “aksi kanıtlanmadığı sürece doğru kabul edilen delil” ifadesi kullanılmıştır¹⁷⁹. TRIPs'de yer alan ifade Gümrük Kanunu'nda yer alan “açık delil” ifadesinden daha dar kapsamlıdır. Gümrük görevlilerinin kötü niyetli olarak her hangi bir delili açık delil sayıp gümrükte işlem gören mallara üç iş günü gibi ticari hayatta oldukça uzun sayılan bir süre boyunca el koymaları ihtimaline binaen daha dar bir anlama sahip olan ve sınırları daha kolay çizilebilen “aksi kanıtlanmadığı sürece doğru kabul edilen delil” ibaresinin Gümrük Kanunu'nun ilgili maddesinde yer almasının

¹⁷⁶ KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 580.

¹⁷⁷ ATEŞ; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti, s. 29.

¹⁷⁸ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1218.

¹⁷⁹ ATEŞ; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası ticareti, s. 39.

yararlı olacağı kanaatindeyiz.

Gümrükte işlem gören eşyanın sahteliğinin tespit edilebilmesi amacıyla numune alınabilmesi için öncelikle gümrük idaresi tarafından durdurma kararı verilmesi gerekir. Buna karşılık, uygulamada genellikle marka hakkı sahibinin numune talepleri gümrük idarelerince öncelikle karşılanmakta, marka hakkı sahibinin sahteliği teyit etmesini müteakip durdurma kararı verilmektedir¹⁸⁰.

Gümrük Yönetmeliği'nin 105. maddesinde “*sahte eşyanın tamamlayıcıları*” , “*sahte veya telif hakkına tabi taklit eşyanın kalıp ve matrisleri*” ifadeleri yer almış ve yönetmeliğin 106'ncı maddesinde bu ifadeler kapsamında kalan eşyanın da talep üzerine veya resen gümrük işlemlerinin durdurulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle sadece taklit markayı taşıyan mallara değil bunların etiket ve ambalaj gibi tamamlayıcılarına da gümrüklerde el koyma işlemi uygulanabilir¹⁸¹.

556 Sayılı KHK md. 79/3 hükmüne göre, gümrük idarelerinden alınan ihtiyati tedbir kararından itibaren on gün içinde ihtisas mahkemesine tecavüz davası açılmazsa ihtiyati tedbir kararı yani idarenin el koyma kararı sona erer.

556 Sayılı KHK'nin 79. maddesi ile Gümrük Kanunu'nun 57. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, KHK'nin 9. maddesinde belirtilen tecavüz durumlarının gümrüklerde el koyma işlemine konu olabileceği sonucuna ulaşılabacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta yasa koyucunun markaya tecavüz hususunda gümrük idarelerine re'sen müdahale hakkı tanımasıdır.

Gümrük Kanunu'nun 57/5 maddesi hükmüne göre, gümrük işlemleri durdurulan eşya hakkında mahkemenin vereceği karara uygun olarak, taklit markalı ürünler

¹⁸⁰ KARAN/ KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 580

¹⁸¹ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1220.; KARAN / KILIÇ, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 580

Gümrük Yönetmeliği'nin 111. maddesine göre tasfiyeye tabi tutulacaktır¹⁸². Yönetmeliğin yine aynı maddesi uyarınca, yetkili mahkemenin, ya imhayı ya da asli nitelikleri değiştirildikten sonra eşyanın sahibine veya devlete terk edilmesine karar vermesi gerekir¹⁸³. Kanaatimizce, söz konusu hükümlerde, taklit markalı malların tasfiyesinin ve sahibine veya devlete terk edilmesinin ne şekilde gerçekleştirileceğine yer verilmemesi önemli bir eksikliklerdir.

3. Delillerin Tespiti

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 75. maddesi uyarınca, marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir. Esas itibariyle delillerin tespiti, açılmış veya sonradan açılacak olan bir dava ile ilgili delillerin, belirli koşullar altında, zamanından önce toplanıp güvence altına alınması için öngörülen bir kurumdur¹⁸⁴.

Delillerin tespitinin hukuki niteliği tartışmalıdır.

ARKAN'a göre KHK md. 75'de belirtilen delillerin tespiti, kanun tarafından ihdas edilmiş bir tespit davasıdır; bu nedenle de mahkeme delilleri toplayarak sonucuna göre karar vermelidir. Burada söz konusu olan bir davadır; sadece delil tespiti değildir¹⁸⁵.

ERGÜN, delillerin tespitinin delillerin güvence altına alınması amacı taşıyan geçici bir önlem niteliğinde olduğu, bu nedenle de bir dava olmadığı kanaatindedir¹⁸⁶.

TEKİNALP'e göre, buradaki delillerin tespiti davası, HUMK md. 368-374'de düzenlenen delillerin tespiti davasından farklı bir davadır. Mahkemenin vereceği karar

¹⁸² YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1221.

¹⁸³ KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 581.

¹⁸⁴ ERGÜN; Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 168.

¹⁸⁵ ARKAN; Marka Hukuku, C.II. , s. 232.

¹⁸⁶ ERGÜN; Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 168.

kesin hüküm etkisi doğurduğundan başka bir mahkemede inceleme ve tartışma konusu yapılamaz. Kararın temyizi mümkündür¹⁸⁷.

DEREN YILDIRIM'a göre ise delil elde etme tedbirleri delillerin tespitinden farklıdır ve fikri mülkiyet açısından bu kurum daha elverişlidir. HUMK'un delil tespitine ilişkin hükümlerinin fikri mülkiyet hukukunda uygulanması uygun değildir¹⁸⁸.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konu ile ilgili olarak verdiği bir kararında; KHK md. 75'in marka sahibinin 61. maddede belirtilen markasına tecavüz sayılan durumlardan birinin mevcut olduğunun tespitini müstakil bir tespit davası ile isteyebilmesine olanak sağlandığını belirterek KHK ile yapılan bu düzenlemenin, TTK md. 58/1-a ve 5846 sayılı kanunun 15/3 maddelerine paralel bir biçimde bir tespit davası olduğunu belirtmiştir¹⁸⁹. Buradan KHK md. 75'te sözü edilen delillerin tespitinin, esasa ilişkin bir dava olduğu ve verilecek kararın da itiraza değil de temyize tabi olacağı sonucuna ulaşılır.

Delillerin tespitinin hukuki niteliği konusunda, aynı istikamette olan Yargıtay'ın, ARKAN'ın ve TEKİNALP'in görüşlerine aynı gerekçelerle biz de iştirak etmekteyiz.

KHK md. 78 uyarınca, tespit talepleri ile ilgili diğer hususlarda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır. KHK'nın delil tespiti davası ile ilgili herhangi bir hüküm içermemesi nedeniyle, bu davaya ilişkin olarak hukukumuzdaki genel ilkelere başvurulacaktır.

Marka sahibi ve KHK'nın 73. maddesindeki koşulların oluşması halinde lisans alan, delillerin tespitini talep edebilir¹⁹⁰. Ancak burada hukuki ilişki ve hukuki yararın dava şartı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır¹⁹¹. Doğrudan eda davasının açılmasının

¹⁸⁷ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 475.

¹⁸⁸ DEREN YILDIRIM; İhtiyati Tedbirler, s. 100-102.

¹⁸⁹ 11. HD: 30.01.1997 tarih, 1996/836 E. , 1997/424 K.

¹⁹⁰ ARKAN; Marka Hukuku, C.II. , s. 232.

¹⁹¹ KURU Baki, Tespit Davaları, Ankara 1963, s. 23. ; POSTACIOĞLU İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1996, s. 189 vd. ; BİLGİ Necip, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1967, s. 345 vd.

mümkün olduğu durumlarda tespit davası açılmasında hukuki bir yarar olmadığından, bu şekilde bir tespit davası ancak sınırlı hallerde açılabilecektir.

4. Marka Hakkına Tecavüzün Mevcut Olmadığı Hakkında Dava

Her ne kadar 556 sayılı KHK'da marka hakkına tecavüz sayılan haller belirtilmişse de kimi durumlarda, yapılan ticari veya sınai bir faaliyetin marka hakkına tecavüz niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda tereddüte düşülebilir. Özellikle belli bir alanda yatırım yapma hazırlığı içinde olan kişiler, yaptıkları faaliyetin ilgilendikleri alanla ilgili olarak herhangi bir marka tecavüzüne neden olup olmadığını bilmek isteyeceklerdir. Bu aşamada KHK'nın 74. maddesi devreye girecektir. Söz konusu maddede menfaati bulan herkesin marka sahibine karşı dava açarak kendi eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil etmediğini tespit ettirebileceği belirtilmiştir.

Marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki dava bir menfi tespit davası niteliğinde olduğundan, hukuki ilişki niteliğindeki marka hakkına tecavüzün var olmadığının kesin olarak tespitini amaçlar¹⁹².

KHK md. 74/4 hükmüne göre bu dava, marka hakkına tecavüzden dolayı kendisi hakkında dava açılmış bir kişi tarafından açılmaz. KHK'nın 74/2 maddesi hükmüne göre, bu 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 bildirmesi noter aracılığıyla talep edilir. Marka sahibi bu talebin kendisine tebliğinden itibaren bir ay içinde cevap vermelidir. Verilen cevap menfaat sahibi kişi tarafından kabul edilmezse KHK md. 74/1'e göre dava açılabilir.

Her ne kadar eda davasının açılabileceği hallerde menfi tespit davası açılmaz ise de KHK md. 74 hükmü bu kurala istisna teşkil etmektedir. Söz konusu hüküm,

¹⁹² ERGÜN, Mevci; Patentten Doğan Haklara Tecavüz Olmadığının Tespiti, FMR, C. 2004/3, S. 4. , s. 36.

tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki davanın eda davası ile birlikte açılabilmesi imkanını getirmiştir¹⁹³. Ayrıca KHK md. 74/6 uyarınca söz konusu dava hükümsüzlük davasıyla birlikte de açılabilir.

Markaya tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki davanın açılabilmesi için, diğer menfi tespit davalarından farklı olarak, davalı tarafından daha önce bir hakkın varlığının iddia edilmesine gerek yoktur¹⁹⁴. Marka hakkı sahibine görüşlerinin sorulması, bir dava şartı niteliğindedir¹⁹⁵.

KHK md. 74'de sözü edilen marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkındaki dava ve şartları, Markalar Kanunu Tasarı taslağının 69. maddesinde herhangi bir değişikliğe uğramadan yer almıştır.

III. KHK MD. 62'DE DÜZENLENEN HUKUK DAVALARI

1. Genel Olarak

556 Sayılı KHK'dan önce yürürlükte bulunan 551 sayılı mülga Markalar Kanunu'nun 48. ve 47. maddelerinde marka hakkına tecavüz durumunda açılacak davalar yer almıştı. Bu davalar, tecavüzün ref'i, tecavüzün men'i ve tazminat davaları şeklindeydi.

556 Sayılı KHK ise marka hakkına tecavüz durumunda açılacak davalara "*marka sahibinin talepleri*" başlığını taşıyan 62. maddesinde yer vermiştir. Söz konusu maddede önceki düzenlemeden farklı olarak bir takım yenilikler uygulamaya konmuştur.

Çalışmamızın devamında ayrıntılı olarak incelenecek olan 556 sayılı KHK'nın

¹⁹³ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 472

¹⁹⁴ ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal; Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 179.

¹⁹⁵ TEKİNALP, Fikir Mülkiyet Hukuku, s. 472; ARKAN, Marka Hukuku, C. II. , s. 233.

62. maddesinin metni¹⁹⁶ şu şekildedir:

“Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

a) Marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması,

b) Tecavüzün giderilmesi ve maddi ve manevi zararın tazmini,

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

d) (c) bendi uyarınca el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması, (Bu durumda söz konusu ürünlerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir)

¹⁹⁶ Markalar Kanunu Tasarısı taslağının “marka sahibinin talepleri” başlıklı 60. maddesi metni şu şekildedir:

“(1) Marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, mahkemeden, aşağıdaki taleplerde bulunabilir:

a) Marka hakkına tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve / veya giderilmesi, tecavüzün durdurulmasına dair mahkeme kararına uyulmasını sağlamak amacıyla karara uymamanın karşılığı olarak tecavüz devam ettiği sürece tecavüz eden tarafından cezai mahiyette bir ödeme yapılmasına karar verilmesi,

b) Kusur varsa maddi ve manevi zararın tazmini,

c) Marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde doğrudan doğruya kullanılan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulması,

ç) Uygun olduğu takdirde, (c) bendi uyarınca el konulan ürünler ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması,

d) Marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, bu çerçevede masrafların tecavüz edene ait olmak üzere, özellikle (c) bendi uyarınca el konulan ürünler ile araç, cihaz ve makineler üzerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için, kaçınılmaz ise imhası,

e) Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya ilan yoluyla duyurulması,

(2) Birinci fıkranın (ç) bendi uyarınca el konulan ürünler ile araç, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması talebinin tazminat talebi ile birlikte yapılması halinde bunların değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer, kabul edilen tazminatı aştığı zaman, marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir.”

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

f) *Marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak, ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulmasıdır”¹⁹⁷.*

Burada, Markalar Kanunu Tasarısı taslağının konuyla ilgili 60/1-a maddesinde, mevcut düzenlemeden farklı olarak, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibinin, tecavüzün durdurulmasına dair mahkeme kararına uyulmasını sağlamak amacıyla karara uymamanın karşılığı olarak tecavüz devam ettiği sürece tecavüz eden tarafından cezai mahiyette bir ödeme yapılmasına karar verilmesi hususunda talepte bulunabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce taslaktaki söz konusu düzenleme caydırıcılık açısından oldukça yerindedir. Zira, mahkeme kararına rağmen mütecevizin, tecavüzüne devam etmesi ve bunun hızlı ve etkili bir biçimde engellenememesi günümüz ticari hayatında marka sahibinin büyük zararlara uğramasına neden olabilecektir.

Burada eleştirmek istediğimiz bir husus, KHK md. 62'de, markaya tecavüz halinde maddede belirtilen davaların marka sahibi tarafından açılacağı belirtilmiş olmasıdır. Bilindiği üzere, marka hakkına tecavüz nedeniyle hukuk davası açma hakkı sadece marka hakkı sahibine tanınmamıştır. Gerekli koşulların oluşması halinde söz

¹⁹⁷ TRIPs'in konuyla ilgili 46. maddesi hükmünde, “Adli merciler, ihlali etkin biçimde önleyebilmek için ihlale neden olduğu tespit edilen malların herhangi bir karşılık ödenmeden hak sahibinin zarar görmesini önleyecek şekilde ticaret kanalları dışına çıkartılmasını veya mevcut anayasal koşullara aykırı olmadığı takdirde imha edilmesini emretme yetkisine sahip olacaklardır. Adli merciler, esas olarak ihlale neden olan malların yapımında kullanılan malzemelerin ve aletlerin, herhangi bir karşılık ödenmeden, gelecekteki ihlal riskini en az düzeye indirecek şekilde ticaret kanalları dışına çıkartılmasını emretme yetkisine de sahip olacaklardır. Bu tür talepler incelenirken ihlalin ağırlığı ile emredilen telafi yöntemleri arasında uygunluk olması gerektiği ve üçüncü kişilerin menfaati dikkate alınacaktır. Sahte marka taşıyan mallarda ise, istisnai durumlar dışında, malların ticaret kanallarına girişine izin vermek için yalnızca, kanuna aykırı olarak takılmış markanın sökülmesi yeterli olacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir. (ATLL, Mithat Serdar, Marka Türleri ve Korunması, İzmir 2001, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi'nden naklen)

konusu davalar lisans alan, rehin hakkı sahibi ve intifa hakkı sahibi tarafından da açılabilir. Biz, madde metninde bu durumun belirtilmemesini bir eksiklik olarak görüyoruz. Ne yazık ki bu eksiklik taslakta da giderilmemiştir.

2. Marka Hakkına Tecavüz Fiillerinin Durdurulması Davası

556 Sayılı KHK md. 62/a uyarınca marka sahibi, marka hakkına tecavüz oluşturan fiillerin durdurulmasını talep edebilir. Durdurma davası, devam etmekte olan¹⁹⁸ bir tecavüze ve tecavüz fiilinin zarar dışındaki yol açtığı tüm sonuçlara son vermek için açılan eda davasıdır¹⁹⁹. Bilindiği üzere eda davasında davacı, davalının bir işi yapmasına veya yapmamasına ya da bir şey vermesine karar verilmesini ister²⁰⁰.

Kural olarak, marka hakkına tecavüzün durdurulması davası, tecavüzün sona ermiş olması halinde açılmaz ise de, TEKİNALP'e göre, tecavüzün etkileri tecavüzün durmasından sonra da devam ediyorsa ve etkilerin bertaraf edilmesi tecavüz edenin elinde ise durdurma davası açılabilir²⁰¹.

Tecavüz fiillerinin durdurulması davasının açılabilmesi için, failin kusurunun bulunması ya da zarar doğmuş olması gibi şartlar aranmaz²⁰²; saldırının haksız olması yeterlidir²⁰³.

Tecavüz devam ettiği müddetçe, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası için zaman aşımı işlemeyecektir²⁰⁴. Bu davanın, gerçekleşme ihtimali bulunan

¹⁹⁸ ÖZEL Çağlar, Marka Lisansı Sözleşmesi, Ankara 2002, s. 185; ERGÜN, Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 159. ; ARKAN, Marka Hukuku, C.II , s. 234.

¹⁹⁹ ARKAN, Marka Hukuku, C.II , s. 234. ; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 459. ; GÖLE Celal, Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 177; MİMAROĞLU S. Kemal, Ticaret Hukuku, C.I, Ankara 1970, s. 319.

²⁰⁰ POSTACIOĞLU, Medeni Usul Hukuku, s. 186. ; BİLGE, Medeni Yargılama Hukuku, s. 342.

²⁰¹ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 457.

²⁰² ERGÜN Mevci, Tasarım Konusunda Yargının Yeri, Türkiye'de Tasarım Davaları ve Sorunlar (Yayınlanmamış Bildiri) , 27.10.1997, S. 1-16, s. 3; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 459; ARKAN, Marka Hukuku, C. II. , s. 234.

²⁰³ ÖZEL, Marka Lisansı Sözleşmesi, s. 186; ARKAN, Marka Hukuku, s. 234.

²⁰⁴ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 457 ; ARKAN, Marka Hukuku, s. 258.

tecavüzlerin önlenmesi amacına da yöneldiği öğretide kabul edilmektedir²⁰⁵.

Ortada markaya tecavüz fiilinin olması halinde durdurma davası açılabilmektedir. Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin ise TTK md. 57 ile birlikte KHK md. 9 ve 61 dikkate alınarak belirlenmesi gerekir. Bu bağlamda markası tecavüze uğrayan kişi;

- Markanın taklit edilmesi durumunda bu fiilin durdurulmasını,
- Tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünlerin satılması, dağıtılması, üretimi, ithali, ilanlara ve reklamlara konu edilmesi, ambalajlanması, stoklanması veya başka bir şekilde ticaret alanına sokulması ile bu fiillere hazırlık yapılması durumlarında bu fiillerin durdurulmasını,
- Markasının, tecavüze sebebiyet verecek şekilde kazıma, kabartma, baskı, işleme ve buna benzer yöntemlerle haksız olarak mal veya ambalaj üzerine konulmasının durdurulmasını,
- KHK'nın 9. maddesini ihlal eder nitelikte fiiller gerçekleştiriliyorsa bu fiillerin durdurulmasını,
- Lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakların üçüncü kişilere izinsiz devredilmesi durumunda bu fiillerin durdurulmasını,
- Markaya tecavüz teşkil eden fiillere iştirak edilmesi veya bu fiillerin yapılmasının kolaylaştırılması durumunda bu fiillerin durdurulmasını, mahkemeden talep edebilecektir.

3. Tecavüzün Giderilmesi Davası

556 Sayılı KHK md. 62/b'de, markanın tecavüze uğraması halinde marka sahibinin, tecavüzün giderilmesini ve maddi ve manevi zararların tazminini isteyebileceği belirtilmiştir. Söz konusu hükümde, nitelikleri farklı olmasına rağmen tecavüzün giderilmesi davası ve tazminat davalarının aynı bendde düzenlenmesi isabetsizdir²⁰⁶. Zira, tecavüzün giderilmesi davası tazminat talebini içermez²⁰⁷. Davanın amacı, tecavüz nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı maddi sonuçların ortadan

²⁰⁵TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 420; OYTAÇ, Markalar Hukuku, s. 300; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1121.

²⁰⁶ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 240.

²⁰⁷ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 240.

kaldırılmasıdır²⁰⁸. Nitekim, Markalar Kanunu Tasarısı taslağında söz konusu isabetsizlik giderilmiştir.

Tecavüzün giderilmesi ve önlenmesinin aynı kapsamda bulunduğu dair görüşler²⁰⁹ olsa da biz aksi yöndeki görüşe iştirak ediyoruz. Bu görüşe göre, tecavüzün önlenmesi, durdurulmasını ve giderilmesi farklı niteliğe sahip olan davalardır²¹⁰. Tecavüzün giderilmesi davası, tecavüzün önlenmesi ve durdurulması davalarından farklı olarak, tecavüzün tehlike veya başlangıç aşamalarını geçmesi ve markaya tecavüz teşkil eden işareti kullanan malların üretilmiş olması, ticaret alanına sokulmuş olması, bir sergide teşhir edilmiş olması gibi bir takım fiillerin gerçekleşmesi neticesinde açılabilir²¹¹. Bu konudaki genel uygulama ise tecavüzün durdurulması davası ile tecavüzün giderilmesi davalarının aynı anda açılmaları yönündedir²¹².

Tecavüzün giderilmesi davasında çoğunlukla eski hale iade talebi bulunur²¹³. Bu davada, tıpkı tecavüzün durdurulması davasında olduğu gibi tecavüz edenin kusurlu olması gerekmez²¹⁴. Zamanaşımı da tecavüzün sonuçlarını doğurmasıyla birlikte işlemeye başlar²¹⁵.

Markalar Kanunu Tasarısı taslağında mevcut düzenlemeden farklı olarak, tecavüzün giderilmesi davası, tecavüzün durdurulması ve önlenmesi davası ile birlikte aynı bendde yer almıştır. Taslağın 60/1-a madde ve bendi uyarınca, marka hakkı tecavüze uğrayan marka sahibi, marka hakkına tecavüzün önlenmesini, durdurulmasını ve/veya giderilmesini, tecavüzün durdurulmasına dair mahkeme kararına uyulmasını sağlamak amacıyla karara uymamanın karşılığı olarak tecavüz devam ettiği sürece tecavüz eden tarafından cezai mahiyette bir ödeme yapılmasına karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.

²⁰⁸ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 458; ÖZEL, Marka Lisansı Sözleşmesi, s. 187.

²⁰⁹ ERGÜN; Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 173.

²¹⁰ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 458; ÖZEL, Marka Lisansı Sözleşmesi, s. 187.

²¹¹ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 458.

²¹² KARAN / KILIÇ, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 593; CAMCI, Marka Davaları, s. 136.

²¹³ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 461.

²¹⁴ ERGÜN, Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 159, TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 458.

²¹⁵ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 458.

4. Tazminat Davaları

4. 1. Genel Olarak

556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de üç çeşit tazminat davasına yer verilmiştir. KHK md. 62/b hükmünde maddi ve manevi tazminat, KHK md. 68 hükmünde ise itibar tazminatı düzenlenmiştir. Tazminat davalarının açılabilmesi için genel kural, kusur, zarar, hukuka aykırılık ve illiyet bağı unsurlarının mevcudiyetidir²¹⁶. Marka hukukunda tazminat talebinin kabul görmesi, marka hakkına tecavüz sebebiyle bir zararın doğması ve failin kusurlu olmasına bağlıdır²¹⁷. Zira, marka hakkına tecavüzün özünde bir haksız fiil sorumluluğu vardır ve Borçlar Kanunu'nun 41/1 maddesine göre tazminat talep edilebilmesi için kusurun varlığı aranır²¹⁸.

KHK'nın tazminatı düzenleyen 64. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça kusurdan söz edildiği halde, birinci fıkrasında kusura yer verilmemiştir. KHK md. 64 metni şu şekildedir:

“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.

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.”

Görüldüğü üzere maddenin birinci fıkrasında kusurdan söz edilmemiş, buna dayalı olarak da bazı yazarlar tarafından, marka taklit edilerek üretilen ürünü üreten, satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak veya bu amaçlar için ithal

²¹⁶ BAŞTUĞ, İrfan / ERDEM, H. Ercüment; Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s. 123.

²¹⁷ YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1126; ÖZEL, Marka Lisansı Sözleşmesi, s.188.

²¹⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 240; ÖZEL, Marka Lisansı Sözleşmesi, s. 188.

eden veya ticari amaçla elde bulunduran kişilerin kusursuz olarak tazminata mahkum edilebilecekleri görüşü ileri sürülmüştür²¹⁹.

Kanaatimizce, KHK md. 64/1'i bir kusursuz sorumluluk hali olarak kabul eden yukarıdaki görüş isabetsizdir. Öncelikle belirtilmelidir ki, hukukumuzda esas olan kusur sorumluluğudur. Kusursuz sorumluluk ise istisnai olarak, birkaç durumla sınırlanmış ve madde metinlerinde özellikle kusurun aranmadığı belirtilmiştir. KHK md. 64/1'de markayı taklit eden kişinin durumu, taklit markayı taşıyan malları üretme, satma, dağıtma, başka şekilde ticaret alanına çıkarma gibi değişik aşamalar içinde ele alınarak düzenlenmiştir. Markalı malı bu şekilde kullanacak olan kişinin öncelikle yaptığı işin marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğini araştırması gerekir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, kanun koyucu, kişinin taklit markalı malı kullanmadan önce gerekli araştırmayı yapmadığı gerekçesiyle zaten kusurlu olduğunu düşünerek KHK md. 64/1'de kusurdan söz etmemiştir²²⁰. Kusursuz sorumluluğun kabul edilmesi halinde KHK md. 64/1'de ifade edilen kişiler, markaya tecavüz hali söz konusu olmasa dahi tazminat ödemeye mahkum edilebileceklerdir²²¹. Ayrıca, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de ve 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'de kusur sorumluluğu ilkesine bağlı kalınmıştır²²².

OYTAÇ, TRIPs'in tazminata ilişkin 45. maddesinin üye devletlere, taklit markalı malı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişilerin (ki bu kişiler KHK md. 64/1'de bahsedilen kişilerdir) kusurları olmasa da tazminattan sorumlu olabilmelerine yönelik düzenleme yapabilme yetkisini verdiğini ancak böyle bir düzenlemenin KHK'da yer almadığını, dolayısıyla da taklit markalı malı kullanan kişilerin taklit olgusunu bilmedikleri veya bilmelerinin gerekmediği durumlarda tazminatla yükümlü tutulamayacaklarını belirtmektedir²²³. Bundan başka OYTAÇ'a göre KHK'nın söz konusu hükmü haksız rekabet hükümlerine gönderme yapmaktadır ve haksız rekabeti ve

²¹⁹TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 460; BAYKAL Yücel, Türk Hukukunda Markanın Haksız Rekabete Karşı Korunması, İzmir Avukatlar Yardım ve Dayanışma Vakfı Yayınları, İzmir 2001, s. 118.

²²⁰ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 243; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1128.

²²¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 242.

²²² ARKAN; Marka Hukuku, s. 243.

²²³ OYTAÇ; Markalar Hukuku, s. 290.

marka iltibasını düzenleyen TTK 57 ve devamı maddelerinde de kusur aranmaktadır²²⁴.

YASAMAN, 556 sayılı KHK md. 61/b'de belirtilen taklit kavramının zaten bünyesinde kusuru barındıran bir tecavüz hali olduğunu; KHK md. 61/c'de ise taklit markalı malların satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak kişilerin markanın taklit olduğunu öngörmüş olduklarının kabulü gerektiğini belirtmektedir. Dolayısıyla KHK md. 64'de belirtildiği gibi taklit markalı malı değişik şekillerde kullanan kişinin tazminat borcu altına girmesi için kusurun varlığı gereklidir²²⁵.

KHK md. 64/2'de, tazminat yükümlülüğü, taklit markayı kullanan kişinin kusurlu olması koşuluna bağlanmıştır. Marka sahibinin, taklit markayı herhangi bir şekilde kullanmakta olan kişiyi markanın varlığından ve tecavüzdten haberdar etmesi ve tecavüzü durdurmasını istemesi durumunda, kişinin kusursuz olma ihtimali ortadan kalkacaktır. Burada bir kusur karinesi söz konusudur. Marka sahibi, markayı kullanan kişiyi herhangi bir şekilde haberdar etmemişse markayı kullanan kişinin davranışının kusurlu olması halinde tazminata hükmolunacaktır.

4. 2. Maddi Tazminat Davası

4. 2. 1. Maddi Tazminatın Hesaplanması

Tazminat yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için ortada hukuka aykırı eylemden doğan bir zararın bulunması gerekir. Zararın kaynağının, sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil olması durumu değiştirmez. Tazminat için zararın doğmuş olması gerekir²²⁶. Ortada bir zarar yok ise kişinin kusurlu olup olmadığının da önemi yoktur; tazminat doğmayacaktır²²⁷.

²²⁴ OYTAÇ; Markalar Hukuku, s. 319.

²²⁵ YASAMAN; Markalar Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1128.

²²⁶ UÇAKHAN, Sema Güleç; Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 1994, s. 167; UYGUR, Turgut; Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu ve Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, s. 85.

²²⁷ "... davacı, dünya çapında meşhur Dexter markasının bir harf değiştirilerek davalı tarafından tescil ettirildiğini ve Dexter markasının da tescili için başvurulduğunu bildirerek, davalı adına tescilli söz konusu markaların sicilinden terkinini, haksız rekabetin önlenmesini, maddi tazminatın tahsilini ve hükmün ilanını talep etmiştir. Davalılar, tescil ettirdikleri dava konusu markalarla ilgili üretim ve pazarlama yapmadıklarını, hak düşürücü sürenin geçtiğini, yasalar çerçevesinde kendilerine tanınan hakkı kullandıklarını savunmuşlardır. Mahkeme, davacının izni olmadan dünya çapında tanıttığı markaların

Zarara uğrayan kişi, malvarlığındaki eksilmenin karşılığı olarak zarara neden olan kişiden zararının tazminini ister. Malvarlığındaki eksilme maddi tazminat davasının konusunu oluşturur. Maddi zarar, yoksun kalınan kazanç ve fiili zarardan oluşur. Fiili zararda, kişinin halihazırda sahip olduklarında bir azalma meydana gelirken; yoksun kalınan kazançta ise kişinin sahip olabilecekleri azalmaktadır. KHK md. 66'da da fiili zarar ve yoksun kalınan kazançtan söz edilmektedir. Markalar Kanunu Tasarısı taslağının “*yoksun kalınan kazanç*” başlığını taşıyan 63/1 madde ve fıkrasında; “*Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar*” ifadesi yer almaktadır.

Tazminat davasını açmaya yetkili olan kişi, marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişidir. KHK md. 9/3'te, başvuru sahibine, marka tescili için yaptığı başvurusu yayımlandıktan sonra tazminat davası açma hakkı tanınmıştır. Lisans sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, KHK md. 21/6 ve 73/1 uyarınca, inhisari lisans alan tazminat talebinde bulunabilir. Buna karşılık, KHK md. 73 hükmüne göre inhisari olmayan lisans sahibi tazminat davası açamaz. Herhangi bir tecavüz durumunda inhisari olmayan lisans sahibi lisans verenden gerekli tedbirlerin alınmasını ve dava açılmasını isteyebilir. Bu istek bildirimini tebliğinden itibaren üç ay geçmesine rağmen lisans veren dava açmaz ise lisans alan söz konusu bildirimini de ekleyerek tazminat davası açabilir.

Tazminat davalarında öncelikle yapılması gereken zararın miktarını tespit etmektir. Hükmedilecek tazminat zarardan fazla olamayacağından bu husus önemlidir. Zarar miktarının ispatı davacıya aittir. Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca hakim, olayın oluş şeklini ve alınan tedbirleri göz önünde bulundurarak zararın miktarını belirleyebilir. Burada hakim, tazminatın bir zenginleşme aracı olarak kullanılmayacağı ilkesini dikkate alarak, zarardan fazla tazminata hükmetmemelidir²²⁸.

Türkiye' de tescil edilemeyeceği, davalı markalarının karışıklık yarattığı, ancak henüz üretimde kullanmadığı, bu yüzden maddi tazminat istenemeyeceği gerekçesi ile, dava konusu markaların terkinine, haksız rekabetin önlenmesine, kararın ilanına, maddi tazminat talebinin reddine karar vermiştir. Yargıtayca, davalı tarafın markayı kullanarak kar ettiği ispat edilemediğinden davacının temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanmasına karar verilmiştir.” 11. HD. 1997/616 E. , 1997/2477 K. sayılı karar, AKÜLGEN, Alper Tunga: Haksız Rekabet ve Markalar Kanununun Üzerine Yargıtay İçtihatlar, Türkiye'de ve Dünyada Sınai Mülkiyet Korunması Uluslararası Konferansı, TPE, İstanbul 1997, s. 133.

²²⁸ EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2001, s. 718.

4. 2.1.1. Fiili Zarar

Genel anlamıyla zarar, kişinin iradesine ve hukuka aykırı olarak kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında meydana getirilen bir eksilmedir²²⁹. Malvarlığındaki eksilme maddi zararı, şahıs varlığındaki eksilme ise manevi zararı oluşturur. Maddi zarar, fiili zarar ve yoksun kalınan kar olarak ikiye ayrılır. Fiili zarar, kişinin malvarlığında zararı doğuran eylemin öncesi ve sonrası arasındaki farkı ifade eder. Yoksun kalınan kazançtan kastedilen ise zararı doğuran eylem gerçekleşmeseydi malvarlığının bulunabileceği durum ile halihazır durum arasındaki farktır²³⁰.

Çoğu yazar tarafından, zarar kavramı, fark teorisi esas alınarak açıklanmaktadır. Fark teorisi, zararın, malvarlığının bütününe meydana gelen eksilme olduğunu öne sürer. Malvarlığının, zarar verici olayın gerçekleşmesinden önceki ve sonraki hali arasındaki fark, zararı belirler. Zarara uğrayan nesne artık kullanılamayacak durumdaysa malvarlığından nesnenin değeri kadar bir eksilme meydana gelmiştir²³¹.

556 Sayılı KHK'nın 66/1. maddesinde fiili zarardan söz edilmekle birlikte, bu zararın ne şekilde hesaplanacağı hususuna değinilmemiştir. Bu nedenle fiili zararın hesaplanmasında Borçlar Kanunu'nun 42. maddesi hükmü uygulanacaktır²³². Fiili zarar, zarar verici eylem sonucunda malvarlığının aktif kısmının eksilmesi şeklinde olabileceği gibi, pasif kısmının artması şeklinde de olabilir²³³.

Klasik kayıplar ile her tür giderin yanında alıcıların tereddüte düşürülmesinden kaynaklanan, diğer bir ifadeyle pazarın karıştırılmasından doğan zararlar ile kaybedilen

²²⁹ ATAAY, Aytekin; Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1981, s. 85.

²³⁰ TİFTİK, Mustafa; Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 52.

²³¹ KARAHASAN Mustafa Reşti, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1992, C.I. , s. 432; DALAMANLI Lütfi, Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1976, C.I. , s. 374; TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s. 64; HAVUTÇU Ayşe, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 68.

²³² KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 461.

²³³ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 461; ÖZEL, Marka Lisansı Sözleşmesi, s. 189.

pazarın yeniden kazanılması için yapılan masraflar da fiili zarara dahildir²³⁴.

Malvarlığının aktifinin azalması ile oluşan fiili zararın belirlenmesinde dikkatli davranılmalıdır²³⁵. Zira, tecavüz yoluyla kullanılan markanın düşük kaliteli mallar üzerinde piyasaya sürülerek markanın itibarına zarar verilmesi, aktifin azalması olarak kabul edilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, itibar kaybının ve bundan doğan zararın tazmininin KHK md. 68'de özel olarak düzenlenmiş olmasıdır. Aktifin azalması ile oluşan fiili zararın tazmin edilmesini isteyen davacı itibar tazminatı da talep etmiş ise mükerrer hesaplamadan kaçınmak amacıyla buradaki fiili zarar hesaplanırken itibar zararı dikkate alınmamalıdır. Davacının, itibar zararı talep etmeyerek sadece maddi ve manevi zararların tazminini istemesi durumunda, kanaatimizce itibar zararı da ayrıca hesaplanarak fiili zarara dahil edilmelidir.

Fiili zararın gerçek miktarını tam olarak tespit etmek çoğu zaman mümkün değildir. Bu nedenle hakim, taklit markalı malların kullanımın şeklini, tecavüzün gerçekleştirilme biçimini ve zarar gören tarafın aldığı tedbirleri dikkate alarak adil bir şekilde fiili zarar miktarını tespit eder²³⁶. Zarar miktarı belirlenirken denkleştirme ilkesi de göz önünde bulundurulmalıdır²³⁷.

4. 2.1.2. Yoksun Kalınan Kazanç

Yoksun kalınan kazanç, hayatın olağan akışı içerisinde malvarlığında meydana gelmesi öngörülen artışın zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi neticesinde meydana gelen kayıptır²³⁸. Bir başka deyişle yoksun kalınan kazanç,

²³⁴ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 244; SARAÇ, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, s. 272.

²³⁵ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 424.

²³⁶ KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili mevzuat, s. 520

²³⁷ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1131.

²³⁸ ÖZEL; Marka Lisansı Sözleşmesi, s. 190; ERGÜN, Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 161; KARAN/KILIÇ, 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 520.

markaya tecavüz nedeniyle marka sahibinin elde edemediği muhtemel kardır.

Yoksun kalınan kazancın tazmininde amaç markaya tecavüz edenin bu fiili sayesinde haksız olarak elde ettiklerini kendisinden geri almak ve mütecavizi tecavüzdən hiçbir fayda sağlayamamış duruma getirmektir²³⁹. Markaya saldırıda kusur mevcut değil ise mütecavizin elde ettiği menfaatler sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilir.²⁴⁰

556 Sayılı KHK'nın yoksun kalınan kazancı düzenleyen 66. maddesinin metni şu şekildedir: “*Marka sahibinin uğradığı zarar, sadece fiili kaybın değerini değil, ayrıca marka hakkına tecavüz dolayısıyla yoksun kalınan kazancı da kapsar.*”

Yoksun kalınan kazanç, zarar gören marka sahibinin seçimine bağlı olarak aşağıdaki değerlendirme usullerinden birine göre hesap edilir:

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

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

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

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

Markalar Kanunu Tasarısı taslağının “yoksun kalınan kazanç” başlığını taşıyan 63. maddesi, 556 sayılı KHK'nın aynı başlığı taşıyan 66. maddesi ile aynıdır. Taslak,

²³⁹ ERGÜN; Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 162.

²⁴⁰ AYHAN, Rıza; Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990, s. 21

yoksun kalınan kazanç hususunda bir yenilik öngörmemiştir.

KHK md. 66 uyarınca, marka hakkı ihlal edilen marka sahibi fiili zararı ile birlikte yoksun kaldığı kazancını da isteyebilecektir. Yukarıda da belirtildiği üzere madde metninde yoksun kalınan kazancın hesaplama usulleri üç bent halinde düzenlenmiştir. Marka hakkı sahibi söz konusu usullerden birini seçmek zorundadır. Mahkeme de başka bir hesaplama usulü benimseyemez²⁴¹. Hak sahibi, dava dilekçesinde yoksun kaldığı kazancının hangi yöntem ile hesaplanması istediğini belirtmemişse hakim, hangi yöntemi istediğini hak sahibine açıklattırılmalıdır²⁴². Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 28.11.2002 tarih, 2002/7205 E., 2002/10668 K. sayılı kararı uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında hangi yöntemin izleneceğini davacı belirler; mahkeme, davacının tercihine göre yoksun kalınan kazancı hesaplamak mecburiyetindedir²⁴³.

Davacı, seçimlik haklardan birini seçtikten sonra ortaya çıkan duruma göre dilerse daha fazla tazminat almak imkanına sahip olduğu bir diğer yöntemi seçmekte ve önceden yapmış olduğu tercihini değiştirmekte serbesttir²⁴⁴. KHK md. 66/2-b hükmündeki yöntemin yoksun kalınan kazancı hesaplama yöntemi olarak seçildiği durumlarda davalı kayıtlarının ve defterlerinin güvenilir olmayışı nedeniyle hesaplama güçlüğü yaşanan hallerde hesaplama yönteminin değiştirilmesi özellikle gündeme gelmektedir²⁴⁵. Hesaplama usulü olarak KHK md. 66/2-a hükmündeki yöntem seçildiğinde ise, davacının defterlerinde zarar saptanmamış olması marka hakkına tecavüz sonucu davacının zarar görmediği anlamına gelmez. Markaya tecavülden

²⁴¹TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 424. ; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1172

²⁴²“Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda davacılar vekilinin belirttiği yasal düzenlemede ifade edilen üç usulden hangisine dayandığı açıklattırıldıktan sonra maddi tazminatın tespitinin yapılacağı belirtilmiştir. İstemini açıklaması için kendisine süre verilen davacılar vekili, aynı zamanda bilirkişi raporuna karşı beyanlarını içeren dilekçesinde bu husustaki tercihini tam olarak ifade etmiş değildir. O halde mahkemece davacılar vekiline 556 sayılı KHK'nın 66'ncı maddesinde yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin usullerden hangisine dayandığını tereddütsüz şekilde açıklattırılması, maddi tazminat bakımından uzman bilirkişi vasıtasıyla inceleme yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” 11. HD. 16.05.2004 tarih 2005/5758 E. , 2004/7923 K.

²⁴³KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 523.

²⁴⁴ARKAN; Marka Hukuku, C. II, s. 245.

²⁴⁵ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 248.

önceki dönemde elde edilen karın tecavüzdən sonraki dönemde elde edilenden fazla olması durumunda da bir zarar meydana gelmiştir. Önceden bu yöntemi seçmiş olan davacı, yöntemi değiştirerek TTK md. 58/e bendinde yer alan haksız rekabet neticesinde davalının elde etmesi muhtemel kazancın tamamına hükmedilmesini talep edebilir²⁴⁶.

KHK md. 66/3 uyarınca, hak sahibi hangi hesaplama usulünü seçmiş olursa olsun markanın ekonomik önemi, tecavüz anında markanın geçerlilik süresi, tecavüz esnasında marka üzerindeki lisansların sayısı ve çeşidi yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır²⁴⁷.

KHK'nın 66/2 maddesinde öngörülen ve yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kullanılan yöntemleri inceleyecek olursak;

4.2.1.2.1. KHK'nın 66/2 Maddesinde Öngörülen ve Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanmasında Kullanılan Yöntemler

4. 2.1.2.1.1 Marka Hakkına Tecavüz Edenin Rekabeti Olmasaydı Marka Sahibinin Markanın Kullanılması İle Elde Edeceği Muhtemel Gelire Göre

KHK'nın 66/2-a maddesi uyarınca marka sahibi, açacağı tazminat davasında yoksun kalınan kazancının, marka hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı markanın kullanılması ile elde edeceği muhtemel gelire göre hesaplanmasını talep edebilir.

²⁴⁶ NOYAN, Marka Hukuku, s. 423. Ayrıca Yargıtay 11. HD. 06.10.2003 tarih 2003/2585 E. , 2003/3782 K. sayılı kararında "... haksız rekabete maruz kalanın satışlarında artış olması eylemden zarar görmediği anlamına gelmez. Böyle bir durumda tazminat hesabında esas alınması gereken kıstas haksız rekabet sonucunda haksız rekabette bulunanın elde etmesi mümkün görülen yararın karşılığı da olabilir. Mahkemece, yukarıda sayılan yasal düzenlemeye uygun olarak davacının maddi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile maddi tazminat isteminin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir. " ifadeleri yer almıştır.

²⁴⁷ TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 425; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 245.

Bu yöntemde, hesaplama muhtemel gelire göre yapılacağından bir varsayım söz konusudur ve bu nedenle de uygulamada ispat açısından sorunlar yaşanmaktadır. Marka, marka sahibinin gelirini etkileyen faktörlerden sadece biridir. Marka sahibinin gelirindeki azalma markadan bağımsız olarak veya marka ile birlikte diğer faktörlerin etkisi altında gerçekleşmiş olabilir. Etkili yönetim, pazarlama stratejisi, organizasyon etkinliği, dağıtım ağının genişliği, satış sonrası hizmetler sözünü ettiğimiz diğer faktörlere örnek oluştururlar. Marka hakkına tecavüzden sonraki dönemde marka hakkı sahibinin karındaki azalmanın diğer faktörler göz ardı edilerek sadece marka faktörü ile ilişkilendirilerek hesaplanması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Ne var ki, marka ile birlikte diğer faktörlerin de kardaki azalmayı etkilediği durumlarda, markayı diğer faktörlerden ayırıştırarak kar eksilmesinin sadece marka tecavüzü nedeniyle oluşan kısmının net olarak tespit edilmesi pek mümkün görünmemektedir.

Kardaki eksilmenin markaya tecavüz nedeniyle oluşan kısmının net olmasa bile gerçeğe mümkün olduğu kadar yakın tespit edilebilmesi için marka hakkı sahibinin defterleri üzerinde detaylı bilirkişi incelemesi yapılmalı²⁴⁸ ve davacının tecavüz fiili öncesi dönemlere tekabül eden kar oranları belirlenerek tespit bu oranlar dikkate alınmalıdır. Muhtemel gelir yöntemi varsayıma dayalı bir yöntem olduğu için yoksun kalanın kazancın net olarak tespiti çok zordur ve hesaplamada kullanılacak en somut veri davacının karındaki düzenli artışın oranı ve markaya tecavüz fiili gerçekleşmeseydi söz konusu artışın devam edeceği beklentisidir.

Muhtemel gelir yöntemine göre yoksun kalanın kazancın hesaplanmasında davacının karındaki azalmanın mütecevizin eylemi neticesinde meydana gelmiş olması

²⁴⁸ "... dava 24.09.1992 tarihinde açıldığı halde, tazminat hesabında davacının 1992 ve 1993 yılları kıyaslanarak net karındaki azalma esas alınmıştır. Oysa tazminat hesabında dava tarihinden sonraki durum değil davadan önceki durum dikkate alınır. Kaldı ki bilirkişi raporu esas alınsa dahi raporda net karda azalma olduğu belirtilmesine rağmen, gayri safi karda artış olduğu belirtildiğinden, net kardaki azalmaya neden olan gider artışında davalının ne gibi katkısı olduğu açıklanmamıştır. Bundan başka aynı yıllar içerisinde davalının karındaki cüz' i artışın tazminat hesabına etkisi üzerinde durulmamıştır. Bu durumda, mahkemece yetersiz bilirkişi raporuna göre karar verilmesi doğru görülmediğinden hükmün davalı yararına bozulması gerekmiştir." 11. HD. 16.05.1995 tarih 1995/2575 E. , 1995/3800 K. sayılı karar.

gereklidir. Bir başka deyişle uygun illiyet bağı aranır. Söz konusu illiyet bağına tespitinde ilk araştırılacak husus tarihlerdir. Markaya tecavüz fiili öncesine dayanan sebeplerden kaynaklanan kardaki eksilmeler tecavüz neticesinde oluşmuş olarak kabul edilemez. İlliyet bağına kurulabilmesi için markaya tecavüz teşkil eden fiilin veya fiillerin gerçekleşmesi esnasında veya sonrasında davacının karında bir eksilme meydana gelmelidir. Bu durum illiyet bağı için tek başına yeterli olmasa da en başta aranması gereken bir şart niteliği taşır.

4.2.1.2.1.2 Marka Hakkına Tecavüz Edenin Markayı Kullanmak Yoluyla Elde Ettiği Kazanca Göre

Marka sahibi, markasına tecavüz edilmesi nedeniyle açacağı tazminat davasının miktarını marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazanca göre de belirlenmesini isteyebilir. Ancak bu yöntemde de yukarıda bahsettiğimiz yöntemdeki gibi kazancı hesaplarken marka dışında tüm faktörleri ayıklamak gerektiğinden uygulama çok güç olmaktadır²⁴⁹.

KHK Md. 65 uyarınca marka hakkı sahibi, markaya tecavüz edenin markayı kullanmak yolu ile elde ettiği kazancını belirleyebilmek için markanın kullanılması ile ilgili belgeleri sunmasını isteyebilir. Usul kurallarına göre kimse aleyhine olan belgeleri mahkemeye sunmakla yükümlü değildir. Görüldüğü üzere KHK md. 65 bu duruma istisna oluşturur. Markaya tecavüz edenin belgelerinde usulsüzlük olsa bile mütecavizin aleyhine olan kayıtlar hesaplamada dikkate alınmalıdır.

Mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancını, pazarlama stratejisinin ve organizasyonunun etkinliği, dağıtım ağının genişliği, satış sonrası destek hizmetleri gibi faktörlerden ayrıştırarak net olarak belirleyebilmek oldukça güçtür.

²⁴⁹TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 462.

Yukarıda bahsedilen muhtemel gelir yönteminde olduğu gibi bu yöntemde de mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancın belirlenebilmesi için tecavüz fiili ile uygun illiyet bağı içerisinde bulunan kar kalemleri tespit edilmelidir²⁵⁰. Mütecavizin, markanın haksız kullanımı dışındaki ticari faaliyetlerinden elde etmiş olduğu kar, tecavüz fiili ile illiyet bağı içinde olmadığından mütecavizin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancın hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır.

Muhtemel gelir yönteminde olduğu gibi bu yöntemde de tarihlere dikkat etmek gerekecektir. Markaya tecavüz teşkil eden eylem öncesi sebeplere dayanan kar artışları tecavüz fiilinin sonucu olarak düşünülemez. İlliyet bağı tecavüz eylemi ile birlikte veya eylemden sonra gerçekleşen kar artışlarında aranmalıdır.

Marka hakkına tecavüz edenin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazancın hesaplanabilmesi için tecavüz fiilinin gerçekleşmesinden önceki dönemlere ait olmak üzere mütecavizin karlılık durumunun ve bilanço incelemesinin yapılması gerekir. Bu inceleme yapılırken özellikle dikkat edilmesi gereken husus karın artışıdaki veya azalışındaki ivmenin sabit olup olmadığıdır. Şüphesiz ki ivme sabitse hesaplama çok daha kolay olacaktır. Davalı mütecavizin karında tecavüz fiili ile birlikte gözle görülür bir artış tespit ediliyorsa bu miktar hesaplamada dikkate alınmalıdır. Davalı ve davacının kayıtlarının birlikte değerlendirilmesi hesaplamada kolaylık sağlar. Zira davalının, tecavüz fiili neticesinde karında bir artış meydana geliyorsa bunun karşılığı olarak davacının karında bir azalma meydana gelebilecektir.

²⁵⁰“... somut olayda her iki tarafın da fuar, tanıtım, organizasyon gibi aynı alanlarda faaliyet gösterdikleri ve davalının 1995-1996-1997 yıllarında toplam 1.659.582.697 TL. Kar elde ettiği anlaşılmaktadır. Bu noktada önemli olan husus davalının sırf davacının markasını kullanması sebebiyle elde ettiği muhtemel kazancın belirlenmesidir. Davacı, davalının haksız rekabeti nedeniyle karının azaldığını kanıtlama cihetine gitmeyip, davalı defterlerine dayandığına göre, artık davalı karının tamamının haksız rekabet nedeniyle elde edildiğini kanıtlaması gerekir. Davalının ticari faaliyetleri nedeniyle elde ettiği üç yıllık karının tamamına tazminat olarak hükmedilmesi, şayet davalı davacının markasını bir kısım tanıtıcı faaliyetlerinde kullanmasa idi hiçbir ticari faaliyette bulunamazdı anlamına gelir ki, bu da hayatın olağan akışına aykırı olup, bu durum karşısında davalının elde ettiği karın tamamını haksız rekabet nedeniyle elde ettiğini söylemek mümkün değildir. O halde mahkemece yukarıda belirtilen ilkeler çerçevesinde davacının isteyebileceği maddi tazminatın belirlenmesi için bu konuda uzman bilirkişilerden rapor alınması ve elde edilecek sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken, davalının üç yıllık karının tamamına maddi tazminat olarak hükmedilmesi doğru görülmemiştir.” 11. HD. 16.12.1999 1999/5830 E., 1999/10402 K. sayılı karar.

4. 2.1.2.1.3 Marka Hakkına Tecavüz Edenin Markayı Bir Lisans Anlaşması İle Hukuka Uygun Şekilde Kullanmış Olması Halinde Ödemesi Gereken Lisans Bedeline Göre

KHK md. 66/2-c uyarınca marka sahibi, tecavüz eylemi nedeniyle yoksun kaldığı kazancının, marka hakkına tecavüz edenin markayı bir lisans anlaşması ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeline göre hesaplanmasını isteyebilir. Bu yöntemle lisans örneksmesi de denmektedir²⁵¹.

Lisans örneksmesi emsal araştırması yapılmasını ve objektif bir lisans bedelinin tespit edilmesini gerektirir²⁵². Bunun için öncelikle tecavüze uğrayan markanın ekonomik değeri somut verilerle saptanmalı ve sonrasında da o markanın yasal kullanıma dayandırılması halinde güncel değeri ortaya konulmalıdır²⁵³. Hesaplama da markanın ekonomik ağırlığı, tecavüz fiilinin gerçekleştiği anda markanın geçerlilik süresi ve markaya ilişkin lisansların sayısı ve çeşidi gibi etkenler de dikkate alınmalıdır²⁵⁴.

Lisans örneksmesine dayanarak yoksun kalınan kazancın hesaplanmasının istenmesi, markanın fail tarafından kalitesiz bir malla ilgili olarak kullanılması sonucunda uğranılan fiili zararın istenmesine engel oluşturmaz²⁵⁵.

²⁵¹ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 462.

²⁵² TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 425.

²⁵³ OYTAÇ; Karşılaştırılması Markalar Hukuku, s. 322.

²⁵⁴ “Davacı, davalının markasını kullandığını ve bundan dolayı menfaat elde ettiğini ileri sürerek, markaya tecavüzün önlenmesini ve dava konusu markanın kullanım hakkını kendi izni ile verilmiş olsaydı elde edebileceği gelirin tazminat olarak tahsilini talep etmiştir. Yerel mahkeme davalının eyleminin markaya tecavüz olduğunu kabul ederek, eylemin önlenmesine karar vermiştir. Bu durumda davacının söz konusu tecavüzden dolayı zarara uğradığının kabulü gerekir. Bu durumda yerel mahkemece, davacının markasını kendi izni ile kullandırması halinde talep edebileceği ücretin onun zararını oluşturacağı göz önünde tutulup ve gerekirse bilirkişi incelenmesi yaptırılarak uygun bir tazminata hükmedilmesi gerekirken, tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır.” 11. HD. 31.05.1999 tarih 1999/2716 E., 1999/4582 K. nolu karar.

²⁵⁵ OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, s. 322; ARKAN, Marka Hukuku, C. II, s. 248

Yoksun kalınan kazancın hesaplanması yöntemlerinden yukarıda anlatılan ilk iki yöntem uygulamada güçlük arzetymekte ve genelde somut verilere dayanmadığından tatminkar sonuçlar vermemektedir. Bundan başka tecavüz fiili ile zarar arasında illiyet bağı kurmak da ayrı bir zorluk arzetymektedir. Buna karşın lisans örneksemesi usulüne dayanarak yoksun kalınan kazancın belirlendiğı hallerde marka sahibi davacı, zarar miktarını, tecavüz fiili ile zarar arasındaki illiyet bağınyı veya tecavüz edenin haksız zenginleştığını ispat zorunluluğundan kurtulmaktadır.

4. 2.1.3. Yoksun Kalınan Kazancın Artırımı

Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname'nin 67. maddesi uyarınca, marka üzerinde tasarruf yetkisi olan kişi, yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında 66. maddenin 2. fıkrasında 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.

Ayrıca markanın ilgili ürüne ekonomik bakımdan önemli bir katkısının olduğunun kabul edilebilmesi için, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğunun anlaşılması gerekir.

Markaya tecavüz nedeniyle oluşan zarar, maddi tazminata yoksun kalınan kazanç da eklenmesine rağmen tam olarak giderilememiş olabilir. Bu durumda mahkeme markanın ürünün satışına önemli ölçüde etki ettiğini düşünürse tazminata eklemeye bulunabilir²⁵⁶. Burada markanın, ilgili ürüne olan talebin oluşmasında belirleyici etken olup olmadığı ancak bilirkişiye başvurmak suretiyle tespit edilebilir²⁵⁷.

²⁵⁶ OYTAÇ; Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, s. 324.

²⁵⁷ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 1180.

KHK md. 66'da markanın ekonomik öneminin, yoksun kalınan kazanca dayalı tazminatın hesaplanmasında etken olacağı düzenlenmişken 67. maddede bu durum daha da ileriye götürülerek, markanın başlı başına bir çekim gücü olduğu hallerde 66. maddeye göre hesaplanan tazminata makul bir ek yapılacağı öngörülmüştür²⁵⁸. Söz konusu makul ek, kesin olarak öngörülebilecek bir miktar olmadığından Medeni Kanun'un 4. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 42 ve devamı maddelerinin çizdiği sınır dahilinde belirlenmelidir²⁵⁹.

Kural olarak, hükmedilecek tazminat zarar miktarından fazla olamaz. Marka hakkına tecavüz nedeniyle açılacak tazminat davalarında zarar miktarı bilirkişi tarafından tespit edilecek ve mahkeme de tespit edilen bu miktar üzerinden tazminata hükmedecektir. Ancak KHK'nın 67. maddesi uyarınca tazminata ekleme yapılması halinde tazminat miktarı zarar miktarını aşmış olacaktır. Böylelikle de burada bir “*özel hukuk cezası*” ndan söz edilebilecektir²⁶⁰.

Yoksun kalınan kazancın arttırımı hususunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. ARKAN, KHK md. 67 hükmünün gereksiz olduğunu düşünmektedir. Ona göre, markanın ekonomik değerinin ürünün satışında önemli bir katkısı var ise bu durum zaten KHK md. 66/2'de belirtilen seçimlik yöntemlerin uygulanmasında dikkate alınacak ve yoksun kalınan kazanç daha yüksek belirlenecektir. Dolayısıyla başka bir arttırıma gidilmesi gereksizdir²⁶¹.

YASAMAN ve DİRİKKAN ise, KHK'nın 67. maddesinde belirtilen yoksun kalınan kazancın arttırımının sadece tanınmış markalarda uygulanabileceğini düşünmektedir²⁶². Zira, adı geçen yazarlara göre ürünün satışına önemli bir katkıda bulunacak ekonomik etki sadece tanınmış markada mevcuttur.

²⁵⁸ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 1181.

²⁵⁹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 1181.

²⁶⁰ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 1181.

²⁶¹ ARKAN; Ticari İşletme Hukuku, s. 291.

²⁶² YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.II, s. 1181; DİRİKKAN, Tanınmış Markanın Korunması, s. 308.

Markalar Kanunu Tasarısı taslağı yoksun kalınan kazancın artırımı konusunda bir yenilik öngörmemektedir. Taslağın 64. maddesinde, mevcut düzenleme aynen muhafaza edilmiştir. Kanaatimizce, ARKAN'ın da belirttiği üzere, KHK md. 66/2'de yer alan seçimlik yöntemler kullanılarak yapılan hesaplamalarda artırım yapılabilecekken bunun ayrı bir madde olarak düzenlenmesi gereksizdir. Bu nedenle 64. maddenin taslaktan çıkarılması gerektiği düşüncesindeyiz.

4. 3. Manevi Tazminat Davası

4. 3.1. Manevi Zarar Kavramı

Genel bir tanım yapacak olursak, manevi zarar, haksız fiil sonucunda kişilik değerlerinde meydana gelen azalmadır. Manevi tazminat, manevi zararın giderim biçimidir. Herkese karşı korunan kişilik hakkının kapsamına giren değerden birinin ihmali halinde doğan mutlak bir haktır²⁶³.

Manevi zararda, zarara uğrayanın malvarlığında bir azalma meydana gelmediğinden gerçek anlamda bir zarardan söz edilemez. Manevi zarar, kişinin iç huzuru ve manevi bütünlüğüne yapılan saldırının mecazi ifadesidir²⁶⁴. OĞUZMAN, bu tanıma yaşama zevkindeki azalmayı da ilave etmiştir²⁶⁵.

Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 50. maddesi manevi zararı, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenme olarak tanımlamıştır. Manevi tazminat için manevi zararın yoğunluk arz etmesi gerekir. Aksi takdirde manevi

²⁶³ KILIÇOĞLU Mustafa, Tazminat Hukuku, İstanbul 2006, s. 943; HATEMİ Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk, İstanbul 1993, s. 102.

²⁶⁴ HATEMİ; Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 102.

²⁶⁵ OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 281, KILIÇOĞLU, Tazminat Hukuku, s. 943.

tazminat kavramı işlevinden uzaklaşır²⁶⁶.

Bir başka şekilde açıklanacak olursa manevi zarar, kişisel değerler ile toplum hayatından kaynaklanan özgürlük, isim, namus, çalışma hürriyet gibi bir takım vazgeçilmez haklara haksız şekilde müdahale edilmesi veya söz konusu hakların yok edilmesi sebebiyle ortaya çıkan, malvarlığı değeri taşımayan zarardır²⁶⁷.

Doktrinde manevi tazminatın hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşleri, ceza görüşü, telafi görüşü ve tatmin görüşü olarak sıralayabiliriz.

Manevi tazminatın cezai nitelikte olduğunu savunan görüş uyarınca, işlemiş olduğu haksız fiilin karşılığında failden bir miktar para alarak onu cezalandırmak manevi tazminatın esas amacıdır. Buradaki ceza devlet lehine değil zarar gören şahıs lehinedir²⁶⁸. Ceza görüşüne göre fail, kusuru olmasa bile sorumlu tutulabilmektedir. EREN, manevi tazminatın cezai nitelikte olmadığı görüşündedir²⁶⁹. EREN'e göre, manevi tazminat cezai nitelikte olsaydı failin kusurlu olması gerekirdi²⁷⁰.

Telafi görüşüne göre manevi tazminat, daha iyisi olmadığı için başvuru ve yardım etmek amacı güden bir kurumdur. EREN, manevi tazminatın telafi edici nitelikte olduğunu, manevi tazminatın amacının uğranılan manevi zararın aynen veya nakden tazmini noktasından hareket ederek savunmuştur²⁷¹. EREN'e göre telafi

²⁶⁶ KILIÇOĞLU; Tazminat Hukuku, s. 944.

²⁶⁷ FEYZİOĞLU F. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I. İstanbul 1976, s. 473. ; ERTAŞ Şeref, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği ve Miktarının Tespiti” , Postacıoğlu' na Armağan, İstanbul 1990, s. 65; ÖZSUNAY Ergun, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler” , Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999.

²⁶⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 287.

²⁶⁹ KILIÇOĞLU M, Tazminat Hukuku, s. 944; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 778.

²⁷⁰ KILIÇOĞLU M, Tazminat Hukuku, s. 944; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 778.

²⁷¹ KILIÇOĞLU M, Tazminat Hukuku, s. 947; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 779.

görüşü objektif bir görüştür ve zarar görenin zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın para ödenmesi gerekir²⁷². HATEMİ ise maddi tazminatın az tutulması durumunda manevi tazminatın bu eksikliği telafi edeceğini vurgulamıştır²⁷³.

Manevi tazminatın tatmin niteliğinde olduğunu savunan görüşe göre, zarar verici fiil neticesinde bozulmuş ruhi ve beni huzurun tam olarak olmasa bile kısmen ve olanak dahilinde para ile tatmin edilmesi uygundur. Tazminat, zarara uğrayanda huzur hissi vermelidir²⁷⁴. TANDOĞAN, cezai faktörün önemini ihmal etmemekle birlikte zarar görenin malvarlığında çoğalma sağlayarak tatmin işlevi üzerinde durmuştur²⁷⁵. Yargıtay da çeşitli kararlarında manevi tazminatın tatmin amacı güttüğünü vurgulamıştır²⁷⁶.

Her ne kadar tatmin görüşünü, parayı alanda tatmin olma yeteneği olması gerekeceği ve kendisinde bu yetenek bulunmayanların ve tüzel kişilerin bu konuma uymadıkları gerekçesiyle eleştirek de diğer görüşlerle birlikte değerlendirdiğimizde tatmin görüşünün manevi tazminatın niteliğine ve amacına daha uygun olduğu kanaatindeyiz.

Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 62/6 maddesi uyarınca, marka sahibi, marka hakkına tecavüz nedeniyle uğradığı manevi zararların tazminini talep edebilir. KHK'da manevi tazminat düzenlenmemiş olsaydı bile markaya tecavüz ve manevi tazminat MK. md. 24 kapsamında ele alınabilirdi. Ayrıca, markaya tecavüz fiilinin aynı zamanda haksız rekabet teşkil eden bir fiil olduğu kabul edildiğinde TTK md. 58 yollamasıyla BK. md. 49'un öngördüğü şekilde manevi tazminat talep edilebilir.

²⁷² KILIÇOĞLU M, Tazminat Hukuku, s. 947; EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 779.

²⁷³ KILIÇOĞLU M, Tazminat Hukuku, s. 947; HATEMİ, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 11.

²⁷⁴ KILIÇOĞLU, M; Tazminat Hukuku, s. 947.

²⁷⁵ TANDOĞAN; Türk Mesuliyet Hukuku, s. 330.

²⁷⁶ Y.4.HD. 16.06.1997 tarih 1976/9690 E., 1977/7016 K. sayılı karar; Y.11.HD. 01.05.2000 tarih 2000/2691 E., 2000/3772 K. sayılı karar.

4. 3.2. Markaya Tecavülden Doğan Manevi Zararlar

Marka hukukunda manevi zararın tazmininden amaç, markaya tecavüz dolayısıyla hak sahibinin ticari işletmesinin de içinde bulunduğu piyasada sahip olduğu imaj ve güvenin zedelenmesi ile birlikte ticari, kişisel ve manevi varlığında meydana gelen azalmanın giderilmesidir²⁷⁷. Aynı şekilde, markanın aynının veya benzerinin, düşük kaliteli mallarla ilgili olarak veya istenmeyen bağlılıklar kurulmasına neden olacak şekilde kullanılması durumunda caydırıcılığı sağlamak da manevi tazminatın bir amacıdır.

Markaya tecavüz teşkil eden fiil nedeniyle marka sahibinin manevi tazminat talep edebilmesi için Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki şartlar gerçekleşmelidir. Söz konusu madde hükmüne göre manevi tazminat isteyebilmek için tecavüz eylemini gerçekleştiren failin kusurlu olması gerekir.

Manevi tazminatın hesaplanmasına ilişkin, 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Marka hakkına tecavüz nedeniyle talep edilen manevi tazminat miktarının hesabında, markanın ekonomik önemi, ürünün satışında markanın katkısı, tecavüz fiilinin ağırlığı ve tecavüz teşkil eden fiilin markanın itibarına verdiği olumsuz etkilerin dikkate alınması icab eder.

Markaya tecavüz fiili neticesinde genelde zedelenen marka sahibinin ticari itibarıdır. Ticari itibara ise hem gerçek hem de tüzel kişiler sahip olabilir. Bu nedenle tüzel kişiler de marka haklarına saldırıda bulunduğu takdirde manevi tazminat talebinde bulunabilir²⁷⁸.

²⁷⁷ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 464.

²⁷⁸ EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 794. ; ARKAN, Marka Hukuku, C.II. , s. 249.

Üzerinde durulması gereken bir husus da 132 sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kanunu'na dayanılarak çıkarılan 18.10.1996 tarihli yönetmeliğin 29. maddesidir. Söz konusu maddede “*kamu kuruluşunun manevi itibarının haksız rekabet ortamı yaratarak kamu düzenini zedeleyecek şekilde kullanılması ve kamuoyunu yanıltarak Türk Standartları Enstitüsü'ne olan güveni sarsması nedeniyle firmanın büyüklüğü göz önüne alınarak dava tarihindeki marka ve belge kullandırma ücreti taban miktarından az olmamak üzere tavan miktarının on katına kadar manevi tazminat davaları açılır.*” hükmü yer almaktadır. Hüküm incelendiğinde kanunda öngörülmeleyen bir cezanın varlığı fark edilecektir. Her ne kadar bu durum hukuk tekniği ile çelişmekte ise de söz konusu yönetmelik yürürlükte bulunduğundan sonuç doğurmaya devam edecektir²⁷⁹. Yargıtay TSE garanti markasının haksız kullanımı söz konusu olduğu zaman yönetmeliğin söz konusu hükmünü kararlılıkla uygulamaktadır²⁸⁰. Burada dikkat edilmesi gereken nokta söz konusu yönetmelik hükmü gereği manevi tazminata hükmedilirken BK. md. 49 ve KHK md. 62'nin göz ardı edilmemesi gerektiği hususudur²⁸¹.

Marka hakkına tecavüzün sabit olduğu ve tecavüz edene kusur isnat edilebildiği hallerde manevi tazminatın diğer koşullarını aramadan manevi tazminat ödenmesine yönelik Yargıtay kararları mevcuttur²⁸². Ancak YASAMAN'a göre Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki şartlara bakılmaksızın, salt tecavüz fiilinin sabit oluşu başlı başına manevi tazminata hak kazandırmayacağından Yargıtay'ın bu yöndeki kararları isabetli değildir²⁸³. Biz de bu hususta YASAMAN'ın görüşüne iştirak etmekteyiz.

²⁷⁹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1134.

²⁸⁰ 11.HD. 1999/3791 E. , 1999/5701 K. sayılı karar.

²⁸¹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1134.

²⁸² “*TTK 58. maddesinde haksız rekabet sonucu istenebilecek manevi tazminatın BK. Md. 49'daki düzenlemeye atıf yapılarak ağır kusura bağlanması mümkün değildir. Zira davalının basiretli bir tacir gibi davranması zorunluluğunun doğal sonucu, ticari yararın zarara uğratılmaması veya böyle bir tehlikeye maruz kalmayı önleyici davranışları da gerektirir. Aksi davranış manevi tazminat istemine haklılık kazandırır. Kaldı ki anılan hükmündeki ağır kusur unsuru da kaldırılmıştır. Mahkemece, davalının haksız rekabeti sonucu davacıya uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken karşı gerekçe ile bu istemin reddedilmesi doğru bulunmamıştır.*” 11.HD. 19.03.2001 tarih 2001/41 E. , 2001/2072 K. sayılı karar. Kararın tam metni için bkz., GÖKCAN Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 465.

²⁸³ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1135.

4. 4. İtibar Tazminatı

556 Sayılı Kanun Hükümünde Kararname'nin 68. maddesi uyarınca, marka hakkına tecavüz edenin markayı kötü ve uygun olmayan bir şekilde kullanması sonucunda markanın itibarı zarara uğrarsa, marka sahibi bu yüzden uğramış olduğu zararın ayrıca tazminini isteyebilir.

Kavram olarak marka itibarı, marka ile tüketici ve mal veya hizmetleri tüketenlerin dışındaki üçüncü kişiler üzerinde inşa edilen imajdır²⁸⁴. İtibar zararı ise, inşa edilen veya inşa edilmekte olan imajın zedelenmesi ve istisnaen çökmesi olarak tanımlanabilir²⁸⁵.

Her ne kadar itibar tazminatı, maddi ve manevi tazminatın gösterdiği özellikleri gösterse de her ikisinden de ayrılır. Fakat itibar tazminatını maddi ve manevi tazminattan ayran sınır tam anlamıyla belirli değildir. İtibar tazminatında ne fiili bir zarar ne de yoksun kalınan kazanç vardır²⁸⁶.

İtibar tazminatı, ne maddi tazminatta olduğu gibi maddi bir zararın karşılığı, ne de manevi tazminatta olduğu gibi bir ıstırapın bedeli olup, zedelenen veya çöken imajın yeniden inşası için öngörülen maliyettir²⁸⁷. Her ne kadar itibar tazminatı manevi tazminat gibi manevi bir niteliğe haiz olan itibar kavramına bağlı ise de, manevi tazminat şahsiyet hakkına bağlanmışken itibar tazminatı markanın korunmasına bağlanmıştır.

²⁸⁴TEKİNALP, ÜNAL; “İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinalp Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 590. (İtibar Tazminatı)

²⁸⁵TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 466.

²⁸⁶TEKİNLAP; İtibar Tazminatı, s. 590.

²⁸⁷TEKİNLAP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 466.

Kanunda belirtilen şartların yanında hukuka aykırılık unsurunun mevcudiyeti maddi ve manevi tazminat istemi için yeterlidir. Ancak itibar tazminatında durum farklıdır. İtibar tazminatı talep edilebilmesi için hukuka aykırılığın yanında “*kötü üretim*” ve “*uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürme*” unsurlarının da bulunması gerekir²⁸⁸. Burada hukuka aykırılıktan kasıt, markadan doğan hakka tecavüzdür²⁸⁹.

Başlıbaşına kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme, hukuka aykırılık teşkil etmezler. Hukuka aykırı olan marka hakkına tecavüz eylemidir. Ancak zararı doğuran eylem marka hakkına tecavüz olmayıp kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürmedir²⁹⁰.

Kötü üretim ve uygun olmayan tarzda piyasaya sürme zararı doğuran eylemler olarak tahdidi bir biçimde sayılmıştır. Bu nedenle söz konusu sebepler dışında kalan karartma, kötüleme, abartılı ilanlarla ezme gibi eylemler sonucunda doğan zararlar nedeniyle itibar tazminatı talep edilemez²⁹¹.

Markanın itibarını zedeleyecek düzeyde düşük fiyatla satış yapılması durumu da uygun olmayan tarzda piyasaya sürme kavramına dahil edilmektedir²⁹². Zira, ileri teknoloji ve kaliteli malzeme kullanılarak vasıflı elemanlar tarafından özenle üretilip şehrin en cazip mağazalarında satışa sunulan, uzun zamandır yazılı ve görsel basında reklamları yer alan piyasada ve tüketicinin tercihlerinde kendine özel bir yer edinen bir malın benzerlerinin ve taklitlerinin bir işporta tezgahında satılması şüphesiz ki markanın yıllar süren çalışmaların sonucu oluşan imajını zedeleyecektir²⁹³. TEKİNALP'e göre itibar tazminatının, zedelenen imaj sebebiyle doğan zararın tazminine yönelik olduğu dikkate alındığında, maddi tazminatın bir türü olduğu neticesine ulaşılabilir²⁹⁴. Biz de

²⁸⁸ TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 591; OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, s. 326.

²⁸⁹ TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 591.

²⁹⁰ OYTAÇ, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, s. 327; TEKİNALP, Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 461.

²⁹¹ TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 595.

²⁹² YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1183.

²⁹³ TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 592.

²⁹⁴ TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 592.

yazarın bu görüşüne iştirak etmekteyiz. Bu nedenle itibar tazminatı hesaplanırken bu imajın oluşturulması için harcanmış masraf ve emeğin dikkate alınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Tecavüz fiili neticesinde markanın itibarının zedelenmesi ve bu nedenle marka sahibinin manevi huzurunun bozulması ile birlikte itibar tazminatı ile kullanılan terminolojinin manevi tazminatı çağrıştırmaması itibar tazminatı ile manevi tazminatın ortak özelliklerinin bulunduğu izlenimine sebep olmaktadır²⁹⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus, önceden manevi tazminatın istendiği durumlarda itibar tazminatı da istenecekse itibar tazminatının hesaplanmasında manevi tazminat hesabında kullanılan yöntemlerin kullanılmaması gerektiğidir.

KILIÇOĞLU'na göre itibar tazminatı gereksizdir. Zira haksız bir eylem nedeniyle ticari itibarın sarsılması aslında maddi ve manevi tazminat davası içinde değerlendirilebilir. Markaya tecavüz neticesinde markasının itibarı zedelenen kişi, uğradığı manevi zararın tazmin edilmesini isteyebilir²⁹⁶.

TEKİNALP ve MERAN ise itibar tazminatının maddi ve manevi tazminattan ayrı olarak istenebileceği görüşünü benimsemektedirler²⁹⁷. Zira KHK md. 68'de “*ayrıca*” ibaresi yer almaktadır.

Markayı taşıyan malın kötü üretimi çeşitli şekillerde olabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki; üretim şartları kötü lakin üretilen mal kaliteli ise itibar tazminatı söz konusu olamaz²⁹⁸. Aynı şekilde, markaya tecavüz halinde mal kaliteli ise yine itibar tazminatı istenemez²⁹⁹. Maddi veya manevi tazminat istenmelidir

²⁹⁵ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1184.

²⁹⁶ KILIÇOĞLU, Ahmet; “*Fikri Sınai Hakların İhlalinde Hukuksal Korunma Yolları*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 17, S. 54, Eylül-Ekim 2004, s. 51-103, s. 90.

²⁹⁷ TEKİNALP, İtibar Tazminatı, s. 592; MERAN, Marka Hakları ve Korunması, s. 248.

²⁹⁸ TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 595.

²⁹⁹ TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 596.

İtibar tazminatında, tecavüz fiili ile zarar arasında illiyet bağı bulunması gerektiği gibi kusur da aramak icab eder³⁰⁰. Burada üzerinde durulması gereken husus, kusurun, markaya tecavüz fiilinde aranması gerektiğidir. Yoksa kötü üretim veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürme durumlarında ayrıca kusur aramaya gerek yoktur³⁰¹.

İtibar tazminatının istenebilmesi için öncelikle hukuka aykırı fiil yani marka hakkına tecavüz mevcut olmalıdır. Orijinal markayı taşıyan malların kötü kullanımı veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürülmeleri durumunda itibar tazminatına hükmedilmeyecektir³⁰².

Tanınmış markaların itibarının alelade markaların itibarından fazla olduğu ve kötü kullanım veya uygun olmayan tarzda piyasaya sürülme durumlarında daha fazla zedeleneyeceği aşıkardır. Ancak itibar tazminatı talep etme hakkı sadece tanınmış markalar için öngörülmüş değildir. Tanınmışlık düzeyi ne olursa olsun her tür marka sahibi gerektiğinde itibar tazminatı talep edebilir.

Markalar Kanunu Tasarısı taslağının 65. maddesinde markanın itibarından bahsedilmektedir. Madde incelendiğinde mevcut düzenlemeden hiçbir farkı bulunmadığı anlaşılacaktır. Biz mevcut haliyle itibar tazminatının gereksiz olduğu kanaatindeyiz. Zira, markanın itibarının zedelenmesi durumunda oluşan zarar, maddi manevi tazminat davalarıyla karşılanabilir. Bu nedenle söz konusu maddenin taslaktan çıkarılmasının uygun olacağını düşünmekteyiz.

³⁰⁰ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 467.

³⁰¹ TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 593.

³⁰² TEKİNALP; İtibar Tazminatı, s. 595.

5. Marka Hakkına Tecavüz Dolayısıyla Üretilmesi veya Kullanılması Cezayı Gerektiren Eşya ile Bu Eşyaları Üretmeye Yarayan Araç, Cihaz, Makine Gibi Vasıtalara El Konulması Talebi

556 Sayılı KHK'nın 62/c maddesi uyarınca marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, cihaz, makine gibi vasıtalara el konulmasını marka sahibi dava yoluyla talep edebilir. Kanun koyucunun bu hüküm ile amacı sadece tecavüzün durdurulması davasının marka sahibini korumaya yetmeyeceğini dikkate alarak tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin tam olarak bertaraf edilebilmesi için haksız olarak kullanılan markayı taşıyan mallara ve bu malları üretmeye yarayan araçlara el konulmasına olanak sağlamaktır³⁰³. El koyma, durdurulan tecavüzün maddi sonuçlarını ve etkilerini gidermeyi amaçlar³⁰⁴.

El koymanın talep edilebilmesi için, eşyanın marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesinin veya kullanılmasının cezayı gerektirecek yani tecavüzün KHK md. 61/A kapsamına giren bir fiil olması gerekir. KHK md. 61/A-c bendinde de KHK md. 61'de yazılı fiiller suç sayılmıştır.

KHK md. 62/c uyarınca, taklit markayı taşıyan mallar, durumu bilen ya da bilmesi gereken üçüncü şahısların zilyetliğinde ise bu mallara da el konulması talep edilebilir. Lakin nihai tüketicinin, elinde kullanım amacıyla bulundurduğu mallar hakkında bu hüküm uygulanmaz.

KHK md. 61/f hükmüne göre de kendilerinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınan kişilerin elindeki mallara da el konulması talep edilebilir.

³⁰³ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 234.

³⁰⁴ ERGÜN; Marka Hakkına Tecavüz Davaları, s. 106.

KHK'nın 62/c maddesinde yer alan “*cezayı gerektiren*” ifadesinden yola çıkarak, el koyma hükmünün uygulanabilmesi için bir ceza mahkumiyeti kararı aramaya gerek olmadığı sonucuna ulaşılır³⁰⁵. Burada, hukuk mahkemesinin konuyu bekletici mesele yapmasının gerekip gerekmediği hususuna dikkat edilmelidir. Hukuk mahkemesi KHK'nın 61. maddesi anlamında bir tecavüzün olduğuna kanaat getirmişse el koyma talebini de olumlu cevaplayacak ve eğer ceza davası açılmışsa ceza mahkemesinin kararını bekletici mesele yapmayacaktır. Öte yandan 61. madde anlamında tecavüz mevzu bahis değilse ve KHK'nın 61/A-a ve 61/A-b bendlerinin ihlali iddiası mevcutsa hukuk mahkemesi ceza davasının sonucunu bekleyecektir.

Taklit markalı malların yanında başka malların üretiminde de kullanılan çok amaçlı makinelere KHK md. 62/c gereğince el konulabilip konulamayacağı sorusuna ARKAN olumsuz yanıt vermiştir³⁰⁶. Anayasa Mahkemesi de 08.12.1983 tarih 1981/10 Esas, 1983/16 Karar numaralı kararında bu görüşü destekler nitelikte ifadeler yer vermiştir. Bizce de başka malların üretiminde de kullanılan çok amaçlı makinalara 62/c maddesi uyarınca el konulmamalıdır. Aksi halde mütecavizin tüm üretim araçlarına el konulabilecek ve mütecaviz ticari hayatının sonlanması gibi bir durumla karşı karşıya bırakılabilecektir.

556 Sayılı KHK'nın 61/A maddesinin son fıkrası uyarınca, marka korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makina gibi vasıtalara el konulmasında Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır.

6. El Konulan Ürünler Üzerinde Marka Hakkı Sahibine Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi

556 Sayılı KHK md. 62/d hükmüne göre marka sahibi, el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını talep edebilir. Marka sahibine mülkiyet

³⁰⁵ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 469.

³⁰⁶ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 235.

hakkı tanındığı takdirde, bu ürünlerin değeri tazminat miktarından düşülür.³⁰⁷ Ürünlerin değeri kabul edilen tazminattan fazla ise marka sahibinin aradaki fark için karşı tarafa ödeme yapması gerekir.

Madde metninden, mülkiyet hakkının tanınması için, el konulmuş bulunan malların bulunması gibi bir ön şart olduğu anlamı çıkarılsa da el koyma ve mülkiyetin devri talebinin aynı anda yapılmasında bir engel yoktur³⁰⁸. Hatta YASAMAN iki talebin de aynı anda yapılmasını zaruri görmektedir³⁰⁹.

El konulan ürünleri üretmeye yarayan makinalar üzerinde marka sahibine mülkiyet hakkı tanınmayacaktır. Zira KHK'nın 62/d maddesinde sadece ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasından söz edilmiştir.

Mülkiyet hakkı tanınması talebi üzerine mahkemece verilecek mülkiyetin nakli kararı ile marka sahibi el konulan ürünler üzerinde mülkiyet hakkını aslen iktisap eder³¹⁰.

Marka sahibinin tazminat istediği durumlarda, mahkeme talep üzerine ürünlerin mülkiyetini marka sahibine verirse ürünlerin değeri tazminat miktarından indirilir. Buradaki tazminattan mahsup işleminin manevi tazminattan değil maddi tazminattan yapılması gerekir³¹¹. Tazminat miktarından yapılan bu indirim, tazminatın belirlenmesinde uygulama alanı bulan denkleştirme ilkesinin bir görünümüdür³¹².

Tecavüze konu işaretin, ürünlerin değil de ambalajın üzerine konulması veya teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklamlarında kullanılması halinde de, davalının

³⁰⁷ Y. 11.HD. 1997/1233 E. , 1997/1857 K. sayılı karar.

³⁰⁸ TEKİNLAP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 469.

³⁰⁹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1137.

³¹⁰ KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 496.

³¹¹ TEKİNLAP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 470.

³¹² YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1136.

kusurunun bulunması şartıyla, mülkiyetin devri talebinde bulunulabilir³¹³.

Markalar Kanunu Tasarısı taslağının 60/1-ç maddesinde, el konulan ürünler üzerinde marka hakkı sahibine mülkiyet hakkı tanınabileceği, mevcut düzenlemeden farklı olmadan, belirtilmiştir.

7. Tecavüzün Devamının Önlenmesine Yönelik Tedbirlerin Alınması, Markaların Silinmesi ve İmhası Talebi

556 Sayılı KHK'nın 62/e maddesine göre, marka sahibi, marka hakkına tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle bu maddenin (c) bendine göre el koyulan ürünlerin ve araçların üzerindeki markaların silinmesi veya marka hakkına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası talebinde bulunabilir³¹⁴.

ARKAN, madde metninde geçen “*tecavüzün devamını önlemek üzere tedbir*” kavramına mülkiyetin devrinin de dahil olduğu, bu nedenle mülkiyetin devrine ilişkin (d) bendinin hiç düzenlenmeyip mülkiyetin devrinin de diğer tedbirlerle birlikte hükme bağlanmasının daha isabetli olacağı görüşünü savunmaktadır³¹⁵.

KHK'nın 62/e maddesinde ifade edilen tedbirin, tecavüzü önlemeye ve sonuçlarını ortadan kaldırmaya yönelik olması yanında tecavüzün ağırlığı ile de uygunluk taşıması gerekir³¹⁶. Tecavüz nedeniyle malın imhası en son başvurulacak bir tedbirdir. Maddenin amacı cezalandırmak değildir.

³¹³ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 469.

³¹⁴ “... davalıların, bayisi olmadıkları halde, davacılara ait tüpleri işyerinde bulundurmalarının TTK Md. 57/5' e göre haksız rekabet teşkil ettiğine haksız rekabetin önlenmesine ve tespitle elde edilen tüplerin imhasına ve hüküm özetinin ilanına karar verilmiştir.” Y.11.HD. 1996/1054 E. , 1996/1564 K. sayılı karar.

“Davalının eyleminin haksız rekabet oluşturduğu gerekçesi ile dava kabul edilirken, haksız rekabete konu olan tüplerin imhası talebinin kabul edilmemesi bozmayı gerektirir.” Y.11.HD. 1996/342 E., 1996/344 K. sayılı karar.

³¹⁵ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 238.

³¹⁶ ATEŞ; Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti, s. 31.

KHK md. 62/e, kaynağını TRIPs'in 46. maddesinden almaktadır. Bu maddede, üye devletlerin mahkemelerince, tecavüzün etkin şekilde önlenmesine yönelik olarak, malların ticaret kanallarının dışına çıkartılmasına ve Anayasaya uygun olması kaydıyla imhasına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır³¹⁷. KHK md. 62/e hükmü, imhadan önce bazı tedbirlerin alınabileceğini belirtmektedir. ARKAN, maddenin uygulanmasında ölçülülük ilkesine uygun davranılması ve tecavüzün ağırlığı ile orantılı bir tedbirin alınması gerektiğini ifade etmektedir³¹⁸. ARKAN'a göre taklit markanın sadece ambalajda kullanılması halinde, ambalajların imha edilmesi yeterlidir³¹⁹.

Taklit markayı taşıyan malların sadece şekil değiştirmeleri mümkün ve tecavüzün önlenmesi açısından yeterli ise ölçülülük ilkesi dikkate alınmalı ve imha kararı verilmemelidir. Kanaatimizce, taklit markanın sökülmesi, silinmesi, kazınması gibi işlemlerle taklit markayı taşıyan malların orjinal markayı taşıyan mallarla benzerliğinin yok edilememesi durumunda malların imhasına karar vermek gerekir.

Taklit markalı malın imhasına karar verilmiş ise, Gümrük Yönetmeliğinin 111/a maddesi uyarınca masrafları eşya sahibine ait olmak üzere tasfiye hükümlerine göre imha edilir³²⁰. Markalar Kanunu Tasarısı taslağının 60/1-d madde ve bendinde masrafların tecavüz edene ait olacağı belirtildiğinden tasarının yasalaşması halinde Gümrük Yönetmeliği'ne dayanmaya gerek kalmayacaktır.

Markaya tecavüz fiillerinin devamını engellemek amacıyla mahkeme, markaların silinmesi ve taklit markayı taşıyan malların imhası dışında bir tedbire de hükmedebilir³²¹. KHK md. 62/e hükmü yorumlandığında, kanun koyucunun mahkemeye bu hakkı tanıdığı anlaşılacaktır.

³¹⁷ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1137.

³¹⁸ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 238; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1137.

³¹⁹ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 238; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1137.

³²⁰ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, s. 1138.

³²¹ YASAMAN; Marka Hukuku 556 sayılı KHK Şerhi, s. 1138.

8. Mahkeme Kararının İlgililere Tebliğ Edilmesi ve Kamuya Yayın Yoluyla Duyurulması Talebi

556 Sayılı KHK'nın 62/f maddesi uyarınca, marka hakkına tecavüz eden kişi aleyhine verilen mahkeme kararının, masrafları tecavüz eden tarafından karşılanarak ilgililere tebliğ edilmesi ve kamuya yayın yoluyla duyurulması talep edilebilir.

Madde metni incelendiğinde iki farklı talep içerdiği anlaşılabılır. Bunlardan birincisi “*kararın ilgililere tebliği*” , ikincisi ise “*kararın kamuya yayın yoluyla duyurulması*” dır. Madde metninde iki seçenek arasında “ve” bağlacı kullanılmışsa da, ARKAN, maddede kastedilen iki seçenektan birinin seçilmesi olduğu ve bu seçeneklerin arasına “veya” bağlacı konması gerektiği kanaatinde³²². ARKAN'a göre marka hakkı tecavüze uğrayan kişi ya mahkeme kararının ilgililere tebliğ edilmesini ya da yayın yoluyla kamuoyuna duyurulmasını isteyebilir³²³. Konuyla ilgili olarak ARKAN'ın görüşüne katılmamaktayız. Kanaatimizce marka hakkı tecavüze uğrayan kişi mahkeme kararının hem ilgililere tebliğini hem de kamuoyuna duyurulmasını isteyebilmelidir.

Burada KHK'nın 72. maddesine değinmekte fayda olduğunu düşünüyöruz. Maddede “*Dava sonucunda haklı çıkan taraf, haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması halinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesini talep etmek hakkına sahiptir.*” denilmektedir. Görüldüğü üzere KHK'nın iki farklı maddesinde kararın ilanından bahsedilmektedir. Ancak KHK md. 62/f hükmündeki ilan, KHK'nın 72. maddesinde öngörölen ilandan farklıdır. 72. maddede belirtilen ilan, davanın marka sahibi lehine sonuçlanmasından ve kesinleşmesinden sonra talep edilebilirken; 62/f hükmündeki ilan, davacının dava dilekçesinde yer alacak taleplerden birisidir³²⁴. Her ne kadar iki hükümdeki ilan farklı olsa da kanaatimizce 62/f hükmündeki ilanın nasıl

³²² ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 249.

³²³ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 249.

³²⁴ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi.

yapılacağı hususunda 72. maddeden faydalanılmalıdır.

Marka hakkı sahibinin, dava dilekçesinde KHK md. 62/f uyarınca kararın ilgililere tebliği veya yayın yoluyla duyurulması talebini belirtmediği durumlarda davanın sonunda sadece KHK md. 72'de belirtilen ilanı talep edebileceği kanaatindeyiz.

KHK'nın 72. maddesinde, kararın ilanının dava sonunda haklı çıkan tarafça istenebileceği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile, müteceviz olmadığı mahkeme kararı ile kesinleşen davalıya da hükmün ilanını talep etme imkanı tanınmıştır³²⁵. Burada dikkat edilmesi gereken nokta müteceviz olmadığı kesinleşen davalının kararın ilgililere tebliğini talep edemeyeceği hususudur. Bu durumdaki davalı sadece hükmün ilanını talep edebilecektir.

IV. TECAVÜZ NEDENİYLE AÇILACAK OLAN DAVALARDA TARAFLAR, GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME VE ZAMANAŞIMI

1. Taraflar

1.1. Davacı

Marka hakkına tecavüz halinde marka sahibi, lisans alan ve rehin veya intifa hakkı sahibi dava açmaya yetkilidir.

1.1.1. Marka Sahibi

Marka sahibi, markanın adına tescil edildiği kişidir³²⁶. Marka hakkına tecavüz halinde KHK md. 62'de gösterilen davaları açmaya öncelikle marka sahibi yetkilidir.

³²⁵ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 250.

³²⁶ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 471.

Markanın, marka sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin Resmi Marka Gazetesi ile yayımı tarihi itibarıyla hüküm ifade eder³²⁷. Ancak, KHK md. 9/3 uyarınca, marka tescil başvurusunun yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescili ilan edilmiş olsaydı yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle marka sahibi hukuk davası açmaya yetkilidir. Bu durumda mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez.

Marka sahibinin davacı sıfatında, markanın aslen ya da devren kazanılmış olması bir fark teşkil etmez³²⁸. Markanın devri, taraflardan birinin talebi üzerine sicile kayıt edilir ve yayınlanır. Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez. Markaya tecavüz fiili devrin tescilinden evvel meydana gelirse, dava açmaya marka sicilinde hak sahibi olarak görünen devreden yetkili olacaktır.

1. 1. 2. Lisans Alan

556 Sayılı KHK'nın 21/6 ve 73/1 maddeleri uyarınca, lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmış olmadıkça, inhisari lisans sahibi KHK'nın 62. maddesinde belirtilen davaları açmaya yetkilidir. İnhisari olmayan lisans sahibinin ise dava açma hakkı yoktur.

Lisans sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekil şartına bağlıdır ve lisans sözleşmesi marka siciline kayıt edilmelidir. Lisans sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise lisans inhisari değildir. İnhisari lisans ile inhisari olmayan lisans arasındaki fark şudur: İnhisari lisansta, lisans veren, bir başka kişiye daha aynı marka ile ilgili olarak lisans veremediği gibi, kendisi de markayı kullanamaz. İnhisari olmayan lisansta ise lisans

³²⁷ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 251.

³²⁸ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 471.

veren hem aynı markayla ilgili başka lisanslar verebilir hem de markayı kullanmaya devam edebilir.

KHK md. 73/2 uyarınca, kullandığı markaya saldırıda bulunulan inhisari olmayan lisans sahibi, noter vasıtasıyla yapacağı bir bildirimle, gereken davayı açmasını marka sahibinden isteyebilir. Marka sahibinin bu talebi kabul etmemesi veya bildirim alıldığı tarihten itibaren üç ay içinde gerekli davanın açılmaması halinde lisans sahibi yaptığı bildirimde ekleyerek kendi adına dava açabilir ve açılan dava marka sahibine ihbar olunur. Ancak, lisans sahibi, ciddi bir zarar tehlikesi karşısında ise, üç aylık sürenin bitiminden önce, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Ancak burada şu tür bir problem yaşanabilir: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesi uyarınca, ihtiyati tedbirin alınmasından sonra on gün içinde esas hakkında davanın açılması gereklidir. İnhisari olmayan lisansda ciddi bir tehlike karşısında üç aylık süre beklenilmeden ihtiyati tedbir istenildiğinde, lisans alanın üç ay dolmadan dava açma hakkı olmadığından, ihtiyati tedbir ortadan kalkabilir.

İnhisari lisans sahibi, kendi adına dava açma hakkına sahip olmakla birlikte lisans veren marka sahibinin de uğramış olduğu zararları isteme hakkı vardır. Lisansın, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlerin bir kısmı ya da belirli bir bölge için verildiği durumlarda lisans veren marka sahibinin tecavüz nedeniyle lisans alandan bağımsız olarak zarara uğraması mümkün olabilmektedir³²⁹. Tecavüz nedeniyle hem lisans alan hemde lisans veren dava açmışsa inhisari lisansa sahip olan kişinin isteyebileceği tazminat miktarı lisans veren marka sahibinin talep edeceği tazminat miktarından fazla olamaz.

1. 1.3. Rehin veya İntifa Hakkı Sahibi

Eşya hukuku anlamında markanın rehni bir hak rehnidir ve Medeni Kanun'un 954. maddesine göre, aksine hüküm bulunmadıkça teslimle bağlı rehin hükümleri

³²⁹ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 255.

uygulanır³³⁰. Dolayısıyla rehne konu oluşturan marka hakkına tecavüz halinde rehin alan, Medeni Kanun'un 954. ve 683. maddelerine dayanarak, KHK'nın 62.maddesi çerçevesinde tecavüzün durdurulmasını ve tecavüzden doğan zararın tazminini isteyebilir³³¹.

556 Sayılı KHK'nın 15/1 maddesine göre rehin sözleşmesini yazılı şekle tabidir. Tescilli bir markanın işletmeden bağımsız olarak rehnedilmesi de mümkündür. Marka rehni, taraflardan birinin talebi üzerine marka siciline kayıt edilerek yayınlanır.

Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ticari işletme rehninde marka da rehne dahildir. Ticari İşletme Rehni Kanunu'nun 13. maddesine göre, ticari işletme veya rehne dahil unsurlarına, rehnin sağladığı teminatı tehlikeye düşürecek suretle üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek fiillerin önlenmesini alacaklı dava edebilir. Dolayısıyla, marka rehninde rehin alan marka hakkının ihlali nedeniyle hukuki taleplerde bulunabilir.

Marka üzerinde intifa hakkı sahibi olan kişi de aynı hakkını koruyucu davaları açabilir³³².

1. 2. Davalı

Marka hakkına tecavüz sebebiyle kimlere karşı dava açılacağı 556 Sayılı KHK md. 61 hükmüne göre tespit edilir.

Söz konusu hükme göre, markayı taklit eden, taklit markalı malları satan, dağıtan veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkararak ve bu amaçla ithal eden ya da

³³⁰ KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim; Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983, s. 440 vd.

³³¹ ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 255; KÖPRÜLÜ / KANETİ, Sınırlı Ayni Haklar, s. 493.

³³² TEKİNLAP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 471.

ticari amaçla elinde bulunduran kişiye karşı dava açılabilceği gibi markayı taklit fiiline iştirak veya yardım eden, bu fiillerin yapılmasını teşvik eden veya kolaylaştıran kişi de davalı olabilir. Ayrıca lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletme veya bu hakların üçüncü kişilere izinsiz devredilmesi durumlarında lisan alan kişi de davalı olabilir.

İstihdam ilişkisi çerçevesinde bir iş yapılırken müstahdem tarafından markaya tecavüz teşkil eden bir fiil gerçekleştirilmişse, istihdam eden aleyhine de, tazminat davası açılabilcek, ancak istihdam eden Borçlar Kanunu'nun 55. maddesindeki kurtuluş beyyinesinden istifade edebilecektir³³³.

556 Sayılı KHK'nın “*dava açılmayacak kişiler*” başlığını taşıyan 69. maddesine göre, marka sahibi, sebep olduğu zararlardan dolayı marka sahibine tazminat ödemiş olan kişi tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilere karşı tecavüz durumunda ön görülen davaları açamayacaktır.

Adı geçen madde metninin özensiz kaleme alınmış olması nedeniyle bazı noktalarda belirsizlik gözlenmektedir. Öncelikle, maddenin piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişilerden kimi kasdettiği belirsizdir.

ARKAN bu kişilerin nihai kullanıcı olduğu görüşünü³³⁴ savunurken YASAMAN'a göre bu kişiler meslekleri gereği malı elinde bulunduran kişilerdir³³⁵ YASAMAN, nihai kullanıcıların zaten bir tazminat borcu altına girmeyecekleri bu nedenle de hükümde sözü edilen “*piyasaya sürülmüş ürünleri kullanan kişiler*” ifadesinden nihai kullanıcıların kastedilmiş olamayacaklarını savunmaktadır³³⁶. Biz bu hususta ARKAN'ın görüşünü isabetli bulmaktayız. Şöyle ki, YASAMAN'ın da belirttiği üzere malı şahsi ihtiyaçları içinde elinde bulunduran nihai kullanıcının tazminat borcu

³³³ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 255.

³³⁴ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 256

³³⁵ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1185.

³³⁶ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1185.

yoktur; ancak bu durum nihai kullanıcının dava açılmayacak kişiler arasında gösterilmesine engel teşkil etmez. Olsa olsa adı geçen maddenin nihai kullanıcılar açısından gereksiz bir tekrar olduğu savunulabilir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de görüleceği üzere 556 Sayılı KHK' da farklı hususlarda da bu tarz tekrarların görülmesi mümkün olmaktadır. Bu yüzden, sadece gereksiz bir tekrar olacağı gerekçesiyle adı geçen maddede kastedilen kişilerin nihai kullanıcılar olmadığını söylemek isabetsizdir. Markalar Kanunu Tasarısı taslağının “*dava açılmayacak kişiler*” başlığını taşıyan 66. maddesi de bizim görüşümüzü destekler mahiyettedir. Anılan madde hükmüne göre, marka sahibi, marka hakkına tecavüz eden tarafından piyasaya sürülmüş ürünleri kişisel ihtiyacı ölçüsünde elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı tecavüz durumunda öngörülen davaları açamayacaktır. Maddeden anlaşılacağı üzere hakkında dava açılmayacak kişiler, nihai kullanıcılardır.

Taslağın anılan maddesinde göze çarpan bir başka husus da malları piyasaya süren kişinin marka sahibine tazminat ödemesinden bahsedilmemiş olmasıdır. Kanaatimizce bu değişiklik oldukça yerindedir. Zira, KHK'nın 69. maddesine göre nihai kullanıcıya, ancak malları piyasaya süren kişinin marka sahibine tazminat ödemesi halinde dava açılmayacaktır. Burada, malları piyasaya süren kişinin tazminat ödememesi halinde nihai kullanıcıya dava açılabileceğini kabul etmek amacı aşan bir yorum olacaktır. Taslağın sözü edilen maddesinin yasalaşması halinde bu sorun ortadan kalkacaktır.

2. Görevli ve Yetkili Mahkemeler

2. 1. Görevli Mahkeme

556 Sayılı KHK'nın 71. maddesi “*görevli ve yetkili mahkeme*” başlığını taşımasına rağmen maddede yalnızca görevli mahkemeler ile ilgili düzenleme mevcuttur. Yetkili mahkeme ise KHK'nın 63. maddesinde düzenlenmiştir.

KHK'nın 71. maddesi hükmü uyarınca, KHK'da öngörülen davalarda görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir ve bu mahkemeler tek hakimli olarak görev yaparlar. Asliye Hukuk ve Asliye Ceza Mahkemelerinden hangilerinin ihtisas mahkemesi olarak görevlendirileceği ve bu mahkemelerin yargı çevresini Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu belirler.

KHK'nın Adalet Bakanlığı' na yüklediği bu görev uyarınca ihtisas mahkemeleri olarak “*Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemeleri*” ile “*Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemeleri*” kurulmuştur.

İhtisas mahkemeleri özel mahkemelerdir ve genel mahkemeler ile aralarında görev ilişkisi vardır³³⁷. Mahkeme, görev kuralına aykırı olup olmadığını resen incelemek durumundadır³³⁸. Ayrıca taraflar da karar kesinleşinceye kadar görev itirazında bulunabilirler. Fikri ve Sınai Haklar Mahkemesi'nde açılması gereken bir davanın genel mahkemede açılması veya genel mahkemede açılması gereken davanın anılan ihtisas mahkemesinde açılması halinde görevsizlik kararı verilmelidir.

Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nin bulunmadığı yerlerde marka davalarına, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesi bakacaktır. Açılan davada Asliye Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı vermeyecek; davaya Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi sıfatıyla devam edecektir³³⁹.

Davaya konu fiilin hem marka hakkına tecavüz teşkil ettiği hem de haksız rekabet meydana getirdiği durumlarda hak sahibi, taleplerini hem KHK'nın marka hakkına tecavüz düzenleyen ilgili hükümlerine hem de TTK'nın haksız rekabeti düzenleyen hükümlerine dayandırmaktadır. Uygulamada, Asliye Ticaret Mahkemeleri'nin bu tür bir dava önlerine geldiğinde haksız rekabet yönünden davanın

³³⁷ KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001, C.I, s. 719

³³⁸ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1195.

³³⁹ KURU; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.I, s. 720.

esasına geçtikleri; markaya ilişkin talepler bakımından ise görevsizlik kararı verdikleri görülmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu yaklaşım doğru değildir. Karşı dava açılma ihtimali ve bu usul ekonomisi ilkeleri dikkate alınarak asliye ticaret mahkemesinin her iki talep yönünden görevsizlik kararı vermesi ve dosyayı ihtisas mahkemesine göndermesi uygun olacaktır³⁴⁰.

Üzerinde durulması gereken bir husus da Asliye Ticaret Mahkemesi'nde görülen bir davaya karşı açılmak istenen ve marka hakkına dayanan karşı davanın akıbetidir. İhtisas mahkemesinde çözülmesi gereken marka hakkına dayanan uyuşmazlığın genel mahkemede karşı dava olarak açılması hususu tartışmalıdır. KURU ve YASAMAN'a göre, genel mahkemede görülmekte olan davaya karşı açılmış ve özel mahkemenin görevine giren karşı dava söz konusu olduğunda, genel mahkemenin her iki dava hakkında görevsizlik kararı vererek davaların özel mahkemeye gönderilmesine karar vermesi gerekir³⁴¹. Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz. Zira, genel mahkemelere nazaran özel niteliğe sahip ihtisas mahkemelerinin görev alanı dahilinde bulunan bir uyuşmazlığın genel mahkemede görülmesi usul hukuku kurallarına aykırıdır.

Genel mahkemenin görevine giren bir davanın özel mahkemede karşı dava olarak açılmasının söz konusu olduğu hallerde özel mahkeme her iki davayı birlikte inceleyip karara bağlayabilecektir³⁴².

Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri'nin kurulması hakeme başvurmaya engel değildir³⁴³. Zira, fikri mülkiyete ilişkin uyuşmazlıklar tarafların serbestçe tasarrufta bulunabileceği alan içindedir.

³⁴⁰YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1197.

³⁴¹KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, s. 3892; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1197

³⁴²KURU, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, s. 3892; YASAMAN, Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1197

³⁴³ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 259.

2. 2. Yetkili Mahkeme

Marka ile ilgili tüm hukuk davaları için yetkili mahkeme 556 sayılı KHK'nın 63. maddesine göre belirlenir. Maddeye göre, marka sahibi tarafından üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md. 9/1 uyarınca, davanın kural olarak davalının ikametgahı mahkemesinde açılması gerekir. Görüldüğü üzere KHK'nın 63. maddesi hükmü anılan hüküm ile farklılık arz etmektedir. Bu durumda uygulama nasıl olacaktır? ARKAN, KHK 63. maddede öngörülen yetki kuralının HUMK md. 9/1'de belirlenen genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmadığını; hüküm amacının davacı lehine yetkili mahkeme sayısının artırılması olduğunu ileri sürmektedir³⁴⁴. TEKİNALP ise KHK 63.madde hükmü ile HUMK md. 9'un yetkisinin kaldırıldığını; hükümde yer alan kesin ifadenin aksini kabule engel olduğunu belirtmektedir.³⁴⁵ YASAMAN da aynı gerekçelerle ARKAN'ın görüşünü paylaşmaktadır³⁴⁶. Biz de KHK 63. maddede öngörülen yetki kuralının HUMK md. 9/1'de belirlenen genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmadığını düşünüyoruz. Zira, KHK'nın 63. maddesinin amacının marka hakkının korunmasına etkinlik kazandırmak olduğu kanaatindeyiz. Burada, kanun koyucu, davacının durumunu kolaylaştırmak amacıyla yetkili mahkemelerin sayısını artırmıştır.

KHK md. 73'ün şartları oluşuyorsa lisans alan tarafından açılacak hukuk davalarında da KHK'nın 63. maddesindeki yetki kuralı uygulanacaktır³⁴⁷.

³⁴⁴ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 260.

³⁴⁵ TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 441.

³⁴⁶ YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1155.

³⁴⁷ ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 260.

KHK md. 63/2 uyarınca, davacının Türkiye'de ikamet etmemesi halinde, yetkili mahkeme, sicilde kayıtlı vekilin iş yerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmiş ise enstitünün merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Bu hüküm vasıtasıyla Türkiye' de yerleşim yerleri bulunmadığından kendi ikametgahlarında dava açamayacak olan marka sahipleri için dava açma imkanı sağlanmış olmaktadır³⁴⁸.

KHK'nın 63. maddesinin 3. fıkrası ile üçüncü kişilerin marka sahibi aleyhine açacakları davalar bakımından HUMK md. 9'da belirtilen genel yetki kuralına dönüş yapılmıştır. KHK md. 63/3 uyarınca, üçüncü kişiler tarafından marka başvurusu veya marka sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme, davalının ikametgahının bulunduğu yerdeki mahkemedir. Marka başvurusu veya marka sahibinin Türkiye'de ikamet etmemesi halinde ikinci fıkra hükmü uygulanır.

KHK md.63/4'e göre, birden fazla mahkemenin yetkili olduğu durumda, yetkili mahkeme ilk davanın açıldığı mahkemedir. Bu hükmün amacı marka hakkına birden fazla kişi tarafından tecavüz edilmesi halinde davaların tek bir mahkemede toplanmasına olanak sağlamaktır³⁴⁹. Farklı yer mahkemelerinde açılan davalar ilk davacının açıldığı yer mahkemesinde birleştirilebilecektir³⁵⁰.

3. Zamanaşımı

556 Sayılı KHK'nın 70. maddesi gereğince, marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.

³⁴⁸KARAN / KILIÇ; 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, s. 509.

³⁴⁹ARKAN; Marka Hukuk, C.II, s. 260.

³⁵⁰YASAMAN; Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, s. 1156.

Marka hakkına tecavüzün esas itibariyle bir haksız fiil olduğu dikkate alındığında marka davalarında Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki haksız fiillere ilişkin zamanaşımı hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁵¹. Buna göre, marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin zararı ve faili öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde tecavüz fiilinin vukuundan itibaren on yıl geçmekle zamanaşımı dolar.

Konusu aynı zamanda suç teşkil eden markaya tecavüz fiillerinde, kanunda o suç için öngörülen ceza zamanaşımı süresi daha uzun ise Borçlar Kanunu'nun 60/2 maddesi uyarınca bu süre uygulanır. Türk Ceza Kanunu'nda marka hakkına tecavüz suçları için beş yıllık dava zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Dolayısıyla KHK'nın 61/A maddesinde yer alan ve suç oluşturan tecavüz fiilleri nedeniyle bir yıllık zamanaşımı süresi yerine beş yıllık süre uygulanacaktır.

Marka hakkına tecavüzün durdurulması davasında zamanaşımı işlemez³⁵². Zira, tecavüz devam etmektedir. Zaten tecavüzün durduğu ve tekrarlanma tehlikesinin bulunmadığı hallerde tecavüzün durdurulması davası açılmaz. Aynı durum, tespit, tecavüzün giderilmesi ve üretim araçlarına el konulması taleplerinde de geçerlidir. Çünkü bu hallerde talepler bir alacağa değil bir eyleme dönüktür³⁵³.

Marka hakkına tecavüz fiilini gerçekleştiren birden fazla ise, her biri için zamanaşımı süresi ayrı ayrı işler³⁵⁴.

³⁵¹CAMCI, Marka Davaları, s. 154; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 257; TEKİL Fehiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 292.

³⁵²ARKAN, Ticari İşletme Hukuku, s. 307; ARKAN, Marka Hukuku, C.II, s. 258.

³⁵³TEKİNALP; Fikri Mülkiyet Hukuku, s. 484.

³⁵⁴ARKAN; Marka Hukuku, C.II, s. 248.

SONUÇ

Marka, bir ticari işletmenin mal ve hizmetlerini bir başka ticari işletmenin mal ve hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. Mal ve hizmetlerin çeşitli açılardan farklılıklarını göstermeyi hedefleyen marka, serbest rekabetin hakim olduğu günümüz iktisadi hayatının vazgeçilmez bir unsuru haline gelmiştir. Ticari işletmelerin gelir sağlama hedefinin gerçekleşmesinde ihtiyaç duyulan gayri maddi unsurlardan olan marka, işletmenin ürettiği mal ve hizmetler ile tüketiciler arasında bir bağımlılık ilişkisi kurulmasını sağladığı için çoğu defa işletmelerin en değerli unsurudur. Bu sebepten markanın korunması özel bir önem arz eder.

556 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname' nin 61. maddesinde marka hakkına tecavüz sayılan fiiller ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Söz konusu maddenin (a) bendinde Kanun Hükmünde Kararname' nin 9. maddesine aykırı davranışların marka hakkına tecavüz teşkil edeceği belirtilmiş, akabinde (b) ve (f) bentleri arasına diğer tecavüz fiilleri sayılmıştır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 tarih, 2005/15 E. 2008/2 K. numaralı kararı ile KHK'nın 9/1-b, 9/2-b, 61/a ve 61/b maddelerini; 02.03.2004 tarih, 2002/92 E. 2004/25 K. numaralı kararı ile de KHK'nın 61/d maddesini iptal etmiştir. Çalışmamız içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararlarının değerlendirilmesi ve eleştirisi detaylı bir biçimde yapılmıştır. 03.01.2008 tarihli iptal kararı 05.01.2009 tarihinde, 02.03.2004 tarihli iptal kararı ise 17.05.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak 28.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren 5833 sayılı kanun ile KHK'nın 9, 61 ve 61/A maddeleri küçük değişikliklerle yeniden KHK'ya eklenmiştir. Burada önemli olan adı geçen maddelerin KHK'ya 'kanun ile' eklenmiş olmasıdır. Bu durum da, adı geçen maddelerin aynı gerekçeyle tekrar iptal edilmelerinin mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Netice itibarıyla, 5833 sayılı kanun ile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki duruma dönmüştür.

556 sayılı KHK' nin üzerinde genel bir değerlendirme yapıldığında, çoğu zaman maddelerin birbirinden kopuk ve sistematığın zayıf olduğu anlaşılabacaktır. Çalışmamızda

yer yer bahsettiğimiz gibi aynı mevzuda farklı hükümler yer almakta, bu durum da doktrinde çeşitli tartışmalara neden olmaktadır. Bazı maddelerin özensiz kaleme alınmış olması aynı konuda farklı düşüncelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiş ve bu yüzden uygulamada birtakım sıkıntılar yaşanmıştır ve halen de yaşanmaktadır. Üzerinde çalışmalara devam edilen Markalar Kanunu Tasarısı taslağı bazı yenilikler getirmesine rağmen çalışmamızda sözünü ettiğimiz sorunların büyük kısmı ile ilgili net çözümler içermemektedir. Ancak taslağın, mevcut KHK' ya göre marka hukuku ve uygulaması açısından daha faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Taslağın yasalaşması herşeyden önce marka hukukuna ilişkin, özellikle cezai norm içeren hükümlerin sağlam bir temele oturturması anlamına gelecektir ki bu durum da söz konusu hükümler hakkında çalışmamızda ayrıntılı olarak açıkladığımız gerekçelerle Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmasını önleyecektir. Bununla birlikte tasarının yasalaşmasından evvel, en iyiye ulaşma azmi çerçevesinde marka hukuku sorunlarına net çözümler getiren değişikliklere uğrayacağı beklentisi içerisindeyiz.

KAYNAKÇA

AKÜLGEN Alper Tunga : “*Haksız Rekabet ve Markalar Kanunu'nun Üzerine Yargıtay İçtihatları*”, Türkiye'de ve Dünyada Sınai Mülkiyet Korunması Uluslararası Konferansı, Türk Patent Enstitüsü , İstanbul 1997.

ANSAY Tuğrul : “*Yabancı Markaların Türkiye'de Himayesi-Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla*” , Batider 1963, C.II., S. 2.

ARIKAN Ayşe Saadet : “*Tasarımların 554 Sayılı Tasarım Kararnamesi ve Fikir Sanat Eserleri Kanunu Çerçevesinde Korunması*” , Marmara Üniversitesi AT Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi, C.IV, S. 1-2, (1995-1996)

ARIKAN Fahri Murat : “*Markaların Alan Adlarına Karşı Korunması*”, İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2000, C. 74, S. 7.8.9

ARKAN Sabih : Marka Hukuku, C.I., Ankara 1997.

ARKAN Sabih : Marka Hukuku, C.II, Ankara 1998.

ARKAN Sabih : “*Marka hakkının tüketilmesi*” , Prof.Dr. Ali BOZER' e Armağan, Ankara 1998.

ARKAN Sabih : Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1999.

ARSEVEN Haydar : Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul 1951.

ASLAN Adem : Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi, İstanbul 2004.

ATAAY Aytakin : Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, İstanbul 1981

ATEŞ Mustafa : “*Taklit ve Korsan Malların Uluslararası Ticareti: GATT-TRIPs Anlaşmasının Bu Ticaretin Önlenmesine İlişkin Hükümleri*” , FMR, C.3, S. 2003/I.

AYHAN Rıza : Haksız Rekabet Münasebetiyle Elde Edilen Menfaatlerin İadesi, Konya 1990.

AYOĞLU Tolga : “Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin 9. ve 61. Maddelerinin Bazı Bentlerinin İptaline İlişkin 03.01.2008 Tarihli Kararı Üzerine Düşünceler” , Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, Y. 2008, C. 8, S. 4.

BAŞTUĞ İrfan / ERDEM H. Ercüment: Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993.

BİÇAKÇI Levent : Markanın Hakiki Sahibinin Korunması, İstanbul Baraso Dergisi 1996, C.70.

BİLGİ Necip : Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1967.

- BİLGİŞİN Şevket M.** : Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I, İstanbul 1948.
- BOZBEYOĞLU Cengiz** : “*Sanayi ve İşadamları Açısından Markaların Korunması*” , Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 24-25 Haziran 1998.
- CAMCI Ömer** : Marka Davaları, İstanbul 1999.
- ÇAMLİBEL Taylan Ersin** : Marka Hakkının Kullanılmasıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara 2001.
- DALAMANLI Lütfi** : Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 1976.
- DEREN YILDIRIM Nevhis** : Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1999.
- DEREN YILDIRIM Nevhis** : “*Marka Hukukunda İhtiyati Tedbire İlişkin Bazı Sorunlar*” , Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, C.II.
- DEVLET PLANLAMA TEŞKİLATI:** “*Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı Fikri Haklar Özel İhtisas Komisyonu Raporu*”, Ankara 2000.
- DİRİKKAN Hanife** : Tanınmış Markanın Korunması, Ankara 2003.
- DİRİKKAN Hanife** : “*Tescilli Markayı Kullanma Külfeti* ”, Prof.Dr. Oğuz İmregün' e Armağan, İstanbul 1998.

- DOĞAN D. Mehmet** : Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 1990, 8. Baskı.
- EDGÜ Ekrem** : “*Fabrika Markaları*” , Ankara Barosu Dergisi 1954, S. I.
- ERDEM Bahadır B.** :Patent Hakkının Korunmasında ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelerde Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002.
- ERGÜN Mevci** : “*Tasarım Konusunda Yargının Yeri*” , Türkiye'de Tasarım Davaları ve Sorunlar (Yayınlanmamış Bildiri), 27.10.1997.
- ERGÜN Mevci** : “ *Türkiye' de Marka Hakkına Tecavüz Davaları*”, Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 24-25 Haziran 1998.
- ERGÜN Mevci** : Tanınmış Markalar, Bursa 2000.
- ERGÜN Mevci** : “*Patentten Doğan Haklara Tecavüz Olmadığının Tespiti*” , FMR, C. 2004/3, S. 4.
- EROĞLU Sevilay** : “*Soyut Renk, Ses ve Üç Boyutlu İşaretlerin Marka Olarak Tescili*” , Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2003/1.
- ERTAŞ Şeref** : “*Manevi Tazminat Hukuksal Niteliği ve Miktarının Tespiti*” , Postacıoğlu' na Armağan, İstanbul 1990.
- FEYZİOĞLU F. Necmeddin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1976.

- GÖKCAN Hasan Tahsin** : Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- GÖLE Celal** : Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983.
- GÜRZÜMAR Osman** : Franchise Sözleşmeleri, İstanbul 1995.
- HAVUTÇU Ayşe** : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- HATEMİ Hüseyin** : Sözleşme Dışı Sorumluluk, C.II, İstanbul 1993
- HIRŞ Ernest** : Ticaret Hukuku Dersleri, Ankara 1948, 8. Baskı.
- KARAHAN Sami** : “*Markalarda İltibas*” , Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak-Haziran 1990, C. III, s. 3.
- KARAHAN Sami** : Ticaret Hukukunun Temel Kavramları, Konya 1994.
- KARAHAN Sami** : Ticari İşletme Hukuku, Konya 1995.
- KARAHAN Sami** : Marka Şekilleri, İstanbul 1987. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

KARAYALÇIN Yaşar : Ticaret Hukuku, Ankara 1968.

KARAN Hakan / KILIÇ Mehmet : Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara 2004.

KAYHAN Fahrettin : “*Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tüketilmesi*” , FMR, C.I, s. 2001/1, İstanbul.

KARAHASAN Mustafa Reşit : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 1992.

KILIÇOĞLU Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002..

KILIÇOĞLU Mustafa : Tazminat Hukuku, İstanbul 2006.

KILIÇOĞLU Ahmet : “*Fikri Sınai Hakların İhlalinde Hukuksal Korunma Yolları*” , Türkiye Borçlar Birliği Dergisi, Y.17, S.54, Eylül-Ekim 2004.

KÖPRÜLÜ Bülent/KANETİ Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982-1983

KURU Baki : Tespit Davaları, Ankara 1963.

KURU Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul 2001.

KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2000.

MEMİŞ Tekin : “Alan ismi Etrafında Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar” , Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu-Bildiriler, Ankara 2001.

MERAN Necati : Marka Hakları ve Korunması, Ankara 2004.

MİMAROĞLU S. Kemal : Ticaret Hukuku, C.I, Ankara 1970.

NOYAN Erdal : Marka Hukuku, Ankara 2004.

NOMER Füsun : “Tanınmış Marka: Nike” , Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu' na 65. Yaş Yılı Armağanı, İstanbul 1999.

OCAK Nazmi : “Markalarda Tescilin Sağladığı Korumanın Kapsamı” , Prof. Dr. Ali Bozer' e Armağan.

OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

OYTAÇ Kutlu : Markalar Hukuku, İstanbul 1999.

OYTAÇ Kutlu : “Marka Hakkı ve Tasarım Korunmasına Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, s. 2003/2.

ÖÇAL Akar : Türk Hukukunda Markaların Himayesi, Ankara 1967.

- ÖÇAL Akar** : “*Marka Hukukunda Rengin Önemi*” , Ankara Barosu Dergisi 1968, C. XXV.
- ÖZEKES Muhammet** : *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999.
- ÖZEL Çağlar** : *Marka Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 2002.
- ÖZSUNAY Ergun** : “*Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar Kavramı ve Manevi Zararın Giderimine İlişkin Çözümler*” , Prof.Dr. Selahattin Sulhi Tekinay' ın Hatırasına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1999
- PEKCANİTEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet:** *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2001.
- PINAR Hamdi** : “*Marka Hukukunda Hakların Tüketilmesi*”, Prof.Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.
- POSTACIOĞLU İlhan** : *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1966.
- SAĞLAM Adil** : *Türk Markalar Şerhi ve Tatbikatı*, Ankara 1973.
- SARAÇ Tahir** : *Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Ankara 2003.
- ŞEHİRALİ Feyzan Hayal** : *Patent Hakkının Korunması*, Ankara 1998..
- TANDOĞAN Haluk** : *Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet*, Ankara 1961.

- TANSİ Ömer Celal** : “*Ticaret Hukukunda Alamet-i Farika İltibasları*”, İstanbul Barosu Dergisi 1965, C. XIX, S. 5.
- TEKİL Fehiman** : Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997.
- TEKİNALP Ünal** : “*Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu*”, Prof.Dr. Kenan Tunçomağ' a Armağan, İstanbul 1997.
- TEKİNALP Ünal** : “*İtibar Tazminatı ve Bazı Sorunlar*”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999. (İtibar Tazminatı)
- TEKİNALP Ünal** : Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2002.
- TİFTİK Mustafa** : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.
- TOROSLU Nevzat** : Ceza Hukuku, Ankara 1991.
- TÜRK PATENT ENSTİTÜSÜ** : Sınai Haklar ile İlgili Uluslararası Anlaşmalar ve İlişkiler, Ankara 2003.
- UÇAKHAN Sema Güleç** : Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara 1994.
- UYGUR Turgut** : Açılmalı İçtihatlı Borçlar Kanunu ve Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003.

YASAMAN Hamdi : “*Tanınmış Markalar*”, Ord.Prof.Dr. Halil Arslanlı' nın Anısına Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1978.

YASAMAN Hamdi : “*Hizmet Markaları*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Ankara 1975, Cilt VIII.

YASAMAN Hamdi/ALTAY Sıtkı Anlam/AYOĞLU Tolga/YUSUFOĞLU Fülürya/YÜKSEL Sinan : Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, Ekim 2004 İstanbul, C.II.

ÖZGEÇMİŞ

Tez yazarı 15.08.2009 Beyşehir doğumludur. İlk, orta ve lise öğrenimini Beyşehir’de tamamlamıştır. 1998 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde yüksek öğrenimine başlamış, 2002 yılında mezun olmuştur. 2004-2006 yılları arasında Ankara’da Adli Yargı Hakim Adayı olarak, 2006-2009 yılları arasında Diyarbakır-Hazro’da Cumhuriyet Savcısı olarak görev yapmıştır. 2009 yılında Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda yüksek lisansını tamamlamış olup 2009 yılından itibaren Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nde Tetkik Hakimi olarak görev yapmaktadır. Yazar, iyi derecede İngilizce ve Fransızca bilmektedir.