

**6769 SAYILI SINAİ MÜLKİYET
KANUNU'NA GÖRE MARKA
İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI**

Gamze SARIGÜL

Yüksek Lisans Tezi

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ali YAŞAR

Ocak, 2022

Afyonkarahisar

T.C.
AFYON KOCATEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE
MARKA İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Hazırlayan
Gamze SARIGÜL

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Ali YAŞAR

AFYONKARAHİSAR 2022

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “**6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları**” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Kaynakça’da gösterilen eserlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

11/01/2022

İmza

Gamze SARIGÜL

T.C.
AFYON KOCATEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ENSTİTÜ ONAYI

Öğrencinin	Adı- Soyadı	Gamze SARIGÜL
	Numarası	190647107
	Anabilim Dalı	Özel Hukuk Anabilim Dalı
	Programı	Özel Hukuk (Anadolu Üniv. Ortak)
	Program Düzeyi	<input checked="" type="checkbox"/> Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input type="checkbox"/> Sanatta Yeterlik
Tezin Başlığı	6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları	
Tez Savunma Sınav Tarihi	11.01.2022	
Tez Savunma Sınav Saati	14:00	

Yukarıda bilgileri verilen öğrenciye ait tez, Afyon Kocatepe Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği'nin ilgili maddeleri uyarınca jüri üyeleri tarafından değerlendirilerek oy birliği – oy çokluğu ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Elbeyi PELİT
MÜDÜR

ÖZET

6769 SAYILI SİNAİ MÜLKİYET KANUNU'NA GÖRE MARKA İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Gamze SARIGÜL

AFYON KOCATEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Ocak, 2022

Danışman: Dr. Öğr. Üyesi Ali YAŞAR

Ticaretin küresel boyut kazandığı günümüzde gerek teknolojik gelişmeler gerek yaygınlaşan elektronik ticaret uygulamaları ile markanın sahibinin izni olmaksızın kullanılarak suistimal edilmesinde yaşanan artış, marka hakkının korunmasının gerekliliği ve önemini de artırmaktadır. Türk Marka Hukuku'nun temel normatif düzenlemesi olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun (SMK) 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ilga edilmiştir. Esasen KHK'lar ile düzenlenmiş olan sınai mülkiyet hakları böylece Avrupa Birliği mevzuatından da yararlanılarak tek çatı altında toplanmış ve kanuni zemine kavuşmuştur. Bu çalışmada SMK'ya göre marka ihlalinin hukuki sonuçları inceleme konusu yapılarak tartışılmıştır. Konu, yer yer mülga 556 sayılı KHK düzenlemeleri ile yapılan karşılaştırmalar ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına da yer verilerek Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir. Çalışmamızın konusu, tescilli marka hakkının korunmasına yönelik olup tescilsiz markalar için öngörülen koruma bu kapsamda ele alınmamıştır. Çalışmamızın birinci bölümünde marka hukukuna ilişkin temel kavramlara yer verilmiş olup ikinci bölümde SMK'da belirtilen ihlal niteliğindeki fiiller ele alınmıştır. Bu bölümün son kısmında günümüzde her alanda yaygınlaşan internetin ticaret hayatına da kazandırdığı ivme düşünüldüğünde önemi mahiyetiyle internette marka hakkı ihlali üzerinde ayrıca durulmuştur. Son bölümde ise marka ihlalinin hukuki sonuçları olarak marka hakkı sahibinin ihlaller karşısında başvurabileceği hukuki çareler, talepler; geçici hukuki koruma talepleri, marka ihlali hâlinde açılacak davalar, ihlal edenin hukuki sorumluluğu, tazminat talepleri ve ileri sürülebilecek diğer talepler incelenmiştir. Ayrıca markadan doğan uyuşmazlıklarda arabuluculuğa yer verilerek arabuluculuk müessesesinin marka hukukundaki yansımaları yine son bölümde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Marka hakkı, marka ihlali, hukuki sorumluluk, tazminat, Sınai Mülkiyet Kanunu.

ABSTRACT

LEGAL CONSEQUENCES OF TRADEMARK INFRINGEMENT ACCORDING TO INDUSTRIAL PROPERTY LAW NO: 6769

Gamze SARIGÜL

AFYON KOCATEPE UNIVERSITY
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES
DEPARTMENT OF PRIVATE LAW

January, 2022

Advisor: Assist. Prof. Dr. Ali YAŞAR

In today's world, where trade has gained a global dimension, both technological developments and widespread electronic commerce applications and the increase in the abuse of trademarks by using them without the permission of the right holder increases the necessity and importance protection of the trademark right. With the entry into force of the Industrial Property Law (IPL) no. 6769, the basic normative regulation of Turkish Trademark Law, on 10.01.2017, the Decree Law no. 556 on the Protection of Trademarks (Decree Law) was abolished. Thus, industrial property rights, originally enacted by decree laws were gathered under a single framework and were provided a legal ground with the help of European Union legislation. In this study, the legal consequences of trademark infringement according to IPL is examined and discussed. The subject has been examined in the light of the Supreme Court decisions while also sporadically including comparisons with obsolete Decree Law no. 556 regulations and Court of Justice of the European Union decisions. The subject matter covers protection of the registered trademark right and excludes protection of the nonproprietary trademarks. In the first part of our study, the basic concepts related to trademark law are examined and in the second part, acts of the infringement are discussed. In the last section of this part, considering the acceleration that the Internet, which has become widespread in every field today, has also brought to the commercial life, the importance of the trademark infringement on the Internet is also emphasized. In the last part, were examined the legal solutions and demands, temporary legal protections, trademark infringement lawsuits, the violater's legal responsibility, indemnity demands, and other demands that the trademark owner can apply for when faced with trademark infringement. In addition, mediation is included in disputes arising from trademarks and the reflection of mediation in trademark law is examined in the last section.

Keywords: Trademark right, trademark infringement, legal responsibility, indemnity, Industrial Property Law.

ÖN SÖZ

Küreselleşen dünya ve hızla artan rekabet ortamı düşünüldüğünde temelde mal ve hizmetlerin benzerlerinden ayırt edilmesine hizmet eden markanın önemi gittikçe artmaktadır. İnovasyonun lokomotifi görevini üstlenen markanın ve marka hakkı sahibinin markadan doğan haklarının hukuk sistemlerince güçlü korunumu bu nedenle elzemdir. Nitekim piyasada sağladığı güçlü yönleri ile çoğu zaman ihlale uğrayan marka hakkının ihlali hâlinde ortaya çıkan hukuki sonuçlar önem teşkil etmektedir. Bu çalışmada marka ihlalinin hukuki sonuçları perspektifinde marka hakkı sahibinin ihlaller karşısında başvurabileceği hukuki çareler, talepler, zararının giderim yolları anlatılmıştır. 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu çerçevesinde konu tartışılmış ve ilgili yerlerde çeşitli güncel Yargıtay kararları ile de desteklenmiştir. Çalışmanın bu yönleri ile Türk Marka Hukuku açısından faydalı olacağı düşünülmektedir.

Doğduğum günden bugüne kadar her türlü imkanı sağlayan, sevgi saygı ve özverisi ile bugünlere gelmemi sağlayan, emeklerini asla ödeyemeyeceğim, hayatta sahip olduğum başarıların en büyük mimarı olan ve yüksek lisans yapmaya da teşvikleri ile karar verdiğim sevgili anneme tüm kalbimle teşekkürlerimi sunarım. Üzerimde emeği çok olan ve bugünlere geldiğimi görmesini canı gönülden istediğim fakat aramızdan ayrılan yine de manevi varlığını her an hissettiğim rahmetli dedemi saygı, özlem ve şükranlarımla anarım. Her zaman olduğu gibi tez yazım sürecimde de yanımda olan manevi desteklerini eksik etmeyen sevgili ablama, sevgili enişteme, sevgili kardeşime ve sevgili teyzeme de sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Yine tez yazım sürecimde, yoğun olmasına rağmen desteği ile yanımda olan sevgili arkadaşım Fatih'e de içtenlikle teşekkür ederim.

Lisans ve yüksek lisans eğitimimde öğrencisi olma fırsatına eriştiğim, tez çalışmamın başından sonuna kadar her aşamada kıymetli zamanını ayırarak rehberliğini esirgemeyen, engin bilgi birikim ve tecrübeleriyle çalışmamın son hâlini almasını sağlayan çok değerli sayın tez danışman hocam Dr. Öğr. Üyesi Ali YAŞAR'a teşekkürlerimi sunarım. Tez jürimde yer alarak beni onurlandıran ve kıymetli önerileri ile tezime katkılar sunan Dr. Öğr. Üyesi Ezgi Başak DEMİRAYAK ÜNAL hocamıza ve Prof. Dr. Şaban KAYIHAN hocamıza da saygılarımla teşekkür ederim. Yine eğitim hayatım boyunca bana destek olan burada isimlerini saymadığım çok değerli hocalarıma saygılarımla sunarım.

Gamze SARIGÜL
2022, Eskişehir

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
YEMİN METNİ.....	ii
ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ ONAY SAYFASI	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
ÖN SÖZ	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

1. MARKA KAVRAMI, TANIMI VE UNSURULARI	4
1.1. MARKA KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ	4
1.2. MARKANIN TANIMI.....	5
1.3. MARKANIN UNSURLARI.....	8
1.3.1. İşaret Unsuru	8
1.3.2. Ayırt Edicilik Unsuru	9
1.3.3. Açıklık ve Kesinlik Unsuru	10
2. MARKA TÜRLERİ VE FONKSİYONLARI	11
2.1. MARKA TÜRLERİ.....	11
2.1.1. Ticaret Markası.....	11
2.1.2. Hizmet Markası.....	12
2.1.3. Garanti Markası	12
2.1.4. Ortak Marka.....	13
2.1.5. Koruyucu Marka.....	13
2.1.6. İhtiyat Markası	13
2.2. MARKANIN FONKSİYONLARI	14
2.2.1. Ayırt Etme Fonksiyonu	14
2.2.2. Menşeyini Gösterme Fonksiyonu	15
2.2.3. Reklam Fonksiyonu	15
2.2.4. Garanti Fonksiyonu.....	16
3. MARKA HUKUKUNA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER	16
3.1. ULUSAL MEVZUAT	17
3.2. TÜRKİYE'NİN MARKALAR İLE İLGİLİ KATILDIĞI ULUSLARARASI ANLAŞMALAR.....	19
3.2.1. Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu-1883).....	20
3.2.2. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması (1891) ve Protokolü (1989).....	22
3.2.3. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi.....	23
3.2.4. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)	23
3.2.5. Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması.....	24
3.2.6. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması	25
3.2.7. Marka Kanunu Anlaşması	25

3.3. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ.....	26
3.3.1. 89/104, 2008/95 ve 2015/2436 Sayılı AB Marka Yönergeleri	26
3.3.2. 40/94, 207/2009, 2015/2424 ve 2017/1001 Sayılı AB Marka Tüzükleri.....	26
4. MARKA HAKKI, HAKKIN KAZANILMASI VE KORUNMASI	28
4.1. MARKA HAKKI.....	28
4.1.1. Marka Hakkının Önemi	28
4.1.2. Marka Hakkının Özellikleri.....	29
4.2. MARKA HAKKININ ELDE EDİLMESİ	30
4.3. MARKANIN TESCİLİ	31
4.3.1. Marka Olarak Tescil Edilemeyecek İşaretler (Tescil Engelleri)	31
4.3.1.1. Mutlak Ret Nedenleri	31
4.3.1.2. Nispi Ret Nedenleri	37
4.3.2. Tescil Prosedürü	42
4.4. MARKA HAKKININ KORUNMASI	43
4.4.1. Genel Olarak	43
4.4.2. Avrupa Birliği'nde Marka Hakkının Korunmasına İlişkin Düzenlemeler ...	45
4.4.3. Mülga 556 Sayılı KHK'da Marka Hakkının Korunması	45
4.4.4. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Düzenlemesi	45
4.4.4.1. Hukuki Sorumluluk (SMK m. 149).....	46
4.4.4.2. Cezai Sorumluluk (SMK m. 30).....	46

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKININ İHLALİ

1. GENEL OLARAK.....	48
2. İHLAL KAVRAMI.....	50
3. MÜLGA 556 SAYILI KHK'DA MARKA İHLALİ.....	50
4. 6769 SAYILI SINAI MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA MARKA HAKKININ İHLALİ	53
4.1. GENEL OLARAK.....	53
4.2. MARKA İHLALİ SAYILMAYAN FİİLLER.....	55
4.2.1. Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçindeki Kullanımlar	56
4.2.2. Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması.....	59
4.2.3. Marka Hakkının Tükenmesi.....	59
4.3. SMK 7. MADDEDE DÜZENLENEN İHLAL HALLERİ.....	60
4.3.1. Haksız Kullanım Hâlleri.....	61
4.3.1.1. Markanın Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde, Tescilli Marka ile Aynı Olan Bir İşaretin Kullanılması	61
4.3.1.2. Tescilli Markanın Kapsadığı Mal veya Hizmetlerle Aynı veya Benzer Mal veya Hizmetleri Kapsayan Bu Nedenle Tescilli Marka ile İlişkilendirilme İhtimali de Dahil Karıştırılma İhtimali Bulunan Aynı veya Benzer Bir İşaretin Kullanılması	63
4.3.1.3. Aynı veya Benzer Mal veya Hizmetlerle İlgili Olup Olmamasına Bakılmaksızın, Türkiye'de Tanınmışlık Düzeyine Ulaşan Markanın Ününden Faydalanarak İtibarından Haksız Yarar Elde Edecek veya İtibarına Zarar Verecek ya da Ayırt Ediciliğini Zedeleyecek Bir İşaretin Kullanılması	72
4.3.2. Haksız Kullanım Şekilleri.....	75
4.3.2.1. İşaretin Mal veya Ambalajın Üzerine Konulması	75
4.3.2.2. İşareti Taşıyan Malların Piyasaya Sürülmesi, Tesliminin Teklif Edilmesi, Bu	

Amaçlarla Stoklanması veya İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması ya da Sunulabileceğinin Teklif Edilmesi	76
4.3.2.3. İşareti Taşıyan Malın İhraç ya da İthal Edilmesi	80
4.3.2.4. İşaretin Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması	82
4.3.2.5. İşaretin İnternette Ticari Etki Yaratacak Biçimde Kullanılması	83
4.3.2.6. İşaretin Ticaret Unvanı ya da İşletme Adı Olarak Kullanılması	84
4.3.2.7. İşaretin Hukuka Uygun Olmayan Şekilde Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılması	87
4.4. MARKAYI VEYA AYIRT EDİLEMEYECEK DERECEDE BENZERİNİ KULLANMAK SURETİYLE MARKAYI TAKLİT ETMEK	89
4.5. MARKANIN TAKLİT EDİLDİĞİNİ BİLDİĞİ VEYA BİLMESİ GEREKTİĞİ HÂLDE TECAVÜZ YOLUYLA KULLANILAN MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ TİCARETTE KULLANMAK	93
4.6. MARKA SAHİBİ TARAFINDAN LİSANS YOLUYLA VERİLEN HAKLARI İZİNSİZ GENİŞLETMEK VEYA BU HAKLARI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMEK	96
5. İNTERNET YOLUYLA MARKA HAKKININ İHLALİ	99
5.1. GENEL OLARAK	99
5.2. MARKANIN ALAN ADI (DOMAIN NAME) OLARAK KULLANIMI	100
5.3. MARKANIN YÖNLENDİRİCİ KOD (METATAG) OLARAK KULLANIMI ..	104
5.4. MARKANIN ANAHTAR SÖZCÜK (ADWORDS - KEYWORD ADVERTISING) OLARAK KULLANIMI	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. MARKA SAHİBİNİN İHLALLERE KARŞI TALEPLERİ	112
1.1. GENEL OLARAK	112
1.1.1. Tescilli Marka Sahibi Olmanın Koruma Bakımından Sonuçları	113
1.1.2. Müşterek Pay Sahiplerinin Mütecavizlere Karşı Dava Hakkı	114
1.2. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TALEPLERİ	114
1.2.1. Marka İhlalinde Karar Verilebilecek İhtiyati Tedbirler ve Gümrükte El Koyma	115
1.2.2. Delillerin Tespiti	120
2. MARKA İHLALİ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR	122
2.1. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN TESPİTİ DAVASI	123
2.2. MARKA HAKKINA MUHTEMEL TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI ...	123
2.3. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN DURDURULMASI DAVASI	124
2.4. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN KALDIRILMASI DAVASI	124
2.5. MARKA HAKKINA TECAVÜZDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARI	125
2.5.1. Maddi Tazminat Davası ve Yoksun Kalınan Kazanç	128
2.5.1.1. Marka İhlalinde Bulunanın Tazminat Sorumluluğunda Yoksun Kalınan Kazancın Hesap Yöntemi	129
2.5.1.2. Marka İhlalinde Bulunanın Kendi Markasını da Kullanmasının Etkisi	133
2.5.2. Manevi Tazminat	134
2.5.3. İtibar Tazminatı	135
2.6. MARKA HAKKI SAHİBİNİN İLERİ SÜREBİLECEĞİ DİĞER TALEPLER ...	138
2.6.1. Ürünlere El Koyma ve Mülkiyet Hakkı Tanınması	138
2.6.2. Ürün veya Araçların İmhasını Talep Etme	139

2.6.3. Hükümün İlanını veya İlgililere Tebliğini Talep Etme	140
2.7. KULLANIM KANITI SAVUNMASI	141
2.8. MARKA HAKKINA TECAVÜZ OLMADIĞININ TESPİTİ DAVASI	147
2.9. MARKA İHLALİ DAVALARINDA ZAMANAŞIMI	149
2.10. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI	150
3. MARKA İHLALİ DAVALARINDA TARAFLAR	154
3.1. MARKA İHLALİ DAVALARINDA DAVACI	154
3.2. MARKA İHLALİ DAVALARINDA DAVALI.....	158
3.2.1. Genel Olarak	158
3.2.2. Marka Hakkına Tecavüz Fiilini İşleyen Kişi (Mütecaviz)	158
3.2.2.1. Tüzel Kişilerin Kanuni Temsilcisi.....	158
3.2.2.2. Tedarik Zincirinde Marka Hakkına Tecavüz Edenler	159
3.2.2.3. Çalışanların Eylemlerinden Dolayı Çalıştıranlar	159
3.2.2.4. Marka Hakkının İnternet Yoluyla İhlali Hâlinde Davalılar	160
3.2.2.5. Lisans Sözleşmesinden Kaynaklı Marka Hakkı İhlallerinde Davalılar.....	161
3.2.2.6. Dava Açılmayacak Kişiler	161
4. MARKA İHLALİ DAVALARINDA GÖREV VE YETKİ	162
4.1. MARKA İHLALİ DAVALARINDA GÖREV	162
4.2. MARKA İHLALİ DAVALARINDA YETKİ.....	163
5. MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN CEZAI HÜKÜMLER.....	164
6. MARKADAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK	167
TARTIŞMA, SONUÇ VE ÖNERİLER.....	172
KAYNAKÇA.....	178
ÖZGEÇMİŞ	187

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

- ®:** Registered (Tescilli)
- &:** ve
- %:** Yüzde
- AB:** Avrupa Birliği
- ABAD:** Avrupa Birliği Adalet Divanı
- ABD:** Amerika Birleşik Devletleri
- A.g.e.:** Adı geçen eser
- A.g.m.:** Adı geçen makale
- AYM:** Anayasa Mahkemesi
- BAM:** Bölge Adliye Mahkemesi
- Bkz.:** Bakınız
- C.:** Cilt
- CD.:** Ceza Dairesi
- CTM:** Community Trade Mark (Topluluk Markası)
- E.:** Esas Numarası
- Ed:** Editör
- D.:** Dosya
- Dn.:** Dipnot
- EUIPO:** European Union Intellectual Property Office (Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi)
- EUTM:** European Union Trade Mark (Avrupa Birliği Markası)
- GATT:** General Agreement on Tariffs and Trade (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması)
- HMK:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu
- HD.:** Hukuk Dairesi
- HGK.:** Hukuk Genel Kurulu
- HUAK:** Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
- ICANN:** Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu)
- IP:** Internet Protocol (İnternet Protokolü)
- Iss.:** Issue (Sayı)
- İİK:** İcra ve İflas Kanunu
- K.:** Karar Numarası
- KHK:** Kanun Hükmünde Kararname

m.: Madde

OHIM: The Office for Harmonization in the Internal Market (İç Pazarda Uyumlulaştırma Ofisi)

OJ: Official Journal (Avrupa Birliği Resmi Gazetesi)

RG: Resmi Gazete

S.: Sayı

s.: Sayfa

SMK: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu

T: Tarih

T. No: Toplantı Numarası

TBK: Türk Borçlar Kanunu

TMK: Türk Medeni Kanunu

TRIPS: Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması)

TSE: Türk Standartları Enstitüsü

TTK: Türk Ticaret Kanunu

TÜRKPATENT: Türk Patent ve Marka Kurumu

Vb.: ve benzeri

Vd.: ve devamı ve diğerleri

Vol.: Volume (Cilt)

WIPO: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)

Y: Yıl

YİDK: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

GİRİŞ

Eski çağlardan bu yana insanların üretim, tüketim ve ticari faaliyetleri sonucu ortaya çıkan mal ve hizmetler için aitlik, menşee ve ayırt etme gibi pek çok amaca hizmet eden marka, günümüz ticaret hayatının en önemli unsurlarından biri hâline gelmiştir. Öyle ki ihtiyaç ve beklentilerin sürekli değiştiiği günümüz küreselleşen dünyasında inovasyonun lokomotifini görevini üstlenen marka, makroekonomik faktörler üzerinde de oldukça etkilidir. Gerçekten de sürekli artan dünya nüfusu, yaşanan teknolojik gelişmeler teşebbüslerin mal ve hizmetlerinin benzerlerinden farkını ortaya koyarak piyasada var olma, serbest rekabet ortamında yer edinme, tutunma ihtiyacını daha da belirgin hâle getirmektedir.

En genel tanımı ile marka, bir teşebbüsün mal veya hizmetlerinin başka teşebbüslerinkinden ayırt edilmesini sağlayan bununla birlikte o ürünün menşeeini gösteren, reklam ve garanti fonksiyonlarını da bünyesinde ihtiva eden işaretlerdir. Fikri mülkiyet hakları içerisinde sınai haklara mensup olan marka hakkı, kural olarak tescil ile elde edilir. Nitekim hukuk alanında marka olarak 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu uyarınca korunabilme ancak tescil ile mümkündür. Tescil ile sahibine markanın kullanım, tasarruf konusunda mutlak bir hak bahşeden marka, üçüncü kişiler tarafından markanın ekonomik amaçlı haksız kullanımı hâlinde ihlallere karşı engelleme ve önleme yetkilerini de verir.

Bir teşebbüs için piyasada etkin rol oynamanın anahtarı olan marka, bu özelliği nedeni ile de çoğu zaman ihlal konusu olabilmektedir. Öyle ki tescilli markayı haksız şekilde kullanarak onun getirilerinden faydalanmak isteyen, kısa yoldan müşteri çevresi kazanma amacı güden kişiler tarafından çoğu zaman marka hakkı tecavüze uğramaktadır. Bu da belki de yoğun emek, zaman ve para ayırarak piyasada o marka ile edinilen yerin sallanması anlamına gelecektir ki bu durum hem marka hakkı sahibi hem de tüketiciler için istenmeyen sonuçların meydana gelmesine neden olabilecektir. Hâlbuki “*toprağı işleyen ekmeği dişlemelidir*”. Dolayısıyla marka sahibinin hakkı, üçüncü kişiler tarafından haksız kullanımlara karşı hukuk sistemlerince öyle korunmalıdır ki markanın piyasada edindiği imaj zedelenmesin, marka sahibi zarara uğramasın, uğrarsa denkleştirmeye uygun şekilde zararı tazmin edilebilsin ve bununla beraber serbest piyasa ortamı zarar görmesin ve menfaatler dengesi de bozulmasın. İşte burada markanın hukuk sistemlerince sınırlarının belirlenmesi ve korunması gerekliliği hâsıl olmaktadır. Ulusal ve uluslararası alanda koruma gerekliliğinin sonucu olarak birçok uluslararası anlaşma

ihdas edilmiş ve bu çerçevede ülkelerin iç hukuklarının da birbirine paralel şekilde düzenlenerek uyum içinde marka hakkının korunması amaçlanmıştır. Bu bağlamda birçok uluslararası anlaşmaya da taraf olan Türkiye, diğer ülkeler ile hukuki ve ticari ilişkilerinin aksamadan devamı adına, marka mevzuatını uyumlu hâle getirme çabası içine girmiştir. Böylece günümüzde Türk Marka Hukuku'nun temel yasal düzenlemesi olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu (SMK) 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ilga edilmiştir. Yalnızca marka hakkı değil patent, tasarım, coğrafi işaretler gibi birçok sınai hakkı da ihtiva eden SMK ile parçalı ve uyumsuz yapıda olan sınai haklar mevzuatı tek bir kanunda toplanmış ve kanuni zemine kavuşmuştur. Marka hakkı, SMK'da düzenlenen diğer sınai haklardan hakkında cezai hükümlere de ver verilmesi açısından ayrılmaktadır. Öyle ki taklit endüstrisinin giderek yaygınlaştığı günümüzde marka hakkının korunması ve caydırıcılığın sağlanması açısından bazı birtakım fiiller suç olarak düzenlenmiş ve işlenmesi hâlinde uygulanacak yaptırımlara yer verilmiştir.

Marka hakkına tecavüz niteliğindeki haksız kullanım hâl ve şekilleri ile fiilleri SMK m. 7 ve m. 29'da yer almaktadır. Marka hakkına tecavüz fiili, hukuka aykırı bir fiil olup haksız rekabet teşkil eder. Bu anlamda hak sahibinin marka hakkı ihlali hâlinde esasen 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) düzenlenen haksız rekabet hükümleri uyarınca koruma talep edebilmesi mümkün olmakla birlikte özel kanun niteliği olan SMK'nın marka hakkı anlamında daha geniş koruma sağlaması nedeni ile bu hükümler ekseninde koruma talep etmesi ve haklarını kullanması daha yararlı görünmektedir. Ancak hem SMK'da hem TTK'da marka ihlaline sonuç bağlandığı düşünülürse düzgün işleyen ticari hayatın devamlılığının sağlanması adına kümülatif korumanın ihdas edildiği söylenebilir. Marka hakkını ihlalin bir takım hukuki sonuçları bulunmaktadır. Hukuki ve cezai olarak marka hakkını korumaya alan SMK'da bu yönde hak sahibinin ihlal hâlinde başvurabileceği hukuki çareler, talepler yer alır.

Çalışmamız ile günümüz rekabet ortamında teşebbüslerin etkin şekilde faaliyette bulunmaları için oldukça önemli olan markanın ve bu kapsamda marka hakkı sahibinin hakkının ihlale uğraması durumunda meydana gelen hukuki sonuçların incelenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, marka hukukuna ilişkin temel kavramlara yer verilmiş olup markanın tarihsel süreç içindeki gelişimi, tanımı, unsurları, fonksiyonları,

ulusal ve uluslararası alanda marka hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler, marka hakkının önemi, elde edilmesi ve korunması genel hatlar itibarıyla incelenmiştir.

İkinci bölümde, marka hakkının ihlali ele alınmış ve bu bağlamda öncelikle ihlal kavramı açıklanmış, ardından ihlal teşkil etmeyen fiillere yer verildikten sonra SMK'ya göre marka hakkına tecavüz sayılan fiiller ile haksız kullanım teşkil eden hâl ve kullanım biçimleri Yargıtay kararları ve Avrupa Birliği Adalet Divanı kararları ışığında incelenmiştir. Bu bölümün son kısmında, günümüz küreselleşen dünyasında gelişen teknoloji ve yaygınlaşan e-ticaret uygulamaları ile her geçen gün artan internet yoluyla marka hakkının ihlali üzerinde ayrıca durulmuştur.

Son bölümde ise marka ihlalinin hukuki sonuçları olarak marka sahibinin ihlallere karşı talepleri; geçici hukuki korumalar, marka ihlali hâlinde açılacak davalar özellikle tazminat talepleri ve hesaplama yöntemlerine ilişkin önem teşkil eden hususlar ve ileri sürülebilecek diğer talepler güncel yargı kararlarına da yer verilerek incelenmiştir. Ayrıca önemi mahiyetiyle marka hakkına tecavüz davalarında özellik arz eden kullanım kanıtı savunması ve sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin mevzuat ve uygulama ekseninde tartışmalı noktalarına dikkat çekilerek bu müesseselerin markanın korunmasındaki yeri ortaya konmaya çalışılmıştır. Ardından SMK'da yer verilmesi nedeni ile marka ihlali için öngörülen cezai hükümlere de kısaca yer verilmiştir. Son kısımda ise hem yargının iş yükünü hafifleten hem de tarafların sonuca daha kısa ve görece ekonomik yoldan ulaşmalarına hizmet eden alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden arabuluculuğun önemi ve bu bağlamda yakın zamanda zorunlu arabuluculuk kapsamına alınan arabuluculuğa elverişli marka ihlal uyuşmazlıkları ve talepleri için önem arz eden arabuluculuk müessesinin Türk Marka Hukuku'ndaki yansımaları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA HUKUKUNA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

1. MARKA KAVRAMI, TANIMI VE UNSURULARI

1.1. MARKA KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞİMİ

Günümüz ticaret hayatının vazgeçilmez bir unsuru hâline gelen marka kavramı ve bu doğrultuda bir teşebbüse ait mal veya hizmetin diğerlerinden ayırt edilmesini sağlama fikrinin zemini oldukça eskiye dayanmaktadır. Öyle ki bazı yazarlar, günümüzdeki marka tanımı ve hukuki korumasını tam anlamıyla karşılamasa da yazının bulunmasından da önce marka olgusunun var olduğunu düşünmektedir¹.

Antik Yunan, Antik Mısır, Çin, Roma ve Mezopotamya Uygarlıkları gibi Dünyanın farklı coğrafyalarında yaşamış kültür ve medeniyetlerden günümüze ulaşan kalıntılar da marka kavramının oldukça eski bir geçmişe sahip olduğunu kanıtlar niteliktedir². Zira insanoğlu, kimi zaman mülkiyeti göstermesi kimi zaman da o ürünün menşeyini, geldiği coğrafyayı, kim tarafından yapıldığını dolayısıyla o ürünün eş değerlerinden farklılığını ortaya koyması amacıyla seramik, tuğla, taş, çanak, çömlek, giysi ve benzeri eşyalar üzerine, yaşadıkları çağa göre hiyeroglif, silindirik mühür, taş mühür, çeşitli işaret ve semboller işleyerek markanın temelini oluşturmuşlardır. Örneğin M.Ö. 2000’lerde Girit’te hüküm süren Minos Uygarlığı’ndan kalma eşyalarda, bu eşyaların ticaret amaçlı paketlenmesinde bağlanan ip üzerinde; yıldızlar, süsler, insan ve hayvan figürleri içeren ıslak kil üzerine basılmış mühürlere rastlanmıştır. Yine Antik Mısır’da su aygırı ve timsah tanrısının da zakro mühürlerinde resmedildiği görülmektedir³. Eski Türklerde de Orta Asya coğrafyasında “tamğa” (damga) olarak adlandırılan ilk olarak hayvan sürülerini birbirinden ayırt edebilmek amacıyla hayvanların üzerinin işaretlenmesi olarak ortaya çıkan daha sonra ticaret hayatında da kullanılan sembol ve işaretler marka kullanımının bir diğer örneğidir⁴. Türk tamğaları, markanın özündeki ayırt edicilik, farklılık, farkındalık, anlamlarını taşıması nedeni ile markanın tarihi gelişimi açısından oldukça önemlidir.

¹ Kutlu Oytaç, *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, 2. Baskı, Nobel Kitabevi, İstanbul 2002, s.1.

² Kurt M. Saunders, *Intellectual Property Law*, West Academic Publishing, St. Paul, MN, 2016, s. 471.

³ Serpil Ünal Kestane, “Antik Çağda Pazarlama ve Pazarlama Karması Elemanlarına Yönelik Değerlendirmeler”, *Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 4, S. 1, Haziran 2015, s. 197-198.

⁴ Muhammet Bilal Üzer, *Marka Hakkında Tecavüz ve Tecavüzdten Kaynaklanan Hukuk Davaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2008, s. 3.

Avrupa’da tacir ve zanaatkârların örgütlenmesi olarak kurulan lonca teşkilatı da marka kullanımının yaygınlık kazanmasında ve markanın ticaret hayatına yansımada önemli rol üstlenmiştir⁵. 18. yy. ortalarında İngiltere’de başlayıp Avrupa’ya yayılan Sanayi Devrimi ise markanın tarihi gelişimi açısından bir dönüm noktası olarak nitelendirilebilir. Zira günümüzdeki anlamıyla markanın kullanımı Sanayi Devrimi ile olmuştur⁶. Makineleşme ve seri üretimle malların uzak ülkelere nakledilmesi ticari hayata ivme kazandırmış, malları birbirinden ayırt etme işlevi ön plana çıkan markayı ve korunmasını gerekli kılmıştır. Sanayi Devriminin etkileri Osmanlı Devleti’nde de özellikle küçük esnaf üzerinde hissedilmiştir. Ürettikleri kaliteli ürünlerin hem ucuz hem de kalitesiz olan benzer ithal mallardan ayırt edilemediğini bu nedenle tüketicinin yanıldığını gören kuyumcular, kethüdaları aracılığıyla bu sorunu devlete arz etmişler ve bunun neticesinde, kuyumcuların ürettiği yerli üretim olan malların üzerine “*İstanbul işi ma’lum*” şeklinde bir yazı ile damgalama yapılmıştır⁷.

1857 yılına gelindiğinde, markaya ilişkin ilk kanuni düzenleme Fransa’da kabul edilmiş ve markayı tescil koruma kapsamına alan ilk ülke ise 1870’li yıllarda ABD olmuştur⁸. Sanayileşme ile uluslararası ticaretin bir gereği olarak uluslararası sözleşmeler akdedilmesi gerekliliği ortaya çıkmış ve bu bağlamda ilk olarak, çalışmamızda ileride⁹ ayrıntılı olarak incelenecek olan, ulusal kanunların anayasası olarak kabul edilen 1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Himayesine İlişkin Paris Sözleşmesi¹⁰ yapılmıştır¹¹. Günümüz küreselleşen dünyasında rekabetin de artmasıyla ticari hayat için oldukça önemli olan markanın korunmasına yönelik olarak devletler, mevzuatlarını birbirine uygun hâle getirme çabasına girişmişlerdir.

1.2. MARKANIN TANIMI

Marka hakkı, hakkın korunumu ve çalışmamızın esasını teşkil eden marka ihlalinin anlaşılabilmesi için öncelikle marka tanımının yapılması, konunun bütünlük arz etmesi bakımından gereklidir. Günümüze kadar markanın pek çok tanımı yapılmış

⁵ Üzer, *a.g.e.*, s. 4.

⁶ Uğur Çolak, *Türk Marka Hukuku*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 9.

⁷ Tolga Akay, “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 29, S. 126, Eylül 2016, s. 369.

⁸ Oğuzhan Hacıömeroğlu ve Zeliha İnce, “Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler ile Yargı Kararları Işığında Tanınmış Markanın Sulandırılması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2020, 6(1), s. 76.

⁹ Bkz. Birinci Bölüm, s. 20.

¹⁰ Türkiye, 1883 tarihli bu sözleşmeye 1616 sayılı kabul kanunu ile 15.05.1930 tarihinde katılmış ve sözleşme metni 1506 sayılı 29.05.1930 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Sözleşmede, sonraki tarihlerde yapılan revizyonlar için bkz. RG, 07.02.1957, S. 9529; RG, 20.11.1975, S.15418.

¹¹ Yeşim Aker, *Marka Tescil Sürecinde Türk Patent ve Marka Kurumu Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 30.

olmakla birlikte bu kelime etimolojik olarak incelendiğinde İngilizce bir sözcük olan ve Türkçedeki karşılığı damgalamak olan “branding” kelimesi karşımıza çıkmaktadır. İtalyancadaki “Marca” kelimesinden dilimize geçmiş olan “marka” Türk Dil Kurumu Sözlüğünde, bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad, resim veya işaret olarak tanımlanmaktadır¹². Mevzuatımızda bu terim ilk kez 551 Sayılı Markalar Kanunu’nda¹³ “alameti farika” kelimesi yerine kullanılmıştır.

Bir sınai hak olan ve ticari hayatın ayrılmaz unsuru olan marka, mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayan ve bu kapsamda sahibine hukuki koruma sağlayan her türlü sözcük ve işarettir. Bu sözcük ve işaretler ayırt edici nitelikleri ile mal veya hizmetleri anonim olmaktan uzaklaştırarak belirli hâle getirir¹⁴. Elbise, ekmek, şeker, bilgisayar, telefon, kalem vb. birer mal iken satış, finans, turizm, yatırım danışmanlığı, bankacılık gibi faaliyetler hizmeti oluşturur. Bütünsel olarak tümü ürün olarak adlandırıldığında marka, işletmelerin ürünlerini ayırt eden işaretler olarak tanımlanabilir¹⁵.

Mevzuatımıza da kaynaklık eden Ticaret ile Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)¹⁶ m. 15/1’de markaya dair uluslararası ortak bir tanım olması amacıyla marka temel olarak şu şekilde tanımlanmıştır: “Bir işletmenin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayıran herhangi bir işaret veya işaret kombinasyonu bir marka oluşturabilecektir. Bu tür işaretler özellikle kişisel adlar, harfler, sayılar, mecazi unsurları içeren sözcükler, renk kombinasyonları ve bu tür işaret kombinasyonları, marka olarak tescil edilmek için uygun addedilecektir. Üyeler tescil edilebilirliği kullanım aracılığıyla kazanılan ayırt edici özelliğe bağlı kılabilirler. Üyeler tescil işleminin bir şartı olarak işaretlerin görsel olarak algılanabilir özellikte olmasını talep edebilirler.” 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu¹⁷ ve 6769 sayılı SMK Uygulanmasına Dair Yönetmelik’te¹⁸ de mülga 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de¹⁹ olduğu gibi²⁰ markanın açık bir tanımı

¹² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (www.tdk.gov.tr), (Erişim Tarihi: 23.03.2021).

¹³ 12.03.1965 tarih ve 11951 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹⁴ Rauf Karasu vd., *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 151.

¹⁵ Sevilay Uzunallı, *Marka Hukuku*, (2. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 26.

¹⁶ Fikri mülkiyet alanında uluslararası düzeyde kabul edilen en kapsamlı anlaşma olan 1994 tarihli TRIPS’e Dünya Ticaret Örgütü üyesi olan Türkiye de 1995 yılında taraf olmuştur.

¹⁷ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁸ 24.04.2017 tarih ve 30047 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁹ 08.06.1995 tarih ve 4113 sayılı Yetki Kanunu’na dayanarak 24.06.1995 tarih ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 27.06.1995 tarihli ve 22326 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁰ 556 Sayılı KHK’nın, marka olabilecek işaretleri saydığı ve dolaylı marka tanımını kabul edilebilecek hükmü şu şekildedir: “Marka bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal veya hizmetlerinden ayırt etmeyi

yapılmamış olmakla birlikte marka olabilecek işaretleri düzenleyen m. 4'te dolaylı bir tanım bulunmaktadır. Bu maddeye göre marka, bir teşebbüsün²¹ mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan koruma konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dahil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her tür işaretten oluşabilir²². Belirtilmelidir ki bu maddedeki sayım örnekleme amaçlı olup marka olabilecek işaretler, sayılanlarla sınırlı kalınmayarak çoğaltılabilir.

Mülga 556 sayılı KHK'daki düzenlemeden farklı olarak marka olabilecek işaretin grafiksel olarak çizimle gösterilmesi şartına SMK'da yer verilmemiştir. Açık ve kesin olarak sicilde gösterilebilir olması şartıyla her türlü işaretin marka olarak tescil edilebilmesi, günümüz teknolojik gelişmeleri dikkate alındığında isabetli olmuş, böylece uluslararası düzenlemeler ile de uyum sağlanmıştır. Örneğin ses ve koku markaları, bu düzenleme ile çizimle gösterilme şartına bağlanmadığından marka olarak tescil edilebilmelerinin önü açılmıştır²³.

Bu dolaylı tanımlardan hareketle markanın, temelde bir teşebbüsün mal veya hizmetlerini başka teşebbüslerinkinden ayırt edilmesini sağlayan ve sicilde gösterilebilir olması şartı ile her türlü işaretten oluşabilen işaret veya işaretler bütünü olduğu söylenebilir. O hâlde bir markanın, yer aldığı mal veya hizmetin eş değerlerinden sıyrılmasını, onun diğerlerinden farklılığını ortaya koymasına yardımcı olduğu söylenebilir. Nitekim kelime, logo, sayı, şekil veya bunların kombinasyonu şeklinde

sağlaması koşuluyla kişi adları dahil, özellikle sözcükler, şekiller, harfler, sayılar, malların biçimi veya ambalajları gibi çizimle görüntülenebilen veya veya benzer biçimde ifade edilebilen, baskı yoluyla yayınlanabilen ve çoğaltılabilen her türlü işaretleri içerir."

²¹ 556 Sayılı KHK ve 6769 Sayılı SMK'da marka olabilecek işaretlerin sayıldığı ilgili maddelerde "işletme" kavramına eş değer olarak "teşebbüs" teriminin kullanılması doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bazı yazarlar teşebbüs yerine işletme kelimesinin kullanılmasının daha doğru olacağını savunmaktadırlar. (Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997, s. 36.; Sevilay Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 4.) Diğer bazı yazarlar ise teşebbüs kelimesinin özellikle seçildiğini, zira teşebbüsün daha geniş bir anlamı ifade ettiği ve bu kullanımın yerinde olduğu görüşündedirler: (Arslan Kaya, *Marka Hukuku*, Arkan Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 15-17.; Orhan Sekmen, *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Bilge Yayınevi, Ankara 2013, s. 49).

²² Karasu vd., *a.g.e.*, s. 151.

²³ İlhami Güneş, "Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulama", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 137, 2018, s. 82.

oluşan markalar o ürüne kimlik kazandırarak diğerlerinden farkını ortaya koyar ve böylece ayırt edilmesini sağlar²⁴.

1.3. MARKANIN UNSURLARI

SMK’da marka olabilecek işaretler başlığını taşıyan ve doktrinde dolaylı marka tanımı olarak kabul edilen 4. maddeye göre markanın, “işaret unsuru”, “ayırt edicilik unsuru”, “açıklık ve kesinlik unsuru” olmak üzere temelde üç unsurdan oluştuğu söylenebilir.

1.3.1. İşaret Unsuru

Marka hukuku açısından işaret, bir teşebbüsü çağrıştıran ve böylece hedef kitle ile teşebbüs arasında adeta bir köprü vazifesi üstlenen simgedir. SMK’da dolaylı marka tanımı olarak kabul edilen 4. maddenin başlığı “marka olabilecek işaretler” olduğuna göre markanın başlıca unsurunun işaret olduğu söylenebilir²⁵. Madde metninde işaret kelimesi ile sadece görsel bir şekil ifade edilmeyip terimin geniş anlamda algılanması gerekmektedir. Örneğin kişi adları, sözcükler, harfler, sayılar, sloganlar, renkler²⁶, sesler, kokular²⁷, hareketler, hologramlar, hashtaglar²⁸, üç boyutlu şekiller, mal veya ambalaj biçimleri marka olarak tescil edilebilir. Beş duyu organından en az biri tarafından algılanabilen her şey işaret olabileceken her işaret marka olarak nitelendirilemez. Zira

²⁴ Gordon V. Smith – Russell L. Parr, *Intellectual Property (Valuation, Exploitation and Infringement Damages)*, John Wiley & Sons., Hoboken, 2005, s. 37.; Jane C. Ginsburg vd., *Trademark and Unfair Competition Law (Cases and Materials)*, 4. Edition, Foundation Press, New York, 2007, s. 17.

²⁵ Ayşenur Tufan, *Ulusal ve Uluslararası Markaların Korunması ve Ulusal Marka Hakkı İhlal Davalarının İncelenmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2020, s. 30.

²⁶ Renk veya renk kombinasyonlarının TÜRKPATENT nezdinde marka olarak tescili için başvuruya konu renklerin Pantone renk kodlama sisteminde yer alan karşılıklarının (kodlarının) başvuruda belirtilmesi gerekir.

²⁷ SMK ile mülga 556 sayılı KHK’nın aksine başvuruya konu işaretin çizimle gösterilme şartı kaldırıldığından ve sicilde açık ve kesin olarak gösterilebilen her işaretin marka olarak tescili mümkün hâle geldiğinden günümüzde kokuların da marka olarak tescilinde teoride bir engel bulunmamaktadır. Ancak duyu fizyolojisi düşünüldüğünde kokuların herkes tarafından algılanırlığı aynı değildir. Nitekim yaş, cinsiyet, koku yollarında yer alan birtakım sağlık sorunları gibi birçok faktör aynı kokunun kişilerce farklı algılanmasına neden olabilir. Dolayısıyla ayırt ediciliği zayıf olan bu işaretlerin günümüz şartlarında sicilde açık ve kesin olarak gösterilebilmeleri ve marka olarak tescil edilmeleri mümkün görünmemektedir. Bu konuda akla kokunun kimyasal formülünün sicilde gösterilebilme şartı için yeterli olabileceği gelse de formülün aslen kokuyu değil maddeyi ifade etmesi ve çoğu kişinin formül ile kokuyu tanıması beklenemeyeceğinden kokunun formülasyon ile gösterilmesinin de tescil için gerekli şartı sağlamadığı açıktır. Nitekim başvuru esnasında TÜRKPATENT’e verilebilecek koku numunesinin de uzun süre aynı şekilde kalmayacağı, zaman içinde çeşitli tepkimeler ile değişime uğrayacağı öngörülebildiğinden mevcut koşullarda kokuların marka olarak tescili mümkün değildir. Ancak teknolojinin her geçen gün gelişmesi ile birlikte bu alanda yapılan çalışmalarla birlikte dijital koku yazıcıları veyahut gaz kromatografisi ile koku görüntüleme sisteminin uygulamaya geçirilmesi kokuların da marka olarak tescilinin önünü açabilecektir. Bununla birlikte tatların marka olarak tescilinde de pratikte aynı sorunlarla karşılaşılacağı şüphesizdir. Dolayısıyla tatların da tıpkı kokular gibi günümüz teknolojik imkanları çerçevesinde tescili mümkün değildir. Koku ve tatların marka olarak tescilinin mümkün olup olmadığı konusundaki tartışmalar, bu konudaki emsal nitelikte ABAD ve AB Fikri Mülkiyet Ofisi kararları ve ayrıntılı bilgi için bkz. Hamdi Yasaman vd., *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 167 vd.

²⁸ Günümüzde sosyal medyada yaygınlaşarak kullanılagelen sözcük veya sözcük gruplarının başına diyez işareti (#) konularak oluşturulan hashtag metaverisi ayırt edici unsurlarla birlikte marka olarak da tescil edilebilmektedir. Öyle ki Türkiye’de 2013 yılında tescil edilen “#cazhareketi” markası TÜRKPATENT nezdinde tescil edilen ilk hashtag markadır. Hashtag markalar ile ilgili ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 179-181.

bir işaretin marka olarak addedilebilmesi için ayırt edici niteliğinin bulunması ve marka sahibine tanınan koruma konusunun tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olarak anlaşılmasının sağlanması gerekmektedir²⁹.

1.3.2. Ayırt Edicilik Unsuru

Markayı oluşturan unsurlar, esas unsur ve yardımcı unsurlar olarak sınıflandırıldığında esas unsurun, markanın benzerlerinden ayırt edilmesini sağlayan unsur olduğu söylenebilir³⁰. Marka olarak kullanılacak işaretin tescile elverişliliği hususu için ilk şart işaretin ayırt edici nitelikte olmasıdır³¹. Buradaki ayırt edicilikten kasıt, işaretin tescil edileceği mal veya hizmeti diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden kesin olarak karıştırılmaya sebebiyet vermeyecek şekilde ayırması ve bu işaretle karşılaşanların zihninde ilk olarak ait olduğu teşebbüsün mal veya hizmetini canlandıracak nitelikte olmasıdır. AB Topluluk Marka ve Tasarım Ofisi İstinaf Kuruluna göre bir işaretin marka olarak marka sicilinde yer edinebilmesi için alelâde, sıradan bir ayırt edicilik yeterli olmaz. İşaretin marka olarak kabulü için unsurlarının markanın karakteristik özellikleri olarak tüketicinin gözüne çarpması gerekir³². Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın çeşitli kararlarında da ayırt edicilik karakterinin tespiti hususunda tüketici kitlesi, mal ve hizmetler ile markayı meydana getiren tüm unsurların birlikte ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır³³.

Markanın belleklerde yer etmesi olarak da açıklanan ayırt edicilik unsuru, markanın tayin edici unsuru, onun en başta gelen özelliği, olmazsa olmazdır³⁴. SMK m. 5'e göre de ayırt edici niteliği bulunmayan işaretler, mutlak ret nedenleri arasında yer alıp tescil edilemez. Örneğin cins adları, ticari hayatta herkes tarafından kullanılan işaretler yahut karıştırılma ihtimali bulunan işaretler kural olarak tescil edilemeyecektir. Ancak ayırt edici niteliği bulunmayan bu işaretler, piyasada kullanılmış ve başvuru tarihinden önce tanınırlık, ayırt edicilik elde etmişse SMK m. 5/2 uyarınca, aynı kanunun tescil engellerini düzenleyen m. 5/1'deki (b), (c) ve (d) bentlerindeki engellerden muaf

²⁹ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 152.

³⁰ İsa Başbüyük, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 14.

³¹ Rıza Ayhan - Hayrettin Çağlar, *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 315.

³² Necati Meran, *Marka Hakları ve Korunması*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 30.

³³ Deniz Çelikel, *Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 24-25.

³⁴ Ömer Teoman, *Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukukî Mütalaalar) Cilt II: 1992-1999*, 2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 2434.; Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 361.

tutularak tescili mümkün olabilecektir³⁵. Bu anlamda bir işaret sıradanlıktan ne kadar uzaklaşırsa kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanma ihtimali de o oranda artar³⁶. Kullanım yolu ile ayırt ediciliğin kazanılmasına yönelik mutlaka uzun süreli kullanım şartı aranmayıp tanıtıcı faaliyetler ile ilgili piyasada ayırt ediciliğin kısa sürede elde edilmesi de mümkündür³⁷. Ancak belirtilmelidir ki tescil öncesi kullanım yolu ile ayırt edicilik kazanma olgusu somut deliller ile ispat edilmeli, isabetli karar verilebilmesi için titizlikle araştırılmalı ve incelenmelidir³⁸. Bu konuda Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen 22.11.2002 tarihli kararda mahkeme, davacının fuar organizasyonu işi için hizmet markası olarak kullandığı “FLORİST” ibaresinin tescilden önce ayırt edici nitelik kazanıp kazanmadığı ile ilgili davada, kullanım neticesi ayırt edici vasıf kazanma olgusunun yerleşik içtihatlar temelinde o mal veya hizmetle ilgili çevrelerde oluşarak algılanması ihtiyacının gerekli olduğunu ifade ederek bilirkişi raporunu eksik bulmuş ve yerel mahkeme kararını bozmuştur³⁹.

Öte yandan bir işaret, o ürünün adından ne kadar sıyrılıp yabancılaşırsa o denli ayırt edici olur⁴⁰. Örneğin kalem üreten bir işletmenin marka olarak kalem resmi kullanması ona ayırt edici nitelik kazandırmazken SCKRIKSS®, NAVA®, SHEAFER®, ROTRING®, OBERTHUR®, PELİKAN® gibi kalemlerle yakın ilgisi bulunmayan işaretlerin marka olarak seçilmesi durumunda ayırt edicilik unsurunun sağlandığı söylenebilir.

1.3.3. Açıklık ve Kesinlik Unsuru

Mülga 556 Sayılı KHK’da benimsenen marka olarak tescil edilebilecek işaretin grafiksel olarak çizimle gösterilebilme, baskı yolu ile çoğaltılabilme zorunlulukları

³⁵ İbrahim Yarar, *Marka Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 49.

³⁶ Efe Dündar, “Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Marka Hukukuna Getirilen Yenilikler”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, S. 108, 2018, s. 16.

³⁷ Beşir Fatih Doğan, “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 1, Haziran 2007, s. 231-232.

³⁸ Hayri Bozgeyik, *Görüşler ve Kararlar Ticaret Hukuku (Ticari İşletme, Şirketler, Kıymetli Evrak, Sigorta, Haksız Rekabet, Kooperatif ve Marka)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 412.

³⁹ “...Bahçe kültürü, sera ve çiçekçilik alanında yapılacak sergi ve organizasyonlarını konu alacak bir hizmet için Türkçede çiçekçi anlamına gelen ve ilgili çevrelerce bilinip kullanılan florist yabancı sözcüğünün marka olarak tescili istemi, bu kelimenin hem hizmetin cinsini hem de hizmete ait bir meslek grubunun adını içermesi nedeni ile 556 sayılı KHK’nın 7/1-c ve d maddelerine aykırılığı açıktır. Ne var ki davacı itiraz davasını esas olarak KHK’nın 7/11 maddesine dayandırmış bulunmaktadır. Bu madde ‘bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmışsa (b), (c) ve (d) bentlerine göre tescil reddedilemez’ hükmünü içermekte olup davacı bu uğurda bir kısım delil ve belge ibraz etmiştir. Bilirkişi mütalaasında ve onu benimseyen mahkeme kararında bu iddia incelenmiş ise de bilirkişi raporu hükme yeterli bulunmamaktadır. Zira kullanım neticesi ayırt edici nitelik kazanma olgusu yerleşik içtihatlarla göre o mal veya hizmetle ilgili çevrelerde oluşup algılanmalıdır.” (Yargıtay 11. HD., E. 2002/5352, K. 2002/10729 ve 22.11.2002 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 03.04.2021).

⁴⁰ Meran, a.g.e., s. 31.; Tekinalp, a.g.e., s. 367.

SMK’da terk edilmiştir. SMK m. 4/1’e göre marka sahibine tanınan hukuki korumanın açık ve kesin olarak anlaşılmasına olanak veren sicilde gösterilebilme niteliği olan her işaret, kural olarak marka olarak tescil edilebilir. Çizimle gösterilme zorunluluğundan vazgeçildiğinden örneğin bir ses markasının tescil başvurusunda, işaretin elektronik ortamda dinleme ve saklanmasına imkan sağlayan bir kayıt, TÜRKPATENT’e sunularak tescil edilebilir. Ayrıca bunun için nota ile gösterim şartı da aranmaz⁴¹. Böyle bir düzenleme, içinde bulunduğumuz teknoloji çağının bir gereği olup uluslararası alanda da birlik sağlanması açısından yerinde olmuştur. Bu düzenleme ile TRIPS m. 15, AB Marka Tüzüğü ve AB Marka Yönergesi ile de uyum sağlanmıştır⁴².

2. MARKA TÜRLERİ VE FONKSİYONLARI

2.1. MARKA TÜRLERİ

Markalar çeşitli yönlerden sınıflandırılmıştır. Çalışmamızda konunun bütünlüğü açısından bu başlık altında, kullanım amacına göre işaret ettikleri mal veya hizmetler yönünden ticaret markası ve hizmet markası; sahiplerine göre yapılan sınıflandırma uyarınca garanti markası ve ortak marka ile tescil amacına göre koruyucu marka ve ihtiyat markasına yer verilecektir.

2.1.1. Ticaret Markası

Kullanım amacına göre işaret ettikleri mal ve hizmetler yönünden ikiye ayrılan markalar, mallar üzerinde söz konusu olduğunda ticaret markası olarak adlandırılır. Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ’e⁴³ göre mal sınıfları 34, hizmet sınıfları ise 11 gruptan oluşmakta olup ticaret markası bir teşebbüsün mallarını diğer teşebbüslerinkilerden ayırmaya yarar. En genel anlamıyla ticaret markası, malın hangi teşebbüs tarafından üretildiğini veya piyasaya sürüldüğünü gösteren işaretler olarak tanımlanabilir⁴⁴. Ticaret markası, ortaya çıkan ilk marka türü olup böylelikle ilk hukuki koruma da bu markaya sağlanmıştır⁴⁵. Günlük hayatta

⁴¹ Deniz Türkan Yüksekol, “Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Olabilecek İşaretler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2017, s. 423.

⁴² Karasu vd., *a.g.e.*, s. 153-154.

⁴³ Türk Patent Enstitüsü Başkanlığı Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ 30.12.2016 tarih ve 29934 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

⁴⁴ Sabih Arkan, *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Ankara 2019, s. 301.

⁴⁵ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 58.; Özlem Karabulut, *Marka Hakkında Tecavüz ve Hukuki Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2008, s. 16.

karşılaştığımız çoğu marka ticaret markası olup örnek olarak “Casper®”, “Beymen®”, “Nivea®”, “Puma®” verilebilir.

2.1.2. Hizmet Markası

Hizmet markası, bir teşebbüsün sunduğu hizmeti başka teşebbüslerin hizmetlerinden ayırarak farklılığını ön plana çıkaran markalardır. Dolayısıyla hizmetin sahibini gösterirler.

Hizmet markasının konusu, somut olmayan ekonomik değerlerdir⁴⁶. Günümüzde hizmet sektörünün gelişimi, yaygınlığı ve bu alanda artan rekabet göz önüne alındığında bankacılık, sigortacılık, turizm, finans, yatırım ve benzeri hizmetleri sunan teşebbüslerin hizmetlerinin başka hizmetlerden ayırt edilebilmesi için markalaşma oldukça gereklidir. “AnadoluJet®”, “Akbank®”, “Jolly Tur®” hizmet markasına örnek olarak verilebilir.

2.1.3. Garanti Markası

Markalar sahiplerine göre sınıflandırıldığında, birçok teşebbüs tarafından kullanılan ve bu işaretlerle üretim şeklini, kalitesini, bu amaçla kullanılan materyal ve teknikleri, standartlara uygunluğunu, coğrafi menşelerini garanti etmeye yarayan garanti markaları karşımıza çıkar. Dolayısıyla garanti markaları bazı hâllerde örneğin üretim usulleri gibi markayı kullanan işletmelerin ortak özelliklerini garanti etmekte iken bazı hâllerde de malın coğrafi menşeyini ve kalitesini garanti eder⁴⁷. Garanti markası doktrinde “kalite markası”, “sertifikasyon markası”⁴⁸ veya “denetim işareti” olarak da adlandırılır⁴⁹. Marka sahibine kontrol hakkı veren garanti markası, marka sahibinin veya ona ekonomik olarak bağlı olan teşebbüsün mal veya hizmetlerinde kullanılamaz⁵⁰.

Ülkemizde üretilen malların Türk Standartları Enstitüsünün belirlediği standartlara uygunluğunu garanti eden “TSE®”, garanti markasının ülkemizde en bilinen örneğidir. Belirtilmelidir ki üretilen bir üründe garanti markasının bulunması zorunlu

⁴⁶ Muhammet Zeki Demirci, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Halleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 16.

⁴⁷ Atakan Karataş, “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Marka Düzenlemeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, S. 5, 2017, s. 293.; Hayri Bozgeyik, “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 2, 2013, s. 92.

⁴⁸ Anglo-Sakson hukuk sisteminde de garanti markaları için yaygın olarak “sertifikasyon markası” terimi kullanılmaktadır. Bkz. Deborah E. Bouchoux, *Intellectual Property (The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets)*, 3. Edition, DELMAR Cengage Learning, New York, 2009, s. 22.

⁴⁹ Arife Güven, *Türk Hukukunda Garanti Markası ve TSE'nin Garanti Markası Niteliği*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta 2015, s. 22.; Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, *Ticaret Hukuku Bilgisi*, 15. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa 2019, s. 124.

⁵⁰ Mustafa İsmail Kaya - Burçak Tatlı, *Ticaret Hukuku, I (Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku)*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 146.

olmayıp tüketiciye güven sağlaması açısından marka sahibinin ürünlerinde kullanması fayda sağlayacaktır. Ancak ticari hayatta halkı yanıltmak amacı ile izinsiz bir şekilde garanti markalarının kullanılmasının da maddi ve manevi tazminat gibi belli yaptırımları bulunmaktadır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 30.09.2019 tarihinde vermiş olduğu bir kararında⁵¹, davalının sattığı ve ithal ettiği yangın söndürme cihazları üzerinde ve ürünlerin satışının yapıldığı internet sitesinde haksız olarak herhangi bir sözleşme yapılmadan, belge alınmadan TSE® garanti markasının kullanıldığı ve bu nedenle tüketicilerin yanıltıldığı tespit edildiği davada, davacı lehine maddi ve manevi tazminata hükmeden ilk derece mahkemesi kararını isabetli bulmuş ve bu karara karşı başvuru istinaf başvurusunu reddeden bölge adliye mahkemesi kararını onamıştır.

2.1.4. Ortak Marka

Gerçek veya tüzel kişilerin tek başlarına veya elbirliğiyle kullandıkları marka ferdi marka olarak adlandırılırken yine gerçek veya tüzel kişilerin başka bir tüzel kişilik oluşturmaksızın grup olarak aralarında yaptıkları anlaşma uyarınca sahip oldukları ve kullandıkları markalar, ortak marka ismi ile anılır. Belirtilmelidir ki ortak markanın sahibi grup değil gruba dahil olan kişilerdir. Söz konusu gruba üye olan her kişi, markanın tümü üzerinde hak sahibi olduğundan markayı tek başına kullanabilir⁵². Markanın tescil başvurusu ile beraber, bu ortak markayı kullanmaya yetkisi olan ehil işletmeler ile bu işletmelerin meydana getirdiği topluluğa üyelik koşullarını, markanın kullanım koşulları ve mevcut ise müeyyidelerini belirleyen teknik şartname TÜRKPATENT'e sunulmalıdır⁵³. Ülkemizde "TARIŞ" markası Ege Bölgesinde, incir, üzüm, pamuk, yağlı tohumlar ve mamulleri üreticisi birliğin ortak markası olarak ürünleri üzerinde yer almaktadır⁵⁴. Yine "Marmarabirlik" ve "Fiskobirlik" de ülkemizde bulunan ortak markalara örnek olarak verilebilir.

2.1.5. Koruyucu Marka

Koruyucu markalar, hâlihazırda tescilli bir markaya görünüş veya lafzi olarak benzeyen işaretlerin, marka sahibince gerçek bir kullanım amaçlanmaksızın bu işaretlerin esasen üçüncü kişilerce kullanım veya tescilini engellemek amacıyla benzer veya farklı mal veya hizmetler için tescil edilmesi hâlinde ortaya çıkar⁵⁵. Koruyucu markalar ile

⁵¹ Yargıtay 11. HD., E. 2018/4274 K. 2019/5998 ve 30.09.2019 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.04.2021).

⁵² Karasu vd., *a.g.e.*, s. 162.

⁵³ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 373.

⁵⁴ Şaban Kayıhan, *Ticari İşletme Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 173.

⁵⁵ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2035.

tescilli markanın aynı veya benzerinin üçüncü kişilerce kullanım veya tescili engellenmekte ve bu sayede asıl markanın koruma çemberi genişletilmektedir⁵⁶. Örneğin Adidas®'ın üç çizgili markasını korumak amacıyla iki çizgi veya dört çizgiden oluşan işaretleri marka olarak tescil ettirmesinde durum böyledir⁵⁷.

Kullanma niyeti, tescil şartlarından olmasa da tescil edilen markanın kullanılması beklenir. Hâl böyle iken kullanma amacı ile değil esas markanın korunması amacıyla tescil edilen koruyucu markalar, SMK m. 9'da düzenlenen markanın kullanılması yükümlülüğü ile de çelişki yaratabilmekte ve tartışmalara yol açabilmektedir⁵⁸.

2.1.6. İhtiyat Markası

Tescil edildiği an itibarıyla kullanılması düşünülmeyen ancak ileride marka sahibince veya onun yetkilendirdiği kişilerce kullanılması planlanan marka, ihtiyat markası olarak adlandırılır⁵⁹. *Yedek marka* veya *tedbir markası* olarak da nitelenen ihtiyat markası, esasen bir teşebbüsün gelecekte üretmeyi planladığı ürünler için üçüncü kişilerce tescil ettirilme tehlikesine karşı bir önlem mahiyetinde marka olarak tescil edilen işaretlerdir⁶⁰. Bu markaların, hak sahibinin iradesi uyarınca gelecekte planlandığı üzere kullanılmadığı durumda ise markanın kullanılması yükümlülüğünü düzenleyen SMK m. 9 uyarınca diğer markalar gibi iptali mümkün olabilir.

2.2. MARKANIN FONKSİYONLARI

Piyasadaki serbest rekabet ortamının en önemli araçlarından biri olan markanın, ayırt etme, mal ve hizmetlerin menşeyini gösterme, reklam ve garanti fonksiyonu olmak 4 temel fonksiyonu bulunmaktadır.

2.2.1. Ayırt Etme Fonksiyonu

Herhangi bir işaretin marka olarak ilgili sicile tescil edilebilmesi için en önemli unsur ayırt ediciliği olduğuna göre temelde mal veya hizmetleri birbirinden ayırt etmeye yarayan markanın en belirgin fonksiyonu da hiç şüphesiz ayırt etme fonksiyonudur⁶¹.

⁵⁶ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 373.

⁵⁷ Osman Umut Karaca, *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s. 24.

⁵⁸ Koruyucu markalar konusunda, İsviçre Hukuku'nda sicili gereksiz yere işgal etme, marka korumasından haksız yarar sağlama amacıyla tescili gerçekleştirilen bu tür markaların hükümsüz kılınabilmesi mümkün iken; Fransız Hukuku'nda ise bu markaların esasen markanın kullanılması yükümlülüğü ile çeliştiği ancak marka tescili sırasında tescil amacının net olarak kestirilmesinin mümkün olmaması nedeni ile kullanmama için hoşgörüsürlüğü olarak 5 yıllık sürenin sonunda marka hâlen kullanılmıyor ise ancak bu durumda sicilden temizlenmesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2036-2037.

⁵⁹ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2037.

⁶⁰ Karaca, *a.g.e.*, s. 24.

⁶¹ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 60.

Hedef kitlenin zihninde o markanın benzerlerinden farklılığının ortaya konması, akla ilk olarak marka sahibi teşebbüs ve onun mal veya hizmetlerinin gelmesi, dolayısıyla karakteristik olarak teşebbüsü çağrıştırmaya, bir markanın ayırt edici fonksiyonunu yerine getirdiği anlamı taşır. Markanın ayırt etme fonksiyonu sayesinde tüketici, o markaya ait mal ve hizmetleri diğer markalardan ayırt ederek piyasada karıştırmaya sebebiyet vermeyecek şekilde rahatlıkla teşhis edebilir.

2.2.2. Menşeyini Gösterme Fonksiyonu

Mal veya hizmetlerin menşeyini yani kökenini, kaynağını, malı üreten, piyasaya süren yahut hizmeti sunan teşebbüsü göstermesi de markanın bir diğer fonksiyonudur. Ticaret unvanı, bir malın üreticisi veya hizmet sağlayıcısını doğrudan gösterirken markanın menşeyi gösterme fonksiyonu dolaylıdır. Bu bağlamda tüketicinin, benzer markalı ürünlerin somut olarak bilinmese de bilinebilir bir teşebbüse ait olduğunu düşünmesi yeterlidir⁶².

Yukarıda markanın tarihsel gelişim sürecinde de bahsedildiği üzere, markanın ortaya çıkışında o mal veya hizmetin nereden geldiği, kim tarafından üretildiği hususlarını bilinir kılma arzusu ön plana çıkmış ve böylece markalaşma doğmuştur⁶³. Ancak günümüzde gerek marka lisans sözleşmeleri gerek franchising sözleşmeleri ile bu fonksiyonun eski önemini yitirdiği söylenebilir⁶⁴. Örneğin bir markanın lisans sözleşmesi ile birden fazla teşebbüs tarafından kullanılması durumunda tüketicinin o mal veya hizmetin direkt olarak hangi işletme tarafından sunulduğunu bilmesine imkan bulunmamaktadır. Doktrinde menşeyini gösterme fonksiyonunun eski önemini yitirdiği ve eğer o mal veya hizmet tüketicinin ihtiyacını karşılayabiliyor, kalitesinde bir sorun yaratmıyorsa hangi işletme tarafından sağlandığının öneminin kalmadığından bunun araştırılmayacağı kabul edilmektedir⁶⁵.

2.2.3. Reklam Fonksiyonu

Reklamın asli amacı hedef kitleyi etkilemektir. Bu nedenle markalar seçilirken halkın ilgisini çekmedeki etkisi, duyu hafızasına yönelik oluşu, reklam kabiliyeti gibi kriterler göz önünde bulundurulur⁶⁶. Mal veya hizmet tüketiciye reklam yolu ile

⁶² Karasu vd., *a.g.e.*, s. 154.

⁶³ Bkz. Birinci Bölüm, s. 4-5.

⁶⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 38.; Çolak, *a.g.e.*, s. 16-17.

⁶⁵ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 1.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 154.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 378.

⁶⁶ Özlem Yaman, *Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 8.

duyurulabileceğinden reklam fonksiyonunun önemi büyüktür. Hedef kitle, reklam ile markadan etkilenecek, o malı satın almak yahut hizmete ulaşmak isteyecektir. Böylece markanın reklam fonksiyonu yerine getirilmiş olacaktır.

2.2.4. Garanti Fonksiyonu

Tüketici, belli bir markaya ait bir mal veya hizmeti satın alırken onun hangi işletme tarafından üretildiği veya sunulduğundan ziyade ihtiyacını, üründen beklentisini karşılaması yahut daha önce de o markanın ürünlerini kullandıysa sonraki alımlarında da her zaman aynı veya daha üstün özellikler ve kalite ile karşılaşp karşılaşamayacağı hususları ile ilgilenir. Markanın garanti ve güven fonksiyonu, tüketicinin deneyimleri sonucu olduğundan soyut niteliktedir⁶⁷. Bildiği ve güvendiği markanın mallarını almayı ve hizmetlerini kullanmayı tercih eden tüketici, kötü sürprizlerle karşılaşma riskinden kaçındığından böyle bir yönelim içindedir.

Garanti fonksiyonu, bir teşebbüsün belli bir ürünle tanındığı hedef kitlede güven sağladığı markasını, başka bir ürününde de kullanması durumunda da korunur. Örneğin tüketici, bir teknoloji mağazasına cep telefonu almak amacı ile gittiğinde, yıllardır sorunsuz bir şekilde kullandığı ve çok memnun kaldığı “A” markasına ait televizyonundan edindiği tecrübe ve güven duygusu ile bu markanın ürettiği telefonların da kaliteli olacağına yönelik inancı ve beklentisi doğrultusunda tercihini bu yönde yapması, markanın garanti fonksiyonunu yerine getirdiğini gösterir. Ancak belirtmelidir ki markanın garanti fonksiyonunun marka hukuku bağlamında koruması bulunmayıp yalnızca ekonomik olarak güveni zedelenen tüketicinin bir daha o markaya ait ürünleri tercih etmemesi sonucunu doğuracaktır. Yoksa markaya ait malın daha sonra teşebbüs tarafından kalitesinin düşürülerek piyasaya sürülmesinin marka hukuku anlamında bir yaptırımı yoktur.

3. MARKA HUKUKUNA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Küreselleşen dünyamız ve ticaret hayatındaki hızla artan rekabet ortamında markanın korunması gerekliliği, ulusal ve uluslararası pek çok düzenlemenin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Çağın ihtiyaç ve beklentilerine göre şekillenen ve zaman içinde revize edilen birçok hukuki düzenleme, marka hakkının korunumu ve gelişiminde önemli rol üstlenmiştir.

⁶⁷ Bozgeyik, *a.g.m.*, s. 94.

3.1. ULUSAL MEVZUAT

Türk Marka Hukuku'nun temelinde, Osmanlı Devleti'nde her ikisinin de kaynağı 1857 tarihli Fransız Fabrika ve Ticaret Markaları Kanunu olan 1872 tarihli Nizamname ve bunu ilga eden 28 Nisan 1888 tarihli "Fabrikalar Ma'lumâtıyla Eşya-yı Ticariyeye Mahsus Alamet-i Farikalara Dair Nizamname" (kısa adıyla "Alamet-i Farika Nizamnamesi") bulunmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan sonra da yürürlüğü devam eden Alamet-i Farika Nizamnamesi 1955'te değişikliğe uğramış⁶⁸, bu değişiklikle markaların Ticaret Bakanlığınca incelemeden geçmesinin öngörüldüğü "ön incelemeye dayalı tescil sistemi" benimsenmiş ve 3 Mart 1965 tarihinde kabul edilen İsviçre Hukuku'ndan ilham alınarak hazırlanan 551 sayılı Markalar Kanunu ile de yürürlüğüne son verilmiştir⁶⁹.

Markaları ayrıntılı ve modern şekilde düzenleyen temel bir kanun olan⁷⁰ 551 sayılı Markalar Kanununun ardından bu kanunun uygulanmasına ilişkin "551 sayılı Kanun'un Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik"⁷¹ kabul edilmiştir. Günümüz mevzuatına göre eksiklikleri bulunan 551 sayılı Markalar Kanunu'nda yalnızca ticaret markaları ele alınıp hizmet markalarına yer verilmediğinden hizmet sektörü markaları o dönemde tescil edilemiyordu⁷². Bunun yanı sıra bir harf veya rakamdan oluşan yahut beşten fazla sözcükten oluşan işaretlerin marka olarak tescilinin engellenmesi, ilk kullanım prensibi benimsenerek markayı ilk kullanan kişiyi, ilk tescil ettiren kişiye üstün tutması ve bu kişilere başvuru esnasında itiraz hakkı tanımayıp yalnızca tescil sonrasında dava açma imkanı tanınması, sınıf sistemi yerine emtia sisteminin benimsenmiş olması ve yabancı sözcüklerin marka olarak kullanılamaması bu kanun için dikkat çekici diğer noktalardır⁷³. Bunlara ek olarak tescile karşı açılacak davaların adli yargının mı yoksa idari yargının mı alanına girdiği konusunda yargı kolu açısından tartışmalar yaşanmaktaydı⁷⁴.

Türkiye'nin fikri ve sınai hakları etkin şekilde korumayı ve Avrupa'daki düzenlemeler ile eşit koruma düzeyine sahip olacağını yükümlendiği, gümrük birliği konusunda oluşturulan müzakereler sonrasında alınan 06.03.1995 tarihli ve 1/95 sayılı

⁶⁸ "28 Nisan 1304 tarihli Alameti Farika Nizamnamesine Ek Kanun" 27.05.1955 tarih ve 9013 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶⁹ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 13.

⁷⁰ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 6.

⁷¹ 11.06.1965 tarih ve 12020 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁷² Doktrinde hizmet markalarının kanun kapsamı dışında bırakılması haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 16.; Hamdi Yasaman, "Hizmet Markaları", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 8, S. 1, 1975, s. 75.

⁷³ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 16-17.

⁷⁴ Meran, *a.g.e.*, s. 79.; Sami Özgür Memişoğlu, *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 79.

Avrupa Topluluğu Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı m. 29/1'e göre "Taraflar fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının uygun ve etkin biçimde korunması ile güçlendirilmesini sağlamak konusunda verdikleri önemi teyit ederler"⁷⁵. Bu doğrultuda, 08.06.1995 tarihinde 4113 sayılı Kanun⁷⁶ ile Bakanlar Kurulu'na gerekli değişiklik ve düzenlemeleri yapması amacı ile KHK çıkarma yetkisi verilmiştir. Yetki kanununa dayanarak çıkarılan ve 27.06.1995'te yürürlüğe konulan Markaların Korunması Hakkında 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 551 sayılı Markalar Kanunu'nun ceza hükümleri içeren 51, 52 ve 53. maddeleri dışında (KHK ile ceza hükmü ihdas edilmesi mümkün olmadığından) kalan maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁷. 03.11.1995 tarihinde ise 4128 sayılı Kanun⁷⁸ ile bu sayılan maddeler de yeni ceza hükümleri olarak 556 sayılı KHK'ya eklendiğinden yürürlükten kaldırılmıştır⁷⁹.

Birçok yeni hüküm içeren KHK'da, önceki kanundan farklı olarak hizmet markaları konusu düzenlenmiş olmakla birlikte "ortak marka" ve "garanti markası" kavramlarına da yer verilmiştir. 556 sayılı KHK'dan sonra da Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından "556 sayılı KHK'nin Uygulama Şeklini Gösterir Yönetmelik" yürürlüğe konulmuştur⁸⁰. Ancak söz konusu yönetmelik, "556 sayılı KHK'nin Uygulanmasına Dair Yönetmelik"⁸¹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. 556 sayılı KHK, 551 sayılı Markalar Kanunu'na göre ayrıntılı düzenlemeler içerse de sınai hak kategorisinde yer alan marka hakkına dair düzenlemelerin kanun ile değil de KHK ile düzenlenmiş olması, bazı maddelerinin iptal istemi ile Anayasa Mahkemesi önüne gelmesine ve bazı hükümlerinin iptaline neden olmuştur⁸².

İşleyen rekabet düzeninin kurucu unsurlarından olan markanın, AB ve diğer endüstri ülkelerine ürünlerin başarıyla pazarlanabilmesi ve ticari ilişkilerin sağlanması açısından önemi büyüktür⁸³. Bu nedenle de sınai haklar özelinde ülke mevzuatlarının uyum içinde olması, uluslararası anlaşmalar yapılması zaruridir. Böylece sınai haklara dair mevzuatın oldukça parçalı ve uyumsuz yapıda olması ve Türkiye'nin taraf olduğu

⁷⁵ Karabulut, *a.g.e.*, s. 7.

⁷⁶ 24.06.1995 tarih ve 22323 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷⁷ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 19.

⁷⁸ 07.11.1995 tarih ve 22456 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷⁹ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 20.

⁸⁰ 05.11.1995 tarih ve 22454 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁸¹ 09.04.2005 tarih ve 25781 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁸² Anayasa Mahkemesi'nin E. 2002/92, K. 2004/25 sayı ve 02.03.2004 tarihli; E. 2005/15, K. 2008/2 sayı ve 03.01.2008 tarihli; E. 2015/33, K. 2015/50 sayı ve 27.05.2015 tarihli; E. 2015/15, K. 2015/118 sayı ve 23.12.2015 tarihli kararları (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 17.04.2021).

⁸³ Sevilay Uzunalli, *Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul 2008, s. 65.

uluslararası sözleşmelerle mevzuatını uyumlu hâle getirme çabası sınai hakların tek bir kanunda düzenlenmesi gerekliliğini doğurmuştur⁸⁴. Bu nedenle 10.01.2017 tarih ve 29944 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe konulan, günümüz marka hukukunun temel kaynağı olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, marka hukuku özelinde köklü değişiklikleri de beraberinde getirmiştir.

Marka, Patent, Tasarım ve Coğrafi İşaretleri içeren SMK’nın 4-32. maddelerini kapsayan birinci kitabında marka hükümlerine ve 146-165. maddelerini kapsayan beşinci kitabında Ortak ve Diğer Hükümlere yer verilmiştir. 556 sayılı KHK’daki pek çok temel hüküm SMK’ya aktarılmakla birlikte önemli değişiklik ve yenilikler de yapılmıştır. SMK ile getirilen değişiklik ve yeni düzenlemeler ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek kadar ayrıntılı olsa da çalışmamızın ekseninde bu düzenlemelerden birkaçı örnek olarak verilebilir: Marka tanımına ilişkin 4. maddede, mülga KHK’nın benimsediği marka olabilecek işaretin grafikte gösterilebilir olma kuralından vazgeçilerek sicilde gösterilebilir olmasının yeterli kabul edilmesi; tanınmış markanın mutlak ret nedeni olmaktan çıkarılarak bir nispi ret sebebi olması; SMK m. 30’da düzenlenen marka suçlarının mülga KHK’ya göre daha geniş kapsamda düzenlenmiş olması (üretim, satış ve satışa arzın yanı sıra ihracat, ithalat, taşıma ve depolama fiillerini de suç kapsamı içine almıştır); iptal ve hükümsüzlük konusunda ayrıma gidilmesi, marka hakkına tecavüz sayılan fiillerle ilgili olarak 29. maddenin 2. fıkrasında, hakkında tecavüz iddiasında bulunulan kişi için def’i ileri sürme imkanı getirilmesi (uygulamada sahibi tarafından kullanılmayan ancak sicilde tescilli bulunan markalara dayalı tecavüz iddiası ve tazminat talebinde bulunan tazminat avcılarını⁸⁵ engelleyici niteliktedir) bu kapsamda yapılan önemli değişiklik ve yeniliklerdendir⁸⁶.

3.2. TÜRKİYE’NİN MARKALAR İLE İLGİLİ KATILDIĞI ULUSLARARASI ANLAŞMALAR

Türkiye’nin marka hukuku alanında taraf olduğu uluslararası anlaşmalar gerek lehe hükümlerde direk uygulanabilme kabiliyeti gerekse marka mevzuatımıza kaynak olmaları bakımından oldukça önemlidir. Zira Anayasa’mızın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.*

⁸⁴ Güneş, *a.g.m.*, s. 80.

⁸⁵ Hayrettin Çağlar, “Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, 2017, s. 150.

⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fatma Özer, *Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, ss. 11-48.

Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”.

Taraf devletlerin ekonomik ve siyasi işbirliği sonucu meydana gelen bu anlaşmalar, marka hakkının tüm dünyada yeknesak kurallarla koruma altına alınmasını amaçladığından hem ulusal hem de uluslararası anlamda marka hukukunun gelişimine katkı sunarlar. Türkiye de bu bağlamda marka hakkının korunmasına dair birçok uluslararası anlaşmaya taraf durumdadır.

3.2.1. Paris Sözleşmesi (Paris Konvansiyonu-1883)

Sınai mülkiyet hukukunun en temel metinlerinden biri olan ve yalnızca marka hukukuna ilişkin olmayıp marka, tasarım, patent, faydalı model, coğrafi işaret, haksız rekabet gibi birçok konuyu içinde barındıran Paris Sözleşmesi, (tam adıyla Sınai Mülkiyetin Himayesine Mahsus Milletlerarası Bir İttihat İhdas Edilmesine Dair Paris Sözleşmesi) on bir ülkenin katılımı ile⁸⁷ 20 Mart 1883'te Paris'te imzalanmıştır⁸⁸.

Bu sözleşmeden önce her ülke mülkiyet ilkesi gereğince kendi vatandaşlarının fikri mülkiyet haklarının korunmasını sağlıyordu. Bu durum da ülkelerde farklı uygulamaların ortaya çıkmasına ve dolayısıyla belirsizliklere neden oluyor, özellikle yabancılar açısından hak kayıplarının yaşanması sonucunu doğuruyordu⁸⁹. Bu aksaklıkları ortadan kaldırmayı öngören Paris Sözleşmesi'nin temel amacı, milli muamele (m. 2-3), rüçhan hakkı (m. 4, m. 11), tanınmış markanın korunması (m. 6), markanın kullanılması yükümlülüğü gibi belirlediği temel ilkeler doğrultusunda uluslararası düzenlemeler ile sınai mülkiyetin korunmasını sağlamaktır.

Milli muamele ilkesi (vatandaşla eşit işlem ilkesi) gereği bir devlet, o konuda kendi ülkesinde kendi vatandaşına ne kadar imkan tanıyorsa Paris Sözleşmesi üyesi bir başka ülke vatandaşına da en az aynı imkanı tanıyacaktır. Bununla birlikte Paris Sözleşmesi'ne üye devletlerden birinin vatandaşı olmasa dahi üye ülkelere birinde oturan veya ciddi sınai veya ticari işletme sahibi kişiler de milli muamele ilkesinden yararlanırlar⁹⁰. Anlaşmanın benimsediği bir diğer önemli ilke olan rüçhan hakkı; patent,

⁸⁷ Belçika, Brezilya, El Salvador, Fransa, Guatemala, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Portekiz, Sırbistan.

⁸⁸ Meran, *a.g.e.*, s. 23.; Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 82-83.; Yazar, *a.g.e.*, s. 44.

⁸⁹ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 83.

⁹⁰ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 81.

endüstriyel tasarım, faydalı model ve marka için öngörölmüş ve Paris Sözleşmesi'ne taraf bir ülkede yapılan marka başvurusunda öncelik hakkı sahibi olunmasını ifade eder. Başvuru tarihinden itibaren 6 ay içinde diğer ülkelerde kullanılması gereken bu hak kapsamında bir devlette yapılan marka başvurusu diğer taraf devletlerde belli bir süre öncelik hakkı tesis edeceğinden başvuran, fazla emek ve masraftan kurtulmuş olacaktır.

Ayrıca Paris Sözleşmesi metninin 6. maddesine göre tanınmış markalar açısından özel bir koruma öngörölmüştür. Buna göre taraf ülkeler, herkes tarafından bilinen bir markanın, karışıklığa imkan verecek şekilde kopyasını, taklidini veya tercümesini yapan bir ticaret markasının tescili talep edildiğinde; ülke mevzuatı elveriyor ise doğrudan, yoksa ilgilinin isteği üzerine reddedecek veya hükümsüz kılacaktır. O hâlde “herkes tarafından bilinen” ibaresinden başvurunun yapıldığı ülkedeki tanınırlık anlaşılması gerektiğinden Türkiye’de tanınan ve bilinen yabancı menşeli marka, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka kabul edilecek ve böyle bir markanın kopya veya taklidini içeren tescil başvurusu reddedilecektir⁹¹. Dolayısıyla yurt dışında tanınan ancak Türkiye’de tanınmayan bir marka, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış olarak nitelendirilemez⁹².

Sınai hakların korunmasına ilişkin en eski düzenleme olan ve bu nedenle fikri hakların, sınai mülkiyetin anayasası⁹³ olarak adlandırılan anlaşma, zaman içinde birçok kez değişikliğe uğrayarak⁹⁴ günümüzdeki hâlini almıştır. Sözleşmeye şuan itibarıyla 177 ülke taraftır⁹⁵.

Türkiye, Kurtuluş Savaşı’ndan sonra Lozan Antlaşmasının eki olan Ticaret Mukavelenamesi m. 14 uyarınca Paris Sözleşmesi’ne taraf olma taahhüdünde bulunmuş ve sözleşmenin 1911 tarihli değişiklikten sonraki hâline katılarak 10 Ekim 1925’te taraf olmuştur⁹⁶. Ülkemiz sözleşmenin sonraki tarihlerde yapılan değişikliklerine de katılmış⁹⁷ ve söz konusu sözleşme günümüzde güncel hâli ve tümüyle yürürlüktedir.

⁹¹ Ömer Camcı, *Marka Davaları*, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 1999, s. 47.

⁹² Şaban Kayıhan, “Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 427.

⁹³ Meran, *a.g.e.*, s.23.; Tufan, *a.g.e.*, s. 72.

⁹⁴ Sözleşme sırasıyla; 14 Aralık 1900’de Brüksel’de, 2 Haziran 1911’de Washington’da, 6 Kasım 1925’te La Haye’de, 2 Haziran 1934’te Londra’da, 31 Ekim 1958’de Lizbon’da, 14 Temmuz 1967 yılında Stockholm’de ve 1979 da Stockholm metninde yapılan değişiklik ile tādil edilerek günümüzdeki hâlini almıştır.

⁹⁵ Son olarak 1 Ekim 2020’de güncellenen listeye göre 177 ülke sözleşmeye taraftır. Bkz. <https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/pdf/paris.pdf> (Erişim Tarihi: 20.04.2021).

⁹⁶ Melis Abacıoğlu Viskuşenko, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markaların Koruma Kapsamı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 46.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 43.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 69.

⁹⁷ 08.08.1975 tarih ve 75/10464 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Türkiye’nin sözleşme metninin 1967 Stockholm değişikliği sonrasındaki şekline katılımı uygun görölmüş ancak 1-12. maddelerine çekince koyulmuştur. Bkz.

3.2.2. Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması (1891) ve Protokolü (1989)

Markaların milletlerarası sahada tescilinin gerekliliğini öngören 14 Nisan 1891 tarihli Madrid Anlaşması⁹⁸ (Fabrika ve Ticaret Markalarının Beynelmilel Tescili Hakkında İtilafname) ülkemiz tarafından 1930 yılında imzalanmıştır. Anlaşmaya göre üye ülkelerdeki marka tescilleri 12 ay içerisinde Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı'na bildirilecek ve teşkilat tarafından tüm üye ülkelerde o marka tescil edilecektir.

Ancak taraf olmayan ülkelerin⁹⁹ uluslararası tescil sistemi içinde yer almaması, marka tescilinde dünya çapında bütünlüğün sağlanamamasına neden olmuştur. Türkiye 25 senelik yürürlüğün ardından söz konusu anlaşmadan milletlerarası büroya tescil edilen marka sayısının taahhüt edilenin altında olması ve başvuruların döviz kaybına neden olması gerekçeleri ile 1955 yılında çekilmiştir¹⁰⁰.

27 Haziran 1989 tarihinde ise uluslararası bir tescil sistemi geliştirmeyi hedefleyen, hukuken bağımsız nitelikte olsa da Madrid Anlaşması'nın tamamlayıcısı niteliğindeki Madrid Protokolü imzalanmıştır. Madrid Protokolü de tıpkı Madrid Anlaşması gibi markaların uluslararası tescilini öngörmektedir. Ancak buradaki amaç, Madrid Anlaşmasına taraf olmayan ülkeler nedeni ile tam anlamıyla oluşturulamayan uluslararası tescil sistemini tüm dünyada efektif şekilde uygulanabilir hâle getirmektir. 1891 tarihli Madrid Anlaşması ile en önemli farkı ise anlaşmada uluslararası tescile konu markanın öncelikle kendi ülkesinde tescil edilmiş olması şartı aranırken Protokol'e göre bu şartın kaldırılması hatta kendi ülkesinde tescil başvurularının tamamlanmasının dahi beklenilmeksizin uluslararası tescil talebinde bulunmaya imkan verilmesidir¹⁰¹. Söz konusu Anlaşma ve Protokol birbirini tamamlayıcı nitelikte olsa da farklı ve bağımsız metinler olduğu ifade edilmelidir. Öyle ki devletler bu hukuki metinlerin birine taraf olabileceği gibi her ikisine de katılmaları mümkündür¹⁰².

20.11.1975 tarih ve 15418 sayılı Resmi Gazete. Gümrük Birliği sürecinde ise Türkiye koyduğu bu çekinceyi 29.07.1994 tarih ve 94/5903 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırmıştır. Bkz. 23.09.1994 tarih ve 22060 sayılı Resmi Gazete.

⁹⁸ Madrid Anlaşması 1900'de Brüksel'de; 1911'de Washington'da; 1925'te La Haye'de; 1934'te Londra'da; 1957'de Nice'de; 1967 ve 1979 yıllarında Stockholm'de tādil edilmiştir. Bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 32.

⁹⁹ Danimarka, Finlandiya, İngiltere, İsveç, İrlanda, Yunanistan, Amerika, Japonya gibi dünya ticaretinde söz sahibi bazı ülkeler anlaşmaya katılmadıkları için o yıllarda uluslararası tescil sisteminden istenen fayda elde edilememiştir.

¹⁰⁰ Ali Paşlı, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 117.; Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 32.

¹⁰¹ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 89.; Üzer, *a.g.e.*, s. 13.

¹⁰² İsmail Kırca, *Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2005, s. 22.

Ülkemiz söz konusu protokole Avrupa Birliği'ne katılım sürecinde, Bakanlar Kurulu'nun 05.08.1997 tarihli ve 97/9731 sayılı kararı ile taraf olmuştur¹⁰³. Madrid Protokolü'ne katıldıktan sonra ise 4.11.1999 tarih ve 4458 sayılı Kanun'a dayanarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından "Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına Dair Yönetmelik"¹⁰⁴ yayınlanarak yürürlüğe konmuştur.

3.2.3. Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi

Fikri mülkiyet haklarının dünya çapında korunmasını ve gelişmesini sağlamak, gerektiğinde diğer milletlerarası teşkilatlarla işbirliği yapmak, fikri mülkiyet birlikleri arasında idari işbirliği sağlamak, uluslararası anlaşmaların tesisinde rol oynamak ve anlaşmaların yürürlüğünü gözetmek gibi amaçlarla 14 Temmuz 1967'de Stockholm şehrinde imzalanan sözleşme ile Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı (WIPO) kurulmuştur¹⁰⁵. Ülkemiz bu sözleşmeye 1975 yılında katılmıştır¹⁰⁶.

3.2.4. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS)

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi (TRIPS), Dünya Ticaret Örgütü kurucu sözleşmesinin eki olarak düzenlenmiştir. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması, yedi yıllık toplantı ve istişare görüşmeleri sonunda 15.04.1994'te tamamlanan Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması (GATT) Uruguay Round görüşmeleri sonrasında meydana gelmiş ve 01.01.1995 tarihi itibarıyla Avrupa Topluluğu ve 114 ülke tarafından imza edilerek yürürlüğe konulmuştur¹⁰⁷. Söz konusu sözleşme, sınai ve fikri hak ayrımını kaldırarak "fikri mülkiyet" kavramını genişletmiştir.

Türkiye 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na katılmış¹⁰⁸ ve böylece anlaşmanın 1C no'lu eki olan TRIPS'e de taraf olmuştur. Avrupa Topluluğu'nun 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın yürürlük tarihinden itibaren üç yıl içinde anlaşmanın yürürlüğe girmesi taahhüt edildiğinden 1999 yılı sonuna kadar anlaşma

¹⁰³ 1989 tarihli Protokol, 22.08.1997 tarih ve 23088 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹⁰⁴ 12.03.1999 tarih ve 23637 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹⁰⁵ Pashi, *a.g.e.*, s. 137-138.

¹⁰⁶ 14.08.1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile. Bkz. 19.11.1975 tarih ve 15417 sayılı Resmi Gazete.

¹⁰⁷ Mehmet Bağır, *TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması*, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2015, s. 3.

¹⁰⁸ Anlaşma 26.01.1995 tarih ve 4067 sayılı kanun ile onaylanmış ve 29.01.1995 tarih ve 22186 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Bu kanunda verilen yetki uyarınca Bakanlar Kurulu'nun 03.02.1995 tarih ve 1995/6525 sayılı kararı ile de Anlaşma ve eklerine 26.03.1995 itibarı ile katılım sağlanmıştır.

hükümlerini uygulamaya koyma yükümlülüğü nedeniyle 556 sayılı KHK'nın hazırlanmasında TRIPS maddeleri de göz önünde bulundurulmuştur.

Anlaşmanın amacı, uluslararası ticaretteki engelleri kaldırarak düzensizlikleri en aza indirmektir. Paris Sözleşmesine kıyasen marka ihlallerinde daha fazla ve ayrıntılı yaptırımlar öngörmekle birlikte uluslararası alanda çıkabilecek uyuşmazlıklara da çözüm mekanizmaları getiren TRIPS, fikri mülkiyet haklarının varlığı, kapsamı, kullanılması ile ilgili asgari standartları belirler¹⁰⁹. Diğer uluslararası anlaşmalardan en önemli farkı ise Dünya Ticaret Örgütü üyesi ülkeler, anlaşmada geçen haklarla ilgili taahhütlerini yerine getirmediğinde cezalandırma mekanizmalarının öngörülmesi¹¹⁰ olmasıdır¹¹⁰.

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

Gelişen dünya ve rekabetin her geçen gün arttığı ticaret hayatında karışıklıklara neden olabilen markaların tesciline ilişkin mal ve hizmetler açısından bir sınıflandırılma yapılması gerekliliği doğmuştur. Sınıflandırma sisteminin asıl amacı, tescili istenen işarete ait mal veya hizmetin sınıfı daha önce tescil edilen aynı veya benzer bir sınıfa ait ise ikinci başvurunun reddedilmesi ve böylece karışıklık yaşanmasına imkan verilmemesidir. Bu amaçla üye ülkelerin standart bir sınıflandırma sistemine sahip olmasını öngören ve böylelikle marka tescilinde kolaylık ve uluslararası uyumun yakalanmasını hedefleyen “Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması” 15 Haziran 1957 tarihinde imzalanmış ve 08 Nisan 1961 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹¹. Anlaşma daha sonra 14 Haziran 1967’de Stockholm’de ve 13 Mayıs 1977’de Cenevre’de değiştirilerek son hâlini almıştır. Alfabetik olarak malların hâlihazırda 34, hizmetlerin ise 11 sınıfa ayrıldığı ve periyodik olarak her üç yılda bir uzmanlar komitesi tarafından gözden geçirilerek gerekli yenilemeler ile modernize edilen sınıflandırma, ulusal ofis ve kurumlar için araştırma yapmayı daha kolay hâle getirmekle birlikte sağladığı kategorizasyonla emek ve zaman kaybının da önüne geçmektedir.

¹⁰⁹ Hayrettin Çağlar vd., *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 10.; Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 87.

¹¹⁰ Bağırar, *a.g.e.*, s. 5.; Graham Dutfield, “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)”, *The Princeton Encyclopedia of the World Economy*, Princeton University Press, Princeton 2009, s. 22. <https://www.proquest.com/books/agreement-on-trade-related-aspects-intellectual/docview/189250987/se-2?accountid=7181> (Erişim Tarihi: 07.11.2021).

¹¹¹ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 90.

Ülkemiz bu anlaşmaya, Bakanlar Kurulu'nun 12.07.1995 tarihli ve 95/7094 sayılı kararı uyarınca taraf olmuştur¹¹². Sınıflandırmanın iç hukukta uygulanması sağlamak üzere de Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından 1999 yılında “Marka Tescil Başvurularının Mal ve Hizmet Listelerinin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ”¹¹³ yayınlanmıştır. Söz konusu tebliğ zaman içinde gerekli düzenlemeler yapılarak yenilenmektedir. Son olarak 30.12.2016 tarih ve 29934 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan ve günümüz itibarıyla yürürlükte olan Tebliğ’e göre 34 mal ve 11 hizmet sınıfı bulunmaktadır¹¹⁴.

3.2.6. Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması

1883 tarihli Paris Sözleşmesi’ne üye ülkelerin ortak istek ve teklifi ile 12 Haziran 1973’te “Markaların Şekilli Elemanlarının Uluslararası Sınıflandırılmasını Tesis Eden Viyana Anlaşması” hazırlanmış ve 9 Ağustos 1985’te yürürlüğe konulmuştur¹¹⁵. Nice Anlaşması mal ve hizmetlerin sınıflandırılmasına ilişkin iken Viyana Anlaşması markaların üzerindeki figüratif elemanların¹¹⁶ sınıflandırılmasına yöneliktir. Özel bir kodlama yöntemi ile genelden özele doğru bölüm ve kısımlara ayrılan şekillerin sınıflandırıldığı anlaşma, 1 Ekim 1985’te tâdil edilmiştir. Türkiye bu anlaşmaya 12.07.1995 tarih ve 95/7094 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile taraf olmuş ve anlaşma 01.01.1996 tarihi itibari ile yürürlüğe girmiştir¹¹⁷.

3.2.7. Marka Kanunu Anlaşması

Marka tescilinde uyulması gereken usul ve kuralların düzenlendiği Marka Kanunu Anlaşması, 27 Ekim 1994’te Cenevre’de gerçekleştirilen diplomatik konferans sonucunda imzalanmış ve 1 Ağustos 1996 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹¹⁸. Marka başvurusu, markanın tescil prosedürü ve tescil sonrasındaki işlemlerde milletlerarası uyumun sağlanmasını gaye edinen bu anlaşmaya Türkiye, 07.04.2004 tarih ve 5118 sayılı Kanun¹¹⁹ uyarınca taraf olmuştur. Markaların Harmonizasyonu Anlaşması (TLT) olarak

¹¹² 13.08.1995 tarih ve 22373 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹¹³ 21.02.1999 tarih ve 23618 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹¹⁴ 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren ve hâlen yürürlükte bulunan “Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ” için bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/86D9FC05-00FC-445B-BAE9-38BBB38AD845.pdf> (Erişim Tarihi: 22.04.2021).

¹¹⁵ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 93.

¹¹⁶ Figüratif eleman kavramı, hem şekil markalarını hem de kelime ve şekil kombinasyonundan oluşan markalardaki şekil unsurunu kapsamaktadır.

¹¹⁷ 13.08.1995 tarih ve 22373 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

¹¹⁸ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 94-95.

¹¹⁹ 14.04.2004 tarih ve 25433 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

da anılan bu anlaşma, uluslararası markalaşmanın gelişmiş prosedürlerini ortaya koyarak bürokratik engelleri ortadan kaldırmayı hedefleyen bir uyum anlaşmasıdır¹²⁰.

3.3. AVRUPA BİRLİĞİ DÜZENLEMELERİ

3.3.1. 89/104, 2008/95 ve 2015/2436 Sayılı AB Marka Yönergeleri

Devletlerin marka ile ilgili mevzuatlarını uluslararası olarak uyumlaştırma çabası sonucu 1989 yılında 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104 sayılı Birinci Konsey Yönergesi kabul edilmiştir. AB marka hukukunun temel taşı olan bu yönerge Türkiye için de önem taşımaktadır. Zira Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi'nin 6 Mart 1995 tarihli ve 1/95 sayılı kararı uyarınca mevzuatını 89/104 sayılı Yönerge ile uyumlu hâle getirmeyi taahhüt eden Türkiye, 556 sayılı KHK'nın hazırlık aşamasında bu yönergeden de yararlanmışır¹²¹.

Zaman içinde dönemin gelişim ve ihtiyaçlarına uygun olarak hazırlanan ve 89/104 sayılı Yönerge'nin yerini alan 2008/95 sayılı Yönerge, 2008 yılında uygulanmaya başlamıştır¹²². Bu yönergenin yerini alan 2015/2436 sayılı Avrupa Parlamentosu Konsey Yönergesi ise 2015 yılında yürürlüğe girmiştir. Yönerge'nin yürürlüğe girmesindeki temel amaç, AB üye devletlerinin marka hukukuna dair iç hukuk düzenlemelerindeki farklılıklardan kaynaklı olarak mal ve hizmetlerin serbestçe dolaşımının aksaması ve dolayısıyla serbest rekabet ortamının bozulmasının engellenmesidir. Söz konusu Yönerge genel olarak marka olabilecek işaretler, tescil engelleri, bireysel marka, ortak marka, garanti markası, markanın sağladığı haklar, marka hakkının tükenmesi, lisansa konu olması, markanın iptali konularını kapsamaktadır¹²³.

3.3.2. 40/94, 207/2009, 2015/2424 ve 2017/1001 Sayılı AB Marka Tüzükleri

Tüm AB üye ülkelerinde aynı hukuki çerçevede geçerliliğe sahip ortak bir marka mevzuatı oluşturulması amacıyla 89/104 sayılı Yönerge'nin ardından 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü¹²⁴ kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Topluluk Markasının (CTM)¹²⁵ uygulamaya konularak İç Pazarda Uyumlaştırma Ofisi'nin (OHIM)¹²⁶ kurulduğu bu tüzük, daha sonra pek çok kez değişikliğe uğramış

¹²⁰ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 95.; Tufan, *a.g.e.*, s. 76.

¹²¹ Çolak, *a.g.e.*, s. 4.

¹²² OJ. 08.11.2008, L. 299.

¹²³ Esra Dişli, *Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016, s. 15.

¹²⁴ OJ. 14.01.1994, L. 11/1.

¹²⁵ "Community Trade Mark".

¹²⁶ "The Office for Harmonization in the Internal Market".

2009 yılında ise yerini 207/2009 sayılı Tüzük¹²⁷ almıştır. Bu tüzük AB’de aynı hukuki korumaya sahip bir markanın yaratılması konusunda gerekli maddi ve şekli şartları içeren önemli bir adımdır¹²⁸.

Bir takım değişiklikler yapılan 2015/2424 sayılı Tüzük¹²⁹ ile ise “Topluluk Markası” terimi, yerini “Avrupa Birliği Markası” na (EUTM)¹³⁰ bırakmıştır. Bu düzenleme uyarınca markaya ilişkin sistemin AB’ye üye ülkelerde efektif şekilde uygulanabilmesi amacı ile Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi (EUIPO)¹³¹ kurulmuştur. Bir markanın Avrupa Birliği nezdinde tescilinin istenmesi durumunda başvuru bu kuruluşa yapılmaktadır. Marka korumasında tescil sistemini benimseyen bu düzenleme, marka hakkının korunabilmesini tescil şartına bağlayan SMK m. 7 ile de uyumludur.

Son olarak 2015/2424 sayılı Tüzüğün kodifikasyona uğraması ile ortaya çıkan 16 Haziran 2017 tarih ve 2017/1001 sayılı Avrupa Birliği Marka Tüzüğü günümüzde de AB üye ülkelerde bağlayıcı ve yürürlükteki güncel metindir¹³². Bu tüzük uyarınca marka başvurularında “grafiksel olarak gösterilme” şartı kaldırılmış olup “markanın tescil kurumu ve halk tarafından açıkça anlaşılabilmesi” şartı getirilmiş, ayrıca renk ve sesler de marka olabilecek işaretler arasında sayılarak gelişen teknoloji ve dünya düşünüldüğünde gerekli ve yerinde bir düzenleme yapılmıştır.

Marka hukukuna ilişkin AB düzenlemelerine göre durum ülkemiz açısından değerlendirildiğinde, bir Türk gerçek veya tüzel kişisi, AB nezdinde markasını tescil ettirebilecektir. Nitekim Avrupa Birliği Marka Tüzüğü’ne göre bir markanın AB markası olarak tescili için üye ülke vatandaşı olma şartı bulunmamakla birlikte Paris Sözleşmesi’ne taraf bir ülke vatandaşı olan yahut AB’ye üye veya Paris Sözleşmesi’ne taraf bir devlette ikamet eden veya iş merkezine sahip olan kişilerin tescil için başvurabileceği öngörülmektedir.

¹²⁷ OJ. 24.03.2009, L. 78.

¹²⁸ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 5.

¹²⁹ OJ. 24.12.2015, L. 341/21.

¹³⁰ “European Union Trade Mark”

¹³¹ “European Union Intellectual Property Office”. Bu kuruluş aslen AB üye ülkelerinde geçerli topluluk markalarının tescilinden sorumlu olan OHIM’in yeni adıdır.

¹³² Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 29.; Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 38.

4. MARKA HAKKI, HAKKIN KAZANILMASI VE KORUNMASI

4.1. MARKA HAKKI

Marka hakkı, sahibine mülkiyete benzer (tam anlamıyla değil) nitelikte bir hak bahşeden fikri mülkiyet hukuku içerisinde yer alan bir sınai haktır. Mâmelek hakları (mal varlığı hakları) ise para ile ölçülebilen bir diğer ifade ile ekonomik değer taşıyan haklardır¹³³. Bu yönüyle marka, soyut ve para ile ölçülebilen bir değer taşıdığından marka hakkı da gayri maddi mal üzerindeki hakkı ifade etmektedir¹³⁴. Bununla birlikte taşınır bir eşya olmadığından eşya hukuku bağlamında bir zilyetlik veya mülkiyete konu olamaz ve dolayısıyla aynı hak sınıfında da yer almaz¹³⁵. Bu nedenle “*markanın maliki*”, “*markanın zilyedi*” gibi kullanımlar yerine “*marka hakkının sahibi*” terimi daha doğru olacaktır¹³⁶.

4.1.1. Marka Hakkının Önemi

İhtiyaç ve beklentilerin hızla değiştiği günümüz küreselleşen dünyasında, teknolojik yenilikler göz önüne alındığında ticari hayatın en önemli olgularından biri de hiç şüphesiz rekabettir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a göre rekabet, “*mal ve hizmet piyasalarındaki teşebbüsler arasında özgürce ekonomik kararlar verilebilmesini sağlayan yarış*” tır. Bu yarışta, esasen mal ve hizmetleri benzerlerinden ayırt etmeye yarayan markanın önemi büyüktür. Zira iktisadi değere sahip sınai haklardan olan marka, tüketici tarafından o mal veya hizmetin benzerlerinden kolayca ayırt edilebilmesini sağlar.

Marka hakkı, sahibinin ticari hayatta yaptığı yatırım, sarf ettiği emek ve masrafın korunması açısından gereklidir. Nitekim dolaylı olarak mal veya hizmetin kaynağını gösterme işlevi olan marka sayesinde tüketici, o mal veya hizmetin hangi teşebbüs tarafından üretildiğini veya sağlandığını, nereden geldiğini bilme şansına sahip olmakta

¹³³ M. Kemal Oğuzman - Nami Barlas, *Medenî Hukuk*, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 139.

¹³⁴ Engin Erdil, *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 125.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 34-36.

¹³⁵ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 16.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 2. Buna karşılık doktrinde eşya kavramı geniş yorumlanarak gayri maddi mallar üzerinde de mülkiyet hakkı tesis edilebileceğine dair görüş bildiren yazarlar bulunmaktadır. Onlara göre fikri ve sınai haklar da mülkiyet hakkı kapsamındadır. Mülkiyet hakkı için gerekli olan unsurlardan corpus ve animus sağlandığında marka hakkının da mülkiyet hakkı olduğu söylenebilir. Bkz. Hamdi Yasaman, *Marka Hukuku*, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 175. Marka hakkı mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilirse böylece hakkın ihlali durumunda Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru da yapılabilecektir. Bkz. Berkan Hamdemir ve Efe Dündar, “Marka Hakkının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Yolu ile Korunması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, Temmuz 2019, ss. 319-343.

¹³⁶ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 37.

bu da marka hakkı sahibinin o ürün ile bağınyı kuvvetlendirerek benzer ve taklitlerinden farkını ortaya koymasına imkan tanımaktadır.

Aynı zamanda mal veya hizmetin kalitesinin yüksek olduğunu değil her zaman aynı veya bundan daha yüksek kalitede ürün sunulacağını garanti eden marka, böylece tüketicide güven oluşturmaktadır.

4.1.2. Marka Hakkının Özellikleri

Fikir ve sanat eserleri yahut diğer sınai hakların aksine yaratma yolu ile meydana gelmeyen marka hakkı, maddi olmayan mallar üzerindeki hakkı ifade eden soyut bir haktır¹³⁷. Fikri hak kavramı, geniş anlamda fikir ve sanat üzerindeki hakkı kapsamasının yanı sıra sınai hak kategorisini de içinde barındırır. Marka, patent, faydalı model, endüstriyel tasarım, coğrafi işaret sınai haklar içinde yer alır. Ekonomik değer ile ifade edilebilen (para ile ölçülebilen) ve soyut niteliği haiz marka, bu yönüyle üzerinde somutlaştığı eşyadan bağımsız nitelik kazanır ve farklı hukuki rejime tabi olur¹³⁸.

Marka hakkı, sahibine marka olabilecek işaretin tescili ile herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hak sağlar¹³⁹. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yerleşik içtihatlarında marka hakkının sahibine inhisari hak ve yetkiler tanıyan mutlak hak olduğunu vurgulamaktadır¹⁴⁰.

Marka hakkı sahibi, markayı devredebilir, rehin veya haciz konusu yapabilir yahut isterse lisans sözleşmesi ile kısmen veya tamamen üçüncü kişilerin yararlanımını sağlayabilir. Öyle ki marka, sahibine bu tekel hakkını verir. Bu inhisari yetki, ona sayılan hukuki işlemleri yapabilme yetisini bahşetmesinin yanı sıra üçüncü kişilerin haksız ve izinsiz kullanımlarını da engelleme imkanı tanır. Ancak belirtilmelidir ki hukuk ve ceza davaları ile korunmakta olan bu hak ve yetkiler SMK'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun şekilde kullanılmalıdır.

Marka hakkının koruma süresi ise her on yılda bir yenilenmek şartıyla başvuru tarihinden itibaren on yıldır (SMK m. 23/1). Yenileme konusunda herhangi bir sınırlama

¹³⁷ Reha Poroy – Hamdi Yasaman, *Ticari İşletme Hukuku*, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 429.

¹³⁸ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 7.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 12.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1606.

¹³⁹ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 17.; Çolak, *a.g.e.*, s. 11.; Mücella Yurtoğlu Can, *Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s. 11.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 381.; Tufan, *a.g.e.*, s. 43.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 129.; Üzer, *a.g.e.*, s. 108.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1606.

¹⁴⁰ Yargıtay HGK., E. 2013/2286, K. 2015/1449 sayılı ve 27.05.2015 tarihli kararı; Yargıtay HGK., E. 2014/697, K. 2016/607 sayılı ve 11.05.2016 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.04.2021).

getirilmediğinden diğer sınai mülkiyet haklarının¹⁴¹ aksine marka hakkı bağlamında azami bir süreden bahsedilemez.

4.2. MARKA HAKKININ ELDE EDİLMESİ

Marka hakkının nasıl elde edileceği ve hangi andan itibaren korunacağı önemlidir. Genel olarak Dünya’da marka hakkının kazanımında da diğer sınai haklarda olduğu gibi iki sistem benimsenmiştir. “*ilk kullanım sistemi*” ve “*tescil sistemi*” olarak adlandırılan bu iki sistemin yanı sıra bir de ikisinin karması şeklinde harmanlanarak oluşturulmuş “*karma sistem*” bulunmaktadır.

Marka hakkının kazanılmasında doğal yol olan kullanımı öngören ilk kullanım sistemine göre marka hakkı kullanım ile elde edilir. Tescil usulü öngörülen bu sistemde tescil açıklayıcıdır¹⁴². Bu nedenle marka koruması da ilk kullanım tarihinden itibaren başlar. “*Common Law*” sisteminde marka tescilsiz korunmaktadır¹⁴³. Tescilli hak sahibine karşı ilk kullanım savunması ile korunan marka hakkı sahibi açısından durum, hakkaniyetin gerektirdiği şekilde olsa da uygulamada gerçek hak sahibinin kim olduğu sorunsalını yaratması ve karışıklığa yol açması bu sistemin dezavantajlarıdır¹⁴⁴.

Bir hakkın kazanılmasında ve korunmasında tescil şart ise işte o zaman kurucu tescilden bahsedilebilir. Tescil edilmeden hukuk âleminde o hakkın kazanılmadığı anlamına gelen bu tescil türünde marka, sicile kaydedilme ile anlam ifade edecektir. Örneğin 2021 yılında A teşebbüsü tarafından tescil edilen bir marka, 1990 yılından beri B teşebbüsü tarafından kullanılıyor olsa dahi tescil sistemi benimsendiğinden marka hakkı sahibi, 2021 yılında markayı tescil ettiren olacaktır. Bu durumun ise hakkaniyete aykırılık teşkil ettiği açıktır. Fransız Hukukunda benimsenen bu sistemde, marka hakkının kazanımı tescile bağlanmıştır ve tescilden önce kullanım (Paris Sözleşmesi m. 6 hükmü uyarınca tanınmış markalar hariç) hiçbir anlam ifade etmez¹⁴⁵.

Karma sistemde ise marka hakkı kural olarak tescil ile kazanılmakla birlikte bu, aksi ispat edilebilen bir karine teşkil eder. Öyle ki tescilli marka hakkı sahibi, aksi ispat edilinceye kadar markanın gerçek hak sahibi olarak addedilir. Bu yönüyle hem tescil hem

¹⁴¹ SMK m. 101/1 uyarınca patent 20 yıl, faydalı model ise 10 yıl süre ile korunur ve bu süreler uzatılmaz. Tasarımlar ise SMK m. 69/1’e göre beşer yıllık dönemler hâlinde yenilenmek koşuluyla en fazla 25 yıl SMK korumasından yararlanabilir.

¹⁴² Tescilin “kurucu” ve “açıklayıcı” olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır. İsviçre ve Alman Hukuku’nda “Konstitutive Wirkung” olarak adlandırılan tescilin kurucu etkisi, hakkın doğumunu, tesis edilmesini sağlarken açıklayıcı tescil “Deklaratorische Wirkung” zaten var olan hakkın alenileşmesi ve ispat aracı olarak kullanılmasını sağlar.

¹⁴³ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1609.

¹⁴⁴ Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 106.

¹⁴⁵ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 26.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1613.

de ilk kullanım yolu ile marka hakkının kazanılmasına imkan veren bu sistem ülkemizde de benimsenmiş durumdadır¹⁴⁶. Dolayısıyla kural olarak Türk Hukukunda tescil ilkesinin benimsendiği ve tescilin kurucu nitelik taşıdığı ancak ilk kullanım yönünden de kimi hâllerde korumanın sağlanmasının mümkün olduğu söylenebilir.

4.3. MARKANIN TESCİLİ

SMK m. 7' ye göre Sınai Mülkiyet Kanunu ile sağlanan marka koruması tescil yolu ile elde edilir. Öyle ki tescilsiz markaların bu kanun kapsamında korunması mümkün değildir. Marka olabilecek işareti TÜRKPATENT nezdinde (Markalar Dairesi Başkanlığı) tutulan marka siciline tescil ettirme ile marka hakkı kazanılmış olur. Açık ve kesin bir idari işlem olan tescil ile alenilik sağlanmaktadır. Bu nedenle tescilin SMK'da öngörülen korumadan yararlanılması bakımından kurucu ve üçüncü kişilere bildirici, aydınlatıcı olmasından dolayı açıklayıcı etkisinden söz edilebilir.

4.3.1. Marka Olarak Tescil Edilemeyecek İşaretler (Tescil Engelleri)

SMK' da marka olabilecek işaretlerin açıklandığı hükümde, işaret seçiminde sicilde gösterilebilir olması şartı ile serbestlik tanınmış olmakla birlikte bu serbesti sınırsız değildir. Öyle ki mutlak ve nispi ret nedenleri ile bazı işaretlerin marka olarak tescil edilebilmeleri engellenmiştir. TÜRKPATENT, marka tescil başvurusunda şekli incelemeyi tamamladıktan sonra SMK m. 5 (mutlak ret nedenleri) ve m. 6 (nispi ret nedenleri) uyarınca tescil engeli bulunup bulunmadığı hususunu irdeler. Belirtilmelidir ki SMK m. 5 veyahut 6'daki tescil engellerine rağmen bir markanın tescil edilmiş olması hukuka aykırılığı ortadan kaldırarak ona sıhhat kazandırmayacaktır¹⁴⁷.

4.3.1.1. Mutlak Ret Nedenleri

SMK m. 5'te belirtilen mutlak ret nedenleri ile tescil edilemeyecek bazı tür işaretler düzenlemesi, tescil edilmek istenen işaret üzerindeki hak sahibinden ziyade toplumun genel menfaatinin korunması amacına hizmet eder¹⁴⁸. TÜRKPATENT, itiraz olmasa bile tescil başvurusu yapılan işaret üzerinde mutlak ret nedenlerinin var olup olmadığını re'sen incelemektedir. Her bir tescil engelinin her somut olayın özelliklerine göre ayrı ayrı titizlikle incelenmesi, hak kayıplarına yol açacak nitelikte yanlış kararlar vermemek adına önemlidir. Belirtilmelidir ki bu maddede sayılan tescil engellerinden bir

¹⁴⁶ Aker, *a.g.e.*, s. 59.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 49.; Memişoğlu, *a.g.e.*, s. 108.

¹⁴⁷ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 54.

¹⁴⁸ Çolak, *a.g.e.*, s. 129.

veya birkaçının varlığına rağmen her nasılsa gözden kaçırılarak tescil edilmiş bir işaret söz konusu ise SMK m. 25/1 uyarınca markanın hükümsüzlüğü istenebilir ve böylece terkini sağlanabilir¹⁴⁹.

İşaretin ayırt ediciliğinin olmaması¹⁵⁰ veya sicilde açık ve kesin olarak gösterilememesi bir mutlak ret nedenidir. Ayırt ediciliği bulunmayan bir işaretin marka tanımından da anlaşılacağı üzere marka vasfı taşımayacağından tescili de mümkün olmayacaktır¹⁵¹. Aynı zamanda şekil, ses kaydı, görüntü kaydı, dijital ortamda sunulabilecek veri vb. herhangi bir şekilde sicilde açıkça gösterilemeyecek, TÜRKPATENT tarafından saklanamayacak bir işaret marka olarak tescil edilemez.

Tescil başvurusuna konu işaretin herhangi bir ayırt edici niteliğinin bulunmaması da mutlak ret nedenidir. Buradaki ayırt edicilik kıstası, yukarıda bahsedilen soyut ayırt edicilikten farklı olup (a) bendi bağlamında bir işaret soyut ayırt ediciliği haiz olsa dahi başvuruya esas mal ve hizmetler özelinde ayırt ediciliği bulunmayabileceği de ifade edilmelidir.

SMK m. 5/1-c'ye göre ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler marka olarak tescil edilemez. Bu işaretler, ticaret hayatında tek kişinin tekeline bırakılmaması gereken başka ifade ile serbest bırakılması gereken işaretlerdir¹⁵². Örneğin “*süper kalite*”, “*halis muhlis*”, “*tarladan*” gibi kalite belirten sıfatlar marka olarak tescil edilemez. Aslen kamuya ait sayılan bu türde tasviri işaretlerin, sadece bir kişinin kullanımına verilmesi, rekabet hakkını önemli ölçüde sınırlandırmakla birlikte kamu yararını da zedeler niteliktedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de yakın tarihli bir kararında bu hususa dikkat çekerek yerel mahkeme kararını onamıştır. Somut olayda “*memnuniyet %100*

¹⁴⁹ Markanın hükümsüzlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Arslan, *Marka Hakkının Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, ss. 27-126.

¹⁵⁰ İşaret üzerindeki ayırt edicilik, “soyut ayırt edicilik” ve “somut ayırt edicilik” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir işaret hiçbir mal veya hizmet için ayırt edici değil ve tüketici, zihninde o mal veya hizmet ile işaret arasında bir bağ kuramıyor ise o hâlde işaretin soyut ayırt ediciliği yoktur. Örneğin 561894 şeklinde rastgele 6 rakamın yan yana gelmesi ile oluşturulan işaret, soyut ediciliği olmadığından SMK m. 5/1-a uyarınca tescil edilemeyecektir. Bu hâlde kullanım yolu ile işaretin ayırt edicilik kazanması da mümkün değildir. Somut ayırt edicilik ise işaretin dahil olduğu mal ve hizmet sınıfında diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilip edilememe durumudur. Örneğin “erik” sözcüğünün soyut ayırt ediciliği bulunmasına rağmen yiyecek ve içecek ürünleri açısından somut ayırt ediciliği bulunmadığından SMK m. 5/1-b uyarınca tescil edilemeyecektir. Görüldüğü üzere bir işaretin soyut ayırt ediciliği bulunmasına rağmen somut ayırt ediciliği bulunmayabilir. Öyle ki bu nedenle yanlış kararlar almamak adına iki ayırt edicilik türü de ayrı ayrı incelenmelidir.

¹⁵¹ Karl – Heinz Fezer, *Markenrecht*, 4. Auflage, C.H. Beck, München 2009, § 8, Rn. 1-765.

¹⁵² Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 55.

garantisi+şekil” ibareli marka başvurusu, TÜRK PATENT Markalar Dairesi Başkanlığı tarafından 556 sayılı KHK’nın m. 7/1-a ve m. 7/1-c uyarınca reddedilmiş ve itiraz ile Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu (YİDK) tarafından verilen kesin karar sonucu eksik inceleme gerekçesi ile başvuran, konuyu mahkemeye taşımıştır. Ankara 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi’nde görülen davada mahkeme, söz konusu kelime+slogan+şekil+renk kombinasyonundan oluşan marka başvurusuna konu işaretin esas unsurunun kelimelerden oluştuğu, hemen her sektörde faaliyet gösteren firmalar tarafından ürünlerin kalitesini yansıtmak amacıyla kullanılabilir sloganın satılan ürün ya da sağlanan hizmetin kalitesi ile ilgili tüketici nezdinde algı oluşturma çabası yattığı, böyle bir işaretin marka olarak tescil edilmesi ile bir kimsenin inhisarına verilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Davacının temyizi ile ise Yargıtay tarafından yerel mahkeme kararı isabetli bulunarak onanmıştır¹⁵³.

Bir marka başlangıçta tasviri olmayıp tanımlayıcılık arz etmediği hâlde sonradan ürün o marka ile ifade edilerek jenerik ad hâline de gelebilir. Bu durumda markanın sicilden terkinin için hükümsüzlük davası açılır. Belirtilmelidir ki hükümsüzlük davası sonucu markanın terkinine karar verilebilmesi için Yargıtay’ın da yerleşik içtihatlarında belirttiği üzere jenerik ad hâline gelmenin, marka sahibinin davranışları sonucu gerçekleşmiş olması gerekmektedir¹⁵⁴.

Açıkça aynı veya aynı tür mal veya hizmetlerle ilgili daha önce tescil edilmiş bir marka veya tescil başvurusu yapılmış bir işaret ile aynı veya aralarında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunan işaretler tescil edilemez¹⁵⁵. Türk Marka

¹⁵³ Yargıtay 11. HD., E. 2019/803 K. 2019/7728 ve 02.12.2019 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 09.05.2021).

¹⁵⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2015/2049 K. 2015/8616 ve 23.06.2015 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2014/5775 K. 2014/15593 ve 15.10.2014 tarihli kararı; Yargıtay HGK., E. 2010/463 K. 2010/486 ve 13.10.2010 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2008/8657 K. 2008/10988 ve 10.10.2008 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.05.2021).

¹⁵⁵ Aynı ve ayırt edilemeyecek kadar benzer marka kavramları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2016 tarihli bir kararında açıklanmıştır. Bu karara göre: “...Aynı markadan kasıt bir markada kullanılan işaretlerin diğerine tıpatıp benzemesi ve müşteriler nezdinde tamamen aynı şeyi ifade etmeleridir. Aynı marka, bir diğer markanın ‘tıpkısı’dır, yani onun ‘özdeşi’, ‘aynen kopyası’, ‘tıpatıp taklidi’dir. Aralarında en küçük fark olan markalar aynıyet arz etmezler. Bir markanın bir başka marka ile ayırt edilmeyecek derecede benzer olup olmadığı, müşteri hafızasında bıraktığı imaja göre belirlenir. Bir başka markanın tıpkısı olmayan bir markaya, orta düzeydeki müşterileri tarafından sahip olduğu farklılıkların önemsizliğinden dolayı sanki diğerinin aynısıymış gibi muamele ediliyorsa, ‘ayırt edilemeyecek kadar benzer’ bir markadan söz edilir. Markalar karşılaştırılırken onların piyasaya sürülüş biçimlerine, kullanılış şekillerine bakılarak orta düzeydeki alıcı nezdinde bıraktığı toplu intiba dikkate alınır. Yabancı kelimelerden oluşan bir markanın Türkçe okunuşlarının marka olarak tescili talebinde de, bir markanın aynısının veya en azından ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tesciline yol açacağından bahisle reddi lazımdır...” diyerek bu kavramların ayırımı ortaya koymuştur. [Yargıtay HGK., E. 2015/3127 K. 2016/114 ve 29.01.2016 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.05.2021)].

Hukuku'nda marka sahibinin tekliği ilkesi esastır¹⁵⁶. Bu nedenle bu düzenleme ile de teklik ilkesi korunmuş ve iltibasa neden olacak işaretlerin marka olarak tescilinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Örneğin deodorant için “*Rexona* ile *Reksona*”; deterjan için “*Finish* ile *Finiş*” gibi aynı mal veya hizmetler için aynı kelimenin başka yazı tipi, okunuşu veyahut Türkçe karakterler kullanılarak yazılması durumunda görsel veya fonetik olarak ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin bulunduğu şüphesizdir.

Ayniyet, ürün markalarının tıpatıp aynı olmasından dolayı kolay saptanabilecekken ayırt edilemeyecek kadar benzerlik olgusu, her somut olay için ayrı ayrı titizlikle değerlendirilmelidir. Yargıtay'ın da yakın tarihli bir kararında, “OKSİJEN TEKNOLOJİ + ŞEKİL” ibareli işaretin marka tescil başvurusunun, YİDK tarafından önceki tarihli Telsim A.Ş. adına tescilli “OKSİJEN” ibareli markalar mesnet gösterilerek verilen tescilin reddi kararına dayanarak açılan davada, başvuru konusu işaret ile önceki tarihli “OKSİJEN” esas unsurlu markalar arasında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunduğu, markaların kapsadığı mal ve hizmetlerin aynı emtia sınıfına dahil olmaları münasebetiyle tüketici tarafından da ayırt edilemeyeceği gerekçesi ile yerel mahkeme kararını isabetli bulunarak onanmış, davacı vekilinin karar düzeltme talebi üzerine de talebin reddine karar verilmiştir¹⁵⁷.

Belirtilmelidir ki marka hukukunda gerçek hak sahipliği ve teklik ilkesi hâkim olmakla birlikte, önceki marka sahibinin açıkça muvafakatı bulunursa TÜRK PATENT, SMK m. 5/1-ç kapsamında marka başvurusunu reddedemeyecektir. Marka hukukunda hâkim olan teklik ilkesinin istisnasını oluşturan bu düzenleme ile SMK m. 5/3 gerekçesine göre ekonomik veya başka yönden birbirine bağlı olan teşebbüslerin piyasada birlikte var olma isteğine imkan tanınmıştır¹⁵⁸. Bu düzenleme, özellikle piyasada ekonomik veya başka bir sebeple bağlantılı işletmelerin ticaret hayatında birlikte var olma iradelerinin öncelenmesi yönüyle yaratılan imkan münasebetiyle önem arz etmektedir.

Ticaret alanında herkes tarafından kullanılagelen veya belli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna dâhil olanları ayırt etmeye yarayan işaretleri, münhasıran veya esas unsur olarak içeren işaretler SMK m. 5/1-d'ye göre marka olarak tescil edilemez. Örneğin

¹⁵⁶ Marka sahibinin tekliği ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cafer Eminoğlu, “Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi'nin 556 Sayılı KHK'nın m. 16/5 Hükümünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2016/1, ss. 229-254.

¹⁵⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2019/4297 K. 2021/2629 ve 18.03.2021 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 12.05.2021).

¹⁵⁸ İlhami Güneş, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 69.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 169; Onur Sarı, *Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 216.

“terzi”, “kuyumcu”, “market” gibi kelimelerin bu sektördeki herkes tarafından kullanılabilir niteliği olduğundan bir kimsenin inhisarına bırakılamaz. Elbette ki yalnızca bu örnekte yazılan şekli ile değil, herhangi bir şekilde bu kelimelerde harf ve benzeri değişiklikler yapıldığı durumlarda da işaretin bu meslek gruplarını çağrıştırmaması nedeni ile başvuru, bu düzenleme uyarınca reddedilmelidir. Örneğin “kuyummmcu” şeklinde bir ibare de pek tabii ki kuyumcu meslek grubunu akla getirir ve bu nedenle böyle bir tescil başvurusu, TÜRK PATENT tarafından SMK m. 5/1-d uyarınca ret olunmalıdır. Zira içinde birkaç harf oyunu barındırsa da ticaret alanında herkes tarafından kullanılan bir kelimenin tekelleşmemesi gerekmektedir.

Malın doğası gereği ortaya çıkan şeklini veya mala asli değerini veren şeklini ya da başka bir özelliğini münhasıran içeren işaretler de SMK m. 5/1-e uyarınca marka olarak tescil edilemeyecektir. Zira bu şekilde mala esas şeklini veren işaretler marka olarak tescil edilebilseydi aynı tür maldan üreten diğer teşebbüsler, doğası gereği o şekilde sunulması gereken mal için o form marka olarak tescil edildiğinden ürünü için gereksiz yere başka şekil arayışlarına girmek zorunda kalacaktı. Örneğin L köşe koltuk üreten bir teşebbüs, marka olarak L koltuk şeklini içeren formda bir işareti, marka olarak tescil ettiremeyecektir; kaldı ki bu türde bir koltuğu çoğu mobilya firması üretmekte ve satmaktadır. Aynı şekilde “kaşık”, “bıçak”, “top” gibi doğası gereği o formda olması gereken ürünlerin şekilleri de marka olarak tescil edilemez.

Mal ve hizmet ile ilgili olarak nitelik, kalite veya coğrafi kaynak gibi konularda halkı yanıltacak işaretler, marka olarak tescil edilemez. Bu yanıltmanın makul algılama seviyesinde bir tüketicinin yanıltılmasına sebep olabilecek nitelikte olması yeterli olup kurum tarafından marka sahibinin aldatma kastı ile hareket edip etmediği araştırması yapılmaz¹⁵⁹. Dürüstlük prensibi uyarınca hareket edilmesinin esas olduğu marka hukukunda, marka olabilecek işaretin de ürünün niteliği, coğrafi kaynağı veya kalitesi yönünden halkı yanıltma amacı taşımaması gerekir. Örneğin, içeriğindeki malzemelerin Isparta’da temin edilerek yine Isparta’da üretilen ve piyasaya sürülen sucuğun, Afyonkarahisar’da üretilmiş izlenimi vererek halkı yanıltıcı şekilde “Afyon Şah Sucuk+şekil” ibaresi ile tescil ettirilmek istenmesi durumunda hâl böyledir. Benzer olarak Türkiye’de üretildiği hâlde Fransa’da üretildiği izlenimi yaratacak şekilde parfüm emtiası üzerinde Eyfel Kulesi’ni barındıran bir işaret de marka olarak tescil edilememelidir¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 86.; Güneş, *a.g.e.*, s. 119.

¹⁶⁰ Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 87.

Bu konuda verilebilecek bir diğ er örnek ise saf altın olmayan bir alaşımın altın suyuna batırılmak sureti ile altın görünümünü kazandırılarak piyasaya sürülmesindedir. Böyle bir hâlde marka tescil başvurusunda “*Altinus Mücevherat*” gibi tüketici kitlesinde saf altın izlenimi uyandıracak işaretler, nitelik bakımından halkı yanıltıcı olduğundan tescil edilemez.

1883 tarihli Paris Sözleşmesi’ne taraf ülkelere ait bayrak, arma vb. resmi işaretler yetkili mercilerden izin alınmaksızın tescil edilemez. Örneğ in, Paris Sözleşmesi’ne 7 Kasım 2002 itibarıyla taraf olan Seyşeller’e ait, genel olarak mavi ve yeş il renk uyumunun yakalandığı, içinde deniz, palmye ağacı, ada, yelkenli gemi, peri deniz kırlangıcı ve yelken balığı gibi unsurlar bulunan armanın, Türkiye’deki bir adada balık işletmesi tarafından marka olarak tescil talebinde bulunulması durumunda SMK m. 5/1-g uyarınca mutlak ret kapsamında olduğundan başvuru reddedilecektir.

SMK m. 5/1-ğ uyarınca kamuya mâl olmuş işaretlerin de marka olarak tescili mümkün değildir. Zira bu değerler bir milletin tarihi değer ve ortak kültürel mirasının yansıması olduğ u için ayrı bir değer atfedilerek kişilerin inhisarına bırakılmamıştır. Örneğ in “*Anıtkabir*”, “*Mevlana*”, “*Kocatepe Anıtı*” kamuya mâl olduğundan marka olarak tescil edilemeyecektir.

Herhangi bir dine ait değer veya sembolleri içeren işaretler de marka olarak tescil edilemez. Örneğ in, “*Sakal-ı Şerif*”, “*Esmâü’l Hüsnâ*”, “*Haç*” gibi kelimeler SMK m. 5/1-h’ye göre tescil edilemez. Çünkü böyle bir marka ile ticarileş me durumunda, halk nazarında bu dinî değer veya semboller anlamını, değerini yitirecek; bunlara duyulan saygı zedelenecektir.

Bir işaret, kamu düzeni veya genel ahlaka aykırı ise marka olarak tescili mümkün değildir. Burada subjektif değil objektif bir aykırılık aranmaktadır¹⁶¹. Bu kapsamda cinsel içerikli, argo, şiddete teşvik edici, terör örgütü adı içeren veya yasa dışı durumları özendirici nitelikte bir tescil başvurusu, TÜRKPATENT tarafından SMK m. 5/1-ı gereğince reddedilir.

Tescilli coğrafi işaretten oluş an ya da tescilli coğrafi işaret içeren işaretlerin de tescili olanaksızdır. Mülga 556 sayılı KHK’da yer almayan bu tescil engeli ile müstakil bir sınai mülkiyet hakkı olan coğrafi işaretlerin korunması hedeflenmiştir. Aynı zamanda coğrafi işaretler üzerindeki hakların bireysel değil kolektif nitelik taşıması nedeni ile bu

¹⁶¹ Memiş oğ lu, *a.g.e.*, s. 790.

tescil engelinin mutlak ret nedenleri arasında düzenlenmiş olması yerindedir¹⁶². Örneğin, “Eskişehir Lüle Taşı”, “Afyon Kaymağı”, “Antalya Tavşan Yüreği Zeytini”, “Bergama El Halısı” vb. tescilli coğrafi işaretleri esas veya tali unsur olarak içeren işaretler marka olarak tescil edilemez.

Yukarıda sayılan mutlak ret nedenlerine ilişkin iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan ilki kullanım yolu ile ayırt ediciliktir. İşaret, tescil başvurusundan önce de o teşebbüs tarafından kullanılmış ve bu doğrultuda piyasada ayırt edicilik elde etmişse bu işaretin marka tescil başvurusu SMK m. 5/1 - (b), (c) ve (d) bentlerine göre reddedilemez. Ancak bu kullanım, markasal kullanım olmalıdır. Diğer istisna ise SMK m. 5/3’te düzenlenmiş olan muvafakatname yoludur. Bu hâlde önceki marka sahibi, marka tescil başvurusuna açıkça muvafakatini noter onaylı belge ile TÜRKPATENT’e sunarsa SMK m. 5/1-ç bendine göre başvuru reddedilemeyecektir. Kayıtsız ve şartsız olması gereken bu muvafakatname TÜRKPATENT’e sunulduktan sonra geri alınamaz¹⁶³.

4.3.1.2. Nispi Ret Nedenleri

SMK m. 6’da düzenlenen nispi ret nedenleri, tescil edilmek istenen işaret üzerinde başka birinin hak sahipliği durumunda, mutlak ret nedenlerinde olduğu gibi re’sen değil ilgili kişinin itirazı ile mümkün olabilen tescil engelleridir. Nispi ret nedenlerinde, mutlak ret nedenlerinin aksine doğrudan kamuyu ilgilendiren bir husus yoktur¹⁶⁴.

SMK m. 6/1’e göre marka tescil başvurusunda bulunulan işaret ile daha önce tescil edilmiş marka veya başvuruda bulunulmuş işaret arasında aynı sınıfa dahil mal ve hizmetler kapsamında aynılık veya benzerlik durumu ile karıştırılma ihtimali varsa başvuru, ilgilinin itirazı üzerine reddedilir. Bu hâlde, öncelikle mal veya hizmetler arasından aynılık veya benzerlik söz konusu olup olmadığı incelenir ve ardından “önceki tarihli tescilli marka - tescil başvurusunda bulunulan işaret” veyahut “önceki tarihli başvurusu bulunan işaret - sonraki tarihli başvurusu olan işaret” arasında benzerlik ve aynılık hususları incelenir. Hem bir tescil engeli hem de marka hakkına tecavüz eylemi olarak düzenlenen ve objektif olarak değerlendirilmesi gereken karıştırılma ihtimali, bir işaret veya markanın önceki tarihli tescilli marka ile şekil, ses, görünüm gibi yönlerden

¹⁶² Güneş, *a.g.e.*, s. 126.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 173.; Kayıhan, *a.g.e.*, s. 178.

¹⁶³ Güneş, *a.g.e.*, s. 71.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 175.

¹⁶⁴ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 65.; Fatih Bilgili - Ertan Demirkapı, *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Dora Yayınevi, Bursa 2016, s. 190.; Önder Bayrak, *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları (Açıklamalı-İçtihatlı)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 77.

ayninet veya benzerlik taşıması nedeniyle tüketicide önceki tarihli marka ile aynı veya benzer olduğu zannı uyandırması anlamına gelir¹⁶⁵.

Markalar arası görsel olarak, işitsel olarak yahut anlamsal yönden benzerlik bulunabilir¹⁶⁶. Bu üç durumdan herhangi birinin olması, karıştırılma ihtimalinin bulunduğunu gösterir niteliktedir. TÜRK PATENT tarafından yapılacak titiz incelemeler doğrultusunda ayniyet veya benzerlik olup olmadığına karar verilir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de konuyla ilgili 2021 tarihli bir kararında; önceki tarihli tescilli davacı “BİM” markası ile sonraki tarihli davalı “OBİMS” markası arasındaki karıştırılma ihtimaline ilişkin uyuşmazlıkta, “OBİMS” in “BİM” markasını aynen içerdiği, markaların görsel ve işitsel olarak benzer olduğu, tüketici nezdinde davalı markasının davacı markasının serisi gibi algılanacağı, emtialarının da aynı olduğu, aralarında karıştırılma ihtimali bulunduğu gerekçeleri ile ilk derece mahkemesi kararını isabetli bulan Bölge Adliye Mahkemesi 16. Hukuk Dairesi kararını aynı gerekçelerle onamıştır¹⁶⁷.

Belirtilmelidir ki SMK m. 19/2 gereğince; markayı kullanma yükümlülüğünün sonucu olarak, önceki marka sahibinin itirazına mesnet yaptığı markasını hâlihazırda fiilen kullanıyor olması gerekir. Aksi hâlde başvuru sahibi, itiraz edenin markasını tescilli olduğu hâlde beş yıldır fiilen kullanmadığını ileri sürer ve marka sahibi, markasını Türkiye’de (ülkesellik ilkesinin gereği olarak) ciddi biçimde kullandığını ispat edemez veya kullanmamaya dair haklı sebebini ortaya koyamazsa, sonraki tarihli işaretin tesciline yönelik yaptığı itiraz hüküm ifade etmeyecek ve reddedilecektir. Söz konusu düzenleme, AB 2015/2436 sayılı Marka Yönergesi 44. madde ile de uyum içinde olup kullanılmayan markadan haksız olarak faydalanmak suretiyle başkasının ticaret hayatını olumsuz yönde etkilemeye yönelik kötü niyetli itirazların önünü kesmektedir. Bununla birlikte marka sahibi tarafından kullanılmama olgusunun başvuru sahibi tarafından gündeme getirilmesi gerekli olup aksi takdirde Kurumun bunu re’sen araştırma konusu yapmayacağı da göz ardı edilmemelidir¹⁶⁸.

Uygulamada çoğu zaman SMK m. 5/1-ç hükmü ile m. 6/1 karıştırılabilmekte, ayrımı ortaya konamamakta bu nedenle aynı incelemeye tabi tutulabilmektedir. Esasen bu iki düzenlemenin bazı farklılıkları bulunmaktadır. SMK m. 5/1-ç’de ayniyet veya ayırt

¹⁶⁵ Ali Yaşar, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul 2016, s. 191.

¹⁶⁶ Güneş, *a.g.e.*, s. 136.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 77.

¹⁶⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2020/2028 K. 2021/3305 ve 05.04.2021 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 15.05.2021).

¹⁶⁸ Aker, *a.g.e.*, s. 112.; Güneş, *a.g.e.*, s. 144-145.

edilemeyecek kadar benzerlik incelemesi yapılabilecekken iltibas değerlendirmesi yapılamaz. Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik daha yoğun ve kesin çizgilerle belli olmalıdır. Buna karşılık SMK m. 6/1 uyarınca yapılacak inceleme, ayniyet veya benzerlik üzerinedir. Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik aranmaz ve iltibas durumu değerlendirilir. Kanun koyucunun böyle bir ayrıma giderek hem mutlak hem de nispi ret nedenleri arasında benzerlik konusuna bu denli yer vermesi ayırt edicilik fonksiyonuna yüklediği anlam ve önemi göstermektedir.

Bir diğer nispi ret sebebi ise marka sahibinin izni olmadan ticari vekil veya temsilcinin markanın aynı veya benzerini kendi adına tescili için başvuru yapmasında söz konusu olur. Bu durumda SMK m. 10'a göre marka sahibi, markanın kullanımının yasaklanmasını veya tescilin kendine devredilmesini isteyebilir.

Türk Marka Hukuku'nda genel olarak tescil ilkesi geçerli olmakla birlikte kullanım yolu ile markanın elde edilmesinin bir örneğini teşkil eden SMK m. 6/3 hkm, başvuru tarihinden veya varsa rüçhan tarihinden önce tescilsiz marka veya ticarete kullanılan bir başka işaret (rneğin tescilsiz ticaret unvanı, tescilsiz işletme adı) için piyasada genel olarak bu işaretle bilinir hâle gelerek hak kazanılmış ise işaret sahibinin itirazı üzerine marka başvurusunun reddedilmesi hususundaki nispi ret nedenini düzenlemektedir. nceye dayalı hakların konu edildiği bu hüküm, hem nispi ret nedeni olarak tescil engeli hem de hükümsüzlük nedenidir. Ayrıca belirtilmelidir ki işaretin kullanımını mutlaka markasal kullanım niteliği taşımalıdır. Markasal kullanım; markanın, üzerinde bulunduğu mal veya hizmetlerin diğer işletmelerin mal veya hizmetlerinden ayırt edilme amacına hizmet edişinin tüketicilerce algılanacak Şekilde kullanılması olarak tanımlanabilir¹⁶⁹. Başka bir ifade ile markasal kullanım, o işaretin mal veya hizmet ile kimlik kazanması anlamına gelir¹⁷⁰. Markasal kullanım olduğunun söylenebilmesi için söz konusu işaretin ilgili olduğu mal veya hizmet ile arasındaki ilişkiyi gösterecek Şekilde, bu amaca uygun olarak kullanılması gerekir. Örneğin bir işletmeye ait piyasaya sürülen ürünün ambalajı üzerinde, reklamlarında söz konusu işaretin kullanılması, markasal kullanım olarak addedilebilecekken; işaretin tek başına işletmenin iş evrakında veyahut kataloglarında kullanılması, markasal kullanım olarak nitelendirilemez¹⁷¹.

¹⁶⁹ Sabih Arkan, "Marka Hakkına Tecavüz – İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XX, S. 3, 2000, s. 7.

¹⁷⁰ Güneş, *a.g.e.*, s. 149.

¹⁷¹ Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2013/16785 K. 2014/6143 ve 28.03.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 17.05.2021).

Paris Sözleşmesi bağlamında tanınmış markaların da aynısı veya benzerinin, aynı veya benzer mal ve hizmetler için yapılan marka tescil başvurusu itiraz üzerine reddedilecektir. Mülga 556 sayılı KHK’da mutlak ret nedeni olarak düzenlenen hüküm, SMK m. 6/4 ile nispi ret nedenleri arasında gösterilmiştir. Taraf ülkelere, Paris Sözleşmesi 1. mükerrer 6. maddesi ile tanınmış markaları koruma yükümlülüğü getirilmiş olup hangi markaların tanınmış olup olmadığı hususunun tespiti dolayısıyla tanınmış markaya tanınacak koruma kapsamının genişliği taraf ülke makamlarına bırakılmıştır¹⁷².

Türkiye’de belli bir tanınmışlık seviyesine erişmiş markanın da haksız yararın önlenmesi amacı ile daha önce tescil edilmiş marka veya başvurusu yapılmış bir işaret mevcut ise aynı veya benzer mal için olup olmamasına bakılmaksızın aralarında ayniyet veya benzerlik tespit edildiğinde önceki marka sahibinin itirazı ile başvurunun reddi mümkündür. Böylece henüz tanınmış marka sıfatına erişememiş de olsa toplum nezdinde belli bir tanınmışlık seviyesine ulaşmış markaların koruma kapsamına alınmasının yanı sıra tanınmışlığı gereği başka sınıfa dahil mal ve hizmetler için de korunması gereken markalar hüküm altına alınarak markanın sulandırılma tehlikesinin de önüne geçilmek istenmiştir. Belirtilmelidir ki tanınmışlığın coğrafi alan bakımından sınırı için mülga 556 sayılı KHK m. 8/4’te “toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi” baz alınırken SMK’da “Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi” ifadesine yer verilmiş ve markanın Türkiye’de eriştiği tanınmışlığın ölçüt olacağı vurgulanmıştır¹⁷³.

Bir markanın tanınmış olup olmadığı tespit edilirken her somut olay özelliklerine göre ayrı ayrı ele alınır. Bu kapsamda tanınmışlığın tespiti açısından WIPO kriterleri, Yargıtay kararları, doktrindeki görüşler ve esas olarak TÜRKPATENT’in tanınmışlık tespitinde yararlandığı on sekiz kriter yol gösterici olmaktadır¹⁷⁴. Bunun için markanın

¹⁷² Viskušenko, a.g.e., s. 52-53.

¹⁷³ Tayfun Ercan - Nebile Teke Akbulut, *Tanınmış Marka Kavramı, Hukukun Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 39.

¹⁷⁴ TÜRKPATENT Markalar Dairesi tarafından yapılan tanınmışlık incelemesinde göz önünde bulundurulmuş temel kriterler genel olarak şöyledir: 1. Markanın tescilinin ve kullanımının süresi, 2. Markanın tescilinin ve kullanımının yayıldığı coğrafi alan ve kapsam, 3. Markanın üzerinde kullanıldığı mal ve/veya hizmetin piyasadaki yaygınlığı, pazar payı, yıllık satış miktarı, 4. Markaya ilişkin promosyon çalışmalarının özellikleri, 5. Reklam niteliğinde olmayan ancak markanın tanıtımına faydalı olabilecek nitelikte faaliyetlerin mevcudiyeti, 6. Varsa markanın tanınmışlığını gösteren bir mahkeme kararı veya marka sahibinin markasını koruma yolundaki etkin çabaları, 7. Markanın orijinallik ve ayırt edici niteliği, 8. Varsa markanın tanınmışlığına ilişkin kamuoyu araştırmaları ve sonuçları, 9. Markanın sahibi firmaya ilişkin özellikler, 10. Markanın üzerinde kullanıldığı mal veya hizmet ile özdeşleşme durumu; Markanın görüldüğü anda refleks olarak belli bir ürünü çağrıştırma durumu; Markanın mal ve/veya hizmetle ilgili kalite veya statüye işaret edip etmemesi, 11. Markayı taşıyan ürüne veya marka sahibi firmaya ilişkin alınmış belgeler, ödüller, 12. Markayı taşıyan ürünlerin dağıtım kanalları, 13. Marka satışa konu olmuş ise parasal değeri, 14. Marka tescillerinin kapsadığı mal ve/veya hizmet portföyünün genişliği, 15. Halk nezdinde tanınan bir marka ise tanınmışlık düzeyini koruma süresi, 16. Tanınmışlığından dolayı markaya tecavüz fiillerinin olup olmadığı; taklit edilip edilmediği; üçüncü kişilerce kullanılıyor ise bu kullanımın marka sahibine zararı olup olmadığı, 17. Markanın üzerinde kullanıldığı mal ve/veya hizmetin ve fiili kullanıcı kitlesinin niteliği itibarıyla tecavüze açık olup olmaması, 18. Sayılan maddelerin veyahut bir markanın tanınmış olduğunun ispatına yönelik her türlü belge. Bkz. TÜRKPATENT, “Markaların Tanınmışlık

Türkiye'nin her yerinde, herkes tarafından tanınmış olması gerekmeyp; hitap ettiği ilgili sektörde, muhatap tüketici çevresi tarafından tanınıyor olması yeterlidir¹⁷⁵. Zira her ürün tüm insanların ihtiyaç ve beklentilerine hitap etmeyebilir.

Görüldüğü üzere hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerde tanınmış markalar için atfedilen değer ve öngörülen korumanın kapsamı diğer markalara göre daha geniştir. Öyle ki tanınmış markayı, tüketici kitlesi markanın şöhreti gereği nerede olsa tanır, duyduğu veya gördüğü ilk anda o marka olduğunu anlar. Başka bir ifade ile tanınmış marka ile karşılaştığında refleksif çağrışımla markanın mal veya hizmetini anımsar¹⁷⁶. Hâl böyle iken tanınmış markanın başlı başına o mal veya hizmetin tercih edilme sebebi olduğu söylenebilir¹⁷⁷. Bu da piyasada tanınmış markanın ününden, prestijinden istifade etmek isteyenlerin faaliyetleri neticesinde iltibas tehlikesini gündeme getirir. Bu nedenle tanınmış marka için koruma kapsamının daha geniş oluşu oldukça yerindedir.

SMK m. 6/6'ya göre marka tescili için başvuru yapılan işaret; bir başka kişinin ismini, fotoğrafını, ticaret unvanını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içeriyorsa hak sahibinin itirazı ile marka tescil başvurusu reddedilecektir. Bu hâlde aynı veya benzer mal ve hizmet sınıflarında markasal kullanım olup olmadığı önem arz etmez. Kişilerin kendi ad ve soyadından oluşan bir işareti marka olarak tescil ettirmelerinde bir sorun yokken, üçüncü kişilerin izinsiz şekilde, tanınmış kişilere ait isim ve soy ismi kullanarak, tüketicide markanın sahibinin o tanınmış kişi olduğu algısı yaratacak şekilde haksız yarar sağlaması durumunda itiraz ile tescil başvurusu reddedilecektir.

Bununla beraber ortak marka veya garanti markasının on yıllık koruma süresinin sona ermesiyle birlikte yenilenmediğinde koruma süresinin sona ermesinden itibaren üç yıl içinde o marka ile aynı veya benzer işaret, aynı mal veya hizmet sınıfına dahil olarak tescil başvurusunda bulunulduğunda önceki marka hakkı sahibi, itiraz ederek markanın tescilini engelleyebilir.

Düzeyleri ile İlgili Esaslar ve Uygulaması”<https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/500B9FBD-FDBA-4F34-A822-B73C72D84A80.pdf;jsessionid=0702AFADF4878103F3EC87540C162947> (Erişim Tarihi: 17.05.2021).

¹⁷⁵ Güneş, *a.g.e.*, s. 53.; Hacıömeroğlu ve İnce, *a.g.m.*, s. 78.; Hamdi Yasaman, “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD. sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2004, s. 158.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 190-191.; Sarı, *a.g.e.*, s. 311-312.; Uğur Aktekin vd., “Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2016/2, s. 13.

¹⁷⁶ Arzu Oğuz, “Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 140, Nisan 2018, s. 41.

¹⁷⁷ Şule Dilmaç, *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 31.

SMK m. 6/8'e göre ise tescilli bir marka hakkı sahibi, yenilememe sebebi ile koruma süresi sona erse dahi sona ermeden itibaren iki yıl içinde markayı kullanmış olmak şartıyla bu iki yıl boyunca markası ile aynı veya benzer mal ve hizmet sınıfına dahil olup aynı veya benzer nitelikte olan işaretlerin marka olarak tesciline itiraz etmesi durumunda marka tescil başvurusu reddedilir. Görüldüğü üzere ortak ve garanti markası için öngörülen üç yıllık süre içerisinde eski marka hakkı sahibinin markayı kullanım şartı aranmazken bu fıkraya göre aranmaktadır. Aynı amaca hizmet eden bu iki fıkra arasında böyle bir farklılık olması çelişkili ve düşündürücüdür. Ya iki durum için de öngörülen süreler içinde markasal kullanım şartı aranmalıdır ya da ikisinde de bu şart kaldırılarak hakkaniyet gereği paralellik sağlanmalıdır.

SMK'da hem bir nispi ret nedeni (m. 6/9) hem de hükümsüzlük nedeni (m. 25/1) olarak düzenlenen kötü niyetle yapılan marka tescil başvurusu, 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi'nde mutlak ret nedenleri arasında yer almaktadır. Kötü niyetli marka tescili; marka sahibinin, markasını tescil ederken markanın kullanım gayesi ve işlevlerine aykırı biçimde iyiniyetli üçüncü kişilere baskı kurma, şantaj yapma, engelleme amacı ile hareket etme, marka ticareti yapma şeklinde markadan haksız yere yararlanma hâlinde söz konusu olur¹⁷⁸. Bununla beraber SMK'da kötü niyete ilişkin bir açıklama yapılmamış olmakla birlikte esasen başkasına ait olduğu bilinen markanın tescilini isteyen kişinin kötü niyetli olduğunun kabulü gerekir¹⁷⁹.

4.3.2. Tescil Prosedürü

Nice Anlaşması'na göre sınıflandırılan mal veya hizmet sınıflarına dahil ürünleri için marka tescil başvurusunda bulunacak kişiler, elektronik ortamda başvuru formunu doldurduktan sonra SMK m. 11'de belirtilen belgeleri de forma ekleyerek TÜRK PATENT'e başvurur. Marka tescil başvurusunu tacir olup olmamasına hatta bir işletme işletip işletmediğine bakılmaksızın SMK m. 3'te sayılan gerçek veya tüzel kişiler yapabilmektedir. Mülga 556 sayılı KHK'da marka başvurusu yapan kişinin ticaretle uğraştığını gösterir belge ibraz etmesi zorunlu iken SMK ile bu zorunluluğa son verilmiştir¹⁸⁰. Böylece başvuru anı itibari ile ticaretle uğraşmayan kişilerin markayı ileride kullanmak üzere tescil ettirilebilmesinin önü açılmıştır.

¹⁷⁸ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 194.

¹⁷⁹ Güneş, *a.g.e.*, s. 436.

¹⁸⁰ Arkan, *Ticari İşletme*, s. 314.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 195-196.; Mehmet Bahtiyar, *Ticari İşletme Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 154.

Kurum, başvuruyu aldıktan sonra öncelikle şekli incelemede bulunur. Eksiklik bulunuyor ise giderilmesi için başvuru sahibine iki aylık süre verilir. Bu süre içinde eksiklikler tamamlanmazsa başvuru, SMK m. 15 uyarınca işlemde kaldırılır.

Şekil yönünden bir problem bulunmuyorsa başvuru, alındığı tarih, saat, dakika ile kesinleşir ve esas yönünden inceleme safhasına geçilir. Bu aşamada SMK m. 5 kapsamındaki mutlak ret nedenleri incelenir. Bu konuda da bir aykırılık yoksa başvuru Resmi Marka Bülteninde yayımlanır. İlgili kişiler, başvuru konusu işarete mutlak veya nispi ret nedenlerinin bulunduğunu ileri sürerek başvurunun yayımından itibaren iki ay içinde, yazılı ve gerekçeli olarak başvuruya itiraz edebilirler. Belirtilmelidir ki ilgili olmayan üçüncü kişilerin itiraz hakkı bulunmayıp yalnızca görüş bildirme hakları bulunmaktadır. Üçüncü kişilerin görüş bildirme hakkı, itiraz niteliği taşımadığından yalnızca ikaz içeren irade beyanı olarak kabul edilebilir¹⁸¹. SMK m. 17'ye göre bu kişilerin görüşlerinin dikkate alınmaması durumunda dava açma hakları da yoktur. SMK m. 6/1 uyarınca yapılan itirazlarda, başvuru sahibinin talebi ile itiraz sahibi, başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıl içinde mal veya hizmetlerinde o markayı ciddi biçimde kullandığını veya kullanmamaya haklı sebepleri olduğunu kendine tanınan bir aylık süre içinde delillerle ispat etmelidir. Mülga 556 sayılı KHK'da yer almayan bu hükümle markanın amacına uygun şekilde efektif olarak kullanılması gaye edinilmiş ve kötü niyetli olarak tescil başvurularına itiraz edilmesinin de önüne geçilmiştir.

Son aşamada başvurusu tam yapılmış veya eksik olsa dahi eksiklikler tamamlanmış, bununla birlikte mutlak veya nispi ret nedeni olabilecek tescil engeli bulunmamış veya yapılan itiraz kesin olarak reddedilmiş ise markanın tescilinde artık bir engel kalmamış demektir. Marka sicile kaydedilerek tescil işlemi gerçekleştirilir. Tutulan bu sicil alenidir. SMK m. 22/3 uyarınca herkes sicili inceleyebilir, gerekli gideri ödemek koşulu ile örnek alabilir. Bununla birlikte kural olarak marka sahibinin tescilli markaya tanınan korumadan yararlanması tescil ile değil TÜRK PATENT'e yapılan başvurunun tamamlanması ile başlayacaktır.

4.4. MARKA HAKKININ KORUNMASI

4.4.1. Genel Olarak

Günümüzde rekabetin her alanda kendini gösterdiği ticaret hayatının yadsınamaz bir parçası olan “marka”, sahibine tanınan hakkın korunması gerekliliğini de beraberinde

¹⁸¹ Aker, *a.g.e.*, s. 89.

getirmektedir. İnovasyonun lokomotifi olma görevi üstlenen markanın, sahtecilik endüstrisinin giderek büyüdüğü, rekabetin arttığı dünyamızda, etkin bir işleve sahip olduğu tartışmasızdır. Marka hakkının korunması, marka sahibinin markası üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi, ondan başka kimsenin marka sahibinin izni olmaksızın markayı kullanamaması, ihlal durumlarında gerekli yaptırımların uygulanması anlamına gelmektedir. Marka hakkının elde edilmesi, yürütülmesi ve korunması tescil ile sağlanmaktadır¹⁸². Tescil ile sağlanan koruma, SMK m. 23'e göre başvurudan itibaren on yıldır ve onar yıllık süreler hâlinde yenilenmek suretiyle devam eder. Tescil kapsamındaki mal veya hizmetler, bu korumanın çerçevesini oluşturmaktadır. Bu durumun istisnası markanın farklı mal ya da hizmetlerde kullanılması durumunda da koruma sağlayabilen tanınmış markalar hususudur. Tescilsiz markalar ise genel hükümlere göre 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 54. madde ve devamında düzenlenen haksız rekabet kuraları ekseninde korunmaktadır¹⁸³.

Esas olarak marka hakkının korunumundaki temel ilke ülkeselliktir¹⁸⁴. Ülkesellik, marka hakkı sahibinin, markasının tescilli olduğu ülke sınırları içinde öngörülen haklardan faydalanacağı anlamına gelir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2019 tarihli bir kararında “...marka korumasında markanın ülkeselliği ilkesi geçerli olup, bir hak sahibi markasını hangi ülkede korumak istiyorsa o ülkede tescil başvurusunda bulunması gerekir. Her bir marka tescili kural olarak tescilli olduğu ülkenin coğrafi hudutlarıyla sınırlı olarak korunacaktır...” diyerek ülkesellik ilkesini açıklamıştır¹⁸⁵.

Öyle ki her devlet kendi prensiplerine göre marka hakkının korunumunda çizecek çerçevenin sınırlarını kendi tayin edebilir. Bu da ülkelerin gelişmişlik seviyesi ve sınai haklara atfedilen değer ölçüsünde değişkenlik gösterebilmektedir. Teknolojik donanımsızlıklar, altyapı yetersizlikleri, sermaye eksikliği, etkili bir hukuk sisteminin olmaması gibi nedenlerle bazı ülkelerde sınai hakların gelişmemesi doğal olarak makroekonomik faktörleri de etkileyebilmektedir. Zira ülkeler arasındaki fikri ve sınai mülkiyet hakları arasındaki etkinlik farkı ülkelerin gelişmişlik düzeyleri ile orantılıdır.

¹⁸² Güneş, *a.g.e.*, s. 193.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 429.

¹⁸³ RG, 14.02.2011, S. 27846.

¹⁸⁴ Çolak, *a.g.e.*, s. 609.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 431.

¹⁸⁵ Yargıtay 11. HD., E. 2017/3943 K. 2019/1154 ve 13.02.2019 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.05.2021).

4.4.2. Avrupa Birliği'nde Marka Hakkının Korunmasına İlişkin Düzenlemeler

Avrupa Birliği üye ülkelerinde bir marka, hem ticaret markası olarak ulusal düzeyde hem de Avrupa Birliği ticaret markası (EUTM) olarak tescil edildiğinde geniş kapsamda korunmaktadır. Markalarının uluslararası düzeyde korunmasının gerekli olmadığı görüşünde olan küçük ve orta ölçekli işletmeler, ulusal korumayı yeterli görürken; büyük şirketler özellikle uluslararası kapsamda marka koruması için Avrupa Birliği Fikri Mülkiyet Ofisi'nde (EUIPO) AB nezdinde markalarını tescil ettirmektedirler. Yukarıda açıklanan¹⁸⁶ ve günümüzde yürürlükte bulunan marka hakkının korunmasına ilişkin tüzük ve yönerge paralelinde sağlanan marka koruması, AB'nin ticari ve ekonomik hayatını olumlu yönde etkiler niteliktedir.

4.4.3. Mülga 556 Sayılı KHK'da Marka Hakkının Korunması

SMK'da olduğu gibi mülga 556 sayılı KHK'da da marka korunması tescil ile mümkün olabiliyor idi. Tescilin ilanı ile ise marka hakkı sahibi, korunmadan doğan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmekteydi. Marka hakkının ihlali addedilebilecek türde fiiller, söz konusu KHK'nın Sekizinci Kısım "Marka Hakkına Tecavüz Durumları" başlığı altında m. 61'de, marka sahibinin talepleri ise m. 62'de düzenlenmişti.

4.4.4. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Düzenlemesi

Amacı marka, tasarım, coğrafi işaret, faydalı model, patent ve geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu yönüyle teknolojik, ekonomik gelişmenin gerçekleştirilmesi olan 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu ile sağlanan marka koruması, tescil ile elde edilebilir.

Kural olarak (istisna: SMK m. 5/3 uyarınca muvafakat verilmesi) bir markanın ancak bir sahibi olmalıdır¹⁸⁷. Marka sahibinin haklarını ihlal edici davranışlarda bulunulması durumunda tescilin sonucu olarak SMK anlamında marka hakkının korunması, ihlale karşı marka hakkı sahibinin talepleri, ihlal eden kişiye karşı öngörülen yaptırımlar fiiliyata dökülecektir. Bu husus SMK m. 7 ve m. 29'da hüküm altına alınmıştır. Marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiiller, SMK m. 29'da tahdidi olarak sıralanmıştır. Marka hakkının ihlali durumunda marka hakkı sahibi, hukuki veya cezai yaptırım uygulanması talebinde bulunabilir. Bu nedenle SMK sistematığıne göre ihlal

¹⁸⁶ Bkz. Birinci Bölüm, s. 26 vd.

¹⁸⁷ Güneş, *a.g.e.*, s. 205.

durumundaki sorumluluk; hukuki sorumluluk ve cezai sorumluluk olarak ikiye ayrılmaktadır. İleride¹⁸⁸ ayrıntılı olarak irdelenecek konunun, bu kısımda genel hatları itibarıyla açıklanması ile yetinilecektir.

4.4.4.1. Hukuki Sorumluluk (SMK m. 149)

Tescilden doğan haklara münhasıran sahip olan marka hakkı sahibi, hakkını ihlal edici bir durumun meydana gelmesi hâlinde tecavüzün durumuna ve niteliğine göre fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti; muhtemel tecavüzün önlemesi; tecavüzün durdurulması; tecavüzün kaldırılması; maddi, manevi ve itibar zararlarına ilişkin tazminat taleplerinde bulunabilir. Bunların yanı sıra, tecavüze konu ürünlere ve bunların üretiminde kullanılan cihaz, teçhizat vb. el konulmasını isteyebilir. Bu el konulan ürünlerde mülkiyet hakkının kendine tanınmasını, tecavüzün devamını engellemek için gerekli tedbirlerin alınmasını, ürünler üzerinden markasının silinmesini ve ilgili hâllerde imhasını isteyebilir. Hukuki koruma kapsamında açılacak tüm bu davalar, TTK m. 4 uyarınca mutlak ticari dava vasfı taşır¹⁸⁹. Tüm bunlara ek olarak SMK m. 159/1'e göre marka hakkı sahibinin ihtiyati tedbir talep etme hakkı da bulunmaktadır.

Ayrıca belirtmelidir ki SMK'nın marka hakkı sahibine sağladığı koruma, yalnızca mükerrer kullanım ve tecavüz durumları ile sınırlı değildir. Markanın sözlük, kitap, ansiklopedi gibi eserlere konularak jenerik ad haline getirmek sureti ile ayırt ediciliğinin yitirilmesi tehlikesi durumuna karşı düzeltme hakkı da bu koruma kapsamındadır¹⁹⁰.

4.4.4.2. Cezai Sorumluluk (SMK m. 30)

Marka hakkı, esasen özel olarak düzenlenen marka kanunları ile özel hukuk içinde koruma alanı bulur¹⁹¹. Ancak SMK'da bir takım cezai hükümlere de yer verilmiştir. Bu bağlamda marka hakkının ihlali hâllerindeki cezai sorumluluk SMK m. 30'da düzenlenmiştir. Buna göre; başkasının marka hakkına iltibas veya iktibas ile tecavüz ederek mal üreten yahut hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ticari amaçla satın alan, ithal ya da ihraç eden, bu ürünleri nakleden, bulunduran veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

¹⁸⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm s. 112 vd.

¹⁸⁹ Aytekin Çelik, *Ticaret Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 63.; Güneş, *a.g.e.*, s. 421.

¹⁹⁰ Güneş, *a.g.e.*, s. 264-265.; Yarar, *a.g.e.*, s. 133.

¹⁹¹ Julius Gierke, *Handelsrecht und Schifffahrtsrecht*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin 2017, s. 95.

Markayı mal veya ambalaj üzerinden yetkisiz kaldıran kişi ise bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezai yaptırımını ile cezalandırılır.

Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise yetkisi olmadan başkasına ait marka hakkı üzerinde devir, lisans, rehin suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Maddede sayılan suçlar tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde ise güvenlik tedbirlerine de hükmedilir. Belirtilmelidir ki soruşturulma ve kovuşturulması şikayete bağlı olan bu suçlarda makamlar re'sen harekete geçmemektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKA HAKKININ İHLALI

1. GENEL OLARAK

Sınai Mülkiyet Kanunu ile sağlanan marka koruması tescil ile elde edilir. Tescilden doğan haklar da münhasıran marka hakkı sahibine aittir¹⁹². Tescilin bu nedenle bir markayı hukuken var etme ve korumanın en etkili yolu olduğu söylenebilir. Tescil kapsamındaki mal veya hizmetler, ticari hayatta ancak böyle tam korumaya sahip olabilir. Öyle ki Türk Hukukunda tescilli marka SMK hükümleri çerçevesinde korunabilecektir. Aksi takdirde tescilsiz marka, SMK hükümlerinin sağladığı geniş korumadan mahrum kalarak TTK'nın haksız rekabete ilişkin hükümleri uyarınca korunabilir¹⁹³. Öyle ki marka hakkının korunmasına ilişkin içerdiği özel hükümler ve sağladığı geniş koruma ile esasen uygulanması gereken hükümler, SMK hükümleri olmakla birlikte SMK'nın koruma sağlayamadığı, yetişemediği veya yetersiz kaldığı yerde TTK'nın devreye girmesi gerektiğinin kabulü gerekir¹⁹⁴. Bir işletmeye ait mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırt etmeye yarayan markanın, piyasada var olma ve varlığı etkin sürdürme için zaruri olduğu ve bu nedenle işletmenin en önemli unsurlarından olduğu düşünülürse hakkın tam ve kapsamlı korunumunun da ne denli önemli ve gerekli olduğu idrak edilebilir.

Günümüz dünyasında, ticari hayattaki rekabetin her geçen gün artması ile markanın, ayırt edicilik ve menşei gösterme fonksiyonları gibi birçok yönden, işletmeler için ticari hayatta var olma ve piyasada etkin rol oynama konusunda ehemmiyeti daha da artmıştır. Bununla beraber ne yazık ki işletmelerin markaları ile bütünleşerek tanınır hale gelmesi ile birlikte tescilli bir markayı haksız şekilde kullanarak kısa yoldan kendine müşteri çevresi oluşturan, gerekli araştırma ve geliştirme çalışmaları yapmadan, reklam için ayırması gerektiği kadar bütçe ayırmadan, emek ve zaman sarf etmeksizin hazır konan fırsatçılar da piyasada yaygınlaşmaktadır. Sahtecilik endüstrisinin hızlanmasıyla sayıları hiç de azımsanmayacak bu fırsatçı kişilerle mücadelede marka hukuku özelinde de güçlü bir hukuki koruma elzemdir.

¹⁹² Arkan, *Marka Hukuku*, C. I, s. 7.

¹⁹³ Çalışmamızın konusu esasen marka hakkının 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu hükümleri uyarınca korunması ve ihlal hâlinde meydana gelen hukuki sonuçları olduğundan TTK uyarınca haksız rekabete ilişkin korumaya ayrıca yer verilmemiştir. Bu bağlamda haksız rekabet hükümleri çerçevesinde sağlanan hukuki koruma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Enes Kara, *Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul 2020, s. 60 vd.

¹⁹⁴ N. Füsun Nomer Ertan, *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 180-181.

İnternetin kullanımının ticari hayatta da yaygınlaşması ile birlikte elektronik ticaret dönemi, geniş ürün yelpazesi, mal ve hizmetlere ulaşmada hız ve kolaylık, fiyat rekabeti gibi bir çok avantaj sağlanmış olsa da marka ihlallerinin araçlarından biri hâline geldiği de su götürmez bir gerçektir. Zira tüketicinin çoğu zaman görmeden, dokunmadan dolayısıyla duyu organları ile ulaşmak istediği ürün olup olmadığına tam olarak vâkıf olmadan aldığı bu ürünlerde, taklit markalı ürünlerle karşılaşabilme olasılığı daha yüksektir. Hizmet markaları özelinde düşünüldüğünde de gün geçtikçe sayısı artan internet üzerinden emlak ve otelcilik hizmetlerinde yaşanan marka ihlalleri, ilk akla gelenlerdir. Tüketiciyi yanıltarak bilindik marka sitelere çok benzer siteler tasarlayarak, alan adları alarak piyasada yer edinmeye çalışan bu kişiler, yoğun çalışma hayatı sebebiyle zaman bulamayan, internetin uzaktan sağladığı kolaylık ve konfordan yararlanmak isteyen binlerce kişiyi mağdur edebilmektedir. Yalnızca tüketici açısından değil marka hakkı sahibinin de birçok yönden özellikle maddi ve manevi bütünlüğü ile oluşturduğu imajın yıkılması, itibar zedelenmesi ve kaybı gibi sonuçlarla olumsuz etkilenmesine sebep olan marka ihlalleri ile mücadele, bu nedenlerle oldukça önem arz etmektedir. Nitekim marka hakkı sahibinin belki de yıllarını vererek, yoğun emek sarf ederek ve yüksek bütçe ayırarak müşteriler nezdinde kazandığı güven ve saygınlığın, üçüncü kişilerin haksız kullanımı ile yerle yeksan edilmesi en istenmeyen sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.

Marka hakkı sahibine, markanın tescili ile birlikte marka üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma imkanı getirilmesinin yanı sıra kendisinden izin alınmadan başkalarının markayı ekonomik amaçlı olarak haksız şekilde kullanmasını engelleme hakkı da tanınmaktadır. Marka hakkının ihlali, aslen hukuki anlamda haksız fiilin özel bir tezahürüdür¹⁹⁵. Haksız fiil; hukuka aykırı olarak başka birinin şahıs ve mal varlığına zarar verilmesi olarak tanımlanabilir. Ancak marka hakkı ihlali; fiil, hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurlarını bir arada barındıran haksız fiilden bazı yönleri ile farklıdır. Nitekim marka hakkı ihlalinde, bir eylemin tecavüz olarak addedilebilmesi için kusurun varlığı genel olarak aranmayıp bu husus bazı durumlarda yalnızca tazminat bakımından önem arz eder. Ayrıca kanunda düzenlenmiş olan marka ihlali yaratan fiillerin aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiği de ifade edilmelidir¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Meran, *a.g.e.*, s. 490.; Karabulut, *a.g.e.*, s. 71.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 264.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 491.; Yasaman vd., *a.g.e.* s. 1773.

¹⁹⁶ Fatma Karaman Odabaşı, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 57.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 261.

Tescilli markanın ihlali konusu özel hukuk bakımından, ihlal addedilebilecek fiiller ile bu fiillerin hâl ve şekilleri, SMK 7. maddede “Marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları” başlığı altında ve “Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller” başlıklı 29. madde hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir. İhlal niteliği teşkil eden haksız kullanımlar ve marka hakkı sahibinin söz konusu fiilleri engelleme hakkı, bu bağlamda değerlendirilerek marka hakkı sahibinin haklarına hâlel gelmemesi için hukuki koruma yolları yaratılmıştır. Tescilsiz markalar için ise TTK’nın haksız rekabet hükümleri, marka ihlali hâlinde hukuki koruma sağlamaktadır.

2. İHLAL KAVRAMI

Türk Dil Kurumuna göre ihlal; bozma, zarar verme, yasa ve düzene uymama anlamlarına gelmektedir¹⁹⁷. Hukuki anlamda ihlal ise hukuk tarafından korunmaya değer görülmüş hakkın, tecavüze uğraması nedeni ile korunan menfaatin zarar görmesi durumu olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda bir fiilin “ihlal” olarak adlandırılabilmesi için öncelikle hukuka aykırılık unsurunu bünyesinde ihtiva etmesi gerekir. Bunun yanı sıra hukuka uygunluk nedenlerini de taşımamalıdır. Marka hakkı, sahibine tescil ile herkese karşı ileri sürülebilen, ona inhisari hak ve yetkiler tanıyan mutlak bir hak bahşettiğinden ihlali de hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Bir fiilin SMK anlamında marka ihlali sayılabilmesi için; tescilli bir markanın varlığı; bu tescilli markanın marka hakkı sahibinin izni olmaksızın kanunda sayılan biçimlerden biri ile üçüncü kişi tarafından ekonomik amaçla kullanılması; haksız kullanımın markanın tescil edildiği ülke sınırlarında gerçekleşmiş olması ve tescil ile öngörülen koruma süresi içinde gerçekleşmiş olması şartlarının bir arada bulunması gerekir.

SMK’da sıklıkla tecavüz terimi kullanılmış olsa da çalışmamızda daha geniş bir kapsamı ifade eden terim olması nedeniyle genellikle “ihlal” sözcüğü kullanılacak olup yer yer bu iki kavram, birbirinin yerini karşılayacak şekilde ifade edilebilecektir.

3. MÜLGA 556 SAYILI KHK’DA MARKA İHLALI

Bilindiği üzere 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, 2017 itibarıyla yürürlüğe girmiş olup daha yeni tarihli sayılabilecek bir hukuki düzenlemedir. Bu nedenle hâlihazırdaki Yargıtay içtihatlarının da birçoğu mülga 556 sayılı KHK’ya göre

¹⁹⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (www.tdk.gov.tr), (Erişim Tarihi: 02.06.2021).

şekillenmiştir. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında, mülga KHK’da yer edinmiş marka hakkı ihlal maddelerine kısaca değinilmesi yerinde olacaktır.

Mülga 556 sayılı KHK 61. maddede, tahdidi olarak marka hakkını ihlal edici niteliği haiz eylemler sıralanmıştır. Bunlardan ilki, SMK m. 7 ye karşılık gelen KHK m. 9’da belirtilen biçimlerde marka hakkı sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişi tarafından markanın kullanılması durumudur. Dolayısıyla marka ihlali ile ilgili olarak burada m. 9 ve m. 61’in ön plana çıktığı söylenebilir. İlgili maddelerin birçoğu SMK ile benzer olduğundan mülga 556 sayılı KHK’daki tüm marka ihlal düzenlemelerine yer vermektense bu kısımda yalnızca SMK ile ayrışan yönleri, farklılıkları üzerinde durulması konunun işleyişi açısından yeterli görülmektedir.

Öncelikle KHK’nın 9. maddesi incelendiğinde, SMK’da yer verilen bazı haksız kullanım şekillerinin maddede yer bulmadığı fark edilir. Bunlardan ilki, KHK’da işareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasının pek de anlaşılmayan bir ifade ile haksız kullanım şekilleri arasında yer almasıdır. SMK’da bu hükme karşılık olarak “işareti taşıyan malın ihraç veya ithal edilmesi” gelmektedir. Bu bağlamda KHK’da açık ifade kullanmak yerine bu şekilde bir kullanımın tercih edilmiş olması, transit malların marka ihlali yaratıp yaratmadığı konusunda karışıklık ve doktrinde tartışmaları da beraberinde getirmekteydi¹⁹⁸. Öyle ki kararname metninin lafzi yorumundan, malın gümrüğe girmesi veya gümrükçe onaylanmış işleme tabi tutulması hükmü, transit mallar için de uygulanmış ve bu şekilde ülkemizden transit olarak geçen ihlal konusu işareti taşıyan ürünlerin de marka ihlali nedeni ile engellenebileceğine yönelik kabuller bulunmakta idi¹⁹⁹. Bu nedenlerle SMK’da ithal veya ihraç terimlerinin kullanılmış olması ihlal kapsamını daraltarak daha net bir ifade ile ortaya konulması yerinde olmuştur²⁰⁰.

Diğer bir farklılık ise işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması durumudur. Uygulamada sıklıkla karşılaşılabilen bu duruma, madde metninde haksız

¹⁹⁸ Tahir Saraç, “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 2, 2007, s. 446.

¹⁹⁹ Mülga KHK döneminde uygulamada Yargıtay’ın verdiği farklı yöndeki kararlara da bakılacak olursa transit malların bu kapsamda marka ihlali yaratıp yaratmadığı konusunda ortak paydada buluşulmadığı aşikardır. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1999/4928 K. 1999/7026 ve 23.09.1999 tarihli kararında bu tür transit malların Türkiye’den geçmekle Türkiye’de tescilli bir marka hakkını ihlal etmediğinden bahisle transit malların tecavüz teşkil etmeyeceğine hükmetmişken; bundan takribi beş yıl sonra görüşünü değiştirerek E. 2003/8321, K. 2004/3406 ve 01.04.2004 tarihli konuya ilişkin kararında olduğu gibi transit malların marka hakkına tecavüz teşkil edeceği yönünde kararlar vermeye başlamıştır. (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.07.2021).

²⁰⁰ Türkiye’de tescilli markaya ait işareti taşıyan transit malların, marka ihlali teşkil edip etmediği mevzusuna çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıca yer verileceğinden bu kısımda yalnızca genel hatlar itibari ile bilgi verilmesi yeterli görülmektedir. Bkz. s. 80-82.

kullanım biçimleri arasında yer verilmemiş olması şaşırtıcıdır. Bununla birlikte tescilli markanın haksız olarak üçüncü kişi tarafından ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasının yasaklanabileceğini öngören bu özel korumanın, diğer sınai mülkiyet hakları için düzenlenmemiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir²⁰¹.

Bir başka farklılık ise işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması hâlidir. En genel tanımıyla karşılaştırmalı reklam; “*Tanıtımı yapılan mal veya hizmete ilişkin hususlarla aynı amaca ya da aynı ihtiyacı karşılamaya yönelik rakip mal veya hizmetlere ilişkin hususların karşılaştırıldığı reklamlar*”²⁰² dir. Bu husus, her ne kadar ileride ayrıntılı olarak incelenecek olsa da²⁰³ burada da konunun anlaşılması bakımından açıklanmasında yarar vardır. Tam olarak ismen zikredilmese de karşılaştırmalı reklamlar, mevzuatta gerek TTK m. 55/5 gerek TKHK m. 61 hükümleri ile yer almasına karşın Türkiye’de yakın sayılabilecek bir zamana kadar markaların, karşılaştırmalı reklam yolu ile tüketiciye ulaşması yasaktı. Daha sonra yapılan AB ile mevzuatımızı uyumlaştırma çabaları sonucu karşılaştırmalı reklamlara Türk Hukukunda cevaz verilmiştir. Ancak getirilen sınırlamalar ile mevzuatımıza göre diğer ülkelerin aksine, doğrudan karşılaştırmalı reklamların yapılmasının mümkün olmadığı da söylenmelidir²⁰⁴. Liberal ekonomilerde efektif rekabetin sağlanması açısından oldukça önem arz eden karşılaştırmalı reklamlara KHK’da yer verilmemiş olması bu anlamda düşündürücüdür.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiiller başlığını taşıyan 61. madde ile aynı doğrultuda SMK m. 29 karşılaştırılacak olursa da bazı farklılıklar göze çarpmaktadır. Yine burada da gümrükçe onaylanmış işleme tabi tutmak fiili yer alırken SMK’da bunun yerine ithal veya ihraç işlemlerine tabi tutulması deyimi daha doğru olarak seçilmiş ve kullanılmıştır. Bunlar dışında belirtilmelidir ki önceden KHK 61. madde (e) bendinde yer alan “*füllere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun füllerin yapılmasını kolaylaştırmak*” ile yine 61. maddenin (f) bendinde yer alan “*kendisinde bulunan ve başkası adına tescilli bir markayı veya ayırt edilmeyecek derecede benzerini taşıyan ürünün veya ticaret alanına çıkarılan malın nereden*

²⁰¹ Çağlar, *Sınai*, s. 146.

²⁰² Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/1-ğ. Bkz. RG, 10.01.2015, S. 29232.

²⁰³ Bkz. İkinci Bölüm, 4.3.2.7. İşaretin Hukuka Uygun Olmayan Şekilde Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılması, s. 87.

²⁰⁴ Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nde 2018 yılında yapılan değişiklikle 8. maddenin 1. fıkrasına “*rakilere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmemesi*” ibaresi eklenmiştir. Böylece Türk Hukuku’nda artık doğrudan karşılaştırmalı reklam yapılmasının mümkün olmadığı söylenmelidir. Bkz. RG, 28.12.2018, S. 30639.

alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak” şeklinde ifade edilen ihlal hâlleri 2009’da yapılan değişiklik ile madde metninden çıkartılmıştır²⁰⁵.

Söz konusu maddenin bahsedilen (e) bendi, öğretide “*dolaylı tecavüz*” olarak da adlandırılır²⁰⁶. Nitekim burada doğrudan markaya bir tecavüz bulunmamakla birlikte marka hakkı ihlalinde bulunan kişiye, bir yardım veya teşvik söz konusudur. Buna göre bir malın üzerine yerleştirilecek taklit markayı - baskı, yapııştırma, işleme, zımbalama, dikme, kabartma, kazıma gibi - herhangi bir yolla yerleştirme işlemi yapan, malların taşınma veya depolanması işini üstlenen, taklit markalı ürünlerin reklamını yapan kişi (işçiler mütecaviz ile aralarındaki iş akdi gereğince yükümlü oldukları işi gerçekleştirdiklerinden bu kapsamda sorumlu değiller) tecavüze iştirak etmiş sayılıyordu²⁰⁷. Örneğin bir ürün üzerine taklit markayı matbaada basan kişinin, bu madde uyarınca fiile iştirak etmiş olduğu, dolayısıyla dolaylı yoldan marka hakkına tecavüz ettiği kabul edilmekteydi. Ancak bunun için kişilerin, mütecavizin fiilinin ihlal niteliği taşıdığını bilmesi veya bilebilecek durumda olması şartı aranmaktaydı²⁰⁸. Öyle ki ürünlerin taklit olduğunu bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan kişi, zikredilen fiillerden birini gerçekleştirmiş olsa dahi tecavüze iştirak etmiş sayılmaz. 2009 yılında yapılan değişiklikle bu iki bent kararnameden çıkarılmış ve yürürlükteki mevzuatta da bunlara marka ihlali sayılan fiiller arasında yer verilmemiştir.

4. 6769 SAYILI SINAI MÜLKİYET KANUNU KAPSAMINDA MARKA HAKKININ İHLALI

4.1. GENEL OLARAK

6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun amacı; marka, coğrafi işaret, tasarım, patent, faydalı model ile geleneksel ürün adlarına ilişkin hakların korunması ve bu suretle teknolojik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktır²⁰⁹. Nitekim bir ülkede sınai haklara tanınan koruma ile yeni ve özgün çalışmaların desteklenmesi ve koruma ekseninde piyasadaki rekabet ortamının şekillenmesi, ülke ekonomisi için de olumludur.

²⁰⁵ Kararnamede yapılan değişiklik 28.01.2009 tarih ve 27124 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5833 sayılı Kanunun 2. maddesi ile gerçekleşmiştir.

²⁰⁶ Ömer Camcı, *Haksız Rekabet Davaları - 2*, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 2002, s. 20-21.

²⁰⁷ Meran, *a.g.e.* s. 514.

²⁰⁸ Savaş Bozbel, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 498.

²⁰⁹ Bkz. SMK m. 1.

Marka hakkı sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişi tarafından tescilli markadan haksız yarar elde edilmesi, faydalanılması ve markanın sömürülmesi markaya saldırı, tecavüz niteliği taşıdığından bu tür davranışlar, marka hakkının ihlali anlamına gelir. Bu bağlamda marka hakkı sahibi, hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesini ve bu fiillerden kaynaklı ortaya çıkan zararların tazminini talep edebilir. Marka hakkı ihlal edildiğinde hem hukuki hem de cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Böylece marka hakkı ihlale uğrayan kişinin mağduriyetinin önlenmesi veya giderilmesi bir ölçüde sağlanabilmektedir. Hakkın korunmasının temelinde, marka hakkı sahibinin bireysel yararı ile birlikte asıl olan kolektif fayda amaçlandığından, ticari hayatın sağlıklı işleyebilmesi için ihlal durumunda belli yaptırımların öngörülmüş olması olağandır.

Üçüncü kişinin tescilli marka ile ilgili olarak mal veya hizmetler kapsamında kazanç elde etme amacı bulunmasa bile işareti ekonomik amaçla kullanımı, marka hakkını ihlal edicidir²¹⁰. Belirtilmelidir ki SMK'da sayılan fiillerin marka ihlali olarak addedilebilmesi için en önemli unsur, markanın üçüncü kişi tarafından kullanımının ekonomik amaçlı olmasıdır²¹¹. Ancak doktrinde bu tür bir haksız kullanımın mutlaka markasal olması gerekmediğini, işaretin herhangi bir şekilde ticaret alanında ticari amaçla kullanılmasının yeterli olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır²¹². Bu görüşün aksine marka ihlalinin varlığı için haksız kullanımın mutlaka markasal nitelik taşıması gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlar da bulunmaktadır²¹³. İlgili Yargıtay kararlarında ise markasal kullanımın kriterleri net ifadelerle ortaya konmamakla birlikte işaretin mal veya hizmetle ilişkilendirilebildiği durumlar, markasal kullanma kabul etmektedir. Örneğin Yargıtay konuya ilişkin olarak verdiği; ihlal konusu işaretin iş evraklarında veya iş yerinin tabelasında ön planda olacak şekilde kullanıldığı uyuşmazlıklarda, bu tarz kullanımları markasal kabul etmiş ve marka hakkı ihlali olduğu yönünde hüküm tesis etmiştir²¹⁴. Markasal kullanım, bir işaretin mal veya hizmetler için ayırt edicilik amacına hizmet edecek şekilde kullanılması olarak tanımlanabilir. Bir işaretin markasal olarak

²¹⁰ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 161.

²¹¹ Ekonomik amaç olarak nitelendirilen durum, ürünün mutlaka bir bedel karşılığında verilmesi olarak anlaşılmalıdır. Öyle ki bir ürünün yanında bir markaya ait başka bir ürünün eşantyon olarak tüketiciye sunulması durumunda, marka hakkı sahibi karşılığında bir bedel almaya da tanıtım amacı gerçekleştiğinden ekonomik amaçlı bir faaliyette bulunulduğu söylenebilir.

²¹² Marka hakkı tecavüzü için işaretin mutlaka markasal kullanımının zorunlu olmadığı, ticaret sahasında kullanımının başlı başına ihlal için yeterli olduğu şeklinde görüş bildiren yazarlar için bkz. Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1998, s. 214 vd.; Arkan, *a.g.m.*, s. 5-13.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 240.; Sevgi Epçeli, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 126.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 433.

²¹³ Hayrettin Çağlar, *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara 2015, s. 108.; Yarar, *a.g.e.*, s. 247.

²¹⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2009/8565 K. 2011/1649 ve 14.02.2011 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.07.2021).

kullanılıp kullanılmadığı ise ancak piyasada söz konusu işaretin marka olarak algılanıp algılanmama durumu ile saptanabilir²¹⁵.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin düzenlendiği SMK m. 29'da, marka hakkının koruma kapsamındaki haksız kullanım halleri ve haksız kullanım şekillerinin yer aldığı m.7'ye yollama yapılmak suretiyle hangi eylemlerin ve şekillerin ihlal niteliği taşıdığıнын çerçevesi çizilmiştir. Bütün olarak düşünüldüğünde SMK sistematüğinde, ihlal sayılan fiillerin, haksız kullanım hâl ve biçimlerinin dolayısıyla madde 7 ve madde 29'un aynı madde metninde veyahut art arda düzenlenmesi daha doğru olurdu. Kanunda genel kapsam itibari ile aynı konuyu düzenleyen, marka ihlali arz eden fiil ve bu fiillerin oluş hâl ve biçimlerini ihtiva eden bu hükümlerin, parçalı yapıda birbirine uzak şekilde düzenlenmiş ve böyle bir ayrıma gidilmiş olması, konunun bütünlüğü açısından da yerinde değildir.

Çalışmamızın bu bölümünde, konunun daha net anlaşılması amacıyla öncelikle ihlal sayılmayan hâllere yer verilecek; daha sonra SMK m. 29/1-a yollaması ile madde 7'de yer alan haksız kullanım hâl ve şekilleri ayrıntılı şekilde incelenecek; ardından madde 29'da yer alan diğer tecavüz niteliğindeki fiiller, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında ortaya konmaya çalışılacaktır. Son kısımda ise teknolojinin her alanda kendini hissettirdiği günümüz dünyasında, internetin ticari hayatta yaygınlaşması ve bu alanda yaşanan ihlallerin de artması münasebeti ile "internet yoluyla marka hakkının ihlali" konusuna atfedilen değer nedeni ile bu konu ayrı bir başlık altında ele alınarak tüm boyutlarıyla ifade edilmeye çalışılacaktır.

4.2. MARKA İHLALİ SAYILMAYAN FİİLLER

Marka hakkı sahibi, tescil ile markayı kullanma konusunda münhasır bir hakka sahip olur²¹⁶. Ancak tescil; marka hakkı sahibine sınırsız bir koruma, başka bir ifade ile tekel bahşetmez. Ticari hayatın dürüstlük içinde, kesintisiz ve olağan akışında işleyebilmesi için üçüncü kişilerin menfaatleri ile marka hakkı sahibinin hakkının korunması arasında bir denge kurulması zaruridir. Nitekim bir işaretin, sırf tescilli olduğu için marka hakkı sahibinin mutlak egemenliğinde olduğunun kabulü hâlinde adaletsiz sonuçlarla karşılaşılması muhtemeldir. TRIPS m. 17'de bu husus "*Üyeler, bu tür istisnalarda marka sahibinin ve üçüncü kişilerin meşru menfaatlerinin dikkate alınması koşuluyla, tanımlayıcı terimlerin dürüst kullanımı gibi, bir marka ile tanınan haklara*

²¹⁵ Arkan, a.g.m., s. 5.

²¹⁶ Yaman, a.g.e., s. 20-21.

sınırlı istisnalar uygulayabilirler.” şeklinde ifade edilerek bu tür hâllerde ülkelerin kendi mevzuatlarında birtakım sınırlamalar getirerek marka hakkı sahibinin tescilden doğan haklarına istisnalar uygulanabileceği vurgulanmıştır.

Bu nedenle ticari hayatta menfaatler dengesinin sağlanması amacıyla marka hakkına kanunla birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Aşağıda açıklanacağı üzere bu hâller; SMK m. 7/5’te üç bent şeklinde yer verilen “Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçindeki Kullanımlar”, SMK m. 8’de ifade edilen “Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması” ve SMK m. 152’de yer edinen “Marka Hakkının Tükenmesi” olarak sıralanabilir.

4.2.1. Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçindeki Kullanımlar

SMK m. 7/5’e göre marka hakkı sahibi, dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde olmak şartı ile markasının üçüncü kişiler tarafından maddede belirtilen şekillerde kullanımını engelleyemez²¹⁷. Burada ifade edilen “*dürüstçe kullanım*” kavramı, hem 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²¹⁸ anlamında dürüstlük kuralı ve iyi niyeti hem de ticari ve sınai teamüllere uygun kullanımı ihtiva eder²¹⁹.

Maddede belirtilen kullanım şekilleri: gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi; malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması ve özellikle aksesuar, yedek parça veya eş değer parça ürünlerinde malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılmasıdır. Öyle ki bu hâllerde marka hakkı sahibi, markasının üçüncü kişiler tarafından kullanımını engelleyemeyecektir. Başka bir ifade ile marka hakkı sahibi, üçüncü kişiler tarafından markasının veya unsurlarını içeren işaretlerin mal ve hizmetlere ilişkin açıklayıcı ve tanımlayıcı şekilde kullanılmasına marka hakkı sahibi olduğu savıyla engel olamaz²²⁰.

²¹⁷ Madde metninde zikredilen “dürüstçe kullanım” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususuna çeşitli Yargıtay kararlarında yer verilmiş olmakla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen 2015 tarihli bir kararda dürüst kullanım şöyle ifade edilmiştir: “...*Bu işaretin kullanımına izin verilebilmesi için bu kullanımın dürüstçe, mehak hükme daha sadık bir ifade ile “ticari veya sınai açıdan dürüst telakki edilecek tarzda” gerçekleştirilmesi gerekir. Üçüncü bir kişinin sırf bir başkasının itibarlı kılınmış markasını kullanmak suretiyle haksız avantaj elde etmek veya bir markanın ayırt edici karakterine zarar vermek niyetinde olduğunun anlaşılması hâlinde davranışının ticari veya sınai açıdan dürüstlüğü kabul edilemez sayılacağı aşikardır...*” Kararın tam metni için bkz. Yargıtay HGK., E. 2013/2286, K. 2015/1449 sayılı ve 27.05.2015 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

²¹⁸ RG, 22.11.2001, S. 24607.

²¹⁹ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 248.; Çolak, *a.g.e.*, s. 633.

²²⁰ Adem Yaşar, “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (M. 12) ve İlgili Yargıtay Kararları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2016, s. 912. İsviçre Hukuku’nda da benzer şekilde düzenlenmiş olan bu duruma göre marka, sahibine üçüncü kişilerin kendi adlarını veya adreslerini

Bu madde kapsamında öncelikle gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesinin marka hakkı ihlali oluşturmayacağı ifade edilmiştir. Madde metninde ilk göze çarpan husus, mülga KHK'nın aksine “gerçek kişiler” ibaresine ver verilmiş olmasıdır. Böylece istisnanın tüzel kişiler için değil yalnızca gerçek kişiler dâhilinde sağlanması prensibi kabul edilmiş ve tüzel kişiler kapsam dışı bırakılmıştır. Türk Medeni Kanunu uyarınca insana insan olması münasebeti ile verilen kişilik haklarından olan kişinin sahip olduğu ad ve soyadını, ticari faaliyetlerinde kullanması dokunulmaz, sınırlandırılmaz haklardandır. Kişi, kendi ad ve soyadını ticari hayatın olağan akışı içinde dürüstçe kullanıyor; adı ile aynı veya benzer tescilli markadan haksız yararlanma amacı gütmeyen ticari faaliyetlerine devam ediyorsa marka hakkı sahibi, markasının ihlale uğradığı gerekçesi ile bu kullanımı yasaklayamayacaktır. Örneğin piyasada bilinen bir tuz markası olarak “Billur Tuz” varken aynı şekilde Billur isminde bir kişinin kartvizitinde kendi isminin kullanımı, marka hakkı sahibi tarafından engellenemeyecektir²²¹. Bunun yanı sıra gerçek kişilerin, adreslerindeki bir unsuru ihtiva eden ibareyi (örneğin mahalle, sokak, ilçe, şehir adı gibi) bunlar aynı zamanda başkası adına tescilli marka olsalar dahi ticari hayatın olağan akışı içinde ve dürüstçe kullanması sorun teşkil etmez. Örneğin piyasada Bolu'nun Abant İlçesi'nden çıkarılan ve adını da kaynağından alan “Abant®” markalı su emtiasının bulunması, yine aynı ilçede üretim tesisi olan bir su firmasının şişelerinde üretilen ilçeyi belirtmek amacıyla “Abant” kelimesini kullanması, marka sahibi tarafından engellenemez.

Bir diğer istisna ise SMK m. 7/5-b'de yer alan tanımlayıcı, açıklayıcı kullanım hâlleridir. Bunlar; mal veya hizmetin tür, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunulmuş zamanı ya da diğer niteliklerine ilişkin dürüst ticari kullanım olarak addedilebilmesi şartı ile üçüncü kişiler tarafından yapılan açıklamalardır. Mal veya hizmetlerin karakteristik niteliklerinin açıklanması ve böylece ayırt edici unsurlarının ortaya konması ticari faaliyetler açısından son derece önemlidir. Örneğin Yargıtay tarafından verilen 1997 tarihli karara paralel olarak; tekstil sektöründe faaliyet gösteren bir işletmenin ürünlerinde “%100 lycra” ifadesine yer vermiş olması, bir iplik firmasının tescilli markası olan “LYCRA®” için marka ihlali olarak adlandırılmaz²²². Nitekim

kullanması konusunda marka ile ayniyet veya benzerlik bulunsa dahi engelleme hakkı vermez (§ 23 Ziff. 1 MarkenG). Bkz. Giedre Neverauskas, *Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen*, Schulthess Verlag, Zurich 2016, s. 44. Bkz. <https://offcampus.anadolu.edu.tr:2284/doc/bookdoc/eef01d48-6837-4366-84e9-683422b517a5/source/hitlist-search> (Erişim Tarihi: 08.11.2021).

²²¹ Benzer yönde “PINAR” örneği için bkz. Çolak, *a.g.e.*, s. 633.

²²² Yargıtay 11. HD., E. 1997/9129 K. 1997/1965 sayılı ve 24.03.1997 tarihli kararı. Yaman, *a.g.e.*, s. 66.

burada kullanılan ibare, kumaşın ham maddesini gösterdiğinden ürünü tanımlayıcı nitelikte onun türünü, niteliğini belli eden bir kullanım olarak ticari hayatın olağan akışında dürüst kullanım çerçevesinde kalacaktır.

Maddede yer verilen diğer istisna ise mal veya hizmetin kullanım amacının belirtilmesi bakımından gerekli olan kullanımların marka ihlali yaratmayacağıdır. Özellikle aksesuar, yedek parça veya eş değer parça ürünlerinde malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde markanın dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde üçüncü kişi tarafından kullanımı, marka hakkı sahibi tarafından engellenemez. Gerçekten de örneğin yedek parça ürün satışı yapan veya tamirat hizmeti veren bir işletme, ancak kullanım amacını belirterek tüketicilere ulaşabilir. Konuya ilişkin bir otomobil markasının, yıllardır servis hizmeti veren davalı teşebbüsün tanıtımında (iş yeri binası dış kısmında) kullanmasından ortaya çıkan söz konusu uyuşmazlıkta Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2017 tarihli kararına göre; *“...tüketicilerin, davalı işletmesini davacı tarafın yetkili servisi ile karıştırması ihtimalinin bulunmadığı, 1974 yılında akdedilen yetkili satıcılık sözleşmesi ile markalı otomobillerin satışı ve servis hizmetine başlandığı, işletmenin 2007 yılından itibaren özel servis olarak faaliyet göstermeye başladığı, davalının davacı markalı araçlarının tamir ve bakımının yapıldığını göstermek amacıyla...”* kullanımının maddede belirtilen istisna çerçevesinde kaldığı yönünde karar vermiştir²²³. Esasen bu düzenleme ile birçok sektör için gerekli olan aksesuar, yedek parça ve eş değer parçaların orijinal ürünlerin temininin her zaman mümkün olmadığı düşünüldüğünde sektörün yalnızca marka sahibinin tekeline bırakılmasının engellenmesinin amaçlandığı da söylenebilir²²⁴. Dolayısıyla dürüstlük kuralları çerçevesinde kalarak aksesuar, yedek parça gibi marka kullanımının gerekli olduğu yerlerde böyle bir kullanım marka hakkı sahibince engellenemez meğer ki bu marka kullanımı ile o işletmenin *“yetkili servis”* olduğu izlenimi uyandırılınsın²²⁵. İşte bu durumda dürüstçe kullanımdan bahsedilemeyecek ve marka ihlali gündeme gelebilecektir.

²²³ Yargıtay 11. HD., E. 2016/454 K. 2017/3242 sayılı ve 31.05.2017 tarihli kararı; Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2003/2346 K. 2003/8743 sayılı ve 03.10.2003 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2001/11086 K. 2002/3591 sayılı ve 16.04.2002 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2000/2039 K. 2000/3243 sayılı ve 20.04.2000 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 01.08.2021).

²²⁴ Özlem Kurt, *Markanın Ürün veya Hizmetin Tasviri Amacıyla Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 107.

²²⁵ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1786.

4.2.2. Markanın Başvuru Eserlerinde Yer Alması

SMK m. 8'e göre tescilli bir markanın, basılı veya elektronik²²⁶ ortamda sözlük, ansiklopedi ya da herhangi bir başvuru eserinde tescilli olduğu belirtilmeksizin jenerik ad olduğu izlenimi uyandıracak şekilde yayımlanması hâlinde marka hakkı sahibinin talebi ile markanın tescilli olduğu sonraki ilk baskıda (elektronik yayımlarda derhal) belirtilerek yanlışlık düzeltilir ya da marka eserden kaldırılır²²⁷. Markanın sözlük, ansiklopedi veya başka bir başvuru eserinde yer alması, bizatihi bilgilendirme amaçlı olup burada ticari amaçla markanın kullanıldığı telakki edilemez. Ancak jenerik izlenim uyandırabilecek bir kullanım marka hakkı sahibi tarafından engellenebilir. Ansiklopedi, yıllık, katalog, rehber, biyografi, kılavuz başvuru eserlerinden bazılarıdır. Markanın tescilli olduğu belirtilmeden bu eserlerde yer alması, tüketiciler nezdinde markanın ayırt ediciliğinin zedelenmesine yol açabileceğinden bu hüküm tesis edilmiştir. Maddeden anlaşılacağı üzere bu hâlde marka hakkı sahibi, hatanın düzeltilmesini isteme hakkına sahiptir dolayısı ile marka hakkının ihlal edildiği gerekçesi ile bir talepte bulunamaz. Ancak şartları varsa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²²⁸ uyarınca tazminat talebi bakidir²²⁹.

4.2.3. Marka Hakkının Tükenmesi

Marka hakkının tükenmesi, diğer bir ifade ile marka hakkının tüketilmesi, ticari hayatta serbest rekabet ortamının sağlanması ve korunması açısından marka hakkı sahibinin tekelleşmesinin engellenmesi adına mevzuatımızda SMK m. 152'de düzenlenmiş bir ilkedir. Bu ilkeye göre; tescilli marka korumasında olan ürünün marka hakkı sahibi veya onun izin verdiği üçüncü kişiler tarafından bir kez piyasaya sürülmesi ile marka hakkı tüketilmiş olur ve artık pazardaki sonraki dolaşımına, ürünlerle ilgili fiillere marka hakkı sahibi engel olamaz. Bu, malların piyasada serbestçe dolaşımı ve ticari hayatın rekabet içinde sürebilmesi için gereklidir. Aksi hâlde mallar her el değiştirdiğinde marka hakkı sahibinin izninin gerektiği gibi bir yaklaşım, ticari hayatı çıkmaza sokar; işlemez hâle getirir. Ancak bununla birlikte tükenme ilkesinin istisnası addedilebilecek, ürünlerin değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılması

²²⁶ Mülga 556 sayılı KHK'dan farklı olarak maddede basılı eserlerin yanı sıra elektronik eserlere de yer verilmiş olması, içinde bulunduğumuz teknolojik koşullarda pek çok eserin elektronik ortamda yayımı itibarıyla oldukça yerindedir.

²²⁷ Mezkûr hükmün AB mevzuatında yer alan mehazı, 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 12 ve 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi m. 12 düzenlemeleridir.

²²⁸ RG, 04.02.2011, S. 27836.

²²⁹ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 449-450.

hâlinde markanın garanti fonksiyonu devreye girecek ve marka hakkı sahibinin müdahalesi mümkün olacaktır²³⁰.

Coğrafi açıdan ülkesel, bölgesel ve uluslararası tükenme olarak sınıflandırılan bu ilkeye göre; tescilli bir markanın varlığı, malların ilk defa marka hakkı sahibi tarafından veya onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından piyasaya sürülmüş olması ve dolaşımdaki malların orijinal olması gerektiği vurgulanmalıdır. Hâl böyle iken tükenme ilkesinin mallar üzerinde mümkün olduğu ve bu nedenle hizmet markalarında söz konusu olamayacağına da dikkat çekilmelidir²³¹.

SMK sistematüğinde benimsenen tükenmenin, uluslararası tükenme olduğu belirtilmelidir. Buna göre marka sahibinin rızası dahilinde tescilli markalı ürün dünyanın neresinde piyasaya sürülürse sürülsün artık marka hakkı tükenmiş olur²³².

4.3. SMK 7. MADDEDE DÜZENLENEN İHLAL HALLERİ

Sınai Mülkiyet Kanunu m. 29 uyarınca marka sahibinin izni olmaksızın markanın m. 7’de belirtilen şekillerde kullanımı, marka hakkını ihlal edici niteliktedir. Öyle ki SMK m. 7/2’de yer alan marka sahibinden izin alınmadan gerçekleştirilen fiillerde, marka hakkı sahibinin bu fiillerin önlenmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu haksız kullanım hâlleri; tescilli markanın koruması kapsamındaki mal veya hizmetlerde marka ile aynı olan bir işaretin kullanılması, tescilli markanın kapsadığı aynı veya benzer mal veya hizmetlerde aralarında ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan bir işaretin kullanılması ve son olarak tescilli marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayıp kapsamadığına bakılmaksızın tanınmış markanın ününden faydalanarak haksız çıkar elde edecek veya itibarına zarar verecek ya da ayırt ediciliğini zedeleyecek bir işaretin kullanılması şeklinde ilgili maddede de yer verildiği şekilde kategorilendirilebilir. Öyle ki marka sahibinin bu tür haksız kullanımları yasaklayabilmesi için üçüncü kişinin kullanımında kusurlu olması şartı aranmadığı gibi kötü niyetli olup olmadığı da ehemmiyet arz etmez²³³.

İşaretin, mal veya ambalajın üzerine konulması; işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, tesliminin teklif edilmesi ve bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında

²³⁰ Çolak, *a.g.e.*, s. 18.

²³¹ Erdil, *a.g.e.*, s. 159.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 453.

²³² Marka hakkının tüketilmesi ilkesi ileride “İşareti Taşıyan Malların Piyasaya Sürülmesi, Tesliminin Teklif Edilmesi ve Bu Amaçla Stoklanması veya İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması ya da Sunulabileceğinin Teklif Edilmesi” başlığı altında konuyla ilişkisi münasebetiyle ayrıntılı olarak işleneceğinden burada yalnızca ilkenin genel hatları itibari ile bilgi verilmesi ile yetinilecektir. Bkz. İkinci Bölüm, s. 76.

²³³ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 161.

hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi; ihraç veya ithal edilmesi; işaretin iş evrakı veya reklamlarında kullanılması; işaretin kişinin hakkı ve meşru bağlantısı olmaksızın internette alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ve benzeri şekillerde ticari etki yaratacak şekilde kullanılması; işaretin ticaret unvanı veya işletme adı olarak kullanılması; işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması gibi fiiller kanunda yer verilen haksız kullanım şekilleridir. Bu bağlamda marka hakkı sahibi, SMK m. 7/3'de sayılmış olan bu durumlardaki işaretin, ticaret alanında kullanılması hâlinde SMK m.7/2 uyarınca bu fiilleri engelleyebilir.

Görüldüğü üzere ilgili maddenin ikinci fıkrasında marka hakkına tecavüz niteliğindeki bu eylemlerin oluş şekli yer alırken; üçüncü fıkrada ise bu haksız kullanımların ne şekilde kullanıldığı, ticaret hayatında nasıl yer aldığı hususlarına dikkat çekilmiştir. Ayrıca belirtilmelidir ki SMK 7. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan haksız kullanım hâllerinin tahdidi olduğu, üçüncü fıkrada ifade edilen haksız kullanım şekillerinin ise tahdidi olmayıp örnek niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²³⁴.

4.3.1. Haksız Kullanım Hâlleri

4.3.1.1. Markanın Tescil Kapsamına Giren Mal veya Hizmetlerde, Tescilli Marka ile Aynı Olan Bir İşaretin Kullanılması

SMK m. 7/2-a'da tescilli markanın tescil kapsamına dahil mal veya hizmetler için marka ile aynı herhangi bir işaretin kullanılması durumu, haksız kullanım hâlleri içinde ilk sırada zikredilerek marka hakkı ihlali olarak düzenlenmiştir. Aslen markanın menşe gösterme fonksiyonunun garanti altına alındığı bu hüküm ile iktibasın önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Sözlük anlamı ile iktibas, “*ödünç alma, ödünç alınan şey, alıntı*” gibi kavramlara karşılık gelir²³⁵. Hukuki anlamda ise tescilli marka ile ayniyeti bulunan işaretlerin kullanılması durumu olarak tanımlanabilir²³⁶. Mevzuatta net olarak bir tanım yapılmamış olmakla birlikte SMK m. 7/2-a'da bahsedilen tescilli marka ile aynı herhangi bir işaretin tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerde kullanılması durumu, iktibas ifade etmektedir. Öyle ki bu ihlal hâlinde tecavüz son derece açıktır. Burada tescilli markanın aynısının tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde üçüncü kişi tarafından izinsiz kullanımı söz

²³⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 211.; Oytaç, *a.g.e.*, s. 178.; Aksi yönde görüş için bkz.: Saraç, *a.g.m.*, s. 443.

²³⁵ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (www.tdk.gov.tr), (Erişim Tarihi: 10.07.2021).

²³⁶ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 98.

konusudur. Bu nedenle bu ihlal hâlinin tespiti de karıştırılma ihtimaline göre daha kolay yapılabilmektedir.

Şu noktaya dikkat çekmek gerekir ki burada ayrıca bir karıştırılma ihtimali tespiti ve incelemesi gerekmez. Zira benzer işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetlerde kullanılması durumunda oluşabilen karıştırılma ihtimalinin, evleviyet ilkesi gereği tescilli marka ile aynı işaretin kullanılması hâlinde varlığı karine olarak kabul edilerek mutlak bir koruma öngörülmektedir²³⁷.

Marka ihlalinin bu şekilde vücut bulabilmesi için iki şartın birlikte bulunması gerekir. Bunlar; tescilli marka ile aynı mal veya hizmet olması ve tescilli marka ile aynı işaretin kullanılmasıdır. Aynı mal veya hizmet kavramından ne anlaşılması gerektiği madde metninde de zikredildiği üzere tescilli markanın tescil kapsamında yer alan mal veya hizmetlerle ayniyet ilişkisi olmasıdır. Örneğin Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması doğrultusunda hazırlanan güncel sınıflandırma listesine göre müzik aletleri on beşinci sınıfta yer alan mallardandır. A işletmesi, tescilli markası “*Helen*” ile yıllardır gitar, keman, piyano, arp, obua, akordeon gibi çeşitli müzik aletleri üretim ve satışı ile piyasada var olurken B işletmesinin “*Helen*” markası adı altında ürettiği bandoneonları piyasaya sürmesi durumunda, söz konusu malların aynı sınıfa dahil mallar olması ve dolayısıyla iktibasın varlığı açıktır. Belirtilmelidir ki mal veya hizmetlerin aynı olup olmadığının tespitinde salt sınıflandırma ile bağlı kalınmamalı; tüketici kitlesi de nazara alınarak her somut olay kendi özelinde ayrıca incelenip değerlendirilerek karar verilmelidir.

İşaretin tescilli marka ile aynı olması ise doktrinde farklı şekillerde yorumlanmaktadır. Mülga 551 sayılı Markalar Kanunu m. 47’ye göre; “*Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mana veya bunlardan birisi itibarıyla eşini veya ebat yahut renk itibarıyla veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılamayacak kadar cüz’i surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse, bu markayı aynen kullanmış sayılır.*” O hâlde doktrinde bazı yazarların da belirttiği üzere ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin aynen kullanma olarak kabulü gerekir²³⁸. Ancak SMK’da mülga Markalar Kanunu’ndakine benzer bir ifade yer almamakla birlikte m. 7/2-a’da “işaretin aynısının kullanılması” durumu; m. 29/1-b’de ise “işaretin aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılarak markanın taklit edilmesi” şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir. Bilinçli

²³⁷ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 103.

²³⁸ Bkz. Kaya, A., *a.g.e.*, s. 266.

yapıldığını düşündüğümüz bu ayırım neticesinde kanun koyucunun ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramı ile ayniyete yüklediği anlamların farklı olduğu açıktır. İşaretin aynısının kullanımından kasıt, markaların tıpatıp birbirinin kopyası olmasını ifade ederken ayırt edilemeyecek kadar benzerlikte tescilli marka ile ihlal konusu işaret arasında çok ufak farklılıklar olması münasebetiyle güçlü bir benzerlik ilişkisi bulunmaktadır.

Türk Marka Hukuku'nda teklik ilkesi hâkim olduğundan tescilli bir markanın aynısının üçüncü kişiler tarafından tescili mümkün değildir²³⁹. Bu husus SMK m. 5/1-ç'de aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı işaretin marka olarak tescil edilemeyeceği şeklinde açıkça ifade edilerek mutlak tescil engelleri arasında sayılmıştır. Fiilin m. 6/1'de de nispi tescil engelleri arasında düzenlenmiş olması konuya atfedilen önemin bir yansımasıdır. Her nasılsa bu hükümlere rağmen tescil edilmiş veya tescilsiz ve izinsiz olarak ticari hayatta üçüncü kişiler tarafından tescilli marka ile aynı bir işaret kullanılıyor ise işte burada devreye SMK m. 7/2 girmektedir.

4.3.1.2. Tescilli Markanın Kapsadığı Mal veya Hizmetlerle Aynı veya Benzer Mal veya Hizmetleri Kapsayan Bu Nedenle Tescilli Marka ile İlişkilendirilme İhtimali de Dahil Karıştırılma İhtimali Bulunan Aynı veya Benzer Bir İşaretin Kullanılması

SMK m. 7/2-b'ye göre tescilli marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetler kapsamında halk nezdinde, tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan aynı veya benzer nitelikte bir işaretin kullanılması, marka hakkını ihlal edici bir fiildir. Bu izinsiz kullanımı engelleme yetkisine haiz marka hakkı sahibinin, aynı özelliklere sahip bir işaretin tescilini de engelleme hakkı bulunmaktadır. Zira bu duruma SMK m. 6/1'de nispi tescil engelleri arasında yer verilerek hem böyle bir kullanımındaki işaretin tescilinin önüne geçilmeye çalışılmış hem de SMK m.7 uyarınca marka hakkı sahibinin izni olmaksızın bu tarz bir kullanıma engel olma imkanı tanınmıştır. SMK'da yapılan bu iki farklı düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucunun, yasa metninde bu şekilde bir haksız kullanımı yasaklama ve işaretin tescilini engelleme olmak üzere yer vermesi, konuya atfettiği değeri yansıtmaktadır²⁴⁰. Gerçekten de uygulamada

²³⁹ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 381.

²⁴⁰ Türk marka mevzuatına da kaynak teşkil eden Üye Devletlerin Markalara İlişkin Mevzuatlarının Yaklaştırılması Hakkında 22 Ekim 2008 tarihli ve 2008/95/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi 5. Maddeye göre söz konusu işareti marka sahibinin, izin vermediği üçüncü kişilerin ticaret sırasında kullanmasını engelleme hakkı, marka sahibine verilen münhasır haklar arasındadır. Buna göre markayla aynı ya da benzer olması nedeni ile veya marka ve işaret kapsamındaki mallar veya hizmetlerin aynı ya da benzer olması nedeniyle, işaret ve marka ile ilişkilendirilmesi

sıklıkla karşılaşılan bu durum engellenerek marka hakkı sahibinin tescilden doğan hakları tam koruma altında olmalıdır ki ticaret hayatı da etkin ve işlevine uygun olarak sürebilsin.

Öncelikle madde metninde özellikle vurgulanan “*ilişkilendirilme ihtimali*” ve “*kariştirilme ihtimali*” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği hususu açığa kavuşturulmalıdır. Yargıtay kararlarında “*ilişkilendirilme ihtimali*” sıklıkla “*ilişkilendirilme ihtimali de dahil olmak üzere karişturmaya yol açabilecek derecede benzer*” veya “*markalar arasında ilişkilendirilme ihtimalini de içerecek şekilde itibas tehlikesine yol açacak nitelikte benzerlik*” şekillerinde yer almaktadır²⁴¹. İlişkilendirilme ihtimali, ortalama tüketici nezdinde aynı veya benzer işaretleri içeren markalar arasında görsel, işitsel ve anlamsal olarak bıraktıkları genel izlenim itibarıyla ilgi kurulması olarak tanımlanabilir. İlişkilendirilme ihtimalinde tüketici, mal veya hizmetlerin menşeinin farklı olduğu konusunda şüpheye düşmese de o işareti kullanan teşebbüs ile tescilli markanın bir şekilde bağlantılı olduğunu düşünür²⁴². İlk olarak Benelüks marka hukuku sisteminde; kariştirilme ihtimalinden farklı olduğu ve tek başına itibas için yeterli kabul edildiği şeklindeki ifadelerle yer alan ilişkilendirilme ihtimalinde, önceki markanın çağrıştırılması, markalar arası herhangi bir bağ kurulması hâli mevcuttur²⁴³.

Burada önemi mahiyetiyle şu hususa dikkat çekmek gerekir ki ilişkilendirilme ihtimalinde, tüketici nezdinde henüz markalar arası bir kariştirma hâli veya ihtimali söz konusu değildir. Öyle ki tüketici tescilli marka ile benzer işaretin kullanıldığı ürünü ilk kez gördüğünde diğerini anımsıyor ve bu işaret, zihni süzgecinde tescilli markanın yansımalarının çağrıştırılmasına yol açıyor ise işte bu hâlde ilişkilendirilme ihtimalinin varlığı kabul edilmelidir. Bu hâlde ise sorun, salt ilişkilendirilme ihtimalinin varlığının, marka hakkı ihlalinin gerçekleştiği yönünde kabulünün doğru olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır. Bu kapsamda ilişkilendirilme ihtimalinin bulunduğu durumlarda ayrıca kariştirilme ihtimalinin de tespitinin gerekip gerekmediği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre ilişkilendirilme ihtimali, kariştirilme ihtimalinden bağımsızdır ve münhasıran marka hakkı ihlaline yol açar. Bu nedenle ilişkilendirilme hâlinin varlığında ayrıca bir kariştirilme ihtimali incelemesi

ihhtimalini de içerecek şekilde kariştirilme ihtimalinin bulunduğu tüm işaretler engelleme hakkı kapsamındadır. 16.12.2015 tarihli 2015/2436 sayılı AB Yönergesi'nde ise ilişkilendirilme ihtimalini de kapsayan kariştirilme ihtimali m. 5/1-b' de nispi ret nedenleri arasında zikredilmiştir.

²⁴¹ Yargıtay 11. HD., E. 2020/1440 K. 2021/4138 ve 27.04.2021 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2020/2369 K. 2021/3601 ve 13.04.2021 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2019/1046 K. 2020/3156 ve 09.07.2020 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2017/315 K. 2018/5902 ve 02.10.2018 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 31.07.2021).

²⁴² Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1637.

²⁴³ Oytaç, *a.g.e.*, s. 160; Yaşar, *a.g.e.*, s. 51.

yapılması gereksizdir²⁴⁴. Diğer bir görüşe göre ise kapsam geniş düşünülürse karıştırılma ihtimali, ilişkilendirilme ihtimalini kapsayıcı niteliktedir ve bu sebeple tescilli marka ile ihlal konusu işaretin arasında ilişkilendirilme ihtimalinin varlığı hâlinde, karıştırılma tehlikesinin araştırılmasına gerek kalmadığı gibi bir yanılgıya düşülmemelidir. Nitekim ilişkilendirilme ihtimali, karıştırılma ihtimalinden bağımsız bir unsur olarak değerlendirmek doğru olmaz²⁴⁵. Bu nedenle ilişkilendirilme ihtimalinin, karıştırılma ihtimalinin tespitinde göz önünde tutulması gereken bir unsur olduğunun kabulü gerekir²⁴⁶.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre ise karıştırılma ihtimali, ilişkilendirilme ihtimalini de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Öyle ki Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında yer verdiği “...iltibasın varlığının belirlenmesinde işaretler arasında ilişkilendirilme ihtimalinin varlığı da yeterlidir.” şeklindeki ifadelerle göre karıştırılma ihtimali ilişkilendirilme ihtimalini de bünyesinde ihtiva eder²⁴⁷.

Kanımızca ilişkilendirilme ihtimali, karıştırılma ihtimalinin bir alt kavramı olarak düşünülmeli ve birbirinden bağımsız olmadıkları kabul edilmelidir. Nitekim insan aklının sonsuz zihni yapısında yapılacak çağrışımlar düşünüldüğünde, tescilli marka ile herhangi bir şekilde yalnızca onu çağrıştıracak ancak onun ayırt edici karakterini zedelemeyen bir işaretin kullanımının, ayrıca bir karıştırılma ihtimali incelemesi yapılmaksızın ihlalin varlığı konusunda emin olmak, hakkaniyete uygun düşmemektedir. Dolayısıyla karıştırılma ihtimalinin varlığının tespitinde, ilişkilendirilme ihtimali yol gösterici bir anahtar olarak kabul edilmeli ve bu iki kavramın birbirinden bağımsız olduğu yanılgısına düşülmemelidir.

Geniş anlamda karıştırılma ihtimali olarak da anılan ilişkilendirilme ihtimalinde tüketici, mal veya hizmetleri sunan işletmelerin farklı olduğunun bilincinde olsa dahi markaların benzer olması münasebetiyle marka hakkı sahibinin denetim ve gözetiminde üretim yapıldığı; işletmeler arası ticari, ekonomik ilişkileri olduğu zannı ile aralarında bağlantı kurmaktadır²⁴⁸. Kurulan bu bağ dolayısı ile tüketici, almak istediği marka ürün yerine yanılarak bir başka ürünü alabilir. Bunun da marka hakkı sahibi için zaman zaman

²⁴⁴ Hüseyin Aydın, *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 93.

²⁴⁵ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 98.; Hanife Dirikkan, *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 168.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 266.

²⁴⁶ Ekrem Çetintürk, *Marka Taklitçiliği Suçu*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 258.; Epeçeli, *a.g.e.*, s. 6.

²⁴⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2016/7024 K. 2018/1522 ve 28.02.2018 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 02.08.2021).

²⁴⁸ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 110.; Dirikkan, *a.g.e.*, s. 166; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 266.

itibar zedelenmesi veya kaybına, talep azalmasına, müşteri çevresinin daralmasına ve benzeri birçok olumsuz sonuca zemin hazırlaması muhtemeldir.

Yukarıda da zikrettiğimiz üzere kanun maddesinin lafzi yorumu ile ilişkilendirilme ihtimalinin, karıştırılma ihtimalinin bir alt kavramı olduğu fikri benimsenerek maddede ikisine birden yer verildiği düşüncesindeyiz. İlişkilendirilme ihtimalinin de marka hakkı ihlali hâlleri arasında düzenlenerek marka sahibine bu tür sonuç yaratacak kullanımları engelleme yetkisi verilmiş olması, bu açıdan oldukça önemlidir. Ancak ilişkilendirilme ihtimalinin tespiti, karıştırılma ihtimalinin tespitinden de zor görüldüğünden markalar arası ilişkilendirilme ihtimali tespitinde somut olay, ortalama tüketici göz önüne alınarak titizlikle incelenmelidir. Nitekim salt insan zihninin karmaşık yapısındaki çağrışımlar baz alınarak tescilli marka ile ihlal konusu işaret arasında net bir şekilde iltibasın bulunduğu söylenebilmek mümkün görünmemektedir.

Karıştırılma ihtimali ise tescilli marka ile benzer bir işaretle marka arasında tüketiciler nezdinde, bütün olarak bırakılan genel izlenim itibarıyla görsel, işitsel, veya anlamsal olarak benzerlik saptanarak bu benzerliğin tüketicinin ürün tercihinde yanılıp istediği marka yerine benzerine yönelmesi durumunda meydana gelir. Başka bir ifade ile bildiği ve almak istediği bir markaya ait belli bir mal veya hizmeti almak isteyen bir kişi, yanılarak aldığı markanın ürününün kendi istediği mal veya hizmet olmadığını bilse idi almayacak olmasına rağmen marka ve işaret arasında ayniyet veya benzerlik ilgisi nedeni ile diğer bir işletmeye ait mal veya hizmeti alma tehlikesi ile karşılaşılırsa karıştırılma ihtimali var demektir. Bu durumda, tüketicide esas marka ile karıştırılma ihtimaline yol açan markanın aynı olduğu zannı oluşur. Örneğin aydınlatma ürünleri üretim ve satışında tescilli markası “solar” ile piyasada yer edinen bir işletme var iken yine aynı alanda “soler” markası tescil edilmiş veya tescilsiz kullanılageliyor ise halk nezdinde “soler” markasının “solar” olarak algılanma yanılıgısı, karıştırılma ihtimalidir.

Söz konusu benzerlik bir yönden olabileceği gibi birçok yönden de oluşabilir. Örneğin markayı oluşturan işaretlerin tek başlarına aralarında benzerlik bulunmasa bile bir bütün olarak düşünüldüğünde benzerlik ilgisinin kurulması, karıştırılma ihtimalinin varlığı için yeterlidir. Yargıtay da konuya ilişkin kararlarında karıştırılma ihtimalinin tespitinde, markanın bütünsel olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır²⁴⁹. O

²⁴⁹ “...Davacının, davalı şirket markalarına yaklaşacak şekilde, sadece ‘TP’ ibaresini marka olarak kullanması mümkün değilken aynı ‘TP’ ibaresini ‘Türkiye Petrolleri’ ibaresi ile birlikte, asıl unsur olarak kullanmasının mümkün

hâlde markaların salt yardımcı unsurlarındaki benzerlik de itibasın varlığı için tek başına yeterli görülmemeli ve asıl ayırt ediciliği sağlayan esas unsur göz ardı edilmemelidir²⁵⁰.

ABAD'ın konuya ilişkin verdiği kararlara göre de karıştırılma ihtimalinin tespitinde işaretin bir bütün olarak değerlendirilmesinin gerektiği düşünülmele birlikte öncelikle esas unsurun inceleme konusu yapılması gerekir²⁵¹. ABAD'ın konuya ilişkin olarak örnek verilebilecek “*Medion v. Thomson*” kararına göre; söz konusu uyuşmazlıkta “*Life*” ve “*Thomson Life*” markaları arasındaki itibas değerlendirmesinde, markanın tüm unsurlarının bir araya gelerek oluşturduğu bütünsel genel izlenimin değerlendirmeye alınması gerektiği; bu izlenimin tüketicinin genel algıları üzerinden tespit edilebileceği; uyuşmazlığa konu edinen işaret ile marka birbirinden bağımsız karakterleriyle ayırt edilebiliyorsa burada karıştırılma ihtimalinin bulunmadığına kanaat getirilmesi gerektiği ifade edilmiş ve bu gerekçeler üzerine hüküm inşa edilmiştir²⁵². Gerçekten de markanın asıl ayırt ediciliği sağlayan unsuru esas unsurdur. Bu nedenle bütünsel değerlendirme, karıştırılma ihtimalinin varlığının tespitinde oldukça önem arz etmektedir. Karıştırılma ihtimali varlığı tespitinin objektif olarak yapılması gerektiği de belirtilmelidir. Burada tecavüzcünün karıştırılma ihtimali yaratmak amacı söz konusu markayı kullanıp kullanmadığının araştırılmasının bir önemi yoktur.

Kanunda hem bir tescil engeli hem de tecavüz eylemi olarak düzenlenen karıştırılma ihtimalinin irdelenebilmesi için iki şartın varlığının arandığı söylenebilir. Öncelikle söz konusu marka ve işaret arası ayniyet veya benzerlik durumu olmalı ve kapsadıkları mal veya hizmet alanı aynı veya benzer olmalıdır²⁵³. Dolayısıyla ya tescilli

olduğu, benzerlik ve karıştırılma ihtimaline ilişkin değerlendirmelerde markaların bütünsel olarak incelenmesi gerektiği, başvuru markası ise davalı şirket markaları ortalama tüketicileri itibasa düşürecek derecede bir benzerliğin bulunmadığı, ‘TÜRK PETROL’ ibaresiyle ‘TÜRKİYE PETROLLERİ’ ibaresinin karıştırılmaya sebebiyet verebilecek derecede benzer olmadığı...” (Yargıtay 11. HD., E. 2018/283, K. 2019/2215 ve 25.03.2019 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.08.2021); “...Tarafların markaları arasında görsel, anlamsal ve işitsel benzerlik bulunmadığı, bu nedenle orta derecede dikkatli tüketicinin markanın orijinini karıştırma ihtimali bulunmayıp markanın bütünsel izlenimi farklı olduğundan marka hakkına tecavüz oluşmadığı...” (Yargıtay 11. HD., E. 2013/18138, K. 2014/9236 ve 14.05.2014 tarihli kararı, www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 05.08.2021).

²⁵⁰ Başbüyük, a.g.e., s. 121.; Özkan Burak Özmen, *İktibas veya İtibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 80.

²⁵¹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 80.

²⁵² Avrupa Birliği Adalet Divanının “*Medion AG v Thomson Multimedia Sales Germany & Austria GmbH*” Case-120/04 sayılı ve 06.10.2005 tarihli kararı. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz.

<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=72C407C8A287262A9F0D569B3ABC3117?text=&docid=60237&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5276425> (Erişim Tarihi: 05.08.2021).

²⁵³ Uygulamada genellikle işaretler arası benzerlik bulunup bulunmadığı görsel, işitsel veya anlamsal olarak inceleme konusu yapılsa da mal ve hizmetler arası benzerlik başka ifade ile mal ve hizmetlerin ilişkisi de karıştırılma ihtimalinin tespitinde önemlidir. Nitekim “Delta” markası hava yolu hizmetleri için hizmet markası olarak kullanılırken aynı zamanda sıhhi tesisat armatürleri için ticari marka olarak kullanılmakta ve mal veya hizmet alanları farklı olduğundan karıştırılmaları söz konusu olmamaktadır. Bkz. David V. Radack, “Likelihood of Confusion – The Basis for Trademark Infringement”, *Journal of Management (JOM)*, Vol. 54, Iss. 12, New York, Dec. 2002, s. 80. Tam metin için bkz. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/likelihood-confusion-basis-trademark-infringement/docview/232570563/se-2?accountid=7181> (Erişim Tarihi: 07.11.2021).

marka ile “aynı” olan işaret “benzer” mal veya hizmetlerde kullanılmış ya tescilli marka ile “benzer” olan işaret “aynı” mal veya hizmetler için kullanılmış ya da tescilli marka ile “benzer” olan işaret “benzer” mal veya hizmetler için kullanılmış olmalıdır. Üç hâlde de iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz meydana gelmektedir. Genellikle tescilli marka ile benzer işaretin kullanılması ve bu nedenle halk nezdinde ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimalinin gündeme gelmesi ile iltibas suretiyle marka hakkına tecavüzün uygulamada en sık karşılaşılan marka hakkı ihlal biçimlerinden olduğu söylenebilir²⁵⁴.

Mal veya hizmetin aynı olması ile ifade edilmek istenen; tescil kapsamındaki mal veya hizmet ile ihlal konusu işaretin mal veya hizmetinin aynı olmasıdır. Örneğin tescilli marka, Nice sınıflandırmasında yedinci sınıfta yer alan iş makineleri için yapılmışsa ve sonraki haksız kullanım ekskavatörler ve sondaj makinaları ile ise bu hâlde mallar aynı kabul edilir. Hangi mal veya hizmetlerin benzer sayılabileceği SMK’da belirtilmemiş olmakla birlikte, tespitite yalnızca Nice sınıflandırmasını baz almak da doğru olmayacaktır²⁵⁵. Nitekim bu sınıflandırma, tescil amacına hizmet etmekte ve birbiriyle ilgisi olmayan bazı farklı mallar aynı sınıfta yer alabilirken yine bazı benzer malların sınıflara dağılmış şekilde olduğu görülmektedir²⁵⁶. Örneğin on sekizinci sınıfta dahil “kösele” ve “şemsiye” aralarında ilgi bulunmamasına rağmen aynı sınıfta yer alırken silahlar sekizinci ve on üçüncü sınıflarda kendine yer edinmiştir²⁵⁷. Öyleyse sınıflandırma, tespitite yalnızca yardımcı rol oynayabilir. Bu kapsamda mal veya hizmetlerin benzer olup olmadıklarına karar verilirken; kullanım amaçlarının, kullanıcılarının, fiziksel görünümlerinin, satış yollarının benzerliğinden; birbirlerini tamamlayıcılıklarının olup olmadığına, aralarında ikame imkanı olup olmadığına kadar birçok yönden kapsamlı şekilde değerlendirilmesi gerekir²⁵⁸. Yargıtay da 2015 tarihli konuya ilişkin verdiği bir kararında: aynı veya benzer mal ve hizmet kavramlarının geniş

²⁵⁴ Sevgican Aydın, *556 Sayılı KHK’ya Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hakkın Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2011, s. 34.

²⁵⁵ SMK m. 11/4 uyarınca “*Mal veya hizmetlerin aynı sınıflarda yer almaları benzer olduklarına, farklı sınıflarda yer almaları da benzer olmadıklarına karine teşkil etmez.*”

²⁵⁶ Ayhan Şahan, *Smal Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkına Tecavüz Hâlinde Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep 2019, s. 56.; Ecevit Kerem Söyler, *556 Sayılı KHK Hükümlerine Göre Marka Hakkına Tecavüz Hâlleri ve Marka Hakkının Hukuki Yoldan Korunması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2010, s. 72.; Güneş, *a.g.e.*, s. 305.

²⁵⁷ Benzer şekilde 3. Sınıfta yer alan “parfüm ve kozmetik ürünleri” ile yine aynı sınıftaki “zımpara bezleri”nin aralarında benzerlik bulunmamasına rağmen aynı sınıf içinde yer alması; yine 9. Sınıftaki “gözlük” ile “uydu antenleri”nin aralarında benzerlik olmaksızın aynı sınıfta yer aldığı şeklindeki örnekler için bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2208.

²⁵⁸ Çolak, *a.g.e.*, s. 214.; Saunders, *a.g.e.*, s. 581.

yorumlanması gerektiği ve müşterilerin gözünde bir mal veya hizmete benzer fonksiyona sahip diğer tüm mal veya hizmetlere karşı markanın koruyucu fonksiyonunun devreye sokulması gerektiği; aynı veya benzer mal ve hizmetlerin tayininde, salt markaların uluslararası sınıflandırmasının esas alınmasının doğru olmayacağı nitekim bu hususun anlaşmada da yer aldığı; benzerlik tespitinde piyasa anlayışı, halkın karıştırma ihtimali ve mal veya hizmetlerin benzer fonksiyonları karşılayıp karşılamadığının değerlendirilmesinin gerektiği yönündeki ifadeleri ile bu hususa dikkat çekmiştir²⁵⁹.

Tescilli bir marka ile ihlale yol açtığı iddia edilen işaret arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu söylenmesi için aralarında bir benzerlik ilişkisi bulunmalıdır. Marka ve söz konusu işaret ne kadar birbirine benziyor ise karıştırılma tehlikesi de o denli yüksek olmakla birlikte benzerlik tespitinde öncelikle markanın hafızada yer edinmeye en müsait unsuru baz alınmalıdır²⁶⁰.

Benzerliğin temelde görsel, işitsel veya anlamsal yönlerden kaynaklandığı söylenebilir²⁶¹. Görsel ya da diğer bir ifade ile görüntü yönünden benzerlik durumunda, göz ile algılanabilen dolayısıyla şeklen bir benzerlik bulunur. İşareti oluşturan harf, şekil, sayı, sözcük, resim, desen, grafik gibi unsurların dışarıdan bakıldığında göz tarafından algılanarak beyne iletilen görüntünün tescilli marka ile benzerlik ihtiva etmesi durumu, görsel benzerlik olarak adlandırılır. Örneğin kelimededen oluşan markalarda harf dizilimi, kelime uzunluğu gibi kıstaslar benzerliğin tespitinde önemli rol oynar²⁶². Uygulamada en çok karşılaşılan benzerlik türü olan görsel benzerliğin varlığının tespitinde sıklıkla uygulanan metot ise göz izlemidir. Bu yöntem tüketicilerin nereye, kaç kez, ne kadar süre ile baktıkları ve dikkatlerinin toplandığı nokta itibari ile zihni durumlarına ilişkin çıkarımlar yapmak üzere kullanılır²⁶³. Konuya ilişkin Yargıtay'ın işaretler arasında görsel benzerlik ilgisi kurduğu ve bu zeminde hüküm tesis ettiği birçok kararı bulunmaktadır. Bu kapsamda mahkemenin görsel benzerliğin bulunduğu dolayısıyla karıştırılma ihtimali ve marka ihlalinin varlığına hükmettiği bazı kararlarına göre; "PIXELLENC" ve

²⁵⁹ Yargıtay 11. HD., E. 2015/865 K. 2015/5841 ve 27.04.2015 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.08.2021). Bu hususta Yargıtay'ın aynı doğrultudaki: Yargıtay 11. HD., E. 2018/923 K. 2019/2475 ve 01.04.2019 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2017/759 K. 2018/6323 ve 15.10.2018 tarihli kararı ve Yargıtay 11. HD., E. 2017/1413 K. 2018/7000 ve 13.11.2018 tarihli kararı için bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2209-2210.

²⁶⁰ Yaşar, *a.g.e.*, s. 103-104.

²⁶¹ Burak Pıtırılı ve Berkay Turhan, "Markalar Arasında Karıştırılma İhtimali", *Bursa Barosu Dergisi*, C. 45, S. 111, Mart 2020, s. 86.; Fezer, *a.g.e.*, § 14, Rn. 461.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1634.

²⁶² Feray Fıncıoğulları, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Karıştırılma İhtimali", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 145, Eylül 2018, s. 149.

²⁶³ Remzi Tamer Pekdinçer ve Hakan Ertem, "Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarında İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 3, 2014, s. 313.

“XXILENCE”²⁶⁴, “BERRY” ve “DEWBERRY”²⁶⁵, “TROW” ve “FROW”²⁶⁶ tescilli marka ve işaretleri arasında görsel yönden benzerlik bulunup zihinde bıraktıkları iz ve intiba nedeniyle müşterilerde aynı işletmeye ait olduğu yanlışlığı ile karıştırılma ihtimallerine yol açtıkları tespit edilmiştir.

İşitsel benzerlik ise marka ve işaretler arasındaki sese dayalı, fonetik, telaffuz itibari ile ses bakımından benzerliktir. Bu hâlde kulakta söyleniş bakımından bıraktıkları iz, ses ve telaffuz özellikleri yönü ile benzerlik bulunmalıdır. Bu benzerlik türünün genellikle yalnızca ses markaları için oluşabileceği gibi yanlış bir düşünceye kapılmak mümkün ise de yaygın olarak sözcük markalarında özellikle okunuşu ve yazılışı farklı olan markalarda gündeme gelmektedir. İşitsel benzerliğe örnek olarak Yargıtay’ın yakın tarihli “KRAFT” ve “CRAFT” kararı verilebilir²⁶⁷. Gerçekten de bu markalar arasında görsel yönden müşterileri yanıltacak nitelikte bir benzerlik bulunmasa da telaffuzlarının aynı olması münasebeti ile karıştırılma ihtimallerinin çok yüksek olduğu söylenebilir²⁶⁸. Bunun yanı sıra ses markalarında işitsel benzerlik olabileceken koku ve sadece şekilden oluşan (resim, logo vb.) şekil markalarında işitsel benzerlik, doğası gereği mümkün değildir²⁶⁹. İşitsel benzerlik bazen tek başına karıştırılma ihtimaline yol açabilirse de bazı durumlarda bunun yanı sıra karıştırılma ihtimali için görsel ve anlamsal olarak da buna eşlik eden bütünsel anlamdaki izlenimin dikkate alınması gerektiği vurgulanmalıdır²⁷⁰.

Kavramsal veya anlamsal benzerlik ise tescilli marka ile söz konusu işaret arasında tüketici nezdinde, zihinde bıraktıkları izlenim itibari ile benzer olmalarını ifade eder. Kavramların mutlaka aynı anlama karşılık gelmesi gerekmeyip farklı anlama gelseler de zihinde aynı etkiyi uyandırmaları durumunda kavramsal benzerliğin

²⁶⁴ Yargıtay 11. HD., E. 2020/644 K. 2020/5154 ve 18.11.2020 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.08.2021).

²⁶⁵ Yargıtay 11. HD., E. 2019/4001 K. 2020/2208 ve 02.03.2020 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.08.2021).

²⁶⁶ Yargıtay 11. HD., E. 2011/13739 K. 2013/10412 ve 20.05.2013 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.08.2021).

²⁶⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2020/1518 K. 2021/1975 ve 03.03.2021 tarihli kararı; Benzer nitelikte sesçil benzerlik nedeni ile hüküm kurulan kararlar için bkz. “FLOVE” ve “FLOW” kararı (Yargıtay 11. HD., E. 2018/275 K. 2019/2246 ve 25.03.2019 tarihli kararı); “COSSOVALI” ve “KOSOVALLI” kararı (Yargıtay 11. HD., E. 2018/4081 K. 2019/5688 ve 23.09.2019 tarihli kararı) (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 10.08.2021).

²⁶⁸ Bu yönde benzer olarak “Porsche-Porsche”, “Slickcraft-Sleekcraft”, “Polaroid-Polarad” örnek ve kararları için bkz. Saunders, *a.g.e.*, s. 582.

²⁶⁹ Çolak, *a.g.e.*, s. 229-230.

²⁷⁰ Canan Küçükali, *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 102-103. Nitekim 2004 tarihli “Mülhens v. OHIM, Zirh International (ZIRH)” arası işitsel benzerlikten vuku bulan uyuşmazlıkta, her duysal benzerliğin karıştırılma ihtimaline neden olmayacağı; somut olaydaki “SIR” ve “ZIRH” markalarının işitsel benzerliği bulunsa da bütünsel olarak yarattıkları farklı izlenim nedeni ile aralarında karıştırılma ihtimali bulunmadığına dair mahkeme kararı 2006 yılında ABAD tarafından da onanmıştır. [CFI-355/02 – Mülhens v. OHIM, Zirh International (ZIRH) 03.03.2004 tarihli kararı] Bkz. Zeki Emre Kurt, *Marka Vekilleri- Marka Avukatları İçin Uygulamalı Marka Hukuku (AB İçtihatları Işığında)*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 61-62.

bulunduğu söylenebilir²⁷¹. Örneğin İngilizce bir kelime olup Türkçedeki karşılığı kaplumbağa olan ve radar cihazları üretimi ile ilgilenen bir işletme, “TURTLE” şeklinde tescilli bir marka ile faaliyetlerini yürütmekte iken salt kaplumbağa resminden oluşan şekil markasına sahip aynı sektörde yer alan firma markası arasında anlamsal benzerlik bulunur. Çünkü ortalama tüketicinin “turtle” kelimesinin anlamını bildiği varsayılırsa her iki marka ile karşılaştığında da aklına kaplumbağa gelir. Bu nedenle burada işaretlerden birinin sözcük değerinin ise şekilden oluşmasının da bir ehemmiyeti kalmamaktadır²⁷².

Karıştırılma ihtimalinin iki hizmet markası veya iki ticaret markası arasında meydana gelebileceği gibi bir hizmet markası ile bir ticaret markası arasında da oluşabileceği göz ardı edilmemelidir. Öyle ki ses ve görüntü kaydı ve nakli için kullanılan fotoğraf makineleri, Nice sınıflandırmasına göre dokuzuncu sınıftaki mallar arasında yer alırken kırk birinci sınıfta kendine yer edinmiş fotoğrafçılık hizmetleri arasında bir mal biri hizmet olmasına rağmen halk nezdinde ilgi kurulması muhtemeldir. Bu halde görsel, işitsel veya anlamsal olarak birbirine benzeyen ticaret ve hizmet markaları da karıştırılma ihtimaline sebebiyet verebilir.

Karıştırılma ihtimalinin belirlenmesinde ölçüt ise bu konuda bir uzmanın görüşü değil ortalama tüketici kitlesi nazarında aynı veya benzer işareti içeren markalar arasında herhangi bir sebeple ilişki kurulmasıdır²⁷³. Dolayısıyla karıştırılma tehlikesi halk nezdinde vuku bulmalıdır²⁷⁴. Bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2013 tarihli bir kararında da “...Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halk olduğunun göz önünde tutulmasıdır...” ifadeleri ile

²⁷¹ Yaşar, a.g.e., s. 109.

²⁷² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2015 tarihli timsah şekilli “Lacoste” markası ile sözcükten oluşan “Crocodile” markası arasındaki benzerlik ilgisinden doğan uyuşmazlıkta anlamsal yönden benzerlik bulunduğu bahisle karıştırılma ihtimali olduğuna hükmeden daire kararına katılarak direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay HGK., E. 2013/1885 K. 2015/1161 ve 08.04.2015 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 07.08.2021).

²⁷³ Çağlar vd., a.g.e., s. 68. Konuya ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2015/8465 Esas, 2016/3391 Karar sayılı ve 28.03.2016 tarihli kararında “...Redde mesnet markalar ile başvuruya konu markanın tescil kapsamı dahilinde bulunan 30. sınıfta yer alan çikolata, şekerleme ve benzeri emtialarının ortalama tüketicileri çocuklar olup karıştırılma ihtimalinin bu kapsamda değerlendirilmesi gereklidir. Zira uyuşmazlığın çözümü yönünden daha çok çocuklardan oluşan ortalama tüketici kitlesinin, oldukça benzer yazılımlı olan davalı markasını bu neviden ürünler üzerinde redde mesnet markaları taşıyan davacı ürünleriyle aynı raflarda görmeleri hâlinde her iki markayı karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığının ayrıca değerlendirilmesi gereklidir. Bu bağlamda markalar arasındaki görsel benzerlik dikkate alınarak başvuruya konu marka kapsamında yer alan emtiaların niteliği itibarıyla ortalama tüketicileri nezdinde ayırt etme ve bağlantı kurma durumu göz önünde tutularak bu konuda uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılıp sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yazılı gerekçeyle davanın reddine karar vermesi doğru olmamış bozmayı gerektirmiştir.” ifadeleri ile ortalama tüketici kitlesi nazara alınarak karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır. (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 07.08.2021).

²⁷⁴ Harun Sarigül, *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 52 vd.; Hazal Mintaş, *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 85.

vurgulanmıştır²⁷⁵. Gerçekten de ister mal ister hizmet markaları olsun tüketimde muhatap doğrudan genel halk kitlesidir. Bu bağlamda “*halk*” kelimesinden işin uzmanı değil ortalama tüketicinin anlaşılması gerektiği vurgulanmalıdır²⁷⁶. Malın veya hizmetin niteliğine göre pek çok etken göz önünde bulundurularak (örneğin lüks ürünlerin hitap ettiği tüketici kitlesi gibi) ilgili halk kitlesi somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir²⁷⁷. Nitekim tüketicinin kullanım ve yararlanımına sunulan mal veya hizmetlerin karıştırılmaya yol açıp açmadığının tespiti de ancak ve ancak ilgili tüketiciler özelinde, objektif değerlendirmeler sonucu ulaşılan verilerin ışığında yapılabilir.

4.3.1.3. Aynı veya Benzer Mal veya Hizmetlerle İlgili Olup Olmamasına Bakılmaksızın, Türkiye’de Tanınmışlık Düzeyine Ulaşan Markanın Ününden Faydalanarak İtibarından Haksız Yarar Elde Edecek veya İtibarına Zarar Verecek ya da Ayırt Ediciliğini Zedeleyecek Bir İşaretin Kullanılması

Tescilli marka ile aynı veya benzer bir işaretin aynı veya benzer mal ve/veya hizmetlerde kullanılması tecavüz niteliğinde olup marka hakkı ihlali olarak kabul edilirken Türkiye’de belli bir tanınmışlık seviyesine ulaşmış markalar için bu koruma kapsamı genişletilmiştir. Öyle ki SMK m. 7/2-c uyarınca Türkiye’de tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek ya da ayırt ediciliğini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması, marka hakkı ihlali niteliğinde haksız kullanım hâllerindedir. Bu hüküm, aslen tanınmış markanın sulandırılmasına karşı yapılan ve tanınmış markaya geniş koruma sağlayan 2015/2436 sayılı AB Marka Yönergesi’nin m. 5/3 ve m. 10/2-c düzenlemelerin mevzuatımızdaki bir görünümüdür²⁷⁸.

Markanın sulandırılması, ayırt ediciliğinin yüksek olması münasebeti ile bilinen bir markanın, daha sonraki haksız kullanım ile ayırt ediciliğinin zarar görerek bulandırılması diğer adı ile “*bulandırarak sulandırma*” (*dilution by blurring*) veya lekelenmesi ile markanın olumlu imajının zarar görmesi başka ifade ile “*lekeleyerek*

²⁷⁵ Yargıtay HGK., E. 2013/52 K. 2013/1416 ve 02.10.2013 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 07.08.2021).

²⁷⁶ Remzi Tamer Pekdiğer, *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 401.; Sarigül, *a.g.e.*, s. 54-55.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 436.

²⁷⁷ Çolak, *a.g.e.*, s. 237.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 436-437.; Ülgen Aslan Düzgün, “İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 9, S. 36, Ekim 2018, s. 152.

²⁷⁸ Diğerleri ise SMK m. 6/5’te “*Tescil edilmiş veya tescil başvurusu daha önceki tarihte yapılmış bir markanın, Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarının zarar görebileceği veya ayırt edici karakterinin zedelenebileceği hâllerde, aynı ya da benzer markanın tescil başvurusu, haklı bir sebebe dayanma hâli saklı kalmak kaydıyla, başvurunun aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde yapılmış olmasına bakılmaksızın önceki tarihli marka sahibinin itirazı üzerine reddedilir.*” şeklinde düzenlenmiş olan nispi ret nedenidir.

sulandırma” (*dilution by tarnishment*) olarak ifade edilebilir²⁷⁹. Markanın ayırt edici karakterine zarar verecek ya da itibarını zedeleyecek bu tür kullanımlarla markanın sulandırılması, tüketicilerin kullandığı ürüne olan güvenini sarsacağından markanın tüketicilere ulaşmasında da olumsuz rol oynar²⁸⁰. Bu nedenle tanınmış markanın sulandırılmasına karşı hem tüketiciler hem de marka hakkı sahibini koruma amacına hizmet etmek için marka hakkı sahibine SMK m. 7/2-c kapsamında farklı mal veya hizmetlerde kullanılsa dahi bu tür haksız kullanımları önleme yetkisi verilmiştir.

Kanunun lafzından anlaşılacağı üzere bu tür bir kullanımın marka hakkına tecavüz olarak addedilebilmesi için iki şart bulunmaktadır. Bunların ilki kullanılan işaretin Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış bir markaya ait işaret olması gerekliliğidir. Dolayısı ile tanınmış markalara tanınan bu geniş koruma statüsünden yararlanılıp yararlanılamayacağı konusu, öncelikle markanın tanınmış olup olmadığının tespiti ile şekillenecektir. Markanın tanınmışlık tespitinde genel olarak karar veren merci adli makamlar olsa da ülkemizde itiraz ve benzeri mekanizmalar ile belirsizlikleri gidermek adına kimi zaman idari makamların da tanınmışlık tespitinde önemli rol oynadığı bir gerçektir. Ayrıca ifade edilmelidir ki olumlu ve olumsuz olmak üzere temelde iki tür tanınmışlık bulunmakla birlikte burada olumlu tanınmışlıktan (iyi şöhret) bahsedilmektedir²⁸¹. Bu hâlde tanınmış markanın *şöhretini sömürme* söz konusudur²⁸².

Her somut olaya göre farklılık arz ettiğinden gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemelerde “tanınmış marka” olgusu keskin çizgilerle tanımlanmamış olsa da doktrin ve ilgili içtihatlar ekseninde bir markanın tanınmış olarak nitelendirilebilmesi için belli başlı bazı kriterlerin göz önünde bulundurulduğu söylenebilir. Yukarıda da açıklandığı üzere genel olarak “Markaların Tanınmışlık Düzeyleri ile İlgili Esaslar ve Uygulaması” adlı tanınmışlık tespit kriterleri²⁸³ ekseninde bir markanın Türkiye’de tanınmışlık düzeyine ulaşmış olup olmadığına karar verilecektir. Bu tespit için ölçüt, toplumun geneli değil yalnızca ilgili kesimdir. Bazen toplumun geniş bir kısmı bazen de daha dar bir kısmını nitelendiren ilgili kesimden anlaşılması gereken ise markanın koruma kapsamında yer alan mal veya hizmetler için mevcut veya potansiyel hedef tüketici

²⁷⁹ Dilek İmirlioğlu, *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2017, s. 203.

²⁸⁰ Hacıömeroğlu ve İnce, *a.g.m.*, s. 92.

²⁸¹ Ömer Camcı, *Haksız Rekabet Davaları – I*, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul 2001, s. 47.

²⁸² Tekinalp, *a.g.e.*, s. 435.

²⁸³ Bkz. Birinci Bölüm, dn. 174, s. 40.

kitlesidir²⁸⁴. Örneğin ülke çapında üretim ve satışı yapılan “K” markalı beyaz ekmek, toplumun genelinin günlük tüketim ürünlerinden olduğu için ilgili kesim oldukça geniş iken “L” markalı genelde çölyak hastalığı gibi otoimmün hastalıklarda önerilen beslenme programlarında yer alan glutensiz ekmek için ilgili kesimin daha dar olduğu söylenebilir.

İkinci şart ise işareti haksız olarak kullanan kişinin, tanınmış markanın şöhretinden faydalanarak haksız yarar elde etmesi veya marka itibarına zarar vermesi yahut ayırt ediciliğini zedelemesi gerekliliğidir. Örneğin bisküvi, kraker, çikolata, şekerleme gibi atıştırmalıkların üretilerek piyasaya sürüldüğü gıda sektöründe faaliyet gösteren, itibar ve tanınmışlık düzeyine erişmiş “Ülker®” markasının, üçüncü kişi tarafından markanın tescilli olduğu mal sınıfından farklı bir sınıftaki cilalı oto şampuanı ürünü üzerine konularak satışa sunulması durumunda marka hakkı ihlali olduğu açıktır. Farklı mal veya hizmetlerde kullanılması münasebeti ile SMK m. 7/2-a ve m. 7/2-b haksız kullanım hâllerine girmemekle birlikte tanınmış markalar için sağlanan geniş koruma özelinde SMK m. 7/2-c uyarınca marka hakkına tecavüz niteliğinde bir fiil olduğu söylenebilir. Öyle ki oto şampuanı üzerinde kullanılan tanınmış markanın ününden yararlanarak haksız kazanç elde etme amacı söz konusudur. Bu anlamda tüketici, “Ülker®” markasını görerek markanın bu sektörde de faaliyete girdiği zannı ile ürünü almakta; bu da satışı arttırmakta ise haksız kazanç vardır diyebiliriz.

Bu tür haksız kullanımlar ile tescilli marka itibarı da zedelenebilmektedir. Markanın itibarı, tüketicinin zihninde yer edinmiş markanın iyi şöhretidir²⁸⁵. Markanın itibarının zedelenmesi kavramından ne anlaşılması gerektiği ABAD’ın 2009 tarihli “L’Oréal SA v. Bellure NV” kararında; aynı veya benzer işaretin kullanıldığı mal veya hizmetler için tüketiciler tarafından markanın çekim kabiliyetinin azalması şeklinde ifade edilmektedir²⁸⁶. Markanın itibarının zedelenmesi, tanınmış bir markanın aynı veya benzerinin, marka ile uyuşmayacak içerikte ve şekilde haklı sebep bulunmaksızın kullanılarak markanın olumlu imajının zarar görmesi veya zarar göreceği yönünde ciddi ihtimalin bulunması sonucunun doğması olarak tanımlanabilir²⁸⁷. Örneğin tanınmış markaya ait işaretin üçüncü kişi tarafından haklı sebep olmaksızın aynı veya benzer ya da

²⁸⁴ Gül Büyükkılıç, *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 102.

²⁸⁵ Dirikkan, *a.g.e.*, s. 147.

²⁸⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanının “L’Oréal SA and Others v. Bellure NV and Others” Case C-487/07 sayılı ve 18.06.2009 tarihli kararı, 40. paragraf. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=1219DD166C98DADDD044D963FD72B71D?text=&docid=75459&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=6587322> (Erişim Tarihi: 18.08.2021).

²⁸⁷ Büyükkılıç, *a.g.e.*, s. 17.

farklı mal veya hizmetlerde kullanılması ve kalitenin asıl marka ile sunulan ürünlerdeki kaliteden oldukça düşük seviyede olması durumunda hâl böyledir. Kaldı ki bu durumun tanınmış markanın tüketicide yarattığı intiba ve güven duygusunu zayıflatacağı ve garanti fonksiyonunu da zedeleyeceği yadsınamaz. Yukarıdaki örnekten yola çıkacak olursak “Ülker®” markasına güvenerek alınan oto şampuanının kullanımında, yıkama ile giderilemeyecek lekeler bırakması sureti ile otomobile zarar vermesi durumunda markanın itibarı zedelenecektir. Aynı şekilde örneğin tanınmış bir su markasının, alaçım elemanı olarak endüstriyel sektörde kullanılan arsenik şişesinde kullanılması durumunda markanın itibarı zedelenebilecektir.

Somut olayda, tanınmış markanın itibarından haksız yararlanılmış veya ayırt ediciliği zedelenmiş veya yalnızca markanın itibarı zarar görmüş olabileceği gibi bunların tümünün bir arada yer alması da mümkündür. Bununla birlikte bunların ileride oluşacağına dair pek kuvvetli, ciddi ihtimal de ihlalin varlığı için yeterli olabilmektedir²⁸⁸. Bu bağlamda her somut olay kendi içindeki özellik gösteren hâllerine göre değerlendirilmeli ve öncelikle markanın tanınmış olup olmadığı objektif kriterlerle belirlenmeli²⁸⁹ ve ardından üçüncü kişi tarafından onun ününden faydalanarak haksız yarar elde etmesi, markanın ayırt edici karakterinin zedelenmesi veya itibarının zarar görmesi olguları ayrı ayrı ele alınıp inceleme konusu yapılarak karar verilmesi gerekmektedir.

4.3.2. Haksız Kullanım Şekilleri

4.3.2.1. İşaretin Mal veya Ambalajın Üzerine Konulması

Marka hakkı sahibinin tescilli markası ile aynı veya benzer bir işaretin, tescil kapsamındaki aynı veya benzer mallar için fiziken mal veya ambalajın üzerine yapıştırma, işleme, dikme, baskı, kabartma, kazıma, zımba ve benzeri yollarla konulması bir haksız kullanım şeklidir. Nitekim tescilli markayı mal veya ambalajın üzerine koyma hakkı münhasıran marka hakkı sahibine aittir. Öyle ki tescilli marka ile aynı veya benzer bir işaretin tescil kapsamında olan aynı veya benzer mal ve hizmetlerde karıştırılma ihtimaline sebebiyet verecek şekilde ya da tanınmışlığa erişmiş bir markayla aynı veya

²⁸⁸ Hacıömeroğlu ve İnce, *a.g.m.*, s. 97.

²⁸⁹ Ülkemizde genellikle tanınmışlık tespitinin 3 kişilik bilirkişi heyetlerinin, kendi ekonomik ve sosyal durumları, cinsiyetleri, kişisel tercihleri ve hobilerini baz alarak yaptıkları değerlendirmeler sonucu bir markanın tanınmışlığına dair subjektif görüşlerini bildirmesi ve de bunun ekseninde mahkemenin uyuşmazlığı çözerek hüküm kurduğu görülmektedir. Ancak tanınmışlık tespitinin objektif kriterlerle yapılması gerekir. Bu yönde doktrindeki haklı eleştirisi için bkz. Çolak, *a.g.e.*, s. 350-351.

benzer bir işaretin aynı veya benzer mal veya hizmetlerde olup olmamasına bakılmaksızın malların veya ambalajlarının üzerinde kullanılması durumunda hâl böyledir.

Burada önem arz eden husus ise mal veya ambalajın üzerine söz konusu işaretin konulması eyleminin, malı piyasaya sürmek üzere yapılmış olmasıdır. Hâl böyle iken ayrıca işaretin konulduğu ambalajlı ürünlerin piyasaya sürülmüş olması gerekmez; bunun amaçlanması ihlal için yeterlidir²⁹⁰. Özellikle korsan markaları ve korsan markacılığı engellemek üzere yapılan bu düzenleme oldukça yerindedir²⁹¹.

4.3.2.2. İşareti Taşıyan Malların Piyasaya Sürülmesi, Tesliminin Teklif Edilmesi, Bu Amaçlarla Stoklanması veya İşaret Altında Hizmetlerin Sunulması ya da Sunulabileceğinin Teklif Edilmesi

SMK m. 7/3-b'ye göre ihlal konusu "*işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi*" durumlarında marka hakkı sahibinin bu fiilleri engelleme hakkı bulunmaktadır.

Tescilli markayı taşıyan ürünler, pek çok şekilde piyasaya sürülebilmektedir. Örneğin satım, takas, ödünç, bağışlama, kiralama, leasing, fuarda satışa konma, kapıda satışa konma, bir kampanya unsuru şeklinde sunma gibi birçok şekil ile malların piyasaya sunumu mümkündür²⁹². Ayrıca malın toptancıda, perakendecide veya internet sitesinde müşteri beğenisine sunumu da piyasaya sürüm niteliğinde olup piyasaya sunumdan geniş anlamda ticaret mevkiine konuluşun anlaşılması gerekir²⁹³.

Tescilli bir marka altında üretilen bir ürünün, piyasaya sürülmesine karar verme yetkisi münhasıran marka hakkı sahibine aittir²⁹⁴. Bu nedenle marka hakkı sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişi tarafından tescilli markayı taşıyan ürünlerin piyasaya sürülmesi, marka hakkı ihlali yaratmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki marka hakkının tüketilme ilkesi gereğince mallar, orijinal ürünler marka hakkı sahibinin izni ile bir kez piyasaya sürüldüğünde, daha sonra bu markayı taşıyan ürünleri iktisap eden kişilerin, malları tekrar

²⁹⁰ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 211.; Erdal Noyan, *Marka Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 578.; Diren Şahin Sipahioğlu, *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 67.; Dişli, *a.g.e.*, s. 51-52.; Söyler, *a.g.e.*, s. 79.

²⁹¹ Çağlar, *Marka Hukuku*, s. 109.

²⁹² Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 212.; Aydın, S., *a.g.e.*, s. 39-40.; Bozbel, *a.g.e.*, s. 463.; Çağlar, *Marka Hukuku*, s. 111.; Emine Elif Erol, *Marka Hakkına Tecavüz Hâlinde Açılacak Hukuk Davaları ve Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2013, s. 22.; İbrahim Çetinkaya, *Markaya Tecavüz Hâlinde Marka Sahibinin Talepleri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2010, s. 11.

²⁹³ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 445.; Üzer, *a.g.e.*, s. 76.

²⁹⁴ Fezer, *a.g.e.*, § 14, Rn. 851.; Uzunalli, *Marka Hukuku*, s. 143.

pazara sunmaları mümkündür. Dolayısıyla marka hakkı sahibinin malları piyasaya sürdükten sonra bunların dolaşımına müdahalede bulunmaya yetkisi yoktur.

Marka hakkının tükenme ilkesi, marka hakkı sahibinin markasını taşıyan ürünleri kendi rızası ile bir kez piyasaya sürdüğünde, bu malların sonraki dolaşımına müdahale edememesini ifade eder²⁹⁵. Öyle ki tükenme ilkesi kapsadığı coğrafi alana göre; “ülkesel tükenme”, “bölgesel tükenme” ve “uluslararası tükenme” olmak üzere üç şekilde karşımıza çıkabilmektedir²⁹⁶. Ülkesel tükenme, marka hakkı sahibinin bir ülkede tescilli markasını taşıyan ürünlerin, kendisi veya yetkilendirdiği kişiler tarafından bir kez piyasaya sürüldüğünde malların yine bu ülke sınırları içerisinde sonraki dolaşımına engel olamaması anlamına gelir. Bölgesel tükenmede ise aynı durum, önceden belirlenen bölge sınırları içerisinde geçerlidir. Örneğin AB’de geçerli olan bölgesel tükenme ilkesine göre marka hakkı sahibinin “A” markalı çamaşır makinelerini Danimarka’da piyasaya sürmesi ile marka hakkı, AB’nin tamamında yani bugün itibarıyla 27 ülkenin tümünde tükenmiş olacaktır. Dolayısıyla ürünü Danimarka’dan alan kişinin, bunu İsveç’te veyahut Hollanda’da satması hâlinde marka hakkı sahibi, satışa engel olamayacaktır. Uluslararası tükenmeye göre ise tescilli markayı taşıyan ürün, dünyanın herhangi bir yerinde marka hakkı sahibi rızası ile piyasaya sürülünce marka hakkı tükenir ve diğer ülkelerdeki satışlara artık marka hakkı sahibinin müdahale yetkisi bulunmaz. Mülga KHK döneminde ülkemizde ülkesel tükenme ilkesi uygulanmakta iken SMK (m. 152) ile artık uluslararası tükenmenin uygulama sahası bulduğu söylenmelidir²⁹⁷. Bu düzenleme ile hem paralel ithalat hem de geri ithalatın önünün açıldığı da belirtilmelidir²⁹⁸.

²⁹⁵ Güneş, *a.g.e.*, s. 265.

²⁹⁶ Ayrıca dördüncü bir tükenme türü olarak ortaya konulan “uluslararası tükenmeye yakın sui generis tükenme” olarak ifade edilen tükenme için bkz. Zekeriyya Arı, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, S. 1-2, 2007, s. 292.

²⁹⁷ Çolak, *a.g.e.*, s. 612.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 13.

²⁹⁸ Burada paralel ithalat ve geri ithalata değinmişken aralarındaki farkın ortaya konması bakımından açıklanmaları gerekirse; paralel ithalat, bir ülkede tescilli marka hakkı sahibinin markasını taşıyan ürünlerinin rızası ile başka bir ülkede ilk defa piyasaya sunulması ve ardından onun rızası aranmaksızın tescilli olduğu ülkeye malların ithalat yolu ile getirilmesi hâli iken geri ithalatta ise bir ülkede tescilli markalı ürün, hak sahibinin izniyle öncelikle o ülkede piyasaya sürülmekte, ardından ihraç edilmekte ve sonra üçüncü kişiler tarafından ticari amaçla tekrar ilk pazara sunulduğu ülkeye ithalat yolu ile geri gelmektedir. Paralel ithalatçı, yurtdışından daha ucuza aldığı orijinal ürünleri ithalat yoluyla ülkeye getirerek marka hakkı sahibinin ülke pazarındaki ürünleri ile rekabete girmektedir. Bu durumun marka hakkının tükenme ilkesinin kötüye kullanılması olarak yorumlanması da mümkün iken ürünler taklit mal olmayıp orijinalliklerini koruduklarından, serbest rekabet ortamı için bir sorun teşkil etmeyip aksine piyasayı canlandırdığı gibi tüketiciler açısından da (aynı ürünün ithal olanı daha düşük fiyattan satışa sunulduğundan) olumludur. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ülgen Aslan Düzgün, *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 196-230.

Doktrinde “ilk satış doktrini”²⁹⁹ veya “ilk satış ilkesi”³⁰⁰ şeklinde de kullanılan marka hakkının tükenme ilkesinin, Kıta Avrupası Hukukunda kendine yer edinerek içtihatlarla girdiği ilk karar olan Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından verilen “Kölnisch Wasser”³⁰¹ kararına göre ise; mallar marka hakkı sahibinin rızası ile piyasaya sürüldüğünde marka hakkı tüketilmiş olur ve marka hakkı sahibi artık malların pazardaki serbest dolaşımına müdahale edemez³⁰². Markalamanın asıl amacının bir işletmeye ait mal veya hizmetleri diğerlerinden ayırabilmek olduğu düşünüldüğünde malların piyasaya sürüldükten sonraki el değiştirmelerinin kapsam ve sonuçlarının artık marka hakkı sahibinden çıkması oldukça yerindedir. Nitekim marka, serbest piyasa ekonomisi ve malların pazarda serbestçe dolaşımı gereğince, ürünlerin piyasaya bir kez sunulmuş olması, sonraki satışlarında marka hakkı sahibine bir tekel hakkı bahşetmez.

Tükenme ilkesinin sınırı ise SMK m. 152/2’de zikredildiği üzere markalı malların ticari amaçla değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi hâlidir. Bu hâlde marka hakkı sahibinin itibarı zedelenebileceğinden bu tür kullanımları engelleyebilme hakkı bakidir. Konuya ilişkin verilen 2017 tarihli bir istinaf kararında da; davacıya ait “BIODERMA®” markalı ürünlerin davalı tarafından “www.turuncukasa.com” adlı internet sitesinde izinsiz teşhir edilmesi ve defolu, son kullanma tarihi geçmiş ürünlerin satılması konusundan doğan uyuşmazlıkta mahkeme tarafından, “...Her ne kadar ürünler orijinal olduğu için ürünlerin ilk satışından sonraki satışları, marka hakkının tükenmesi nedeniyle marka sahibi tarafından engellenemez ise de marka sahibi tarafından ya da onun izniyle piyasaya sunulan malların üçüncü kişilerce niteliklerinin değiştirilmesi, kötüleştirilmesi ve bu şekilde satılmaları tükenme istisnası dışındadır ve marka sahibinin bu tür ‘değiştirilmiş’, ‘kötüleştirilmiş’ malların satışına engel olması mümkündür.” ifadeleri ile son kullanma tarihi yakın olan ürünlerin satışının markayı taşıyan malların değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi kapsamına girmeyeceği gerekçesi ile hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına hükmedilmiştir³⁰³. Gerçekten de cilt bakım ürünleri üretim ve satışı ile piyasada yer edinmiş bu markayı taşıyan ürünlerin, üçüncü kişi tarafından internet sitesinde son kullanma tarihi yaklaşan veya geçen malların bu durumu

²⁹⁹ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 11.; Oytaç, *a.g.e.*, s. 185. Bu terim kaynağını Anglo-Sakson hukuk sistemindeki “*first sale doctrine*” kavramından almıştır. Bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 3146.

³⁰⁰ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 453.

³⁰¹ Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. Rechtsprechung RG, 28.02.1902, Rep II. 406/01, RGZ 50, 229. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=RG&Datum=28.02.1902&Aktenzeichen=II%20406%20F01> (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

³⁰² Adem Aslan, *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2004, s. 47.

³⁰³ İstanbul BAM, 16. HD., E. 2016/134, K. 2017/2445 sayılı ve 12.07.2017 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.08.2021).

belirtilerek satıŖa sunulmuŖ olsa bile artık marka hakkı sahibinin rızası ile malları piyasaya sürümünden sonraki satımları engelleyememesini ifade eden tükenme ilkesini uygulanamaz hâle getirmektedir. Nitekim cilt tahriŖlerinin, yanıkların, lekelerin dolayısıyla ciltte geri dönülemeyecek hasarların oluşmasına sebebiyet verebilecek bu tür bir kullanım; tüketicilerin sağlığının olumsuz etkilenmesine, telafisi imkansız sonuçların doğmasına neden olabileceğinden söz konusu fiilin, malların deđiŖtirilmesi ve kötüleŖtirilmesi olarak sayılması ve dolayısıyla marka hakkı sahibine haksız kullanımı engelleme imkanı verilmesi oldukça yerindedir.

Malların tesliminin teklifinde, malların teslimine dair taahhüt altına girilmektedir. Bu Ŗekilde marka sahibinin izni olmaksızın tescilli marka adı altında yapılan mal teslimi teklifi de marka hakkına tecavüz oluşturur. Mağaza vitrinindeki icaba davet niteliğindeki teŖhir ürünleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. O hâlde buradaki “teklif” kavramının Türk Borçlar Kanunu anlamındaki icaptan daha geniŖ bir anlama karşılık geldiği vurgulanmalıdır³⁰⁴. Nitekim buradaki teklifin, icaba daveti de kapsadığı belirtilmelidir³⁰⁵. Teslim teklifinin ihlal kabul edilebilmesi için malların mutlaka teslim hazır bulunması da gerekmez. Örneğin mallar mağazada veyahut depoda teslim hazır olmamakla birlikte teslim için üretilecekse veya üretilmiŖ ancak marka henüz ürünlere basılmamıŖ ise de ihlalin varlığının kabulü gerekir.

Söz konusu malların piyasaya sürülme amacı ile stoklanması durumunda da marka hakkı ihlali mevcuttur ve marka hakkı sahibi bu tür bir haksız kullanım Ŗekli durumunda söz konusu fiili engelleyebilir. Bu düzenleme ile asıl amaçlanan ise malların piyasaya sürülmeden, dolayısıyla dolaŖıma girmeden marka hakkı ihlalinin ortadan kaldırmaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta Ŗudur ki malların stoklanma amacı özel olarak tüketim için elde bulundurma olmamalı; stoklama, malları piyasaya sürme amacı ile gerçekleştirilmiŖ olmalıdır. Stoklamanın malların üretim yerinde, depolarında, ardiyede vb. yapılması ile üçüncü kiŖi nezdinde yapılması arasında da bir fark bulunmamaktadır³⁰⁶.

Madde metninin son kısmında yer verilen, hizmet markaları özelinde yapılan düzenleme gereğince ise söz konusu iŖaret altında hizmetlerin sunumu veya sunumunun teklifi de haksız kullanım Ŗekillerindedir. Burada hizmetin sunumu, hizmetin piyasaya sunulması ve teklifini de bünyesinde ihtiva eder. Dolayısıyla tescilli bir hizmet markası

³⁰⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 213.; Çetinkaya, *a.g.e.*, s. 12.; İsmail Fidan, *Marka Hakkının İhlali*, TPE YayınlanmamıŖ Uzmanlık Tezi, Ankara 2001, s. 47.; Ŗahin Sipahioğlu, *a.g.e.*, s. 69.

³⁰⁵ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 166.

³⁰⁶ Bozbel, *a.g.e.*, s. 464.

ile aynı işaretin, bir otele ait havlu ve şampuanlarının üzerinde veya bir restoranın peçete ve ıslak mendillerinin üzerinde kullanımı hâlinde durum böyledir. Örneğin “*Katkat İsmail*” hizmet markası ile bilinen ve berberlik faaliyetini sürdüren işletmeye ait bu markanın, başka bir berber salonu tarafından havlularında, saç boyalarında kullanımı hâlinde marka hakkı ihlali açıktır.

4.3.2.3. İşareti Taşıyan Malın İhraç ya da İthal Edilmesi

SMK m. 7/3-c uyarınca ülkemizde tescilli bir markanın, sahibinden izin alınmaksızın ihraç ya da ithal gibi ticari faaliyetlerdeki mallar üzerinde kullanılması, marka hakkını ihlal eder. Nitekim markayı taşıyan ürünleri ithal veya ihraç etmek münhasıran marka hakkı sahibine aittir³⁰⁷. Anlaşılacağı üzere bu ihlal biçimi, doğrudan mallarla ilgili olduğundan hizmet markaları bu kapsamda düşünülmecektir.

Tescilli marka sahibinin, haksız şekilde markasının bulunduğu ithal ya da ihraç ürünlerin dolaşımını engelleme hakkı bulunmaktadır. Türkiye’de tescilli marka sahibi, ithal edilecek mallar üzerinde kendi markasının bulunduğunu öğrenmesi hâlinde yurda bu ürünlerin girişini engelleyerek iç pazara sürülmesinin önüne geçebilir. Markanın yurt dışında başka kişiler adına tescilli olması da sonucu etkilemez³⁰⁸. Aynı durum ihraç mallar için de geçerli olup marka hakkı sahibinin, tescilli markası ile markalanan malların yurt dışına çıkmasını engellemesi mümkündür.

Madde metninden de anlaşıldığı üzere transit olarak ülkemizden geçiş yapan mallarla ilgili herhangi bir marka ihlali düzenlemesi yapılmamıştır. Zira bu mallar, gümrüğe girmekle birlikte Türkiye iç pazarında dolaşıma girmemekte yalnızca transit geçiş yapmaktadırlar.

Mülga 556 sayılı KHK döneminde ise her ne kadar bu tür transit mallar, iç piyasada dolaşıma girmese de gümrüğe girmesi, tecavüz eyleminin varlığı için yeterli idi. Kararnamede açıkça zikredilmese de söz konusu ihlal teşkil eden haksız kullanım şekillerinin sayılanlarla sınırlı olmadığı, bu tür transit mallara ülkesellik ilkesi bakımından muafiyet de tanınmadığından bahisle, transit malların da bu kapsamda sayılması gerektiği öngörülmekteydi³⁰⁹. Bu bakımdan gümrük bölgeleri de Türk toprağı sayıldığından bu malların gümrüğe girişi ve gümrükçe onaylanmış bir işlem veya

³⁰⁷ Fezer, *a.g.e.*, § 14, Rn. 859.

³⁰⁸ Uzunalli, *Marka Hukuku*, s. 167.

³⁰⁹ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 211.; Noyan, *a.g.e.*, s. 579.

kullanıma tabi tutulması marka hakkı ihlali sayılıyor idi³¹⁰. “Gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanım” tabirinden anlaşılması gereken ise 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 3/14’te açıklandığı üzere eşyanın; bir gümrük rejimine tabi tutulmasını, bir serbest bölgeye girmesini, Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracını, imhasını, gümrüğe terk edilmesini ifade ederken m. 3/15’e göre gümrük rejimi; serbest dolaşıma giriş rejimini, transit rejimini, gümrük antrepo rejimini, dahilde işleme rejimini, gümrük kontrolü altında işleme rejimini, geçici ithalat rejimini, hariçte işleme rejimini, ihracat rejimini kapsar.

SMK’da marka mevzuatımızın Avrupa Birliği ile uyum sağlanarak yeknesaklaştırılması açısından bu tür transit malların marka hakkı ihlali olmadığı fikri benimsenmiş ve bu nedenle marka hakkı sahibinin bu fiili engelleme yetkisi olduğu yer bulmamıştır. Gümrük ve transit mal rejimine tabi olan mallara bu kapsamda SMK’da yer verilmemesi, marka mevzuatımızın uluslararası uyumlaştırma çabalarının bir sonucu olmuştur. Ancak hâlen yürürlükteki 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 9/4’te taklit markalı transit geçişli malların da ülke içinde dolaşıma girmese de marka ihlali sonucunu doğurduğu düzenlenmiştir³¹¹.

SMK’da transit mallarla ilgili olarak marka hakkı sahibinin engelleme hakkı kapsamında bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte m. 159/2-b’de Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil bu tür taklit mallara buldukları yerde el koyma ihtiyati tedbiri uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Maddede düzenlenen ihtiyati tedbirler, marka hakkına tecavüz niteliğindeki fiiller için mümkündür. Ancak ne m. 7 ne de m. 29 özelinde marka ihlalini haiz transit malların ülkemizde engellenmesi gereken, tecavüz teşkil eden fiiller arasında zikredilmesi; bunun bilinçli mi yoksa bilinçsiz mi yapıldığı konusunda tereddüt ortaya çıkarmaktadır.

Kanımızca transit malların prensipte iç piyasaya sürülmemesi, Türkiye’de satışa sunulmaması dolayısı ile marka hakkı sahibine herhangi bir kazanç ya da kayıp yaratmayacağından bahisle SMK m. 7 kapsamında engelleme hakkı bulunan haksız kullanım şekillerinden sayılmamış olması, yerinde değildir. Zira her ne kadar mallar iç piyasada dolaşıma girmese de satışa sunulduğu ülkelerde, marka hakkı sahibinin hakkının

³¹⁰ Mülga 556 sayılı KHK döneminde bu tür malların ülkemizden transit geçişlerinin de marka hakkı ihlali olduğu yönünde verilen örnek Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2011/9321 K. 2013/12394 ve 13.06.2013 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2003/13968 K. 2004/1201 ve 13.02.2004 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 31.07.2021).

³¹¹ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1695-1696.

tecavüze uğradığı açıktır. Örneğin Türkiye’de faaliyet gösteren ve dış ticarete de etkin rol oynayan A işletmesinin B markalı ürünlerinin taklit edilerek Rusya’dan yüklenip Türkiye üzerinden Yunanistan’a götürüldüğü varsayıldığında; mallar ülkemizden yalnızca transit olarak geçmiştir. Ancak Yunanistan’da A işletmesinin, B markalı ürünleri için iş hacminin küçülmesine, taklit mal aslı ile aynı özellik ve kalitede değil ise markanın kötü tanınarak itibar zedelenmesi ve hatta kaybına neden olması muhtemel hâle gelmiştir. Bu nedenlerle ülkemizden transit geçen marka hakkını ihlal edici mallar üzerinde de marka hakkı sahibinin bu fiili engelleme hakkı bulunması gerektiği ve markanın haksız kullanımını ihtiva eden transit malların da SMK m. 7 kapsamına dahil edilmesi daha doğru olacaktır³¹².

4.3.2.4. İşaretin Teşebbüsün İş Evrakı ve Reklamlarında Kullanılması

SMK m. 7/3-ç uyarınca tescilli markanın aynı veya benzerinin marka sahibinin izni olmadan üçüncü kişi tarafından teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması da marka hakkını ihlal eden kullanımlardandır ve marka hakkı sahibinin bu tür kullanımları engelleme hakkı bulunur.

Bir teşebbüsün iş evrakı denilince akla ilk olarak fatura, fiyat listesi, mektup, posta kartı, menü, katalog, broşür gibi evraklar gelir³¹³. Bunun yanı sıra söz konusu işaret, haksız olarak yazılı, sözlü ve sanal şekilde reklamlarda da kullanılabilir. Reklam filmlerinde, billboardlarda, iş yeri tabelasında, afişlerde, taşıt veya bina üzerinde yapılan reklamlarda, kartvizitte, televizyonda, radyoda, ilanlarda bu tür haksız kullanımlar, marka hakkını ihlal eder.

Üçüncü kişinin reklamlarında tescilli markayı kullanması marka hakkı ihlali iken kural olarak perakendeci, sattığı orijinal ürünler için yaptığı reklamlarda, markanın menşeyini gösterme ve diğer fonksiyonlarına zarar vermeyeceğinden markayı kullanabilecektir³¹⁴. Zira bu kullanım marka fonksiyonlarına zarar vermediğinden ve markanın ticari hayatta dürüstçe kullanımı söz konusu olduğundan marka ihlali de teşkil etmez. Ancak marka hakkı sahibi ile hiçbir bağlantısı bulunmadığı hâlde tüketiciyi yanıltacak şekilde, sanki markanın perakende ağında dağıtıcı izlenimi vererek faaliyette bulunan; işareti iş evrakı ve reklamlarında kullanan kişilerin bu tür haksız

³¹² Benzer yönde bkz. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 280-281.

³¹³ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 168.

³¹⁴ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 169.

kullanımlarından haksız yarar sağlaması, markanın itibarından yararlanması durumlarında marka hakkı sahibinin kullanımı yasaklama hakkı bakidir³¹⁵.

4.3.2.5. İşaretin İnternette Ticari Etki Yaratacak Biçimde Kullanılması

İnternetin yaygınlaşması ile birlikte önemli bir ticaret alanı olduğu bir gerçektir. Öyle ki elektronik ortamda, tüketici ulaşmak istediği ürüne daha az emek harcayarak kısa yoldan erişebilir. İnternet üzerinde ticari faaliyette bulunan kişi ve işletmeler de böylece kilometrelerce uzaktaki müşterisine dahi ulaşabilmekte; kendine geniş bir pazar ağı yaratmakla birlikte tanınırlığını da önemli ölçüde arttırmaktadır.

İnternetin bu denli piyasaya hâkim olacak şekilde yaygın kullanımı; ticari hayatta kazandırdığı canlılık, hızlı erişim gibi faydalarının yanında bir takım olumsuzlukları da beraberinde getirmiştir. Zira internette marka hakkı ihlali daha mümkün hâle gelmektedir. Öyle ki herkesin internet sitesi yönetebildiği, kolayca materyaller paylaşabildiği ve bunlara Dünya'nın her yerinden erişim sağlanabildiği düşünüldüğünde internetin bu anlamda olası marka ihlali alanı yarattığı söylenebilir³¹⁶.

Tescilli markalar ülkesellik prensibi uyarınca korunmakla birlikte bu kural internette alan adı, yönlendirici kod vb. kullanımlar için imkansız hâle gelmektedir. Bu nedenle sınır ötesi özelliği olan internette, marka hakkı korunumu ülkesellik ilkesi çerçevesinde değerlendirilemez. Gerek internet sitelerinde gerekse Facebook, Twitter, Instagram gibi sosyal ağ platformlarında ticari faaliyetlerin her geçen gün artması ve reklamcılığın yaygınlaşması, internette marka hakkı ihlallerine de zemin hazırlamıştır. Bu nedenle marka hakkı sahibinin internette de haklarının korunması gerekliliği artmıştır.

SMK m. 7/3-d'ye göre tescilli markanın marka hakkı sahibinin izni olmaksızın, hakkı veya meşru bir bağlantısı olmadan, ticari hayatta etki yaratacak şekilde işaretin aynı veya benzerinin alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılması durumları marka ihlali kabul olarak edilmiştir. Marka hakkı sahibi, bu tür kullanımları yasaklayabilir. Madde metninde geçen “*işaretin ticari etki yaratacak şekilde kullanımı*” deyiminden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Ticari etki, işletmeyle ilgili mal veya hizmetlerin ticari hayatta sürümünü arttırmaya yönelik kullanılmasını ifade eder³¹⁷. Öyle ki “*ticari etki*” kavramı geniş yorumlanmalı ve internet üzerinde ticari faaliyet olarak nitelendirilebilecek hatta ticari faaliyetle

³¹⁵ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 169.

³¹⁶ Gordon V. Smith, *Trademark Valuation*, John Wiley & Sons, Hoboken, 1997, s. 50.

³¹⁷ Demirci, *a.g.e.*, s. 49.

ilişkilendirilebilecek her türlü kullanım, bu kapsamda değerlendirilmelidir³¹⁸. Ticari etki yaratacak şekilde kullanımın da sınırlarının çizilmesi ihlalin tespiti için önemlidir³¹⁹.

Bir marka farklı ülkelerde farklı kişiler adına tescil edilmiş olabilir. Markaya ait işaret barındıran alan adı, Dünya'nın herhangi bir ülkesinde bir kişiye tahsis edilip internet sitesinde kullanılabilen, ticari faaliyet yürütülen sitede reklama da yer verilebilmekte ve bu siteye erişim de diğer ülkelerden kolayca sağlanabilmektedir. Markanın tescilli olduğu ülke ile herhangi bir ticari irtibatı bulunmayan bu tür kullanımlarda salt o siteye erişimin tescilli marka ülkesinden de sağlanıyor olması, marka ihlali teşkil etmeyecektir. Örneğin "AKE" markasının hem Türkiye'de hem de Almanya'da farklı teşebbüsler tarafından tescil edilip kullanıldığı varsayımında; Türkiye'de "www.AKE.tr" alan adı ile Almanya'da ise "www.AKE.de" şeklinde internette ticari faaliyet yürütüldüğünde Alman firmanın internet sitesine Türkiye'den erişimin sağlanıyor olması, salt marka hakkı ihlali teşkil etmez. Meğer ki işaretin Alman teşebbüse ait sitede kullanımı, Türkiye'de ticari etki yaratsın. Alman firma mal veya hizmet sunumunu site üzerinden yalnızca Almanya'da ya da Türkiye dışında diğer ülkelerde yürüttüğünde Türkiye'de tescilli "AKE" marka hakkı sahibi, markasına tecavüz edildiği savıyla koruma talep edemeyecektir. Ancak Alman firma internet üzerinde yürüttüğü ticari faaliyette Türkiye'de de etkili ise (mal veya hizmet sunumu) bu durumda marka hakkı ihlali açıktır.

Günümüzde internet yolu ile marka ihlalinin oldukça yaygın hâle gelmesi ve ayrıntılı incelenmesi gereken bir husus olması münasebetiyle bu konu, ileride "İnternet Yoluyla Marka Hakkının İhlali"³²⁰ başlığı altında derinlemesine incelenecek olup bu kısımda sadece bu tür haksız kullanımların marka ihlali olarak kabul edildiği yönünde bilgi verilmesi ile yetinilecektir.

4.3.2.6. İşaretin Ticaret Unvanı ya da İşletme Adı Olarak Kullanılması

Ticaret unvanı, bir taciri diğerlerinden ayırt etmeye yarayan işaretler olarak tanımlanabilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ticaret unvanı, tacirler tarafından kullanılabilir. Öyle ki her tacir TTK hükümlerine uygun bir ticaret unvanı seçmek, bunun sicile tescilini sağlamak, ticari işletmesine ilişkin işlemleri ticaret unvanı ile yapmak ve işletmesi ile ilgili belgeleri bu unvan altında imzalamakla yükümlüdür. TTK

³¹⁸ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 172.

³¹⁹ İhlal için markasal kullanım koşulu arandığı ve markasal kullanımın zaten ticari etki yaratacağı bu nedenle de ticari etki koşulunun aranmasının gereksiz olduğu yönünde bkz. Çolak, *a.g.e.*, s. 521.

³²⁰ Bkz. İkinci Bölüm, s. 99.

39-52. maddelerinde ve Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ'de³²¹ düzenlenen ticaret unvanı, ticari hayatta ayırt edicilik fonksiyonu münasebeti ile önem arz eder.

Esasen tacirleri birbirinden ayırt etmeye yarayan ticaret unvanı ile mal ve hizmetleri ayırt etme işlevi ile ön plana çıkan markanın bu anlamda birbiri ile yakın ilişkisinin bulunduğu söylenebilir³²². Bu yakın ilişkiye rağmen ticaret unvanı taciri, işletme adı işletmeyi, marka ise ürünü tanıtan vasıta olup ilk ikisi TTK'da, marka ise SMK'da hüküm altına alınmış farklı hukuki müesseseleri ifade eder³²³.

Ticaret unvanı, bir taciri diğerinden ayırt etmeye yarayan tanıtmaya işaret eden işletme adı ise işletme sahibi ile ilgisi olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtan ve benzer işletmelerden ayırt edilmesini sağlamak için kullanılan addır³²⁴. İşletme adı, ticari işletmelerin kullanımının yanı sıra esnaf işletmeleri tarafından da kullanılmaktadır. TTK m. 38, 45, 47, 50, 51 ve 52. maddeleri uyarınca düzenlenen işletme adı koruması, ilgili maddelerden de anlaşılacağı üzere ticaret unvanı hükümleri ile sağlanmaktadır.

SMK m. 7/3-e'ye göre işaretin üçüncü kişi tarafından ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanımı da marka hakkını ihlal edicidir. Haksız ve yetkisiz olarak marka hakkı sahibinin markasının aynısı veya benzerinin üçüncü kişi tarafından ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, tüketici nezdinde karıştırmalara neden olabilir³²⁵.

Belirtilmelidir ki mülga 556 sayılı KHK döneminde bu ihlal şekli kararnamede düzenlenmemiş olsa da uygulamada tescilli marka hakkı sahibinin haksız kullanımda bulunan ticaret unvanı ya da işletme adının kullanımın yasaklanması veya terkinini isteyebilmesi için işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak işlevinden soyutlanmak suretiyle markasal kullanım boyutunda kullanılması gerekmektedir³²⁶. Dolayısıyla ticaret unvanı veya işletme adı işlevine uygun olarak bu sınırdaki kullanılmak şartı ile tescilli markaların bu tür kullanımları, marka hakkı ihlali veya haksız rekabet kapsamında değerlendirilmeyordu. Mevcut düzenlemelere göre ise marka hakkı sahibi, kullanımın yasaklanmasının yanı sıra ticaret unvanı veya işletme adının terkinini de (markanın tescil

³²¹ Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılan "Ticaret Unvanları Hakkında Tebliğ" için bkz. RG, 14.02.2014, S. 28913.

³²² Hayri Bozgeyik, *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalaalar (Marka, Tasarım, Telif, Haksız Rekabet, Kıymetli Evrak)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 4.

³²³ Mustafa Yasan, *Ticari İşletme Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 187.

³²⁴ Ali Bozer - Celal Göle, *Ticari İşletme Hukuku*, 4. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2017, s. 179.

³²⁵ Bu yönde verilen bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2013/8912 K. 2014/263 ve 08.01.2014 tarihli kararı.; Yargıtay 11. HD., E. 2016/3885 K. 2017/6316 ve 20.11.2017 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 22.08.2021).

³²⁶ Güneş, *a.g.e.*, s. 317.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1750.

tarihinin ticaret unvanı ya da işletme adının tescil tarihinden daha önce olması kaydıyla talep edebilecektir³²⁷. Dolayısıyla önceki tarihli tescilli marka ile arasında karıştırılma tehlikesi bulunan işaret, bir ticaret unvanı veya işletme adında markasal olarak kullanılmasa dahi ihlal kapsamında değerlendirilebilecektir³²⁸. Bu yenilikle tescilli markanın SMK’da daha güçlü bir koruma imkanına kavuştuğu söylenebilir³²⁹.

Öte yandan bir işaretin üçüncü kişi tarafından salt ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması, marka hakkı sahibine kullanımın yasaklanmasını talep etme hakkı da bahsetmeyecektir. Kullanımın marka fonksiyonlarına zarar veriyor olması veya haksız bir şekilde bu kullanımdan yarar sağlanması hâllerinde marka hakkı sahibi, bu tür kullanımları engelleyebilecektir³³⁰. Bununla birlikte doktrinde işaretin salt ticaret unvanı veya işletme adında kullanımının marka hakkına tecavüz teşkil etmeyeceği; marka fonksiyonlarına zarar vermenin markasal kullanım ile mümkün olduğu; dolayısıyla kullanımın markasal olup olmadığının araştırılması gerektiği görüşü savunulmaktadır³³¹. Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin yakın tarihli bir kararı da bu görüşü destekler niteliktedir. Karara göre “...SMK’nın 29/1-a hükmü ile yapılan yollama gereği m. 7/3-e maddesinde yer alan “işaretin ticaret unvanı ve işletme adı olarak kullanılması hükmü işaretin markasal kullanılması durumunda uygulanabilecektir. Zira m. 7/3’te işaretin ticaret alanında kullanılması ifadesi ile kastedilen işaretin markasal olarak kullanılmasıdır.”³³².

Önceki tarihli tescilli markanın önceliğinden kaynaklı ticaret unvanı veya işletme adına yönelik kazandığı bu üstünlük, öncelik ilkesinin bir gereğidir. Öyleyse bunun tersi ihtimalde örneğin önceki tarihli ticaret unvanı ile aynı işaretin sonraki tarihli markada kullanılması durumunda da aralarında karıştırılma ihtimali söz konusu ise ticaret unvanı sahibinin hakkı üstün kabul edilecektir³³³.

³²⁷ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 209.

³²⁸ Muhammet İktal Karadağ, *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 84.

³²⁹ Ayтуğ Ceyhun Çakır vd., “Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 7, S. 1, 2021, s. 47.

³³⁰ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 208-209.

³³¹ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1754.

³³² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2019/1692 K. 2020/3293 sayılı ve 29.06.2020 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.08.2021).

³³³ Bu konuda ABAD’ın 2019 tarihli “SWEMAC” kararının emsal nitelikte olduğu söylenebilir. Anılan karar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Nihal Koşer, “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli ‘Swemac’ Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, Nisan 2020, ss. 2151-2178.

4.3.2.7. İşaretin Hukuka Uygun Olmayan Şekilde Karşılaştırmalı Reklamlarda Kullanılması

Her gün yüzlerce yeni ürünün piyasaya sürüldüğü ticari hayatta, hedef kitlenin ürünlerden haberdar olması, tanıtımının yapılması, markanın tanınırlığının sağlanması veyahut güçlendirilmesi reklamlar yolu ile mümkündür. Hâl böyle iken teşebbüsler reklamlarında yalnızca kendi markalarına ait ürünleri övmek yerine ürünlerinin benzer rakip teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden farkını da ortaya koyabilmek amacıyla karşılaştırmalar yaparlar.

En genel tanımı ile karşılaştırmalı reklam; bir işletmenin kendi markasını taşıyan bir ürün veya hizmetin, rakip firmanın markasını açık veya örtülü şekilde kullanarak daha üstün olduğunu anlatma amacına hizmet eden reklamlardır. Hedef tüketici kitlesi nazarında bir mal veya hizmet için diğeri yerine, reklam sahibi teşebbüsün ürününün tercihini amaçlayan karşılaştırmalı reklamlar, kanıtlanabilir verilere dayandıkları; haksız rekabet ve tüketiciyi aldatma amacına hizmet etmedikleri sürece tüketicinin ürün hakkında bilgilenebilmesi, istediği ürüne kolayca ulaşabilmesi, doğru seçimler yapabilmesi açısından önemlidir.

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun³³⁴ m. 61/5'te; "*Aynı ihtiyaçları karşılayan ya da aynı amaca yönelik rakip mal veya hizmetlerin karşılaştırmalı reklamı yapılabilir.*" hükmü ile karşılaştırmalı reklamlara Türk Hukukunda yer verilmiştir. Örneğin ETİ®, piyasaya yeni sürdüğü çikolatalı gofret ürünü için yaptığı reklamlarda "*Herkese var dedirten lezzet*" ibaresini kullanmış; örtülü olarak rakip firma olan ÜLKER®' in çikolatalı gofreti için reklamlarında yer verdiği "*Aranızda Ülker çikolatalı gofret sevmeyen var mı?*" şeklindeki sloganına gönderme yaparak ürününü karşılaştırmalı reklamlar vasıtası ile tanıtma yoluna gitmiştir. Yine günlük hayatta çoğu zaman Coca-Cola® ve Pepsi®; Samsung® ve Apple® gibi rakip markaların karşılaştırmalı reklamlar yolu ile piyasada rekabet hâlinde olduğunu görmekteyiz.

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 8/1-a (Ek: RG-28.12.2018-30639)'ya göre karşılaştırmalı reklamlar, ancak; rakiplere ait ürün adı, marka, logo, ticaret unvanı, işletme adı veya diğeri ayırt edici unsurlara yer verilmemesi kaydıyla yapılabilir³³⁵. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere Türk Hukuku'nda, açık başka bir ifade

³³⁴ 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

³³⁵ Bkz. RG, 10.01.2015, S. 29232.

ile doğrudan karşılaştırmalı reklam mümkün olmayıp yalnızca örtülü karşılaştırmalı reklam yapılabilir.

Karşılaştırmalı reklamlara Türk Hukuku'nda cevaz verilmekle birlikte olası hak ihlallerinin de önüne geçilebilmesi amacıyla bu konuda bazı düzenlemeler gerekli görülmüştür. SMK m. 7/3-f de mevcut düzenlemelerden biridir. Hükme göre tescilli bir markanın üçüncü kişi tarafından hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması, marka hakkı ihlali şekillerinden olup bu hâlde marka hakkı sahibinin bu haksız kullanımı engelleme, yasaklama yetkisi bulunmaktadır. Yapılabilecek lafzi yorum ile maddenin mefhum-i muhalifinden; hukuka uygun olarak başkasına ait markanın karşılaştırmalı reklamlarda kullanılabileceği sonucu çıkarılabilecek olsa da yukarıda belirtilen Yönetmelik'in 8/1-a hükmü, tescilli markanın üçüncü kişi tarafından karşılaştırmalı reklamlarda kullanımını açıkça yasaklamaktadır. Dolayısıyla Türk Hukukunda karşılaştırmalı reklamlarda doğrudan rakip teşebbüsün markası kullanılamaz. Örneğin Reklam Kurulunun 2013 tarihli kararına göre; şikayet edilen "FI" markalı ilaç firmasının internet sitesinde yer alan tanıtımlarında ve broşürlerinde "*Çocuk bezi dermatiti tedavisinde: X1; Alantan; Linomeg ve Bepanthen'e göre daha yüksek etki daha hızlı cevap sağlar.*" ifadelerini içeren reklamlarında, markaların isimlerine açıkça yer verilerek yapılan karşılaştırmalar hukuka aykırı bulunarak söz konusu reklamların durdurulması yönünde karar verilmiştir³³⁶. Gerçekten de doğrudan marka isimleri, işaretleri kullanılarak yapılan bu tür reklamlar, karşılaştırma yapılan marka için bazı hâllerde olumsuz sonuçlar doğurabilir. Doğrudan karşılaştırmalı reklamlarda yer verilen markanın adından haksız olarak yarar sağlama, kendi satışlarını arttırma, rakip firmanınkileri ise düşürme gibi amaçlarla yapılan reklamların marka hakkını ihlal edeceği açıktır. Reklam Kurulu ve Yargıtay'ın da bu doğrultuda verdiği birçok benzer karar bulunmaktadır³³⁷.

AB Hukukunda ise Türk Hukukundan farklı olarak doğrudan açık karşılaştırmalı reklam kabul edilmektedir. Öyle ki mevzuattaki bazı şartları sağlaması kaydı ile karşılaştırmalı reklamlarda rakip firmanın markasının, ticaret unvanının veya benzer nitelikte ayırt edici fonksiyonu haiz işaretlerin kullanılması mümkündür. Bu hâlde 2006/114 sayılı AB Aldatıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlara İlişkin Yönerge gerekçesine

³³⁶ Reklam Kurulu, D. 2012/767, T. No. 213 sayılı ve 11.06.2013 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 22.08.2021).

³³⁷ Bkz., Reklam Kurulu, D. 2019/2037 T. No. 288 sayılı ve 10.09.2019 tarihli kararı; D. 2016/1500, T. No. 255 sayılı ve 13.12.2016 tarihli kararı; D. 2015/364, T. No. 236 sayılı ve 12.05.2015 tarihli kararı; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2013/16673 K. 2014/17538 sayılı ve 13.11.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.08.2021).

göre Yönerge kapsamındaki şartlara uygun şekilde yapılan karşılaştırmalı reklamlar hukuk âleminde var olabilmektedir³³⁸. Bu doğrultuda kararlar veren ABAD, kararlarında karşılaştırmalı reklam kavramını geniş yorumlayarak bu reklamların asıl amacına hizmet etmesini sağlamaktadır. Gerçekten de karşılaştırmalı reklamlar serbest rekabet ortamında rekabeti teşvik edici, tüketici için daha kaliteli ve görece ucuz ürünü saptamalarını sağlayıcı rolleri bünyesinde barındırır. Tüketiciler için piyasada bulunan aynı amaca yönelik ürünlerle mukayeseler yaparak onların bilinçlenmesini sağlar.

Kanımızca, tüketiciyi yanıltıcı ibareler taşımayan, sunduğu argümanlar kanıtlanabilir verilere dayanan, objektif, rakip firma marka ve ürünlerini kötileyici veya aşağılayıcı ifadeler barındırmayan, tüketici nezdinde iltibas tehlikesi yaratmayan, marka imajına zarar vermeyen, yapılan karşılaştırma ile tüketiciye fayda sağlayacak, kullanılan işaret ile rakip firmanın ayırt ediciliğine hanel getirmeyecek şekilde rakip firmanın markasına yer verilmiş karşılaştırmalı reklamların ticaret hayatında var olması, marka ihlali ve haksız rekabet özelinde sorun teşkil etmeyecektir. Aksine bu tür reklamların, pazardaki şeffaflığı arttırarak etkin rekabeti teşvik etmesi ve dolayısıyla ticari hayatın canlanmasına da katkı sağlaması muhtemeldir. Bu nedenlerle Türk Hukukunda karşılaştırmalı reklamlarda, sarıh bir şekilde rakip firmanın marka, logo, ürün adı, ticaret unvanı, işletme adı veya diğer ayırt edici unsurlara yer verilmesinin yasaklanmasına ilişkin söz konusu düzenlemenin kaldırılarak ticari hayatın içinde, adil rekabet ortamında istenmeyen sonuçların meydana gelmesinin önüne geçilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

4.4. MARKAYI VEYA AYIRT EDİLEMİYECEK DERECEDE BENZERİNİ KULLANMAK SURETİYLE MARKAYI TAKLİT ETMEK

SMK'ya göre markayı veya markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek de marka hakkına tecavüz teşkil eder. Bu marka ihlali fiili uygulamada çoğu zaman itibar zararı yaratması nedeniyle önemlidir.

Sözlüğe göre taklit, bir örneğe benzemeye veya benzetmeye çalışma; benzetilerek yapılmış şey, imitasyon anlamlarına gelmektedir³³⁹. Taklit ibaresi 1986 yılından beri hukuki anlamda marka taklitleri için de kullanılmakla birlikte markanın âdeta kopyası olarak orijinaline ne kadar benzerse benzesin hukuki anlamda taklit olarak kabul

³³⁸ Directive 2006/114/EC (OJ. 27.12.2006, L. 376).

³³⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (www.tdk.gov.tr), (Erişim Tarihi: 25.06.2021).

edileceğinden fikri mülkiyet hakları koruma sisteminde etkin ve güçlü koruma elzemdir.³⁴⁰.

Belirtilmelidir ki SMK’da zikredilen taklit, markanın taklit edilmesidir. Dolayısıyla burada markayı taşıyan ürünün de taklit edilmiş olması koşulu aranmaz ve bu durum madde kapsamına girmez³⁴¹. Günlük hayatta da sıklıkla rastlandığı üzere marka ile birlikte o mal veya hizmet de genel olarak taklit edilmekle birlikte ürün taklidinin marka taklidinin unsuru olmadığı vurgulanmalıdır.

Tescilli markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek kadar benzerinin tescil kapsamındaki aynı veya benzer mal veya hizmetler için marka hakkı sahibinin izni olmaksızın üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda, markanın taklidi söz konusudur. Doktrinde markanın aynısının kullanılması sureti ile marka hakkı ihlali, “*tam aynen kullanma*” olarak zikredilirken; markanın ayırt edilemeyecek kadar benzerinin kullanılması ise “*kısmen aynen kullanma*” olarak ifade edilmiştir³⁴². Tam aynen kullanma, markanın bire bir kopya edilmesi iken kısmen aynen kullanma, markada nüanslarla ayırt edilemeyecek kadar değişiklik yapılarak kullanma olarak tanımlanabilir ki iki durumda da marka hakkı ihlali söz konusudur³⁴³.

“Aynı” veya “ayırt edilemeyecek kadar benzer” ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğinin de önemi münasebetiyle konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Ayniyet iki şey arasında tıpatıp örtüşme, özdeşlik olarak tanımlanabilir. O hâlde bir markanın aynısı; onun tıpkısının aynısı, aynen kopyası, özdeşidir. Öyle ki marka hakkı sahibini bile şüpheye düşürebilecek bu ayniyet, müşteriler nezdinde de tamamıyla aynı şeyi ifade eder. İşaretin boyut, biçim, ana unsur ve yan unsurları itibarıyla tamamen aynı olmasını ifade eden ayniyetin varlığı tespit edilirken markanın bütünü nazara alınarak değerlendirme yapılır³⁴⁴. Bu nedenle sözcüklerin yazı boyutunun veya yazı tipinin farklı olması, ayniyeti ortadan kaldırmayacağı gibi işaretin yan unsurlar ile desteklenmesi de markanın aynısının kullanılarak taklit edildiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Örneğin temizlik ürünleri üretimi ve satışı sektöründe faaliyet gösteren A işletmesi, Nice sınıflandırmasına göre beşinci sınıfta yer alan mallar

³⁴⁰ Işıl Tüzün, *556 Sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Taklit Markalı Mallara Gümrüklerde El Konulması ve Hukuki Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 23.

³⁴¹ Erol, *a.g.e.*, s. 35.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 269.; Meran, *a.g.e.*, s. 501.; Ziyaddin Alizada, *Marka Hukukunda İtibar Tazminatı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 43.

³⁴² Bkz. Meran, *a.g.e.*, s. 500.

³⁴³ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 266.

³⁴⁴ Bozbel, *a.g.e.*, s. 382.

kapsamında tescilli “KLM” marka dezenfektan üretimi ve satışı yaparak piyasada yer almaktadır. Yine aynı sınıfa dahil dezenfektan, antibakteriyel jel, antiseptik ürün üretimi ve satışı yapan başka bir firma tarafından, tescilli markanın aynısının “KLM” şeklinde yazının yalnızca eğik harflerle yazılması ile markalanan mallar piyasaya sürüldüğünde markalar arası ayniyet bulunduğu; ilk markanın taklit edildiği ve bu nedenle marka hakkı ihlali olduğu açıktır. Markalar arası ayniyet bulunup bulunmadığı incelemesi yapılırken markaların bütünü ile değerlendirilmesi gerektiğinden yazılıştaki farklılık iki marka arasındaki ayniyeti ortadan kaldırmayacaktır. Benzer şekilde işaretin farklı renk veya boyutta yazılmış olması, doku vb. yönlerden ufak ayrılıkların bulunması da tescilli marka ile söz konusu işaret arasındaki ayniyeti bozmayacak ve markanın taklit edildiği gerçeğini de değiştiremeyecektir.

Ayırt edilemeyecek kadar benzerlikte ise işaretler arasındaki benzerlik o kadar güçlüdür ki ufak farklılıklar, markaların aynı zannedilmesine yol açar. Burada açıklığa kavuşturulmalıdır ki işaretin benzerinin kullanılması, marka taklidi sayılmaz ve bu kapsamda değerlendirilemez. Nitekim “benzer” ve “ayırt edilemeyecek derecede benzer” kavramları farklı anlamlara karşılık gelir³⁴⁵. Öyle ki benzerlik, markalar arasında karıştırılma ihtimali doğurabilirken ayırt edilemeyecek kadar benzerlik taklide neden olur. Orta düzeydeki müşterilerin zihninde bırakılan imaj ölçüsünde değerlendirme alanı bulan ayırt edilemeyecek kadar benzerlik, benzerlikte olduğu gibi iltibasa neden olmaz; taklit yaratır³⁴⁶.

Bir markanın ayırt edilemeyecek kadar benzeri kendisinin neredeyse aynısıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2011 tarihli bir kararında³⁴⁷ ayırt edilemeyecek kadar benzerlik durumunu şu ifadelerle açıklamıştır: “*Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmeti orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenimi itibarıyla önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeni ile aynı işaret gibi algılanmasıdır.*”³⁴⁸ Belirtilmelidir ki orta düzeydeki hedef tüketici kitlesinin, ayırt edilemeyecek kadar benzer taklit markalı

³⁴⁵ Aksi yönde, mevzuatta “benzer” ve “ayırt edilemeyecek kadar benzer” şeklinde bir ayrıma gidilmesinin gereksiz olduğu; bunların farklı maddelerde tecavüz hâli olarak düzenlenmiş olmasının pratikte bir farklılık yaratmayacağından birbirinin tekrerründen ibaret oldukları; ayırt edilemeyecek kadar benzer ifadesinin de “benzer marka” olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 216.; Fidan, *a.g.e.*, s. 53-54.

³⁴⁶ Aydın, S., *a.g.e.*, s. 51.; Bozbel, *a.g.e.*, s. 490.; Epçeli, *a.g.e.*, s. 33- 38.; Fidan, *a.g.e.*, s. 53.; Tufan, *a.g.e.*, s. 66.

³⁴⁷ Yargıtay 11. HD., E. 2011/8901 K. 2011/14835 ve 03.11.2011 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 26.08.2021).

³⁴⁸ Benzer ifadelere yer vererek ayırt edilemeyecek kadar benzer kavramını ortaya koyan Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yargıtay HGK., E. 2012/11154 K. 2012/659 ve 05.10.2012 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 26.08.2021).

ürünü gördüğünde orijinal marka ile yan yana koyarak karşılaştırma, farklılıklarını tespit etme imkanı çoğu zaman bulunmadığından tüketici, orijinal markayı daha önceden hatırladığı, işaretlerin zihninde bıraktığı izlenimden hareket edecektir. Dolayısıyla tüketicinin dikkatli ve bilinçli olması da istediği ürün yerine taklit markalı ürünü ayırt edemeyerek alması sonucunu değiştirmez³⁴⁹.

Ayırt edilemeyecek kadar benzer iki marka arasındaki benzerlik, karıştırılma ihtimaline yol açıp açmadığının incelenmesine dahi gerek duyulmayacak kadar açık ve güçlü bir benzerliktir³⁵⁰. Örneğin Yargıtay tarafından aralarında ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunan bazı markalar şöyledir: “*Güven Grubu ve Güven Group*”, “*Martini Dry ve Artini Dry*”, “*Teknosa ve Teknose*”. Gerçekten de günlük hayatta bu markalar arasında ayırt edilemeyecek derecede benzerlik bulunması nedeni ile muhatap tüketici kitlesi, ulaşmak istediği markalı mal veya hizmet yerine taklit olanına erişebilmekte ve orijinali olduğu zannı ile hareket edebilmektedir. Bu da marka hakkı sahibinin hakkının ihlali anlamına gelir. Taklit marka ile üretim ve dağıtım zinciri oluşturan bir işletmenin bu faaliyeti, müşteri çevresini daha ürünlerini piyasaya sürmeden elde etmesi; gerekli araştırma geliştirme harcamalarını yapmadan; pazarlama ve reklam masraflarını üstlenmeden yüksek kâr marjı ile piyasaya girmesi anlamına gelmektedir. Marka sahibinin izni olmaksızın onun markası üzerinden haksız kazanç sağlayan bu kişinin fiili, SMK m. 29/1-b uyarınca marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Markanın taklit edilmesi fiili, günümüzde artık yalnızca tanınmış markalar için değil aksine yerel, tanınmaya yeni başlamış küçük ölçekli işletme markaları için daha fazla gündeme gelmeye başlamıştır. Markasının taklit edildiğini öğrenen ve yasal yollara başvurmadan imtina etmeyen büyük firmaların tanınmış markalarını taklit etmektense daha küçük ölçekli, mali gücünün daha zayıf olması nedeniyle hukuki prosedür maliyetini karşılayamayacağını düşündükleri işletme markalarını kendilerine hedef alan bu kişilere

³⁴⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2014 tarihli bir kararında şu ifadeler ile “...her iki ibarenin de Türkçede bilinen bir anlamlarının bulunmadığı, her iki markanın da altı harfli oldukları, markaların baş harfleri ile son dört harfinin aynı ve aynı diziliş sırasına sahip oldukları, markalar arasındaki tek farklılığın iki sıradaki A ve E harflerinden ibaret olduğu, ortalama tüketici kitlesinin markaları aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer bulup bulmadıklarını değerlendirirken, onların markaları yan yana koyarak karşılaştırdıklarının düşünülmemesi gerektiği, önceki markanın akıllarında bıraktığı iz ve intibaya göre karşılaştırmayı yapacakları, daha önce herhangi bir ilaç üzerinde “...” ibaresini gören tüketicinin, bilahare aynı ilaç üzerinde “...” ibaresini gördüğünde her iki markayı da aynı zannetme ihtimalinin yüksek olduğu, tüketici kitlesinin bilinçli olmasının sonucu değiştirmeye yetmeyeceği...” tüketici kitlesinin bilinçli olmasının ayırt edilemeyecek kadar benzerlik bulunmasını ve bunun sonuçlarını ortadan kaldırmayacağına hükmetmiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2014/7472 K. 2014/13551 ve 10.09.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 26.08.2021).

³⁵⁰ Bozbel, a.g.e., s. 382.

ülkemizde sıklıkla rastlanmaktadır³⁵¹. Yalnızca ülkemizde değil tüm Dünya’da teknolojinin gelişmesi ve ticaretin artması ile paralel olarak “*taklit*” olgusu da pazarda kendine haksız şekilde yer edinmiş bulunmaktadır. Öyle ki AB tarafından iki yılda bir yayınlanan gözlem listesi raporuna göre korsan ve taklit ürünler ile gerek ticaret gerekse e- ticaret alanında global olarak marka ihlalleri artmaktadır³⁵².

Bunlara ek olarak taklit markaların gelişen teknoloji ile daha da yaygınlaştığı söylenebilir. Öyle ki teknolojinin her alanda ilerlemesi, grafik tasarım alanında da kendini fazlasıyla hissettirmiş; kullanılan birçok yeni program ve araç ile markanın aslına çok yakın şekilde taklidinin yapılması daha kolay hâle gelmiştir. Dış görünüşün içerikten daha çok rağbet gördüğü bu lüks tüketim çağında hedef tüketici kitlesini, taklit marka ile yanıltarak kendi ürününe yönlendirmek isteyen kişiler, çoğu zaman kalitesiz, içeriklerine önem vermedikleri ürünlerini, öyle dikkat çekici ve etkileyici ambalajlar ile süslemektedirler ki bir de üstüne taklit markayı bastıklarında istenmeyen son kaçınılmaz hâle gelmektedir. Tasarımın markalaşma üzerindeki yadsınamaz etkisi de düşünüldüğünde grafik tasarımın, tüketici algıları üzerindeki gücünü kullanan taklit markacılar, manipülasyon ile tüketiciyi kendi ürünlerine itmekteler. Bu bağlamda marka hakkı sahibinin hakkını ihlal eden ve belki de yıllardır yoğun çaba, emek ve masraf ile oluşturduğu marka imajının yıkılarak itibar zedelenmesine neden olabilecek taklit markalara hiçbir şekilde iltimas gösterilmemesi, katı hukuk kuralları ile yaptırımların öngörülmesi, her somut olayda ayniyet ve ayırt edilemeyecek kadar benzerliğin objektif şekilde, titizlikle incelenerek sonuca ulaşılması gerekmektedir.

4.5. MARKANIN TAKLİT EDİLDİĞİNİ BİLDİĞİ VEYA BİLMESİ GEREKTİĞİ HÂLDE TECAVÜZ YOLUYLA KULLANILAN MARKAYI TAŞIYAN ÜRÜNLERİ TİCARETTE KULLANMAK

SMK m. 29/1-c’ye göre, markayı taklit edenin yanı sıra; taklidi bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde söz konusu ürünleri satan, dağıtan, başka bir şekilde ticaret alanına çıkaran, ithal işlemine tabi tutan, ihraç eden, ticari amaçla elde bulunduran veya taklit

³⁵¹ Ömer Faruk Özeroğlu, *Marka Korsanlığı, (Markaya Tecavüzün Hukuki Sonuçları ve Marka Korsanlığı ile Mücadele Tedbirleri)*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 50.

³⁵² Avrupa Birliği tarafından iki yılda bir yayınlanmakla birlikte son olarak 14.12.2020 tarihinde yayınlanan “Korsan ve Taklit Ürün Gözlem Listesi” tam metnine ulaşmak için bkz.

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/december/tradoc_159183.pdf (Erişim Tarihi: 01.09.2021). Rapora göre Türkiye’de korsan ve taklit ürün konusunda geniş pazar payına sahip, günde yaklaşık 250.000-400.000 ziyaretçisi bulunan ve 4 binin üzerinde dükkanı içinde barındıran İstanbul- Kapalıçarşı’ya yer verilmiş olmakla birlikte bunun yanı sıra İzmir- Bedesten Çarşısı ve İstanbul- Ak Çarşı da listede taklit ürünlerin satıldığı yerler olarak dikkat çekmektedir.

ürün için ticari amaçla sözleşme yapmak istemiyle öneride bulunan kişi de marka hakkını ihlal eder. Öyle ki ihlal konusunda yalnızca markayı taklit edenin fiili ve sorumluluğu ile yetinilmemiş; ürünün satışını, dağıtımını yapan, ithal ve ihraç eden, fason olarak üretimini yapan, ticari amaçla elde bulunduran, kısaca ticari hayatta kullanan kişilerin bu tarz fiilleri de marka ihlali kabul edilmiştir. Böylelikle kanun koyucu, taklit markalı ürünlerle sayılan biçimlerde bir zilyetlik ilişkisi bulunan kişilerin, bu tür fiillerini de ihlal kapsamına dahil etmiştir. Hükümün asıl amacı ise taklit markalı ürünü bilen veya bilebilecek durumda bulunan kişilerin gerekli özen ve dikkati yerine getirmesi ile birlikte marka korsancılığı ile daha etkin mücadele edilebilmesi ve bu sayede dürüst kullanımın ticaret hayatına egemen olmasının sağlanmasıdır³⁵³.

Markanın taklit edildiğini bilmek veya bilmesi gerekmemek; taklidi görmek, duymak suretiyle varlığından haberdar olmak yahut taklit edildiğini tahmin etmek ya da tahmin edebilecek durumda bulunmak anlamına gelir. Yoksa ayrıca taklit eden kişinin tanınması yahut malların direk ondan alınması veya aralarında anlaşma bulunması şartı aranmaz³⁵⁴. Bununla birlikte bu madde kapsamında marka ihlalinin varlığından söz edebilmek için fiilleri gerçekleştiren kişinin ticari amaçla hareket etmiş olması gerektiği de unutulmamalıdır. Aksi hâlde ticari amaç taşımayan, malı yalnızca kişisel ihtiyacı, özel tüketimi için iktisap ederek kullanan kişinin marka ihlali yarattığından söz edilemeyecektir³⁵⁵.

Görüldüğü üzere madde metninde, kişinin taklidi bilmesi veya bilmesi gerektiğinden hüküm kurulduğuna göre bu ihlal hâli için kanun koyucu, “kusur” şartının varlığını aramaktadır³⁵⁶. Marka ihlalleri ile efektif bir mücadelenin sergilenebilmesi için burada kusurun aranmaması gerektiği ifade edilmelidir³⁵⁷. Nitekim kusur, ihlalin varlığı için bir şart olmayıp ancak ve ancak tazminat talebinin koşulları bakımından önem arz edebilecek bir unsur olmalıdır³⁵⁸. Bu konuda doktrindeki haklı eleştirilere katılmaktayız. Öyle ki madde metninde geçen “*markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği*

³⁵³ Adem Yıldız, *Marka Davaları*, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2005, s. 70.; Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 217-218.; Aydın, S., *a.g.e.*, s. 54.; Fidan, *a.g.e.*, s. 56.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 222.; Şahin Sipahioğlu, *a.g.e.*, s. 98-99.

³⁵⁴ Fidan, *a.g.e.*, s. 56.; Önder Ege, *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 47.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 494.

³⁵⁵ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 271.

³⁵⁶ Bununla birlikte benzer olarak taklit ürünü ticarete kullanan kişilerin fiillerinin marka ihlali olarak düzenlendiği Alman Marka Kanunu (MarkenG- Markengesetz) m. 14/4’te ihlalin varlığı için “bilme veya bilmesi gerekme” şartı aranmamaktadır.

³⁵⁷ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 209.; Çetinkaya, *a.g.e.*, s. 7.; Dirikkan, *a.g.e.*, s. 306.; Salih Polater, “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2016/1, s. 62.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 164.

³⁵⁸ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 264.

hâlde” ifadesi ile kusur sorumluluğu aranmakta bu da marka hakkı sahibinin haklarının etkin şekilde korunması amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle bu ifadenin madde metninden çıkarılması yerinde olacaktır.

Bununla beraber mevcut şartlar altında “bilmek veya bilmesi gerekme” şeklinde ifade edilen kavramın geniş yorumlanması gerektiği ve bunun aslen ceza sorumluluğu ile ilgili olduğu ifade edilmelidir. Yoksa bu fiilleri gerçekleştiren kişinin taklidi bilme veya bilebilecek durumu olmasa dahi marka hakkı sahibinin özel hukuk bakımından, örneğin bu fiillerin durdurulmasını talep etme yetkisi bakidir³⁵⁹. Her somut olaya göre ayrı ayrı incelenmesi gereken bu durum, mevcut hâl ve koşullara göre saptanmalıdır. Bu perspektifte, yıllardır aynı tür malların satışını yapan kişinin taklit markalı malı orijinalinden ayırt edebilme yetisinin bulunduğu varsayılmalıdır³⁶⁰. İlgili Yargıtay içtihatlarında da “bilme ve bilmesi gerekme” olgusunun geniş yorumlandığı göze çarpmaktadır³⁶¹.

Ticari hayatın gerektirdiği bilgi ve tecrübe ile markayı taşıyan ürünleri satan, dağıtan, ticari amaçla sözleşme yapan kişiden, taklit markalı ürünleri orijinallerinden ayırt edebilme yetisi beklenir³⁶². Ticari hayatın olağan akışında sürekli bu ürünlerle muhatap olan kişi, taklit markalı ürünü birçok yönden tartarak ve değerlendirerek (örneğin piyasaya göre fiyatı düşükse taklit markalı olabileceğinden şüphelenebilir) ticari hayatta kullanılmalıdır. Buna ek olarak kişinin tacir olması durumunda, TTK uyarınca basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü (TTK m. 18/2) olduğundan sorumluluğu daha katı kurallarla hüküm altına alınmıştır. SMK hükmüne göre, taklit malın üretimden sonraki satım, dağıtım, ithal, ihraç, ticari amaçla elde bulundurma veya yine bu amaca hizmet edecek şekilde sözleşme yapma gibi ticarete yönelik süreçlerinde, bu fiilleri

³⁵⁹ Güneş, *a.g.e.*, s. 309.

³⁶⁰ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 217.

³⁶¹ Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 2006 tarihli bir kararına göre; “...*Sanığın seyyar tezgahında satışa arz ettiği ve müdahil adına tescilli koruma kapsamında bulunan taklit markalı ürün bulunmuş olup, sanık satışını yaptığı ürünün taklit markalı olduğunu uğraştığı iş ve ticaret itibarıyla bilmesi gerekeceği...* ifadeleri ile hüküm kurulmuştur. Bkz. Yargıtay 7. CD., E. 2004/4006, K. 2006/15784 sayılı ve 05.10.2006 tarihli kararı.; Yine Yargıtay 7. Dairesi 2014 tarihli bir kararında şu ifadelerle: “...*yaptığı işin niteliği gereği dava konusu markanın tescilli olduğunu, tescilli bir markayı marka sahibinin izni olmaksızın satışa arz ettiği ürünlerde kullanamayacağını bilmesi gerektiği, ayrıca ürünün piyasa satış fiyatları, ürünün nitelikleri, piyasa koşulları dikkate alındığında suça konu ürünün taklit ürün olduğunu bilebilecek durumda olduğunun...*” bu hususu vurgulamaktadır. Bkz. Yargıtay 7. CD., E. 2013/2948, K. 2014/14732 sayılı ve 02.07.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 03.09.2021).

³⁶² Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de konuya ilişkin bir kararında; ticaretle uğraşanların alımını, dağıtımını, satımını yaptıkları malların gerçek durumlarını bildiklerinin kabul edilmesi gerektiği, yapılan iş ve meslek gereği taklit eşyayı taklit olmayandan ayrabilecek konumda olmak, taklit eşyayı piyasa fiyatından ucuza veya faturasız almak gibi durumların “bilmek veya bilmesi gerekme” olarak kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2014/4847 K. 2014/13943 sayılı ve 17.09.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 03.09.2021).

gerçekleştiren kişilerin de basiretli ve dikkatli davranması gerektiğine dikkat çekilmektedir.

4.6. MARKA SAHİBİ TARAFINDAN LİSANS YOLUYLA VERİLEN HAKLARI İZİNSİZ GENİŞLETMEK VEYA BU HAKLARI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMEK

Lisans kelimesi etimolojik olarak incelendiğinde “*izin verilmiş*” anlamına gelen ve Latince bir kelime olan “*licet*” karşımıza çıkar³⁶³. Lisans sözleşmesi ise fikri ve sınai bir hak ekseninde lisans verenin fikri veya sınai hakkın sağladığı koruma kapsamından yararlanma imkanını kısmen veya tamamen lisans alana devrettiği ve lisans alanın ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi yükümlendiği sözleşme olarak tanımlanabilir. Bu tanımdan hareketle tescilli markanın sahipliğinin lisans verende kalması ile birlikte kullanım hakkının lisans alana devredildiği sözleşmeler, marka lisansı sözleşmesi olarak anılır. Belirtilmelidir ki burada markanın devri değil yalnızca kullanım hakkının devri söz konusudur.

SMK m. 24/2 uyarınca marka lisansı sözleşmesinde, marka hakkı sahibinin markayı kendisinin bizzat kullanımı veya üçüncü kişilere başka lisanslar verme yolu ile kullandırabilme yetkisi sınırlanabileceği gibi (inhisarî lisans sözleşmesi), lisans verenin bu sınai hakkı kullanıma devamı ile birlikte üçüncü kişilere lisans ile kullanım hakkı tanınması (inhisarî olmayan lisans sözleşmesi) da mümkündür.

Marka hakkı sahibi tarafından lisans yolu ile verilen hakların izinsiz genişletilmesi veya üçüncü kişilere devredilmesi durumu, marka hakkını ihlal edici fiillerdendir. Öyle ki lisans yolu ile verilen hakların izinsiz genişletilmesi çoğu zaman uygulamada karşılaşılan bir durumdur.

Marka lisans sözleşmesinde lisansın belirli bir bölge için verilmiş olmasına karşın buna uyulmayarak belirtilen alan dışında da markayı kullanmak, sözleşmede markayı taşıyan ürünlerin ihracı yasaklandığı hâlde söz konusu malları ihraç etmek, lisansın markayı taşıyan yalnızca belli ürünler için verilmiş olmasına karşın diğer ürünleri de kullanmak, sözleşmede markanın kullanılma şekline ilişkin bazı sınırlamalar getirildiği hâlde bunlara uymayarak farklı şekillerde markayı kullanmak gibi fiiller; lisans yolu ile verilen hakların izinsiz genişletilmesidir³⁶⁴.

³⁶³ Çağlar Özel, *Marka Lisansı Sözleşmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 43.; Ege, *a.g.e.*, s. 48.

³⁶⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 219-220.

Doktrinde lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi veya devredilmesinin marka ihlal fiili olarak SMK'da düzenlenmemesi gerektiği, zira lisans alan ile veren arasında bir akit ilişkisinin mevcut olduğu; hakların genişletilme veya devredilmesinin de esasen aralarındaki sözleşmeye aykırılık oluşturduğundan bu kapsamda sorumluluğa gidilmesinin daha doğru olacağı yönünde eleştiriler bulunmaktadır³⁶⁵. Aksi görüşe göre ise söz konusu fiil, akde aykırılığın yanı sıra marka hakkı ihlali de meydana getirebilir³⁶⁶. Kanımızca da tarafların kendi iradeleri ile meydana getirdikleri lisans sözleşmesi kapsamında aykırılık olduğu takdirde sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğa gidilebilmesi, aynı zamanda SMK tarafından marka ihlalleri için öngörülmuş hukuki korumadan yararlanılmasına engel teşkil etmez. Aksine kanun koyucunun marka ihlal hâllerine, marka lisans sözleşmesinin izinsiz genişletilmesi ve devredilmesini de dahil etmiş olması, kümülatif bir koruma sağlanması bakımından konuya atfedilen değer bir yansımasıdır.

Lisans belli bir bölge için verilmişse markanın bu bölge dışında kullanılması “*yer itibarıyla genişletme*” olarak addedilir³⁶⁷. Lisans sözleşmesinde belirtilen mal veya hizmetlerin dışında başka mal veya hizmetlerde lisansın kullanılması durumunda da lisans ile verilen haklar izinsiz şekilde genişletilmiş olur. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin konuya ilişkin 2013 tarihli kararına göre; Davacı “F1” markasının sahibi ile davalı lisans alan arasında “X1”, “X2” ve “X3” modelleriyle sınırlı olmak üzere markanın kullanım hakkının verildiği marka lisansı sözleşmesinin izinsiz genişletilmesinden vuku bulan uyuşmazlıkta yüksek mahkeme, uyuşmazlığa konu siyah renkteki ayakkabı modelinin “X1” modeline ayırt edilemeyecek kadar çok benzediği; tüketicinin aradaki farkı anlamayacağı bu nedenle de lisans sözleşmesinden doğan hakların izinsiz genişletilmediği ve marka hakkının ihlal edilmediği yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararını, davalının ürettiği siyah ayakkabının orijinal “X1” modelinden farklı bir model olarak üretildiği ve bu durumun davalının lisans sözleşmesi ile kendine belli modellerle sınırlı olmak üzere verilen iznin dışına çıkılması anlamına geldiği, bunun davacı marka hakkı sahibinin rızası olmaksızın hakların izinsiz genişletilmesi vasfı taşıdığı ve aralarında akdedilen lisans sözleşmesine de aykırılık teşkil ettiği gerekçeleri ile bozmuştur³⁶⁸. Gerçekten de marka lisansı sözleşmesinde tarafların sözleşme serbestisi

³⁶⁵ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 218.

³⁶⁶ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2710.

³⁶⁷ Ege, *a.g.e.*, s. 48.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 495.; Tufan, *a.g.e.*, s. 67.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2711.

³⁶⁸ Yargıtay 11. HD., E. 2011/11401 K. 2013/15560 ve 12.09.2013 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 27.07.2021).

gereğince³⁶⁹, marka tescil kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin bir kısmının veya tamamının kullanım hakkının lisans alana verilmesi mümkündür. Ancak sözleşmede bu kullanımın sınırları çizilmiş olup lisans alanın sözleşmeye aykırı olarak kendine verilen hakları izinsiz genişletmesi mümkün değildir. Böyle bir durum marka hakkına tecavüz teşkil eder.

Kullanma şekli de sözleşmede öngörülen şekilde olmalıdır. Örneğin sözleşmede lisans alanın, lisans sözleşmesine konu markayı yalnızca reklamlarında, broşürlerinde kullanabileceği öngörülmüş ise lisans alan kendisine verilen hakları genişletmek suretiyle markayı ürünlerin üzerinde kullanamayacaktır. Aksi hâlde lisans verenin marka hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Başlangıçta markanın tek başına kullanılması kararlaştırılmış ancak lisans alan, başka marka veya markalarla lisansa konu markayı birlikte kullanıyor ise bu hâlde de marka hakkının ihlal edildiği söylenmelidir.

Lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz daraltılması hususunda mezkûr hükümde bir düzenleme yer almasa da bu hâlde de marka hakkı sahibinin hakkının zedelenmesi muhtemel olduğundan tecavüzün varlığının kabulü gerekir³⁷⁰. Gerçekten de lisans alanın kendisine verilen hakları kalite veya kullanım yönünden daraltması veyahut markayı hiç kullanmaması durumlarında marka hakkının zedelenme tehlikesi bulunur. Örneğin bilindiği üzere inhisari lisans sözleşmesinde marka sahibi kullanma hakkını saklı tutmadığı sürece markayı kendi kullanamayacak; kullanım hakkı yalnızca inhisari lisans alanında olacaktır. Ancak lisans alan markayı kullanmazsa bu durumda markanın kullanılmamasına bağlı olan sonuçların meydana gelmesi kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenle belirtilen bu hâllerin de lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi kapsamına dahil edilmesi ve marka hakkına tecavüzün mevcudiyetinin kabulü maddenin amaçsal yorumuna daha uygun görünmektedir.

SMK m. 24/3'e göre kural olarak (aksi kararlaştırılmamışsa) lisans alan, lisans ile kullanımında olan hakları, üçüncü kişilere devredemez veya alt lisans veremez. Ancak ve ancak sözleşmede alt lisans yapılabileceği ile ilgili açık hüküm bulunuyor ise bu hâlde alt

³⁶⁹ Mevzuatımızda Anayasa m. 48 ve TBK m. 26/1'de yer alan ve liberalizmin bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilecek sözleşme serbestisi; kişilerin özel hukuk alanındaki ilişkilerini düzenlemek üzere sözleşme yapıp yapmama, yapacaklar ise nerede ve ne zaman yapacakları, sözleşmenin konusunun ve içeriğinin ne olacağı, üzerinde değişiklik yapıp yapmama durumları ve sözleşmeyi ortadan kaldırma konularında yasal çerçeve uyarınca özgür olmalarını ifade eder.

³⁷⁰ Mücahit Ünal ve Sevgican Aydın, "Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 31, S. 1, Mart 2015, ss. 212-217.

lisans mümkün olacaktır. Aksi takdirde lisans alan, marka hakkını ihlal edici bir eylemde bulunmuş olur.

Bununla birlikte sözleşmede, lisans alana alt lisans verme yetkisi tanınmış olsa dahi lisans alan, alt lisans alan ile kendi sahip olduğu yetkilerden daha geniş yetkileri içeren bir lisans sözleşmesi yapamaz³⁷¹. Nitekim böyle bir sözleşme ile marka hakkı sahibinin hakları ihlale uğramış olacaktır.

5. İNTERNET YOLUYLA MARKA HAKKININ İHLALİ

5.1. GENEL OLARAK

Dünya tarihinde ilk olarak 1969 yılında kullanılmaya başlanan internet (ARPANET- Gelişmiş Araştırma Projeleri Dairesi Ağı), zaman içinde teknolojik gelişim ve değişimlerle pek çok süreçten geçmiş ve günümüzde yaygın kullanılan, uzakları yakın kılan, bilgiye erişimi saniyelere indirgeyen bir araç hâline gelmiştir. Öyle ki 2021 yılı verilerine göre Dünya nüfusunun %59'unu teşkil eden 4.66 milyar aktif internet kullanıcısı bulunmaktadır³⁷².

Yalnızca veri aktarımının sağlandığı bir dijital platform olmaktan çıkıp hâlihazırda; bilgi paylaşımı, haberleşme, medya, alışveriş ve benzeri birçok günlük hayat aktivitesini kolaylaştıran internetin, hiç şüphesiz ticaretteki rolü özellikle de ülkeler arası ticari ilişkiler yönünden uluslararası pazar yaratması nedeniyle elektronik ticaretteki önemi yadsınamaz.

En genel tanımıyla elektronik ticaret, fiziki olarak karşı kaşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrim içi iktisadi ve ticari her türlü faaliyettir³⁷³. Elektronik ticaretin yaygınlaşarak günümüzde geldiği nokta göz önüne alındığında internetin pek çok kolaylığı beraberinde getirmesiyle birlikte birtakım hak ihlallerinin de ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Sınai haklar özelinde özellikle marka ihlallerine sık sık rastlanmaktadır.

SMK m. 7/3-d'ye göre marka ihlali niteliğinde işareti kullanan kişinin, işareti kullanma konusunda meşru bir bağlantısı olmaksızın işaretin aynı veya benzerinin tescil kapsamındaki aynı veya benzer mal veya hizmetler için internet ortamında ticari etki

³⁷¹ Bu durum, kaynağı Roma Hukuku'na dayanan "*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*" ilkesinin marka hukukundaki bir yansımasıdır. Buna göre kimse sahip olduğu haktan fazlasını bir başkasına devredemez.

³⁷² 2021 yılı Dünya İnternet Kullanımı ve Sosyal Medya İstatistikleri raporu için bkz. <https://wearesocial.com/digital-2021> (Erişim Tarihi: 03.07.2021).

³⁷³ 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m. 2/1-a. Bkz. RG, 05.11.2014, S. 29166.

yaratacak şekilde alan adı (domain name), yönlendirici kod (metatag), anahtar sözcük (keyword) ya da benzer biçimde³⁷⁴ kullanılması hâlinde, kullanım yasaklanabilir. Böyle bir kullanım, marka hakkının internet ortamında ihlali anlamına gelir. Günümüzde internet ortamı, mal veya hizmetlerin yaygın kullanılan tanıtım ve pazar yeri olduğundan markanın alan adı, yönlendirici kod ve anahtar sözcük olarak kullanım durumlarının ayrı ayrı incelenmesi yerinde olacaktır.

5.2. MARKANIN ALAN ADI (DOMAIN NAME) OLARAK KULLANIMI

Hayatın her alanında kendine yer edinen internette, dolaşım sırasında web sitelerinin yer aldığı sunucu bilgisayarlara ait kimlik numarası olarak addedilebilecek IP (Internet Protocol) adreslerinin her seferinde yazılması veya akılda tutulması oldukça zordur. İnternetin yaygınlaşması ve hızlanması ile birlikte internet sitelerinin rakamlardan oluşan adreslerinin yarattığı zorluklar nedeniyle daha pratik ve işlevsel olarak sözcüklerden oluşan adresler kullanılmaya başlamıştır³⁷⁵. İnternet alan adı (domain name) olarak adlandırılan bu sistem geliştirilmemiş olsa idi bugün internette yer alan herhangi bir siteye erişmenin daha uzun ve emek isteyen bir süreç olacağı şüphesizdir.

Yaklaşık 10-12 rakamdan oluşan IP adresinin bir internet sitesinin kimlik numarası olduğu kabul edilirse sözcüklerden oluşan alan adının da bu işlevi daha kolay yerine getirmesi münasebetiyle sitenin kimliği olduğu söylenebilir³⁷⁶. Buradaki kimlik sadece sözcüklerle ifade edilen IP adresi olmaktan öte günümüzde internetin yaygınlaşması ile birlikte ticaret sahasında önemli bir tanıtım ve pazar alanı olan internette ayırt edicilik ve tanınma açısından da önemlidir.

Markanın menşe gösterme fonksiyonu ve reklam fonksiyonu, internette kendini alan adları ile ortaya koymaktadır. Öyle ki marka sahibinin, markayı içeren alan adı kullanması, ticaret hayatında önemli bir tanıtım ve pazarlama sahası elde etmesine imkan verir. Günümüzde birçok mal satışı ve hizmet sunumunun internet vasıtası ile

³⁷⁴ Madde metninde ifade edildiği üzere internet yoluyla marka hakkının ihlali yalnızca sayılanlarla (alan adı, yönlendirici kod, anahtar kelime) sınırlı olmayıp çoğaltılabilir. Bu anlamda siteye yerleştirilen ve kullanıcının tıkladığında başka bir siteye yönlendirilmesini hedefleyen “pop-up ve banner reklamlar” hükümde ifade edilen “benzer biçimde” kullanım için örnek verilebilir. Bu tür reklamlar ile marka ihlali olduğu iddiası var ise SMK 7/3-d anlamında marka hakkı ihlali bulunup bulunmadığı somut olayın özelliklerine göre incelenmelidir.

³⁷⁵ Arda Altınok, *Markanın İnternet Alan Adı Olarak Kullanılması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 16.

³⁷⁶ İnternet Alan Adı, İnternet Alan Adları Yönetmeliği m. 3/1’de; internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol adresini tanımlayan adlar olarak tanımlanırken; İnternet Alan Adı Sistemi ise okunması ve akılda tutulması kolay olan ve genelde aranan adres sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan adreslemede, karşılığı olan internet protokol adresini bulan ve kullanıcıya veren sistemi ifade etmektedir. Bkz. RG, 07.11.2010, S. 27752.

gerçekleştirildiği düşünüldüğünde internet alan adının, bu konuda oldukça önemli olduğu vurgulanmalıdır.

Alan adları, sağdan sola doğru aralarındaki noktalar ile hiyerarşik biçimde yapısına ayrıldığında; sağ baştan itibaren; üst düzey alan adı, ikinci düzey alan adı ve üçüncü düzey alan adı şeklinde kategorilendirilmektedir³⁷⁷. Üst düzey alan adı; ülkelerin coğrafi kısaltmalarını içeren “ülke kodu üst düzey alan adı” ve alan adı sahibinin faaliyet alanını ifade eden kısaltmalardan oluşan “jenerik üst düzey alan adı veya cins üst düzey alan adı” olarak kendi içinde alt iki türe ayrılır³⁷⁸. Örneğin ülke kodu üst düzey alan adı olarak; Türkiye için “.tr”, Avustralya için “.au”, Cibuti için “.dj” kullanılmaktadır. Jenerik üst düzey alan adına örnek olarak ise “.com”, “.edu”, “.org”, “.av” gösterilebilir.

Üst düzey alan adının hemen solunda yer alan ve alan adı sahibinin kendi belirlediği harf ve sayılardan veya bunların kombinasyonundan örülü kısım ise ikinci düzey alan adıdır. Bu kısım, bir alan adında ayırt edicilik fonksiyonu bakımından öne çıktığından marka ihlaline ilişkin ihtilaflarda da bu yönüyle ele alınarak ihlal olup olmadığının tespitinde baz alınacak ilk kısımdır³⁷⁹. Gerçekten de bir internet alan adında, alan adı sahibinin mal veya hizmetlerine ulaşmak isteyen tüketicinin onu benzerlerinden ayırarak ulaşmasını kolaylaştıran dolayısıyla ayırt ediciliğini sağlayan bölüm ikinci düzey alan adıdır. Bu bağlamda marka ihlalden kaynaklı uyumsuzluklarda “.tr”, “.com” gibi ayırt ediciliği haiz olmayan üst düzey alan adları, incelemelerde kural olarak değerlendirme dışı bırakılmaktadır³⁸⁰. Bu doğrultuda üst düzey alan adlarının ayırt edicilik vasfı bulunmadığı, benzerlik tespitinde bununla bağlı kalmanın yanıltıcı olabileceği göz ardı edilmemelidir³⁸¹.

Üçüncü düzey alan adı ise yine alan adı sahibi tarafından serbestçe belirlenebilen ve ikinci düzey alan adının solunda yer alan kısımdır. Her alan adında bulunması gerekli olmayıp yer aldığı alan adlarında sunucuya direk bağlanması işlevini yerine getirir.

³⁷⁷ Kemal Şenocak, “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 25, S. 3, Eylül 2009, s. 92-93.

³⁷⁸ Altınok, *a.g.e.*, s. 21-22.; Dişli, *a.g.e.* s. 72.

³⁷⁹ Altınok, *a.g.e.*, s. 30.; Epçeli, *a.g.e.*, s. 140-141.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1703.

³⁸⁰ TÜRKPATENT, Marka İnceleme Kılavuzu, 2021 (18.08.2021 tarihi itibarıyla güncellenmiş hâli), s. 656-660. Kılavuza erişim için: <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/CFF1AE84-9563-42D6-BC18-1EF3597D01CC.pdf> (Erişim Tarihi: 02.09.2021).; Doktrinde aynı doğrultuda, markanın internet alan adı olarak kullanıldığı durumlarda ayniyet veya benzerlik tespiti yapılırken üst düzey alan adlarının herhangi bir ayırt edicilik vasfı taşıması nedeni ile incelemede göz ardı edilmesi gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlar için bkz. Demirci, *a.g.e.*, s. 52.; Şenocak, *a.g.m.*, s. 116-117; Zeynep Yasaman, *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 192-195.

³⁸¹ Helmut Köhler vd., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 39. Auflage, C.H. Beck, München 2021, § 5, Rn. 2.139.

Tümünü bir örnek ile somutlaştırmak gerekirse; “<http://sosbil.aku.edu.tr>” adresindeki “.tr” ülke kodu üst düzey alan adı; “.edu” jenerik üst düzey alan adı; “.aku” ikinci düzey alan adı ve son olarak “sosbil” ise üçüncü düzey alan adı niteliği taşır.

Her alan adı tek ve biricik olup alan adı tahsisinde “*ilk gelen alır*” prensibi geçerlidir³⁸². Bu nedenle internet alan adını ilk alanın kullanım hakkı bulunur. Bir sonraki ancak ikinci düzey alan adı alabilmektedir. Dolayısıyla daha önce alınan bir alan adının aynısının alınması mümkün değildir³⁸³. Ancak rekabet ortamında mevcut alan adının önüne ve arkasına harf, sayı, sembol gibi işaretler eklenerek veyahut çıkartılarak benzer alan adı alınmış olabilir³⁸⁴. Bu kişilerin herhangi bir meşru bağlantısı ve hakkı olmamasına rağmen ticari etki yaratacak şekilde, başka kişilere ait markaların (tanınmış markalar hariç aynı veya benzer nitelikteki mal veya hizmetler için) aynı veya benzerini alan adı olarak tescil ettirmesi durumunda, marka ihlali söz konusu olur. Üçüncü kişi ile marka hakkı sahibi arasında herhangi bir hukuki ilişki ile meşru bağlantı bulunabilir. Örneğin taraflar arasında akdedilen acentelik veya franchising sözleşmesinin varlığı veyahut bayilik ilişkisi meşru bağlantı bulunduğunu göstermektedir ki bu hâlde üçüncü kişinin alan adı olarak markayı kullanma hakkı bulunabilir³⁸⁵.

Alan adını ilk alanın kullanacağını bilen bazı kötü niyetli kişiler de daha önce internet alan adı almamış ünlü markaların adının geçtiği alan adlarını, daha sonra o işletmelere yüksek bedellerle satma gayesiyle alabilir³⁸⁶. Salt kötü niyetle rekabet ortamını bozmaya yönelik bu eylemler olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir.

Piyasada o marka ile ticari faaliyette bulunan marka hakkı sahibinin, bir tanıtım ve pazarlama alanı olan internette de kendi markasını ihtiva eden alan adı kullanımı

³⁸² Celeste M. Butera, “Domain Name Piracy and Trademark Infringement”, *Journal of Marketing Management*, Vol. 9, Iss. 3, Chicago 2000, s. 58. Makalenin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/domain-name-piracy-trademark-infringement/docview/194199722/se-2?accountid=7181> (Erişim Tarihi: 07.11.2021).; Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 21.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 134.

³⁸³ Ülkemizde “.tr” uzantılı alan adı tahsisi faaliyeti, 1993 yılından beri ICANN ve IANA rehberliğinde ODTÜ tarafından yürütülmektedir. Ancak alan adları tahsisine ilişkin işlemlerin yürütülmesi görevi 2019 yılında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna devredilmiştir. IANA/ICANN devir onayını 03.05.2019’da vermiş bununla birlikte birtakım eksiklikler tamamlanana kadar ODTÜ işletmen olarak hizmet vermeye devam etmektedir. Bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 51-52.

³⁸⁴ Konuya ilişkin yakın tarihli İstanbul BAM 16. Hukuk Dairesinin kararında; hâlihazırda TRENDYOL markasının ticari faaliyetlerini yürüttüğü tahsisli “www.trendyol.com” alan adı mevcut iken davalının “www.trendyool.com” alan adı ile internette ticari faaliyet göstermesi, halk nezdinde markalar arasında karıştırılma ihtimaline sebep olabileceğinden marka ihlali meydana geldiği, dava tarihi itibarıyla söz konusu site kullanılmasa dahi kullanılma ihtimali olduğundan davalı sitesine erişimin engellenmesine karar verilmiştir. Bu anlamda tescilli marka ve marka sahibinin satın alarak kullandığı alan adında ufak değişiklikler ile halkı yanıltmak amacıyla harf ekleme veya çıkarmaları marka ihlali yaratacaktır. İstanbul BAM, 16. HD., E. 2020/383, K. 2020/873 sayılı ve 03.06.2020 tarihli kararı: Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1885-1888.

³⁸⁵ Çolak, *a.g.e.*, s. 520.; Esra Hatipoğlu, *Tescilli Markaya İnternet Yoluyla Tecavüz 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Yer Alan Durumlar ve Adwords Uygulamaları*, Bilge Yayınevi, Ankara 2014, s. 70.

³⁸⁶ Ege, *a.g.e.*, s. 53.

olağandır. Hâl böyle iken üçüncü kişinin haksız kullanımı engellenmelidir. Bu nedenle SMK'da meşru bir bağlantısı olmaksızın böyle bir kullanım marka hakkını ihlal kabul edilerek marka hakkı sahibine bu tür haksız kullanımları engelleme hakkı verilmiştir. Örneğin bir grafik tasarım şirketine ait “*grArt Design*” markasının yine aynı alanda faaliyet göstererek hizmet veren üçüncü kişi tarafından “www.grart.design.com” isimli alan adını alarak ticaret hayatında kullanmasının marka ihlali olduğu şüphesizdir.

SMK m. 7/2-b'ye göre aynı mal veya hizmetler kapsamında tescilli marka ile aynı veya benzer, ilişkilendirilme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali yaratacak herhangi bir işaretin kullanımı marka hakkının ihlali durumlarından biridir. Öyle ki tescilli bir markanın aynı veya benzerinin üçüncü şahıs tarafından karıştırılma ihtimali yaratacak biçimde internet alan adı olarak kullanılması hâlinde marka ihlali söz konusudur. Markalar arasındaki ayniyet; markaların tıpatıp birbirinin aynı olmasını ifade ederken benzerlik; ortalama tüketici nezdinde markalar arası kavramsal, fonetik, işitsel ve görsel gibi çeşitli yönlerden ilgi kurulmasıdır. Örneğin internet kullanıcılarının klavyedeki tuş diziliminden kaynaklı yazarken yapabilecekleri basit hataları göz önüne alarak kötü niyetle, aynı alanda faaliyet gösteren işletmelerine ait oluşturdukları siteye yönlendirme ve tıklanma ile para kazanma amacı güden bir kişi, “www.dominos.com.tr” ile ilk bakışta fark edilmeyecek derecede benzer şekilde “www.donimos.com.tr” internet alan adını kullanarak karıştırılmaya neden olabilmesi, görsel açıdan benzerlik oluşması durumuna örnektir. Bu durum için doktrinde genel olarak dilimize “*klavye korsanlığı*” olarak çevrilmiş “kasıtlı olarak görsel benzerlik yaratma” anlamını karşılayan “*typosquatting*” ifadesi kullanılmaktadır³⁸⁷.

Tescilli marka, belli bir tanınmışlığa erişmiş ise de bu tanınmış markanın aynı veya benzerinin internet alan adı olarak haklı bir sebep olmaksızın üçüncü kişi tarafından kullanılması marka hakkını ihlal edicidir. Üstelik böyle bir durumda markanın kapsadığı mal veya hizmetler ile üçüncü kişinin markayı kullanarak aldığı alan adı ile faaliyet gösterdiği alandaki mal veya hizmetlerin aynı veya benzer olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Tescilli markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyinden, onun şöhretinden faydalanarak haksız yarar elde edilmesi, bu faaliyet nedeni ile markanın ayırt ediciliğinin ve itibarının zedelenmesi durumları (markanın sulandırılması), ihlalin varlığını ortaya

³⁸⁷ Bozbel, *a.g.e.*, s. 475.; Şenocak, *a.g.m.*, s. 135.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1711.; Yasaman, Z., *a.g.e.*, s. 246.

koymakla birlikte marka hakkı sahibine, engelleme hakkını kullanması gerekliliğine de sebebiyet vermektedir.

Dolayısıyla SMK m. 7/3-d gereğince hakkı veya meşru bağlantısı bulunmaksızın tescilli marka ile aynı veya benzer mal veya hizmetler için aynı veya benzer işaretin kullanılması veya tanınmış markalar için farklı mal veya hizmet sınıfına dahil olsalar dahi marka sahibine bu ihlali engelleme hakkı tanınmaktadır.

Bununla birlikte markaların alan adlarında kullanılmasının global ölçüde bazı sorunları da beraberinde getirdiği açıktır. Örneğin internette yer alan marka içeren alan adlarından, farklı ülkelerde benzer mal veya hizmetler için kullanılan benzer alan adlarının bulunması durumunda; birlikte kullanımın mümkün olup olmadığı, hukuki korumanın nasıl sağlanacağı, uyumsuzluk hâlinde hangi yargı çevrelerinin etkin olacağı gibi durumlar ortaya çıkabilir³⁸⁸. Zira yukarıda da belirtildiği üzere³⁸⁹ internet alan adları, uluslararası fikri ve sınai mülkiyet ofisleri yerine özerk kurumlar tarafından tahsis edilmektedir.

5.3. MARKANIN YÖNLENDİRİCİ KOD (METATAG) OLARAK KULLANIMI

Yönlendirici kod (metatag), bir web sitesinin arama motorlarında sınıflandırılmasına hizmet eden kelime olarak tanımlanabilir. Başka şekilde ifade etmek gerekirse yönlendirici kodlar, siteyi arama motorlarına tanıtan ve bu sayede internet kullanıcısının karşısına ulaşmak istediği sonuçların çıkmasını sağlayan kelimelerdir³⁹⁰.

Yönlendirici kodlar, bulunduğu web sitesinin tanımını, konusunu vb. arama motorlarına iletmesi ile arama motorlarının internet kullanıcılarının aradıkları ile ilgili sonuçları hızlı ve kolay şekilde listeleyebilmesi açısından önemlidir. Sınıflandırmanın etkin şekilde işlevine uygun olarak yapılabilmesi için yönlendirici kodun, siteyi doğru tanıtabileceği nitelikte olması gerekir. Zira ilgili aramalarda, internet kullanıcılarının karşısına çıkması sitenin de ziyaret edilme sayısı, tıklanma ve tanınırlık oranını arttıracak gibi iyi bir reklam kanalı da olabilecektir.

Bir markanın, marka hakkı sahibi tarafından internet sitesinde yönlendirici kod olarak kullanımı olağandır. Ancak öyle ki üçüncü kişilerin başkasına ait tescilli markasını internet sitesinde yönlendirici kod olarak kullanmasında marka ihlali söz konusu olur.

³⁸⁸ Fidan, *a.g.e.*, s. 65.

³⁸⁹ Bkz. İkinci Bölüm, dn. 383, s. 102.

³⁹⁰ Ömer Korkut, “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 502.

Özellikle tanınmış markaların ününden yararlanılmak için başvuru bu yol, marka hakkı sahibine bu tür kullanımları engelleme hakkı tanımaktadır.

Alman Hukuku'nda yönlendirici kodun, internet sitesinde görünmediği ve bu nedenle markasal kullanım olarak addedilemeyeceğinden üçüncü kişi tarafından kullanılması durumunda da marka ihlalden söz edilemeyeceği yönünde görüşler bulunmakla birlikte hâkim görüş bu tür haksız kullanımların marka ihlali olduğudur³⁹¹. Nitekim bu gizli kodlar görülemiyor, özel olarak incelenmedikçe de fark edilmiyor olsa dahi metatag ile ihlal konusu işareti barındırarak, arama sonuçlarında listelenenler arasında sitelerinin yer almasının halk nezdinde karıştırılma ihtimali yaratacağı açıktır.

Tescilli bir markanın aynısının veya benzerinin aynı veya benzer mal ve hizmetler bakımından faaliyet gösteren üçüncü bir kişinin web sayfasında kullanılması durumunda, internet kullanıcılarının arama motorunda markanın adını yazarak yaptığı aramalarda, arama motorlarının algoritması ile listelenen sonuçlarda yönlendirici kodun kullanıldığı site de görünecek ve böylece tüketici yanılarak ulaşmak istediği ürün yerine bir başkasına erişecektir. Bu tür haksız kullanımlar marka ihlali olup serbest rekabet ortamını bozucu ve aynı zamanda tescilli markanın bazı durumlarda itibarını da zedeleyici niteliktedir³⁹². Bu nedenlerle SMK m. 7/3-d uyarınca marka hakkı sahibine, markasının aynı veya benzerinin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaksızın ticari etki yaratacak şekilde üçüncü kişi tarafından yönlendirici kod olarak kullanılması hâlinde bu tür haksız kullanımları engelleme hakkı tanınmıştır.

5.4. MARKANIN ANAHTAR SÖZCÜK (ADWORDS - KEYWORD ADVERTISING) OLARAK KULLANIMI

Günümüzde internetin hayatın içindeki yeri düşünüldüğünde internet kullanıcılarının bilgiye erişiminin daha kısa ve kolay şekilde gerçekleşebilmesi amacıyla faaliyet gösteren arama motorlarının katkısı yadsınamaz. Algoritmaları ile arama motoruna yazılan kelimelerle “en ilgili” siteleri sınıflandırarak kullanıcılara saniyeden kısa süre içinde listelemekte olan bu arama motorlarının yaygınlaşması ile internette reklamcılığın da en yaygın kullanım sahalarından biri hâline gelmiştir. Öyle ki şirketlerin, son yıllarda internet reklamcılığının hedef tüketici kitlesini saptama, tüketiciyi bulma ve

³⁹¹ Korkut, *a.g.m.*, s. 517.

³⁹² Daha çok tanınmış markalar nezdinde vuku bulan itibar zedelenmesi durumu, tescilli markanın üçüncü kişiler tarafından haksız şekilde uygunsuz veya yasa dışı (bahis vb.) sitelerde yönlendirici kod olarak kullanımı hâlinde meydana gelebilmektedir.

çekme yeteneklerini kavrayarak internet reklamcılığı ile daha fazla ilgilenmeye başladıkları da söylenebilir³⁹³.

Reklamcıların arama motorlarında bazı anahtar kelimeler satın alması ve internet kullanıcılarının arama motoruna bu kelimelerden birini yazması ile sıralanan sonuçlardan bağımsız olarak sayfanın üstünde, sağında, solunda karşlarına bu reklamlardan çıkması “*anahtar sözcük ile internet reklamcılığı*” yapılmasını ifade eder. Yaygın kullanılan ve “*arama motoru reklamcılığı*” olarak da adlandırılan bu reklamcılık türünde, reklamcılar kendi markalarının mal veya hizmetleriyle hedef tüketici kitlesine daha çabuk ulaşabilmekte, tanıtım ve tanınma imkanı da elde etmektedirler. Öyle ki tüketici de ilgili anahtar kelimelerle yaptığı aramalarda daha hızlı şekilde aradığı ürüne ulaşabilmektedir.

Belirtilmelidir ki uygulamada çoğu zaman aynı anlama gelecek şekilde birbirinin yerine kullanılsa da özünde “Adwords” ve “Metatag” kavramları farklı anlamları ihtiva eder. Yukarıda da açıklandığı üzere³⁹⁴ metatag, bir web sayfasının içeriğinin arama motorları tarafından tanınmasını ve ilgiye göre sınıflandırılarak listelenmesini sağlayan kodlar iken adwords ise önceden satın alınan anahtar sözcüklerin arama motorlarında kullanıcı tarafından yazılmasıyla internet reklamcılığı yapılmasını hedefleyen araçtır. Başka bir ifade ile üçüncü kişinin tescilli marka ile aynı veya benzer bir yönlendirici kod satın alması ve bunun tüketicinin arama motoruna yazdığı kelimeyle eşleşmesi hâlinde listelenen doğal sonuçlar arasında kendi internet sitesinin de yer alması sonucunu doğururken adwords uygulamasında site, doğal sonuçlardan farklı olarak reklam veya sponsorlu başlığı altında tüketicinin karşısına çıkar³⁹⁵.

İnternette en yaygın adwords reklamcılık yapılan arama motoru Google, 2004 yılından itibaren her türlü ifadenin anahtar sözcük olarak satın alınabilmesine imkan tanımaktadır³⁹⁶. Temelde belirli kelime veya kelime öbeklerinin algılanmasına dayalı reklam biçimi olan anahtar kelime reklamcılığının belki de bilinen en iyi örneği Google AdWords’dir³⁹⁷. Google AdWords yeni adıyla “Google Ads” online reklam hizmetinde; reklam verenin isteği doğrultusunda metin biçiminde, görsel olarak veya video olarak

³⁹³ Maral Kilejian – Sally Dahlstorm, “Trademark Infringement Claims in Keyword Advertising”, *Franchise Law Journal*, Vol. 36, Iss. 1, Summer 2016, s. 123. Makalenin tam metnine ulaşmak için bkz. <https://offcampus.anadolu.edu.tr:2274/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/fchl36&id=129&type=Text> (Erişim Tarihi: 08.11.2021).

³⁹⁴ Bkz. İkinci Bölüm, s. 104.

³⁹⁵ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1735.

³⁹⁶ Eser Rüzgâr, *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013, s. 134.

³⁹⁷ Kilejian – Dohlstorm, *a.g.m.*, s. 124.

reklam türleri bulunmakla birlikte internet kullanıcısı, arama motoruna ulaşmak istediği sonuç doğrultusunda bir kelime yazdığı anda; aradığı sonuçların yanı sıra alternatif olarak anahtar sözcük satın alan başka işletmelerin reklamları çıkmaktadır. Bu reklamlar, reklam veren tarafından alınan bir veya birkaç anahtar kelime için arama motoruna yapılan ödeme neticesinde internet kullanıcılarının karşısına çıkar. Bu yol ile internet kullanıcısı reklama her tıkladığında arama motoru, reklam verenin ödediği ücrete hak kazanmaktadır.

Arama motorunda internet kullanıcısının yazarak aradığı ifade ile reklam verenin satın aldığı anahtar sözcük arasında ayniyet olmayıp benzer olsalar dahi eşleşme sağlanabilmesi için geliştirilen; “*geniş eşleşme*” (her bir ifade için ayrı eşleşmenin yapıldığı), “*öbek veya tam eşleşme*” (öbek şekilde aranan sözcük gruplarında) veya “*negatif eşleşme*” (bazı kelimeler arandığında reklam verenin reklamını sonuç sayfasında görünmesini engellemesi durumunda) gibi farklı yöntemler bulunmaktadır³⁹⁸. Arama motorları tarafından gizli matematiksel algoritmalar kullanılarak listelenen sonuçlar içerisinde, sıralamanın neye göre yapıldığı ticari sır olarak gizemini korusa da arama sonuçlarında anahtar kelime satın alma yolu ile listelenen sonuçlar arasında üst sıralarda yer alınmasını sağlayan ve arama motoruna da ciddi gelir sağlayan adwords reklamcılık, günümüzde oldukça yaygındır³⁹⁹.

İşletmelerin kendilerini ve markalarını internette tanıtmak için kullanışlı ve kolay bir oluşum yaratan bu reklam türü, bazı suistimallere de kapı aralamaktadır. Dürüstlük kuralları çerçevesinde olağan olan marka hakkı sahibinin, kendi markasını içeren veya markası ile ilgili mal veya hizmetleri içeren kelime veya kelime gruplarını anahtar sözcük olarak arama motorlarında satın alarak bu reklam mecrasında yer edinmesidir. Ancak tescilli markayı içeren işaretlerin, üçüncü kişiler tarafından (özellikle rakip işletmeler) benzer mal veya hizmetler için satın alınması durumunda araya parazit şekilde giren reklamlar ile tüketicinin dikkatini çekmeyi başarmaları hâlinde, marka hakkı sahibinin tüketici ile buluşamaması sonucu ortaya çıkacaktır. İnternet kullanıcısının arama motorunda yaptığı aramada, kullandığı sözcüklerle ilgili veya ilgili gibi görünen reklamların, kullanıcının önüne link veya başka yollarla çıkması, aldatıcı reklamlar ile marka hakkı sahibi olmamasına rağmen reklam vasıtasıyla kullanıcının, kendi web sitelerine yönlendirilmesi durumunda marka hakkı ihlali gerçekleşir. Nitekim böyle bir

³⁹⁸ Rüzgâr, *a.g.e.*, s. 135.; Yasaman, Z., *a.g.e.*, s. 289.

³⁹⁹ Yasaman, Z., *a.g.e.*, s. 285.

durumda tüketicilerin arama motoruna yazarak ulaşmak istediği markalı ürün ile reklam verenin markası arasında bir karıştırılma ihtimali oluşması, tüketicinin marka hakkı sahibi ile reklam verenin işletmelerinin bağlantılı olduğunu düşünmesi veya markanın şöhretinden yararlanılarak taklit ürün ile piyasaya giren reklam verenin marka hakkı sahibinin itibarına zarar vermesi olasıdır.

Aynı anahtar sözcüğün birden çok kişiye satılabilmesi durumu, marka ihlallerine zemin hazırlayan adwords reklamcılık hizmetinin bir boşluğudur. Arama motoru tarafından daha fazla para kazanmak için bilinçli yapıldığını düşündüğümüz bu boşluk, ticari hayatta kötü niyetli kişiler tarafından kullanılmakta ve marka hakkının zedelenmesine neden olmaktadır. Bu da markanın ayırt edicilik, menşei gösterme, reklam ve garanti fonksiyonlarına zarar verebilmektedir. Çoğu zaman marka, üçüncü kişi tarafından anahtar sözcük olarak alınıp kullanıldığında marka hakkı sahibi, kendi markası ve ürünlerinin arama motorunda listelenen sıralamada daha üst sıralarda yer alabilmesi için reklam verenden daha fazla bedel ödemek zorunda da kalabilmektedir⁴⁰⁰. İşte bu nedenlerle SMK m. 7/3-d'ye göre marka hakkı sahibine, hakkı veya meşru bir bağlantısı olmaksızın üçüncü kişiler tarafından ticari etki yaratacak şekilde, markalarını içeren anahtar sözcük kullanılarak internette yapılan marka ihlallerini engelleme hakkı tanınmıştır.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise adwords reklamcılık ile yapılan marka hakkı ihlallerinde, ihlale sebep olan reklam hizmetinin sağlayıcısı konumunda olan ve bu reklamlardan ciddi düzeyde gelir elde etmesi münasebetiyle ihlal için gerekli olan “ticari amaçla kullanım” şartının sağlandığından bahisle arama motorunun örneğin Google’ın sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceğidir. “5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun⁴⁰¹”un ilgili hükümlerine göre arama motorunun adwords reklamcılık hizmeti sağlaması ile marka ihlali kapsamında bir sorumluluğu bulunmaz. Nitekim mevzuata göre reklam hizmeti sağlayıcısı (yer sağlayıcısı) örneğin Google’ın; içeriği kontrol etmek, bu içerik veya içeriğe konu mal veya hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmak

⁴⁰⁰ Yasaman, Z., *a.g.e.*, s. 345.

⁴⁰¹ 23.05.2007 tarih ve 26530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Aslen ceza karakterli olan bu kanunun marka ihlallerinin özel hukuk sorumluluğuna ilişkin olarak da uygulanıyor olmasının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁰². İlgili yargı kararlarında da Google'ın bu konuda yükümlü olmadığını düzenleyen hükümler dikkate alınarak bu yönde kararlar verildiği görülmektedir⁴⁰³. Ancak prensip olarak arama motorları yer sağladıkları içerikten sorumlu değilse de hukuka aykırı kullanımdan haberdar olması veya haberdar edilmesi hâllerinde söz konusu içeriği yayından çıkarma, kaldırma yükümlülükleri bakidir⁴⁰⁴.

Gerçekten de adwords reklam sisteminde, arama motorlarının marka hakkı ihlali için hiçbir aktif müdahalesinin olmadığı, yazılım sistemi tarafından otomatik oluşturulan kayıtlar neticesinde oluşan reklamların içeriğini bilmediği ve adwords reklamlar neticesinde para kazansalar dahi markayı markasal anlamda kullanmadıkları düşünüldüğünde arama motoruna da marka hakkını ihlal ettiğinden bahisle sorumluluk yüklemek, hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Günümüzde milyarlarca internet kullanıcısının bulunduğu ve e- ticaretin gün geçtikçe arttığı göz önünde bulundurulursa arama motoru tarafından sunulan adwords reklamcılık hizmeti ile gerçekleştirilen marka ihlallerinin; marka taklitlerinin, taklit ürünlerin, aldatıcı reklamların etkin şekilde denetlenebilmesi bu şartlar altında olanaksız görünmektedir. Nitekim ödeme sistemlerinin gelişmesi, yapılan normatif düzenlemeler

⁴⁰² Benzer şekilde “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in yer sağlayıcısının yükümlülükleri başlıklı 7. maddesinde “*Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.*” ifadeleri ile arama motorlarının bu konudaki sorumsuzluğu vurgulanmaktadır. Bkz.; RG, 30.11.2007, S. 26716.

⁴⁰³ Yargıtay 11. HD., E. 2013/11325 K. 2014/19 ve 06.01.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.09.2021). Aynı doğrultuda Avrupa Birliği Adalet Divanı da konuya ilişkin “*Google v. Louis Vuitton*” kararında emsal nitelikte bir karara imza atmıştır. Lüks çanta ve deri ürünleri satışı yapan Louis Vuitton marka sahibinin, Google’da markası aratıldığında sonuç sayfasında sponsorlu bağlantı olarak taşıyan taklit ürünlerin gerçek veya tüzel kişilerce satışının yapıldığı reklamların çıkması üzerine Google’ın marka hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile açtığı davada, Paris Yüksek Mahkemesinin Google’ı marka ihlalden sorumlu tutması üzerine Google’ın temyiz istemi ile Fransız Temyiz Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta temyiz süreci durdurularak ABAD’ın önüne taşınan uyuşmazlıkta Divan; “*arama motorlarının anahtar sözcük satımı yoluyla adwords reklamcılık hizmeti vermeleri ile marka ihlali şartı olarak aranan ticari etki yaratma ve markasal kullanma arasında bağlantı bulunmadığı, Google her ne kadar yer sağlayıcısı olarak adwords reklam ile rakip firma tarafından markanın anahtar sözcük ile kullanılmasını sağlasa da kendinin marka hakkını ihlal etmediği*” gerekçesi ile Google’ın sorumlu olmadığı yönünde karar vermiştir. Kararın tam metni için bkz. Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Google France SARL Google Inc. v Louis Vuitton Malletier SA*, Case-236/08 sayılı ve 23.03.2010 tarihli kararı:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=712343E4054DC900C7969243A35FC85?text=&docid=83961&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=764895> (Erişim Tarihi: 05.09.2021). Ayrıca bu karar hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Althaf Marsoof, “Keyword Advertising: Issues of Trademark Infringement”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 5, Iss. 4, 2010, s. 240-244. <https://offcampus.anadolu.edu.tr:2274/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jcolate5&id=240&type=Text> (Erişim Tarihi: 08.11.2021).

⁴⁰⁴ Bu hâlde de yer sağlayıcılarının haberdar olduğu veya uyarı yöntemi ile haberdar edildiği hukuka aykırı içeriklerde, marka hakkının ihlal edilip edilmediğinin tespitinin nasıl yapılacağı sorunu ortaya çıkar. İhlalin mevcut olduğu iddiası hukuki bir incelemeden ve değerlendirmeden geçmeksizin kesin sonuçlara ulaşmak doğru olmayacaktır. Keza yer sağlayıcısının ihlalin kaynağını bulmak için araştırma yapması gerekecek bu da yer sağlayıcılarının içeriği kontrol etme ve hukuka aykırılığını araştırma yükümlülüklerinin olmadığına ilişkin prensibe ters düşerek paradoks yaratacaktır. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Yasaman, “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 27, S. 2, 2019, s. 269-279.

ile elektronik ticaretin daha güvenli hâle getirilmesi ile Türkiye’de hâlihazırda altmış beş bine yakın e- ticaret sitesinin faaliyet sürdürdüğü bilinmektedir⁴⁰⁵. Ancak kanımızca, anahtar sözcük satın alımlarında tescilli markanın en azından aynısının üçüncü kişi tarafından satın alınması, arama motorları tarafından kurulacak bir ön eleme sistemi ile engellenebilir. Öyle ki kurulacak bir sisteme göre o ülkede tescilli tüm markalar tescil kapsamındaki mal ve hizmetlerle birlikte sisteme veri olarak girildikten sonra üçüncü kişi, marka ile aynı işareti taşıyan bir anahtar sözcük satın almak istediğinde sistem tarafından kayıtlar incelenerek bu işaretin tescilli bir markaya ait olduğundan bahisle verilemeyeceği; yalnızca marka hakkı sahibi tarafından satın alınabileceği; eğer bu kişi marka hakkı sahibi ise doğrulama adına TÜRKPATENT tarafından verilen marka tescil belgesindeki marka numarasının girilmesi gerektiği uyarı olarak çıkabilir. Bu durum mail adresi almak istediğimizde karşımıza çıkan “*Bu e-posta adresi başka birine ait. Başka bir ad deneyin*” şeklindeki uyarıya benzetilebilir. Tüm dünyada kullanılan mail adresleri arasından daha önce alınan bir adres olduğu saniyeden kısa süre içinde sonuca bağlanabiliyorsa pek tabii aynı durumun tescilli markalar için de yapılabileceği düşüncesindeyiz. Böylece sonradan oluşan marka ihlalleri ve bunların zararlarının telafisi ile para, zaman ve emek kaybetmektense sorunun kaynağında bağlantıyı keserek adwords reklamcılık ile ihlal oluşumunu engellemek, ticari hayatın dürüstlük kuralları çerçevesinde kesintisiz işlemlerini sağlamak adına daha doğru olacaktır. Ancak biliyoruz ki adwords reklamlardan oldukça yüksek kazançlar elde eden arama motorları, aynı sözcüğü onlarca kişiye satarak reklamlar ile daha çok para kazanmayı, önerdiğimiz sisteme tercih edeceklerdir. Yine de “*de lege ferenda*” adına gelecekte olmasını umut ettiğimiz bu sistem ile internette marka ihlallerinin bir nebze olsun önüne geçilebileceği inancı içerisindeyiz.

Bu bağlamda SMK m. 7/3-d kapsamında marka hakkı sahibi, hakkı veya meşru bağlantısı olmaksızın tescilli marka ile aynı veya benzer bir işareti içeren anahtar sözcük kullanarak tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerle ilgili ticari etki yaratacak şekilde adwords reklamcılık yapan mütecevizin fiilini yasaklayabilecek ve zararlarının tazminini talep edebilecektir. Fiilin marka hakkı ihlali olup olmadığı tespit edilirken; işaretin marka ile aynı veya benzer olması, tescil kapsamındaki aynı veya benzer mal veya hizmetler özelinde kullanılmış olması (tanınmış markalar hariç), işaretin hakkı veya meşru

⁴⁰⁵ Ferhan Kaya, *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 58.

bağlantısı olmayan üçüncü kişi tarafından ticari etki yaratacak şekilde kullanılması ve bu kullanım sonucunda marka fonksiyonlarına zarar verilmiş olması gibi şartlar ekseninde, her somut olayın kendi özellikleri içinde değerlendirmesi yapılarak karar verilmesi gerektiği de unutulmamalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MARKA İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

1. MARKA SAHİBİNİN İHLALLERE KARŞI TALEPLERİ

1.1. GENEL OLARAK

Ticaret hayatında, ticari faaliyetlerin piyasa işlerliği ve dürüstlük kuralları çerçevesindeki bir güven ortamında yürümesini sağlayan olmazsa olmaz parçalarından biri de markadır. Hâl böyle iken gayri maddi niteliği itibarıyla tecavüze elverişli olan markanın kapsam ve sınırlarının belirlenmesindeki güçlük de düşünüldüğünde hukuk sistemlerince etkin korunması gerekliliği ön plana çıkmaktadır⁴⁰⁶. Markalar, bir işletmenin mal veya hizmetlerini diğerlerinden ayırması yönü ile sembolize edilse de burada aslında ticari hayatın rekabet ortamında sağlıklı şekilde sürebilmesi için yapı taşı olma görevleri yadsınamaz. Nitekim marka hakkı korunmasında asıl olan kümülatif faydadır.

Marka hakkı ihlallerinde, hak sahibine özel hukuk bakımından bir takım talep hakları sağlanmıştır. SMK m. 159 uyarınca “delil tespiti” ve “ihtiyati tedbir” yolları geçici hukuki koruma müesseseleri olarak marka hukukunda da marka sahibinin ihlal durumunda hakkın kaybolma veya zararın büyümesi tehlikesi karşısında başvurabileceği yollar olarak karşımıza çıkar. SMK m. 149’da ise marka hakkı sahibinin dava yolu ile ileri sürebileceği talepler yer alır. Tecavüzün tespiti, durdurulması, önlenmesi, giderilmesi, tazminat talepleri ve hak sahibin ileri sürebileceği diğer talepler bu kapsamda yer alır. Bunun yanı sıra diğer sınai mülkiyet haklarının aksine SMK’da marka ihlali hâlinde söz konusu olabilecek bir takım cezai müeyyidelere de yer verilmiştir.

Hâl böyle iken bu denli geniş korumaya sahip marka hakkı sahibinin karşısında, menfaatler dengesi açısından üçüncü kişilerin de SMK kapsamında kendilerini koruyabilecekleri, savunabilecekleri hukuki çareler düzenlenmiştir. Bu bağlamda üçüncü kişi, hükümsüzlük ve iptal davaları ile tecavüze mesnet markayı hukuk aleminden sildiğinde karşısında tescilli marka ve dolayısıyla tecavüz de söz konusu olmayacağından olumlu sonuç alabilecektir. Bunun yanı sıra üçüncü kişiler kullandıkları işaretin marka hakkı sahibinin markasının tescil kapsamına girmediği savıyla tecavüzün bulunmadığının tespiti yönünde de dava açabilirler. Üçüncü kişiler bu yolla yatırımlarını sağlama almakta,

⁴⁰⁶ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 13.

kullandıkları işaretin tescilli marka hakkı sahibinin marka hakkına ihlal teşkil edip etmediğinin tespitini baştan sağlayarak yollarına öngörülebilir şekilde devam etmektedirler.

1.1.1. Tescilli Marka Sahibi Olmanın Koruma Bakımından Sonuçları

SMK özelinde sağlanan marka koruması, daha önce de ifade edildiği üzere tescil ile mümkündür. TÜRKPATENT'e yapılan marka tescil başvurusu, kanundaki şartları haiz olup olmadığı tespit edilmek üzere incelenerek yayınlanmış, hakkında itiraz yapılmamış veya yapılmışsa nihai olarak reddedilmiş böylece başvurusu olumlu sonuçlanmış marka, sicile kaydedilerek ilgili bültende yayımlanır. Bu şekilde tescili sağlanan marka, başvuru tarihi itibarıyla tescilli markalar için öngörülen korumadan yararlanmaya başlar. Başvuru tarihi dolayısıyla tescil tarihi, korumanın başlangıcı, öncelik tespiti, yenileme, kullanma yükümlülüğü gibi konularda rol oynadığından önem arz eder.

SMK m. 155'e göre, marka hakkı sahibinin kendi hakkından daha önceki tarihli bir tescil veya rüçhan hakkının bulunması durumunda marka sahibi, bu hak sahiplerinin açtıkları tecavüz davasında kendi marka hakkını savunma olarak ileri süremez. Başka bir ifade ile sonraki tarihli tescil, tecavüzü ortadan kaldırmaz ve bir hukuka uygunluk nedeni olarak sunulamaz. Nitekim böylece marka tescilinin her koşulda güvenli bir liman olma özelliğine ket vurulmuş ve mülga 556 sayılı KHK dönemindeki tescilli marka savunması uygulamasına zıt şekilde SMK sistematüğünde tescilli marka savunması önceki hakların etkisi nazara alınarak kabul edilmemiştir⁴⁰⁷. Anılan düzenleme uyarınca markayı bir kere tescil ettiren kişinin her koşulda tescil perdesinin arkasına sığınması engellenmiştir⁴⁰⁸. Böylece marka hakkının temel ilkelerinden biri olan *öncelik ilkesi* ile tecavüz davasında taraflar arasında menfaatler dengesi de sağlanmaktadır. Bununla birlikte önceki tarihli marka hakkı sahibinin öncelikten kaynaklı bu hakkını ileri sürebilmesi için sonraki tarihli tescilli marka kullanımına uzun süre ile sessiz kalmaması gerektiği de belirtilmelidir.

⁴⁰⁷ İbrahim Gül, "Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 13, 2017, s. 107.

⁴⁰⁸ Mahmut Arif Koçak, "Sıma Mülkiyet Kanunu'nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2, Kasım 2020, ss. 293-310. Doktrinde bir görüşe göre ise mülga KHK döneminde Yargıtay'ın sonraki tarihli tescilli marka hakkı sahibinin tescilli markasını tecavüz davalarında her hâlde savunma aracı olarak kullanabilmesine ilişkin yaklaşımı ne kadar hatalı ise SMK ile tescilli marka hakkının önceki tarihli hak karşısında kullanılamayacağına ilişkin mevcut düzenleme de o denli hatalıdır. Nitekim bu hâl tescilli marka hakkı sahibinin tecavüz iddiası veya tazminat talebi ile karşılaşabilme olasılığına karşı hakkını kullanmaması sonucunu doğurabilecektir ki bu da marka hakkının mutlak hak niteliği ve işlem güvenliği ile bağdaşmaz. Bu yönde bkz. Çağlar vd. *a.g.e.*, s. 353.

1.1.2. Müşterek Pay Sahiplerinin Mütecavizlere Karşı Dava Hakkı

Markaya müşterek mülkiyet yolu ile sahip olan pay sahiplerinin her biri, üçüncü kişilerin marka hakkını ihlal eden eylemlerine karşılık; men, giderme ve tazminat davalarını münferit olarak açabilirler⁴⁰⁹. Her paydaş payını; devir, haciz ve rehin gibi hukuki işlemlere konu edebileceği gibi payına düşen tazminatın tahsilini de sağlayabilir. Ancak payın miras yolu ile intikali söz konusu ise bu durumda tüm mirasçıların birlikte hareket etmesi veya tereke için atanan temsilcinin marka için dava ve talep haklarını kullanması mümkün olabilecektir⁴¹⁰.

1.2. GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA TALEPLERİ

Bir hakkın zamanla kaybolma veya uğranılan zararın büyüme ihtimaline karşı, yargılama sırasında veya öncesinde verilmesi gereken geçici hukuki koruma tedbirleri, mevzuatımızda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁴¹¹ onuncu kısmında "Geçici Hukuki Korumalar" başlığı altında m. 389-406 arasında düzenlenmiştir. Kanun düzenlemesine göre geçici hukuki korumalar; "*ihtiyati tedbir*", "*delil tespiti*" ve "*diğer geçici hukuki korumalar*" olarak ayrılarak bu müesseseler ayrı ayrı ilgili maddeler arasında ortaya konmuştur.

Yalnızca Medeni Usul Hukuku bakımından değil daha birçok alanda kendini gösteren geçici hukuki koruma tedbirleri, marka hukuku açısından da marka ihlallerinde başvurulmuş en etkili araçlardandır. Nitekim üçüncü kişilerin tescilli markayı haksız şekilde kullanarak marka hakkını ihlal etmeleri hâlinde marka hakkı sahibinin mevcut veya muhtemel zararının daha da büyümesi gündeme gelebilmektedir. Bunun engellenmesi amacıyla marka ihlallerinde hak sahibinin korunması açısından SMK m. 159 ve HMK hükümlerine göre geçici hukuki koruma önlemlerine karar verilebilir. Geçici hukuki korumalar ile esasen verilecek hükmün etkinliği temin edilir⁴¹². Marka hukuku anlamında kaynağını TRIPS m. 50'den alan marka ihlali hâlinde öngörülen etkin ihtiyati tedbirler ve delillerin tespiti; üye devletlerce marka ihlallerinin engellenmesi ve ispat hakkının güçlendirilmesi yolunda alınması elzem olan tedbirlerdir⁴¹³.

⁴⁰⁹ Güneş, *a.g.e.*, s. 338.

⁴¹⁰ Ege, *a.g.e.*, s. 114.

⁴¹¹ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁴¹² Nitekim bu husus, SMK m. 159'da da "*verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere*" ifadesi ile vurgulanmaktadır.

⁴¹³ Bağır, *a.g.e.*, s. 74.; Serdar Kale, *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 227.

Yargılamanın belli bir zaman alması hatta bazı hâllerde yıllarca sürmesi, hak sahibini hakkın kaybolması veya zararın büyümesi tehlikeleri ile karşı karşıya getirdiğinden böyle hâllerde ihtiyati tedbirler kurtarıcı rol oynar. İhtiyati tedbir, davacının davada haklı çıkması hâlinde dava konusuna kavuşmasının daha dava sırasında ve hatta davadan önce güvence altına alınmasını sağlar⁴¹⁴. Böylece dava sırasında veya öncesinde alınacak ihtiyati tedbirler ile maddi ve manevi geri dönülemez, telafisi imkansız hak kayıplarının veya büyüyen zararların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte uyumsuzluğun sonuçlanmasında aktif rol oynayacak bir delilin zamanından önce toplanarak güvence altına alınmasını ifade eden delil tespiti de bu kapsamda başvurulabilecek bir diğer geçici hukuki koruma talebidir.

1.2.1. Marka İhlalinde Karar Verilebilecek İhtiyati Tedbirler ve Gümrükte El Koyma

Dava konusu hakkın istikbalinin, dava sonucunda verilecek nihai karara bırakılması, uzun süren yargılama safhaları düşünüldüğünde hakkı riske atmak; uyumsuzluk tarafları için daha kötü sonuçların doğmasına kapı aralamak demektir. İşte bu nedenle bu gibi durumların bertaraf edilmesini, engellenmesini sağlamak üzere kurulan geçici hukuki koruma müessesesi, dava konusunu bir anlamda güvence altına almaktadır.

Davacının davayı kazanması hâlinde dava konusuna kavuşmasını sağlayan başka bir ifade ile taraflar için esas hükmün anlam ifade etmesini amaçlayan, dava süresince veya öncesinde kişilerin hukuki durumlarında oluşabilecek zararlara karşı geçici nitelikte öngörülmuş hukuki koruma “ihtiyati tedbir” olarak anılır. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için HMK m. 389’a göre, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişim sebebiyle hakkın elde edilmesinin zorlaşması ya da tamamen imkansızlaşması veyahut gecikme sebebiyle sakınca veya ciddi zararın doğacak olmasından endişe edilmesi gerekir. Marka ihlal hâllerinde verilecek ihtiyati tedbirler için doktrinde, HMK’da öngörülen “hakkın elde edilmesinin zorlaşması ya da tamamen imkansızlaşması veyahut gecikme nedeniyle ciddi zararın doğmasından endişe edilmesi” hâllerinin aranıp aranmaması gerektiği konusunda tartışma bulunmaktadır. Bu hâlde bir görüşe göre; marka ihlal davalarında HMK’da zikredilen söz konusu şartlar aranmamalı ve marka hakkına tecavüz veya tecavüz tehlikesi başlı başına bir ihtiyati tedbir sebebi

⁴¹⁴ Ramazan Arslan vd., *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 569.

sayılmalıdır⁴¹⁵. Öyle ki ihtiyati tedbir ile aslen uyuşmazlığa konu hak için telafisi sonradan imkansız zararlara karşı önlem alınmakta olup zararı gidermek amaçlanmaz⁴¹⁶. Nitekim böyle bir şartın varlığının aranması ihtiyati tedbirin amacı ile örtüşmez. Dolayısıyla SMK'da ayrıca ve açıkça düzenlenmiş bulunan ihtiyati tedbirler için HMK'ya gidilerek oradaki şartların da aranması gereksizdir. Buna katılmayan görüşe göre ise HMK, ihtiyati tedbir konusunda genel uyulması gereken kuralların çerçevesini çizdiğinden ve olaya yalnızca davacı tarafından bakılmayarak menfaatler dengesinin gözetilmesi gerektiğinden bu şartların marka ihlal davalarında da aranması gerekir⁴¹⁷.

Marka ihlali hâlinde ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin öncelikle marka hakkı sahibi olduğunu ortaya koyması ardından markasına yönelik tecavüz fiillerini yaklaşık ispat yolu ile ispat etmesi gerekir⁴¹⁸. Nitekim HMK m. 390/3'te de yaklaşık ispattan söz edilmektedir. Yoksa özellikle hızlıca ihtiyati tedbir kararı alınması gereken durumlarda talep sahibinden asıl yargılamanın sonucuna etki edecek şekilde tam ispat yapmasını beklemek, geçici hukuki koruma müessesesinden beklenen faydanın görülememesine yol açabilir.

İhtiyati tedbir henüz dava açılmadan istenebileceği gibi davayla birlikte veya dava açıldıktan sonra da istenebilir⁴¹⁹. Hâkim, ihtiyati tedbire hükmederken taleple bağlı olup talepten fazlasına hükmedemeyeceği gibi menfaatler dengesini gözetmeli ölçülülük ve orantılılık ilkesi uyarınca hakkaniyete uygun bir karar vermelidir⁴²⁰.

Sınai mülkiyet hakları özelinde SMK m. 159'da düzenleme alanı bulan ihtiyati tedbirler, bu kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişilerin marka hakkına tecavüzün mevcut olduğunu veya tecavüzün gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını yaklaşık olarak ispatlamak şartıyla mahkemeden talep edilebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ihtiyati tedbirler özellikle bazı tedbirleri kapsamalıdır. Bunlar: ihtiyati tedbirin davacının marka hakkına tecavüz teşkil eden eylemlerin önlenme veya durdurulmasına yönelik olması, marka hakkına tecavüz suretiyle üretilen veya ithal edilen ürünlere ve bunların üretiminde münhasıran kullanılan araçlara tecavüze konu ürünler

⁴¹⁵ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 302.; Mikail Bora Kaplan, *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 65.

⁴¹⁶ Nevhis Deren Yıldırım, *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler*, 2. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2002, s. 3.

⁴¹⁷ Barçın Özkan, *Marka Hakkına Tecavüz Hâlinde Verilecek İhtiyati Tedbirler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 88.; Kale, *a.g.e.*, s. 233.

⁴¹⁸ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 227.; Erol, *a.g.e.*, s. 92.; Şahan, *a.g.e.*, s. 61.

⁴¹⁹ Aydın, S., *a.g.e.*, s. 66.; Bozbel, *a.g.e.*, s. 529.; Kale, *a.g.e.*, s. 228.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 389.; Meran, *a.g.e.*, s. 546.; Söyler, *a.g.e.*, s. 105.; Şahan, *a.g.e.*, s. 61.; Tufan, *a.g.e.*, s. 69.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 224.

⁴²⁰ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 389.

dışındakilerin üretimine engel olmayacak şekilde Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dahil buldukları yerde el konulması ve saklanması, herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesidir. Madde metninde belirtilen marka ihlali hâlinde tesis edilebilecek bu ihtiyati tedbirler örnek kabîindedir. Öyle ki hâkimin bunlarla sınırlı kalmayarak somut olayın özelliklerine göre başka ihtiyati tedbirlere hükmetmesinde de bir engel bulunmamaktadır⁴²¹. Bu konudaki sınır ise aleyhine ihtiyati tedbir hükmedilen kişi için dava daha sonra lehine sonuçlanacak olursa eski hâle iadeyi imkansız kılacak bir karar verilmemesi gerektiğidir. Nitekim telafisi imkansız bir ihtiyati tedbirin, aleyhine ihtiyati tedbir karar verilen tarafın yargılama sonunda haklı çıkması hâlinde olumsuz sonuçlar yaratacağı aşıkardır. Örneğin koşullar oluşmadığı hâlde ihtiyati tedbir olarak malların imhasına karar verilmesi hâlinde durum böyledir.

Türk Hukuku'nda ihtiyati tedbirler, basit yargılama usulüne tabi olduğundan marka ihlali hâlinde ihtiyati tedbir talep eden kişinin yazılı olarak dilekçe ile başvurusu gerekir. Mahkeme, ihtiyati tedbir kararı için karşı tarafı kendini açıklama, savunma niteliğinde dinleyebileceği gibi dinleme, tedbir talep eden tarafa vakit kaybettirecek ve bu nedenle tedbirin niteliği azalacak veya anlamsızlaşacak ise dinlemeden de ihtiyati tedbire hükmedebilir⁴²². Eğer karşı taraf dinlenilmeyecekse verilecek kararda daha titiz davranılması ve ölçülülüğün bilhassa göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmalıdır.

Uygulamada genellikle hızlı karar verme adına tedbirin aciliyeti olmasa da karşı taraf dinlenmeksizin ihtiyati tedbire karar verildiği görülmektedir. Öyle ki bu durumun hukuki dinlenilme hakkı ve silahların eşitliği ilkesi ile çeliştiği açıktır. Bu kapsamda İsviçre ve Alman Hukuku'nda aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilecek kişinin korunması için “*korunma dilekçesi*”⁴²³ (*Schutzschriften*) müessesesi oluşturulmuştur. Bu sisteme göre aleyhine tedbir kararına hükmedilmesi muhtemel olan kişi, mahkemeye başvurarak

⁴²¹ Kale, *a.g.e.*, s. 227.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 389.; Özkan, *a.g.e.*, s. 111.; Yasin Dinçer, *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, s. 138.

⁴²² Kale, *a.g.e.*, s. 244.

⁴²³ Bu kavram doktrinde farklı isimlendirmelerle de karşımıza çıkabilmektedir. “*Önleyici koruma talebi*” şeklindeki adlandırma için bkz. Muhammet Özkes, “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, 2002, s. 117.

verilebilecek olası tedbir kararı için korunma dilekçesi ile hukuki dinlenilme hakkını garanti altına almaktadır⁴²⁴.

Bununla birlikte tarafların ve bazı hâllerde üçüncü kişilerin ihtiyati tedbir kararına itirazları kararın icrasını doğrudan durdurmuyacaksa da bakidir. Öyle ki HMK m. 394/2 uyarınca karşı taraf, tedbirin uygulanmasında hazır ise o tarihten itibaren değilse tedbir kararının uygulama tutanağının kendisine tebliğinden itibaren bir hafta içinde; üçüncü kişiler ise HMK m. 394/3'e göre ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde itiraz edebilirler. Tedbir kararının bazı hâllerde üçüncü kişiler nezdinde de sonuç doğurduğu ve onları dolaylı olsa da etkilediği durumlarda, üçüncü kişilerin itiraz hakkına sahip olmasının marka hukuku özelinde ayrıca önemi olduğu vurgulanmalıdır. Nitekim taklit markalı bir ürünün piyasadan toplatılması kararında, aleyhine ihtiyati tedbir kararı tesis edilen kişinin yanı sıra malların onun elinden çıkarak piyasada ticari amaçla elinde bulunduranlarda örneğin farklı birçok satıcıda bulunması durumunda üçüncü kişilerin de bu karara itiraz hakkı önem arz eder.

Bundan ayrı olarak uyuşmazlığın çözümlendiği asıl yargılama sonucunda, ihtiyati tedbirin haksız olduğu ortaya çıkabilir. Haksız ihtiyati tedbir kararı sonucunda bu kişilerin tazminat isteminde bulunması da mümkündür⁴²⁵. Haksız ihtiyati tedbir sebebiyle zarara uğradığını ve bu zararlar ihtiyati tedbir arasında illiyet bağının bulunduğunu ispat eden taraf veya üçüncü kişi böylece zararını tazmin edebilecektir.

Bir ihtiyati tedbir kararı verilirken olayın somut özellikleri, taraf menfaatleri vb. bütün koşullar göz önünde bulundurulsa da bazen yanlış kararların verilmesi mümkün olabilmektedir. Bu olasılığı düşünen kanun koyucu, asıl yargılamanın aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kişinin lehine sonuçlanması hâlinde bu kişi için olumsuz sonuçların, zararların meydana gelmesine yol açabilecek olası ihtiyati tedbir kararını düşünerek tedbir talep edenin teminat yatırmasını öngörmüştür. SMK m. 159/2-c uyarınca herhangi bir zararın tazmini bakımından gerekli görülen bu teminatın türünü ve miktarını mahkeme somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir⁴²⁶.

İhtiyati tedbirin yanı sıra markaya tecavüz sebebiyle uğradığı zararlarının tazminini isteyen kişi açacağı ve açtığı bir tazminat davası kapsamında mütecevizin

⁴²⁴ İsviçre ve Alman Hukuku'nda uygulanmakla birlikte Türk Hukuku'nda günümüz itibarıyla henüz yasal bir altyapısı bulunmayan "korunma dilekçesi" sistemi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kale, *a.g.e.*, s. 245-246.

⁴²⁵ Kaplan, *a.g.e.*, s. 164.

⁴²⁶ Ancak belirtilmelidir ki uygulamada her somut olay koşulları çerçevesinde ayrı ayrı incelenerek teminatın belirlenmesi yerine sıklıkla götürü teminat şeklinde dava değerinin %10 veya %15'inin teminat değeri olarak belirlendiği görülmektedir. Bkz. Özkan, *a.g.e.*, s. 123.

kendine ödemeye mahkum edileceği tazminatı yok olma tehlikesine karşı önceden güvence altına almak isteyebilir. Bu hâlde hak sahibinin ihtiyati haciz talep etmesi de mümkündür.

Marka hakkı ihlal hâllerinde, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça marka hakkı sahibi gibi dava açmaya yetkili inhisari lisans sahibinin de geçici hukuki koruma talep etmesinde bir engel bulunmamaktadır⁴²⁷. Bunun yanı sıra marka ihlal davalarını açmakta yetkili kişiler arasında yer alan markayı rehin alan kişinin de ihtiyati tedbir talep etme hakkı olduğu ifade edilmelidir⁴²⁸.

SMK'da ihtiyati tedbirlerle ilgili hüküm bulunmayan hâllerde HMK'nın ilgili maddelerinin dikkate alınması gerektiği de vurgulanmalıdır.

Gümrükte el koymanın ise aslen ihtiyati tedbirlerin özel bir türü olduğu söylenebilir⁴²⁹. Paris Sözleşmesi'nin 9. maddesine göre bir markayı haksız şekilde taşıyan ürünlerin ithalinin engellenmesi amacıyla bunlara gümrükte el konulabilir⁴³⁰. Sahtecilik endüstrisinin hızla yayılması ile birlikte taklit markalı ürünlerin uluslararası dolaşımında da yerini alması kaçınılmaz olmuştur. İşte bu nedenle marka hakkı sahiplerinin menfaatlerinin korunması gerekliliği ile düzenlenen bu hüküm uyarınca, taklit markalı ürünlerin gümrüklerde durdurularak bunlara el konulması, SMK m. 159/2-b'de düzenleme alanı bulmuştur. Böylece taklit markalı ürünün iç piyasaya sürülmeden veya dış piyasaya sunulmadan yayılımı engellenmiş olacaktır.

Tedbir talebinin kabul edilebilmesi için söz konusu marka hakkına tecavüz teşkil eden ürünün Türkiye'de kullanıldığı veya kullanılacağına talepte bulunan tarafından ispatlanması gerekir⁴³¹. Örneğin gümrükte el konulması talebinde bulunulan taklit markalı ürünün Türkiye'de iç pazara sürüleceğinin ispatlanması gerekir. Doktrinde bazı yazarlara göre ise gümrükteki haksız kullanım arz eden taklit markalı ürünün Türkiye'de kullanıma sunulacağına ya da piyasaya sürüleceğinin ispatının, markanın korunması açısından bir ehemmiyeti bulunmamaktadır. Nitekim Paris Sözleşmesi'nin 8. ve 9. maddeleri uyarınca bu mallara gümrükte el konulabilir. Mezkûr 9. maddeye göre "*Yetkililer transit geçen malda el koyma işlemini yapmakla mükellef değildir*". O hâlde

⁴²⁷ Kaplan, *a.g.e.*, s. 144.; Yılmaz Yördem, "Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, S. 21, 2007, s. 341.

⁴²⁸ Özkan, *a.g.e.*, s. 76.

⁴²⁹ Meran, *a.g.e.*, s. 550.

⁴³⁰ Oytaç, *a.g.e.*, s. 343.

⁴³¹ Bağırar, *a.g.e.*, s. 82.; Şahan, *a.g.e.*, s. 63.

hükümün mefhum-i muhalifinden yola çıkılırsa yetkililer bu konuda yükümlü olmamakla birlikte el koyma işleminin onların takdirine bırakıldığı söylenebilir⁴³².

4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 57'ye göre el koyma işlemi gümrük idareleri tarafından gerçekleştirilir. İdarenin el koyma kararının tebliğinden itibaren on gün içinde dava açılmaz veya mahkemeden tedbir kararı alınmaz ise el koyma ortadan kalkar.

Bununla birlikte ihlale dair açık deliller olması hâlinde gümrük idaresi, bir talep olmaksızın marka hakkı sahibinin başvuru yapabilmesi için re'sen de malları üç iş günü alıkoyabilir ve gümrük işlemlerini durdurabilir⁴³³.

1.2.2. Delillerin Tespiti

Marka hukuku anlamında önem teşkil eden geçici hukuki koruma taleplerinden bir diğeri de henüz inceleme sırası gelmemiş kanıtların önceden toplanarak güvence altına alınmasını sağlayan yol olan delil tespittir.

Delil tespiti, SMK'da açıkça ortaya konmamakla birlikte HMK m. 400'e göre, görülmekte olan davada henüz inceleme sırası gelmemiş veya ileride görülecek davada ileri sürülecek bir vakıanın tespiti amacıyla delil ile ilgili işlemlerin önceden yapılmasını talep etme olarak tanımlanabilir. Ancak bunun için talepte bulunan tarafın hukuki yararının bulunması şarttır. Delilin derhal tespit edilememesi durumunda kaybolacağı ya da ileri sürmenin önemli ölçüde zorlaşacağı hakkında şüpheler bulunuyorsa hukuki yararın bulunduğu varsayılır. Nitekim tespit talebinde bulunan kişinin talebinde haklılığını yaklaşık ispat ile ispatlaması yeterlidir.

Delil tespiti, dava açılmışsa davanın görüldüğü mahkemeden, dava henüz açılmamış ise de esas davaya bakacak veya delilin bulunduğu yer mahkemesinden istenebilir. Nitekim bu koruma modeli ile amaçlanan; kaybolma ihtimali bulunan delillerin bir an önce güvence altına alınmasıdır. Delillerin tespiti ile davacı talep sonucunu belirleyebileceğinden davanın kapsam ve sınırlarının belirlenmesi açısından da önemlidir⁴³⁴.

Marka hukuku bakımından ise HMK anlamında delil tespitinden ziyade “*delillerin tespiti*” ifadesinin daha doğru bir kullanım olacağı savunulmaktadır⁴³⁵.

⁴³² Marka hakkına tecavüz teşkil eden transit malların da gümrükte el koyma tedbirine tabi tutulabileceği yönünde bkz. Ege, *a.g.e.*, s. 69.; Oytaç, *a.g.e.*, s. 347.; Aksi görüş olarak transit geçişlerde malların el koyma tedbirine maruz bırakılmayacağı yönünde bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 229.

⁴³³ Paşlı, *a.g.e.*, s. 106.

⁴³⁴ Kale, *a.g.e.*, s. 268.

⁴³⁵ Ege, *a.g.e.*, s. 70.

Nitekim SMK'da da delil tespiti yerine delillerin tespiti ifadesi bilinçli olarak kullanılmıştır. Bir görüşe göre buradaki delillerin tespiti HMK'daki delil tespitinden farklıdır⁴³⁶. Belirtilmelidir ki delillerin tespiti uygulamada sıklıkla karıştırılan marka hakkına tecavüzün tespiti davasından ortaya konulan delillerin incelenmemesi yönü ile ayrılır. Öyle ki delillerin tespitinde deliller yalnızca tespit edilir; delillerin içeriği inceleme konusu yapılmaz⁴³⁷.

Marka hakkına tecavüz hâlinde delillerin incelenmesine kadar geçecek sürede mütecavizin delilleri karartması olasıdır. Bu nedenle marka hakkının tecavüze uğradığını öne süren kişi, tecavüz sayılabilecek olayların tespitini açtığı veya açacağı tazminat davasında zararların belirlenmesi adına, SMK m. 150 uyarınca mahkemeden isteyebilir.

Marka hakkı ihlali söz konusu olduğunda delillerin tespiti, ihlal konusu ürünün temini; toplanarak saklanması; muhafazası; haksız kullanıma ilişkin broşür, tabela vb. saklanması; fotoğraflanması ve böylece ihlalin belgelendirilmesi işlevlerine hizmet eder⁴³⁸. Öyleyse marka hakkı sahibi, HMK m. 400'e göre hukuki yararı bulunması hâlinde, davaya bakan veya bakacak ya da delilin bulunduğu yer sulh hukuk mahkemesinden delillerin tespitini talep edebilir. Mahkeme tarafından tebligatlı veya tebligatsız olarak yapılabilecek delillerin tespiti, uygulamada genellikle hak sahibinin menfaati gözetilerek tebligatsız icra edilmektedir⁴³⁹.

Marka tecavüzü hâlinde delillerin tespiti hem işaretin benzerliği hem de mal veya hizmetlerin tespitini ihtiva eder. Marka itibarının zedelendiği durumlarda da malların kalitesi, kullanılış biçimi vb. incelenir.

Burada dikkat çekilmesi gereken husus şudur ki, delillerin tespiti anlamındaki tespit, çekişmeli yargı usulüne tabi tecavüzün bulunup bulunmadığına yönelik bir tespit davası değildir. Nitekim delil tespiti bir dava olmayıp, konusu maddi vakıalardır ve bilindiği üzere maddi vakıalar yalnız başına tespit davasına konu edilemezler. Bununla birlikte delil tespiti, esas hüküm verilinceye kadar geçici bir hukuki koruma sağlamaktayken tespit davası sonucunda verilecek karar kesin hukuki koruma sağlar. Uygulamada çoğunlukla delil tespiti ile birlikte ihtiyati tedbir talebinde de bulunulduğu görülmektedir.

⁴³⁶ Meran, *a.g.e.* s. 516.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 496.

⁴³⁷ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 321.; Kale, *a.g.e.*, s. 273.

⁴³⁸ Güneş, *a.g.e.*, s. 347.; Kale, *a.g.e.*, s. 271.

⁴³⁹ Güneş, *a.g.e.*, s. 348.; Kale, *a.g.e.*, s. 273.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 379.

2. MARKA İHLALİ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

Marka hakkı, dava yolu ile de koruma altına alınmıştır. TRIPS m. 46'ya göre, adli merciler, ihlali etkin biçimde önleyebilmek amacıyla ihlal konusu haksız kullanım teşkil eden malların, hak sahibinin zarar görmesini engelleyecek şekilde ticaret kanalı dışına çıkarılması için gerekli kararları alabilirler. Bu düzenleme uyarınca ihtiyaca yönelik olarak marka hakkı ihlallerinde başvurulabilecek dava yollarının düzenlendiği SMK m. 149'da genel olarak sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler; çalışmamız özelinde tescilli marka hakkının korunmasına yönelik çeşitli hukuki çareler öngörülmüştür. Bunlar; eylemin tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması, tecavüzden doğan tazminat davaları şeklinde sıralanabilir. Öte yandan SMK m. 149/1-d uyarınca *“tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimin engellemeyecek şekilde elkonulması”* mümkündür.

Belirtilmelidir ki kanunda sayılan marka hakkına tecavüzün tespiti davası, tespit davasının özel bir görünümü iken marka hakkına muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması ve tecavüzün kaldırılması davaları yargılama hukuku anlamında birer eda davasıdır. Eda davaları, en genel ifade ile davacının davalıdan bir şeyi yapmasını, yapmamasını veya vermesini talep ettiği davalar olarak tanımlanabilir⁴⁴⁰.

Bu bölümde marka ihlali hâlinde açılacak davalar başlığı altında, öncelikle marka hakkı sahibinin açabileceği; marka hakkına tecavüzün tespiti davası, muhtemel tecavüzün önlenmesi davası, tecavüzün durdurulması ve kaldırılması davaları ile tazminat davaları incelenecek olup ardından hak sahibinin ileri sürebileceği diğer taleplere yer verilecektir. Bununla birlikte menfi tespit davası niteliğinde, ticari hayatta yatırımlar yapmak isteyen ve bu nedenle sürekli dava tehdidi altında bulunmak istemeyen, fiillerinin tescilli marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığını hüküm altına aldırarak isteyen kişilerce açılacak marka hakkına tecavüz olmadığının tespiti davası da bu kısımda açıklanacaktır. Kullanım kanıtı savunması, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ve zamanaşımı hususları da önemi mahiyetiyle bu başlık altında tartışılarak ortaya konmaya çalışılacaktır.

⁴⁴⁰ Arslan vd., a.g.e., s. 293.

2.1. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN TESPİTİ DAVASI

Tescilli markanın, marka hakkı sahibinin izni olmaksızın kanunda öngörülen şekillerde kullanılması durumunda marka hakkı sahibi, üçüncü kişiye bir bildirim yapmaksızın veya ihtarname göndermeksizin mahkemeden tecavüzün tespitini isteyebilir. Marka hakkına tecavüzün tespitine ilişkin bu dava çekişmeli yargı işlerinden olup yazılı yargılama usulüne tabidir.

Marka hakkı tecavüze uğramış veya uğramak üzere olan marka hakkı sahibi ve inhisarî nitelikte marka lisansı sahipleri markaya yönelik tecavüzün tespitini mahkemeden talep edebilirler.

SMK m. 149/1-a'da zikredilen eylemin tecavüz olup olmadığının tespiti davası, HMK m. 106'dan farklı olarak bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığı ya da yokluğunun tespitine ilişkin olmayıp eylemin SMK anlamında marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğinin saptanması yönündedir⁴⁴¹. Bu anlamdaki tespit davasına devam eden bir tecavüz eylemi için başvurulabileceği gibi tecavüz sona ermiş olsa da mahkemeden tespit istenebilir. Uygulamada sıklıkla bu davanın tek başına değil de muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüzün durdurulması, kaldırılması gibi davalarla birlikte açıldığı görülmektedir⁴⁴².

2.2. MARKA HAKKINA MUHTEMEL TECAVÜZÜN ÖNLENMESİ DAVASI

Tecavüzün men'i davası olarak da bilinen muhtemel tecavüzün önlenmesi davası, tecavüz gerçekleşmeden hemen önce veya tekrarlanması muhtemel tecavüzün önlenmesi amacıyla kullanılmaktadır. SMK m. 149/1-b'de yer verilen bu dava ile marka hakkı için tecavüzün yaratması muhtemel hak kayıpları ve zararlarının en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. Mülga 556 sayılı KHK'da yer verilmeyen ve eksikliği hissedilen bu dava ile marka hakkı sahibinin tecavüz fiilleri henüz hazırlık aşamasında iken markasına gerçekleştirilecek ihlali önlemeye yönelik talep hakkı verilmiş olması, marka ihlali ile etkin mücadele adına önem arz eder⁴⁴³.

Marka hakkına muhtemel tecavüzün önlenmesi davası için öncelikle bir tecavüz tehlikesi veya ihtimali hasıl olmalıdır. Tecavüzün gerçekleşmesi veya daha önceki tecavüzün tekrarlanma ihtimali yüksek ise tecavüz tehlikesinin mevcudiyetinden söz

⁴⁴¹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 185.

⁴⁴² Karasu vd., *a.g.e.*, s. 379.

⁴⁴³ Çağlar, *Sınai*, s. 152.

edilebilir⁴⁴⁴. Örneğin tescilli markanın taklit edilerek taklit markanın basılacağı ürünlerin üretimine başlanması hâlinde durum böyledir.

Muhtemel tecavüzün önlenmesine yönelik dava açılmadan önce veya dava sırasında mahkemeden geçici hukuki koruma talep edilmesi de sonraki hak kayıplarını engellemek adına isabetli olacaktır. Bu davayı da yine marka hakkı sahibi ve inhisari lisans alan açabilecektir.

Bu hâlde marka hakkına ihlal bulunduğunu davacının ispatlaması gerekir. Bu ispat davacı tarafından, üçüncü kişinin muhtemel haksız kullanımına kanıt oluşturacak şekilde ürün, ambalaj, reklam gibi somut nitelikteki delillerin mahkemeye sunulması suretiyle yapılabilir.

2.3. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN DURDURULMASI DAVASI

Tecavüz fiilleri icrai olarak başlamış ve süregelmekteyse marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulmasını mahkemeden talep edebilir. Örneğin taklit markanın mallar üzerinden silinmesi, haksız kullanım teşkil eden üretimin durdurulması gibi fiillerle mevcut tecavüzün durdurulması amaçlanmaktadır. Açılması için mütecevizin kusuru ve marka hakkı sahibinin zararının aranmadığı bu dava, eda davası niteliğindedir ve mevcut bir tecavüz olmamakla birlikte fiille ilgili ciddi hazırlıkların bulunduğu emareler dolayısıyla bir tecavüz tehlikesi varsa da açılabilir⁴⁴⁵.

SMK m. 149/1-c uyarınca açılacak bu dava ile devam eden veya hazırlıklarına ciddi şekilde girişilmiş tecavüz eylemi durdurulmaktadır. Bununla birlikte ifade edilmelidir ki tecavüz devam ettiği sürece bu dava ile ilgili zamanaşımı işlemeyecektir⁴⁴⁶.

2.4. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN KALDIRILMASI DAVASI

Hak sahibinin başvurabileceği bir diğer hukuki yol ise SMK m. 149/1-ç kapsamında açabileceği marka hakkına tecavüzün kaldırılması davasıdır. Tecavüzün yarattığı hukuka aykırı sonuçlarının giderilmesinin (ref'inin) amaçlandığı bu davanın

⁴⁴⁴ Kaya, A., *a.g.e.*, s. 283.

⁴⁴⁵ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 234.; Ege, *a.g.e.*, s. 72.; Erol, *a.g.e.*, s. 49.; Karabulut, *a.g.e.*, s. 97.; Meran, *a.g.e.*, s. 517.; Şahan, *a.g.e.*, s. 71.; Yıldız, *a.g.e.*, s. 80.

⁴⁴⁶ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 258.; Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 323.; Dişli, *a.g.e.* s. 124.; Emre Köroğlu, "Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden 'Zamanaşımı', 'Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı' ve 'Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları'", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, 2016, s. 1893.; Filiz Berberoğlu Yenipınar, *Marka İhlali*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 22.; Meran, *a.g.e.*, s. 517.; Mustafa Öksüz, "Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 34, S. 156, Eylül 2021, s. 310.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 497-498.; Üzer, *a.g.e.*, s. 160-161.; Yıldız, *a.g.e.*, s. 80.

açılabilmesi için ya tecavüz devam ediyor olmalı ya da tecavüz sona ermekle birlikte etkileri hâlen devam ediyor olmalıdır⁴⁴⁷. Nitekim tecavüz sona erse de etkileri hâlen devam ediyor olacağından bu durumda davanın konusuz kaldığı söylenemez. Örneğin bu dava ile talep edilebilecekler arasında ürünlerin piyasadan toplatılması veya imha edilmesi yer alabilir.

Bununla birlikte örneğin marka hakkı ihlalinin haksız olarak markayı ihtiva eden alan adı kullanımını suretiyle internet yoluyla gerçekleştirildiği durumlarda salt ihlal konusu siteye erişimin engellenmesi, tecavüzün etkilerinin tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasını sağlamaz⁴⁴⁸. Öyle ki o siteye erişim engellenmiş olsa dahi VPN değişimi gibi bazı basit yöntemlerle içeriğin alan adı altında başka sitelere yönlendirilmesi mümkündür. Uygulamada bu ihtimali göz önünde bulunduran hâkim de genellikle internet alan adının terkinine karar vererek tecavüzün ref'ini tam anlamıyla sağlama amacı gütmektedir⁴⁴⁹.

Marka hakkına tecavüzün kaldırılması davası ile asıl amaçlanan tecavüz ile meydana gelen sonuçların ortadan kaldırılması olduğundan esasen eski hâle dönüş sağlanmaya çalışılır.

Marka hakkı sahibi bu davalardan yalnızca birini açabileceği gibi aynı dava ile ilgili birçok talepte de bulunabilir. Örneğin sona ermiş bir tecavüz hâlinde marka hakkı sahibi, tecavüzün mevcudiyetinin tespiti; tekrarlanma ihtimali kuvvetli ise muhtemel tecavüzün önlenmesi ve tecavüzün sonuçlarının giderilmesi açısından tecavüzün kaldırılması taleplerini bir arada ileri sürebilir.

2.5. MARKA HAKKINA TECAVÜZDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARI

Marka sahibinin haklarının tam ve etkin şekilde korunabilmesi, marka hakkına tecavüz hâlinde uğradığı zararın yerine nicelik veya nitelik bakımından eş değerinin getirilerek telafi edilebilmesi açısından denkleştirme amacına yönelik olarak tazminat

⁴⁴⁷ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 380.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 187.

⁴⁴⁸ Altınok, *a.g.e.*, s. 123.

⁴⁴⁹ Uygulamada genellikle marka hakkının internet yoluyla ihlali hâlinde tecavüzün giderilmesi talepli davalarda davacı, ihlal konusu alan adının kendine devrini dolayısıyla kendi adına tahsis ve tescilini talep etmektedir. Buna ilişkin olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2019 tarihli kararının emsal nitelikte olduğu söylenebilir. Somut olaya göre 1960 yılından beri davacı şirket adına tescilli olan Lanzini markasının davalı şirket tarafından alan adı olarak kullanılmasından vuku bulan uyuşmazlıkta mahkeme “...*Türk Hukuku'nda, alan adlarının haksız olarak tescili hâlinde gerçek hak sahibine devrine ilişkin bir düzenleme olmaması karşısında davalı taraf adına tescilli 'www.lanzini.com.tr' alan adının davacı şirkete devrine ilişkin karar yasal dayanaktan yoksun olduğundan alan adının terkinin kararı yerine, davacıya devrine karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu sebeple temyiz eden davalı ...Aydınlatma San. Ve Tic. A.Ş lehine bozulması gerekmiştir.*” ifadeleri ile alan adının davacıya devrine ilişkin kararın bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 11. HD., E. 2018/1275 K. 2019/3298 ve 30.04.2019 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.10.2021).

davaları önemli rol oynar⁴⁵⁰. SMK m. 149/1-ç’de sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin maddi ve manevi zararının tazminini talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Yine “Tazminat” başlıklı SMK m. 150’de sınai mülkiyet hakkına tecavüzde bulunanların hak sahibinin zararını tazminle yükümlü olduğu ifade edilmektedir.

Marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri gerçekleştiren kişiler, fiilleri neticesinde oluşan marka sahibinin zararlarını gidermekle mükelleftirler. Bu anlamda SMK düzenlemesine göre marka hakkına tecavüz hâlinde açılacak üç tür tazminat davası bulunur. Bunlar; “*maddi tazminat*”, “*manevi tazminat*” ve “*itibar tazminatı*” davalarıdır.

Yukarıda marka hakkına tecavüz eyleminin aslen haksız fiilin özel bir görünümü olduğundan bahsedilmişti⁴⁵¹. O hâlde haksız fiiller için aranan hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları marka hakkı ihlâlinde tazminat davaları bakımından da gözetilecektir.

Tescilli markanın SMK’da belirtilen hâl ve biçimlerde üçüncü kişi tarafından marka sahibinin izni olmaksızın haksız olarak kullanılması hâli haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu oluşturur. Dolayısıyla tazminata hükmedilebilmesi için söz konusu eylemin hem hukuka aykırı olması hem de hukuka uygunluk nedenlerini bünyesinde ihtiva etmemesi gerekir.

En genel ifade ile kusur, kişinin hukuka aykırı sonucun meydana geleceğini öngörebildiği hâlde isteyerek eylemi gerçekleştirmesi veya sonucu istememekle birlikte bundan kaçınmak için herhangi bir faaliyette bulunmaması, ihmalen hukuka aykırı sonucun meydana gelmesine neden olmasını ifade eder. Yukarıda da zikredildiği üzere marka ihlal davalarında kural olarak kusur aranmaz. Ancak tazminat davaları bu hususta özellik arz eder. Zira kusurun derecesi tazminatın belirlenmesinde etkilidir⁴⁵².

Kusurun varlığı, somut olayın şartlarına göre değerlendirilerek tespit edilmelidir. Nitekim SMK m. 150’de kusurdan bahsedilmemiş olsa da haksız fiiller kapsamındaki sorumluluk kural olarak kusur sorumluluğuna dayandığından mütecevizlerin tazminat sorumluluğunun da kusura bağlı olduğu kabul edilmelidir⁴⁵³. Doktrinde madde metninde kusur şartına yer verilmemesi eleştirilmiş olsa da tazminat hukukunun genel ilkelerinden

⁴⁵⁰ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 343.

⁴⁵¹ Bkz. İkinci Bölüm, s. 47.

⁴⁵² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 335.

⁴⁵³ Alizada, *a.g.e.*, s. 91.; Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 243.; Camcı, *Marka*, s. 135.; Erol, *a.g.e.*, s. 77-78.; ; Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 325.; Fatih Aydın, “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 30, S. 133, 2017, s. 527.; Söyler, *a.g.e.*, s. 128.; Yurtoğlu Can, *a.g.e.*, s. 25.

olan kusurun pek tabii marka ihlali hâlindeki tazminat davaları için de aranacağı bu nedenle madde metninde kusur kelimesine yer verilmesinin gereksiz olduğundan SMK'da zikredilmediği (SMK m. 150 gerekçesinde de belirtildiği üzere) savıyla eleştirilere karşı koyulmuştur⁴⁵⁴. SMK'da tazminat davaları bakımından kusursuz sorumluluğa yönelik olarak bir hüküm de bulunmaması bunu güçlendirir niteliktedir. Zira kusursuz sorumluluğa gidilebilmesi için kanunda buna yönelik açık bir düzenlemenin bulunması elzemdir.

TTK m. 18/2 uyarınca her tacirin ticari faaliyetlerinde basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunur. Bu nedenle mütecavizin tacir olması hâlinde göstermesi gereken özen yükümlülüğü daha katı kurullarla uygulanmalıdır⁴⁵⁵. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de 2016 tarihli konuya ilişkin bir kararında, ithal sırasında gümrükte el konulan taklit markalı ürünler için tacir olduğu belirlenen davalının basiretli davranarak ürünlerin taklit olduğunu bilmesinin gerektiği gerekçesi ile hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararını isabetli bularak onanmasına karar vermiştir⁴⁵⁶.

Marka tecavüz davaları özelinde zarar, marka hakkı sahibinin maddi ve manevi durumunda marka hakkına tecavüz öncesi ve sonrasında aradaki farkı ifade eder⁴⁵⁷. Maddi zarar, mal varlığında meydana gelen eksilme biçiminde olabileceği gibi mal varlığının artması beklenirken artmaması, çoğalmaması şeklinde de tezahür edebilir. İlki “fiili zarar”ı (*damnum emergens*) meydana getirirken ikinci hâlde ise “yoksun kalınan kazanç” (*lecrum cessans*) söz konusudur.

Marka hakkı sahibinin ihlalden doğan fiili zararını ve yoksun kaldığı kazancını henüz dava başında net şekilde ortaya koyabilmesi mümkün olmadığından bu davaların HMK m. 107 anlamında belirsiz alacak davası niteliğinde olduğu belirtilmelidir⁴⁵⁸. Gerçekten de marka hakkı sahibinin henüz kayıtlar, faturalar, ticari defterler vb. zararı ortaya koyabilecek evraklar incelenmeden miktarı kestirebilmesi olanak dahilinde değildir.

Tecavüz fiili ile marka hakkı sahibinin zararı arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Başka bir ifade ile marka sahibinin zararı, marka hakkına tecavüz fiilleri sonucu meydana gelmiş olmalıdır. Türk Hukuku'nda kabul edilen “*uygun illiyet*

⁴⁵⁴ Ege, *a.g.e.*, s. 85.

⁴⁵⁵ Uzunalli, *Marka Hukuku*, s. 194.

⁴⁵⁶ Yargıtay 11. HD., E. 2015/10862 K. 2016/5328 ve 11.05.2016 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 22.10.2021).

⁴⁵⁷ Güneş, *a.g.e.*, s. 365.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 380.

⁴⁵⁸ Güneş, *a.g.e.*, s. 366.

bağı” teorisine göre tecavüz davranışı, hâlin olağan akışına göre hak sahibinin zarara uğramasına sebebiyet veriyorsa uygun illiyet bağı mevcut demektir⁴⁵⁹.

TTK m. 4/1-d uyarınca mutlak ticari davalardan sayılan marka ihlalden kaynaklı uyuşmazlıklarda zorunlu arabuluculuk şartı bulunmaktadır. Dolayısıyla marka hakkına tecavüzden kaynaklanan tazminat davaları bakımından arabuluculuk, bir dava şartıdır⁴⁶⁰.

2.5.1. Maddi Tazminat Davası ve Yoksun Kalınan Kazanç

Marka hakkı sahibinin tecavüz fiilleri sonucunda uğradığı zarar, onun bizzat mal varlığında değişim meydana getiriyorsa bu durumda maddi zarardan söz edilir. Bu zarar fiili zarar olabileceği gibi yoksun kalınan kazancın bulunması hâlinde de gündeme gelir. Nitekim bu husus SMK m. 151/1’de “*Hak sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsar.*” şeklindeki ifade ile hüküm altına alınmıştır.

Fiili zarar, mal varlığının net olarak eksilmesi dolayısıyla aktiflerin azalması veya pasiflerin artması şeklinde meydana gelirken yoksun kalınan kazanç ise ihlal nedeniyle marka hakkı sahibinin mal varlığındaki artışın engellenmesi hâlinde ortaya çıkar⁴⁶¹. Fiili zarara örnek olarak marka hakkı sahibinin tecavüz fiillerini önlemek için katlandığı masraflar yahut tüketici nezdinde itibasın giderilmesi adına ürünü için yaptığı reklam filmi, broşür, imaj yenileme veya hatırlatma çalışmaları vb. nedeniyle sarf ettiği harcama verilebilir. Tazminat talep eden hak sahibinin tecavüz fiillerinin yanı sıra maruz kaldığı zararı da belgeleri ile birlikte mahkemeye sunması gerekir.

Maddi zarar hesabı yapılırken temelde Friedrich Mommsen’in *Menfaat Öğretisi*’ne dayanan “*fark teorisi*” ekseninde mal varlığına hukuka aykırı fiil ile verilen zarar neticesinde ortaya çıkan durum ve öncesi karşılaştırılarak bakiye bulunur⁴⁶². Mal varlıkları arasında yapılacak bu karşılaştırma sonucu elde edilen fark, tazminat ile denkleştirilmeye çalışılır.

Marka hakkı ihlali hâlinde fiili zarardan çok maddi zararın büyük kısmını yoksun kalınan kazanç oluşturur. Bu anlamda yoksun kalınan kazancın tazminatın hesaplanmasında önemi büyüktür. Hesaplama yapılırken SMK m. 151/2 uyarınca zarar gören hak sahibinin hesap yöntemi seçimi esas alınır.

⁴⁵⁹ Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 356.

⁴⁶⁰ Bölüm sonunda “Markadan Doğan Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk” başlığı altında arabuluculuk müessesesi, marka hukuku özelinde kapsamlıca irdeleneceğinden bu kısımda yalnızca marka ihlalden kaynaklı tazminat davaları bakımından arabuluculuğun dava şartı olduğunun belirtilmesi ile yetinilecektir. Bkz. Üçüncü Bölüm, s. 167.

⁴⁶¹ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 381.

⁴⁶² Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 196.

2.5.1.1. Marka İhlalinde Bulunanın Tazminat Sorumluluğunda Yoksun Kalınan Kazancın Hesap Yöntemi

Markaya tecavüz fiili ile hak sahibi, piyasada ihlal konusu malları satın alan veya marka ihlali neticesinde mütecaviz tarafından marka altında sunulan hizmetleri alan kişileri, dolayısıyla mevcut ve muhtemel tüketicilerini kaybetmektedir. Örneğin taklit markalı ürünlerin tercih edilmesi ile marka hakkı sahibinin pazardaki payının küçüldüğü söylenebilir. Nitekim bu ihlal hiç olmasa idi tüketiciler marka hakkı sahibinin ürünlerine yönelecek keza başka işletmelerle olacak ticari ilişkiler de meydana gelebilecek idi. O hâlde marka hakkı sahibinin yoksun kaldığı bu kazancın mütecaviz tarafından ona iadesi hakkaniyetin de gereğidir. Bu zararın nasıl hesaplanacağı konusunda ise hak sahibinin seçeceği yöntem, mahkeme için yol gösterici olacaktır.

İhlal sonucu zarar gören marka hakkı sahibi, yoksun kalınan kazancın hesabında SMK m. 151/2'de sayılan üç değerlendirme usulünden birini seçebilir. Bunlar; marka hakkına tecavüz edenin (mütecavizin) rekabeti olmasaydı hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, mütecavizin elde ettiği net kazanç ve mütecavizin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedelidir.

Bunlardan ilki marka tecavüzü gerçekleşmese idi marka hakkı sahibinin elde edebileceği muhtemel gelire göre yapılan hesaptır. Öyle ki bu usulde markanın piyasadaki ekonomik değeri, lisans durumu gibi birçok etken göz önünde bulundurulacaktır. Bu yöntem kullanılarak yapılacak hesaplamada zararın ispatı, ticari faaliyetlerle elde edilen geliri sağlayan tek unsurun marka olmaması münasebetiyle marka hakkı sahibi açısından oldukça güçtür⁴⁶³. Nitekim davacı marka hakkı sahibinin, ticari defterler, faaliyet raporları gibi iş hacmini gösterir belgeleri sunması gerekir. Ancak bu belgelerden de markanın ciro üzerindeki etkisinin hesaplanması güçtür. Bu yöntem temelde varsayıma dayandığından soyut bir değerlendirme usulü olduğu da söylenebilir⁴⁶⁴. Hâkim markaya tecavüz olmasaydı marka hakkı sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir üzerinden hakkaniyete uygun bir tazminat miktarı takdir edecektir.

⁴⁶³ Coşku Gönen, *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın İadesi*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 63.; M. Üzeyir Karabıyık, *Marka Hakkına Tecavüz Hâlinde Açılacak Hukuk Davaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2009, s. 99.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 501-502.

⁴⁶⁴ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 207.

Tercih edilebilecek ikinci hesap usulü ise marka hakkı ihlalinde bulunan kişinin tecavüz eylemleri ile elde ettiği net kazanç baz alınarak yapılacak hesaplamadır. Burada ilkinde olduğu gibi farazi bir miktar hesaplaması değil net şekilde belirlenebilir bir gelir hesaplaması söz konusudur. Mülga 556 sayılı KHK'nın aksine SMK'da “*tecavüz edenin markayı kullanmakla elde ettiği net kazanç*” yerine “*tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*” ibaresinin kullanılması ile gerçek zarar kapsamının hesaplanması olanaklı hâle gelmiş ve AB Direktifleri ile de bu konuda uyum sağlanmıştır⁴⁶⁵.

Mütecavizin markaya tecavüz ile elde ettiği gelir hesaplanırken onun aldığı siparişler, ürettiği ve sattığı ürünler ve kâr marjının ne olduğu gibi unsurlar önemli rol oynar. Ancak belirtmelidir ki mütecavizin tüm kazancı değil ihlal konusu markayı taşıyan ürünleri ticari faaliyetlerde kullanarak menşe gösterme fonksiyonu konusunda hitap ettiği kitlede yarattığı yanlış izlenim sonucu elde ettiği kazanç miktarı değerlendirme konusu yapılır⁴⁶⁶. Davalı, ticari defterleri, evrakları, faturaları, ciro ve net kârını ortaya koymaya yönelik diğer sair belgeleri hesaplama için mahkemeye ibraz etmekle mükellef olduğundan bu hesaplama yönteminin Roma Hukuku'ndan kaynağını alan ve Türk Hukuku'nda da benimsenen “*nemo tenetur edere contra se*” (kimse karşı tarafın davayı kazanmasına neden olacak kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz) ilkesine istisna teşkil ettiği söylenebilir⁴⁶⁷. Mütecavizin ihlal konusu fiilinden önceki kâr verileri ile ihlal aralığında elde ettiği kâr oranları, bilanço değişimleri incelenerek bir kaniya varılabilir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere ticari hayatta mal veya hizmetin getirdiği gelirin tümü marka unsurundan doğmaz; bunun yanı sıra birçok faktör rol oynar. Ayrıca bu yöntemin olumsuz diğer yönü ise marka hakkına tecavüz fiilini işleyen kişilerin yaptığı hukuka aykırı fiili örtbas etmek üzere hiçbir ticari kayda yer vermemeleri ya da gerçeği yansıtmayan belgeler düzenlemeleridir. Böyle bir durumda bu belgelere güvenerek yapılacak hesaplama, sağlıklı veriler ortaya koymayabilir ve gerçek zararı tam anlamıyla yansıtmayabilir.

Tercih edilebilecek son yöntem ise eğer mütecaviz marka hakkı sahibi ile yaptığı bir lisans sözleşmesi sonucu markayı kullanıyor olsa idi ödeyeceği lisans bedeli üzerinden yapılacak hesaplamadır. Götürü tazminatın belirlendiği *lisans örnekesmesi* yöntemi, marka hakkı sahibinin özellikle kendi muhtemel kazancını yahut mütecavizin markayı kullanma ile elde ettiği net kazancını ortaya koyabilecek delillere sahip olmadığı hâllerde

⁴⁶⁵ Özer, *a.g.e.*, s. 23-24.

⁴⁶⁶ Çolak, *a.g.e.*, s. 791.

⁴⁶⁷ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 503.

başvurabileceği avantajlı bir yol olarak karşımıza çıkar⁴⁶⁸. Aralarında yapılmış lisans sözleşmesi varsayımında lisans bedelinin ne olacağı hususunda ise her somut olayın özelliklerine göre markanın tanınırlığı, lisans sayısı, lisansların inhisari veya basit lisans olması gibi pek çok etmen göz önünde bulundurularak makul bir mutad bedel takdir edilmelidir⁴⁶⁹.

Marka sahibi, SMK'da zikredilen bu üç hesap yönteminden başka bir yöntem belirleyemez⁴⁷⁰. Davacı, tazminat davasında açıkça hangi usulü seçtiğini mahkemeye bildirmelidir. Aksi hâlde mahkemenin kendisine hangi hesap yöntemini seçtiğini bildirmesi gerektiği yönünde uyarıları karşılıksız bırakan davacının tazminat talebi reddedilecektir. Nitekim Yargıtay'ın konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta verdiği 2018 tarihli karara göre “...seçimlik hakkını bildirmesi gerektiğinin hatırlatıldığı, seçimlik hakkın bildirilmemesi nedeniyle davacının açmış olduğu tazminat davasının reddine...” şeklindeki ifadelerle davacının hangi yöntemde hesaplama yapılmasını mutlaka belirtmesi gerektiği aksi takdirde mahkemenin re'sen bu usullerden birini seçmesinin mümkün olmadığı vurgulanmıştır⁴⁷¹. Ayrıca bu usullerin her biri aynı amaca yönelik olduğundan birleştirilmeleri de söz konusu olamaz⁴⁷².

Doktrinde genel olarak kabul gören görüşe göre hak sahibi, madde metnindeki hesap yöntemlerinden birini seçtikten sonra bu seçiminden vazgeçerek hesaplamanın bir diğer yöntemle yapılmasını isteyebilir⁴⁷³. Bu husus özellikle mütecevizin elde ettiği net kazanca göre yapılacak hesaplamada, mütecevizin hesaplama için gerekli belgeleri mahkemeye sunmaması, belgelerin zayi olması yahut sunulan belgelere güvenin zedenlenmesi durumlarında önem arz eder⁴⁷⁴. Ancak hesaplama yönteminin sürekli değiştirilmesinin de yargılamanın uzamasına ve birliği tarafından ilk seçilen yöntemde

⁴⁶⁸ Aydın, F., *a.g.m.*, s. 560.; Bozbel, *a.g.e.*, s. 522.; Çetinkaya, *a.g.e.*, s. 80.; Erol, *a.g.e.*, s. 72.; Kemal Atasoy, “Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, S. 1, 2015, s. 41.; Karabıyık, *a.g.e.*, s. 103.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 213.

⁴⁶⁹ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 502.

⁴⁷⁰ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 501.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 371. Nitekim bu husus Yargıtay HGK tarafından verilen 2019 tarihli bir kararda da şu ifadeler ile vurgulanmıştır: “...Marka hakkı sahibi yoksun kalınan kazanç istemi yanında ayrıca hesaplama usulü olarak bunlardan birini seçmek zorundadır. Başka bir deyişle maddede yer alan hesaplama usulleri dışında hesaplama yapılamayacaktır...”. Yargıtay HGK., E. 2017/2478, K. 2019/1345 sayılı ve 12.12.2019 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 14.10.2021).

⁴⁷¹ Yargıtay 11. HD., E. 2016/11426 K. 2018/3859 ve 23.05.2018 tarihli kararı: Güneş, *a.g.e.*, s. 373.

⁴⁷² Erol, *a.g.e.*, s. 67.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 204.

⁴⁷³ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 245.; Atasoy, *a.g.m.*, s. 36. Bozbel, *a.g.e.*, s. 520.; Güneş, *a.g.e.*, s. 372.; Bununla birlikte diğer bir usulle hesaplama yönteminin ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah ile mümkün olabileceği yönünde bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2010/10672 K. 2012/2762 ve 27.02.2012 tarihli kararı: Çolak, *a.g.e.*, s. 778-779. Buna karşılık ıslah olmadan da hesaplama yolunun değiştirilebileceği; nitekim talep sonucunun başlangıçta belirsiz olduğu ve bu sebeple hesaplama yöntemi değişikliğinin talep sonucunu değiştirmek anlamına gelmediği yönünde bkz. Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 372.

⁴⁷⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 245.

yapılan hesaplama için sarf edilen emek ve zamanın boşa gitmesine yol açması mümkündür. Bu nedenle hesap yönteminde yapılacak değişiklik, TMK m. 2 dürüstlük kuralları çerçevesinde cereyan etmeli ve yargılamayı uzatma amacı taşımamalıdır.

Marka hakkı sahibi hesap yöntemlerinden birini tercih ederken mütecevizin mali bilgilerine göre hareket etmeyi planlayabilir. Bu nedenle de bu belgelere ihtiyaç duyabilir. Bu hâli öngören kanun koyucu, SMK m. 150/3'de tazminat davası açmadan önce zarar miktarının belirlenebilmesi açısından marka hakkı sahibinin mahkemeden mütecevizin ilgili belgeleri, kayıtları sunması için karar verilmesini talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Bunlara örnek olarak ticari defterler, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli metinler, senet, çizim, ses kaydı vb. verilebilir⁴⁷⁵. Dolayısıyla belgeden anlaşılması gereken zararın belirlenmesine yarar sağlayacak her türlü ispat vasıtasıdır. Bu hesaplama yöntemi ile aslında mütecevizin aleyhine olan belgeleri kendi eli ile mahkemeye sunması yükümlülüğü getirilmiş bulunmaktadır⁴⁷⁶. Ancak tazminat yükümlüsü, ticari sırlarını ihtiva eden belgeleri mahkemeye ibraz ederken menfaatini ispatladığı ölçüde belgelerin gizli kalmasını ve bunun için mahkemenin gerekli tedbirleri almasını da talep edebilir⁴⁷⁷.

Hesaplama hangi yöntem seçilirse seçilsin SMK m. 151/3 uyarınca yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında markanın ekonomik önemi, tecavüz sırasında marka lisanslarının sayısı, süresi ve türü, ihlalin nitelik ve büyüklüğü gibi faktörler göz önünde tutulmalıdır. Önceki marka hakkına tecavüz düzenlemelerinde yer almayıp SMK ile getirilen yeniliklerden biri olarak göze çarpan marka ihlalinin nitelik ve büyüklüğünün yapılacak hesaplamada dikkate alınacak olması da isabetlidir⁴⁷⁸. Nitekim markanın taklidinin kullanılması ile karıştırma ihtimaline yol açacak şekilde kullanımının ihlal niteliği bakımından farklı olduğu açıktır ve aynı kefiye konularak hesaplama yapılması hakkaniyete aykırılık teşkil eder. Madde metninde sayılan bu faktörler, örnek niteliğinde olup seçilen hesaplama yöntemi ve somut olayın özelliklerine göre hesaplama yapılırken dikkat edilmesi gereken kriterler çeşitlendirilebilecektir⁴⁷⁹. Bu anlamda marka, markanın kullanımı, marka hakkı sahibi ve mütecevizin tutumları hesaplamada göz önünde bulundurulması gereken unsurlardır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 200.

⁴⁷⁶ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 199.

⁴⁷⁷ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 200-201.

⁴⁷⁸ Fatma Özer, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Genel Bir Değerlendirmesi", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 128, 2017, s. 137.

⁴⁷⁹ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 205.

⁴⁸⁰ Veli Kargın, "Sınai Mülkiyet Hakları ve Tazminat", *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006-4, s. 95.

Yoksun kalınan kazancın artırımı şartları varsa mümkündür. Öyle ki SMK m. 151/4'te de ifade edildiği üzere maddede sayılan değerlendirme usullerinden marka hakkı sahibinin muhtemel gelirini baz alan hesaplama yöntemi veyahut mütecavizin markayı kullanması ile elde ettiği net kazancın dikkate alındığı hesap yöntemleri seçilmek kaydıyla mahkeme, ürüne ilişkin talebin oluşmasında marka hakkının belirleyici etken olduğuna kanaat getirirse yapılan hesaplama hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verir. Bunun için markayı taşıyan mal satışı veya hizmet sunumunda markanın ekonomik bakımdan önemli katkısı bulunmalıdır⁴⁸¹. Öyle ki o ürün tüketicilerce ihlal konusu markayı taşıdığı için alınıyor veya o markaya duyulan güven vb. taklit markalı ürünün mütecaviz tarafından piyasada çokça tercih edilmesine imkan sağlıyorsa bu durumda markanın ekonomik etkisi yadsınamaz. Örneğin tanınmış markaların ekonomik değeri oldukça yüksektir⁴⁸². Denkleştirme amacına yönelik bu artırımın somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirlenmesi önem arz eder.

Madde metninde artırım imkanının yalnızca ilk iki hesap yöntemi için öngörülüp lisans sözleşmesi olsa idi lisans bedelinin baz alınacağı yöntemin kapsam dışında bırakılması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁴⁸³. Kanımızca da böyle bir ayrıma gidilmiş olması hakkaniyete uygun düşmediğinden yerinde değildir. Nitekim farazi olarak marka hakkı sahibi ile mütecaviz arasında yapılmış bir lisans sözleşmesinde lisans bedeline dayanan hesaplama yönteminde de markanın ekonomik değerinin önemli olması hâlinde uygun bir pay eklenmesi mümkün olabilmelidir.

2.5.1.2. Marka İhlalinde Bulunanın Kendi Markasını da Kullanmasının Etkisi

Ticari hayatın olağan akışı düşünüldüğünde ticari faaliyetlerle uğraşan ve marka ihlalinde bulunan kişinin aynı zamanda kendine ait markasının da bulunması mümkündür. Bu hâlde ihlale konu ettiği marka ile kendi markasını aynı anda kullanması durumunda fiili tecavüzü değiştirmese de zarara etkisi bakımından özellik arz edecektir⁴⁸⁴. Nitekim mütecavizin kendi markasını da taklit marka ile birlikte kullanması hâlinde markası altında üretim ve satışı yapılan ürünler için kârının artma olasılığı bulunur. Dolayısıyla zarar hesabında bu hususun da göz önünde bulundurulması

⁴⁸¹ Uygun bir payın eklenmesi ile yoksun kalınan kazancın artırımını mümkün kılan hükmün gereksiz olduğu; nitekim markanın ekonomik değerinin zaten yoksun kalınan kazancın hesabında dikkate alındığı; bu nedenle de böyle bir artırım yapılmasının mükerrer bir hesaplama yaratacağı yönünde bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 246.

⁴⁸² Yoksun kalınan kazanca, markanın ekonomik etkisine göre eklenebilecek uygun payın dolayısıyla yoksun kalınan kazançta artırımın yalnızca tanınmış markalar için mümkün olabileceği yönünde bkz. Dirikkan, *a.g.e.*, s. 308.

⁴⁸³ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 206-207.

⁴⁸⁴ Güneş, *a.g.e.*, s. 384-385.

gerekecek ve belgelerle kâr artışı doğrulanabiliyor ise tazminat hesaplanmasında dikkate alınması faydalı olacaktır.

2.5.2. Manevi Tazminat

Marka hakkı ihlal edilen hak sahibinin tecavüz nedeniyle kişilik haklarının zedelenmesi hâlinde bu manevi zararı karşılamak üzere manevi tazminata hükmedilmesi mümkündür. Esasen mamelekî haklar olmayıp kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ihtiva eden manevi bütünlük üzerindeki kişilik haklarına örnek olarak kişinin ismi, resmi, şerefi ve itibarı verilebilir⁴⁸⁵.

İhlal nedeni ile marka hakkı sahibinin ticari hayattaki imajının zedelenmesi, ona duyulan güvenin sarsılması, ihlal nedeni ile yaşadığı fiziksel ve psikolojik sıkıntılar kişilik haklarının zedelenmesi sonucunu doğurur⁴⁸⁶. Örneğin marka, marka hakkı sahibinin ad ve soyadını ihtiva ediyorsa üçüncü kişi tarafından ticari hayatta haksız kullanımı hâlinde onun itibarının da zarar görmesi kuvvetle muhtemeldir. Ancak manevi tazminatın yalnızca bununla sınırlı olduğu düşünülmemelidir. Marka hakkı sahibinin tecavüz sonucu çektiği elem, acı ve ızdırabın bir nebze olsun hafifletilmesini sağlamayı amaçlayan manevi tazminat için her somut olayın kendi şartları içinde ayrıca değerlendirilerek orantılılık ilkesi de gözetilerek karar verilmesi gerekir⁴⁸⁷.

Manevi tazminat çoğu zaman itibar tazminatı ile iç içe geçse de itibar tazminatı, markanın itibarının zarar görmesi hâlinde söz konusu iken manevi tazminat bizzat marka hakkı sahibinin itibarının, kişilik haklarının tecavüz nedeniyle zarara uğramasını ifade eder. Somut olayın özelliklerine göre bir arada bulunmaları ve ikisine de hükmedilmesi de mümkündür. Nitekim çoğu zaman marka imajında meydana gelen tahribat, marka hakkı sahibinin bizzat manevi ticari varlığında da hasara neden olmaktadır. Ancak marka hakkına tecavüzde bulunulması, her zaman marka hakkı sahibinin de kişilik haklarının zedelendiği ve dolayısıyla manevi tazminata hükmedilmesinin gerektiği anlamına

⁴⁸⁵ Jale G. Akipek vd., *Türk Medenî Hukuku - Kişiler Hukuku Başlangıç Hükümleri*, C. I, 11. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 346-347.

⁴⁸⁶ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 382.

⁴⁸⁷ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararında da şu şekilde "...Hükmedilecek bu para zarara uğrayanda manevi huzuru gerçekleştirecek ve tazminata benzer bir fonksiyonu da olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. Zarar görenin zenginleşmemesi, zarar sorumlusunun da fakirleşmemesi gerekmektedir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut hâlde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır." yer verildiği üzere manevi tazminat, bir ceza olmayıp mal varlığında yaşanan zararın da karşılanması amacıyla hizmet etmez. Yargıtay 11. HD., E. 2012/8581 K. 2014/726 ve 14.01.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 18.10.2021).

gelmez⁴⁸⁸. Hâkimin somut olayda manevi tazminat sorumluluğu için gerekli koşulların sağlandığı noktasında kanaat getirmesi gerekir⁴⁸⁹.

2.5.3. İtibar Tazminatı

Ticari faaliyetlerle iştigal eden kişilerin markaları ile piyasada tanınması, işletmeleri ile markanın özdeşleştirilmesi olağandır. Dolayısıyla marka hakkı sahibinin markası altında piyasada yer alan mal veya hizmetleri ile elde ettiği bir marka itibarı bulunur. Marka itibarı, markanın özellikle tüketici kitle ve tüketici olmayan üçüncü kişiler üzerindeki imajı olarak tanımlanabilir⁴⁹⁰. Marka imajı ise mal veya hizmete ait çağrışımların anlamlı şekilde bir araya gelmesi ile oluşan değerler bütününü ifade eder⁴⁹¹. Sadece görselliği ifade etmeyen bunun yanı sıra birçok unsurun bileşimi şeklinde ortaya çıkan marka imajı, kısa bir zaman diliminde değil aksine uzun sürede, çeşitli faaliyetler (reklam, kalite arttırmaya yönelik yatırımlar vb.) neticesinde oluşabilmektedir⁴⁹².

Marka hakkına tecavüz edilmesi hâlinde marka itibarının zedelenmesi hatta kaybolması tehlikesi ile karşı karşıya gelinebilir. Örneğin taklit markalı ürün olduğunu fark etmeksizin tanıdığı bir markaya güvenerek bir ürünü satın alan tüketicinin, ürünün bozuk, hatalı veya bildiği kaliten uzak çıkması hâlinde asıl markaya duyduğu güven sarsılacaktır. Dolayısıyla marka, müşteri nazarında kötü imaj çizecek, itibarı zedelenecek ve bunun sonucunda da ortaya itibar zararı çıkacaktır. Bu bağlamda SMK m. 150/2 uyarınca marka hakkına tecavüz hâlinde hakka konu teşkil eden ürün veya hizmetin müteceviz tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi durumunda, bunların temini veya piyasaya sürümü sonucunda marka itibarı zarara uğrarsa ayrıca tazminat istenebilir. Madde metninde de fark edileceği üzere kanun koyucu “ayrıca” ibaresini bilinçli şekilde kullanarak itibar tazminatının ne maddi ne de manevi tazminatın bir türü

⁴⁸⁸ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 219.

⁴⁸⁹ Bununla birlikte uygulamada salt tecavüz fiillerinin bulunması dolayısıyla marka hakkı ihlalinin sabit olması, manevi tazminata hükmedilebilmesi için Yargıtay tarafından yeterli kabul edilmektedir. Örneğin Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2007 tarihli bir kararında, manevi tazminat koşulları oluşmadığından manevi tazminat isteminin reddine yönelik verilen ilk derece mahkemesi kararının şu gerekçe ile bozulmasına karar vermiştir: “...*Dava haksız rekabet ve markaya tecavüz nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, mahkemece markaya tecavüzün varlığı kabul edilmiştir. Bu durumda mahkemece 556 sayılı KHK'nin 62/1-b maddesi uyarınca manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken anılan hüküm gözden kaçırılarak şartları oluşmadığından bahisle manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.*” Yargıtay 11. HD., E. 2006/7934 K. 2007/10510 ve 09.07.2007 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 26.08.2021). Ancak Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı ve içtihatları hatalıdır. Nitekim her marka hakkına tecavüz fiili aynı zamanda marka hakkı sahibinin itibarının zedelenmesine, kişilik haklarının zarara uğramasına neden olmayıp ve dolayısıyla manevi tazminata hükmedilmesini gerektirmeyebilir. Bu yönde bkz. Çolak, *a.g.e.*, s. 814-815.

⁴⁹⁰ Meran, *a.g.e.*, s. 539.

⁴⁹¹ Alizada, *a.g.e.*, s. 5.

⁴⁹² Alizada, *a.g.e.*, s. 10.

olduğunu; ayrı bir kalemi ifade ettiğini; onlarla birlikte istenebileceği gibi bağımsız talep edilmesinin de mümkün olduğunu vurgulamaktadır⁴⁹³.

Markaya tecavüz hâlinde markanın kötü ya da uygun olmayan şekilde kullanılması hâlinde ne anlaşılması gerektiği ortaya konmalıdır. Öyle ki salt markanın karıştırılma ihtimaline yol açacak şekilde kullanılmış olması, itibar tazminatına hükmedilmeyi gerektirmeyebilir. Bunun için ihlal konusu marka öyle kullanılmalıdır ki marka imajı zedelenmeli, markaya duyulan güven azalmalı ve dolayısıyla hedef tüketici kitlesinin markaya yönelik çekim gücünde azalma meydana gelmelidir. Örneğin taklit marka, tescilli marka ile aynı mal sınıfına dahil bir ürün üzerine yerleştirilmiş ancak üretim şekli, malzeme, modeli vb. faktörlerden kaynaklı olarak orijinal ürüne kalite olarak çok uzak bir ürün ise bunun piyasada marka itibarını zedeleyeceği açıktır.

Kötü ve uygun olmayan şekilde kullanımın neleri ihtiva ettiği SMK'da açıkça ifade edilmese de bu kavramların uygulamada geniş şekilde yorumlanması gerektiği de belirtilmelidir⁴⁹⁴. Örneğin markanın ürün portföyü dışında cinsel içerikte kullanılması veya kalitesi düşük ürünler ile aynı tanıtımda yer alması, markanın itibarını zedeleyici niteliktedir⁴⁹⁵. Bununla birlikte talep hâlinde itibar zedelenmesi hususunun her somut olayın özelliklerine göre ayrıca ele alınması gerektiği de hatırlatılmalıdır⁴⁹⁶.

Ayrıca kişisel kullanıma yönelik olarak kötü şekilde kullanma, itibar tazminatına hükmedilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Nitekim ticari amaçla değil kişisel ihtiyaçtan dolayı markanın tükenmesi ilkesi gereğince markayı taşıyan ürün, piyasaya sürülmekle marka hakkı tükendiğinden sonraki kullanım kötü olsa da müdahale söz konusu olamaz.

⁴⁹³ Aydın, F., *a.g.m.*, s. 568.; Erdil, *a.g.e.*, s. 305.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 300.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 505. Bununla birlikte doktrinde itibar tazminatının hukuki niteliği, hangi tazminat türüne dahil olduğu veya ayrı bir tazminat türü olup olmadığı konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre kanun koyucu tarafından itibar tazminatı için kanunda ayrıca ifadesine yer verilmesi ayrı bir tazminat türü yaratmak amacı ihtiva etmez. Dolayısıyla itibar tazminatının maddi ve manevi tazminat kalemlerinden ayrı nitelendirilmesi doğru olmaz. Bkz. Çağlar, *Marka Hukuku*, s. 131. Diğer bir görüşe göre itibar tazminatı fiili zarar olarak nitelendirilmeli ve maddi tazminata dahil olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Arkan, *Ticari İşletme*, s. 340. Buna karşılık başka bir görüşe göre ise marka hakkına tecavüz ile aslen marka hakkı sahibinin ticari itibarı zarar görebileceğinden itibar tazminatı ancak manevi tazminatın bir türü olabilir. Bu nedenle ayrıca itibar tazminatına hükmetmek aşkın, mükerrer bir tazminat yaratır. Bkz. Çolak, *a.g.e.*, s. 818-822.

⁴⁹⁴ Alizada, *a.g.e.*, s. 101.

⁴⁹⁵ Bilge Aytuğar ve Sultan Küçük, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hakkına Tecavülden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2020, s. 116.

⁴⁹⁶ Nitekim Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 4. Dairesi Louis Vuitton v. Haute Diggity Dog kararı bu konuda her haksız kullanımın itibar zedelenmesi sonucunu doğurmayacağına örnek niteliğindedir. Somut uyumsuzlukta pahalı çanta ve türevi ürünleri ile ünlü Louis Vuitton markasının "Chewy Vuiton" markası ve çanta şeklindeki taklidinin davalı tarafından köpeklerin kullanımına yönelik köpek çığneme oyuncağında kullanıldığı ve bunun davacı markasının itibarını zedeleyici niteliği nedeniyle zararının tazmini talepli davada mahkeme, ürünün taklit kabul edilebilmesi için orijinaline yakın olması gerektiği ancak burada gülünç bir taklit olduğu; davacı marka ürünleri ile köpek oyuncağının karışmayacağı; kimsenin bu ünlü markanın köpek oyuncağlarında kullanıldığını düşünmeyeceği bu nedenle de davacı itibarının zedelenmediği ekseninde hükmünü inşa etmiştir. Bkz. Onur Hasbay, "Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi Dördüncü Daire'nin Louis Vuitton Malletier S.A, Haute Diggity Dog, LLC Kararı", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 16, 2017, ss. 141-160.

Örneğin tanınmış bir markaya ait lüks bir otomobile LPG taktırmak isteyen tüketicinin bu fiili, itibar tazminatı sonucunu doğurmayacaktır⁴⁹⁷.

Marka itibarının yalnızca tanınmış markalar için mevzu bahis olduğu yanlışlığına düşülmemelidir⁴⁹⁸. Zira tanınmış olsun ya da olmasın piyasada var olan her markanın bir itibarı bulunur. Bu nedenle tanınmışlık vasfını taşımasa da tecavüz nedeniyle itibarının zedelenmesi ve dolayısıyla itibar tazminatı talep edilebilmesi mümkündür. Tanınmışlık ancak takdir edilecek itibar tazminatı miktarı bakımından rol oynayabilecektir.

İtibar tazminatı miktarı tayin edilirken net bir hesap yöntemi mümkün olmayıp hâkimin somut olayın özelliklerine göre yapacağı değerlendirmeler neticesinde uygun bir tazminata hükmetmesi beklenir. Her ne kadar SMK'da itibar tazminatı hesabında hangi kriterlerin esas alınacağı belirtilmemiş olsa da tazminat miktarının tayini açısından şu hususların göz önünde bulundurulması önem arz eder: Markanın ekonomik değeri, markanın piyasada bulunduğu konum itibarıyla sahip olduğu tanınmışlık düzeyi ve itibar kazandırma için yapılan reklam harcamaları, markanın hitap ettiği tüketici kitlesi, markanın itibarından kaynaklı elde edilen gelirin tüm gelir içindeki dağılımı, ortalama pazarlama maliyetleri, ihlal sonucu meydana gelen satış azalma oranı, mütecavizin ihlal konusu marka ile elde ettiği kâr, tecavüzün vuku bulunduğu coğrafi alan ile markanın hedef tüketici kitlesinin büyük kısmının bulunduğu alanın aynı olup olmadığı, hak sahibinin tecavüz nedeniyle marka itibarını kurtarmak üzere katlandığı masraflar⁴⁹⁹. Bununla birlikte tazminatın üst sınırı zarar miktarı olduğundan hâkim, bunu aşmayacak şekilde hakkaniyete göre tazminatı takdir etmelidir⁵⁰⁰. Dolayısıyla kural olarak zararı aşacak oranda tazminata hükmedilemez⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Alizada, *a.g.e.*, s. 104. Bununla birlikte 2020 yılında medyaya yansıyan haberlerden hatırlanabileceği üzere İstanbul Beyoğlu'nda bir kişinin kendine ait lüks otomobili Lamborghini'nin bagajında karpuz sattığı sansasyonel olayda, trafik polislerince 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu Ek Madde 1 uyarınca "*araçların tescil edildikleri amacın dışında kullanılması*" hükmüne istinaden idari para cezası uygulanmış ve araç trafikten men edilmişti. Peki kişinin bu fiilinin ünlü İtalyan otomobil markası Lamborghini'nin itibarını zedeleyici nitelikte olduğundan bahisle firmanın bu kişiye tazminat davası açması mümkün olabilecek midir? Kanımızca tükenme ilkesi bu olayda da işleyecek ve ürünü satın alan tüketicinin sonraki kullanımından dolayı marka sahibi, itibar tazminatı talebinde bulunamayacaktır.

⁴⁹⁸ Erol, *a.g.e.*, s. 56.; Güneş, *a.g.e.*, s. 393.; Karabıyık, *a.g.e.*, s. 113.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 508.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 217. Buna karşılık itibar tazminatının yalnızca tanınmış markalar için söz konusu olabileceğini savunan aksi yöndeki görüş için bkz. Çolak, *a.g.e.*, s. 820.; Dirikkan, *a.g.e.*, s. 309.; Kaya, A., *a.g.e.*, s. 299-300. İtibar tazminatının ne salt tanınmış markalar için ne de tüm markalar için öngörüldüğü fikirlerine katılan başka bir görüşe göre ise SMK m. 150/2'de yer verilen itibar tazminatının tüm markalar için düzenlenmiş olmadığı; yapılacak lafzi yorum sonucu itibar kelimesinin sıradan markalar için kullanılmış olamayacağı; toplumda bilinmeyen, tanınmayan belli bir kalite ve güven imajı oluşturmeyen markaların itibarının ispatının güçlük taşıdığı da göz önünde bulundurulduğunda itibar tazminatı, tüm markalar için değil bulunduğu piyasada tanınır hâle gelmiş ve müşterilerin güvenini kazanmış markalar için uygulanması gerekmektedir. bkz. Alizada, *a.g.e.*, s. 117-118.

⁴⁹⁹ Alizada, *a.g.e.*, s. 132.

⁵⁰⁰ Çolak, *a.g.e.*, s. 772.

⁵⁰¹ Kural tazminatın belirlenmesinde zararın üst sınır olması ise de bu hususta Türk Hukuku'nda birtakım istisnalar da bulunmaktadır. Dolayısıyla bazı hâllerde zarardan fazla tazminata hükmedilebilir. Zararı gidermekten çok caydırıcılık

SMK’da yer verilen maddi, manevi ve itibar tazminatlarının koşulları varsa hepsinin bir somut olay bakımından birlikte talep edilebilmesi ve hâkimin de kanaat getirmesi hâlinde tümüne yönelik karar vermesi mümkündür⁵⁰². Tazminat taleplerinin yığılması olarak nitelendirilen bu durum, örneğin marka hakkı sahibinin ad ve soyadını içeren markasının izinsiz olarak haksız şekilde kalitesiz ve kötü olarak üretilip piyasaya sunulması ve bundan kâr elde edilmesi hâlinde maddi, manevi ve itibar tazminatlarının hepsine birden hükmedilebileceği bir olayda vuku bulabilir.

2.6. MARKA HAKKI SAHİBİNİN İLERİ SÜREBİLECEĞİ DİĞER TALEPLER

2.6.1. Ürünlere El Koyma ve Mülkiyet Hakkı Tanınması

SMK m. 149/1-d’ye göre marka hakkı sahibi “*Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması*” nı talep edebilir. Bunun hemen devamındaki bentte ise marka sahibinin el konulan bu ürün, cihaz ve makineler için kendine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Talebin mahkemece kabul edilmesi durumunda bu ürün cihaz ve makinelerin değerinin “*maddi tazminat*” bedelinden mahsup edilmesi gerekir⁵⁰³.

Maddede ifade edildiği üzere cihaz, makine gibi araçlara el konulabilmesinin temel şartı bunların doğrudan doğruya marka ihlali unsuru olan malların üretiminde kullanılmış olmasıdır. O hâlde üretim tesisinde yer alan ancak bu malların üretiminde

amacına hizmet eden ve “*özel hukuk cezaları*” olarak adlandırılan bu hâller ve ayrıntılı bilgi için bkz. Orhan Sekmen, “Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi”, *Istanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 2, 2015, s. 67-106.

⁵⁰² Alizada, *a.g.e.*, s. 86.

⁵⁰³ Aydın, *S.*, *a.g.e.*, s. 89.; Ege, *a.g.e.*, s. 106.; Erdil, *a.g.e.*, s. 301.; Karabıyık, *a.g.e.*, s. 116.; Karabulut, *a.g.e.*, s. 103.; Meran, *a.g.e.*, s. 542.; Özeroğlu, *a.g.e.*, s. 235.; Söyler, *a.g.e.*, s. 122.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 509.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 221.; Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 431.; Üzer, *a.g.e.*, s. 117-118.; Yıldız, *a.g.e.*, s. 89. Bu konuda doktrinde bir görüşe göre ise marka hakkı sahibine ürün, cihaz ve makineler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması durumunda bu değer tazminat bedelinden düşürülmesi gerektiğine ilişkin hüküm, ancak tazminat talepli davalarda böyle bir mülkiyet hakkı tanınmasının mümkün olabileceği gibi yanlış yorumlamalara sebebiyet verebileceğinden eleştirilmekte ve eksik kaleme alındığı savunulmaktadır. Aynı görüşe göre daraltıcı yorum ile madde metninde geçen tazminatı “maddi tazminat” a indirmek de hatalıdır. Nitekim tazminat talebi olmadığı hâllerde dahi marka hakkı sahibi el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilmelidir. Bkz. Çağlar vd. *a.g.e.*, s. 332. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin 2014 tarihli kararı bu eleştiriler hususunda emsal niteliktedir. Somut uyuşmazlıkta mahkeme, davanın maddi tazminat talepli olmadığından davacıya el konulan ürünlerde mülkiyet hakkı tanınmayacağı yönünde hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararını, şu gerekçeler ile “...marka hakkı tecavüze uğrayan marka hakkı sahibi, el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir, bu durumda söz konusu ürünlerin değeri tazminat miktarından düşülür, bu değer kabul edilen tazminat miktarını aştığında marka sahibinin fazlayı karşı tarafa ödemesi gerekir. Davacı tarafından bu davada maddi tazminat talep edilmediğine göre mahkemece el konulan ürünlerin değerinin bilirkişi marifeti ile belirlenerek bu bedelin davacı tarafından davalıya ödenmesi şartı ile el konulan ürünler üzerinde davacıya mülkiyet hakkı tanınmasına karar verilmesi gerekirken madde metni yanlış yorumlanarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir. bozmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2013/11483 K. 2014/1098 ve 20.01.2014 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.10.2021).

kullanılmayan araçlara el konulamamasında şüphe yoktur. Ancak bir araç hem ihlal konusu ürünlerin üretiminde hem de başka ürünlerin üretiminde kullanılıyor olabilir. Bu durumda araçlara el koyma, diğer ürünlerin üretimini engelleyeceğinden bunlara el konulamayacağı yönünde görüşler olsa da bir araç taklit markalı ürünün üretiminde kullanılıyor ise başka malların da üretiminde kullanılması ehemmiyet teşkil etmez ve bunlara el konulması gerekir⁵⁰⁴. Gerçekten de aksinin kabulü SMK m. 149/1-d hükmünü anlamsız ve işlemez kılacak niteliktedir. Nitekim taklit markalı ürünü fabrikasındaki makinelerde üreten müteceviz, yüksek ihtimalle kendi markasını taşıyan ürünleri de aynı makinelerle imal etmektedir. Bu gerekçe ile araçlara el konulamayacağının kabulü, amaçsal yoruma aykırılık teşkil eder.

2.6.2. Ürün veya Araçların İmhasını Talep Etme

Tecavüzün devamının önlenmesi açısından SMK m. 149/1- (d) ve (e) bentlerinde ifade edilen el konulan ürün, cihaz ve makineler üzerinden markaların silinmesi, gerekirse şekillerinin değiştirilmesi masraflar mütecevize ait olmak üzere gerçekleştirilebilir. Ancak bu yollar da mümkün değilse tecavüzün önlenmesi için son çare olarak bu ürün, cihaz ve makinelerin imhası talep edilebilir. Tecavüzün önlenmesi başka bir yol ile mümkün olabilecekse dolayısıyla imhadan beklenen fayda markanın silinmesi, malın şeklinin değiştirilmesi, iş evrakının kullanılmaması gibi başka bir tedbir ile de sağlanabilecekse imha talebi olsa dahi mahkeme somut olayın özelliklerine göre imhaya karar vermeyebilir⁵⁰⁵. Zira imha yolu, mütecevizin cezalandırılması amacına yönelik olmayıp yalnızca tecavüzün önlenmesi ve caydırıcılık için öngörülmüştür.

Son çare olarak imhaya başvuru hâllerde oranlılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁰⁶. O hâlde taklit marka ürünün bir parçasında veya eklentisinde yer alıyor ve bunun imhası tecavüzün önlenmesi için yeterli ise ürünün tümünün değil yalnızca o parçanın imha edilmesi daha doğru olacaktır. Örneğin müzik aletleri üretim ve satışı ile iştigal eden bir işletme tarafından ürünler üzerinde haksız olarak tescilli bir enstrüman markasına yer verildiği varsayımında taklit marka, kemanda değil de yalnız arşede yer alıyorsa bu hâlde ürünlerin imhası gündeme geldiğinde, keman üzerinde marka ve onu çağrıştıracak herhangi bir ibare yer almadığı sürece, yalnız arşenin imha edilmesi orantılılık ilkesine daha uygun düşecektir.

⁵⁰⁴ Ege, *a.g.e.*, s. 105. Aksi görüş olarak ihlal konusu markalı mallarla birlikte başka malların da üretiminde kullanılan araçlara el konulmaması gerektiği yönünde bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 236.

⁵⁰⁵ Ege, *a.g.e.*, s. 107.; Meran, *a.g.e.*, s. 542-543.; Karabiyik, *a.g.e.*, s. 119.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 510.

⁵⁰⁶ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 238.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 222.

SMK m. 149/1-f uyarınca tecavüzün devamının önlemek üzere gerekli tedbirlerin alınabileceği hüküm altına alınmıştır. Özellikle el konulan ürün ve araçların şeklinin değiştirilmesi, üzerindeki markaların silinmesi veya marka hakkı için kaçınılmaz ise imhası vurgulanmakla birlikte maddedeki sayım örnek kabilinde olup somut olayın özelliklerine göre başkaca tedbirlere karar verilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmelidir⁵⁰⁷.

2.6.3. Hükümün İlanını veya İlgililere Tebliğini Talep Etme

Marka hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler arasında; haklı bir sebebi veya menfaati bulunuyor ise SMK m. 149/1-g'ye göre kesinleşmiş kararın, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere gazete vb. kitle iletişim araçları vasıtası ile tam metin veya özet olarak ilanını veyahut ilgililere tebliğini talep edebileceği yer alır⁵⁰⁸. Marka hakkı sahibinin davasında haklı çıkması sonucu tecavüzün sabit olduğu durumda eğer marka tanınmış ise dava kamuoyunda yankı uyandırmış; rakip firmalarca kullanılmış olabilir. İşte bu hâlde marka hakkı sahibinin hükümün ilanı veya tebliğinde menfaati bulunduğu söylenebilir. Gerçekten de hak sahibinin bundan sonraki ticari faaliyetleri açısından da önem teşkil edecek bu hususu duyurmak ve bilinmesini istemek, onun en doğal hakkıdır.

Madde metninde örnek niteliğinde sayılan yayın organları çoğaltılabileceğinden örneğin marka ihlalinin internet yoluyla gerçekleştirildiği durumlarda hükümün, ihlalin yapıldığı internet sitesinde yayımlanabileceğinin de kabulü gerekir⁵⁰⁹.

Bu talep hakkı, SMK'da “sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibinin ileri sürebileceği talepler” başlığı altında yer alsa da kararın ilanı ve tebliği talebinin yalnızca marka hakkı sahibi için değil davalı taraf bakımından da mümkün olduğunun kabulü gerekir⁵¹⁰. Nitekim davanın reddedilmesi hâlinde fiili tecavüz teşkil etmeyen davalı, ticari hayatta olumsuzluklarla karşılaşmamak için kararın ilanını veya tebliğini isteyebilmelidir. Madde metninde de talep için haklı bir sebep veya menfaat arandığı

⁵⁰⁷ Özer, *a.g.m.*, s. 136.

⁵⁰⁸ Uygulamada genellikle hükümün özetinin, Türkiye çapında yayın yapan en yüksek tirajlı (karar kesinleşme tarihi itibarıyla) üç gazeteden birinde yahut tirajı 50.000 TL üzeri bir gazetede ilanına karar verilmektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2018/4420 K. 2019/5690 ve 23.09.2019 tarihli kararı.; Yargıtay 11. HD., E. 2015/4960 K. 2015/13551 ve 16.12.2015 tarihli kararı.; Yargıtay 11. HD., E. 2009/6103 K. 2010/12879 ve 13.12.2010 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.10.2021).

⁵⁰⁹ Rüzgâr, *a.g.e.*, s. 251.

⁵¹⁰ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 250.; Aydın, S., *a.g.e.*, s. 108.; Çetinkaya, *a.g.e.*, s. 91.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 222.

hususlu göz önünde bulundurulursa davalıya da böyle bir imkan tanımak hakkaniyetin bir gereğidir.

2.7. KULLANIM KANITI SAVUNMASI

Marka hakkı sahibi, tescil ettirdiği markasını tescil kapsamındaki mal veya hizmetler için ticaret hayatında etkin şekilde kullanmalıdır. Aksinin kabulü sicili kullanılmayan markalar deposu, çöplüğü hâline getirir⁵¹¹. Bu da kullanılmayan markanın, ticaret hayatında bu markayı kullanmak isteyen üçüncü kişinin olası kullanımının engellenmesine neden olur. Nitekim markasını tescil ettirerek tescil korumasından faydalanmak isteyen marka sahibinin de bu markayı piyasada kullanması beklenir. SMK'nın markanın kullanılması başlıklı 9. maddesinde de bu husus şu ifadeler ile “*Tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde haklı bir sebep olmadan tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından Türkiye’de ciddi biçimde kullanılmayan ya da kullanımına beş yıl kesintisiz ara verilen markanın iptaline karar verilir.*” vurgulanmıştır⁵¹². Marka hakkı sahibine markayı kullanması için tanınan bu 5 yıllık süre, doktrinde “*hoşgörü süresi*” olarak da adlandırılmaktadır⁵¹³. Hoşgörü süresi, söz konusu markanın tescil tarihi itibarıyla başlayacaktır⁵¹⁴.

Kullanım kanıtı savunmasının dayanağı SMK m. 19/2 hükmüdür. Bu hükme göre “*6 ncı maddenin birinci fıkrası kapsamında yapılan itirazlarda, itiraz gerekçesi markanın itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinde Türkiye’de en az beş yıldır tescilli olması şartıyla, başvuru sahibinin talebi üzerine itiraz sahibinden, itiraza konu başvurunun başvuru veya rüçhan tarihinden önceki beş yıllık süre içinde itiraz gerekçesi markasını itirazına dayanak gösterdiği mal veya hizmetler bakımından Türkiye’de ciddi biçimde kullanmakta olduğuna ya da kullanmamaya dair haklı sebepleri olduğuna ilişkin delil sunması talep edilir. İtiraz sahibi tarafından bu hususların ispatlanamaması durumunda itiraz reddedilir. İtiraz gerekçesi markanın, tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin sadece bir kısmı için kullanıldığıının ispatlanması hâlinde itiraz, sadece kullanımı ispatlanan mal veya hizmetler esas alınarak*

⁵¹¹ Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2015.

⁵¹² SMK m. 26 düzenlemesine göre markanın kullanılmaması neticesinde iptaline karar verecek makam TÜRKPATENT’ tir. Böylece bir markanın idari kararlarla iptali mümkün hâle gelmiştir. Ancak Kurum, SMK Geçici m. 4 uyarınca SMK yayım tarihinden itibaren yedi yıl sonra dolayısıyla 10.01.2024’ten itibaren bu yetkisini kullanabilecektir. Bu süreçte ise iptal kararları mahkeme eliyle yürütülmeye devam edecektir.

⁵¹³ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 459.

⁵¹⁴ Gizem Çoşğun, *Sinai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 54-56.

incelenir.”⁵¹⁵. SMK m. 29/2’de “19 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü tecavüz davalarında def’i olarak ileri sürülebilir. Bu durumda kullanıma ilişkin beş yıllık sürenin belirlenmesinde dava tarihi esas alınır” şeklindeki ifadeler ile kullanım kanıtının düzenlendiği hükme atıf yapılmıştır.

Bununla birlikte SMK Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 29 ve m. 30’da da kullanımın ispatı ve ispat hâllerinde sunulacak deliller açıklanmıştır. TÜRKPATENT tarafından 2017 yılında kullanım kanıtı ispatına yönelik olarak bir kılavuz da yayımlanmış bulunmaktadır⁵¹⁶. Kılavuz ile kullanım ispatına ilişkin uygulama koşulları ve kurallarının çerçevesi çizilerek esasların ve kriterlerin ortaya konulmasının amaçlandığı söylenebilir.

Tescil edildiği hâlde kullanılmayan markalar için kanun koyucu, SMK 6/1 kapsamında yapılan tescil başvurusuna ilişkin itirazlarda, hükümsüzlük veya tecavüz davalarında davalının kullanım kanıtı savunmasını kullanabilmesini öngörmüştür⁵¹⁷. SMK m. 29/2’de m. 19/2’ye yapılan gönderme sebebiyle marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan davada tecavüz fiilini gerçekleştirdiği iddia edilen kişi, marka hakkı sahibinin markasını beş yılı aşkın süredir tescilli olmasına rağmen en az beş yıldır kullanmadığını ve bu nedenle de tecavüz iddiasında bulunamayacağını “*kullanım kanıtı savunması*” adı altında ileri sürebilir⁵¹⁸. Bu hâlde marka hakkı sahibi, markasını dava tarihinden önceki beş yıl içinde etkin şekilde kullandığını ispat edemezse marka hakkına dayalı olarak açtığı tecavüz davası da reddedilecektir. Böylece marka hakkı sahibi, artık bu kişinin kullanımını engelleyemeyecek ve marka hakkından doğan hak ve yetkilerini ona karşı iddiasına mesnet fiilin tecavüz yarattığı gerekçesiyle ileri süremeyecektir. Önemi mahiyetiyle belirtilmelidir ki tecavüz iddiasında bulunulan kişi, tecavüz davasında kullanım kanıtını def’i olarak ileri sürmelidir. Yoksa hâkimin re’sen markanın kullanılıp kullanılmadığını araştırmak gibi bir yükümlülüğü yoktur.

⁵¹⁵ Türk Hukukunda kullanım kanıtı savunması, SMK ile mevzuatımıza girmiş olsa da Avrupa Birliği hukukunda yıllardır yer alan ve uygulanagelen müesseseler arasında yer alır. Öyle ki 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 42/2’de düzenlenen kullanım kanıtı, son olarak 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 47/2’de de aynı ifadelerle yer alarak varlığını muhafaza etmektedir.

⁵¹⁶ TÜRKPATENT tarafından 2017 yılında yayımlanan “Kullanım İspatı Kılavuzu” na ulaşmak için bkz. <https://www.turkpatent.gov.tr/TURKPATENT/resources/temp/B4609CED-66A9-4096-A33A-DA99A1A0DE04.pdf> (Erişim Tarihi: 02.10.2021).

⁵¹⁷ Marka hakkı sahibinin SMK m. 25/7 uyarınca üçüncü kişiye ait tescilli bir marka aleyhinde açtığı hükümsüzlük davalarında da kullanım kanıtı savunmasının davalı tarafından def’i olarak ileri sürülebilmesi mümkündür. Bununla birlikte çalışmamızın konusunun esas itibarıyla marka hakkının ihlali ile sınırlı olması münasebetiyle kullanım kanıtı savunmasının bu kısımda marka tecavüz davaları ekseninde incelenmesi yeterli görülmektedir. Bu nedenle kullanım kanıtı savunmasının ayrıca hükümsüzlük davalarındaki görünümüne yer verilmeyecektir.

⁵¹⁸ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 223.

Mülga 556 sayılı KHK'nın markanın kullanılmasını düzenleyen 14. maddesinde "markanın ciddi kullanımı" şartına yer verilmezken SMK'da kullanımın ciddi olmasının gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda ciddi kullanım kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulmasında fayda vardır. Hangi tür kullanımların ciddi kullanım kabul edileceği yönünde mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. İlgili Yargıtay kararları ve doktrin ışığında bu konuda belli başlı bazı kriterler belirlenmiştir. Markanın işlevlerine uygun biçimde özellikle ayırt edicilik bakımından mal veya hizmetlerin piyasada o marka altında bilinirliğini sağlayacak şekilde kullanılması, ciddi kullanım olarak addedilebilir⁵¹⁹. Ciddi kullanım, markanın tanınarak diğer mal veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlayacak şekilde ve yoğunlukta piyasada var olması ve piyasayı etkilemesi hâlinde mümkündür⁵²⁰. Markanın işlevine uygun şekilde fiilen kullanılması gerekir. Aksi hâlde salt tescilli markanın korunmasının getirdiği haklardan faydalanmak adına markayı tescil ettiren ancak ticaret hayatında kullanmayan kişinin bu sembolik kullanımı ciddi kullanım olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla yalnızca iptal veya def'i yaptırımından kaçmak için markanın göstermelik kullanımı, marka hukuku nazarında kullanım olarak addedilemez⁵²¹. Bu anlamda yalnızca birkaç irsaliye veya faturanın ibrazı da kullanma için yeterli görülmemeli ve ciddi kullanımın olup olmadığı araştırılmalıdır⁵²².

Kullanımın ciddi olup olmadığı tespit edilirken kullanımın cinsi, kullanım süresi, sınırları ve coğrafi alanı gibi objektif kriterler göz önünde bulundurularak her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilme yapılmalıdır⁵²³. Belirtilmelidir ki kullanım miktarı bu tespit yapılırken yeterli kabul edilebilecek bir kriter değildir. Nitekim gıda sektöründe 100 sakız satışı, ticari konum elde etmek için ciddi bir kullanım sayılmayabilecekken 3 yılda tersanede inşası tamamlanan bir askeri deniz aracının satışı, gemi inşaatı ve satışı sektöründe markanın kullanımı için ciddi kullanım olarak kabulü mümkün olabilir.

Madde metninde ifade edildiği üzere kullanım, Türkiye sınırları içinde olmalıdır⁵²⁴. Başka ifade ile markayı taşıyan mal veya hizmetler Türkiye'deki tüketicilere

⁵¹⁹ Tekinalp, *a.g.e.*, s. 460.

⁵²⁰ Bozbel, *a.g.e.*, s. 436.

⁵²¹ Cahit Suluk, *Fikri Mülkiyet Yazıları I – Mütalaalarım (2001-2020)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 346.

⁵²² Erdil, *a.g.e.*, s. 162.

⁵²³ Georg Erbs – Max Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, 236. Auflage, C.H. Beck, München 2021, § 26, Rn. 13-14; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 201.

⁵²⁴ SMK m. 9/2-b uyarınca "Markanın sadece ihracat amacıyla mal veya ambalajlarında kullanılması" da bu kapsamda değerlendirilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus söz konusu markanın mal veya ambalaj üzerine daha ihraç edilmeden Türkiye'de konulmuş olmasıdır. Aksi takdirde markanın kullanılmadığının kabulü gerekir. Bu yönde bkz. Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 90. Buna paralel olarak 2017/1001 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 18'e göre de marka, mallar henüz ihraç edilmeden AB sınırları içinde mal veya ambalaja konulmalıdır. Bu konuda aksi görüş olarak ise markalamanın

hitap edecek şekilde arz edilmelidir. Madde metninde zikredilen markanın Türkiye’de kullanılması gerekliliği, marka sahibinin izniyle örneğin lisans sözleşmesi ile gerçekleştirilen kullanımlarda da geçerlidir⁵²⁵.

Markanın kullanımı tespit edilirken tescilli olduğu mal veya hizmetlerde kullanımı hususu önem teşkil eder. Nitekim tescil ve tescilin sağladığı hukuki koruma, o marka için belli mal veya hizmetler özelinde gerçekleşir. Dolayısıyla marka, tescil edildiği, piyasaya sunulmuş veya sunulmak üzere olan mal veya hizmetlerde kullanılmalıdır⁵²⁶.

Marka hakkı sahibinin markayı kullanma hakkını lisans sözleşmesi veya tek satıcılık sözleşmesi gibi hukuki ilişkilerle bir başkasına devrettiği ve markanın bu kişilerce kullanıldığı durumlarda da markanın kullanılıp kullanılmadığına ilişkin şüphe duyulmamalıdır⁵²⁷. Nitekim sicilde hak sahibi olan kişi markayı bizzat kullanmasa da onun izniyle üçüncü kişiler tarafından marka ticari hayatta kullanılmaktadır. Bu hâlde markanın bu kişiler tarafından ticari hayatta ciddi biçimde kullanıldığının ispatı gerekir⁵²⁸. Ayrıca marka hakkı sahibinin markayı bir ortaklığa sermaye olarak getirmesi hâlinde de markanın şirket tarafından kullanımı, markanın kullanılması anlamına gelir⁵²⁹.

Marka kural olarak tescil edildiği biçimde kullanılmalıdır. Ancak markanın ayırt edici karakteri zedelenmediği sürece tescil edildiği biçimden farklı şekilde de kullanımı mümkündür⁵³⁰. Dolayısıyla farklı unsurlarla örneğin markayı oluşturan işarete birtakım eklemeler yapılması, tescil edildiği renkten farklı bir renkte markanın ambalajlarda kullanılması gibi markanın değiştirilerek ticaret hayatında yer alması da kullanım

mutlaka Türkiye’de yapılmasının gerekmediği; nitekim bu kısıtlamanın hükmün lafzı ve ruhundan yorum ile çıkarılamayacağı; böyle bir kabulün güncel ekonomik gereksinimler ile de bağdaşmadığı; pazarın yurt dışında olduğu durumlarda, markalamanın Türkiye’de yapılması şartının aranmasının marka hakkı sahibine kolaylık tanıyan bu hükmü baltalayacağı yönünde bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2031-2032.

⁵²⁵ Çoşğun, *a.g.e.*, s. 51.

⁵²⁶ Elanur Tamer, *Marka Hukukunda Kullanım İspatı*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2021, s. 37.

⁵²⁷ Çoşğun, *a.g.e.*, s. 47-48.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2033.

⁵²⁸ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2011 tarihli konuya ilişkin verdiği bir kararında, lisans alan tarafından markanın ciddi şekilde kullanımının ispatının salt lisans faturalarının ibrazı ile mümkün olmadığını ayrıca lisans alanların kullanımına ilişkin markanın kapsadığı emtia ve hizmetlerle örtüşen delillerin gerektiğinden bahisle ilk derece mahkemesi kararının davacı yararına bozulmasına karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2009/7782 K. 2011/7040 ve 09.06.2011 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 03.10.2021).

⁵²⁹ Doktrinde bu konuda ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği; markanın hak sahibince bir ortaklığa sermaye olarak getirildiği durumda şirketin markayı kullanmasının marka sahibinin kullanması sayılacağı; kullanma hakkının sermaye olarak getirildiği hâllerde ise şirketin markayı kullanmasının, marka hakkı sahibinin izni ile gerçekleştiğinden böyle bir kullanımda şirketin hak sahibinin izni ile markayı kullanan kişi konumunda olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Yasaman vd. *a.g.e.*, s. 2034-2035.

⁵³⁰ Bozbel, *a.g.e.*, s. 437.; Çağlar vd. *a.g.e.*, s. 89.; İsmail Kayar, *Ticaret Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 187-188.; Kurt, Z. E., *a.g.e.*, s. 157-158.; Taner Savaş - Murat Saygın, *Marka Tescil Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 225.

kapsamında değerlendirilir. Meğerki yapılan değişiklik sonucu ilgili tüketici kitlesi nezdinde markanın ayırt edici karakteri değişime uğrasın. Esasen kaynağını Paris Sözleşmesi m. 5/C/2’den alan bu düzenleme ile hak sahibine zaman içinde şartlara uygun olarak markasını farklı unsurlarla kullanarak rakiplerince bu markaların tescilini engelleme ve markasını modernize etme imkanı tanınmaktadır⁵³¹. Bu konuda ABAD’ın 2020 tarihli “*Juvederm*” kararı emsal niteliktedir⁵³². Söz konusu karara göre mahkeme, markanın tescil edildiği şeklinden farklı olarak esas unsurun yanına şekil veya kelime itibarıyla eklenen “*ultra*”, “*voluma*” gibi tali unsurların malın niteliğini ifade ettiğini, markanın ayırt edici karakterini değiştirmediğini belirterek markanın beş yıldır kullanılmadığı gerekçesi ile açılan iptal davasının reddine karar vermiştir. Gerçekten de markanın tescil edildiği hâlden farklı olarak esas unsurları değiştirilmeden ve ayırt edici karakterine hâle getirilmeksizin bazı ufak ekleme veya çıkarmalarla piyasada yer almasında bir sakınca bulunmamaktadır. Nitekim bu değişikliklere rağmen ayırt edicilik işlevini yerine getiren bir markanın ticari hayatta kullanımı mümkün olmalıdır.

Kullanım İspatı Kılavuzuna göre bir marka ihlal davasında kullanım kanıtı savunması ile karşılaşan marka hakkı sahibi için üzerinde tarih, mal veya hizmetin yazılı olduğu resmi evrak sayılan faturalar bu anlamda kullanımın ispatına ilişkin güçlü delillerdendir. Bunun dışında kataloglar, ürün listeleri ve fiyat listeleri davada ancak yardımcı deliller olarak sunulabilir. Nitekim bunlar etkin kullanımı kesin olarak ispat edecek niteliği haiz değildirler. Ürün ve ambalaj görselleri, reklam ve promosyon çalışmaları da kullanıma ilişkin sunulabilecek kanıtlar arasında yer alırken markanın kullanıldığı ürün veya hizmete ilişkin alınan kalite ve başarı ödülleri de destekleyici nitelikte delil olarak sunulabilir. İnternet üzerinden yapılan satışlarda ilgili sitenin

⁵³¹ Yasaman vd. *a.g.e.*, s. 2027.

⁵³² Buna göre 2008 yılında EUIPO nezdinde Allergan Holdings France SAS tarafından namlendirici ve kırışıklık azaltıcı cilt bakım ürünü olarak tescil edilen Juvederm markasının 2016 yılında Dermavita Co. Ltd Şirketi tarafından kesintisiz beş yıl boyunca kullanılmadığı iddiası ile EUIPO’ya başvurulmuştur. Marka sahibinin sunduğu fatura, ürün ve ambalaj görselleri gibi kanıtlar ile markanın ciddi şekilde tescilli olduğu mal veya hizmetlerde kullanıldığına kanaat getiren EUIPO İptal Birimi, iptal talebini reddetmiştir. Kararı temyiz etmek isteyen davacının temyiz talebinin reddi üzerine, markanın tescil edildiği mallar için ve tescil edildiği biçimde kullanılmadığı iddiaları ile uyuşmazlık ABAD önüne taşınmıştır. Mahkeme, markanın tescil edildiği mallar için kullanıldığını, kullanımının markaya şekil itibarıyla veyahut bazı tali unsurlar eklenmesi suretiyle ayırt edici karakterinin zedelenmediğini, nitekim 207/2009 sayılı AB Marka Tüzüğü m. 15 gereğince markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılmasının markanın kullanılması olarak kabul edileceğini vurgulayarak davacının iptal talebini reddetmiştir. [Avrupa Birliği Adalet Divanının Case- T-104/19 sayılı ve 25.06.2020 tarihli *Dermavita v. EUIPO- Allergan Holdings France (JUVEDERM)* kararı]. Kararın tam metnine ulaşmak için bkz. <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=227781&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=11332137> (Erişim Tarihi: 10.10.2021).

görselleri de mal veya hizmet ile doğrudan bağlantı kurulması kaydıyla delil olarak kullanılabilir⁵³³.

Fiili veya hukuki engellerden kaynaklı olarak markanın marka hakkı sahibi tarafından kullanılmaması durumunda ise ortada haklı bir sebep bulunur. Bu hâlde marka hakkı sahibi, markasını beş yıldır kullanmadığına ilişkin yapılan savunmaya karşı kullanımını ispatla mükellef değildir. Yalnızca haklı sebebin ortaya konulması yeterlidir. Belirtilmelidir ki markanın kullanımına engel teşkil eden haklı sebep, marka hakkı sahibinin kendi iradesinden kaynaklanmamalı ve ona isnat edilememeli başka bir deyişle subjektif değil objektif imkansızlık olmalıdır⁵³⁴. Bu anlamda haklı sebep olarak savaş, ambargo, sel, deprem gibi marka hakkı sahibinin kusurlarından kaynaklanmayan hâllerde haklı sebebin varlığı konusunda kuşku bulunmazken marka hakkı sahibinin maddi durumunun bozulması veya iflası gibi kendinden kaynaklı nedenlerle markasını ticari hayatta kullanamaması hâlleri haklı sebep olarak kabul edilemez⁵³⁵. Ancak genel ekonomik kriz nedeni ile meydana gelen bir iflasta marka hakkı sahibinin gerekli tüm özeni göstermesine rağmen iflas engellenememiş ise hakkaniyet gereğince iflasın haklı neden olarak kabulü gerekir.

Önemi mahiyetiyle burada şu husus belirtilmelidir ki yukarıda da ifade edildiği üzere SMK 10 Ocak 2017 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Ancak markanın kullanım yükümlülüğünü düzenleyen maddelerin yürürlük tarihi hakkında kanunda açıklık bulunmadığından doktrinde bu konuda bazı görüş ayrılıklarının oluşması da kaçınılmaz olmuştur. Nitekim mülga 556 sayılı KHK m. 14’te düzenlenen markanın kullanılmaması hâlinde iptalini öngören hüküm, ancak kanun ile düzenlenebilecek hükmün KHK ile düzenlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile 06.01.2017 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁵³⁶.

SMK’nın yürürlük tarihinden sonra açılan davalar için geçmişe etkili olabileceğine dair bir hüküm bulunmadığından beş yıllık sürenin hesabında kanunun

⁵³³ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 200.

⁵³⁴ İmirlioğlu, *a.g.e.*, s. 192.; Sami Karahan, “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybı İlkesi -Karar Tahlili-”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 21, S. 1, 2001, s. 282.; Şahin Sipahioğlu, *a.g.e.*, s. 155.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 158.

⁵³⁵ Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2001 tarihli konuya ilişkin verdiği bir kararda, marka sahibi şirketin iflas etmesinin markayı kullanmamama için haklı neden oluşturup oluşturmadığı kilit noktasında toplanan uyuşmazlıkta, mali durumun kötüleşmesinin uzantısı olarak marka sahibi şirketin iflasının kullanmama için haklı neden teşkil etmeyeceğini vurgulamıştır. Yargıtay 11. HD., E. 2001/844 K. 2001/3429 ve 09.04.2001 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 11.10.2021).

⁵³⁶ Söz konusu AYM, E. 2016/148 K. 2016/189 sayılı ve 14.12.2016 tarihli iptal kararı 06.01.2017 tarih ve 29940 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yürürlüğünden itibaren hesaplama yapılması gerektiği, kanunların geçmişe etkili olmasının hukuk güvenliği ile bağdaşmadığı dolayısıyla 10.01.2022 tarihine kadar beş yıl süre ile kullanılmayan markaların iptalinin mümkün olmadığı veya hükümsüzlük ve tecavüz davalarında def'i olarak ileri sürülemeyeceği, bununla birlikte yürürlük tarihinden önce açılmış ve fakat kesinleşmiş kararı bulunmayan davaların da mesnetsiz kaldığından reddinin gerektiği yönünde görüş bildiren yazarlar bulunmaktadır⁵³⁷. Aksi görüş ise SMK'nın yürürlüğe girdiği an derhal uygulanabileceği ve bu nedenle derdest veya yeni açılan davalar için en az beş yıldır tescilli markanın yine beş yıldır kesintisiz kullanılmadığının hesabında geriye dönük olarak kullanılmamış olmasının aranması gerektiğini savunmaktadır⁵³⁸. Böylece örneğin 2019 tarihinde açılmış bulunan marka hakkına tecavüz davasında davalı, SMK düzenlemesi ile 2020 yılı itibarıyla davacının 2014 yılından beri tescilli markasını beş yıldır Türkiye'de ciddi biçimde kullanmadığını iddia edebilir ve bunu def'i olarak ileri sürebilir. Nitekim ikinci görüş daha isabetli olup hükmün amacı değerlendirildiğinde yapılacak gai yorum ekseninde 2022 yılının beklenmesi, markanın kullanılmamasına ve dolayısıyla kullanım kanıtı savunmasına bağlanan hukuki sonuçtan fayda sağlanamaması sonucunu doğuracaktır ki bu durum kanun koyucunun iradesi ile de örtüşmeyecektir.

2.8. MARKA HAKKINA TECAVÜZ OLMADIĞININ TESPİTİ DAVASI

Markanın kullanımı, üçüncü kişi tarafından da kullanımının marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğinin belirlenmesi için dava konusu edilebilir. Öyle ki bir işaret ile ticari hayatta faaliyet gösterecek, yatırım yapacak bir kişi daha sonra mütecaviz konumuna düşmemek ve ticari hayatta daha sağlam adımlar atabilmek adına kullanımının, marka sahibinin marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğinin belirlenmesini, mahkemeden isteyebilir. Nitekim ekonomik büyümede makroekonomik faktörlerin yanı sıra sınai mülkiyet haklarının da rolü yadsınamaz⁵³⁹. Bu nedenle ticari hayatta önünü görerek ilerlemek isteyen kişi için kullanımının başka birinin tescilli hakkını ihlal edip etmediğini bilmesi önemlidir.

⁵³⁷ Arslan, *a.g.e.*, s. 141.; Hayrettin Çağlar, "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m. 14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, Y. 2017, S. 1, s. 12-13.

⁵³⁸ Çolak, *a.g.e.*, s. 998.

⁵³⁹ Güneş, *a.g.e.*, s. 395.

Marka hakkına tecavüz olmadığının tespiti davası “*menfi tespit*” davası niteliği taşır⁵⁴⁰. Belirtilmelidir ki bu menfi tespit davası, marka başvurusu sahibi olan kişiye karşı açılmaz⁵⁴¹. Ortada tescilli bir marka bulunmalıdır.

Kişinin giriştiği veya girişeceği sınai faaliyetlerde öngörülebilirlik açısından başvurduğu bu yola SMK m. 154’e göre “*menfaati olan herkes*” başvurabilir. Burada “*menfaati olan herkes*” ifadesinden anlaşılması gereken ise Türkiye’de iştirak ettiği veya edeceği sınai veya ticari faaliyetlerde kullandığı veya kullanacağı işareti, başkasının marka hakkını ihlal edip etmediğini önceden öğrenerek buna göre hareket etmeyi planlayan kişidir⁵⁴².

Sürekli bir dava tehdidi altında bulunmak istemeyen menfaat sahibi, öncelikle marka sahibinden kullanımının onun marka haklarına zarar verip vermediği, eylemlerinin tecavüz niteliğinde olup olmadığı yönünde görüş bildirmesini isteyebilir⁵⁴³. Bu talebin tebliğinden itibaren bir ay içinde cevapsız bırakılması veya verilen cevabın menfaat sahibince kabul edilmemesi hâllerinde, menfaat sahibi kullanımının tecavüz teşkil edip etmediğinin tespitini mahkemeden dava yolu ile talep edebilir. İfade edilmelidir ki kanunun lafzına göre marka hakkı sahibinden talep edilebilecek görüş; “görüş bildirmesini isteyebilir” şeklinde ifade edildiğine göre marka hakkı sahibine yapılacak bildirim dava şartı olmayıp ihtiyaridir⁵⁴⁴.

SMK m. 154/2’ye göre marka hakkına tecavüz olmadığının tespiti davası, daha sonra hak kayıplarının yaşanmaması adına Marka Sicilinde kayıtlı olan bütün hak sahiplerine tebliğ edilir.

Belirtilmelidir ki markanın hükümsüzlüğü davası ile de açılacak bu davayı, kendisine karşı marka tecavüz davası açılmış bulunan kişi açamayacağı gibi talebin karşı dava olarak ileri sürülmesi de mümkün değildir⁵⁴⁵. Nitekim hâlihazırda fiillerinin marka hakkına tecavüz olduğunun iddia edildiği bir dava mevcut ve bu husus zaten davada ele

⁵⁴⁰ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 322.; Çolak, *a.g.e.*, s. 895.; Erol, *a.g.e.*, s. 47.; Karabulut, *a.g.e.*, s. 95.; Karasu vd., *a.g.e.*, s. 378.; Şahan, *a.g.e.*, s. 68.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 513. Bununla birlikte usul hukuku anlamında bir menfi tespit davasının varlığı için öncelikle bir hukuki ilişkinin varlığının iddia edilmiş olmasının gerektiği ancak burada henüz tecavüz iddiası bulunmadığından tecavüzün mevcut olmadığına dair davanın tam olarak bir menfi tespit davası olarak addedilemeyeceği yönünde bkz. Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 233.

⁵⁴¹ Karasu vd., *a.g.e.*, s. 378.

⁵⁴² Karasu vd., *a.g.e.*, s. 378.

⁵⁴³ Mülga 556 sayılı KHK m. 74’te bu görüş bildirimimin noter aracılığı ile yapılması öngörülmüştü. Bu nedenle de uygulamada Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan kişiler için sorun teşkil etmekteydi. Uluslararası tebliğlerde prosedürü uzatan bu yoldan vazgeçilerek mülga 556 sayılı KHK’nın aksine SMK’da bildirim şeklinin belirtilmemiş olması yerinde olmuştur.

⁵⁴⁴ Güneş, *a.g.e.*, s. 396.; Özer, *a.g.m.*, s. 138.; Selma Çetiner - Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 193.

⁵⁴⁵ Güneş, *a.g.e.*, s. 396.; Meran, *a.g.e.*, s. 516.; Mıntaş, *a.g.e.*, s. 149.; Özeroğlu, *a.g.e.*, s. 215.; Yıldız, *a.g.e.*, s. 76.

alınacakken kişinin marka hakkına tecavüz olmadığına tespiti davasını açmakta menfaati bulunduğu söylenemez.

2.9. MARKA İHLALİ DAVALARINDA ZAMANAŞIMI

Taraflarca ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen dikkate alınmayan ancak def'i olarak ileri sürüldüğünde inceleme konusu yapılacak zamanaşımı, marka ihlal hâllerinde de hakkın ileri sürülmesi bakımından daha sonra hak kayıplarının yaşanmaması adına önem teşkil eder.

Marka hakkı sahibi, tescilli markası ile tecavüz fiillerine karşı geniş korumaya sahip olmakla birlikte marka ihlali hâlinde haklarını ileri sürebilmesi, sınırsız süreli olmayıp bunun için zamanaşımı öngörülmüştür. Öyleyse marka hakkı sahibi belirlenen süre içinde haklarını ileri sürmezse üçüncü kişinin fiili tecavüz niteliğinde olsa dahi tescilli marka hakkından doğan hak ve yetkilerini kullanamayacak böylece taleplerine ulaşamayacaktır.

SMK m. 157'ye göre marka hakkından doğan özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda TBK'nın zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Madde metninde yapılan atıf doğrultusunda, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde zamanaşımının düzenlendiği TBK m. 72'ye göre haksız fiil nedeni ile zarar gören kimsenin tazminat istemi, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her hâlükârda fiilden itibaren on yıl içinde zamanaşımına uğrar. TBK m. 146'ya göre ise kanunda aksi bulunmuyor ise genel zamanaşımı olarak her alacak, on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. O hâlde SMK m. 149 kapsamına marka hakkı sahibinin tecavüz hâlinde mahkemeden talep edebileceği; örneğin marka hakkına tecavüzün tespiti davası, marka hakkına tecavüz fiillerinin durdurulması davası, ürünlere ve bunların üretiminde kullanılan makine ve cihazlara el konmasını talep etme (ihlal konusu oluşturmayan ürünlerin üretimini etkilemeyecek şekilde), el konulanlar üzerinde kendine mülkiyet hakkı tanınması gibi taleplerini marka hakkına tecavüzü ve mütecevizi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve tecavüz fiilinin gerçekleştirildiği tarihten itibaren on yıl içinde ileri sürmelidir⁵⁴⁶. Ancak belirtilmelidir ki tecavüz fiilleri süregelerek devam ettiği sürece marka sahibinin tecavüzden kaynaklı talepleri zamanaşımına uğramaz⁵⁴⁷. O hâlde henüz tecavüzün devam ettiği örneğin, tecavüz fiillerinin durdurulmasında davacı için zamanaşımı süresi işlemeyeceğinden

⁵⁴⁶ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 257.

⁵⁴⁷ Çolak, *a.g.e.*, s. 827.; Ege, *a.g.e.*, s. 109.; İsmail Kayar, *Ticari İşletme Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 253.; Kale, *a.g.e.*, s. 124.; Meran, *a.g.e.*, s. 561.; Özel, *a.g.e.*, s. 197-198.

fiiller devam ettiği sürece talep hakkı baki olup ancak tecavüz fiilleri sona erdiğinden itibaren zamanaşımı işlemeye başlar.

Bununla birlikte marka hakkına muhtemel tecavüzün önlenmesi davası da doğası gereği zamanaşımına uygun değildir. Nitekim bu hâlde mevcut değil muhtemel bir tecavüz söz konusu olduğundan marka hakkı sahibinin tecavüzü ve mütecavizi öğrendiği tarih ve dolayısıyla bu tarihten itibaren işleyecek zamanaşımından bahsetmek söz konusu olmayacaktır. Tazminat talepleri bakımından ise zararın ve mütecavizin öğrenildiği tarihten itibaren işleyecek genel zamanaşımı hükümleri dikkate alınacaktır⁵⁴⁸. Ancak ceza kanunlarında tecavüz fiili itibarıyla daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş ise bu süre uygulama alanı bulacaktır.

Ayrıca zamanaşımı bir def'i olduğundan taraflarca ileri sürülmedikçe hâkim tarafından re'sen inceleme konusu yapılmayacağı da tekrar vurgulanmalıdır⁵⁴⁹.

2.10. SESSİZ KALMA YOLUYLA HAK KAYBI

Marka hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan sessiz kalma yoluyla hak kaybı, ihlal kapsamında en genel ifade ile tescilli marka hakkı ihlale uğrayan hak sahibinin, mütecavize karşı uzun bir süre tecavüzden kaynaklı herhangi bir hakkını kullanmayarak; bir talepte bulunmayarak sessiz kalması sonucu, bir süre sonra istese de bunları ileri sürememesi, talep haklarını kaybetmesi anlamına gelir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2020 tarihli bir kararında sessiz kalma yoluyla hak kaybı, şu ifadeler ile tanımlanmıştır: “...*Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, önceki hak sahibinin, hakka konu ticari ad ve işareti iyi niyetli bir şekilde kullanan kişiye karşı dava açma hakkını uzun süre kullanmaması ve ihlallere sessiz kalarak ticari ad ve işareti koruma hakkını yitirmesi demektir. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin temeli 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2. Maddesine dayanmaktadır...Ticari ad ve işaretin sahibi haklı bir sebep olmaksızın hakkını uzun süre kullanmayarak bundan sonra da kullanmayacağı yönünde bir kanaat oluşturmuşsa artık bu hakkını kullanamaması gerekir.*”⁵⁵⁰.

Bu ilkeye kaynaklık eden 2015 tarihli 2015/2436 sayılı AB Yönergesi'nin 9. maddesine göre marka hakkı sahibi, kesintisiz 5 yıl boyunca markanın üçüncü kişi tarafından kullanıldığını biliyor ve buna rağmen sessiz kalıyor ise sonraki tescil kötü

⁵⁴⁸ Kale, *a.g.e.*, s. 124.; Şahin Sipahioğlu, *a.g.e.*, s. 164.

⁵⁴⁹ Meran, *a.g.e.*, s. 561.; Söyler, *a.g.e.*, s. 152-153.

⁵⁵⁰ Yargıtay HGK., E. 2017/27, K. 2020/225 sayılı ve 26.02.2020 tarihli kararı. Benzer ifadelere yer veren yakın tarihli kararlar için bkz. Yargıtay HGK., E. 2020/532, K. 2020/1011 sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararı.; İstanbul BAM, 44. HD., E. 2020/247, K. 2021/68 sayılı ve 21.01.2021 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.10.2021).

niyetli olmadıkça kendi tescilli markasını hükümsüzlük nedeni olarak ileri süremez. Mülga 556 sayılı KHK'da yer bulmamasına rağmen TMK m. 2 (dürüstlük kuralları) çerçevesinde uygulanagelen sessiz kalma yoluyla hak kaybı, SMK m. 25/6'da da Yönerge'deki mehzaz hükme benzer ifadelerle düzenlenmiştir⁵⁵¹. İlgili madde metninde yalnızca hükümsüzlükten bahsedilmesi nedeniyle aslında ilkenin en yaygın kullanım alanı olan marka hakkına tecavüz konusunun kapsamda zikredilmemesinin eksik bir hüküm yarattığı açıktır. Bu ilkenin düzenlendiği hükümde tecavüz davalarına yer verilmemiş olmasının bilinçli bir tercih olup olmadığı kesin olarak belirlenememekle birlikte kanun koyucunun, marka tecavüz davalarında hâkimin bu süre ve koşullar ile bağlı kalmayarak her somut olaya göre sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin sınırlarını tayin etmesi için özgür alan bırakmayı amaçlamış olabileceği söylenebilir. Ancak bu konuda normatif düzenleme bulunmasa da Yargıtay yerleşik içtihatlarında istikrarlı şekilde tecavüz davalarında da sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesini uygulamaktadır⁵⁵². Bununla birlikte yargı kararları arasındaki çelişkinin ortadan kaldırılması ve böylece uygulamada yeknesaklık sağlanması açısından bu hükmün tecavüz davalarını da kapsayacak nitelikte genişletilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Sessiz kalma yolu ile hak kaybından söz edebilmek için önceki tarihli bir markanın mevcudiyeti, bu markanın üçüncü kişi tarafından kötü niyet olmaksızın kullanımı ve marka hakkı sahibinin kullanımdan haberdar olduğu hâlde uzun bir süre boyunca sessiz kalmış olması gerekir. Marka hakkı sahibi bu kullanımı bilmiyor ancak bilmesi gerekiyor ise de ilke uygulama alanı bulacaktır⁵⁵³. Burada marka hakkı sahibinin sonraki iyi niyetli tescile ve kullanıma uzun süre sessiz ve hareketsiz kalarak göz yumması hâlinde tolerans gösterdiği başka bir ifade ile zımnî icazet vermiş olduğu kabul edilir.

⁵⁵¹ Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, mülga 556 sayılı KHK'da yer almasa da TMK m. 2'ye dayanarak buna yönelik hükümlerin tesis edildiği sayısız Yargıtay kararı bulunmaktadır. Mülga KHK döneminde normatif düzenleme bulunmamasına rağmen dürüstlük kuralları uyarınca sessiz kalma yoluyla hak kaybına ilişkin verilen ilk derece mahkemesi kararında da bu husus şu ifadeler ile "...*Sessiz kalma yoluyla hak kaybı 556 sayılı KHK'da bulunmamakta, bu müessese Yargıtay ve öğretide kabul edilmektedir. TTK'da 'sessiz kalma yoluyla hak kaybı' açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte kaynağını TMK'nın 2. maddesinden almaktadır...Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de KHK'da böyle bir düzenleme yer almasa da TMK m. 2 kapsamında somut olayın özelliklerine göre belli bir zamanın geçmesi hâlinde sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleştiğini ve bu şekilde açılan davanın kötü niyetli olduğunu kabul etmektedir...*" vurgulanmıştır. [İstanbul 2. Fikri ve Smaî Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/318, K. 2019/303 sayılı ve 19.07.2019 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.10.2021)].

⁵⁵² Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2007/2115 K. 2008/3713 ve 24.03.2008 tarihli kararı.; Yargıtay 11. HD., E. 2015/9054 K. 2016/6752 ve 17.06.2016 tarihli kararı.; Yargıtay 11. HD., E. 2019/3811 K. 2020/3459 ve 06.07.2020 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

⁵⁵³ Şahin Sipahioğlu, *a.g.e.*, s. 172.

İfade edilmelidir ki marka hakkı sahibi, sessiz kalma yolu ile ancak ihlal karşısında sessiz kalınan üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği yasaklama, engelleme vb. taleplerini teşkil eden haklarını kaybetmiş olacak bununla birlikte markası üzerindeki diğer hakları devam edecektir⁵⁵⁴.

Sessiz kalma yolu ile hak kaybında korunan asıl menfaat, iyiniyetli markayı uzunca süre ticaret hayatında kullanan, piyasada marka ile bilinen, bunun için uzun zaman, emek ve para harcayan, çeşitli yatırımlar yapan iyiniyetli sonraki tarihli tescilli marka sahibinin sürekli bir dava tehdidi altında bulunmasını engellemektir. Üçüncü kişinin hukuken korunmaya layık görülmüş bir menfaati söz konusudur. Bu anlamda çok uzun süre geçtikten sonra dava açılması, menfaatler dengesini zedeler⁵⁵⁵. Öyle ki markasının üçüncü kişi tarafından kullanıldığını bildiği hâlde uzun süre sessiz kalan kişi, daha sonra marka ihlalden doğan haklarını bu kişiye karşı ileri sürmeye kalkarsa dürüstlüğü aykırı bu davranışının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı açıktır. Bunun kabulü, marka hakkı sahibinden ne zaman geleceği belli olmayan, ihlalden kaynaklı taleplerin ileri sürülmesi sonucu iyiniyetli tescilli marka sahibinin yıllardır oluşturduğu ticari imajının yıkılarak sarf ettiği emek ile geldiği konumun bir anda yerle yeksan edilmesi anlamına gelir ki hukuk düzeni hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hiçbir suretle korumaz. Nitekim uzun süre sessiz kalarak karşı tarafta güven tesis ettikten sonra tam tersi şekilde davranan marka hakkı sahibinin bu davranışı, “*çelişkili davranma yasağı*” (*venire contra factum proprium*) kapsamında değerlendirilerek hukuk düzenince korunmayacaktır⁵⁵⁶.

Üçüncü kişinin iyi niyetli olması da sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin uygulanabilmesi için kilit rol oynar. Burada iyi niyetten kasıt, üçüncü kişinin kullandığı markanın daha önceden başkası adına tescilli olduğunu ve bu nedenle kendi kullanımının bir ihlal teşkil ettiğini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasıdır. Ayrıca asıl olan iyi niyet olduğundan üçüncü kişi, kullanımının iyi niyetli olup olmadığını ispatla yükümlü olmayıp karşı tarafın kötü niyetli olduğunu ileri süren davacı, iddiasını ispatla mükelleftir⁵⁵⁷.

Sessiz kalmadan anlaşılması gereken marka hakkı sahibinin ihlali bilmesine rağmen uzun bir müddet dava açmamasıdır. Ancak marka hakkı sahibinin ihtarname

⁵⁵⁴ Şahin Sipahioğlu, *a.g.e.*, s. 180.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2559.

⁵⁵⁵ Yurtoğlu Can, *a.g.e.*, s. 68.

⁵⁵⁶ Pekdiğer, *a.g.e.*, s. 407.

⁵⁵⁷ Çolak, *a.g.e.*, s. 887.; Özkan, *a.g.e.*, s. 13.

göndermesinin bu süreyi kesintiye uğratıp uğratmayacağı başka ifade ile ihtarnamenin sessiz kalmayı etkileyip etkilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre üçüncü kişiye kullanımı nedeni ile bu süre içinde salt ihtarname gönderilmiş olması anlam ifade etmez; marka hakkı sahibinin ihtarname sonrası dava da açması gerekir⁵⁵⁸. Aksi görüşe göre ise gönderilen ihtarname süreyi kesintiye uğratır; marka hakkı sahibinin ihtarname göndermesi sessiz kalmadığı anlamına gelir⁵⁵⁹. Kanaatimizce marka hakkı sahibinin markayı kullanan üçüncü kişiye salt ihtarname göndermesi, sessiz kalmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Ancak gönderilen ihtarnameler ile sessiz kalınan sürenin kesintiye uğradığı kabul edilmeli ve bununla birlikte marka hakkı sahibinin ihtarnameyi takip eden makul bir süre içinde dava açması gerektiği ifade edilmelidir. Bu anlamda marka hakkı sahibinin ihtarname gönderiminin her somut olayın özelliklerine göre ayrıca değerlendirilmesi gerektiğinden marka hakkı sahibinin ihtardan sonra da uzun süre sessiz kalmaya devam edip etmediği göz önünde bulundurularak bir karar verilmesi daha doğru olacaktır.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı Yargıtay kararları doğrultusunda bir def'i değil itiraz sebebi olarak ileri sürülebileceğinden mahkemenin bu ilkeyi re'sen dikkate alması gerektiğinin de altı çizilmelidir⁵⁶⁰. Ancak doktrindeki aksi görüşe göre sessiz kalma yoluyla hak kaybı def'i olarak ileri sürülmelidir⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ Çolak, *a.g.e.*, s. 874.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2562-2563. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuya ilişkin yakın tarihli bir kararında “...Önceki hak sahibi, ticari ad ve işaretin bir başkası tarafından ticaret unvanı olarak tescil edilmesine veya kullanılmasına sessiz kalmayarak dava yoluna başvurursa artık sessiz kalma sebebiyle hak kaybı söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte önceki hak sahibi dava yoluna başvurmadan önce ihtarname göndermesi de sessiz kalmadığı anlamına gelmelidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, uzun süre boyunca, belli aralıklarla sadece ihtarname gönderen fakat dava açmayan ve ihtarname dışında unvanın kullanılmasını için herhangi bir girişimde bulunmayan önceki hak sahibinin sessiz kalmadığını ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. O hâlde kullanımın daha fazla devamını istemeyen önceki hak sahibi, bu arzusunu açıklayan bir ihtarname göndermiş ise de makul bir süre içinde bu iradesini dava yoluyla da göstermelidir...” diyerek bu noktaya dikkat çekmiştir. Yargıtay HGK., E. 2020/532, K. 2020/1011 sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.10.2021). Aynı doğrultuda: Yargıtay HGK., E. 2017/1127, K. 2020/225 sayılı ve 26.02.2020 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2020/155, K. 2020/4405 sayılı ve 26.10.2020 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2019/681, K. 2019/7447 sayılı ve 25.11.2019 tarihli kararı için bkz. Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 2563-2564.

⁵⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında “...Dava marka hakkına tecavüz iddiasına dayalı olup mahkemece, davacının davalının kullanımına sessiz kaldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş ise de sessiz kalma yoluyla hak kaybindan söz edilebilmesi için karşı tarafın kullanımının bilindiği hâlde hareketsiz kalınması gerekir. Oysa somut uyuşmazlıkta davacı hem 2004 yılında hem de 2008 yılında çekmiş olduğu ihtarnameler ile markasının kullanılmasını istediğine göre sessiz kalma yoluyla hak kaybindan söz edilemeyecektir...” şeklindeki gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararının davacı yararına bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 11. HD., E. 2013/7691 K. 2013/22370 ve 09.12.2013 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 05.10.2021).

⁵⁶⁰ Nitekim Yargıtay HGK da 2020 tarihli bir kararında bu hususu vurgulamaktadır. Karara göre “...Hemen belirtilmelidir ki; hem sessiz kalma nedeniyle hem de çelişkili davranış nedeniyle dava açılmayacağı yönündeki savunma bir def'i olmayıp itirazdır. Zira hem sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesinin hem de önceki eylemiyle çelişkili davranma yasağının dayanağı TMK'nin 2. maddesi olduğuna göre, dava açılması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve bu durum dava dosyasından ortaya konabiliyorsa sessiz kalma yoluyla hak kaybı ve çelişkili davranış bir itiraz olarak kabul edilip hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Keza TMK'nin 2/2 maddesi gereğince bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” Yargıtay HGK., E. 2020/532, K. 2020/1011 sayılı ve 09.12.2020 tarihli kararı. (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 15.10.2021).

⁵⁶¹ Çolak, *a.g.e.*, s. 891.

Bundan ayrı olarak önemi mahiyetiyle şu noktaya da dikkat çekmek gerekir ki sessiz kalma yolu ile artık o kişiye karşı hakkını ileri süremeyen marka hakkı sahibinin TTK uyarınca haksız rekabet hükümleri ile de hak iddia edememesi gerekir⁵⁶². Nitekim aksinin kabulü, SMK ile kurulan menfaat dengesinin bozulmasına yol açabilecektir.

3. MARKA İHLALİ DAVALARINDA TARAFLAR

3.1. MARKA İHLALİ DAVALARINDA DAVACI

Marka ihlali hâlinde dava açabilecek kişi olarak akla ilk gelecek tescilli marka hakkı sahibidir. SMK m. 7/4 gereğince marka hakkı sahibi ancak tescilin ilgili bültende yayımı itibarıyla üçüncü kişilere karşı tescilden doğan haklarını ileri sürebilir. Öyleyse marka hakkı sahibi, bu yayımdan önce marka hakkına tecavüz hâlinde SMK m. 149'da belirtilen dava haklarını kural olarak kullanamayacaktır. Ancak bu kural hak kayıplarının yaşanmaması adına esnetilmiştir. Öyle ki marka tescili yayımlanmamış olsa da marka tescil başvurusu yayımlanmış başvuru sahibi, başvurunun yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve markanın tescili hâlinde yasaklama hakkı bulunan tecavüz fiilleri için tazminat davası açabilir⁵⁶³. Ancak bu hâlde mahkeme, tescil yayımlanmadan marka başvurusu sahibi lehine karar veremeyecek ve tescilin yayımını bekletici sorun yapacakken tazminat talebinin reddi için TÜRKPATENT'in kararının beklenmesinin faydası bulunmamaktadır⁵⁶⁴. Görüldüğü üzere kanun koyucu burada tescilin yanı sıra tescil başvurusunun yayımına da hukuki sonuç bağlamakta, başvuru sahibinin ancak tescil gerçekleştiğinde karara bağlanabilecek tazminat talebini, tescilden önce ileri sürmesine cevaz vermektedir.

Tescil başvurusu yayımına bağlanan sonuçta dikkat çekilmesi gereken husus şudur ki marka tescil başvurusu yayımlanmış ancak marka tescili yayımlanmamış kişi, aradaki süreçte yalnızca tazminat davası açabilecek; SMK'da zikredilen marka hakkının tecavüzüne ilişkin diğer dava yollarına başvuramayacaktır. Bu kapsamda kanun koyucunun marka başvuru sahibinin, başvurusunun yayımlanması ile tazminat davası açabilme imkanına kavuşturulması ancak diğer tecavüz davalarından mahrum bırakılması düşündürücüdür. Nitekim tecavüzün önlenmesi, tespiti, kaldırılması, durdurulması gibi tecavüz davaları ile tazminat davalarının ortak paydası, marka hakkının ihlali olduğuna göre böyle bir ayrıma gidilmiş olması kanımızca yerinde olmamıştır.

⁵⁶² Kara, *a.g.e.*, s. 141.

⁵⁶³ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 348.; Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 228.; Yasaman vd., *a.g.e.*, s. 1770.

⁵⁶⁴ Kale, *a.g.e.*, s. 56.

Marka hakkının kural olarak tescil ile elde edildiğini ifade etmekle beraber Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar için bir istisna tanındığı, Türkiye’de bu tanınmış marka, tescilli olmasa dahi marka hakkı sahibinin, ihlal hâlinde SMK’daki hukuki talepleri ileri sürebileceği belirtilmelidir. Bu istisnaya mesnet ise Paris Sözleşmesi’nin 1. mükerrer 6. maddesidir. Hükme göre sözleşme anlamında herkesçe bilindiği mütalaa olunan markaya -tanınmış markaya- özel ve güçlü bir koruma öngörülmüştür. Öyle ki Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış marka hakkı sahibi, Türkiye’deki haksız kullanım nedeniyle tecavüzün önlenmesi, durdurulması, kaldırılması gibi davalarla markasının kullanımını yasaklayabileceği gibi bunların yanı sıra tazminat da talep edebilir. Böylece marka hukukuna hâkim olan tescil ilkesi ve ülkesellik prensibi aşılarak tanınmış markaların tescilli olmadığı ülkelerde üçüncü kişiler tarafından haksız kullanım aracı hâline getirilmesinin önü kesilmiştir. Tesis edilen bu koruma ile tanınmış markalar birlik üyesi ülkelerde tescilsiz olsalar dahi korunma imkanına erişmişlerdir.

Lisans sözleşmesine göre sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece inhisari lisansa sahip olan kişi de SMK m. 158/1’e göre markaya tecavüz hâlinde marka hakkı sahibinin SMK anlamında başvurabileceği hukuki yollara kendi adına başvurabilir. Dolayısıyla inhisari lisans alan, SMK m. 149’da belirtilen davaları açabilir ve kendi zararını tazminat davası ile isteyebilir. Bununla birlikte marka hakkı sahibinin inhisari lisans sözleşmesi ile markanın kullanımını devretmesi, marka hakkına tecavüz hâlinde kendinin bu hakları kullanamayacağı anlamına da gelmez⁵⁶⁵. Ayrıca hem lisans alan hem de lisans veren marka ihlali hâlinde dava açmak isterlerse aynı anda ihtiyari dava arkadaşlığı ölçüsünde davacı sıfatı ile uyuşmazlıkta taraf teşkil edebilirler⁵⁶⁶. Biri diğerinin açtığı davaya fer’i müdahil sıfatı ile dahil olabilecektir. Bu hâlde de aynı tecavüz fiili için açılan davada hükmedilecek tazminatın nasıl taksim edileceği sorunu gündeme gelebilecektir. Böyle bir davada somut olaya göre şartlar göz önünde bulundurularak ve lisans alan ile lisans veren arasında akdedilen lisans sözleşmesi de dikkate alınarak uğranılan zararlar ölçüsünde hakkaniyete uygun bir karar verilmesi gerekecektir.

Yoksun kalınan kazancın ise markanın kullanımının lisans sözleşmesi ile lisans alana verilmesi münasebetiyle lisans alan kişi için hükmedilmesi daha doğru olacaktır. Nitekim lisans verenin sözleşme ile lisans alana markanın kullanım hakkını tanınmasıyla

⁵⁶⁵ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 255.; Kale, *a.g.e.*, s. 65.

⁵⁶⁶ Kale, *a.g.e.*, s. 67.

birlikte kendinin talep edebileceği tazminat ancak ve ancak uğradığı zarar sınırları çerçevesinde kalmaktadır⁵⁶⁷.

Inhisari olmayan lisans sahibinin ise aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça markaya tecavüz hâlinde kural olarak dava açma hakkı bulunmamakla birlikte marka hakkı sahibine bu konuda yapacağı bir bildirim ile dava açması isteminde bulunabilir. Marka hakkı sahibi, bu bildirim uyarınca dava açabilir ve açacağı tazminat davasında kendi zararı ile birlikte lisans alanın zararını aynı anda talep edebilir. Marka hakkına tecavüzün, markayı kullanması sebebiyle doğrudan lisans alanı etkilediği ve zarara uğrattığı kabul edildiğinde lisans verenin açacağı davada, lisans alanın da haklarını gözetmesi olağandır. SMK m. 158/2 uyarınca marka hakkı sahibi talebi kabul etmez veya bildirimden itibaren üç ay içinde gerekli davayı açmaz ise inhisari olmayan lisans sahibi bu bildirimde ekleyerek hak ve menfaatleri çerçevesinde, kendi adına dava açabilir. İlgili madde metninde söz konusu bildirim hangi marifet ile yapılacağı net bir şekilde ifade edilmese de açılacak davada bildirim eklenmesinden bahsedildiğine göre bildirim ispat şartı olarak yazılı yapılması gerektiği sonucuna ulaşmak yanlış olmayacaktır⁵⁶⁸. Marka hakkı sahibine yapılacak bu bildirim sonrası hak sahibinin üç ay boyunca hareketsiz kalması (dava açmaması veya lisans alanı dava açma talebini reddettiğine dair cevap mahiyetinde karşılık vermemesi) sonucu basit lisans alanın zararı daha da büyüyor ise somut olayın özelliklerine göre marka hakkı sahibinin bu nedenle sorumluluğuna gidilebilmelidir⁵⁶⁹.

Ayrıca basit lisans alanın davaya fer'i müdahil olarak katılmakta hukuki yararı bulunan lisans vereni açtığı davadan SMK m. 158/2 gereğince haberdar etmesi gerekir. Bunlara ek olarak SMK m. 158/3'e göre ciddi bir zarar tehlikesinin varlığı hâlinde lisans alan, bahsedilen üç aylık sürenin geçmesini beklemeksizin mahkemeden ihtiyati tedbir talep edebilir. Burada önemle belirtmek gerekir ki mütecavizin fiilleri nedeni ile zarara uğrayan lisans alanın alacağını garanti altına almak amacıyla ihtiyati haciz de talep edebilmesi gerekir⁵⁷⁰. Bu nedenle SMK'da lisans alanın ihtiyati tedbir talep edebileceğini düzenleyen bu fıkra genişletilerek ihtiyati haciz müessesesinin de kapsama dahil edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

⁵⁶⁷ Kale, *a.g.e.*, s. 65-66.

⁵⁶⁸ Mülga 556 sayılı KHK m. 21/6 ve 73/1'e göre ise inhisari olmayan (basit) lisans alanın bildirimini noter marifeti ile yapılması gerekmektedir.

⁵⁶⁹ M. Sadık Çapa, "Üçüncü Kişiler Tarafından Marka Hakkına Tecavüz Durumunda Basit Lisans Alanların Zararlarının Tazmini", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 2, 2017, s. 581-582.

⁵⁷⁰ Kale, *a.g.e.*, s. 71.

Marka, bir alacağın teminatı olarak rehin konusu da olabilir. Bu hâlde rehin alan da marka hakkı sahibinin SMK kapsamında sahip olduğu hukuki korunma yollarından faydalanabilir, dava haklarını ileri sürebilir⁵⁷¹. Zararı ölçüsünde tazminat da talep edebilir. Nitekim rehin konusu edilmiş markanın alacaklısının teminat değerinin korunması gerekir⁵⁷². Böylece rehinli alacaklı marka hakkının üçüncü kişi tarafından haksız kullanımı sonucunda doğabilecek zararlardan alacağına kavuşmak konusunda dezavantajlı konuma düşmeyecektir. Ancak rehin alan, marka hakkının ihlal edildiği veya edileceğinin yanı sıra rehinli alacaklı statüsünde olduğundan bu ihlalin markanın değerini düşürdüğü ve bu nedenle alacağına kavuşmasının tehlikeye uğradığını; bunun alacağına zarar verdiğini de ispatlamalıdır⁵⁷³.

Markayı devralan kişinin de marka hakkı sahibinin ileri sürebileceği taleplerde bulunabilmesi doğaldır. SMK gereğince geçerli bir devir için yazılı şekilde yapılacak devir sözleşmesi, noter tarafından onaylanmalıdır. SMK m. 148/5 uyarınca taraflardan birinin istemi ve gerekli ücretin yatırılması ve devrin diğer şartlara da uygun olması kaydıyla devir işlemi, sicile kaydedilerek ilgili bültende yayımlanır. Her ne kadar sicile kayıt, devrin geçerliliği için bir unsur olmasa da devirden doğan hakların iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi bakımından önem arz eder. Öyle ki marka hakkının devri A (devreden) ile B (devralan) arasında gerçekleşmiş ancak devir sicile kaydedilmemişse iyi niyetli üçüncü kişiler hâlen sicilde hak sahibi olarak görünen A'yı hasım göstererek dava açabileceklerdir. Aynı şekilde marka hakkına tecavüz hâlinde devirden sonraki marka hakkı sahibi B olmasına rağmen sicile kaydedilmediğinden SMK'da öngörülen marka ihlal davalarında taraf statüsü kazanamayacaktır. Başka bir ifade ile marka ihlali hâlinde açılacak davalar, sicilde hak sahibi olarak görünen kişiye veya ona karşı açılmalıdır⁵⁷⁴. Aksi hâlde tecavüz davası, sıfat yokluğundan reddedilmelidir.

Bunlara ek olarak devir sözleşmesi ile marka hakkını devreden kişinin, marka hakkını devretmiş olsa dahi kendi hak sahipliği döneminde meydana gelmiş hak ihlallerine karşı mütecevize, önceki hak sahipliği gereğince dava açma imkanının baki olduğu ifade edilmelidir⁵⁷⁵. Nitekim tecavüz kendi hak sahipliği döneminde gerçekleşmiş

⁵⁷¹ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 253.; Erdil, *a.g.e.*, s. 310.; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 511. Doktrinde aksi görüş olarak; rehin alanın marka hakkına tecavüz hâlinde SMK'daki korunma yollarından faydalanamayacağı ancak genel hükümler çerçevesinde davacı olabileceği hakkında bkz. Kaya, A., *a.g.e.*, s. 308.

⁵⁷² Uzunallı, *Markanın Korunmasının Kapsamı*, s. 478.

⁵⁷³ Çetinkaya, *a.g.e.*, s. 95.

⁵⁷⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 253.

⁵⁷⁵ Kale, *a.g.e.*, s. 63.

ve muhtemelen ortaya çıkan zararlara da kendi maruz kalmıştır. Bu nedenle markayı devretmiş olsa da kendi hak sahipliği döneminde meydana gelen tecavüzler için dava açabilmesi hakkaniyetin gereğidir. Davanın açılmasından sonra meydana gelecek bir devir işleminde ise yeni hak sahibinin cüz’i halef sıfatı ile davaya dahil olması konusunda şüphe bulunmamaktadır.

3.2. MARKA İHLALİ DAVALARINDA DAVALI

3.2.1. Genel Olarak

Marka hakkına tecavüz davalarının açılabilmesi için mevcut bir tecavüz hâli veya tecavüz tehlikesinin varlığının yanı sıra davalı olarak husumetin kime yöneltileceği önem arz eder. Öyle ki dava, marka sahibinin izni olmaksızın tescilli markayı SMK’da öngörülen biçimlerde ve ticari etki yaratacak şekilde kullanan kişiye karşı açılmalıdır. Bu kişinin dava açıldıktan sonra tecavüz fiillerine son vermesinin de sorumluluğu anlamında bir ehemmiyeti bulunmamaktadır. Nitekim mütecavizin tecavüz teşkil eden eylemlerine son vermesi, tecavüz olarak addedilen kullanımını ve bundan marka hakkı sahibinin oluşan veya oluşabilecek zararını engellemeyecektir.

3.2.2. Marka Hakkına Tecavüz Fiilini İşleyen Kişi (Mütecaviz)

Marka ihlal davalarında davalı, tecavüz teşkil eden fiilleri gerçekleştiren kişi veya kişilerdir. Gerçek veya tüzel kişi olabilen bu kişilerin haleflerinin de şartlar oluştuğunda marka hakkına tecavüzden sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

3.2.2.1. Tüzel Kişilerin Kanuni Temsilcisi

Hukuki faaliyetlerini organları aracılığı ile gerçekleştiren tüzel kişilerin, organlarının tescilli bir marka hakkına tecavüzleri hâlinde sorumluluğu bulunur. Bununla birlikte TMK m. 50/3 hükmü gereğince organlar da kusurlu davranışlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludur. Ancak kanuni temsilcinin görev ve yetki sınırlarını aşarak gerçekleştirdiği davranışlar sonucunda vuku bulan bir marka ihlalinde, tüzel kişinin sorumluluğuna gitmek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Nitekim bu hâlde kanuni temsilcinin kendi fiilleri dolayısıyla kişisel sorumluluğu söz konusudur.

Kanuni temsilcinin yetki ve görev sınırları içinde işigal ettiği bir tecavüz eyleminde ise tazminat bakımından hem kanuni temsilci hem tüzel kişinin müteselsil sorumluluğu bakidir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de konuya ilişkin olarak verdiği 2015 tarihli bir kararında, bu hususu vurgulayarak şirketin ortaklarından olan ve ihlal niteliği

taşıyan sözleşmeyi, şirketi temsilen imzalayan kişilere karşı açılan dava ile limited şirket aleyhine açılan davanın birleştirilmesi gerektiğine karar vermiştir⁵⁷⁶.

3.2.2.2. Tedarik Zincirinde Marka Hakkına Tecavüz Edenler

Ticari hayatın işleyişi içinde aktif rol oynayan ihracatçı, ithalatçı, toptancı gibi kişilerin de marka ihlal davalarında davalı tarafında yer alması olasıdır⁵⁷⁷. Yukarıda SMK m. 29/1-c çerçevesinde açıklanan⁵⁷⁸ kişiler, ihlal konusu ürünleri satım, dağıtım ya da başka şekilde ticaret hayatına çıkarma; ithal veya ihraç etme; ticari amaçla elde bulundurma; bu mal veya hizmetler için sözleşme yapmak için önerilerde bulunma gibi fiiller ile marka hakkına tecavüz meydana getirmektedirler. Bu kişiler ihlal konusu ürünleri üretmeseler, taklit markayı ürünlere yerleştirmeseler de ürünlerin gerek iç piyasa gerekse dış piyasada tüketiciye ulaşımını sağlamaları nedeni ile bu faaliyetlerinden dolayı müteceviz addedilerek sorumlu oldukları kabul edilmelidir. Dağıtım ve tedarik zincirinin herhangi bir aşamasında marka hakkına tecavüz eden bu kişiler, marka hakkı sahibine karşı sorumludurlar. Davacı bu hâlde sorumluluğu bulunanlara karşı ayrı ayrı dava açabileceği gibi SMK m. 29/1-c kapsamındaki bu kişilerin hepsine karşı açacağı tek bir dava ile de sonuca ulaşabilir⁵⁷⁹.

3.2.2.3. Çalışanların Eylemlerinden Dolayı Çalıştıranlar

Gerçek veya tüzel kişilerin, çalıştırdıkları kişiler tarafından gerçekleştirilen marka ihlaline sebebiyet verdikleri davranışlardan dolayı sorumlulukları bulunur⁵⁸⁰. SMK'da çalıştıranın sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme olmamakla birlikte TBK m. 66'ya göre adam çalıştıran, çalışanın verilen işi yaptığı sıradaki fiilleri ile başkalarında bir zarar meydana gelmesi ihtimalinde çalışanın verdiği zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Bu nedenle çalışanın kendine verilen iş ile ilgili olarak gerçekleştirdiği işlem ve eylemlerinden bir marka hakkı ihlali hâli meydana gelirse bu durumda gerekli özen, denetim ve gözetim yükümlülüklerini yerine getirmeyen çalıştıran, kurtuluş kanıtı bulunmuyorsa zarardan sorumlu olmalıdır.

Çalışanın fiillerinden dolayı meydana gelen bir marka hakkı ihlalinde davacı, çalışan ile çalıştırana ihtiyari dava arkadaşlığı çerçevesinde aynı dilekçede davalı olarak

⁵⁷⁶ Yargıtay 11. HD., E. 2014/18144 K. 2015/509 ve 16.01.2015 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 30.09.2021).

⁵⁷⁷ Kale, *a.g.e.*, s. 79.

⁵⁷⁸ Bkz. İkinci Bölüm, s. 93 vd.

⁵⁷⁹ Kale, *a.g.e.*, s. 79.

⁵⁸⁰ Kale, *a.g.e.*, s. 81.; Meran, *a.g.e.*, s. 558.

gösterebilir. Husumetin yalnızca çalıştırana yöneltilmesi hâlinde ise dava sonucunda davacıya tazminat ödemeyi yükümlenen çalıştıran, daha sonra çalışanına rücu ederek ödediği miktarı çalışanından alabilir.

3.2.2.4. Marka Hakkının İnternet Yoluyla İhlali Hâlinde Davalılar

İnternetin giderek yaygınlaşması ve her alanda kendine geniş yer edinmesi ile birlikte internette marka hakkı ihlali de artmıştır. İnternet üzerinden gerçekleştirilen marka ihlallerinde mütecavizin saptanması, davalı konumunda bu kişinin yer alabilmesi için önem arz eder.

İnternette kullanıcılara sunulan her türlü veriyi sağlayan içerik sağlayıcılarının bu kapsamda sorumlu oldukları aşıkardır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun uyarınca içerik sağlayıcıları, internette kullanıma sundukları her türlü içerikten sorumlu olduklarından marka hakkı ihlallerinde de bu kişi veya kişilere karşı SMK'da öngörülen davaların açılması konusunda bir engel bulunmaz. 5651 sayılı Kanun m. 2/1-m'ye göre hizmet ve içerik barındıran sistemleri sağlayan veya işleten kişiler olarak tanımlanan yer sağlayıcılarının ise yukarıda arama motoru reklamcılığı (adwords) bahsinde zikredildiği üzere yer sağladıkları içeriği kontrol etmek, hukuka aykırı bir faaliyet olup olmadığını araştırmak gibi yükümlülükleri yoktur⁵⁸¹. Bu nedenle yer sağlayıcılarının içeriğe doğrudan müdahale yetkileri olmadığından marka hakkına tecavüz hâlinde tecavüz konusu içerikten haberdar edilmesi veya uyarı sistemince kaldırma vb. önlemler için süre verilmesi öngörülmediği müddetçe tazminat bakımından bir sorumlulukları bulunmamaktadır. Buna karşılık diğer davalarda (örneğin markaya tecavüzün durdurulması veya giderilmesi gibi) kusur şartı aranmadığından yer sağlayıcılarının davalı sıfatı ile taraf teşkil etmesi mümkündür⁵⁸².

İnternetteki marka ihlallerinde uygulamada çoğunlukla karşılaşılan sorun ise marka hakkı ihlale uğrayan kişinin internet alan adı sahibini veya diğer bir ifade ile marka ihlali gerçekleşen site sahibini bulabilmesinin çoğu zaman mümkün olmaması noktasında toplanmaktadır. Bu nedenle de açacağı davada davacı, mütecaviz gerçek veya tüzel kişiyi tespit edemediğinden davalıyı örneğin "*X internet sitesinin sahibi*" olarak göstermektedir. Böyle bir durumda ortada bir belirsizlik hasıl olmakta ve davalının kimliği tam olarak bilinmemektedir. Halbuki HMK m. 114/1-d uyarınca taraf ehliyeti bir dava şartı olup

⁵⁸¹ Bkz. İkinci Bölüm, s. 108-109.

⁵⁸² Kale, *a.g.e.*, s. 83.

eksikliği durumunda davanın usulden reddi gerekir. Bu konudaki yerleşik içtihatlarla göre mahkeme davayı usulden reddetmemeli ve eksikliğin tamamlanması adına araştırma yaparak mütecavizin kimliğini tespit etmelidir⁵⁸³. Gerçekten de marka hakkı sahibi, markasının tecavüze uğradığı site sahibini bulmak için gerekli çabayı sarf etse dahi sonuca ulaşamaması olasıdır. Bu itibarla mahkemenin ilgili araştırmaları yaparak davalıya ulaşması gerektiği konusunda verilen kararlar oldukça yerindedir.

3.2.2.5. Lisans Sözleşmesinden Kaynaklı Marka Hakkı İhlallerinde Davalılar

Marka hakkı sahibi tarafından kendisine verilen hakları izinsiz şekilde genişleten veya bu hakları devreden lisans alanın da SMK m. 29/1-ç uyarınca söz konusu fiilleri tecavüz oluşturduğundan marka ihlal davalarında davalı konumunda yer alabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise lisans alanın fiillerinin izinsiz genişletme veya devretme olmaksızın sözleşmeye aykırılık hâllerinde ona karşı SMK'da öngörülen tecavüz davalarının açılmayacağı ancak sözleşmeye aykırılık nedeniyle borçlar hukuku uyarınca lisans alanının sorumluluğunun baki olacaktır. Nitekim akde aykırılıkta örneğin lisans alanın lisans sözleşmesi ile ödemeyi yükümlendiği bedeli süresinde ödememesi durumunda davacı, ilgili maddede ihlal kapsamının çerçevesinin çizilmiş olması sebebiyle SMK'da öngörülen hukuki korunma yollarından faydalanamayacaktır⁵⁸⁴.

3.2.2.6. Dava Açılmayacak Kişiler

Marka ihlal davalarında genel olarak dava açılmayacak kişiler açısından mevzuatta bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte SMK m. 153/1'e göre ihlal konusu ürünleri kişisel ihtiyacı için elinde bulunduran veya kullanan kişilere karşı marka hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile SMK'da sayılan hukuk davaları açılmaz veya ceza davaları için şikayette bulunulamaz. Ayrıca bahsi geçen maddenin ikinci fıkrasına göre de marka hakkı sahibi, mütecavizin sebep olduğu zarardan dolayı kendine tazminat ödemesi ve onun da

⁵⁸³ Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2019 tarihli kararına göre, davacının "http:www...com/ internet sitesinin maliki" şeklinde açtığı marka tecavüzü davasında ilk derece mahkemesinin husumet eksikliğinden usulden reddine karar verilen uyuşmazlıkta istinaf mahkemesi şu gerekçeler ile "...davacının davalı internet sitesinin kime ait olduğunun tespitinde hukuki yararının ve haklı gerekçelerinin bulunduğu, dava şartı yokluğundan ilk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının yerinde olmadığı kanaatiyle davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulüne, mahkeme kararının kaldırılmasına, davalı internet sitesinin içerik ve yer sağlayıcısının davacı vekilinin talebi doğrultusunda ilgili yerlerden araştırılarak davanın yöneltmesi için davacı vekiline imkan tanınarak yargılamaya devam etmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir." ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermiştir. İstanbul BAM, 16. HD., E. 2019/1578, K. 2019/1479 sayılı ve 08.07.2019 tarihli kararı. Aynı yönde Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen emsal nitelikte karar için bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2013/5492 K. 2013/21835 ve 02.12.2013 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.10.2021).

⁵⁸⁴ Arkan, *Marka Hukuku*, C. II, s. 220.; Meran, *a.g.e.*, s. 513.

ürünlere el koymaması sebebiyle ürünleri piyasada ticari amaçla kullanan kişiye karşı artık dava açamayacak veya şikayette bulunamayacaktır.

4. MARKA İHLALİ DAVALARINDA GÖREV VE YETKİ

4.1. MARKA İHLALİ DAVALARINDA GÖREV

SMK m. 156 uyarınca bu kanunda öngörülen davalar için görevli mahkeme, ihtisas mahkemelerinden olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleridir. Madde metnine göre Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak lüzum görülen yerlerde kurulan bu mahkemeler Türkiye'nin her yerinde olmadığından marka ihlal hâllerinde bu ihtisas mahkemelerinin bulunmadığı yerlerde hangi mahkemelerin görevli olduğu hususu önem arz eder. Yine aynı maddeye göre fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış yerlerde onun yerine asliye hukuk mahkemesi; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış yerlerde ise onun görev alanına giren dava ve işlere asliye ceza mahkemeleri bakmakla görevlidir⁵⁸⁵.

Marka hakkına tecavülden kaynaklanan bir davada dava konusu aynı zamanda haksız rekabete ilişkin taleplerin de ileri sürülmesine imkan veriyorsa bu hâlde asliye ticaret mahkemesi görev alanına giren haksız rekabet ile fikri ve sınai hukuk mahkemesi alanına giren marka ihlali davalarının birleştirilip birleştirilmeyeceği; birlikte açılan bu davaların görev nedeniyle reddedilme tehlikesiyle karşılaşp karşılaşmayacağı belirsizliği açıklığa kavuşturulmalıdır. Öyle ki örneğin davacı, marka hakkına tecavüze ilişkin talepleri ile birlikte haksız rekabete ilişkin taleplerini de asliye ticaret mahkemesi önüne götürürse, mahkeme her iki talep yönünden görevsizlik kararı vererek dosyayı ihtisas mahkemesine göndermeli ve bu davaların ihtisas mahkemesinde birleştirilmesine karar verilmelidir⁵⁸⁶. Her talebin bağımsız birer dava konusu teşkil ettiği ve bu müstakil davaların görev alanlarının farklı olması münasebetiyle görevli mahkemede açılması gerektiği unutulmamalıdır. Ancak burada haksız rekabetten kaynaklanan taleplerin objektif dava birleştirilmesi yoluyla marka ihlal davasında ileri sürülmesi ve hâkimin bunun için de inceleme yaparak hüküm tesis etmesinde bir engel bulunmamaktadır⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ 22.07.2020 kabul tarihli 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 61 uyarınca SMK m. 156'da yargı çevresinin belirlenmesi hususunda değişikliğe gidilmiştir. Maddenin değişiklikten önceki hâlinde "o yerdeki" asliye hukuk ve asliye ceza mahkemelerinin ihtisas mahkemesinin bulunmadığı yerde görevli olduğu yazarken yapılan değişiklik ile bu mahkemelerin yargı çevresinin il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. RG, 28.07.2020, S. 31199.

⁵⁸⁶ Uzunallı, *Marka Hukuku*, s. 238.

⁵⁸⁷ Kale, *a.g.e.*, s. 24.

Nitekim TTK m. 4 gereğince marka mevzuatından doğan davalar ve haksız rekabetten doğan davalar mutlak ticari davadır. Bu durum esasen usul ekonomisinin de bir gereğidir.

Bazı uyuşmazlıklar bakımından önem arz eden işaretin markasal kullanım teşkil edip etmediği mevzuunun da konunun önemi nedeniyle fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesinde çözüme kavuşturulması gerekir. Marka ihlali bulunup bulunmadığının tespitinde kilit rol oynayan bu durum, titizlikle incelenmelidir.

4.2. MARKA İHLALİ DAVALARINDA YETKİ

Markadan doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin neresi olacağı SMK m. 156'da hükme bağlanmıştır. SMK m. 156/3 uyarınca marka hakkı sahibi tarafından açılacak hukuk davalarında; davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesi yetkilidir. Fiilin etkilerinin görüldüğü yer örneğin tüm Türkiye ise marka hakkı sahibi, mütecavize karşı Türkiye'nin her yerinde dava açma hakkına sahip olmakla birlikte bu durum hakkın kötüye kullanılması niteliği de taşımamalıdır. Madde metninde fark edileceği üzere HMK'daki yetki kuralının aksine fiilin meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmamıştır. Oysaki bu husus, muhtemel tecavüzün önlenmesi veya tekrar edebilecek bir tecavüz tehlikesi ile karşı karşıya olan marka hakkı sahibinin bunlara dayanarak açacağı davalarda önem arz eder. Bu gibi uyuşmazlıklarda marka hakkı sahibinin davayı fiilin meydana gelme olasılığının bulunduğu yer mahkemesinde de açabiliyor olması gerekir. Bu sebeple SMK'da eksik bırakılan bu düzenleme kanımızca yerinde değildir.

SMK'da ilgili maddede zikredilen yetki kurallarının kesin yetki olmadığı belirtilmelidir. Başka şekilde ifade etmek gerekirse taraflar arasında marka hakkına tecavüz değil de akdi bir ilişkinin mevcudiyeti hâlinde sözleşmede yetkili kıldıkları mahkeme yetkili olabilecektir⁵⁸⁸. Bu anlamda SMK m. 29/1-ç'de yer verilen marka hakkına tecavüz fiillerinden lisans yoluyla verilen hakların izinsiz genişletilmesi veya devredilmesi hâlinde uyuşmazlığın lisans sözleşmesinden kaynaklandığından bahisle HMK anlamındaki yetki kurallarına gidilmesi gerektiği düşünülmemeli; bu fiil marka hakkına tecavüz fiili olarak düzenlendiğinden yetkili mahkeme SMK m. 156/3 gereğince tayin edilmelidir. Nitekim bu hâlde talebin kaynağı sözleşme değil; SMK'da marka

⁵⁸⁸ Güneş, *a.g.e.*, s. 420-421.

hakkına tecavüz fiilleri arasında yer bulan lisans yoluyla verilen hakların marka hakkı sahibinin izni olmaksızın genişletilmesi veya değiştirilmesidir.

Bu konuda bir başka önem arz eden durum ise mülga 556 sayılı KHK m. 63/4'te birden fazla mahkemenin yetkili olması hâlinde davanın ilk açıldığı mahkemenin yetkili mahkeme olarak addedileceği düzenlenmiş olmasına rağmen SMK'da böyle bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Marka hakkının birden fazla kişi tarafından ihlalinde örneğin taklit markalı malı ticari amaçla elinde bulunduran kişi ile taklit olduğunu bildiği hâlde malları satan kişi farklı olduğunda, bu kişiler farklı yerlerde olsalar bile mezkûr hüküm uyarınca davanın açıldığı ilk yer mahkemesi yetkili idi. Ancak mevcut düzenlemelere göre HMK'da haksız fiilin birden çok kişi tarafından işlenmesi hâlinde öngörülen ortak yetkili mahkeme müessesesinin fikri ve sınai haklar özelinde öngörülmediğinden bu düzenlemeye SMK'da yer verilmemesi yerindedir. Nitekim SMK'da zikredilen tecavüz fiillerinin tek bir eylemle birden çok kişi tarafından icra edilmediği ve davalıların her birinin münferiden ihlal fiilini gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir. Böylece ortak yetki kuralı bulunmadığından mütecevizlere karşı birlikte dava açmak isteyen davacı, davalılardan birinin yerleşim yerinde davayı açmalıdır.

5. MARKA HAKKINA TECAVÜZE İLİŞKİN CEZAI HÜKÜMLER

SMK sistematüğinde marka hakkı ihlalinin hukuki sonuçlarına yer verilmesinin yanı sıra marka suçları bakımından da düzenlemeler bulunmaktadır. Yer verilen cezai hükümler ile marka ihlalinin caydırıcılığının amaçlandığı söylenebilir. Ancak yukarıda da zikredildiği üzere marka hakkı, gayri maddi mal varlığı haklarından olduğundan tecavüz ile ulaşılan da genel olarak haksız ekonomik yararlanmadır. Bu bağlamda marka suçları da ekonomik nitelik arz eder. Hâl böyle iken ekonomik nitelik arz eden fiillerle mücadelede başka şekilde zararın tazmini mümkün iken cezai yaptırımların da öngörülmüş olması, ceza hukuku genel prensiplerine aykırılığı nedeni ile eleştirilmektedir. Nitekim ceza hukukunun *ultima ratio* (son çare olma) özelliği gereğince fiilin verdiği zararın başka araçlar ile telafisi mümkün değilse o hâlde ceza hukuku korumasından faydalanılması gerektiği temelinde doktrinde birtakım tartışmalar bulunmaktadır⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ Marka hakkı ihlallerinde ceza hukukunun müdahalesinin gerekip gerekmediği ve dolayısıyla marka hakkına tecavüz fiilleri için ceza yaptırımlarının öngörülmüş olmasının ceza hukukunun *ultima ratio* ilkesi ile çelişip çelişmediği yönünde doktrinde bulunan tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. Başbüyük, *a.g.e.*, s. 66 vd.

Ayrıca SMK’da yalnızca marka hakkı için cezai koruma öngörüldüğü, diğer sınai mülkiyet hakları için ise hukuki koruma ile yetinildiğinin de altı çizilmelidir. Çalışmamızın konusunu esasen marka ihlalinin özel hukuk bakımından hukuki sonuçları oluştursa da marka hakkına tecavüze ilişkin SMK’daki cezai düzenlemelere de yer verilmesi faydalı olacaktır.

Marka suçları ve cezai yaptırımları ihtiva eden SMK m. 30’a göre “*Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.*”. İktibas ve iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, yukarıda kapsamlıca incelendiğinden⁵⁹⁰ burada ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır. İfade edilmelidir ki maddede sayılan fiiller tahdidi olup çoğaltılması mümkün değildir. Ayrıca seçimlik hareketli suçlar olduğu da göze çarpan özelliklerdendir.

Marka koruması olduğunu belirten bir işareti yetkisi olmaksızın mal veya ambalaj üzerinden kaldıran kişi ise SMK m. 30/2 uyarınca bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır. Örneğin bir markanın tescilli olduğunu gösteren “®” (registered) simgesinin ve ticaret markası için tescil başvurusu yapılmış olmakla birlikte henüz tescil belgesi bulunmayan işaretler için kullanılan “™” (trademark) sembolünün markayı taşıyan ambalajlardan silinmesi bu kapsamda değerlendirilebilir⁵⁹¹. Bu marka suçunun niteliği itibarıyla neticesi hareketine bitişik bir tehlike suçu olduğu söylenebilir⁵⁹².

Yine başkasına ait marka üzerinde yetkisi olmaksızın devir, rehin veya lisans sözleşmesi gibi tasarruflarda bulunan kişi SMK m. 30/3 gereğince iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Tescil ile marka üzerinde münhasıran tasarruf işlemi de yapmaya yetkili kişi olan marka sahibinin markasını devir, rehin, lisans gibi çeşitli hukuki işlemlere konu etmesi doğaldır. Bunun yanı sıra bu tasarruf işlemlerini bittabi marka hakkı sahibinin yetki verdiği kişiler de yapmaya ehildir. Ancak bu tasarrufların yetkisiz kişilerce gerçekleştirilmesi ceza hukuku bakımından korunmaya değer görülmüş ve bu hususta cezai yaptırım öngörülmüştür.

⁵⁹⁰ Bkz. İkinci Bölüm, s. 61-72.

⁵⁹¹ Aslıhan Kart, *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 181.; Başbüyük, *a.g.e.*, s. 193.; Şahan, *a.g.e.*, s. 91.

⁵⁹² Başbüyük, *a.g.e.*, s. 192.

Belirtilmelidir ki ihlal nedeni ile öngörülen bu cezalara hükmedilmesinin ilk koşulu markanın Türkiye’de tescilli olmasıdır⁵⁹³. SMK düzenlemesinin aksine Alman Marka Hukuku’na göre markanın cezai korumasında markanın Almanya’da tescilli olma şartı aranmamakla birlikte İsviçre Hukuku’nda da böyle bir şart yer almamaktadır⁵⁹⁴. Türk Hukuku’na göre ise Türkiye sınırları dışında tescilli bir markanın bu hükümlerle korunmasının mümkün olmadığı gibi henüz tescil edilmemiş ancak tescil başvurusu yayınlanmış bir işaretin de cezai olarak korunması mümkün değildir. Ancak tescilsiz markalar için haksız rekabete ilişkin hükümlere başvurulabilmesi, suç konusu teşkil eden fiillerle karşılaşılması hâlinde de bakidir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan marka suçlarının, bir tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde işlenmesi hâlinde ise güvenlik tedbirlerine hükmolunur. Marka suçları aslen şikayete bağlı olduğundan uzlaşmaya tabi oldukları da vurgulanmalıdır⁵⁹⁵. Bu bağlamda marka suçlarında uzlaşmanın sağlanması hâlinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 253/19 hükmü gereğince uzlaşan kişi tarafından artık soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacak; açılmış olan bir dava varsa uzlaşma ile bu davadan da feragat edilmiş olacaktır. Tazminat talepleri için hâl böyle iken hak sahibinin tazminat dışında kalan diğer taleplerini ileri sürmesinde ise herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte anılan maddenin son fıkrasında taklit olarak üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bunların ortaya çıkarılmasını sağlaması hâlinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanacağı ve dolayısıyla bu kişi hakkında cezaya hükmolünmeyeceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere etkin pişmanlıktan yalnızca taklit malı satışa arz eden veya satan faydalanabilecek; üretici malların yerini söyleyerek sonradan ortaya çıkarılmasını sağlasa da bu cezayı kaldıran sebepten

⁵⁹³ SMK m. 30/5 düzenlemesinde marka suçları aleyhine cezaya hükmedilebilmesi için Türkiye’de tescilli bir markanın bulunması gerekliliği şeklinde ifade edilen şart ve kanunun lafzına uymayan uygulamadaki farklılık doktrinde eleştirilmektedir. Buna göre madde metninde “cezaya hükmedilebilmesi” ifadesiyle objektif cezalandırılabilme şartına yer verildiğine göre işaret, başlangıçta suçun unsurları oluştuğunda tescilli olmamakla birlikte soruşturma aşamasının tümünde ve kovuşturma aşamasında hüküm verilinceye kadar tescilsiz olsa dahi yargılama yapılmalı ve marka tescili yapılırsa ona göre hüküm tesis edilmelidir. O hâlde soruşturma ve kovuşturma için tescil şart değildir. Ancak uygulamada soruşturma ve kovuşturma safhalarında markanın tescilli olması şartı aranmakta aksi hâlde takipsizlik kararı verilmektedir. Bu nedenle yasa metni ve uygulama arasındaki ceza hukuku ilkelerine aykırılık teşkil eden bu farklılığın giderilmesi gerekir. Bkz. Seyrani İlkhan, *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 158-159.

⁵⁹⁴ Çağlar vd., *a.g.e.*, s. 102.

⁵⁹⁵ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 251.

yararlanamayacaktır. Bu anlamda taklit malı üreten fail için bu hâlde en azından cezada indirim yapılmasını öngören etkin pişmanlık hükmüne yer verilmesi gerekmektedir⁵⁹⁶.

Marka suçlarının manevi unsurunu kast oluşturur⁵⁹⁷. Marka suçlarının taksirli hâline ilişkin SMK'da bir hüküm bulunmadığından bu suçların taksirle işlenmeleri mümkün değildir⁵⁹⁸.

Marka suçlarından birinin işlenmesi hâlinde suç konusu teşkil eden ürünlere müsadere de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 54. maddesi çerçevesinde uygulanabilir⁵⁹⁹. Müsadereye aslen davaya bakan mahkeme karar verebilecektir.

Ayrıca SMK m. 163'te yer verilen hızlı imha prosedürüne göre marka suçları nedeniyle el konulan veya muhafaza altına alınan suç unsuru eşyanın emanet bürosunda niteliği gereği saklanamayacak olması hâlinde elverişli ise numunelerinin Cumhuriyet savcısının talimatıyla alınarak kalan suç eşyasının bulunduğu yer maliye teşkilatına gönderileceği belirtilmiştir. Suç konusu eşya zarara uğrayacak ya da değerinde esaslı kayıp meydana gelecek, ya da muhafazası ciddi külfetli ise bilirkişi incelemesinden sonra soruşturma safhasında Cumhuriyet savcısının talebi üzerine hâkim ve kovuşturmada hükümden önce mahkeme tarafından bunların imhasına karar verilebilecektir. Gerçekten de ihlal konusu ürün bazen doğası gereği muhafazaya müsait olmayabilir. Ya da muhafaza edildiğinde zarara uğrayabilir veyahut değerinde eksilme meydana gelebilir. Nitekim muhafazası ciddi külfet de oluşturabilir. İşte böyle hâller için öngörülen hızlı imha bu nedenlerle yerindedir⁶⁰⁰.

6. MARKADAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK

Doktrinde farklı tanımlamalar yapılmakla birlikte en genel tanımı ile 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu⁶⁰¹ m. 2/b'ye göre arabuluculuk, *“Sistemik teknikler uygulayarak görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi*

⁵⁹⁶ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 237.

⁵⁹⁷ Başbüyük, *a.g.e.*, s. 199.; Çetinkaya, *a.g.e.*, s. 116.; Şahan, *a.g.e.*, s. 88.

⁵⁹⁸ Kart, *a.g.e.*, s. 174.

⁵⁹⁹ Ege, *a.g.e.*, s. 127.; Meran, *a.g.e.*, s. 621.; Şahan, *a.g.e.*, s. 87.

⁶⁰⁰ Ancak belirtilmelidir ki prosedürün işletilebilmesi ve hızlı imhaya karar verilebilmesi için somut olayın şartlarına göre bir zorunluluk hâsıl olmalıdır. Aksi hâlde hızlı imha talebi reddedilecektir. Bkz. İstanbul Anadolu 1. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, E. 2017/51, K. 2018/141 sayılı ve 17.04.2018 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 20.10.2021).

⁶⁰¹ 22.06.2012 tarih ve 28331 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini” ifade eder.

Mahkemelerin bir nebze de olsa iş yükünü azaltan ve taraflar açısından da daha ekonomik ve hızlı bir yol olarak görülebilecek alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuk kurumunun, efektif şekilde kullanıldığında hem devlet hem de uyuşmazlığın tarafları açısından olumlu sonuçlar doğurduğu aşikardır. Gerçekten de arabuluculuk müessesesi, uyuşmazlıkların dava ile çözülmesine göre hem daha kolay hem de süreç olarak daha kısa zaman diliminde sonuca ulaşmaya yöneliktir⁶⁰².

Yargılama sisteminde gerek dava gerekse kararın icrası yönünden sonuca ulaşmanın uzun zaman alması, devlet tarafından yürütülen yargılama hizmetlerinin pahalı olması ve bunun yanında dava yükü fazla olan mahkemelerin hızlı karar verme adına bazen yanlış kararlar vermesi sonucu aynı konuya ilişkin uyuşmazlıklarda verilen kararlar arasında yeknesaklık bulunmaması gibi birçok yargılama sorununun aşılacak hukuki uyuşmazlıkların çözümünün daha hızlı ve ekonomik şekilde olmasını hedefleyen arabuluculuk kurumu, Türk Hukuku’nda 6325 sayılı HUAK genelinde kapsamlıca düzenlenerek pozitif hukuki dayanağa kavuşturulmuştur. 01.01.2018 tarihine kadar hukuk uyuşmazlıklarında ihtiyari bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulamada yer edinen arabuluculuğun, dava şartı olarak mevzuata girişi ise 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu⁶⁰³ ile olmuştur⁶⁰⁴.

Ticari uyuşmazlıklar bakımından arabulucuya başvuru zorunluluğu ise 2018 yılında çıkarılan 7155 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir⁶⁰⁵. Bu düzenlemeye uyarınca TTK’ya eklenen 5/A maddesine göre TTK m. 4’te ve diğer kanunlarda yer verilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından dava açılmadan önce arabulucuya başvurulması bir dava şartıdır. Tarafların anlaşarak sonuca ulaşmaları imkan dahilinde değil ise dolayısıyla mutlaka mahkeme eliyle çözülmesi gereken bir konu mevcut ise bu durumda dava şartı olarak arabulucuya başvuru söz konusu olmaz. Bununla birlikte bu düzenleme uyarınca uyuşmazlığın zorunlu arabuluculuk kapsamına girebilmesi için ticari dava niteliğinde olması gerekir.

⁶⁰² Onur Sarı, “Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, S. 2, Temmuz 2019, s. 361.

⁶⁰³ 12.10.2017 tarih ve 30221 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

⁶⁰⁴ Arzu Oğuz, “Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan İhtilafların Arabuluculuk Yolu ile Çözülmesi Konusunda Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 152, Nisan 2019, s. 813.

⁶⁰⁵ 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkındaki Kanun 19.12.2018 tarih ve 30630 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

TTK m. 4/1-d'ye göre tarafların tacir olup olmadığına bakılmaksızın fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta yer verilen davalar mutlak ticari dava olarak kabul edilir⁶⁰⁶. Zorunlu arabuluculuğun diğer bir şartı ise dava konusu uyuşmazlığın bir miktar paranın ödenmesi veya tazminat talebine ilişkin olması gerektiğidir.

Ülkemizde uygulanmaya başladığından bugüne kadar birçok uyuşmazlığı tarafların mahkemeye başvurmasına gerek kalmaksızın çözüme kavuşturan bu alternatif çözüm yönteminde, arabuluculuğa konu olan dosyaların birçoğu anlaşma ile sonuçlanmaktadır⁶⁰⁷. Arabuluculuk müessesesi, temelde dava şartı olarak arabuluculuk başka ifade ile zorunlu arabuluculuk ve ihtiyari arabuluculuk olarak ikiye ayrılır. Fikri mülkiyet hukukundan doğan uyuşmazlıklarda da zorunlu veya ihtiyari olarak arabuluculuk yöntemi, fikri mülkiyet hukuku alanına henüz yakın sayılabilecek bir tarihte kanalize edilmiş olması sebebiyle yeni yeni uygulama alanı bulmaya başlasa da ihtilafların çözülmesinde etkin bir rol oynamaktadır.

Marka hakkı, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri bir hak olması sebebiyle marka ile ilgili uyuşmazlıkların etkin şekilde çözülebilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından arabuluculuğun uygulama alanı bulması doğaldır. Nitekim uzayacak dava sürecinin markalarını ve dolayısıyla ticari ilişkilerini zarara uğratmasını, faaliyetlerinin olumsuz etkilemesini istemeyen taraflar uyuşmazlığın üçüncü kişiler eliyle daha kısa zamanda çözülmesini isteyebilirler⁶⁰⁸. Gerçekten de marka ihlal davalarının uygulamada yıllarca sürmesi bunu destekler niteliktedir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Doktrinde fikri mülkiyet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların ticaret hukukuna göre farklı uzmanlık bilgisi gerektirmesi nedeni ile fikri ve sınıai haklar hukuk mahkemesinde dolayısı ile bir ihtisas mahkemesinde çözüme kavuşturulduğu bu nedenle de mutlak ticari dava niteliği bulunmadığı yönünde bir görüş bulunsa da TTK 4. maddenin gerekçesine göre, “*Diğer yandan, fikri mülkiyet hukukuna ilişkin mevzuatta düzenlenen hususlardan doğan davalar, kanunen mutlak ticari davalaradır. Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin davaların halen tek yargıçlı, fikri ve sınıai haklara ilişkin hukuk mahkemelerinde görülmekte bulunmaları, bu mahkemelerin ihtisas mahkemeleri olarak adlandırılmaları, başka bir deyişle ihtisas mahkemesi olmaları, bu davaları ticari dava olmaktan çıkarmaz; niteliklerini değiştirmez*”. Buna karşılık bir davanın ticari dava sayılmasının en temel sonuçlarından birinin bu davalarda görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olması gerektiği ve bu kapsamda tüketici uyuşmazlıkları veya fikri mülkiyetten doğan uyuşmazlıkların ticari dava olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. M. Ertan Yardım, *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ed: Ceyda Süral Efeçınar ve M. Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 97-98.

⁶⁰⁷ Ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak arabuluculuk istatistiklerine bakıldığında 01.01.2019 ile 22.09.2021 tarihleri arasında arabulucu görevlendirmesi yapılan 388.659 dosyanın %53'ü anlaşma ile sonuçlanırken ihtiyari uyuşmazlıklarda arabuluculuk istatistiklerine göre ise 14.11.2013 ile 22.09.2021 tarihleri arasında görevlendirme yapılan 677.818 dosyanın %98'i anlaşma ile sonuçlanmıştır. Bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı tarafından yayınlanan Arabuluculuk İstatistikleri: <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492021194735ticaret.pdf> (Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk İstatistikleri) <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/2492021194715ihtiyari.pdf> (İhtiyari uyuşmazlıklarda Arabuluculuk İstatistikleri) (Erişim Tarihi: 01.10.2021).

⁶⁰⁸ Yılmaz Yördem, “Marka Hukukunda Arabuluculuk ve Tahkimin Uygulama Alanı”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. 1, S. 1, 2017, s. 27.

⁶⁰⁹ Marka ihlal davaları sonuçlanma süresi bakımından incelendiğinde; 2008-2018 yılları arasında görülen 195 marka ihlal davasının 35'i aynı yıl içinde nihai sonuca ulaştırılırken 114'ü açıldıktan bir yıl sonra ve 46'sı ancak iki yıl sonra nihai çözüme kavuşturulabilmiştir. Bahsedilen yıllar arasında marka ihlal davalarının sonuçlanma süreleri bakımından

Marka hakkına tecavüz hâlinde arabuluculuğa elverişli dava konuları olarak; ihlal sebebiyle talep edilen fiili zarar, yoksun kalınan kazanç, itibar tazminatı, el konulan cihaz, makine ve ürünler üzerinde mülkiyet hakkının tanınması, tazminatı aşan kısmın davalıya ödenmesi sayılabilir⁶¹⁰. Anlaşılacağı üzere marka ihlal davalarında arabuluculuk, tazminat talepleri bakımından önem teşkil eder. Ancak uygulamada görüldüğü üzere tazminat taleplerinin yanı sıra tecavüzün durdurulması veya giderilmesi gibi talepler aynı anda sunulduğundan arabulucuya gidilmeden doğrudan açılan bu tür davalarda mahkeme, tecavüzün durdurulması veya giderilmesi talepleri bakımından işin esasına girecek ve incelemeye devam edecekken tazminat istemi yönünden dava şartı olan arabuluculuğa başvurulmadığından davayı tefrik edecek ve tazminat talebinin usulden reddine karar verecektir⁶¹¹. Dava şartı olan arabuluculuğun süre verilerek giderilebilecek veya tamamlanabilecek bir eksiklik olmaması sebebiyle de mahkemenin mehil vermesi mümkün değildir.

Bununla birlikte yukarıda belirtildiği üzere⁶¹² geçici hukuki korumaların marka ihlal davalarında önemi yadsınamaz. Bu kapsamda verilecek ihtiyati tedbir veya delillerin tespiti talebinin arabulucuya gidilmediği için reddedilmesi gibi bir durum söz konusu olamaz. Aksi hâlde geçici hukuki koruma müessesinden beklenen faydanın gerçekleşmesi imkansız hâle gelir. Nitekim tecavüzün önlenmesi, durdurulması, giderilmesi gibi davalarda zorunlu arabuluculuk mevcut olmadığından bu davalar özelinde talep edilebilecek geçici hukuki korumalar açısından sorun bulunmamaktadır. Ancak burada özellik gösteren durum ihtiyati hacizdir. Arabuluculuk, marka ihlal davalarında tazminat bakımından dava şartı olduğundan dava açılmadan önce henüz arabulucuya başvurmadan ihtiyati haciz talep edilip edilemeyeceği konusu açıklığa kavuşturulmalıdır. Açacağı tazminat davasındaki alacağını önceden güvence altına almak isteyen ve arabuluculuk prosedüründe geçecek sürede alacağının zarara uğrama tehlikesi bulunduğunu öngören

oluşturulan tablo ve sonuçlanma sürelerinin yüzde ile ifade edildiği pasta grafiğine ulaşmak için bkz. Tufan, *a.g.e.*, s. 81.

⁶¹⁰ Kale, *a.g.e.*, s. 46.; Osman Umut Karaca, “Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C. 21, S. 1, Ekim 2019, s. 54.

⁶¹¹ Ege, *a.g.e.*, s. 118-119.; Güneş, *a.g.e.*, s. 422.; Kale, *a.g.e.*, s. 44.; Karaca, *a.g.m.*, s. 53. Her ne kadar doktrinde kabul edilen genel görüşe göre hem tazminat hem de diğer talepleri bir arada içeren marka ihlali davalarında, tazminat istemi yönünden arabuluculuğa başvuru dava şartı olduğundan arabulucuya başvurulmaksızın açılan davalarda tazminat istemi yönünden usulden ret kararı verilmesi gerekmekte ise de Yargıtay’ın konuya ilişkin verdiği aksi yönde kararlar dikkat çekmektedir. Öyle ki Yargıtay, uyuşmazlığın çözümünde asıl olanın mahkeme yargısı olması, miktara tabi olan ve olmayan taleplerin bir arada ileri sürülmesi hâlinde talep yığılması sonucu zorunlu arabuluculuğa tabi olup olmadığına bakılmaksızın davanın mahkeme eli ile çözüme kavuşturulması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2019/4851 K. 2020/2732 ve 10.06.2020 tarihli kararı; Yargıtay 11. HD., E. 2020/933 K. 2020/5776 ve 09.12.2020 tarihli kararı (www.lexpera.com.tr), (Erişim Tarihi: 17.01.2022).

⁶¹² Bkz. Üçüncü Bölüm, s. 111 vd.

davacı, arabuluculuk yoluna başvurmaksızın geçici hukuki koruma türü olan ihtiyati haciz talebinde bulunabilmelidir⁶¹³. Nitekim 6325 sayılı HUAK m. 18/A/16 buna cevaz vermektedir. Anılan hükme göre “*Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir kararı verilmesi hâlinde 6100 sayılı Kanununun 397 nci maddesinin birinci fıkrasında, ihtiyati haciz kararı verilmesi hâlinde 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dava açma süresi, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar işlemez*”. O hâlde ihtiyati haciz talebinde bulunan kimse İİK m. 264/1’de öngörülen yedi günlük süre içinde dava açmadan önce arabulucuya başvurmalıdır. Kişinin arabulucuya başvurması itibarıyla dava açma süresi duracak ve arabuluculuk sürecinin tamamlanması ile de süre işlemeye devam edecektir. İhtiyati haczin etkinliği açısından yerinde olan bu düzenleme ile davacı vakit kaybetmeksizin talep edebileceği bu geçici hukuki koruma müessesesi kapsamında alacağını garanti altına alabilmektedir. Belirtilmelidir ki süresinde dava açılmaz ise ihtiyati haciz kendiliğinden kalkacaktır.

Zorunlu arabuluculuktan ayrı olarak marka hukukuna ilişkin alacak ve tazminat taleplerine ilişkin olanlar hariç olmak üzere diğer uyuşmazlıklarda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri konularla sınırlı olmak üzere tarafların ihtiyari arabuluculuğa başvurmada da bir engel bulunmadığı vurgulanmalıdır.

⁶¹³ Kale, *a.g.e.*, s. 45.

TARTIŞMA, SONUÇ VE ÖNERİLER

Temelde bir teşebbüsün mal ve hizmetlerinin başka teşebbüslerinkinden ayırt edilmesini sağlayan marka, serbest piyasanın dürüst bir şekilde işleyebilmesi ve etkin rekabetin işlerliği için de önem arz eder. Fikri Mülkiyet Hukuku'nun sınai haklar alanında yer alan marka, sahibine sağladığı kullanma ve tasarruf gibi münhasır hakların yanı sıra üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını önleme, yasaklama yetkilerini de veren mutlak bir haktır.

Dünya nüfusunun artmasına paralel olarak artış gösteren üretim ve tüketim faaliyetleri, küreselleşen dünyada ticaretin yaygınlaşması ve gelişen teknoloji ile artan e-ticaret uygulamaları, marka alanında yaşanan uyuşmazlıkların da artmasına neden olmuştur. Giderek artan sahtecilik endüstrisinin getirilerinden olan marka ihlaline karşı hak sahibinin gerek ulusal gerek uluslararası pek çok yasal düzenleme ile korunduğu bilinmektedir. Marka hakkının efektif şekilde korunması, makroekonomik etkenler üzerinde de rol oynayacağından ülkenin ekonomik büyümesini de doğrudan etkiler. Bu anlamda uluslararası alanda sınai haklar düzenlemelerinin yeknesaklaştırılması için ülkeler yoğun gayret içinde olsa da bir ülkenin kendi sınırları içinde sınai haklar için öngörülecek korumayı, çizilecek yasal çerçeveyi bizzat ülkelerin kendileri tayin etmektedirler. Dolayısıyla bir ülkenin fikri ve sınai haklar bakımından sağladığı koruma da esasen o ülkenin gelişmişlik düzeyinin bir göstergesidir. Bu nedenle ikisi arasında pozitif korelasyon bulunduğu söylenebilir.

Günümüzde Türk Marka Hukuku'na ilişkin temel normatif düzenleme olan SMK, AB marka mevzuatından yararlanılarak kaleme alınmış, mevzuat çağa uygun şekilde modernize edilerek diğer ülkeler ile uyum sağlanması amaçlanmıştır. Bu bağlamda SMK ile mülga 556 sayılı KHK karşılaştırıldığında markanın korunması kapsamında birçok hüküm yerini korumakla birlikte birtakım değişiklik ve yenilikler de yapılmıştır. Bu perspektifte, SMK ile ülkesel tükenme ilkesi yerini uluslararası tükenmeye bırakmış; kullanım kanıtı savunması hukuki zemine kavuşmuş; sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesi hüküm altına alınmış; mülga KHK'da ihlal niteliği taşıyan bazı fiillere yer verilmemiş ve fakat diğer bazı fiiller tecavüz fiilleri arasında düzenlenmiş; marka hakkı sahibinin muhtemel tecavüzün önlenmesini talep etme hakkı hüküm altına alınmıştır. Tez çalışmamızda marka ihlalinin hukuki sonuçları SMK ekseninde, ilgili yerlerde KHK düzenlemeleri ile yapılan karşılaştırmalar ve tartışmalı hususlar vurgulanarak Yargıtay ve ABAD kararları ışığında incelenmiştir.

Bilindiği üzere SMK henüz yakın bir geçmişe sahip yasal düzenlemedir. Bu kapsamda marka hakkı ve ihlaline ilişkin çoğu uyuşmazlık ve bu konudaki yargı kararları mülga KHK' ya göre şekillenmiş olsa da çalışmamızda özellikle güncel Yargıtay kararlarına yer verilmiş ve fakat geçerliliğini hâlen devam ettiren bazı konularda mülga KHK dönemindeki içtihatlardan da yararlanılmıştır. Bununla birlikte Türk hukuk sisteminde SMK kapsamında marka hakkı koruması, kural olarak tescil ile elde edildiğinden marka ihlali ve hukuki sonuçları SMK hükümlerine göre ele alınmış ve aynı zamanda haksız rekabet teşkil eden marka ihlalinin sonuçları ve tescilsiz markalar için TTK uyarınca öngörülen hukuki koruma, çalışma kapsamına dahil edilmemiştir.

Marka hakkı ihlale uğrayan hak sahibi, SMK m. 149 uyarınca üçüncü kişinin fiilinin tecavüz olduğunu hüküm altına aldırarak için marka hakkına tecavüzün tespitini mahkemeden isteyebileceği gibi 556 sayılı mülga KHK'dan farklı olarak marka hakkına muhtemel tecavüzün önlenmesini de talep edebilir. Böylece mülga 556 sayılı KHK'da yer verilmeyen ve eksikliği hissedilen bu dava ile marka hakkı sahibinin tecavüz fiilleri henüz hazırlık aşamasında iken önlenebilecektir. Bununla beraber hak sahibi tecavüzün durdurulmasını, tecavüzün etkilerini ortadan kaldırmak ve eski hâle dönüşü sağlamak adına da tecavüzün kaldırılmasını dava ile isteyebilir.

Marka ihlali hâlinde hak sahibi, zararının tazmini için maddi, manevi ve itibar tazminatı da talep edebilecektir. Bu tazminat davalarının her biri ayrı kalem olup yalnız biri istenebileceği gibi hepsinin aynı uyuşmazlıkta talep edilmesinin de önünde bir engel yoktur. Fiili zarar ve yoksun kalınan kazancın birlikte meydana getirdiği maddi tazminatta, yoksun kalınan kazancın hesabında SMK'da öngörülen hesaplama yöntemlerinden birinin davacı tarafından seçilmesi, seçilmedi ise hakim tarafından bu yönde uyarılması ve tercihini açıklattırmak yoluyla seçimin öğrenilmesi ve hesaplamanın bu doğrultuda yapılması gerekir. SMK m. 151/2'ye göre davacının seçebileceği hesap yöntemleri: marka hakkına tecavüz edenin (mütecavizin) rekabeti olmasaydı hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, mütecavizin elde ettiği net kazanç ve mütecavizin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedelidir.

SMK m. 151/4 uyarınca ürüne ilişkin talebin oluşmasında markanın belirleyici etken olduğuna kanaat getiren mahkeme, yapılan hesaplamaya hakkaniyete uygun bir pay eklenmesine de karar verebilir. Markanın ekonomik değerinin yüksek olması hâlinde hak sahibinin muhtemel geliri veyahut mütecavizin net kazancı baz alınarak hesaplama

yapılan yöntemlerde, hâkimin takdirine göre uygun bir payın eklenmesi mümkün iken bu anlamda ayrı tutulan lisans örneksemesi hesap yönteminin de bu kapsama dahil edilmesi yerinde olacaktır. Nitekim başlangıçta takdir edilen mutlak lisans bedeli, daha sonra markanın ekonomik değerinin yüksekliği sebebi ile artırılabilir.

Bunların yanı sıra hak sahibi, ihlal konusu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara tecavüz konusu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini etkilemeyecek şekilde el konulmasını ve bunlar üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınmasını isteyebilir. Ayrıca el konulan ürünler ile cihaz, makine gibi araçlar üzerinden markanın silinmesini, bunların şeklinin değiştirilmesini ve başka yol ile tecavüzün önlenmesi mümkün değil ise son çare olarak ürün veya araçların imhasını da mahkemeden isteyebilir. Davada haklı çıkan taraf, güven ve dürüstlük kurallarının hâkim olduğu ticari hayatta yaşayabileceği muhtemel olumsuzlukları bertaraf edebilmek adına hükmün ilan veya ilgililere tebliğini de talep edebilir.

SMK m. 156 uyarınca marka ihlali hâlinde uyuşmazlığı ele alacak görevli mahkeme, ihtisas mahkemelerinden olan fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemeleridir. Fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış yerlerde onun yerine asliye hukuk mahkemesi; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış yerlerde ise onun görev alanına giren dava ve işlere asliye ceza mahkemeleri bakmakla görevlidir. Bununla birlikte yetkili mahkeme ise davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir.

Hükmün etkinliğini temin eden, hak sahibinin dava konusuna ulaşmasını garanti altına alan geçici hukuki koruma müesseseleri, diğer pek çok davada olduğu gibi marka ihlal davaları açısından da oldukça ehemmiyet teşkil eder. Öyle ki yargılamanın belli bir zaman alması hatta bazı hâllerde yıllarca sürmesi, hak sahibini hakkının kaybolması veya zararın büyümesi tehlikeleri ile karşı karşıya getirdiğinden böyle hâllerde ihtiyati tedbirlerin kurtarıcı rolünden yararlanmak isteyen marka sahibi, mahkemeden ihtiyati tedbir talep edebileceği gibi delillerin karartılması ihtimaline karşı delil tespiti de isteyebilir. Burada şu noktaya dikkat çekmek gerekir ki çoğu zaman hız açısından karşı taraf dinlenilmeden verilen ihtiyati tedbir kararları olumsuz sonuçlar doğurabilmektedir. Bu anlamda Türk Hukuku'nda henüz bulunmasa da hâlihazırda İsviçre ve Alman hukuklarında yer alan ve uygulanagelen karşı tarafın ihtiyati tedbir kararına karşı kendini savunması mahiyetinde “*korunma dilekçesi*” müessesesinin ileride uygulamaya geçirilmesi, menfaat dengesinin sağlanması açısından önemli ve gereklidir.

Günümüzde internet ortamı, mal veya hizmetlerin yaygın kullanılan tanıtım ve pazar yeri olduğundan üçüncü kişiler tarafından hak veya meşru bağlantı olmaksızın markanın internette ticari etki yaratacak şekilde alan adı, yönlendirici kod ve anahtar sözcük olarak kullanılması ile marka hakkı çoğu zaman ihlal edilmektedir. Hak sahibinin internetteki marka ihlallerine karşı da korunması gereklidir. Özellikle arama motorlarının gelir kaynağının ciddi bir bölümünü oluşturan adwords internet reklamcılığı ile anahtar kelimelerin birden çok kişiye satılması, tescilli markasını içeren kelime satın alan üçüncü kişilerin kendi sitelerini hak sahibinin önüne geçirmesi, çekici unsurlarla tüketiciyi yanıltması istenmeyen sonuçlara neden olmaktadır. Arama motorlarının bu anlamda hukuka aykırı içeriği kontrol etme yükümlülükleri de bulunmadığından marka sahibinin internette markasını etkin şekilde kullanmasının önüne geçilmektedir. Marka ihlal davaları ve diğer talepler, internet yoluyla marka ihlalinde de baki olsa da *de lege ferenda* adına adwords reklamcılık hizmetinde bir takım düzenlemeler yapılarak ihlalin kaynağında sorun çözülerek hak sahibinin mağduriyeti engellenebilir. Öyle ki çalışmamızda, gelecekte uygulamaya geçmesini ümit ettiğimiz sistem ile tescilli bir markanın aynısının anahtar kelime olarak satın alınması, yalnızca marka sahibine bırakılabilir. Böylece bir nebze de olsa marka sahibinin tescilli markasının rakip firmalarca veya başka kişilerce satın alınarak haksız olarak kullanılması ve bunun üzerinden gelir elde edilmesi engellenebilir.

Markasını hukuki işlemlere konu edebilen hak sahibi, lisans sözleşmesi ile markanın kullanımını üçüncü bir kişiye bırakabilir. SMK m. 29/1-ç' ye göre lisans alanın lisans yoluyla verilen hakları izinsiz genişletme veya değiştirmesi, marka hakkına tecavüz oluşturur. Ancak lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz daraltılması hususunda mevzuatta bir düzenleme yer almamaktadır. Hâlbuki lisans alanın kendisine verilen hakları kalite veya kullanım yönünden daraltması veyahut markayı hiç kullanmaması durumlarında marka hakkının zedelenme tehlikesi bulunur. Hâl böyle iken lisans yoluyla verilen hakların izinsiz daraltılmasının da genişletme veya değiştirmeyi ihlal kabul eden maddeye eklenerek kapsam dahilinde değerlendirilmesi daha doğru olacaktır.

İhlale karşı birçok yönden hak ve yetkilerle donatılmış marka hakkı sahibinin karşısında ticaretin etkin rekabet ortamında işleyebilmesi için menfaatler dengesinin sağlanması gerekir. Bu anlamda üçüncü kişi, bir markanın kullanımının, başka bir kimsenin marka hakkını ihlal edip etmediğini öğrenmek ve buna göre öngörülebilir ve sağlam adımlar ile ticaret hayatına yön vermek isteyebilir. Öyle ki bir işaret ile ticari

hayatta faaliyet gösterecek, yatırım yapacak bir kişi daha sonra mütecaviz konumuna düşmemek adına kullanımının, marka sahibinin marka hakkına tecavüz teşkil edip etmediğinin belirlenmesini mahkemeden isteyebilir. Menfi tespit davası niteliğindeki bu dava, kişinin sürekli bir dava tehdidi altında bulunmasının engellenmesi bakımından da önemlidir.

Ayrıca SMK m. 29/2 uyarınca marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan davada tecavüz fiilini gerçekleştirdiği iddia edilen kişi, marka hakkı sahibinin markasını beş yılı aşkın süredir tescilli olmasına rağmen en az beş yıldır kullanmadığını ve bu nedenle de tecavüz iddiasında bulunamayacağını “*kullanım kanıtı savunması*” ile ileri sürebilir. Bu hâlde marka sahibi, markasını Türkiye’de ciddi biçimde kullandığını delilleri ile birlikte ispatlamalıdır. Tecavüz davalarında mütecaviz olduğu iddia edilen kişiye tanınan bu def’i imkanı, ticaret hayatında menfaat dengesinin sağlanması ve sicilin kullanılmayan markalar çöplüğüne dönüşmesinin engellenmesi adına önemlidir.

Marka hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan sessiz kalma yoluyla hak kaybının tecavüz davalarında ileri sürülebilmesine ilişkin SMK’da bir hüküm bulunmasa da yargı kararlarında istikrar kazandığı üzere m. 25/6’da hükümsüzlük davaları için öngörülen sessiz kalma yolu ile hak kaybının marka ihlali hâlinde açılacak davalarda da uygulanabilirliğinin kabulü gerekir. Bu nedenle tecavüz davalarının da mezkûr hükmün kapsamına alınması yerinde olacaktır. Nitekim iyiniyetli olarak markayı uzun bir süre ticaret hayatında kullanan, piyasada o marka ile bilinen, bunun için uzun zaman, emek ve para harcayan, çeşitli yatırımlar yapan iyiniyetli kişinin sürekli bir dava tehdidi altında bulunması, ticari hayatı işlemez hâle getirir ve yapılacak yatırımların gerçekleşmemesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle markasının başka kimse tarafından kullanıldığını bildiği hâlde uzun süre görmemiş, duymamış ve bilmiyor gibi davranarak onun kullanmasına katlanmış, kullanımı zımni olarak kabul etmiş ve canı istediğinde bu davranışına paradoks olarak çelişkili davranma yasağına aykırı şekilde tecavüz iddiası ile dava açan kötü niyetli marka sahibinin bu fiili, dürüstlük kurallarına aykırı ve hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hukuk düzeni ise hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hiçbir suretle korumaz.

Marka hakkı ile ilgili uyuşmazlıkların etkin şekilde çözülebilmesi için alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından olan arabuluculuk önem arz eder. TTK’ya eklenen 5/A maddesine göre TTK m. 4’te ve diğer kanunlarda yer verilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri bakımından dava açılmadan

önce arabulucuya başvurulması bir dava şartıdır. TTK m. 4/1-d uyarınca marka ihlal davaları mutlak ticari dava olarak kabul edildiğinden bu anlamda 2018 itibarıyla konusu bir miktar paranın ödenmesi talepli marka ihlal uyuşmazlıklarında tarafların önce arabulucuya başvurusu zorunludur. Bunun yanı sıra alacak ve tazminat taleplerine ilişkin olanlar hariç olmak üzere diğer uyuşmazlıklarda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildikleri konularla sınırlı olmak üzere taraflar, ihtiyari arabuluculuğa da başvurabilir. Bu anlamda özellikle tazminat talepleri bakımından arabuluculuk ehemmiyet arz eder. Ülkemizde uygulanmaya başladığından bugüne kadar pek çok uyuşmazlığın mahkemeye gitmeden anlaşma ile sonuçlanmasını sağlayan arabuluculuk müessesesi, hem yargı yükünü hafifletmesi hem de yıllarca sürebilen dava sürecini bertaraf ederek uyuşmazlığın daha kısa sürede çözüme kavuşturulmasını sağladığından birçok açıdan olumlu bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Arabuluculuğun ticari uyuşmazlıklarda dava şartı olarak düzenlenmesi ve böylece markadan doğan uyuşmazlıkların zorunlu arabuluculuk kapsamına alınması, yakın tarihli sayılabilecek bir düzenleme olması nedeni ile henüz yeni yeni uygulanmaya başlasa da marka hukuku açısından düşünüldüğünde gelecekte hem taraflar hem de devlet açısından olumlu sonuçlar yaratacağı şüphesizdir.

KAYNAKÇA

- ABACIOĞLU VİSKUŞENKO, Melis. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Bağlamında Paris Sözleşmesi Anlamında Tanınmış Markaların Koruma Kapsamı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- AKAY, Tolga. “Osmanlı Devleti’nde Marka Hukukunun Gelişimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 29, Sayı: 126, Eylül 2016, ss. 363-392.
- AKER, Yeşim. *Marka Tescil Sürecinde Türk Patent ve Marka Kurumu Kararlarına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Yollar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- AKİPEK, Jale G., Turgut AKINTÜRK ve Derya ATEŞ KARAMAN. *Türk Medenî Hukuku - Kişiler Hukuku Başlangıç Hükümleri*, C. I, (11. Baskı), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- AKTEKİN, Uğur, Güldeniz DOĞAN ALKAN ve İbrahim Barış SAYAR. “Türk Hukuku Uygulamasında Tanınmış Marka Kavramı ve Koruma Kapsamı”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2016/2, ss. 1-16.
- ALİZADA, Ziyaddin. *Marka Hukukunda İtibar Tazminatı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- ALTINOK, Arda. *Markanın İnternet Alan Adı Olarak Kullanılması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- ARI, Zekeriyya. “Marka Hakkının Tüketilmesi”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XI, Sayı: 1-2, 2007, ss. 279-305.
- ARKAN, Sabih. “Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması, Zorunluluğu?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. XX, Sayı: 3, 2000, ss. 5-13.
- ARKAN, Sabih. *Marka Hukuku*, C.I, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1997.
- ARKAN, Sabih. *Marka Hukuku*, C. II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- ARKAN, Sabih. *Ticari İşletme Hukuku*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Özge. *Marka Hakkının Sona Ermesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Ramazan, Ejder YILMAZ ve Sema TAŞPINAR AYVAZ. *Medenî Usul Hukuku*, (3. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ASLAN, Adem. *Türk ve AB Hukukunda Fikri Mülkiyet Haklarının Tükenmesi*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen. *Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat Sorunu*, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen. “İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl. 9, Sayı: 36, Ekim 2018, ss. 143-170.
- ATASOY, Kemal. “Marka Hakkında Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 1, Sayı: 1, 2015, ss. 24-49.
- AYDIN, Fatih. “Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 30, Sayı: 133, 2017, ss. 517-576.
- AYDIN, Hüseyin. *Sınai Mülkiyet Hakları Aleyhine İşlenen Suçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- AYDIN, Sevgican. *556 Sayılı KHK’ya Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hakkın Korunması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

- AYHAN, Rıza ve Hayrettin ÇAĞLAR. *Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, (11. Bası), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- AYTUĞAR, Bilge ve Sultan KÜÇÜK. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavülden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sayı: 1, 2020, ss. 110-125.
- BAĞIRLAR, Mehmet. *TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması*, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2015.
- BAHTİYAR, Mehmet. *Ticari İşletme Hukuku*, (19. Bası), Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BAŞBÜYÜK, İsa. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkının İhlâlinden Doğan Cezai Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BAYRAK, Önder. *Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları (Açıklamalı, İctihatlı)*, (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- BERBEROĞLU YENİPİNAR, Filiz. *Marka İhlali*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- BİLGİLİ, Fatih ve Ertan DEMİRKAPI. *Ticari İşletme Hukuku*, (6. Baskı), Dora Yayınevi, Bursa, 2016.
- BİLGİLİ, Fatih ve Ertan DEMİRKAPI. *Ticaret Hukuku Bilgisi*, (15.Baskı), Dora Yayınevi, Bursa, 2019.
- BOUCHOUX, Deborah E.. *Intellectual Property (The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets)*, 3. Edition, DELMAR Cengage Learning, New York, 2009.
- BOZBEL, Savaş. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- BOZER, Ali ve Celal GÖLE. *Ticari İşletme Hukuku*, (4.Bası), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2017.
- BOZGEYİK, Hayri. “Garanti Markasının Marka Hukukundaki Yeri ve Benzer Kavramlarla İlişkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, Sayı: 2, 2013, ss. 91-102.
- BOZGEYİK, Hayri. *Görüşler ve Kararlar Hukuki Mütalaalar (Marka, Tasarım, Telif, Haksız Rekabet, Kıymetli Evrak)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BOZGEYİK, Hayri. *Görüşler ve Kararlar Ticaret Hukuku (Ticari İşletme, Şirketler, Kıymetli Evrak, Sigorta, Haksız Rekabet, Kooperatif ve Marka Hukuku)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BUTERA, Celeste M.. “Domain Name Piracy and Trademark Infringement”, *Journal of Marketing Management*, Vol. 9, Iss. 3, Chicago, 2000, ss. 58-61.
- BÜYÜKKILIÇ, Gül. *Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- CAMCI, Ömer. *Marka Davaları*, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul, 1999.
- CAMCI, Ömer. *Haksız Rekabet Davaları – 1*, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul, 2001.
- CAMCI, Ömer. *Haksız Rekabet Davaları – 2*, Ufuk Reklamcılık ve Matbaacılık, İstanbul, 2002.
- ÇAĞLAR, Hayrettin, Rıza AYHAN, Burçak YILDIZ ve Dilek İMİRLİOĞLU. *Sınai Mülkiyet Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ÇAĞLAR, Hayrettin. *Marka Hukuku Temel Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- ÇAĞLAR, Hayrettin. “Sınai Mülkiyet Kanununun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, Sayı: 1, 2017, ss. 139-154.
- ÇAĞLAR Hayrettin. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukukî Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK m.

- 14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXI, Yıl. 2017, Sayı: 1, ss. 3-19.
- ÇAKIR, Aytuğ Ceyhun, Alper ÖZBOYACI ve Ertan DEMİRKAPI. “Marka, Ticaret Unvanı ve İşletme Adının Birbirleriyle Karıştırılma Tehlikesine Karşı Korunması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, C. 7, Sayı: 1, 2021, ss. 37-67.
- ÇAPA, M. Sadık. “Üçüncü Kişiler Tarafından Marka Hakkına Tecavüz Durumunda Basit Lisans Alanların Zararlarının Tazmini”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Sayı: 2, 2017, ss. 567-590.
- ÇELİK, Aytekin. *Ticaret Hukuku*, (11. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÇELİKEL, Deniz. *Marka Hukukunda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Kararları ve Yorumu*, (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÇETİNER, Selma ve Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL. *Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku*, (5.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÇETİNKAYA, İbrahim. *Markaya Tecavüz Halinde Marka Sahibinin Talepleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya, 2010.
- ÇETİNTÜRK, Ekrem. *Marka Taklitçiliği Suçu*, (2.Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÇOLAK, Uğur. *Türk Marka Hukuku*, (4. Baskı), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇOŞĞUN, Gizem. *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DEMİRCİ, Muhammet Zeki. *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Halleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Aydın Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis. *Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler*, (2. Baskı), Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002.
- DİLMAÇ, Şule. *Uluslararası Metinlerde Tanınmış Marka ve Markanın Sulandırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- DİNÇER, Yasin. *Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.
- DİRİKKAN, Hanife. *Tanınmış Markanın Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- DİŞLİ, Esra. *Marka Hakkının İnternet Ortamında İhlali*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016.
- DOĞAN, Beşir Fatih. “Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, Sayı: 1, Haziran 2007, ss. 219-238.
- DUTFIELD, Graham. “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)”, *The Princeton Encyclopedia of the World Economy*, Princeton University Press, Princeton, 2009, ss. 19-25.
- DÜNDAR, Efe. “Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Marka Hukukuna Getirilen Yenilikler”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 10, Sayı: 108, 2018, ss. 11-21.
- EGE, Önder. *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Korunma Yolları*, (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- EMİNOĞLU, Cafer. “Marka Sahibinin Teklifi İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK’nın m. 16/5 Hükümünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme)”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2016/1, ss. 229-254.
- EPÇELİ, Sevgi. *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- ERBS, Georg ve Max KOHLHAAS. *Strafrechtliche Nebengesetze*, 236. Auflage, C.H. Beck, München, 2021.

- ERCAN, Tayfun ve Nebile TEKE AKBULUT. *Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ERDİL, Engin. *Fikri Mülkiyet Hukuku Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- EROL, Emine Elif. *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Hukuk Davaları ve Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2013.
- FEZER, Karl – Heinz. *Markenrecht*, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2009.
- FIRINCIOĞULLARI, Feray. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Karıştırılma İhtimali”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, Sayı: 145, Eylül 2018, ss. 144-157.
- FİDAN, İsmail. *Marka Hakkının İhlali*, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2001.
- GIERKE, Julius. *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin 2017.
- GINSBURG, Jane C., Jessica LITMAN ve Mary L. KEVLIN. *Trademark and Unfair Competition Law (Cases and Materials)*, 4. Edition, Foundation Press, New York, 2007.
- GÖNEN, Coşku. *Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın İadesi*, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- GÜL, İbrahim. “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, *Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, Sayı: 13, 2017, ss. 81-115.
- GÜNEŞ, İlhami. “Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler ve Uygulama”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, Sayı: 137, 2018, ss. 80-87.
- GÜNEŞ, İlhami. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Marka Hukuku*, (2.Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- GÜVEN, Arife. *Türk Hukukunda Garanti Markası ve TSE'nin Garanti Markası Niteliği*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2015.
- HACİÖMEROĞLU, A. Oğuzhan ve Zeliha İNCE. “Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler ile Yargı Kararları Işığında Tanınmış Markanın Sulandırılması”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2020, 6(1), ss. 75-107.
- HAMDEMİR, Berkan ve Efe DÜNDAR. “Marka Hakkının Mülkiyet Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi ve Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolu ile Korunması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, ss. 319-343.
- HASBAY, Onur. “Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi Dördüncü Daire'nin Louis Vuitton Malletier S.A- Haute Diggity Dog, LLC Kararı”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, Sayı: 16, 2017, ss. 141-160.
- HATİPOĞLU, Esra. *Tescilli Markaya İnternet Yoluyla Tecavüz 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Yer Alan Durumlar ve Adwords Uygulamaları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- İLKHAN, Seyrani. *6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkı Aleyhine İşlenen Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- İMİRLİOĞLU, Dilek. *Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi*, (Yayınlanmış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.
- KALE, Serdar. *Marka Davalarında Yargılama Usulü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- KAPLAN, Mikail Bora. *Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

- KARA, Enes. *Sınai Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabet Hükümleri Çerçevesinde Korunması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- KARABIYIK, M. Üzeyir. *Marka Hakkına Tecavüz Halinde Açılacak Hukuk Davaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2009.
- KARABULUT, Özlem. *Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuki Sorumluluğu*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008.
- KARACA, Osman Umut. “Dava Şartı Olan Arabuluculuk Kapsamındaki Sınai Mülkiyet Uyuşmazlıkları”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, C. 21, Sayı: 1, Ekim 2019, ss. 47-55.
- KARACA, Osman Umut. *Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları*, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.
- KARADAŞ, Muhammet İkbâl. *Marka ve Ticaret Unvanı Arasında Karıştırılma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KARAHAN, Sami. “Gerçek Kişi Unvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hak Kaybı İlkesi -Karar Tahlili-”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 21, Sayı: 1, Haziran 2001, ss. 271-285.
- KARAMAN ODABAŞI, Fatma. *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KARASU, Rauf, Cahit SULUK ve Temel NAL. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (5.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KARATAŞ, Atakan. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununda Marka Düzenlemeleri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 91, Sayı: 5, 2017, ss. 288-296.
- KARGIN, Veli. “Sınai Mülkiyet Hakları ve Tazminat”, *Hukuk Gündemi Dergisi*, 2006-4, ss. 91-96.
- KART, Aslıhan. *Marka Hakkına Tecavüz Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KAYA, Arslan. *Marka Hukuku*, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- KAYA, Ferman. *E-Ticaret Hukuku ve Tüketici Hukukundaki Uygulamaları*, (4.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAYA, Mustafa İsmail ve Burçak TATLI. *Ticaret Hukuku-I (Ticari İşletme ve Ortaklıklar Hukuku)*, (3.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KAYAR, İsmail. *Ticari İşletme Hukuku*, (11.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KAYAR, İsmail. *Ticaret Hukuku*, (5.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- KAYIHAN, Şaban. *Ticari İşletme Hukuku*, (7.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAYIHAN, Şaban. “Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, ss. 423-448.
- KILEJIAN, Maral ve Sally DAHLSTORM, “Trademark Infringement Claims in Keyword Advertising”, *Franchise Law Journal*, Vol. 36, Iss. 1, Summer 2016, ss. 123-134.
- KIRCA, İsmail. *Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2005.
- KOÇAK, Mahmut Arif. “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 155. Maddesi Karşısında Marka Tescili Üzerine Düşünceler”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2, Kasım 2020, ss. 293-310.
- KOHLER, Helmut, Joachim BORNKAMM ve Jörn FEDDERSEN. *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG*, 39. Auflage, C.H. Beck, München, 2021.

- KORKUT, Ömer. “Bir Markanın Web Sitelerinde Yönlendirici Kod (Meta Tag) Olarak Kullanılması Sorunu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, Sayı: 2, Aralık 2007, ss. 501-519.
- KOŞER, Nihal. “Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Mahkemesi’nin 7 Şubat 2019 Tarihli ‘Swemac’ Kararı ve Bu Kararın Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi (Marka Hukukunda Önceki Tarihli Hakların Etkisine İlişkin Bir İnceleme)”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, Sayı: 1, Nisan 2020, ss. 2151-2178.
- KÖROĞLU, Emre. “Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden ‘Zamanaşımı’, ‘Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı’ ve ‘Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları’”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, Sayı: 3, 2016, ss. 1889-1913.
- KURT, Özlem. *Markanın Ürün veya Hizmetin Tasviri Amacıyla Kullanılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KURT, Zeki Emre. *Marka Vekilleri- Marka Avukatları İçin Uygulamalı Marka Hukuku (AB İçtihatları Işığında)*, (2.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- KÜÇÜKALİ, Canan. *Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- LEXPERA – Hukuk Bilgi Sistemi: Mevzuat, İçtihat, Literatür & Örnekler www.lexpera.com.tr.
- MARSOOF, Althaf. “Keyword Advertising: Issues of Trademark Infringement”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, Vol. 5, Iss. 4, 2010, ss. 240-251.
- MEMİŞOĞLU, Sami Özgür. *Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- MERAN, Necati. *Marka Hakları ve Korunması*, (4.Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- MİNTAŞ, Hazal. *Marka Hukukunda Karıştırılma Tehlikesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- NEVERAUSKAS, Giedre. *Markennutzung bei Keyword-Advertising in Vertriebsverhältnissen*, Schulthess Verlag, Zurich, 2016.
- NOMER ERTAN, N. Füsün. *Haksız Rekabet Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- NOYAN, Erdal. *Marka Hukuku*, (4. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- OYTAÇ, Kutlu. *Karşılaştırmalı Markalar Hukuku*, (2. Baskı), Nobel Kitabevi, İstanbul, 2002.
- OĞUZ, Arzu. “Fikri Mülkiyet Haklarından Doğan İhtilafların Arabuluculuk Yolu ile Çözümlemesi Konusunda Değerlendirme”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, Sayı: 152, Nisan 2019, ss. 813-822.
- OĞUZ, Arzu. “Tanınmış Marka ve Tanınmış Marka Ölçütlerinin Uygulanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, Sayı: 140, Nisan 2018, ss. 35-48.
- OĞUZMAN, M. Kemal ve Nami BARLAS. *Medenî Hukuk*, (20. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- ÖKSÜZ, Mustafa. “Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 34, Sayı: 156, Eylül 2021, ss. 301-339.
- ÖZEKES, Muhammet. “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, Sayı: 2, 2002, ss. 89-138.
- ÖZEL, Çağlar. *Marka Lisansı Sözleşmesi*, (2. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- ÖZER, Fatma. “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Genel Bir Değerlendirmesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, Sayı: 128, 2017, ss. 131-167.
- ÖZER, Fatma. *Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- ÖZEROĞLU, Ömer Faruk. *Marka Korsanlığı, (Markaya Tecavüzün Hukuki Sonuçları ve Marka Korsanlığı ile Mücadele Tedbirleri)*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.
- ÖZKAN, Barçın. *Marka Hakkına Tecavüz Hâlinde Verilecek İhtiyati Tedbirler*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- ÖZMEN, Özkan Burak. *İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- PASLI, Ali. *Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer. *Haksız Rekabet ve Marka Hukukuna İlişkin Bilirkişi Raporları ve Mütalaalar II*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- PEKDİNÇER, Remzi Tamer ve Hakan ERTEM. “Fikri Mülkiyet Hukuku Alanı İçinde Ambalaj Tasarımlarında İltibasın Değerlendirilebilmesine Yönelik Yöntem ve Kriterlerin Saptanması İçin Öneriler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, Sayı: 3, 2014, ss. 303-344.
- PITIRLI, Burak ve Berkay TURHAN. “Markalar Arasında Karıştırılma İhtimali”, *Bursa Barosu Dergisi*, C. 45, Sayı: 111, Mart 2020, ss. 82-91.
- POLATER, Salih. “Marka Hakkının İhlali Sebebi ile İleri Sürülebilecek Talepler Bakımından Kusur Şartının Varlığı Sorunu”, *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 2016/1, ss. 51-65.
- POROY, Reha ve Hamdi YASAMAN. *Ticari İşletme Hukuku*, (14. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- RADACK, David V.. “Likelihood of Confusion – The Basis for Trademark Infringement”, *Journal of Management (JOM)*, Vol. 54, Iss. 12, New York, Dec. 2002, s. 80.
- RÜZGÂR, Eser. *Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi*, (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- SARAÇ, Tahir. “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 24, Sayı: 2, 2007, ss. 443-470.
- SARI, Onur. “Sınai Mülkiyet Kanununda Düzenlenen Sınai Haklardan Doğan Uyuşmazlıklara Dava Şartı Arabuluculuğun Uygulanması”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, ss. 345-386.
- SARI, Onur. *Türk ve ABD Hukuku Bağlamında Marka Hakkı Edinme Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SARIGÜL, Harun. *Marka Hukukunda Karıştırma İhtimali*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- SAVAŞ, Taner ve Murat SAYGIN. *Marka Tescil Süreci*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SAUNDERS, Kurt M.. *Intellectual Property Law*, West Academic Publishing, St. Paul, MN, 2016.
- SEKMEN, Orhan. *Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- SEKMEN, Orhan. “Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Zararı Aşan Tazminat ve Belirlenmesi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, Sayı: 2, 2015, ss. 67-106.
- SMITH, Gordon V.. *Trademark Valuation*, John Wiley & Sons, Hoboken, 1997.
- SMITH, Gordon V. ve Russel L. PARR. *Intellectual Property (Valuation, Exploitation and Infringement Damages)*, John Wiley & Sons., Hoboken, 2005.

- SÖYLER, Ecevit Kerem. *556 Sayılı KHK Hükümlerine Göre Marka Hakkına Tecavüz Hâlleri ve Marka Hakkının Hukuki Yoldan Korunması*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- SULUK, Cahit. *Fikri Mülkiyet Yazıları I – Mütalaalarım (2001-2020)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ŞAHAN, Ayhan. *Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Marka Hakkına Tecavüz Halinde Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Gaziantep, 2019.
- ŞAHİN SİPAHİOĞLU, Diren. *Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- ŞENOCAK, Kemal. “Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 25, Sayı: 3, Eylül 2009, ss. 89-141.
- TAMER, Elanur. *Marka Hukukunda Kullanım İspatı*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021.
- TEKİNALP, Ünal. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, (5. Baskı), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- TEOMAN, Ömer. *Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukukî Mütalaalar) Cilt II: 1992-1999*, (2. Yeniden ve Aynen Dizilmiş Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- TUFAN, Ayşenur. *Ulusal ve Uluslararası Markaların Korunması ve Ulusal Marka Hakkı İhlal Davalarının İncelenmesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 2020.
- TÜZÜN, Işın. *556 Sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Taklit Markalı Mallara Gümrüklerde El Konulması ve Hukuki Sonuçları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- UZUNALLI, Sevilay. *Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Markanın Köken Ayırt Etme İşlevi ile Bağlantılı Kavramların Yorumu*, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008.
- UZUNALLI, Sevilay. *Marka Hukuku*, (2. Baskı), Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- UZUNALLI, Sevilay. *Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- ÜNAL KESTANE, Serpil. “Antik Çağda Pazarlama ve Pazarlama Karması Elemanlarına Yönelik Değerlendirmeler”, *Bitlis Eren Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 4, Sayı: 1, Haziran 2015, ss. 185-208.
- ÜNAL, Mücahit ve Sevgican AYDIN. “Marka Lisans Hakkının İzinsiz Genişletilmesi veya Üçüncü Kişilere Devri”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 31, Sayı: 1, Mart 2015, ss. 189-228.
- ÜZER, Muhammet Bilal. *Marka Hakkına Tecavüz ve Tecavüzden Kaynaklanan Hukuk Davaları*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2008.
- YAMAN, Özlem. *Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- YARAR, İbrahim. *Marka Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- YARDIM, M. Ertan. *Ticari Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk*, Ed: Ceyda Süral Efeçinar ve M. Ertan Yardım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YASAMAN, Hamdi, “Hizmet Markaları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 8, Sayı: 1, 1975, ss. 73-95.
- YASAMAN, Hamdi. “Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD. sinin Kararı Üzerine Düşünceler”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, Sayı: 2, 2004, ss. 151-158.

- YASAMAN, Hamdi. *Marka Hukuku*, C. I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- YASAMAN, Hamdi, Tolga AYOĞLU, Fülürya YUSUFOĞLU BİLGİN, Pınar MEMİŞ KARTAL, Sinan H. YÜKSEL ve Zeynep YASAMAN. *Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YASAMAN, Zeynep. “Avrupa Birliği ve Türk Hukuku Bakımından İnternet Yer Sağlayıcılarının Marka İhlalleri Kapsamında Sorumlulukları”, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, C. 27, Sayı: 2, 2019, ss. 263-291.
- YASAMAN, Zeynep. *Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda İnternette Marka Hakkının İhlali*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- YASAN, Mustafa. *Ticari İşletme Hukuku*, (3. Baskı), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- YAŞAR, Adem. “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (M. 12) ve İlgili Yargıtay Kararları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, Sayı: 2, 2016, ss. 909-929.
- YAŞAR, Ali. *Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Enstitüsü, İstanbul, 2016.
- YILDIZ, Adem. *Marka Davaları*, TPE Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara, 2005.
- YÖRDEM, Yılmaz. “Marka Hukukunda Arbuluculuk ve Tahkimin Uygulama Alanı”, *Dicle Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dicle Adalet Dergisi*, C. 1, Sayı: 1, 2017, ss. 15-29.
- YÖRDEM, Yılmaz. “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 6, Sayı: 21, 2007, ss. 331-348.
- YURTOĞLU CAN, Mücella. *Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- YÜKSEKOL, Deniz Türkan. “Yeni Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Olabilecek İşaretler”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, Sayı: 2, 2017, ss. 411-430.