

T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MARKA HAKKININ TÜKETİLMESİ

112766

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tolga AYOĞLU

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hamdi YASAMAN

AĞUSTOS 2001

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

İÇİNDEKİLER -

GİRİŞ

I. BÖLÜM: GENEL OLARAK MARKA HAKKI VE TÜKENME İLKESİ

A- Genel Olarak Marka Hakkı

1- Marka Hakkının Hukuki Niteliği

2- Marka Hakkının Fonksiyonları

- a- Mal veya Hizmetin Menşeyini Gösterme Fonksiyonu
- b- Garanti Fonksiyonu
- c- Reklam Fonksiyonu

3- Markanın Sağladığı Haklar

- a- Markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanımını önleme
- b- Markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleriyle ilgili olarak işaretin aynısı ya da benzerinin kullanımını önleme
- c- Tanınmış markanın söz konusu olduğu hallerde işaretin aynı ya da benzerinin benzer olmayan mal ve hizmetlerde kullanımını önleme
- d- Marka sahibinin yasaklayabileceği faaliyetler

4- Marka Hakkının Sınırları

B- Tükenme İlkesi

1- Kavram

2- Tükenmenin Coğrafi Sınırı Bakımından Sistemler

- a- Ülkesel Tükenme
- b- Bölgesel Tükenme
- c- Uluslararası Tükenme
- d- Değerlendirme

3- Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Tükenme İlkesi

II. BÖLÜM : MUKAYESELİ HUKUK VE FİKRİ SINAİ MÜLKİYET HAKLARI İLE İLGİLİ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE MARKA HAKKININ TÜKETİLMESİ İLKESİ

A- Mukayeseli Hukukta Marka Hakkının Tükenmesi

1- Avrupa Birliği Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

- a- İlkenin Ortaya Çıkışı ve ATAD'ın Yarattığı İçtihat Hukuku
 - aa) ATAD'ın Tükenmeye Yönelik İçtihat Hukuku
 - bb) Ortak Köken Doktrini
 - cc) Yeniden Ambalajlama
- b- 89/104 sayılı Yönerge'nin Düzenlemesi
 - aa) Tükenmenin Coğrafi Sınırı Bakımından Benimsenen Sistem
 - bb) Tükenme İçin Aranılan Şartlar
 - i) Markayı taşıyan malların Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulmuş olması
 - ii) Piyasaya sunum işleminin marka sahibinin rızası dahilinde gerçekleştirilmiş olması
 - cc) Tükenmenin Uygulanmayacağı Haller
 - dd) İspat Külfeti
 - ee) Bölgesel Tükenme Sistemine Yönelik Eleştiriler

2- Fransız Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

3- İsviçre Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

4- ABD Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

B- Fikri Mülkiyet Hukuku ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerde Tükenme İlkesi

1- GATT'ın Temel Felsefesi Bakımından Tükenme İlkesinin Değerlendirilmesi

2- TRIPs'in Konuya İlişkin Düzenlemesi

III. BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA MARKA HAKKININ TÜKENMESİ

A- İlkenin Hukukumuzdaki Tarihi Gelişimi Ve Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Konuya İlişkin Düzenlemesi

- 1- Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönem
- 2- Markaların Korunması Hakkında KHK'nın Tükenme İlkesine İlişkin Düzenlemesi

B- Tükenmenin Coğrafi Sınırı Bakımından Benimsenen Sistem

- 1- Tercih Edilen Sistem
- 2- Ülkesel Tükenme Sisteminin Sonuçları

C- Türk Hukukunda Marka Hakkının Tüketilmiş Kabul Edilmesi İçin Aranan Şartlar

- 1- Markanın KHK Kapsamında Korunan Markalardan Olması
- 2- Markayı Taşıyan Malların Türkiye'de Piyasaya Sunulmuş Olması
 - a) Piyasaya Sunum Kavramı
 - b) Piyasaya Sunumun Türkiye Sınırları İçerisinde Yapılmış Olması Zorunluluğu
- 3- Markayı Taşıyan Malların Marka Sahibinin Rızası Dahilinde Piyasaya Sunulmuş Olması
 - a) Marka Sahibi Tarafından Piyasaya Sunum
 - b) Marka Sahibinin İzniyle Üçüncü Kişi Tarafından Piyasaya Sunum
 - ba) Marka Sahibi İle Üçüncü Kişi Arasındaki Hukuki-İktisadi Bağımlılık İlişkisi Çerçevesinde Piyasaya Sunum
 - bb) Marka Sahibi İle Üçüncü Kişi Arasındaki Akdi İlişki Çerçevesinde Piyasaya Sunum
 - i) Üretim lisansı sözleşmesi çerçevesinde üçüncü kişi tarafından piyasaya sunum
 - ii) Üretim franchisingi sözleşmesi çerçevesinde üçüncü kişi tarafından piyasaya sunum

D- Tüktenmenin Uygulanmayacağı Haller

- 1- Markalı Mallar Üzerinde Değişiklik veya Kötüleştirme Yapılmış Olması
- 2- Değişirme veya Kötüleştirmenin Ticari Kullanım Amaçlı Olarak Yapılması
- 3- Haklı Sebeplerin Varlığı

E- Paralel Ve Tekrar İthalatlar Karşısında Akit Dışı Sorumluluk Normlarının Hukuki Konumu

- 1- Haksız Rekabet Kurallarının Uygulanabilme Olasılığı
- 2- BK md.41/II'nin Uygulanma Alanı
- 3- Temyiz Mahkemesinin Yaklaşımı

F- Gümrük Birliği Rejimi Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi

- 1- Ortaklık Konseyi Kararı'nda Öngörülen Düzenleme
- 2- Değerlendirmemiz

SONUÇ

KAYNAKÇA

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AEA	: Avrupa Ekonomik Alanı
ATA	: Avrupa Topluluğu Kurucu Anlaşması
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CML Rev.	: Common Market Law Review
dpn.	: Dipnot
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
E.	: Esas numarası
ECLR	: European Competition Law Review
Ed.	: Edition
EEA	: European Economic Area
EFTA	: European Free Trade Association
ELR	: European Law Review
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
GATT	: General Agreement on Tariffs and Trade
GRUR Int .	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
HD.	: Hukuk Dairesi
IIC	: International Review of Industrial Property and Copyright Law
İHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKVD	: İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi
Int. Lawyer	: International Lawyer
JTL.	: Journal of Transnational Law
K.	: Karar sayısı
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MLR	: Modern Law Review
MÜATEAAD	: Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi
NO.	: Süreli yayınlarda sayı
no.	: Paragraf
Pub.	: Publications
RG.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPs	: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Vol.	: Volume
Yarg.	: Yargıtay

• GİRİŞ

Dünya ekonomisinde görülen globalleşme trendi, mal, hizmet ve sermayenin serbestçe dolaşımını temel alan, münferit iç pazarları bütünleştirmek suretiyle tek bir "dünya pazarı" oluşturmayı hedefleyen liberal yaklaşımın bir tezahürüdür. Uluslararası ticaretin geliştirilmesi amacını güden bu sürecin fayda ve zararları tartışmalı olmakla birlikte, ilerleyen zaman içerisinde küresel ekonomiye yön verecek akım olduğu tartışmadan uzaktır.

Gelişen ticari yaşam içerisinde marka kavramı giderek daha önemli bir yer işgal etmektedir. Özellikle liberal iktisadi teori çerçevesinde özel teşebbüslerin hızla artarak rekabet içerisine girmeleri, ürettikleri mal ve hizmetlerin pazar bulabilmesi için kuvvetli markalar yaratma zorunluluklarını gündeme getirmektedir. Aynı piyasada sunulan benzer mal ve hizmetlerin giderek fazlalaşması karşısında, markanın ürünü üreten ya da piyasaya sunan taciri, bir diğer ifadeyle mal veya hizmetin menşeiini gösterme fonksiyonundan ziyade, mal ya da hizmete ilişkin belli bir seviyedeki garantiyi simgeleme özelliğinin ön plana çıktığı gözlemlenmektedir. Gerçekten, markanın mal veya hizmetin belli özelliklerini ve kalitesini simgeleme fonksiyonu, markaya bağımlı bir müşteri kitlesi oluşması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, markalı mal ya da hizmetleri üreten veya piyasaya sunan tacire marka üzerinde kapsamlı bir hukuki koruma sağlanması zorunludur. Ancak bu hukuki korumanın kapsamının gereğinden fazla olması, serbest ticaretin marka hakkına dayanılarak sınırlandırılması sonucunu doğurabilir. Örneğin, marka sahibine, marka hakkına dayanarak markalı malların piyasada tedavülüne engel olabilme imkanı tanınması, bu malların satım ve dağıtımının ticari yaşamın her aşamasında marka sahibinin tekeline bırakılması, bağımsız tacirlerce ticaretinin yapılması imkanının ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. Benzer

şekilde, markalı malların ithalini marka sahibinin münhasır yetkisine terketmek şeklindeki yaklaşım da, orijinal nitelikteki markalı malların dış pazarlardan marka hakkının tanındığı ülkeye bağımsız tacirlerce paralel ithalatını olanaksız kılması nedeniyle uluslararası ticaretin sübjektif bir hakka dayanılarak sınırlandırılması anlamına gelecektir.

Aktarılan tehlikeler, marka hakkının kötüye kullanılmasını önlemek üzere sınırlandırılması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Marka hukuku bünyesinde oluşturulan bu sınırlama tükenme ilkesi olarak anılmaktadır. 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin¹ 13. maddesi ile hukukumuzda da intikal eden tükenme ilkesi, paralel ve tekrar ithalatlara olanak tanınıp tanınmaması meselesi ile yakından ilgili bir konu olarak önemini korumaktadır.

Çalışmamızın hedefi, doktrin ve Yargıtay tarafından farklı şekillerde yorumlanan KHK'nın 13. maddesi sistematığının, mukayeseli hukukta öngörülen düzenlemeler de dikkate alınmak suretiyle açıklığa kavuşturulmasıdır. İncelememizde, tükenme ilkesi marka hakkı için öngörülen bir sınırlama olarak fikri- sınai mülkiyet hukuku çerçevesinde değerlendirilecektir, buna karşın marka hakkının rekabeti engellemek amacıyla kullanımı, bir başka anlatımla hakkın kullanımının rekabet hukuku bakımından ortaya çıkarabileceği görünümeler konu için çizilen sınırların dışında bırakılmaktadır.

Bu amaçla, çalışmamızın ilk bölümünde, genel olarak marka hakkı, hukuki niteliği, fonksiyonları ve hak sahibine sağladığı yetkiler üzerinde kısaca durulacak, ardından tükenme ilkesine ilişkin genel perspektifteki bilgiler ve tükenmenin coğrafi sınırı bakımından öngörülen sistemler inceleme konusu yapılacaktır. İkinci bölümde, tükenme ilkesinin mukayeseli hukukta arz ettiği görünüm aktarılmaya çalışılacak, bu esnada ülkemizin de dahil olma olasılığının bulunması nedeniyle Avrupa Birliği hukukunda ilkenin genel görünümü üzerinde ayrıntılı bir inceleme tesis edilecek, hemen ardından uluslararası sözleşmelerin tükenme ilkesine yaklaşımı büyüteç

¹ RG., 27.6.1995, S.22326.

altına alınacaktır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise, ilkeyi hukukumuza taşıyan KHK'nın 13. maddesi sistematığı değerlendirilirken; tükenmenin coğrafi sınırı bakımından kabul edilen sistem ve bu sistemin sonuçları, tükenmenin gerçekleşmiş kabul edilmesi için aranan şartlar, paralel ve tekrar ithalat hallerinde haksız rekabet normlarının uygulanma olasılığı ve Gümrük Birliği çerçevesinde tükenme ile ilgili olarak öngörülen düzenleme inceleme konusu yapılacaktır.



I- GENEL OLARAK MARKA HAKKI VE TÜKENME İLKESİ

Marka hakkı, günümüzde en sık karşılaşılan sınai mülkiyet hakkı konumundadır. Bu bakımdan, hem uygulama alanının geniş olması, hem de hak sahibine sağladığı kuvvetli korumanın niteliği gereği marka hakkı, sınırlamaya tabi tutulmaması halinde ticari yaşamı olumsuz etkileme riskini bünyesinde barındıran bir haktır. Tükenme doktrini ise, markalı malların piyasada tedavülüne marka hakkına dayanılarak müdahalede bulunulmasını engellemek suretiyle bu hakka sınır oluşturan bir doktrindir. Fikrimizce, tükenme ilkesini büyüteç altına almadan önce marka hakkı üzerine bu çalışmanın amacını aşmayacak nitelikte kısa açıklamalarda bulunmakta fayda vardır. Bu aşamadan sonra tükenme ilkesi hakkında genel perspektifteki bilgiler aktarılmaya çalışılacaktır.

A- GENEL OLARAK MARKA HAKKI

Marka, geniş anlamıyla, bir ticari işletmenin ürettiği ve piyasaya sunduğu malların benzerlerinden ayrılması, tanıtılması ve belirginleşerek müşteri nezdinde kendine özgü yerini alması amacıyla kullanılan işaret olarak kabul edilmektedir². Bugün yürürlükte bulunan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin³ 5. maddesi, markayı, marka olarak kullanılabilecek işaretleri sayarken dolaylı yoldan; *"Bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini, bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmeyi sağlaması koşuluyla her türlü işaret"* olarak tanımlamıştır⁴. Görüldüğü üzere hüküm, mal ve hizmetlerin benzerlerinden ayırt edilmesini sağlaması koşuluyla her türlü işaretin marka olabileceğini ifade etmek suretiyle, markanın asli unsurunun ayırt edici nitelik olduğunu

² MİMAROĞLU, "Ticaret Hukuku I.Cilt-İşletme Hukuku", Ankara 1978, s.348.

³ bkz. dpn 1.

⁴ TEKİNALP, "Fikri Mülkiyet Hukuku", 1. Bası, İstanbul 1999, s.332.

vurgulamaktadır. Günümüzün tüketim dünyasında ticareti yapılan hemen her emtia üzerinde kullanılan bu ayırt edici işaretler üzerindeki hakkın hukuki niteliğini, fonksiyonlarını, hak sahibine bahsettiği yetkileri ve sınırlarını tükenme ilkesi konusundaki açıklamalarımıza geçmeden önce kısaca incelemek fikrimizce yerinde olacaktır.

1- Marka Hakkının Hukuki Niteliği

Marka hakkının hukuki niteliği üzerine çeşitli görüşler ortaya atılmıştır⁵. Söz konusu hakkın kişilik hakkı olarak kabul edilmesi gerektiği savunulduğu gibi⁶, gayri maddi mülkiyet hakkı olarak nitelendirildiği de görülmüştür⁷. Hakkın hukuki niteliğini açıklamak üzere, mal üzerinde maddi olmayan hak niteliği taşıdığı görüşü de ortaya atılmıştır⁸. Anılan teorilerin yerindeliğini değerlendirmek bu çalışmanın amacını aşacaktır, buna karşın doktrinde marka hakkının hukuki niteliği konusunda uzlaşma sağlandığını söylemek de mümkün değildir. Ancak fikrimizce, *Poroy / Yasaman*⁹ tarafından ifade edilen, marka hakkının özel bir koruma ihtiyacından doğan mameleki nitelikte *sui generis* bir hak olduğu yolundaki görüş, diğer teorilere nazaran marka hakkının hukuki niteliğini daha gerçekçi şekilde açıklamaktadır. Zira, kanımızca marka hakkını bir fikri mülkiyet türü olarak açıklamak, marka üzerindeki hak bir fikri mesaiyi, yaratma, yorumlama ya da icra etme faaliyetini korumaktan ziyade ticari değerleri korumayı hedef aldığından tartışılabilir bir yaklaşımdır. Bu bağlamda, görüşümüzce marka hakkını *sui generis* bir ticari hak olarak kabul etmek de mümkün olabilir. Buna karşın, *Anglo-Saxon* hukuk ekolünde marka hakkı bir *Common Law* mülkiyet hakkı olarak kabul edilmektedir¹⁰.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.; ARSEVEN, "Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku", İstanbul 1951, s.16 vd.

⁶ Görüş ve eleştirisi için bkz.; MİMAROĞLU, s.349.

⁷ Görüş ve eleştirisi için bkz.; POROY/ YASAMAN, "Ticari İşletme Hukuku", Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1998, no.448.

⁸ Görüş ve eleştirisi için bkz.; MİMAROĞLU, s.350.

⁹ POROY/ YASAMAN, no.448.

¹⁰ HOPKINS, "The Law of Unfair Trade", Colorado 1997, no.7.

Marka hakkının tükenme ilkesine ilişkin açıklamalarımıza ışık tutacak önemli niteliği, mutlak hak statüsünde kabul edilmesidir¹¹. Gerçekten, anılan hakka mutlak hak statüsü tanınmadıkça bu haktan elde edilmesi umulan korumanın sağlanması da mümkün değildir, bu yönde bir yaklaşım hakkın varlık sebebinin ortadan kaldırılması anlamına gelecektir. Marka hakkının mutlak hak niteliği, hakkı ihlale yönelen herkese karşı ileri sürülebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, marka sahibinin hakkını ihlale yönelen herkese karşı haktan doğan olumlu ve olumsuz yetkilerini ileri sürmesi mümkündür. Bu mutlak hakkın markalı malların piyasada tedavülünü önlemek hususunda marka sahibine olanak tanıyıp tanımadığı meselesi ise tartışmalı bir konudur.

2- Marka Hakkının Fonksiyonları

Markaya sağlanan hukuki koruma, markanın fonksiyonlarını himaye amacını taşır. Doktrinde, genellikle markanın üç ayrı fonksiyonunun bulunduğu kabul edilir¹², bunlar; mal ya da hizmetin menşeyini gösterme, belirli bir kaliteyi garanti etme ve reklam aracı olarak kullanılmadır.

a- Mal veya Hizmetin Menşeyini Gösterme Fonksiyonu

Marka, mal veya hizmetin hangi kuruluş veya girişimci tarafından üretildiğini ya da piyasaya sunulduğunu gösterir¹³. Markanın bu fonksiyonu sayesinde alıcılar, emtia veya hizmetin menşeyini öğrenme ve tercihlerini bu hususu göz önüne alarak yapma imkanına kavuşurlar.

¹¹ ARKAN, "Marka Hukuku Cilt I", Ankara 1997, s.126, TEKİNALP, "Fikri Mülkiyet Hukuku", s.349, POROY/ TEKİNALP, "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s.336. Karşı görüş için bkz.; ÖÇAL, "Türk hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak)", Ankara 1967, s.38 dpn. 1.

¹² KARAYALÇIN, " Ticaret Hukuku I.Giriş- Ticari İşletme", 3. Baskı, Ankara 1968, s.403, BAŞTUĞ/ ERDEM, "Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları)", Ankara 1993, s.115, MİMAROĞLU, s.351, KARAHAAN, "Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat", Konya 1996, s.6-7, EREM, "Ticaret Hukuku Prensipleri Cilt:I-Ticari İşletme", 7. Baskı, İstanbul 1977, s.174, TEKİL, "Ticari İşletme Hukuku", İstanbul 1990, s.247.

¹³ MİMAROĞLU, s.351.

b- Garanti Fonksiyonu

Marka, mal veya hizmetin kalitesi konusunda alıcı için bir garanti teşkil eder. Şöyle ki, alıcı marka sayesinde o işaret altında üretilen mal ya da hizmetin kalite standardını öngörebilir. Bu fonksiyonu ile marka, mal veya hizmetin kalitesine yönelik standardın korunduğu yönünde alıcı açısından bir garanti oluşturur. Buna karşın, markanın simgelediği kalitenin yüksek olması şart değildir, orta ya da düşük seviyedeki bir kaliteyi de hatırlatması olanaklıdır.

c- Reklam Fonksiyonu

Günümüz dünyasında markanın çok önemli bir reklam aracı olduğu gerçeği yadsınamaz. Markanın, mal ya da hizmeti ilgili alıcı çevresine tanıtmak yönünde üstlendiği bu fonksiyon, gelişen ekonomik düzen içerisinde en az ilk iki fonksiyon kadar önemli hale gelmiştir. Özellikle yüksek kaliteyi temsil eden iddialı mal ya da hizmetler açısından, markanın reklam gücü pazarlama aşamasında ciddi rol oynamaktadır¹⁴.

3- Markanın Sağladığı Haklar

Marka hakkı, sahibine, markayı tekel halinde kullanma ve ondan faydalanma ile üçüncü kişilerin ihlallerinden korunma hakları tanımaktadır¹⁵.

Türk hukukunda tescilli bir markanın sahibine sağladığı haklar, 556 sayılı KHK'nın 9. maddesinde belirlenmiştir. Aşağıda, bu hüküm vasıtasıyla marka sahibine tanınan haklar kısaca incelenecektir.

a- Markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin kullanımını önleme

KHK md. 9/1/a, markanın tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerle ilgili olarak üçüncü kişiler tarafından aynı markanın kullanılmasını marka

¹⁴ Hopkins, markanın, en geniş manada tüketicilere almak istedikleri ürüne ulaşmakta rehberlik ettiğini ve bunu yaparken reklam vasıtasıyla oluşan özgün niteliğinden yararlandığını belirtmektedir (HOPKINS, no.7).

¹⁵ EREM, s.187.

sahibinin önleyebileceğini belirtmektedir. Şu halde, markanın tescil kapsamına giren mal ve hizmetlerle ilgili olarak kullanımı münhasıran marka sahibine aittir.

b- Markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleriyle ilgili olarak işaretin aynısı ya da benzerinin kullanımını önleme

KHK md.9/I/b'ye göre, markanın tescil kapsamındaki mal veya hizmetlerin aynı veya benzerleri ile ilgili olarak, markanın aynısı ya da benzerinin üçüncü kişilerce kullanımı da marka sahibince önlenebilecektir. Dolayısıyla kanun, üçüncü kişinin markanın aynı ya da benzerini kullanmasını, yalnız markanın tescil edildiği mal ya da hizmetler için değil, bu mal veya hizmetlere benzer bulunan ürünler için de yasaklamaktadır.

c- Tanınmış markanın söz konusu olduğu hallerde işaretin aynısı ya da benzerinin benzer olmayan mal ve hizmetlerde kullanımını önleme

KHK md.9/I/c, tescilli markanın tanınmış marka statüsünde olması halinde, bu markanın itibarından haksız şekilde yarar elde edilmesini önlemek amacıyla üçüncü kişilerce farklı mal ya da hizmetler için aynı veya benzer işaretin kullanımını marka sahibinin önleyebileceğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, her üç halde de üçüncü kişinin tescilli markayı marka sahibinden izin almaksızın kullanması ihtimali düzenlenmekte ve marka sahibine kullanıma müdahale imkanı tanınarak markayı tekel halinde kullanma yönündeki menfaati korunmaktadır.

d- Marka sahibinin yasaklayabileceği faaliyetler

KHK md. 9/II'ye göre marka sahibi;

- i) işaretin, mal veya ambalaj üzerine konulmasını,
- ii) işareti taşıyan malın piyasaya sürülmesi ve bu amaçla stoklanmasını, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi veya o işaret altında hizmetlerin sunulması veya sağlanmasını,
- iii) işareti taşıyan malların ithali veya ihracını,

iv) işaretin, teşebbüsün iş evrakı veya reklamlarda kullanılmasını, birinci fıkra uyarınca yasaklama yetkisine sahiptir.

Şu halde, marka sahibinin bu faaliyetleri yasaklayabilmesi ancak birinci fıkra da aranan şartların gerçekleşmesi halinde mümkündür. Fıkra da yer verilen, "... , *birinci fıkra uyarınca yasaklanabilir*" şeklindeki ibare bunun kanıtıdır. Birinci fıkra ile marka sahibine önleme olanağı tanınan haller ise, yukarıdaki üç şıkta incelenen ve üçüncü kişilerin tescilli markanın aynı ya da benzerini kullanması ihtimalini konu alan hallerdir. Fikrimizce, orijinal nitelikteki markalı malların ithali veya ihracı ya da bağımsız tacirlerce ikinci kez piyasaya sunumu halinde, bu faaliyetlerin marka sahibince yasaklanabilmesi mümkün değildir. Zira, aktardığımız olasılıklarda, üçüncü kişinin tescilli markayı kullanımı söz konusu olmamaktadır, kullanılan marka değil markalı mallardır, birinci fıkra ile aranan şartlar gerçekleşmediğinden ikinci fıkra ile tanınan yasaklama yetkisinin kullanımı da mevzubahis olamayacaktır. Öyleyse, orijinal nitelikteki markalı malların ithal veya ihracı ya da bağımsız tacirlerce yeniden pazarlanması, marka sahibine tanınan haklara tecavüz olarak kabul edilmemelidir.

4- Marka Hakkının Sınırları

Marka sahibine tanınan hakkın en önemli sınırı, hiç şüphesiz tükenme ilkesidir. Buna karşın, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ilke ayrıntılarıyla açıklanacak olduğundan bu bölümde üzerinde durulmayacaktır. Ancak üçüncü kişiler tarafından markanın kullanılmasına belli koşullarda olanak tanıyan KHK md. 12'ye değinmekte fayda görmekteyiz. Söz konusu maddeye göre; "*Dürüstçe ve ticari veya sınai konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim ve sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.*"

Görüldüğü üzere hüküm, üçüncü kişiler tarafından tasviri amaçlı yapılan kullanımlar ile mal veya hizmetlere ilişkin belli özellikleri ifade etmek amacıyla yapılan kullanımların marka sahibince engellenemeyeceğini ifade

etmekte, buna karşın üçüncü kişi tarafından tescilli markanın markasal olarak kullanımının dürüstlük kuralınca haklı görülebileceği halleri göz ardı etmektedir. Oysa, örneğin bir otomobil yedek parça satıcısının otomobil markasını kullanmaksızın reklam yapması beklenemez. *Tekinalp*, kanımızca son derece haklı olarak, KHK 12. maddesinde bu ihtimalin düzenlenmemiş olmasına karşın bu yönde bir kullanımın madde kapsamında algılanabileceğini ifade etmektedir¹⁶.

B- TÜKENME İLKESİ

Marka hakkının, hak sahibine, markayı oluşturan işaretin markasal amaçlı olarak kullanımı, markadan faydalanılması ve üçüncü kişilerin olası kullanımlarının engellenmesi konusunda mutlak karakterde bir tekel hakkı sağladığı ve bu hakkın, hakkı ihlale yönelen herkese karşı ileri sürülebileceği daha önce ifade edilmişti. Buna karşın, markalı malların piyasaya sunumu marka sahibi tarafından yapıldıktan sonra bu malların piyasa ajanları arasında tedavülüne marka hakkına dayanılarak müdahale edilmesine olanak tanımak, bir diğer ifadeyle markalı malların ticaretini marka sahibinin tekeline bırakmak, hukuk sistemi tarafından sağlanan marka korumasının tehlikeli şekilde genişletilmesi anlamına gelecektir. Zira, marka sahibine tanınan mutlak karakterdeki korumanın amacı hakkın fonksiyonlarının üçüncü kişiler tarafından haksız kullanım ve müdahalelerle etkisizleştirilmesini önlemektir. Oysa orijinal nitelikteki markalı malların piyasa ajanları arasında tedavülü, markanın menşe gösterme, garanti ve reklam fonksiyonlarını olumsuz etkileyen bir hadise değildir. Markalı malların tedavülünün piyasaya sunumdan sonraki aşamalarda da marka sahibinin kontrolü altına bırakılması, yaptıkları faaliyetin doğası mal alım satımı olan bağımsız tacirlerin de bu faaliyetlerine devam edememeleri sonucunu doğuracaktır. Gerçekten, kullanımı en yaygın sınıai mülkiyet hakkı olan marka hakkının ticareti söz konusu olan hemen her emtia üzerinde bulunacağı düşünülürse, marka hakkına dayanılarak malların yeniden ticaret mevkiine konulmasına müdahale olanağı tanınması halinde, bağımsız tacir kavramını ortadan kalkacağını ve "ticaret" faaliyetinin yerini

¹⁶ TEKİNALP, "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması", İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.643-644.

"retim ve pazarlama" tekellerine bırakacağını öngörmek pek de zor değildir. Ŗu halde, marka sahibinin menfaatleri ile piyasa ajanlarının markalı malların tedavül edebilmesi yönündeki çıkarlarını dengeleyecek bir hukuki formülün ortaya çıkarılması kaçınılmazdır. Bu formül, "marka hakkının tüketilmesi" prensibi olarak anılır.

1- Kavram

Marka hakkının tüketilmesi ilkesi, marka sahibi veya onun rızası dahilinde üçüncü bir kiŖi tarafından belli bir coğrafı bölgede piyasaya sunulan markalı malların tedavülünün marka hakkına dayanılarak engellenememesini ifade eder. İlke, marka sahibinin markalı malları ilk defa ticaret mevkiine koymakla hukuk sisteminin kendisine tanıdığı tekel hakkından faydalandığı, orijinal nitelikteki markalı malların piyasada tedavülünden zarara görmeyeceği dŖncesini temel alır. Bu bağlamda, tükenme ilkesi, fikri mülkiyet haklarına sağlanan koruma ile serbest ticaret düzeni, özel mülkiyetin kullanımı ile kamusal yararın korunması arasında bir denge oluŖturulması amacını taŖır¹⁷. İlkenin, tükenmenin coğrafı sınırına göre belirlenen bir bölge içerisinde marka sahibi ya da onun rızası dahilinde üçüncü bir kiŖi tarafından piyasaya sunulan markalı malların tedavülüne marka hakkına dayanılarak engel olunmasını önlemesi, bu mallar üzerindeki ticaret serbestisini mutlak boyuta ulaŖtırır. Ŗu halde, tükenme ilkesinin uygulama alanı bulması ile birlikte piyasaya sunumu yapılan mallar üzerindeki marka hakkı etkisizleŖir, ancak bu malları yeniden ticaret mevkiine koyan kimselerin tasarruflarının hakkın fonksiyonlarını olumsuz etkilemesi halinde, pasif durumda bulunan marka hakkı canlanır ve ihlalde bulunan kimseye karŖı ileri sürülebilir hale gelir. Zira, tükenme ilkesinin temel felsefesi orijinal nitelikteki markalı malların piyasada tedavülünün marka hakkını ihlal etmeyeceği dŖncesine dayanır. Oysa, yeniden ticaret mevkiine koyma aŖamasında piyasa ajanlarınca yapılan tasarrufun hakkın fonksiyonlarını olumsuz etkileyecek nitelikte olması marka hakkının ihlali anlamına gelecektir, ilkenin ulaŖmayı amaçladığı sonuç ise marka sahibini hak ihlallerine karŖı korumasız bırakmak değil, ihlalin söz konusu olmadığı

¹⁷ OKUTAN, "Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non- Tariff Barrier to International Trade?", Annales de la Facult de Droit d'Istanbul, XXX., No.46, Istanbul 1996, s.111.

hallerde hakkın kötüye kullanılmasını önlemektir. Malların yeniden ticaret mevkiine konulması aşamasında piyasa ajanlarınca yapılan ve hakkın fonksiyonlarını olumsuz etkileyen tasarruf bizatihi markalı mal üzerinde tezahür edebileceği gibi (örneğin markalı malların değiştirilme veya kötüleştirilme suretiyle orijinal niteliklerinden uzaklaştırılması), ticari faaliyetin farklı aşamalarında da söz konusu olabilir. Örneğin, markalı malların yeniden ticaret mevkiine konulması aşamasında yapılan reklam ve tanıtım faaliyetlerinin marka sahibi tarafından yaratılan iddialı imajla çelişecek nitelikte olması, marka hakkına dayanarak müdahalede bulunulması imkanını gündeme getirebilir.

Bu noktada önemle belirtilmesi gereken husus şudur; tükenme prensibi, hakkı tanıyan ulusal hukuk sisteminin markaya sağladığı tüm hakların tükenmesi anlamına gelmemektedir. Tükenen, markalı malların üçüncü kişilerce yeniden ticaret mevkiine konulmasını ve piyasada tedavülünü önlemeye yönelik haklardır. Yoksa, marka sahibinin lisans verme, markasını rehnetme, üçüncü kişiler tarafından talep edilen aynı emtia sınıfı için benzer markaların tescili istemlerine itirazda bulunma ya da markasının başkaları tarafından kullanımını önleme gibi haklarının tükenmesi veya etkisizleşmesi söz konusu değildir. Bu bakımdan, kabul etmek gerekir ki "marka hakkının tükenmesi" şeklindeki ifade ilkenin içeriğini tam olarak yansıtmaktan uzaktır, ancak aynı eleştiri ilkenin yabancı dillerdeki karşılıkları için de geçerlidir. Örneğin, İngilizce'de kullanılan "*exhaustion of trademark right*" ve Fransızca'da benimsenen "*épuisement du droit de marque*" terimleri de, dilimize çevrildiğinde "marka hakkının tükenmesi" ifadesini karşılamaktadır.

Tükenme prensibi bakımından altı çizilmesi gereken bir diğer önemli nokta, prensibin soyut olarak o marka altında pazarlanan tüm mallar için değil, yalnızca belirli bir bölgede marka sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunumu yapılan markalı mallar için uygulama alanı bulacağıdır¹⁸.

¹⁸ Patent hakkının tükenmesi de yalnız patent sahibinin rızası dahilinde belli bir bölgede piyasaya sunulan ürünler bakımından söz konusu olur, soyut olarak o patent altında üretilen tüm ürünleri kapsamaz, bkz.; PORT/ Mc MANIS/ Mc ELWEE/ HAMMERSLEY, "Licensing Intellectual Property", Durham 1999, s.295.

Tükenmenin coğrafi sınırı bakımından tercih edilecek sistem ile sınırları çizilecek olan bu bölge dışında piyasaya sunulan ya da o bölge içerisinde bulunup da henüz piyasaya sunulmamış mallar (örneğin stokta beklemekte olan ürünler) üzerindeki marka hakkının tükenmesi söz konusu olmayacaktır. Şu halde, tükenme prensibi soyut olarak tüm markalı malları değil, belirli şartların bir araya gelmesiyle piyasaya sunumu yapılan belirli bir parti markalı malı konu alan, uygulama alanı bu yönden sınırlı bir ilkedir.

Tükenme ilkesinin uygulama alanına yönelik ikinci sınırlama, marka türleri bakımından söz konusudur. Şöyle ki, tükenme ilkesi yalnızca, fabrika ve ticaret markaları bakımından uygulanır. Hizmet markalarının tükenmesi söz konusu olamaz, zira hizmet bir kere verilmekle ortadan kalkar, tedavülû mevzu bahis değildir.

Görüldüğü üzere, tükenme ilkesi marka hakkının etkisini sınırlayan, bu hakka sınır oluşturan bir doktrindir. *Guyon*, fikri mülkiyet haklarının günümüzde geçirmekte olduğu evrimin üç görünümü olduğunu vurgulamaktadır¹⁹; bunlardan ilki bu hakların uygulama alanlarının genişlemesi, ikincisi fikri mülkiyet hukukunun uluslararası nitelik kazanmaya başlaması, üçüncüsü ise bu hakların mutlak karakterinin zayıflamasıdır. Kanımızca, fikri mülkiyet haklarının mutlak karakterinin zayıflaması yönündeki dönüşümün temel göstergelerinden biri de tükenme doktrini'dir. Prime'in da ifade ettiği üzere²⁰, marka hakkının etkisi tükenme ilkesinin kabulü ile birlikte açıkça değişmiştir. Görüşümüzce, serbest ticarete dayalı liberal ekonomilerde bu değişimin olumlu karşılanması gereği tartışmadan uzaktır.

Tükenme ilkesi, Kıta Avrupası hukukunda ilk olarak 1902 yılında verilen "*Kölnish Wasser*" kararı²¹ ile Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından uygulanmıştır.

¹⁹ GUYON, "Droit des Affaires Tome 1- Droit Commercial Général et Sociétés", 8 éme Edition, Paris 1994, no:725-1.

²⁰ PRIME, "European Intellectual Property Law", Great Britain 2000, s.102.

²¹ Kararın kısa özeti için bkz.; PINAR, "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s.857-858.

Mahkeme, bu kararında, markanın fonksiyonlarından hareketle marka hakkının hak sahibine markalı malların satışına ilişkin bir tekel hakkı bahşetmediğini, markayı taşıyan malların hak sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunulmasıyla birlikte bu mallar üzerindeki hakkın tükeneceğini belirtmiştir. *Anglo-Saxon* hukuk sistemi ise, ilk satış doktrini (*first sale doctrine*) olarak isimlendirilen ve zımni lisans kuramına dayanan yaklaşımla tükenme ilkesini sistemine dahil etmiştir²². Buna göre, fikri mülkiyet hakkı sahibi tarafından malın ilk satımı esnasında ilerleyen pazarlama aşamalarına ilişkin herhangi bir kısıtlama getirilmemesi, satın alana zımni lisans verilmesi anlamını taşımaktadır. Sözleşmesel hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlayan bu tarz bir yaklaşım, Kıta Avrupası hukuk sistemine temelinden yabancıdır. Zira, dikkat edilecek olursa *Common Law* sisteminde hak sahibinin malın ilk satışı esnasında ilerleyen pazarlama aşamalarına yönelik ileri sürebileceği kayıtlar malı edinen üçüncü kişiler açısından da hüküm ifade etmektedir, anılan doğrultuda bir yaklaşımı sözleşmelerin nisbiliği ilkesi çerçevesinde kabul etmesi mümkün olmayan Kıta Avrupası sisteminde bu yönde bir kayıtlı hak sahibinin tükenmeyi önlemesi olası değildir. Buna karşın, zımni lisans kuramına dayanan ilk satış doktrini *Common Law* hukukunda halen geçerliliğini korumakta ve ilgi çekici içtihatları da beraberinde getirmektedir. Örneğin, patent hakkının tüketilmesine ilişkin *United States / Univis Lens* davasında²³, Amerikan Mahkemeleri henüz piyasaya sunuma hazır hale gelmemiş (bitirilmemiş) emtianın satışı halinde, ürünün bitirilerek kullanıma hazır hale getirilmesi yönünde zımni lisansın varlığını kabul etmiş ve bu kullanımın yeniden satışı da kapsayacağına hükmetmiştir. Karar, hiç şüphesiz hakkın fonksiyonları noktasından hareket eden Kıta Avrupası sisteminin şüphe ile yaklaşabileceği bir çözüm tarzı üzerine inşa edilmiştir.

2- Tükenmenin Coğrafi Sınırı Bakımından Sistemler

Yukarıda da belirtildiği üzere, tükenme ilkesi marka sahibi ya da onun rızası dahilinde üçüncü bir kişi tarafından belirli bir coğrafi bölge içinde piyasaya sunumu yapılan markalı malların yeniden ticaret mevkiine

²² OKUTAN, "Exhaustion of IP Rights", s.112.

²³ Karar için bkz.; PORT/ Mc MANIS/ Mc ELWEE/ HAMMERSLEY, s.295.

konulmasını önlemek amacıyla marka hakkının kullanımını engellemektedir. Değinilen coğrafi bölgenin sınırlarını çizmek üzere, uluslararası, bölgesel ve ülkesel tükenme olarak isimlendirilen üç ayrı sistem ortaya çıkmıştır. Bir hukuk sistemi tarafından tükenmenin coğrafi sınırı bakımından hangi sistemin benimsendiği, orijinal nitelikteki markalı malların dış pazarlardan iç pazara ithal edilmesine marka hakkına dayanılarak müdahale edilip edilemeyeceğini belirleme açısından önem arz eder. Bu aşamada, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından öngörülen sistemleri ayrı ayrı incelemeye geçmeden önce, konuyla yakından ilgili olan ve incelememizde sıkça kullanacağımız paralel ithalat, tekrar ithalat ve gri piyasa kavramlarını açıklamak yararlı olacaktır.

Paralel ithalat, marka sahibi ya da onun rızası dahilinde üçüncü bir kişi tarafından ülke dışında piyasaya sunulan orijinal nitelikteki markalı malların marka sahibinden izin alınmaksızın ülkeye ithalidir²⁴. Dolayısıyla, paralel ithalatın varlığından söz edebilmek için ithalat konusu malların mutlaka orijinal nitelikte bulunması ve marka sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunulmuş olması gerekir, taklit ya da korsan üretim suretiyle piyasaya sunulan malların ithali paralel ithalat kavramı içinde mütalaa edilmez²⁵.

Gri piyasa ise, marka sahibinin rızası dahilinde yurt dışında piyasaya sunulan ve üçüncü kişilerce ithal edilmek istenen orijinal nitelikteki mallar ile, marka sahibi tarafından yurt içinde piyasaya sunulan markalı mallar arasında kalite, nitelik ve sair hususlar yönünden farklılık bulunmasını ifade etmektedir²⁶. Bir başka anlatımla, marka sahibi tarafından yurt içinde ve yurt dışında piyasaya sunulan mallar arasında kalite, nitelik ve sair hususlar yönünden farklılıklar bulunması halinde gri piyasa söz konusu olmaktadır. Görüldüğü üzere, gri piyasa konusu mallar da taklit ya da korsan üretim olmayıp orijinal nitelikteki markalı mallardır.

²⁴ KAYHAN, "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", FMR., C.1, S.1, 2001, s.53.

²⁵ Taklit mal kavramı, "tescil edildiği mallar açısından geçerli olan bir marka ile aynı veya ayırdedilemeyecek kadar benzeri olan bir işaretin, izinsiz şekilde mal veya ambalaj üzerinde kullanımı" ile piyasaya sunulan malları, korsan mal kavramı ise, "fikri hak konusu malların izinsiz kullanımı veya çoğaltımı"nı ifade eder. (ARIKAN, "Fikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması", MÜATEAAD, C.4, S.1-2, 1995-1996, s.144-145).

²⁶ KAYHAN, s.53.

Son olarak üzerinde durmak ihtiyacını hissettiğimiz kavram olan tekrar ithalat ise, marka sahibinin rızası dahilinde ülke içinde piyasaya sunulmuş olan orijinal nitelikteki markalı malların ülke dışına ihracından sonra, marka sahibinin izni alınmaksızın ülkeye ithal edilmesidir²⁷. Görüldüğü üzere, diğer iki ihtimalde olduğu gibi, tekrar ithalat halinde de orijinal nitelikteki markalı malların ithali söz konusudur. Ancak tekrar ithalat halinde, ilk iki olasılıktan farklı olarak ithalat konusu mallar zaten ithal edilecekleri piyasadan ihraç edilmiş mallardır.

Orijinal nitelikteki malların marka korumasını sağlayan ülkeye ithali, bu üç olasılıktan birini gündeme getirecektir. Buna karşın, işlemin paralel ithalat mı tekrar ithalat mı oluşturduğu hususu, tükenmenin coğrafi sınırı yönünden benimsenen sisteme göre belirlenecek çözüm tarzları üzerinde önemli farklılıklar doğurabilmektedir. Ancak tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sistem ne olursa olsun, marka sahibi tarafından ülke içinde ve ülke dışında piyasaya sunulan markalı mallar kalite, nitelik veya sair hususlar yönünden farklılık göstermekte ise, bir diğer ifadeyle ithalat “gri piyasa” yaratacak nitelikdeyse marka hakkına dayanılarak müdahale edilebilmesi mümkün kabul edilir. Bu ihtimalde tükenme ilkesinin uygulanmamasının nedeni, aynı pazar içerisinde özdeş marka altında pazarlanan iki farklı ürünün karşılaşmasına olanak tanımamak ve tüketiciyi olası karışıklıklara karşı koruyabilmek eğilimidir. Bu yaklaşıma, bir olasılıkta istisna tanınır. Şöyle ki, marka sahibinin markalı malları ülke içi ve ülke dışı piyasalarda farklı kalite ya da özelliklerde piyasaya sunmaktaki amacı, marka hakkına dayanarak bu pazarları birbirinden soyutlamak, pazar kompartımanları yaratmak ise tükenme ilkesinin uygulama alanı bulacağı kabul edilir. Dolayısıyla, gri piyasa yaratma olasılığı olan ithalatlar bakımından tükenme ilkesinin uygulama alanı bulup bulamayacağı, marka sahibinin iradesinin pazarları birbirinden soyutlama, pazar kompartımanları yaratma yönünde olup olmadığına göre belirlenir.

²⁷ PINAR, s.900.

Paralel ithalat, tekrar ithalat ve gri piyasa kavramlarının açıklamasını böylece yaptıktan sonra, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sistemleri ayrı ayrı incelemeye geçebiliriz.

a- Ülkesel Tükenme

Ülkesel tükenme ilkesinde, yalnızca bu sistemi benimseyen ülke pazarında marka sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilir²⁸. Ülke sınırları dışında piyasaya sunulan mallar üzerindeki hak, bu piyasaya sunum marka sahibinin rızası dahilinde gerçekleşmiş dahi olsa tükenmiş kabul edilmez²⁹. Dolayısıyla, ülkesel tükenmeyi benimseyen hukukun kriter olarak aldığı tek bir pazar mevcuttur, o da kendi iç pazarıdır. Sistem, kural olarak ülke dışında yapılan piyasaya sunumlarla ilgilenmez, bu tarz piyasaya sunumlara hukuki bir sonuç bağlamaz. Zira, bu sistemde ancak marka hakkını tanıyan ve ülkesel tükenmeyi benimseyen ülke pazarında piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilir, yalnız bu mallar üzerindeki ticaret serbestisi mutlak boyuta ulaşır.

Şu halde, ülkesel tükenme ilkesini benimseyen hukuk sistemlerinde, dış piyasalarda yapılan piyasaya sunum ile sunumu yapılan mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilmediğinden, marka hakkına dayanılarak bu malların paralel ithalatını önlemek mümkündür³⁰. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, ülkesel tükenmeyi benimseyen (A) ülkesine, (B) ülkesinde piyasaya sunumu yapılan orijinal nitelikteki markalı malların ithali marka sahibince engellenebilecektir. Zira, (B) ülkesinde piyasaya sunumu yapılan mallar üzerindeki marka hakkı (A) ülkesi hukukuna göre tükenmemiştir, marka sahibince ithalatı önlemek üzere kullanılabilecektir.

Buna karşın, söz konusu olan tekrar ithalat olduğunda yukarıda açıklanan çözüm tarzı geçerli olmayacaktır. Gerçekten, bu ihtimalde ithalatı mevzubahis olan markalı mallar ülkesel tükenmeyi benimseyen ülke

²⁸ KAYHAN, s.62.

²⁹ OKUTAN, "Exhaustion of IP Rights", s.112.

³⁰ KAYHAN, s.62.

pazarından ihraç edildiğinden, bu ihraç işlemi ile birlikte ülkesel tükenmeyi benimseyen ülke pazarında piyasaya sunumları gerçekleşmiş ve üzerlerindeki marka hakkı tükenmiş olacaktır. Şu halde, ülkesel tükenme ilkesinin benimsenmesi halinde marka hakkına dayanılarak orijinal evsaftaki markalı malların dış pazarlardan paralel ithalatını önlemek mümkünken, aynı malların tekrar ithalatını önlemek olası değildir³¹.

Ülkesel tükenme ilkesinin uygulanması bakımından, paralel ya da tekrar ithalat konusu markalı malların ihracını yapan ülkede paralel bir marka hakkı bulunup bulunmadığı yahut böyle bir hak mevcut ise markalı mallar üzerinde o hukuka göre tanınan marka hakkının tükenmiş olup olmadığı önem taşımaz³². Zira, tükenmesi söz konusu olan marka hakkı ülkesel tükenmeyi benimseyen sistemin tanıdığı haktır, paralel ithalatın engellenip engellenememesi bakımından da ithalatçı ülkenin tanıdığı marka hakkının tükenmiş olup olmadığı önem taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, ülkesel tükenme ilkesinin paralel ithalatları imkansızlaştıran doğası nedeniyle uluslararası ticarete destek veren bir sistem olarak kabul edilebilmesi mümkün değildir. Paralel ithalat konusu markalı malların genellikle marka sahibi tarafından piyasaya sunulan mallara oranla daha ucuz olacağı da düşünülürse, ülkesel tükenme sisteminin tüketicinin yararına olduğu da söylenemeyecektir. Buna karşın sistem, markalı malların ülke içine ithalini marka sahibinin tekeline bırakması nedeniyle marka sahipleri lehine bir görünüm vermektedir.

b- Bölgesel Tükenme

Bölgesel tükenme ilkesi, birden fazla ülkenin sınırlarını birleştirerek tek bir bölge olarak mütalaa eden³³ ve ancak bu bölge içerisinde marka sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunulan mallar üzerindeki marka hakkının tükenmiş kabul edilmesini öngören bir sistemdir. Ülkesel tükenme ilkesi ile benimsenen yaklaşım tarzına paralel şekilde, bölgesel tükenme

³¹ PINAR, s.900.

³² BRONCKERS, "The Impact of TRIPs: Intellectual Property Protection in Developing Countries", CML Rev., Vol.31, No.6, 1994, s.1265.

³³ OKUTAN, "Exhaustion of IP Rights", s.113.

ilkesi ile de, belirlenen bölge dışında piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hakkın, sunum işlemi marka sahibinin rızası dahilinde dahi yapılmış olsa tükenmediği kabul edilir. Bu bağlamda, bölgesel tükenme ilkesinin ülkesel tükenme prensibinden hareket eden bir türev sistem olduğu ifade edilebilir.

Bölgesel tükenme ilkesinin söz konusu olduğu hallerde, bölge dışından paralel ve tekrar ithalatların marka sahibince önlenip önlenemeyeceği bakımından benimsenen çözüm yöntemi, ülkesel tükenme ilkesi çerçevesinde tercih edilen yöntemle paraleldir. Şöyle ki, bölge dışında piyasaya sunumu yapılan markalı malların bölge içine paralel ithali, söz konusu mallar üzerindeki marka hakkı tükenmiş kabul edilmediğinden marka sahibince engellenebilir. Buna karşın, bölge dışında piyasaya sunumu yapılan markalı malların bölge içine tekrar ithali, yapılan ilk ihraç işlemi ile bu mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edildiğinden marka hakkına dayanılarak engellenemez. Bölgeyi oluşturan ülkeler arasında markalı malların paralel veya tekrar ithalata konu olması ise, bu malların piyasaya sunumu marka sahibinin rızası dahilinde yapılmış olduğu müddetçe marka hakkına dayanılarak önlenemez.

Bölgesel tükenme prensibinin tipik örneğini Avrupa Birliği hukuku teşkil etmektedir. Sistem, ülkesel tükenme ilkesi ile kıyaslandığında uluslararası ticarete daha fazla destek veren bir görünüm sergilemesine karşın, bölge dışından söz konusu olabilecek paralel ithalatlara engel oluşturması nedeniyle dünya ticaretinin önündeki engelleri kaldırma amacını taşıyan global ekonomik anlayışla bağdaşmamaktadır.

c- Uluslararası Tükenme

Uluslararası tükenme ilkesi, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından yapılan ayırım içerisinde ortaya çıkan sistemler arasında milletlerarası ticarete en fazla destek veren sistemdir. Bu sisteme göre, markalı malların piyasaya sunumu, sunum işleminin marka sahibinin rızası dahilinde yapılması kaydıyla, hangi pazarda gerçekleştirilmiş olursa olsun sunumu yapılan mallar üzerindeki marka hakkı tükenecektir. Dolayısıyla, uluslararası

tükenme sistemi yalnızca markalı malların piyasaya sunumunun marka sahibinin rızası dahilinde yapılıp yapılmadığı ile ilgilenir, bu sunumun hangi coğrafyada yapıldığını ise dikkate almaz. Durumu bir örnekle açıklamak gerekirse, uluslararası tükenme sistemini benimseyen (A) ülkesi hukukunca tanınan marka hakkı, marka sahibi tarafından (B) ülkesinde piyasaya sunulan markalı mallar için de tüketilmiş kabul edilir, bu malların (A) ülkesine paralel ve tekrar ithaline marka hakkına dayanılarak engel olunamaz. Şu halde, bu sistem ile dikkate alınan piyasaya sunumun hangi coğrafi sınır içerisinde gerçekleştiği değil, yalnızca gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Zira, piyasaya sunum marka sahibinin rızası ile gerçekleştikten sonra, bu işlem hangi coğrafyada gerçekleştirilmiş olursa olsun sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak tüketilmiş kabul edilecektir.

Görüldüğü üzere, uluslararası tükenme prensibi tüm dünya pazarlarını tek bir pazar gibi algılama eğiliminin bir sonucu, küresel ekonomideki globalleşme sürecinin bir görünümüdür. Paralel ithalatlara olanak tanıyan yapısı gereği dünya ticaretinin geliştirilmesi bakımından en olumlu sistem görünümü verdiği tartışmasızdır. Hiç şüphesiz, paralel ithalatlara olanak tanınması suretiyle marka sahibinin iç piyasa ile dış piyasaları birbirinden soyutlaması imkanının ortadan kaldırılması, sonuç olarak tüketicinin de lehine sonuç verecektir. Fakat dikkat edilmesi gereken nokta kanımızca şudur; paralel ithalatlara imkan tanınması suretiyle marka hakkı ile sağlanan korumanın zayıflatılması ancak tam rekabetçi iktisadi anlayışı benimseyen iddialı ekonomilerce tercih edilebilecek bir yöntemdir. Yoksa, dışa karşı korunmacı iktisadi teorilerin uluslararası tükenmeye sempati ile bakması olasılığı bulunmamaktadır.

d- Değerlendirme

Buraya kadarki açıklamalarımız değerlendirildiğinde, piyasaya sunumu yapılan markalı malların tekrar ithalinin, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sistem ne olursa olsun marka hakkına dayanılarak engellenemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Şu halde, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sistemin önemi, herhangi bir pazarda piyasaya sunumu yapılan malların marka korumasını sağlayan ülkeye

paralel ithalatının marka hakkına dayanılarak önlenip önlenemeyeceği noktasında yoğunlaşmaktadır.

Cornish 'in de isabetle belirttiği üzere, paralel ithalatlara imkan tanınip tanınmaması iktisadi mülahazalara dayalı politik içerikli bir karardır³⁴. Yazar, haklı olarak, hukuk tekniğinin kullanılması suretiyle aynı işletme tarafından piyasaya sunulan ürünlerin bir ülkeden diğerine ithal veya ihracının sübjektif haklara dayanılarak engellenmesinin bir ambargo ya da gümrüksel engel olarak görülebileceğini ifade etmektedir³⁵. Müellife göre, marka hukukunun amacı marka sahibinin pazarlama stratejileri, yatırım politikaları üzerinde koruma sağlamak olmamalıdır³⁶. Fikrimizce, yazarın görüşlerine katılmamak mümkün değildir. Zira, paralel ithalatın iktisadi bir faaliyet olarak rasyonel olması, paralel ithalatçı tarafından markalı malların edinildikleri ve ithal edilecekleri pazarlar arasında ciddi fiyat farklılıkları bulunmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, ancak paralel ithalatçının dış piyasada ürünü alırken ödediği bedel, nakliye masrafları, ithalat nedeniyle ödenen vergi, harç ve diğer giderler ile kar marjının toplanması suretiyle ulaşılan piyasaya sunum rakamı, marka sahibi tarafından iç piyasada uygulanan fiyattan düşük bir meblağa ulaştığı takdirde paralel ithalat rasyonel bir faaliyet olarak nitelendirilebilir. Kuşkusuz, bu tablo marka sahibi tarafından iç ve dış piyasada farklı fiyat politikaları izlenmesini gerektirir, bu tarz bir pazarlama stratejisinin korunması ise marka hukukunun koruma altına aldığı menfaatlerden değildir. Bu nedenle, marka sahibi tarafından izlenen pazarlama politikasının korunup korunmayacağı makro ekonomik göstergeler gözetilerek verilen iktisadi içerikli bir karardır. Şöyle ki, fikri-sınai mülkiyet haklarına sağlanan korumanın derecesi, belirleyici tek faktör olmamakla birlikte, yabancı yatırımcıların yatırım kararı aşamasında dikkate aldıkları parametreler arasında bulunmaktadır³⁷, ülkesel tükenme ilkesini benimseyerek yabancı sermaye çekmeyi amaçlamak mümkündür. Buna karşın, tam rekabetçi bir pazar politikasını hedef alan iktisadi anlayış

³⁴ CORNISH, "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks And Allied Rights", 4th Ed., London 1999, no.1-58.

³⁵ CORNISH, no.1-48.

³⁶ CORNISH, no.17-115.

³⁷ MANSFIELD, "Intellectual Property Protection, Direct Investment and Technology Transfer", International Finance Corporation Discussion Paper:27, Washington, 1995, s.22.

çerçevesinde uluslararası tükenme sistemini tercih etmek de olasıdır. Bu bakımdan, *Miller / Davis*'in de isabetle belirttiği üzere³⁸, paralel ithalatlar üzerindeki tartışma özünde marka hukukuna ait bir konu olmayıp uluslararası ticareti ilgilendiren ve korunmacılık temeline dayanan bir konudur, zira orijinal nitelikteki paralel ithalat konusu markalı malların ithalinin marka ile korunan menfaatleri ihlal etmesi söz konusu değildir.

Ülkesel tükenme ilkesi lehine ortaya atılan argümanlar, bu sistemin hak sahibinin elde ettiği getiriye maksimize ettiği, paralel ithalatları engellemesi sebebiyle üretim lisanslarını ve yerel üretimi arttırdığı, gri piyasa mallarının girişini engellediği yönündedir³⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, özellikle üçüncü argüman yerinde değildir. Zira, daha önce de belirttiğimiz üzere gri piyasa oluşturacak malların ithali, marka sahibinin iç ve dış piyasada farklı nitelikteki ürünleri piyasaya sunmasının nedeni pazarı bölmek olmadığı müddetçe, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sistem ne olursa olsun marka hakkına dayanılarak engellenebilir. Buna karşın *Rubin*⁴⁰, iç ve dış pazarda markalı mallar için uygulanan fiyatın farklılık arz etmesinin paralel ithalata imkan tanımak için bir gerekçe olamayacağını, zira fiyat farklılığı politikasının ancak yüksek fiyatın uygulandığı pazarda hakim durumda bulunulması halinde söz konusu olabileceğini belirtmektedir. Fikrimizce, bu görüşe iştirak etme imkanı bulunmamaktadır. Özellikle alım gücü üst düzeyde bulunan tüketici kitlesine hitap eden lüks tüketim malları açısından, pazarda hakim durumda bulunulmasa dahi, markanın yüksek çekici gücünden faydalanılarak kar marjının gereğinden yüksek tutulması olasıdır. Ayrıca, ilaç sektörü gibi pazarın doğası gereği rekabetin sınırlı olduğu alanlar da mevcuttur. Bu bakımdan, kanımızca tüketicinin yararına bulunduğu, iç piyasadaki rekabeti olumlu etkilediği tartışmadan uzak olan uluslararası tükenme sistemi, kamusal yarar ile özel mülkiyetin korunması arasındaki dengeyi en iyi tesis eden sistemdir.

³⁸ MILLER/ DAVIS, "Intellectual Property Patents, Trade Marks and Copyright", 3rd Ed., St.Paul 2000, no.17-7.

³⁹ OKUTAN, "Exhaustion of IP Rights", s.125-126.

⁴⁰ RUBIN, "Destined to Remain Grey: The Eternal Recurrence of Parallel Imports", Int. Lawyer, Vol.26, No.3, 1992, s.620.

3- Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Tükenme İlkesi

Fikri mülkiyet hakları, milletlerarası özel hukuk alanında taşınır mülkiyeti olarak sınıflandırılmaktadır⁴¹. Anılan haklar üzerindeki ülkesellik prensibinin doğal sonucu olarak, bu hakların elde edilmesine, içeriğine, sona ermesine, geçerliliğine ve devredilebilirliğine hakkı tanıyan ülkenin hukuku (*lex loci protectionis*) uygulanır⁴². Yine ülkesellik prensibi gereği, hakkı tanıyan ülkenin hukuku tarafından sağlanan korumanın o ülke sınırları haricinde etkisi yoktur, bu koruma, varsa diğer devletlerce sağlanan korumadan bağımsız niteliktedir⁴³. Ancak ülkesellik prensibi, hakkı tanıyan ülke sınırları dışında meydana gelen vakıaların dikkate alınmaması anlamına gelmemektedir⁴⁴, bu duruma örnek olarak yurtdışında yapılan bir piyasaya sunumun uluslararası tükenmeyi benimseyen ülke hukukunca dikkate alınması gösterilebilir.

Fikri mülkiyet hakkının içeriği kapsamında mütalaa edilen, hakkı taşıyan malların ithaline engel olunmasına yönelik tali hakların varlığı ve kapsamı da hakkı koruyan ülkenin hukukuna tabidir⁴⁵. Şu halde, marka hakkının tükenmesi de bu hakkı tanıyan ülkenin hukukuna tabi olacaktır. Dolayısıyla, birden fazla devletçe korunan paralel marka haklarının her birinin, tabi olduğu hukukun aradığı şartlar oluşunca tükenmesi söz konusu olacaktır, bu haklardan birinin hakkı tanıyan ülke hukukuna göre tükenmesi diğer hakların da tükenmesi sonucunu doğurmayacaktır. Bu aşamada dikkat çekmek istediğimiz bir başka husus, ithalatçı ülke hukukunca marka hakkının tükenmiş kabul edilmesi nedeniyle engellenemeyen bir paralel ithalatın, ihracatçı ülkedeki paralel marka hakkına dayanılarak engellenmesinin de teorik açıdan mümkün olduğudur. Örneğin, uluslararası tükenmeyi benimseyen (A) ülkesi pazarına yapılacak paralel ithalatın marka hakkına dayanılarak engellenmesi mümkün değilken, ihracatın

⁴¹ FAWCETT/ TORREMANS, "Intellectual Property and Private International Law", Oxford 1998, s.496.

⁴² FAWCETT/ TORREMANS, s.520-522.

⁴³ ERDEM B, "Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi", Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.46.

⁴⁴ ERDEM B, "Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", 1.Bası, İstanbul 2000, s.41.

⁴⁵ FAWCETT/ TORREMANS, s.521.

malların ihraç edileceği (B) ülkesi tarafından sağlanan paralel marka hakkına dayanılarak önlenmesi, (B) ülkesi hukukunda tükenme ilkesinin hiç benimsenmemiş olması ve markalı malların ihracının marka sahibinin tekeline bırakılmış olması olasılığında mümkün olacaktır. Zira, ithalatçı ülkede marka hakkının tükenmiş olmasına karşın, ihracatçı ülkenin sağladığı marka koruması tükenme ilkesi ile sınırlanmamış ve markalı malların piyasaya sunumu ile marka sahibinin bu malların ihracına yönelik tekel hakkı etkisini kaybetmemiş olduğundan, ithalatın değil ama ihracatın marka hakkına dayanılarak engellenmesi imkan dahilinde olacaktır.

II- MUKAYESELİ HUKUK VE FİKRİ SINAİ MÜLKİYET HAKLARI İLE İLGİLİ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE MARKA HAKKININ TÜKETİLMESİ İLKESİ

Markalar Hukukunda tükenme ilkesine ilişkin temel perspektifteki bilgiler yukarıdaki bölümde aktarılmıştı. Çalışmamızın bu bölümünde, mukayeseli hukuk ve uluslararası sözleşmelerde ilkenin görünümü inceleme konusu yapılacaktır. Bu amaçla, öncelikle Avrupa Birliği hukukunda, ardından Fransa, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri hukuk sistemlerinde öngörülen düzenlemeler incelenecek, bunu takip eden ayırımda ise uluslararası ticaretin geliştirilmesi ve serbestleştirilmesi amacını güden Gümrükler ve Ticaret üzerine Genel Anlaşma (*GATT*) ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmelerinin (*TRIPs*) tükenme ilkesi karşısında takındığı tavır mercek altına alınacaktır. Bölgesel tükenme ilkesini tercih ederek tükenmenin coğrafi sınırı bakımından ayrık bir tutum takınan AB sisteminin özelliği nedeniyle, ülkemizin de bu ekonomik entegrasyon sistemine ilerleyen süreç içerisinde dahil olabileceği gözönüne alınarak ilkenin bu sistemde yansıttığı görünüm üzerinde ayrıntılı olarak durulmaya çalışılmıştır.

A- MUKAYESELİ HUKUKTA MARKA HAKKININ TÜKENMESİ

Tükenme ilkesinin çeşitli hukuk sistemlerindeki görünümünü incelemek, 556 s. KHK sistematigi ile karşılaştırmak bakımından faydalı olacaktır.

1- Avrupa Birliği Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

Siyasi ve ekonomik entegrasyonu hayata geçirme amacına yönelik Avrupa Birliği temel felsefesi, üye ülkeler arasında sağlanacak eşgüdüm sayesinde sınırları tüm üye ülkelerin sınırlarını kapsayacak bir "ortak pazar" yaratma hedefini ön plana çıkaran, bu hedefe ulaşmayı kolaylaştırmak üzere ortak bir ticari politika oluşturulmasını temel alan, özünde iktisadi gerekçelere dayanan bir kurgudur. Hedeflenen "tek pazar" a ulaşma yöntemi, üye ülkeler arasında mal, hizmet ve sermaye dolaşımını mümkün mertebe serbestleştirerek iç piyasaları birbirleriyle bütünleştirmek ve hatta birbirine bağımlı hale getirmektir. Bu nedenle, malların serbest dolaşımı ilkesi, AB tarafından hedeflenen ekonomik entegrasyona dayalı kurgunun temel taşlarından birini teşkil etmektedir. Kurucu Anlaşmanın 28. maddesinde yer alan, üye ülkeler arasında ithalat ve ihracata yönelik vergiler, miktar sınırlamaları ve bunlara eş etkili tüm önlemlerin kaldırılması yönündeki düzenleme, birlik sınırları içerisinde malların serbest dolaşımını sağlama amacına yönelik temel düzenleme hüviyetini taşır. Serbest dolaşımı temel alan bu tarz bir entegrasyon kurgusu içerisinde, fikri ve sınai mülkiyete ilişkin hakların üye ülkeler arasındaki ticarete malların serbest dolaşımını önlemeye yönelik etkin bir silah şeklinde rahatlıkla kullanılabileceği (bir diğer anlatımla eş etkili tedbir oluşturabileceği) de gözönüne alınırsa, tükenme ilkesinin sistemin işleyişi açısından ne derece büyük önem arz ettiğini ayrıca açıklamaya ihtiyaç yoktur⁴⁶.

Çalışmamızın bu bölümünde, tükenme ilkesinin coğrafi sınırı bakımından tercih ettiği sistem ile ayrıksı bir görüntü teşkil eden AB hukuk

⁴⁶ Aynı yönde KEYDER, "Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği", İstanbul 1996, s.94. Yazara göre, fikri mülkiyet hakları, hem tekeli hem de bölgesel nitelikte olduğundan AB'nin gerek antitekel gerekse serbest dolaşım politikaları açısından tehdit oluştururlar.

sisteminde ilkenin ortaya çıkışı ve konuya ilişkin düzenlemeler aktarılacak, bu inceleme gerçekleştirilirken Adalet Divanı kararlarıyla oluşan içtihat hukuku üzerinde de önemle durulacaktır.

a- İlkenin Ortaya Çıkışı ve ATAD'ın Yarattığı İçtihat Hukuku

ATA'nın marka hakkının tüketilmesinin düzenleyen bir hükmü bulunmamaktadır. Buna karşın, Anlaşmanın üç hükmünün konuyla bağıntılı olduğu kabul edilmektedir.

Bu hükümlerden ilki, Anlaşma'nın 295. maddesidir. Anılan hüküm uyarınca, üye ülke hukuklarının tanınan fikri ve sınai mülkiyet hakları Topluluk hukukunca da tanınırlar. Bu noktadan hareketle, bir üye ülke hukukunca tanınan fikri ya da sınai mülkiyet hakkının, dolayısıyla bir marka hakkının, varlığı ya da geçerliliği Topluluk organlarınca tartışma konusu yapılamaz, 295. maddenin açık lafzı karşısında Topluluk hukuku üye ülkeler tarafından tanınan mülkiyet haklarının varlığına yönelik müdahalelerde bulunamaz.

ATA'nın 28. maddesi ise; üye ülkeler arasında ithalat ve ihracat vergileri, miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm önlemleri yasaklamış, ancak anlaşmanın diğer hükümlerinde öngörülen istisnaları saklı tutmuştur.

28. madde ile öngörülen malların serbest dolaşımına ilişkin ilkeye istisna oluşturacak haller 30. maddede sayılmıştır. Anılan maddeye göre; 28. madde ile yasaklanan önlemleri haklı kılacak istisnai hallerden biri de, üye ülkeler tarafından "*sınai ve ticari mülkiyet haklarının korunması*"⁴⁷ amacıyla malların serbest dolaşımına getirilebilecek önlem ve kısıtlamalardır. Ancak yine aynı hükme göre; üye ülkeler tarafından 30. maddede öngörülen istisnai nedenler çerçevesinde uygulanacak tedbir ve kısıtlamalar, Topluluk içi ticarete keyfi bir ayrımcılığa ya da üstü örtülü bir kısıtlamaya yol açmamalıdır. Şu halde, 30. maddede öngörülen istisnaya dayanılarak ticari ve sınai mülkiyet haklarının korunması gerekçesiyle üye ülkeler tarafından malların serbest dolaşımını engelleyecek nitelikte

⁴⁷ "Sınai ve ticari mülkiyet" deyiimi, maddenin orijinal metninde bulunan "commercial and industrial property" deyiminin karşılığı olarak kullanılmıştır.

tedbirler alınması, bu tedbirler keyfi bir ayırımcılığa yol açmadıkça ya da üye ülkeler arasındaki ticarete örtülü bir sınırlama boyutuna ulaşmadıkça mümkündür; zira Anlaşmanın 30. maddesi ile ticari ve sınai mülkiyet hakları malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında korunmuş ve ilkenin istisnası olarak kabul edilmiştir.

Fikri ve sınai mülkiyet haklarının sahiplerine tanıdığı tek elci yetkilerin malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında 30. madde hükmüncel korunması, hak sahipleri tarafından üye ülke pazarları arasında bu haklara dayanılarak duvarlar oluşturulması, bir başka anlatımla pazar kompartımanları yaratılması, üye ülke pazarlarının birbirinden soyutlanması sonucunu doğurabilir. 30. madde ile öngörülen keyfi ayırımcılığa ve örtülü kısıtlamaya yol açmama kriteri de dile getirdiğimiz tehlikeyi bertaraf eder nitelikte değildir. Hiç şüphesiz, 30. madde ile sınai ve ticari mülkiyet hakları bakımından belirlenen istisnanın amacı, hak sahipleri tarafından ortak pazar içerisinde kompartımanlar yaratılarak Topluluk pazarının bölünmesine izin vermek değildir. Topluluk sınırları içerisinde tek pazar oluşturmayı hedef alan ATA'nın fikri-sınai mülkiyet hakkı sahiplerine Topluluk iç pazarını bölme imkanı tanınması, anlaşmanın temel sistematigi, varoluş nedeni ile bağdaşmaz. Şu halde, 30. maddede öngörülen sınai ve ticari hakların korunmasına yönelik istisna, keyfi ayırımcılığa ve örtülü kısıtlamaya yol açmama zorunluluğu dışındaki bir başka kriter ile sınırlandırılarak uygulanmalıdır.

aa) ATAD'ın tükenmeye yönelik içtihat hukuku

ATA'da yer verilmeyen bu kriter, ATAD tarafından geliştirilen içtihat hukuku ile ortaya konmuştur. ATAD, sınai ve ticari mülkiyet haklarının mevcudiyeti ve kullanımı arasında bir ayırım yaparak, ATA'nın üye ülkeler tarafından tanınan sınai ve ticari mülkiyet haklarının varlığını tanıdığını, ancak bu hakların kullanımının 28. maddenin öngördüğü malların serbest dolaşımı prensibi ile çeliştiği hallerde, bu yöndeki bir kullanımın Topluluk hukukunca korunamayacağını ve 30. maddenin öngördüğü istisna kapsamında algılanamayacağını içtihat etmiş, yaklaşımını tükenme ilkesine

dayandırmıştır⁴⁸. ATAD' ın bu ayrımı, AB'nin hedef aldığı ekonomik entegrasyonu sağlayabilmek açısından olumlu olmuştur. *WEATHERILL*, tükenme ilkesinin arzulanan ekonomik entegrasyonun can damarı olduğunu ifade etmektedir⁴⁹. Mahkeme, Topluluk hukukuna tükenme ilkesini dahil ederken serbest ticaret ile fikri mülkiyetin korunması, kamu yararı ile kişisel kullanım özgürlüğü arasındaki dengeyi tesis etme amacını gütmüştür⁵⁰. Bu yaklaşım, malların serbest dolaşımı ilkesine, sınai ve ticari mülkiyet haklarının sahiplerine sağladığı tekel karşısında üstünlük tanıyarak Topluluk sınırları içerisinde paralel ve tekrar ithalatlara imkan tanımak anlamına gelmektedir ki, bu bakış açısı ATA' nın ruhuna da uygundur. Zira, Topluluk sınırları çerçevesindeki tek pazar içerisinde malların dolaşımının sınai ve ticari mülkiyet haklarına dayanılarak engellenmesi fiilen pazar kompartımanları yaratılması anlamına gelecektir, böyle bir tablo ise ATA'nın amacı ile bağdaşmaz. Üye ülkeler arasındaki mal dolaşımının serbestleştirilmesi, Topluluk sınırları içerisinde uygulama alanı sınırlı belli istisnalar dışında her tür mal giriş çıkışının yasal kabul olunmasını zorunlu kılmaktadır, oysa fikri ve sınai mülkiyet haklarının serbest dolaşımın kesin istisnası olarak kabul edilmesi, bu hakların hemen hemen her emtia üzerinde bulunduğu dikkate alınırsa, üye ülke pazarları arasında orijinal evsftaki emtiaların dolaşımını olanaksız kılar. Bu çerçevede, ATAD'ın malların serbest dolaşımı ile sınai- ticari mülkiyetin korunması arasında dengeyi sağlamak üzere tükenme ilkesini benimsemesi ve bu hakların kullanımının Topluluk hukukunun kontrolü altında bulunduğunu içtihat etmesi, kanımızca ATA' nın misyonu ile uyumludur.

Buna karşın, ATAD'ın fikri mülkiyet haklarının varlığı ve kullanımı arasında yaptığı ayırım doktrinde eleştiri konusu olmuştur. *Korah*, hakların varlığı ve kullanımı arasındaki ayrımı suni olarak nitelendirirken⁵¹, *Cornish*, ayrımı Topluluk hukukuna üstünlük tanımak için oluşturulan politik içerikli bir formül olarak niteler⁵². *Jones / Sufrin'* e göre, ayırım ikna edici olmaktan

⁴⁸ OKUTAN (Tekinalp/ Tekinalp), "Avrupa Birliği Hukuku", 2. Bası, İstanbul 2000, s.685.

⁴⁹ WEATHERILL, "Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation", CML Rev., Vol.36, 1999, s.73.

⁵⁰ OKUTAN (Tekinalp/ Tekinalp), "AB Hukuku", s.685.

⁵¹ KORAH, "Competition Law and Practice", 3rd. Ed., London 1986, s.84.

⁵² CORNISH, no. 1-50.

uzaktır, kullanılamayan bir hak değer taşımaz, ATAD muğlak bir araç yaratmaktan ileri gidememiştir⁵³. *Reich* bu bakış açısının belirsizlik yarattığını belirtirken⁵⁴, *Weatherill* ayrımın fikri mülkiyet haklarının etkisini azaltmak için kamufraj görevi gördüğünü ifade etmektedir⁵⁵. Buna karşın *Oliver*, varlığın yerine "hakkın özü", kullanımın yerine "bağlantılı haklar" kavramları konulduğunda ayrımın daha rasyonel gözüküğünü vurgulamaktadır⁵⁶.

Hakların varlığı ve kullanımı arasındaki ayrımı ortaya koyduğu ilk dava olan *Deutsche Grammophon / Metro*⁵⁷ davası ile birlikte Mahkeme, kullanımın hangi ölçüler içerisinde sınırlandırılabileceğini belirlemek üzere bir başka kriteri de gündeme getirmiştir. Bu ölçüt, "hakkın özgül konusu" (*specific subject matter*) kriteridir. ATAD'a göre, 30. madde ile sınai ve ticari hakların korunmasına yönelik tanınan istisna, bu hakların cevherinin, özgül konusunun korunmasına yönelik olarak tanınmıştır. Mahkeme tarafından bu yönde geliştirilen yaklaşım, ticari ve sınai mülkiyet haklarının esaslı fonksiyonları çerçevesinde korunmaya layık olacakları temeline dayanır.

Mahkeme, *Centrafarm / Sterling Drug*⁵⁸ davası ile patent hakkı için hakkın özgül konusunun, patent konusu ürünü üretmek ve ilk olarak ticaret mevkiine koymak üzere patent sahibine tekel garantisi tanımak olduğunu ifade etmiştir. Bu yaklaşım tarzına paralel olarak, *Centrafarm / Winthrop*⁵⁹ davasında marka hakkının özgül konusu, marka sahibinin markalı ürünü ilk olarak ticaret mevkiine koymak ve markanın çekici gücünden faydalanmak isteyen kötüniyetli üçüncü kişilerin kullanımını önlemek konusundaki tekel hakkı olarak belirlenmiştir. ATAD'ın marka hakkının özgül konusunu

⁵³ JONES / SUFRIN, "EC Competition Law, Text, Cases and Materials", New York 2001, s.562.

⁵⁴ REICH, "The November Revolution of the European Court of Justice: KECK, MENG and AUDI Revisited", CML Rev., Vol.31, No.3, 1994, s.476.

⁵⁵ WEATHERILL, s.72.

⁵⁶ OLIVER, "Free Movement of Goods in the European Community", 3rd. Ed., London 1996, no.8-120.

⁵⁷ Case 78/70 Deutsche Grammophon GmbH v Metro GmbH (Çalışmamızda kullanılan tüm ATAD kararlarına Avrupa Birliği'nin resmi sitesi olan www.europa.eu.int bünyesinde bulunan <http://curia.eu.int/en/rec.doc/indexaz/index.htm> adresinden ulaşılmıştır. Bundan sonraki bölümde anılan kararlar için bu atıf yenilenmeyecek, dava kayıt numarası bildirilmekle yetinilecektir).

⁵⁸ Case 15/74 Centrafarm BV v Sferling Drug Inc. (bkz. dpn. 57).

⁵⁹ Case 16/74 Centrafarm BV v Winthrop, paragraf 8 (bkz. dpn. 57).

belirlerken markanın fonksiyonları üzerinde hassasiyetle durduğu ve hakkın temel fonksiyonlarını korumaya yönelik müdahaleleri özgül konu içerisinde mütalaa ettiği söylenebilir. Buna karşın, Mahkeme tarafından hakkın özgül konusunun tanımlanmasının Topluluk yasama organının fonksiyonunun üstlenilmesi anlamına geldiği de savunulmuştur⁶⁰.

Marka hakkının özgül konusuna yönelik tanımından açıkça görülmektedir ki, ATAD, markalı malların yalnızca ilk olarak ticaret mevkiine konuluşunu hakkın özgül konusu içerisinde mütalaa etmiş, marka sahibinin rızası dahilinde yapılan ilk piyasaya sunumla mallar üzerindeki marka hakkının tükenmiş olacağını ve Topluluk içerisinde yapılan paralel ve tekrar ithalatlara marka hakkına dayanılarak engel olunamayacağını kabul etmiştir. Şu halde, AB hukukunda tükenme ilkesi hakkın özgül konusu kriterinden türeyen bir alt kriter konumundadır. Burada üzerinde durulması gereken husus şudur; ATAD tarafından hakkın özgül konusu ve tükenme kriterleri çerçevesinde oluşturulan içtihat hukuku, rekabet hukuku ilkelerine değil, malların serbest dolaşımı prensibine dayanır. Bu nedenle, bir fikri-sınai mülkiyet hakkının rekabet hukuku kuralları çerçevesinde etkisiz bırakılması ile tükenme prensibi çerçevesinde etkisiz bırakılması farklı hadiselerdir. Ancak şüphesiz, marka hakkının ihlal edildiği iddiası karşısında, tükenmenin gerçekleştiği savunması kadar hakim durumun kötüye kullanıldığı savunması da yapılabilir⁶¹, hatta bu yönde bir uygulama zaman içerisinde daha çok gündeme gelmeye de müsaittir⁶². Zira, hakkın amacını aşan bir fikri mülkiyet hakkı kullanımı rekabet kurallarının kontrolü altına girecektir⁶³. Ancak, hak sahibi ile rekabet halinde başka üreticiler de bulunduğu müddetçe, marka hakkı, Kurucu Anlaşma'nın 82. maddesi anlamında bir hakim durum sağlamaz. Hatta paralel ithalatı önleme amacıyla milli hukukça tanınan marka hakkına dayanmak dahi, 82. madde anlamında hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez⁶⁴.

⁶⁰ BRINKHOF, "Merck II: A Missed Opportunity", Intellectual Property and Information Law-Essays In Honour of Herman Cohen Jeroham, 1998, s.251.

⁶¹ MICHAELS, "A Practical Guide to Trademark Law", 2nd Ed., London 1996, no.4-112.

⁶² MICHAELS, no.7-56.

⁶³ FAULL / NIKPAY, "The EC Law of Competition", 1999, no.8-60.

⁶⁴ MERCIER / MACH / GILLIERON / AFFOLTER, "Grands Principes du Droit de la Concurrence", Bruxelles 1999, s. 287.

Buna karşın, paralel ithalatı önlemek amacıyla lisans alan ya da tek satıcıya fikri sınai mülkiyet hakkı üzerinde münhasır kullanım yetkisi tanımak, Kurucu Anlaşmanın 81. maddesine aykırılık oluşturur⁶⁵.

Tükenme ilkesinin içtihat hukukundaki evriminde marka hakkı hep ön safta olmuştur, zira patent ya da telif hakkı konusu ürünler de genelde bir marka altında piyasaya sunulduğundan, münhasır hakkın ihlal edildiği iddiası hem bu tür fikri mülkiyet hakları açısından hem de marka hakkı açısından ileri sürülmüştür⁶⁶.

Tükenme ilkesinin marka hakkı bakımından uygulandığı ilk karar, marka hakkının özgül konusunun da tarif edildiği ilk karar olan *Centrafarm / Winthrop* kararıdır⁶⁷. Davada, Topluluğa üye bir ülkede piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hakkın, bu piyasaya sunum marka hakkı sahibinin rızası dahilinde gerçekleşmiş olduğu takdirde tükenmiş kabul edileceği ve dolayısıyla bir başka üye ülkeye yapılacak paralel ithalatın marka hakkına dayanılarak engellenemeyeceği ifade olunmuş, ATAD'ın marka hakkını malların serbest dolaşımı ilkesi karşısında etkisiz bıraktığı görülmüştür.

ATAD'ın Topluluk dışından yapılan ithalatlara karşı tavrı, *EMI Records / CBS*⁶⁸ ve *Polydor / Harlequin*⁶⁹ davalarıyla gün ışığına çıkmıştır. *EMI Records / CBS* davasında Mahkeme, markayı taşıyan malların, markanın Topluluk dışı üçüncü ülkedeki yasal sahibi tarafından Topluluk iç pazarına ithalinin, üye ülkelerde bu markanın yasal sahibi statüsünde bulunan kimse tarafından engellenebileceğine hükmetmiş, gerekçe olarak da ithalatın önlenmesi ile Topluluk sınırları içerisinde malların serbest dolaşımı ilkesinin zedelenmemesini göstermiştir. ATAD bu sonuca ulaşırken hakkın özgül konusu kriterinden hareket etmiştir, tükenme ilkesinin olaya uygulanabilmesi söz konusu değildir. Zira, Topluluk dışından ortak pazara ithali söz konusu olan markalı malların piyasaya sunumu, Topluluk üyesi devletlerde yasal hak sahibi statüsünde bulunan kimsenin rızası dahilinde yapılmış değildir.

⁶⁵ MERCIER / MACH / GILLIERON / AFFOLTER, s.196-198.

⁶⁶ PRIME, "European Intellectual Property Law", 2000, s.14.

⁶⁷ Case 16/74 Centrafarm BV v Winthrop BV (bkz. dpn.59).

⁶⁸ Case 51/75 EMI Records Limited v CBS United Kingdom Limited (bkz. dpn.57).

⁶⁹ Case 270/80 Polydor Limited and RSO Records Inc. v Harlequin Record Shops Limited (bkz. dpn.57).

Buna karşın ATAD, *Polydor / Harlequin* kararıyla⁷⁰, AB'nin serbest ticaret ya da gümrük birliği anlaşması yaptığı ülkelerden gerçekleşen paralel ithalatların da önlenebileceğine hükmetmiş, gerekçe olarak da bu tür sözleşmelerin kullanılan ifadelerin benzerlik göstermesine karşın Roma Anlaşması gibi bir entegrasyon modelini amaçlamamasını göstermiştir. Anılan kararların analizinden, ATAD'ın Topluluk dışı ülkelere gerçekleştirilen ithalatlara karşı fikri- sınai mülkiyet haklarına dayanılmasına olanak tanıdığı ve içtihat hukuku ile oluşturduğu tükenme ilkesinin coğrafi sınırını Topluluk sınırları çerçevesinde belirlediği, bir diğer ifadeyle bölgesel tükenme ilkesini benimsediği ortaya çıkmaktadır.

Tükenme ilkesinin uygulama alanı bakımından ATAD'a iki ayrı konu zorluk yaşatmıştır; bunlardan ilki, tarihsel kökenin aynı olması nedeniyle Topluluğa dahil iki ayrı ülkede markanın iki farklı sahibinin bulunması, ikincisi ise paralel ithalat konusu markalı malların yeniden ambalajlama işlemine tabi tutulmasıdır.

bb)Ortak Köken Doktrini

ATAD'ın, markanın Topluluğa üye iki ayrı ülkede iki farklı sahibi bulunması halinde, bu ülkeler arasında söz konusu olan ithalatlara ilişkin olarak tükenme ilkesinin uygulanması bakımından ortaya koyduğu yaklaşım ilgi çekicidir. Konu ilk olarak *HAG I*⁷¹ davası ile gündeme gelmiştir. Karara konu olan olayda; bir kahve markası olarak kullanılan "HAG", Almanya'da markanın yasal sahibi statüsünde bulunan bir anonim ortaklık tarafından II. Dünya Savaşı'ndan önce Belçika'da tescil ettirilmiş ve sonrasında Belçika hukukuna korunan marka hakkı, bu ülkede kurulan bir yavru ortaklığa devredilmiştir. Savaşın bitiminde, bu yavru ortaklığa düşman malvarlığı olduğu gerekçesiyle Belçika hükümeti tarafından el konulmuş ve daha sonra bu ortaklık bir Belçika şirketine satılmıştır. Markanın Almanya'daki yasal sahibi statüsünde bulunan şirket tarafından "HAG" markasını taşıyan ürünlerin Belçika'ya ihracı ve burada piyasaya sunumu söz konusu olduğunda, aynı markanın Belçika hukukuna göre yasal sahibi statüsünde

⁷⁰ bkz. dpn. 69.

⁷¹ Case 192/73 Van Zuylen Freres v HAG AG (bkz. dpn.57).

bulunan şirket ithalatı önlemek üzere marka hakkına dayanmıştır. ATAD, tarihsel bakımdan eş kökenli bulunmalarına karşın iki ayrı devletçe korunan iki farklı marka hakkının karşılaştığı bu davada, marka hakkının, bu hakka tanınan korumanın zamanla sınırlı olmaması sebebiyle malların serbest dolaşımı ilkesini zedelemeye müsait, ortak pazarı bölmeye yönelik potansiyel risk taşıyan niteliğine dikkat çekmiş ve serbest dolaşım ilkesine üstünlük tanıyarak marka hakkını etkisiz bırakmıştır⁷². ATAD'ın bu yaklaşımı, "*ortak köken doktrini*" olarak isimlendirilmiş ve şiddetle eleştirilmiştir. *Jones / Sufrin*, hakkın özgül konusu kriterinin, aynı markayı taşıyan ancak bir başkası tarafından üretilen emtia karşısında hakka dayanılmasına imkan tanııyorsa hangi amaca hizmet edeceğini sorgulamakta, mahkemenin tüketiciler için yanıltma tehlikesini dikkate almadığını, *HAG I* kararı ile hem marka sahipleri hem de tüketiciler için markanın saygınlığının yok edildiğini ifade etmektedirler⁷³. Kanımızca müellifler eleştirilerinde haklıdır, çözümü tükenme ilkesi çerçevesinde aramak gerekirken ortak köken doktrinini yaratan ATAD'ın yaklaşımı olumlu karşılanamaz. Gerçekten, olayda ithali söz konusu olan markalı mallar Belçika şirketi tarafından piyasaya sunulmadığından tükenmeden söz açmak mümkün değildir, böyle bir ithalatın durdurulması ise hakkın özgül konusu içinde mütalaa edilmelidir. Oysa ATAD tarafından yaratılan ortak köken doktrini tükenme ilkesinden farklıdır⁷⁴, tükenme için markalı malların piyasaya sunumunda marka sahibinin rızası aranırken ortak köken doktrininde bu rızanın varlığı aranmamaktadır⁷⁵. ATAD'ın ortak kökenli markalar bakımından ortaya koyduğu bu yaklaşım, *Terrapin / Terranova*⁷⁶ kararında da devam etmiştir.

Mahkemenin, özdeş markaların karşılaştığı hallerde tükenme ilkesinin uygulama alanına ilişkin içtihadını netliğe kavuşturduğu karar ise *HAG II* kararıdır⁷⁷. *HAG II* davasında, bu defa Belçika hukukuna göre "*HAG*"

⁷² Kararın 10. paragrafında, ithalatı durdurma hakkının ancak yasal bir hakkı bulunmayan ithalatçılara karşı kullanılabileceği belirtilmiştir.

⁷³ JONES/ SUFRIN, s.568-569.

⁷⁴ BELLAMY/ CHILD, "Common Market Law of Competition", 4th Ed., 1993, no.8-033.

⁷⁵ OLIVER, "Of Split Trade Marks and Common Markets", MLR, Vol.54, No.4, s.588.

⁷⁶ Case 119/75 Société Terrapin Ltd. v Société Terranova Industrie (bkz. dpn.57).

⁷⁷ Case C-10/89 SA CNL – SUCAL NV v HAG GF AG (bkz. dpn.57).

markasının yasal sahibi statüsünde bulunan şirket tarafından markayı taşıyan mallar Almanya pazarına ihraç edilerek piyasaya sunulmak istenmiş, buna karşın markanın Alman hukukuna göre yasal sahibi statüsünde bulunan Alman şirketi ithalatı marka hakkına dayanarak engellemek istemiştir. Bir başka anlatımla, *HAG I* davasında aktardığımız kurgu tersine dönmüştür. ATAD, kararında markanın, markayı taşıyan malların üretiminden piyasaya sunumu anına değin kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletmenin kontrolü altında bulunduğu yönündeki temel işlevini, diğer bir ifadeyle garanti fonksiyonunu esas almış, aynı ürünün hukuki ve iktisadi olarak birbirinden bağımsız bulunan iki ayrı işletme tarafından üretilmesi halinde, markanın garanti fonksiyonunu zedelememek açısından her bir marka sahibinin markanın korunduğu üye ülkeye yapılacak ithalatı önleyebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme' nin bu içtihat değişikliği doktrinde olumlu karşılanmıştır. *BELLAMY / CHILD*' a göre kararın en önemli yanı, milli hukuka göre tanınan marka hakkının serbest dolaşımı engellese dahi belli koşullarda tanınabileceğini göstermesidir⁷⁸. *Oliver ve Michaels*, *HAG II* kararıyla ATAD'ın ortak kökenli markalar bakımından tükenme ilkesini uygulamaya döndüğünü ifade etmekte ve bu değişimi olumlu bulmaktadırlar⁷⁹.

Ideal Standard kararı⁸⁰ ile, ATAD' ın köken bakımından özdeş markaların karşılaştığı hallerde tükenme ilkesinin uygulanacağına ilişkin yaklaşımının, markanın iradi devrinin söz konusu olduğu ihtimaller için de geçerli olduğu görülmüştür. Karara konu olan olayda, marka sahibi üye ülkelerde korunan paralel marka haklarından birini devretmiş, daha sonra devralan tarafından üretilen markalı malların kendi iç pazarına ithalini önlemek üzere marka hakkına dayanmıştır. ATAD, devreden marka sahibinin devralan tarafından üretilen markalı malların kalitesini kontrole yönelik bir akdi hakkı bulunmadığı müddetçe tükenmenin uygulanamayacağına hükmetmiş, bu şekilde aynı markayı taşıyan ancak farklı kalitede bulunan iki ayrı ürünün aynı pazarda karşılaşması olasılığına

⁷⁸ BELLAMY/ CHILD, no.8-033.

⁷⁹ OLIVER, no.8-128, MICHAELS, no. 7-61, 7-62.

⁸⁰ Case C-9/93 *Ideal Standard/ IHT* (bkz. dpn.57).

imkan tanımak istememiştir. Kararın 43. paragrafında, markanın devrindeki rızanın tükenme için aranan rıza olmadığı, malların kalitesi üzerinde doğrudan ya da dolaylı kontrol imkanı yitirildiği takdirde devralan açısından tükenmenin uygulanamayacağı belirtilmiştir. *Oliver*, Mahkemenin devreden kaliteyi kontrol imkanı bulunup bulunmadığı üzerinde gereksiz şekilde durduğunu, devir için gösterilen rızanın hiçbir şekilde tükenme için aranan rıza olarak algılanamayacağını ifade etmektedir⁸¹. Buna karşın yazar, markanın devri bir müddet sonra geri alım şartıyla yapılmışsa, taraflar arasındaki ekonomik bağ devam ettiğinden piyasaya sunuma rıza gösterilmiş sayılacağını ve devreden açısından tükenme ilkesinin uygulama alanı bulacağını belirtmektedir⁸². Kararda devir işleminin pazarı bölme amacına yönelik olup olmadığı da değerlendirilmiştir. Mahkemenin bu yaklaşımı, hak sahibi tarafından iradi olarak devrin söz konusu olduğu hallerde markanın temel işlevlerinden olan garanti fonksiyonunun zedelenmemesi amacıyla serbest dolaşım ilkesinden ödün verilmesi anlamını taşımaktadır ki, kanımızca ATAD'ın bakış açısı yerindedir⁸³. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, markayı devreden hak sahibinin marka altında üretilen ürünün kalitesini kontrol etme imkanını haiz olduğu durumlarda tükenme ilkesinin uygulama alanı bulacağıdır. Zira, bu ihtimalde aynı markayı taşıyan farklı kalitedeki ürünlerin aynı pazarda karşılaşması tehlikesi bulunmamaktadır, bu nedenle markanın garanti fonksiyonunun zedelendiğinden söz açmak da mümkün değildir⁸⁴.

cc) Yeniden Ambalajlama

Markayı taşıyan malların orijinal ambalajları içerisinde tedavül etmesinde marka sahibinin menfaati olduğu gerçeği tartışmadan uzaktır. ATAD da, marka sahibinin markalı malların orijinal ambalajının

⁸¹ OLIVER, "Free Movement of Goods", no.8-167.

⁸² OLIVER, "Free Movement of Goods", no.8-167.

⁸³ Buna karşın Weatherill, Ideal Standard ve HAG II kararlarıyla ATAD'ın yasa koyucu rolüne soyunduğunu ifade etmektedir (WEATHERILL, s.78).

⁸⁴ Oliver'e göre markanın iradi devri söz konusu olduğunda, çözüm yolu ancak tükenme ilkesine göre bulunabilir. Bu aşamada, Roma Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde bir ortak pazar bulunmayıp ayrı ayrı ülkesel pazarlar söz konusu olduğundan marka sahibinin devralan tarafından yapılan piyasaya sunuma rızasının bulunmadığı, Roma Anlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra ise ortak pazarın bilincinde yapılan devrin devralan tarafından yapılacak piyasaya sunuma rıza gösterilmesi anlamına geldiği kabul edilebilir (OLIVER, "Of Split Trade Marks", s.592).

değiştirilmemesi yönündeki haklı beklentisini hakkın özgül konusu içerisinde mütalaa etmektedir. Ancak marka sahibinin üye ülkelerde aynı fonksiyon ve kalitedeki ürünü farklı ambalajlar altında piyasaya sunarak Topluluk iç pazarını ambalajlama teknikleriyle bölmesi hakkın özgül konusu içerisinde algılanamaz. Buna karşın, marka sahibi tarafından ürünün üye ülkelerde farklı ambalajlar altında piyasaya sunulmuş olması piyasaya sunumun yapıldığı üye ülkelerin mevzuatları gereği de olabilir. Kimi zaman ise paralel ithalatçının ürünün orijinal ambalajına müdahale ederek yeniden ambalajlama yapması, ithalatın yapıldığı ülkede ürünün piyasaya sunulabilmesi için zorunluluk arz eder. Özellikle ilaç sektöründe paralel ithalatçının orijinal ambalaja müdahalesi, ithalata konu ülkenin mevzuatının gereklerini yerine getirmek bakımından kaçınılmaz olmaktadır. Bu sebeple, ATAD' ın Topluluk sınırları içerisinde paralel ithalata karşı sergilediği olumlu yaklaşımın bir sonucu olarak ithalatçıya ambalaj üzerinde bir takım değişiklikleri yapma imkanı tanındığı görülmektedir⁸⁵. Şüphesiz, paralel ithalatçı tarafından yapılacak bu değişikliklerin mümkün mertebe ürünün orijinal niteliğini zedelemeyecek nitelikte olması sağlanmalıdır. Marka sahibinin bu noktada ortaya çıkan menfaati ile paralel ithalatçının çıkarı arasındaki hassas denge, ATAD tarafından konuya ilişkin olarak verilen bir dizi karar ile ortaya konulan kriterler vasıtasıyla sağlanır.

ATAD, *Hoffman- La Roche / Centrafarm*⁸⁶ ve *Pfizer / Eurim Pharm*⁸⁷ kararlarında, ürünün yalnızca dış ambalajının değiştirilmesi, buna karşın iç ambalajda ürünü zedeleyici nitelikte bir değişiklik yapılmaması, iç ambalaja konulan markanın şeffaf bir materyal ile görünür kılınması, dış ambalajda üreticinin ve yeniden ambalajlamayı yapan ithalatçının kimliklerini gösterilmesi halinde ürünün orijinal niteliğini kaybetmiş sayılmayacağına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, yeniden ambalajlama üye devletin mevzuatı gereği olup yetkili ulusal makamların kontrolü altında

⁸⁵ Taylan'a göre yeniden ambalajlama halinde marka hakkı tükenmiş kabul edilemez, bu işlem ile marka hakkı her koşulda ihlal edilmiş olmaktadır, paralel ithalatı önlemek üzere marka hakkına dayanmak keyfi bir ayrımcılığa ya da üstü örtülü bir kısıtlamaya yol açmadıkça mümkündür (TAYLAN, "Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi", Ankara 2001, s.129-133).

⁸⁶ Case 102/77 Hoffman – La Roche v Centrafarm (bkz. dpn. 57).

⁸⁷ Case 1/81 Pfizer v Eurim Pharm (bkz. dpn. 57).

gerçekleştirilmişse ürünün orijinal niteliğinin zedelendiği ileri sürülemeyecektir.

*Paranova*⁸⁸ kararında ise Mahkeme, paralel ithalatçı tarafından yapılan piyasaya sunumun zorunlu olup olmadığını tartışarak, böyle bir zorunluluğun bulunmadığı hallerde ambalaja yapılacak müdahalenin marka hakkının ihlali olarak değerlendirileceğini belirlemiştir. Karara konu olan olayda, paralel ithalatçı tarafından ithal edilen ilaçların iç ve dış ambalajları değiştirilerek yeniden ambalajlama yapılmış, ancak hem iç hem dış ambalajın üzerine orijinal marka yeniden konulmuş, ilaç paketine piyasaya sunumun yapılacağı ülke dilinde bir prospektüs eklenmiş ve ilacın kullanımına ilişkin yardımcı alet bir başkasıyla değiştirilmiştir. ATAD, ambalaj değişikliğinin zorunluluk arz ettiği durumlarda, paralel ithalatçının markalı malların orijinal niteliğinin korunması konusunda marka sahibinden beklenecek özeni gösterdiği müddetçe bu değişikliği yapabileceğini belirtmiş, ambalaj üzerinde yeniden ambalajlamayı yapan ithalatçının ünvanının açıkça gösterilmesi gerektiğine de hükmetmiştir. Ambalaj üzerinde ithalatçının marka sahibi olmadığı ve ürünün kontrolünde üretilmediğini gösterir bir açıklamaya da yer verilmelidir. ATAD'a göre, marka sahibi ambalaj üzerinde üreticinin ünvanının gösterilmesini de talep edebilir, buna karşın, yeniden ambalajlamanın rızası dışında gerçekleştiğine dair bir açıklamanın yer almasını talep edemez. ATAD, paralel ithalatçının ambalaja yapacağı müdahaleyi önceden marka sahibine bildirmesi gerektiğine de hükmederek, yeniden ambalajlamaya ilişkin bir numunenin marka sahibine gönderilmesini de zorunlu kılmıştır.

Yeniden ambalajlama halinde, Mahkeme tarafından ortaya konulan kriterlere uygun olarak ambalaja yapılan müdahaleler ürünün orijinal niteliğini zedelemeyebilir. Dolayısıyla bu kriterlere uygun olarak yapılan yeniden ambalajlama hakkın özgül konusunu ihlal etmez, şayet tükenme için aranan diğer şartlar da gerçekleşmişse ürünler üzerindeki marka hakkı da tükenmiş olduğundan paralel ithalat engellenemez. Hatta *Loendersloot / Ballantine*⁸⁹

⁸⁸ Birleşik davalar; Case 427/93 Bristol Myers v Paranova, Case 429/93 Boehringer v Paranova, Case 436/93 Bayer & Bayer Danmark v Paranova. (bkz. dpn. 57).

⁸⁹ Case C-349/95 Loendersloot v Ballantine (bkz. dpn. 57).

kararına göre, paralel ithalatın marka sahibine daha önceden bildirilmemesi ya da yeniden ambalajlamanın bir numunesinin marka sahibine iletilmemesi, tek başına marka hakkına dayanılarak paralel veya tekrar ithalatın önlenmesi için neden oluşturmaz.

Paranova kararında⁹⁰, marka sahibinin aynı ürünü üye ülkelerde farklı ambalajlar altında piyasaya sürmesi halinde Topluluk içi pazarın objektif anlamda bölüneceği, marka sahibinin pazarı bölme iradesinin bulunup bulunmamasının ya da farklı ambalajlar kullanılmasının üye devlet mevzuatları gereği tezahür edip etmemesinin de bu sonucu etkilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak ATAD, marka sahibinin üye ülkelerde aynı ürün için farklı markalar kullanması halinde daha hoşgörülü bir yaklaşım sergilemektedir. *Centrafarm / Amerikan Home Products* kararında⁹¹ Mahkeme, üye ülkelerde aynı ürün için farklı markalar kullanılmasının hakkın özgül konusuna dahil bulunduğunu, ancak somut olayda marka sahibinin pazarı bölme iradesinin mevcut olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerektiğini, bu yöndeki incelemenin ise yerel yargıcın yetkisi dahilinde bulunduğunu içtihat etmiştir. Kanımızca, aynı ürün için üye devletlerde farklı markaların kullanımı marka sahibinin pazarı bölme iradesinin varlığına karine teşkil etmelidir, ancak bu karinenin aksini ispat imkanı marka sahibine tanınmalıdır. Marka sahibi, markanın bir üye ülkede daha önce bir başkası adına tescil edilmiş olması gibi bir haklı sebep çerçevesinde farklı markalar kullanmak durumunda kaldığını ispat ederek paralel ithalatı engelleme imkanına sahip olabilmelidir.

Üye ülkelerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 89/104 sayılı Yönerge' nin kabulüne değin ATAD tarafından geliştirilen içtihat hukuku, tükenme ilkesi bakımından anılan Yönerge ile pozitif düzenleme haline getirilmiştir. *Prime*, Yönerge'den önce ATAD tarafından geliştirilen içtihat hukukunun çok eleştirilmesine karşın, kusursuz olmamakla birlikte zaman içerisinde gelişme gösteren ve pratikte karşılaşılan meselelere duyarlı ve gerçekçi bir çizgi takip ettiğini ifade etmektedir⁹². Fikrimizce de,

⁹⁰ bkz. dpn.87.

⁹¹ Case 3/78 Centrafarm v American Home Products (bkz. dpn. 57).

⁹² PRIME, s.7.

belli noktalarda eleştiriye açık olmasına rağmen ATAD tarafından geliştirilen içtihat hukuku malların serbest dolaşımı ilkesini hayata geçirmek bakımından olumludur.

b- 89/104 sayılı Yönerge' nin Düzenlemesi

ATAD' ın içtihat hukuku çerçevesinde uygulama alanı bulan tükenme ilkesi, 21 Aralık 1988 tarih ve 89/104 sayılı "Üye Ülkelerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin Yönerge" ile pozitif düzenleme haline gelmiştir. Anılan Yönerge'nin 7. maddesinde, markadan doğan hakların tüketilmesi başlığı altında; *"Markanın, marka sahibine, o marka altında marka sahibi tarafından veya onun rızası dahilinde Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklama yetkisini vermediği"* hükme bağlanmıştır⁹³. Söz konusu maddenin II. fıkrasında ise; *"Marka sahibinin markayı taşıyan malların tekrar ticaret mevkiine konmasını engelleme konusunda haklı sebeplerinin bulunduğu, özellikle piyasaya sunulmuş olan markalı malların sonradan değiştirildiği ya da kötüleştirildiği hallerde birinci fıkranın uygulanmayacağı"* ifade olunmuştur⁹⁴.

20 Aralık 1993 tarih ve 40/94 sayılı Topluluk Markasına İlişkin Konsey Tüzüğü'nün 13. maddesinde de, Topluluk markası niteliğindeki markalara uygulanacak tükenme ilkesi açısından 89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesinde yer verilen düzenleme ile paralel bir düzenleme, aynı cümle kalıpları ve terimler kullanılmak suretiyle öngörülmüştür⁹⁵.

"Üye Ülkelerin Marka Hukuklarının Uyumlaştırılmasına İlişkin 89/104 sayılı Yönerge" ile "Topluluk Markasına İlişkin 40/94 sayılı Tüzük" ün

⁹³ Orijinal metin şöyledir; " The trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the Community under that trade mark by the proprietor or with his consent".

⁹⁴ Orijinal metin şöyledir; "Paragraph I shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialization of the goods, especially where the conditions of the goods is changed or impaired after they have been put on the market".

⁹⁵ Orijinal metin aşağıdaki gibidir; " A Community trade mark shall not entitle the proprietor to prohibit its use in relation to goods which have been put on the market in the Community under that trade mark by the proprietor or with his consent.

Paragraph I shall not apply where there exist legitimate reasons for the proprietor to oppose further commercialization of the goods, especially where the condition of the goods is changed or impaired after they have been put on the market".

tükenme ilkesi açısından paralel düzenlemeler öngörmesi sebebiyle, aşağıda yalnızca Yönerge hükmü çerçevesinde yapılacak bir inceleme ile yetinilecektir. Şüphesiz, Yönerge hükmü çerçevesinde aktarılan açıklamalar 40/94 sayılı Tüzük kapsamındaki Topluluk markaları açısından da geçerli olacaktır. İncelememiz çerçevesinde, öncelikle 89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesi ile tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenen sisteme değinilecek, ardından anılan hüküm gereğince tükenmenin gerçekleşmesi için aranan şartlar aktarılacak ve son olarak da tükenmenin uygulanmayacağı belirtilen haller inceleme konusu yapılacaktır.

aa) Tükenmenin Coğrafi Sınırı Bakımından Benimsenen Sistem

89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesi ile; *"Markanın, marka sahibine, o marka altında marka sahibi tarafından veya onun rızası dahilinde Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak kullanımını yasaklama yetkisini vermediği"* ifade edildiğine göre, hükmün tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsediği sistem bölgesel tükenmedir⁹⁶. Gerçekten, hükmün *"...Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak..."* şeklindeki ifadesinden, AB hukukunda tükenmenin ancak Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulmuş markalı mallara ilişkin olarak gerçekleşebileceği, buna karşın Topluluk dışında piyasaya sürülen markalı mallar üzerindeki hakkın tükenmiş kabul edilmeyeceği anlaşılmaktadır⁹⁷.

89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesi ile tükenmenin coğrafi sınırı yönünden benimsenen sistemin asgari bir düzenleme niteliğinde mi yoksa emredici mahiyette mi olduğu, bir diğer ifadeyle Yönerge hükmüne rağmen Topluluk üyesi ülkelerin milli hukuklarında uluslararası tükenme ilkesini benimseme yetkilerinin bulunup bulunmadığı yönündeki tartışmalar *Silhouette*⁹⁸ kararı ile son bulmuştur. Karara konu olan olayda, Silhouette

⁹⁶ Yönerge için komisyon tarafından uluslararası tükenme ilkesi önerilmiştir (CORNISH, no.17-120). Yazara göre bu öneri, marka korumasını malın menşei gösterme yönündeki asli fonksiyonuna döndürmeye yönelik bir çabanın ifadesidir.

⁹⁷ BEIER, "Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market", IIC, Vol:21, No.2, 1990, s.136-40, ÖZCAN, "Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar", Ankara 1999, s.136-140.

⁹⁸ Case C-355/96 Silhouette International v Hartlauer (bkz. dpn. 57).

markasının Avusturya ve diğer bir çok ülkede yasal sahibi statüsünde bulunan Silhouette International şirketi, daha önce bir Bulgar şirketine sattığı eski kreasyon gözlük çerçevelerinin davalı şirket tarafından Bulgaristan'dan ithalat yoluyla Avusturya'ya getirilmesi ve burada ucuz fiyatla satışa sunulması üzerine, oluşturduğu kaliteye dayalı imajın zedelendiği gerekçesiyle marka hakkına dayanarak ithalatı önlemek istemiştir. Avusturya Yüksek Mahkemesi konuyu ATAD'ın gündemine taşımış ve Yönerge'nin 7. maddesinde öngörülen bölgesel tükenme ilkesine rağmen uluslararası tükenme ilkesinin iç hukukta muhafaza edilmesinin mümkün olup olmadığı yönünde görüş talep etmiştir.

ATAD, Yönerge'nin üye ülkelerin marka hukuklarında geniş bir uyumlaştırmayı hedeflediğini, 7. madde metninin tahdidi bir düzenleme getirdiğini, üye ülkelerden bazılarının bölgesel bazılarının uluslararası tükenmeyi tercih etmesine olanak tanınması halinde ortak pazarın işleyişinin olumsuz etkilenebileceğini vurgulamış ve Yönerge hükmü karşısında iç hukukta uluslararası tükenmeyi muhafaza etme imkanı bulunmadığına hükmetmiştir⁹⁹.

Bu noktada belirtilmesi gereken bir diğer husus, EFTA devletleri (İzlanda, Norveç, Lihtenştayn) ile AB arasında akdolan Avrupa Ekonomik Alanının Kurulmasına İlişkin Anlaşma çerçevesinde, markayı taşıyan malların EFTA ülkeleri sınırları içerisinde piyasaya sunulması halinde bu sunumun AB sınırları içerisinde yapılmış kabul edileceğidir¹⁰⁰. Bu bakımdan, Avrupa Ekonomik Alanı sınırları içerisinde yapılan her piyasaya sunum, sunuma konu mallar üzerindeki marka hakkının AB hukuku bakımından tüketilmesi sonucunu doğuracaktır.

⁹⁹Fransozi, ATAD'ın Silhouette kararı ile ortaya koyduğu yaklaşımın, Yönerge'nin hazırlık çalışmaları da dikkate alındığında yerinde olduğunu belirtmektedir (FRANSOZİ, "European Community Trade Mark", Netherlands 1997, s.233).

¹⁰⁰ bkz. Sözleşmenin 65/II. maddesi ve fikri mülkiyet hakları ile ilgili 28 no.lu protokolün 2. maddesi. Alexander, bu düzenleme ile "Topluluk çapında tükenme" kavramının rafa kalktığını, AEA çapında tükenme prensibinin oluştuğunu haklı olarak ifade etmektedir (ALEXANDER, "Exhaustion of Intellectual Property Rights: Worldwide or Community- (EEA) wide?", Intellectual Property and Information Law Essays in Honour of Herman Cohen Jeroham, 1998, s.9).

Avrupa Ekonomik Alanı'na dahil olan EFTA devletlerinin, AB'nin 89/104 sayılı Yönergesi hükmüne karşın uluslararası tükenme ilkesini kendi hukuklarında muhafaza edip edemeyecekleri hususunda EFTA Mahkemesi tarafından verilen "*Maglite*" kararı¹⁰¹, "*Silhouette*" kararı¹⁰² ile ATAD tarafından ortaya konulan çözüm tarzından farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Karara konu olan olayda, Maglite markası ile Amerika Birleşik Devletleri'nde üretilen lambaların Norveç'teki tek satıcısı olan şirket, anılan markayı taşıyan lambaları üreticisi dışındaki bir başka kişiden satın alarak Norveç'e ithal eden paralel ithalatçı şirketi, markanın Norveç'te kendi adına tescilli olmasından da faydalanarak dava etmiştir. Norveç'in uluslararası tükenmeyi iç hukukunda muhafaza etmeye yetkili olup olmadığına karar verilmesi amacıyla mesele EFTA Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir. EFTA Mahkemesi, ATA ile AEA Anlaşması arasındaki amaç farkına değinmiş, AEA Anlaşması ile yalnızca bir serbest ticaret bölgesi oluşturulmak istendiğini, buna karşın EFTA devletlerinin dış ticaret politikalarını belirleme konusundaki bağımsızlıklarını devletler üstü nitelikte bir başka organa devretmediklerini, uluslararası tükenme ilkesinin rekabeti artırdığı ve tüketicinin yararına olduğu gibi markanın menşe gösterme fonksiyonunu da olumsuz etkilemediğini, *TRIPS* md.6 hükmü uyarınca tükenmenin coğrafi sınırını belirleme yetkisinin her ülkenin kendi inisiyatifine bırakıldığını vurgulamış ve her EFTA üyesinin uluslararası tükenme ilkesini muhafaza edip etmeyeceğini belirleme yönünden yetkili olduğuna hükmetmiştir.

bb-Tükenme İçin Aranılan Şartlar

89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesi ile markanın, marka sahibine, o marka altında kendisi ya da kendi rızası dahilinde bir başkası tarafından piyasaya sunulan mallarla ilgili olarak kullanımını yasaklama yetkisi vermediği ifade edildiğine göre, AB hukukunda tükenmenin gerçekleştiğini kabul için iki ayrı koşulun bir arada öngörüldüğü, bir başka anlatımla kümülatif koşulların arandığı söylenebilir. Bu koşullardan ilki, markayı

¹⁰¹ Case E-2/97 Maglite Instrument Inc. v California Trading Company (Karar için bkz.; <http://www.efta.int/docs/court/publications/decision/de1997c.htm>).

¹⁰² bkz. dpn.98.

taşıyan malların Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulmuş olması, ikincisi ise bu sunum işleminin bizzat marka sahibi ya da onun rızası dahilinde bir başkası tarafından yapılmış olmasıdır. Aşağıda, her iki koşul ayrı ayrı incelenecektir.

i) Markayı Taşıyan Malların Topluluk Sınırları İçerisinde Piyasaya Sunulmuş Olması

89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesi hükmü uyarınca, tükenmenin gerçekleşmiş sayılabilmesi için markayı taşıyan malların Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulmuş olması gerekmektedir. Söz konusu koşul, AB tarafından tükenmenin coğrafi sınırı yönünden benimsenen bölgesel tükenme ilkesinin doğal bir sonucudur. Topluluk içerisinde serbest mal dolaşımı ilkesini benimseyerek üst seviyede liberal yaklaşım sergileyen AB'nin bölgesel tükenme ilkesini tercih etmekle Topluluk dışından yapılabilecek paralel ithalatlara set çekmeyi tercih seçmesi, dünya ticaretinin geliştirilmesi amacını taşıyan GATT'ın öngördüğü yaklaşımla bağdaşmamaktadır. Ancak bölgesel tükenme yönündeki tercihin, ortak pazar içerisinde serbest ticareti destekleyen ancak iç pazarını dışa kapatma çabasında olan, kendi içinde liberal ancak dışa karşı korunmacı AB felsefesiyle örtüştüğü söylenebilir.

Yukarıda da açıklandığı üzere, Yönerge'nin 7. maddesi ile tükenmenin gerçekleşmesi için markayı taşıyan malların Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulmuş olması şartının aranmasının en önemli sonucu, Topluluk dışından yapılacak olası paralel ithalatlara konu markalı mallar üzerinde tükenmenin söz konusu olmaması ve bu tür ithalatların marka hakkına dayanılarak engellenebilmesidir. Zira, 7. maddenin açık ifadesi gereği, yalnız Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hak tüketilmiş olur¹⁰³. Dolayısıyla, markanın Topluluk içerisindeki yasal sahibi statüsünde bulunan kimse markasını taşıyan malları hem Topluluk içinde hem de Topluluk dışında piyasaya sunmuş olsa dahi, Topluluk dışından yapılabilecek paralel ithalatları, AB hukukuna göre

¹⁰³ Case C 1733/98 Sebago Inc and Maison Dubois v Hartlauner (bkz. dpn. 57).

paralel ithalat konusu ürünler üzerinde marka hakkı tükenmiş kabul edilmeyeceğinden marka hakkına dayanarak engelleyebilecektir. Şu halde, AB hukukunun tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsediği sistem uyarınca, markayı taşıyan ürünlerin paralel ithalata konu olması ancak Topluluğa üye ülkeler arasında mümkün olabilir, buna karşın Topluluğa dahil olmayan bir ülkeden ortak pazara dahil ülkelere paralel ithalat marka sahibi tarafından engellenebilir.

Bu aşamada üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus şudur; üzerlerindeki marka hakkı AB hukukuna göre tüketilmemiş bulunan ve bu nedenle Topluluk içerisine ithali marka sahibi tarafından engellenebilecek olan Topluluk dışında piyasaya sunulmuş markalı mallar, marka sahibinin itirazı ile karşılaşmaksızın bir kez Topluluk sınırları içine ithal edilirlse, artık ATA'nın 28. maddesinin öngördüğü serbest dolaşım prensibi nedeniyle üye ülkeler arasında paralel ithalata konu olduklarında, bu ithalat marka sahibi tarafından engellenemeyecektir¹⁰⁴. Zira, söz konusu mallar ilk ithalat sonrasında "*Topluluk malı*" statüsünü kazanmış olacaklarından, serbest dolaşım prensibi bu mallar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Kanaatimizce, ATAD'ın "*Silhouette*" kararı¹⁰⁵ ile üye ülkelerin ulusal hukuklarında uluslararası tükenme ilkesini muhafaza etmelerine Yönerge'nin 7. maddesi karşısında imkan bulunmadığına hükmederek ortadan kaldırmak istediği esas tehlike de budur. Gerçekten, şayet üye ülkelerin ulusal hukuklarında uluslararası tükenme ilkesini muhafaza etmelerine ATAD tarafından olanak tanınacak olursa, Toplulukça benimsenen bölgesel tükenme ilkesi gereği marka sahibince engellenebilecek olan Topluluk dışından iç pazara yönelik paralel ithalatları önlemek fiilen imkansız hale gelecektir. Şöyle ki, uluslararası tükenmeyi ulusal hukukunda muhafaza eden bir üye ülkeye yapılacak paralel ithalat, uluslararası tükenmenin doğası gereği marka hakkına dayanılarak engellenemeyecek ve bu ithalat sonucu ortak pazara giren mallar "*Topluluk malı*" statüsünü kazanmış olacağından serbest dolaşım prensibi bu mallar için de geçerli olacaktır. Uluslararası tükenmeyi ulusal hukukunda muhafaza

¹⁰⁴ ALEXANDER, "Exhaustion of Trade Mark Rights in the European Economic Area", ELR, Vol:24, No.1, 1999, s.63.

¹⁰⁵ bkz. dpn.98.

eden bu üye ülkeden diğer üye ülkelere yapılacak ikincil paralel ithalatlar ise serbest dolaşım kuralları nedeniyle marka hakkına dayanılarak engellenemeyecektir. Bu şekilde, uluslararası tükenmeyi ulusal hukukunda muhafaza eden üye ülke vasıtasıyla, Topluluk dışından markalı malları ithal eden paralel ithalatçı tüm üye ülke pazarlarına ürününü ulaştırmış olacaktır. Böyle bir tablo ise, Topluluk dışından yapılacak ithalatlara karşı korunmacı tavır takınan geleneksel AB çizgisi tarafından kabul edilebilir nitelikte değildir. Kanımızca, ATAD'ın "*Silhouette*" kararı¹⁰⁶ ile üye ülkelerin ulusal hukuklarında uluslararası tükenme ilkesini muhafaza etmeye devam edemeyecekleri yönünde oluşturduğu yaklaşım ile kaçınmayı arzu ettiği temel tehlike işte budur.

Ancak, ATAD'ın önlemeye çalıştığı bu tehlike, EFTA Mahkemesi'nin "*Maglite*" kararı¹⁰⁷ nedeniyle ortadan kalkmış değildir. Karara göre, EFTA üyesi ülkeler ulusal hukuklarında uluslararası tükenmeyi muhafaza edebileceklerinden aktarılan tehlike halen mevcut bulunmaktadır¹⁰⁸. Bu tehlike, AEA çapında tükenme ilkesinin AEA menşeli olmayan ürünlere uygulanmayacağı görüşü ile giderilmeye çalışılmıştır¹⁰⁹. Karşıt görüş ise *Prandl* a¹¹⁰ aittir. Yazara göre, Anlaşmanın tarafları tükenme sistemine EFTA ülkelerini dahil ederken tükenmeyi AEA boyutuna çıkarmışlar, ancak Topluluk dışı orijinli mallara ayrıcalık tanımamışlardır. Bu nedenle, bir kez AEA sınırları içine giren markalı malların serbest dolaşım kuralına tabi olması gerekir. Buna karşın *Taylan*, ikinci görüş kabul edilse dahi marka hakkının tükenmiş varsayılmasının mümkün olamayacağını, zira marka sahibinin AEA sınırları içerisinde yapılan piyasaya sunuma rıza göstermesi söz konusu olmadığından tükenmenin de mevzu bahis olamayacağını ifade etmektedir¹¹¹. Kanımızca da bu görüş, somut olayın şartları uyarınca marka

¹⁰⁶ bkz. dpn.98.

¹⁰⁷ bkz. dpn.101.

¹⁰⁸ AMMANN, "Intellectual Property Rights and Parallel Imports", Legal Issues of European Integration, Vol.26, Issue No.1/2, 1999, s.105.

¹⁰⁹ PRIME, s.20, TAYLAN, s.101, ABBEY, "The Exhaustion of IP Rights Under the EEA Agreement Does Not Apply to Third Country Goods", ECLR; Vol:13, No.6, 1992, s.233.

¹¹⁰ PRANDL, "Exhaustion of IP Rights in the EEA Applies to Third-Country Goods Placed on the EEA Market", ECLR, Vol:14, No.2, 1993, s.45.

¹¹¹ TAYLAN, s.102.

sahibinin zımni rızasının mevcut kabul edilebileceği haller müstesna tutulmak üzere yerindedir.

Bu aşamada üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, hangi hallerde piyasaya sunum işleminin gerçekleşmiş kabul edileceğidir. Sunum farklı şekillerde gerçekleştirilmiş olabilir. Markayı taşıyan malların satımı, kiralınması, leasing yoluyla pazara arzı piyasaya sunum kapsamında algılanır. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım da piyasaya sunum şartının gerçekleşmiş kabul olunması için yeterlidir. Zira, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım halinde marka sahibinin iradesinin markayı taşıyan malların piyasaya sunumu yönünde olduğu tartışmadan uzaktır. Şu halde, piyasaya sunumun gerçekleştiğini kabul için markayı taşıyan malların mülkiyetinin devri mutlak şart değildir. Belli olasılıklarda ise, markalı malların mülkiyetinin devri dahi piyasaya sunum kapsamında algılanmayabilir. Örneğin, markalı malların rehnedilmesi amacıyla mülkiyetin devri halinde, inançlı işlemle görüntüde satım oluşturulmasına karşın piyasaya sunum şartı gerçekleşmiş kabul edilmez. Dolayısıyla, piyasaya sunumun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit bakımından markalı malların mülkiyetinin devredilip devredilmediği değil, marka sahibinin piyasaya sunum iradesinin bulunup bulunmadığı önem arz eder.

Markalı malların Topluluk dışına ihracının Topluluk sınırları içerisinde piyasaya sunum anlamına gelip gelmeyeceği konusunda AB hukukunda benimsenen çözüm tarzı, ifa yeri kriteri üzerine inşa olunmuştur. Buna göre, AB'ye dahil bir üye devletten Topluluk dışı ülkelere yapılacak ihracatlar açısından, malların alıcıya yahut bu kişinin yardımcı şahsı ya da bu kişi adına hareket eden nakliyeciyeye teslim yeri AB-AEA sınırları içerisinde ise piyasaya sunum şartının gerçekleştiği kabul olunur, bu malların olası bir paralel ithalat yoluyla AB ülkelerine ithalatı artık marka hakkına dayanılarak engellenemez¹¹². Ancak malların teslim edildiği yer AB-AEA sınırları dışında ise, piyasaya sunum şartı AB hukuku açısından gerçekleşmiş kabul

¹¹² SIMONS, "European Trademark Exhaustion", The European Legal Forum, Issue 1-2000/1, s.35-39. Yazarın da haklı olarak belirttiği üzere, alıcının markalı malları Topluluk dışında piyasaya sunma yönündeki sözleşmesel zorunluluğu da tükenme ilkesinin uygulanması bakımından herhangi bir sonuç doğurmaz.

edilmeyeceğinden bu mallar üzerindeki hak da tükenmiş kabul edilmeyecektir. Şu halde, AB menşeli marka sahibinin markalı malları yüklemeye satış niteliğinde bir sözleşme çerçevesinde AB-AEA sınırları içerisinde bir limanda teslim etmek suretiyle ihraç etmesi halinde, ifa yeri AB-AEA sınırları içerisinde olacağından Topluluk hukuku bakımından piyasaya sunum gerçekleşmiş sayılacak, ancak yukarıda anılan satım sözleşmesinin boşaltmada satış niteliğini taşıması halinde, ifa yeri varma limanı olup bu liman da AB-AEA sınırları içerisinde bulunmadığı takdirde sunum işlemi gerçekleşmiş kabul edilmeyecektir. Kanımızca, marka sahibinin markalı malları Topluluk içinde piyasaya sunum iradesi bulunup bulunmadığını göz ardı eden bu tarz bir yaklaşım, yukarıdaki örnek ile sergilemek istediğimiz üzere hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Zira, Topluluğa üye olmayan üçüncü bir ülkeye ihraç ettiği malları Topluluk pazarına sunma yönünde bir iradesi bulunmayan marka sahibinin, sırf ifa yerinin AB-AEA sınırları içerisinde bulunması nedeniyle ihraç ettiği mallar üzerindeki marka hakkının tükendiğini kabul etmek, buna karşın ifa yerini AB-AEA sınırları dışında belirleyerek ihracat yapan marka sahiplerine paralel ithalatlara tükenmenin gerçekleşmemesi gerekçesiyle marka hakkına dayanarak müdahalede bulunma imkanı tanımak, görüşümüzce yapay bir ayırım oluşturmaktan öteye geçmemektedir.

ii) Piyasaya Sunum İşleminin Marka Sahibinin Rızası Dahilinde Gerçekleştirilmiş Olması

89/14 sayılı 'Yönerge' nin 7. maddesi hükmünün tükenmenin gerçekleşmesi bakımından aradığı ikinci şart, piyasaya sunum işleminin bizzat marka sahibi tarafından ya da onun rızası çerçevesinde üçüncü bir kimse aracılığıyla yapılmış olmasıdır. Piyasaya sunuma marka sahibi tarafından gösterilecek rıza, tükenmenin olmazsa olmaz koşulu, ilkeyi karakterize eden unsurdur. İhraççı ülkede hak sahibinin rızası dışında

yapılan piyasaya sunum hukuka uygun olsa (örneğin ihraççı ülkede marka koruması sağlanmıyor olsa) dahi, rızanın bulunmaması tükenmenin gerçekleşmesini önler¹¹³.

Piyasaya sunumun marka sahibi tarafından ya da onun rızası dahilinde üçüncü kişi vasıtasıyla yapıldığı hallerde, sunumu yapılan markalı malların Topluluk sınırları içerisinde üretilip üretilmediği önem taşımaz¹¹⁴. Esas alınan kriter, markalı malların Topluluk sınırları içerisinde üretilip üretilmediği değil, bu malların AB-AEA sınırları içerisinde piyasaya sunumunun marka sahibinin rızası dahilinde yapılıp yapılmadığıdır. Bu nedenle, markalı mallar Topluluk sınırları dışında üretilmiş dahi olsa, bu mallar Topluluk hukukuna göre markanın yasal sahibi statüsünde bulunan kimsenin rızası dahilinde Topluluk içerisinde piyasaya sunulmuş ise mallar üzerlerindeki marka hakkı tükenecektir.

Marka sahibi tarafından gösterilen rıza, piyasaya sunumu yapılan her parti mal için ayrı ayrı aranır¹¹⁵. Dolayısıyla, yalnız fiilen ticaret mevkiine konulan markalı mal üzerindeki marka hakkı tükenir, örneğin marka sahibinin deposunda bulunan markalı mallara ilişkin marka hakkı tükenmiş kabul edilemez.

Markalı malların marka sahibinin rızası dahilinde üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu, marka sahibi ile üçüncü kişi arasındaki bir akdi ilişki çerçevesinde gerçekleşebileceği gibi, bu kimseler arasındaki hukuki- iktisadi tabiyet ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Özellikle malın sunumunun yapılacağı piyasada dağıtım olanaklarının sınırlı olacağı ya da dağıtımın ciddi bir ekstra maliyet getireceği hallerde, marka sahiplerinin sözleşmesel ilişkiler çerçevesinde ürünlerinin üçüncü kişiler tarafından pazarlanmasını tercih ettikleri bir vakıadır. Örneğin, lisans veya franchise alan tarafından yapılan piyasaya sunumlar, marka sahibi ile sunumu yapan üçüncü kişi

¹¹³ FAULL/ NIKPAY, no. 8-47.

¹¹⁴ Case 352/95 Phytheron International SA v Jean Bourdon SA, paragraf 21 (bkz. dpn. 57).

¹¹⁵ Case C 1733/98 Sebago Inc and Maison Dubois v Hartlauner, Ayrıca bkz. SIMONS, s.26.

arasındaki akdi ilişkiye dayanmaktadır. Bu tarz bir akdi ilişki çerçevesinde yapılan sunumlar da, tükenme ilkesi bakımından bizzat marka sahibi tarafından yapılan sunumlar gibi sonuç doğurur.

Marka sahibinin üçüncü kişi tarafından yapılan piyasaya sunuma rıza gösterdiği, ancak bu rızanın tereddüde yer bırakmayacak ölçüde açık şekilde verildiği hallerde kabul olunur. Bu bakımdan, üçüncü kişinin markayı izinsiz kullandığı ya da başka bir şekilde marka hakkını ihlal ettiği ve marka sahibinin buna sessiz kaldığı durumlarda rızanın mevcut olduğu kabul olunmaz¹¹⁶. Buna karşın, olayın şartlarından marka sahibinin marka hakkını ihlal eden kimse tarafından yapılan piyasaya sunuma rıza gösterdiği anlamı çıkarılabiliyorsa sunumun gerçekleştiğini kabul mümkündür¹¹⁷.

89/104 sayılı Yönerge'nin 8. maddesinin II. fıkrası ile, lisans alanın, sözleşmenin lisans süresine, markanın şekline, markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin kapsamına, kullanımın söz konusu olacağı bölgeye ve malların ya da sağlanacak hizmetlerin kalitesine ilişkin hükümlerine aykırı hareket etmesi halinde, marka sahibinin markadan doğan haklarını kullanabileceği öngörülmüştür. Şu halde, lisans alanın sözleşmenin md. 8 f.II'nin tahdidi biçimde saydığı hükümlerine aykırı hareket etmek suretiyle sunumunu yaptığı markalı mallar üzerindeki marka hakkı tükenmiş kabul edilmez¹¹⁸. Yönerge, bu hususlara ilişkin lisans sözleşmesi hükümlerinin ihlali suretiyle piyasaya sunulan markalı malların, sayılan koşullar altında ticaret mevkiine konulmasına marka sahibinin rızasının bulunmadığı düşüncesinden hareketle tükenme ilkesini devre dışı bırakmıştır.

Görüldüğü üzere, üçüncü kişi tarafından yapılan piyasaya sunumla marka hakkının tükenmiş kabul olunması için aranan temel koşul, sunum işlemi ister üçüncü kişi ile marka sahibi arasındaki akdi bir ilişkiye dayansın, ister taraflar arasındaki hukuki- iktisadi bağıllık ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilmiş olsun, malların ticaret mevkiine konulmasına marka

¹¹⁶ PINAR, s.867.

¹¹⁷ PINAR, s.867.

¹¹⁸ Jones/ Sufrin'e göre, lisans alanın lisans bölgesi dışında yaptığı piyasaya sunuma marka sahibinin rıza göstermesi söz konusu olmadığından tükenme ilkesi zaten uygulanamaz (JONES/SUFRIN, s.569).

sahibinin rızasının bulunmasıdır. Bu rızanın bulunmadığı hallerde, sunumu yapılan mallar üzerindeki marka hakkı tükenmiş kabul edilmez. Bu şekilde sunumu yapılan markalı malların piyasa aktörlerince tekrar ticaret mevkiine konulmak istenmesi halinde, marka hakkına dayanılarak müdahalede bulunulması mümkündür.

Markayı taşıyan malların marka sahibinin rızası hilafına piyasaya sunumunun bir üye devletin mevzuatı nedeniyle gerçekleşmiş olması da aktarılan sonucun oluşumunu engellemez. Değinilen olasılık, özellikle markanın ait olduğu işletme ile birlikte kamulaştırılması halinde mevzu bahis olabilir¹¹⁹. Şu halde, markalı malların piyasaya sunumuna marka sahibinin rızasının bulunmadığı hallerde, bu sunum işlemi herhangi bir üye devlet hukukunun emredici kuralları çerçevesinde gerçekleşmiş dahi olsa varılan sonuç değişmez, tükenme ilkesi uygulama alanı bulamaz.

Konuya ilişkin en önemli tartışma, üye ülkeler arasındaki ilaç paralel ithalatları nedeniyle gündeme gelmiştir. Şöyle ki, bazı üye ülkelerde ilaç fiyatları devlet kontrolü altındadır, diğer üye ülkelere nazaran daha ucuz bedelle pazara sunulmaktadır. Bu durum, paralel ithalatçılar için fiyatların devlet kontrolü altında bulunduğu üye ülkelerden diğer üye devletlere ithalat işlemini çekici hale getirmiştir. *Vicién*, ilaç fiyatları üye ülkelerde hükümetler tarafından kontrol edilmeye devam edildikçe gerçek bir tek pazarın ilaç sektörü için oluşamayacağını, paralel ithalata olanak tanınması halinde ilaç firmalarının belli ülkelerde ürünlerini piyasaya sunmaktan kaçınmak zorunda kalacağını belirtmektedir¹²⁰. Yazara göre, paralel ithalat ancak kamusal müdahalenin söz konusu olmadığı piyasalarda haksız fiyat farklılıklarını azaltmak için hoş karşılanabilir, ancak Avrupa ilaç pazarı bu nitelikte bir pazar görüntüsü oluşturmamaktadır¹²¹. *Nazerali/Hocking/Ranasinghe* de ilaç sektöründe bir ortak pazar söz konusu değilken

¹¹⁹ Aynı olasılık, patent hakkının tükenmesi açısından zorunlu lisans altında bir üye devlette üretim yapılması ihtimalinde söz konusu olur.

¹²⁰ VICIEN, "Why Parallel Imports of Pharmaceutical Products Should be Forbidden", ECLR, Vol:17, No.4, 1996, s.223.

¹²¹ VICIEN, s.224. Aynı yönde; KON/ SCHAEFFER, "Parallel Imports of Pharmaceutical Products: A New Realism or Back to Basics", ECLR, Vol:18, No.3, 1997, s.144.

varmış gibi değerlendirilmesini eleştirmektedirler¹²². *Vicién*, tükenme ilkesinin marka sahibinin rızasını temel aldığı, oysa kamunun müdahalesi sonucu oluşan fiyata marka sahibinin rızasının bulunmadığını belirtmekte ve tükenme ilkesinin ilaç paralel ithalatlarına uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır¹²³. Kanımızca, fiyat kamu tarafından da belirlense marka sahibi ürününü pazara sunup sunmama konusunda bütünüyle serbesttir, kamunun fiyatlara müdahalesinin söz konusu olduğu ülkelerde piyasaya sunuma rızanın bulunmadığını söylemek abartılı bir yaklaşım oluşturmaktadır.

Marka sahibi ile piyasaya sunumu gerçekleştiren üçüncü kişinin aynı işletmeler birliğine dahil bulunması halinde, sunum işlemi ile birlikte marka hakkının yalnızca marka sahibi statüsünde bulunan ortaklık açısından değil, işletmeler birliğine dahil tüm ortaklıklar bakımından tükendiği kabul olunur¹²⁴. Böylelikle, Topluluğa dahil farklı üye devletlerde markanın farklı ortaklıklar adına tescil ettirilmesi suretiyle ortak pazarın bölünmesi olasılığının önüne geçilmiş olur. Bu açıdan markanın yasal sahibi statüsünde bulunanın ana ortaklık mı bağlı ortaklık mı olduğu olgusu önem arz etmez.

Markanın yasal sahibi statüsünde bulunan ortaklık ile piyasaya sunumu gerçekleştiren üçüncü kişinin aynı işletmeler birliğine dahil bulunduğu hallerde, markayı taşıyan malların bu ortaklıklar arasında devrinin piyasaya sunum şartını gerçekleştirmeyeceği kabul edilir¹²⁵. Kanımızca da, bu yaklaşım tükenme ilkesinin ruhuna uygun niteliktedir. Zira, aynı işletmeler birliğine dahil iki ortaklık arasında markayı taşıyan malların devri ahvalin ekseriyetinde piyasaya sunum amacını taşımaz, çoğu zaman pazarlama tekniğine ilişkin bir hazırlık faaliyeti niteliği arz eder. Bu amaca çevrik bir işlemin tükenme sonucunu ortaya çıkarabileceği yönünde yorum yapmak ise, fikrimizce ilkenin ruhunu gözardı etmek anlamına gelecektir.

¹²² NAZERALI/ HOCKING/ RANASINGHE, "Parallel Imports of Pharmaceuticals- a Prescription for Success or a Free Market Overdose?", ECLR, Vol:19, 1998, s.335.

¹²³ VICIEN, s.224.

¹²⁴ bkz. dpn. 114'de anılan karar.

¹²⁵ PINAR, s.867.

Piyasaya sunumda rıza şartı bakımından üzerinde durulması gereken son nokta, kural olarak üzerlerindeki marka hakkı tüketilmemiş olan Topluluk dışında piyasaya sunulmuş markalı malların AB-AEA sınırları içine paralel ithaline marka sahibinin rıza gösterebileceği ve bu rızanın bağlayıcı nitelikte olacağıdır¹²⁶. Hak sahibi, AB-AEA sınırları içine ithalata izni, malları Topluluk dışında piyasaya sunarken verebileceği gibi sonradan da verebilir. *Cornish*, tartışılması gereken esas noktanın, marka sahibinin AB'ye ithali yasaklayan bir akdi sınırlamaya yer vermeksizin malları Topluluk dışında piyasaya sunması halinde, rızanın varlığının zımnen kabul edilmesinin mümkün bulunup bulunmadığı olduğuna dikkat çekmektedir¹²⁷. Kanımızca, kural olarak bu yönde bir rızanın varlığı kabul edilemese dahi somut olayın şartları zımni rızanın varlığını kabulü gerektirebilir¹²⁸.

cc- Tükenmenin Uygulanmayacağı Haller

Yönerge' nin 7. maddesinin II. fıkrası ile tükenme ilkesinin uygulama alanı daraltılmıştır. Anılan hükme göre; *"Marka sahibinin, markayı taşıyan malların tekrar ticaret mevkiine konulmasını engelleme konusunda haklı sebeplerinin bulunduğu, özellikle piyasaya sunumu yapılan malların sonradan değiştirildiği ya da kötüleştirildiği hallerde birinci fıkra hükmü uygulanmaz."*

Hüküm, hangi hallerin haklı sebep teşkil edeceğine ilişkin bir düzenleme öngörmeyerek haklı sebebin mevcut olup olmadığını takdir yetkisini yargı makamlarına bırakmış, ancak daha önce piyasaya sunumu yapılan markalı malların sonradan değiştirildiği ya da kötüleştirildiği hallerde tükenmenin uygulanmayacağını kesin olarak ifade etmiştir. Şu halde,

¹²⁶ CORNISH, no.17-123.

¹²⁷ CORNISH, no.17-123.

¹²⁸ Marka sahibi tarafından Topluluk dışında piyasaya sunulan markalı malların sonraki pazarlama aşamasına ilişkin bir sınırlamanın öngörülmemesi, İngiliz mahkemeleri tarafından Topluluk içerisine yapılacak paralel ithalata zımnen rıza gösterilmesi olarak kabul edilmiştir (Zino Davidoff SA v AveG Imports, CH-1998/D/45/7, karara www.open.gov.uk/courts/court/highhome.htm adresinden ulaşılmıştır). Taylan'a göre, bu kararla, marka sahibinin markadan sağladığı haklara dayanarak Topluluk dışından ithalatı önlemesi, ithalat sınırlamasından tüm alıcıların haberdar edilmesi şartına bağlanmış olmaktadır, bu yönde bir yaklaşım Kıta Avrupası hukuk sistemi bakımından kabul edilebilir bir yaklaşım değildir (TAYLAN, s.104).

değiştirme ya da kötüleştirme halleri hükmün lafzı gereği mutlak haklı sebep olarak kabul edilecek, buna karşın, bu iki halin dışında bir haklı sebebin varlığı nedeniyle tükenmenin uygulanmaması da ayrıca talep edilebilecektir. Gerçekten, tükenmenin uygulanmaması için marka sahibinin değiştirme ya da kötüleştirme dışında da haklı sebepleri bulunabilir. Örneğin, paralel ithalata konu malların iç ve dış pazar için farklı kalite ve buna bağlı olarak farklı maliyet görünümü altında üretildikleri ve üreticinin bu yöndeki tercihinin pazarı bölme iradesinden kaynaklanmayıp makul açıklamaları bulunduğu, özellikle bu tercihin iki üye devlet pazarı arasındaki karakteristik gereksinim farklılıklarından kaynaklandığı (piyasaya sunumun yapıldığı iki ülkede kullanılan elektrik akımının farklı voltajlarda oluşu gibi) hallerde, marka sahibinin paralel ithalatı durdurmak için haklı nedeni bulunduğu kabul edilebilir. İthalat konusu markalı malların dış pazarda sübvansiyon desteğiyle üretilmiş olması ya da ithalatçı tarafından dumping amaçlı olarak pazara sokulmak istenmesi halinde de, işlemin marka hakkına dayanılarak engellenmesi yerinde olabilir. Piyasaya sunumu yapılan markalı malları yeniden pazarlayan toptancı ya da bağımsız tacir tarafından yapılan reklam ve tanıtımların, üretici tarafından oluşturulan yüksek kalite ve itibara dayalı imajla açıkça çelişmesi halinde de, marka sahibinin haklı nedene dayanarak tükenmenin uygulanmamasını talep etmesi mümkün olabilir¹²⁹. Kanımızca, 7. maddenin II. fıkrası ile tükenmenin uygulanmayacağı halleri tahdidi şekilde saymak yerine haklı sebep kavramını tercih etmek suretiyle ulaşılmak istenen sonuç, yargı makamlarına somut olayın şartlarını göz önüne alarak hakkaniyete uygun bir hüküm tesis etme olanağı tanımaktır ki, bu tarz bir yaklaşım fikrimizce de yerindedir.

Hükümde markalı malların sonradan değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi halinde tükenme ilkesinin uygulanmayacağının hiçbir

¹²⁹ PICKERING, "Trade Marks in Theory and Practice", Oxford 1998, s.28, Case C-69/97 BMW v Deenik (bkz. dpn. 57). Mahkeme bu kararında, markalı malları yeniden ticaret mevkiine koyan bağımsız tacir tarafından yapılan reklamın, bu tacir ile marka sahibi arasında bağlantı olduğu fikrini uyandırmaması gerektiğine hükmetmiş, ancak somut olay bakımından bu tehlikeyi varit görmemiştir. Mahkeme'nin, malların yeniden pazarlamasını yapan bağımsız tacirin marka sahibinin yaptığı reklama dayalı yatırımdan haksız faydalanmasını sağlayan genel tutumu eleştirilmiştir (WALSHE/ TREACY/ FEASTER, "The Exhaustion and Unauthorised Exploitation of Trade Mark Rights in the European Union", ELR June 1999, s.266). Ayrıca bkz. Case C 337-95 Christian Dior v Evora.

tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta belirtilmesinin nedeni, bu ihtimalde markalı malların orijinal niteliklerini kaybetmeleri sebebiyle markanın, markalı malların onların kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletme tarafından üretildiğini ve orijinal niteliklerinin hiçbir aşamada marka sahibinin rızası dışında değiştirilmemiş olduğunu garanti etme yönündeki temel fonksiyonunun ortadan kalkmasıdır. Markalı malların onarıma tabi tutularak yeniden ticaret mevkiine konması, bu onarım malın orijinal niteliğini zedelemeyecek ölçüde küçük çapta olmadıkça¹³⁰ (örneğin bir otomobilin bozulan devir göstergesinin tamiri gibi) değiştirme ya da kötüleştirme olarak kabul edilir. Malın kalitesini iyileştirici yönde müdahalede bulunulması halinde de, bu müdahalenin olası kötü sonuçları tüketicinin gözünde marka sahibinin yarattığı imaj üzerinde doğacağından müdahale görmüş malların tedavülünün engellenmesinde marka sahibinin menfaati vardır¹³¹. Buna karşın, tüketici tarafından kişisel amaçlı olarak yapılan değişiklikler, değişiklik ticari amaçlı yapılmadığı ve markalı malların tekrar ticaret mevkiine konulması söz konusu olmadığı için md.7/II kapsamında mütalaa edilmez.

Topluluk hukukuna göre tükenmenin gerçekleşebilmesi için hakkın tanındığı hukuk sisteminde tükenmenin öngörülmüş olup olmaması önem taşımaz¹³². Bir başka anlatımla, milli hukuk tarafından tanınan marka hakkının AB hukukunca tükenmiş kabul edilebilmesi için hakkı tanıyan hukuk sisteminde tükenme ilkesinin öngörülmüş olması şart değildir, bu ihtimalde tükenme ilkesi Topluluk hukuku prensibi sıfatıyla milli hukuk tarafından tanınan marka hakkını etkisizleştirecek ve bölge içi paralel ithalatı yasal hale getirecektir.

Benzer şekilde, ihracatı yapan ülkede fikri mülkiyet koruması bulunmaması da tükenme ilkesini uygulanmaması için yeterli sebep

¹³⁰ Markalı malların orijinal niteliğini zedelemeyecek ölçüde önemsiz onarımlar tükenme ilkesinin uygulanmasını engellemez. (URLESBERGER, "Legitimate Reasons for the Proprietor of a Trade Mark Registered in the EU to Oppose Further Dealings In The Goods After They Have Been Put On the Market For The First Time", CML Rev., Vol.36, No.6, 1999 s.1201

¹³¹ Bu ihtimalde de tükenme ilkesi uygulanacaktır (URLESBERGER, s.1200).

¹³² CORNISH, no.18-05.

değildir¹³³. ATAD 'ın anılan durumu haklı sebep kavramı içinde mütalaa etmemesi eleştirilere konu olmuştur. *Brinkof*, ATAD'ın *Merck / Primecrown*¹³⁴ kararıyla patent koruması bulunmayan pazara ürün sunmamayı ilaç üreticilerine tavsiye ettiğini, ancak bu durumun ilaca ihtiyacı olan tüketiciler bakımından ağır sonuçlar doğurabileceğini, ATAD' ın doğru yaklaşımı gösterme fırsatını kaçırdığını ifade etmiştir¹³⁵. Buna karşın *Marenco / Banks*, ihraççı ülkede fikri mülkiyet haklarına koruma tanınmıyorsa tükenmenin de zaten gündeme gelemeyeceğini ifade etmiştir¹³⁶. Kanımızca, *Brinkof* tarafından ileri sürülen gerekçe haklılık payı taşıırken, *Marenco / Banks* tarafından gösterilen yaklaşım kabul edilebilir nitelikte değildir. Zira, tükenmeye konu olabilecek hak, paralel ithalatı durdurmak için kullanılabilecek olan ithalatçı ülke hukuku tarafından tanınan haktır. İhracatçı ülkede fikri mülkiyet hakkına koruma tanınıp tanınmaması tükenmenin gerçekleşmesi için belirleyici şart değildir, buna karşın haklı sebep kavramı içerisinde mütalaa edilerek tükenmenin uygulanmaması için bir gerekçe olabilir.

dd- İspat Külfeti

Tükenmenin gerçekleştiği iddiası karşısında ispat külfetinin nasıl dağıtılacağı meselesi, içinden çıkılması güç bir görünüm vermektedir. Şöyle ki, ispat yükünün tükenmenin gerçekleştiğini iddia eden tarafta ait olacağı kabul olunursa, piyasaya sunumun marka sahibinin rızası dahilinde AEA sınırları içerisinde gerçekleştiği ispat edilmek gerekecektir. Bu yaklaşım ise, marka sahibinin paralel ithalatçıyı ithalattan kaçınmaya ya da elde ettiği markalı malların nereden edinildiğini açıklamaya zorlaması sonucunu doğuracaktır¹³⁷. İspat yükünün marka sahibinde bulunduğu kabul edildiği takdirde ise, marka sahibinin piyasaya sunumun rızası dahilinde yapılmadığını ispat etmesi olumsuz vakıanın ispatı niteliğinde olduğundan hayli güç olacaktır.

¹³³ Case C-267-268/95 *Merck v Primecrown*. (bkz. dpn. 57). Kararda, patent koruması bulunmayan pazardan diğer üye ülkelere paralel ithalat yasal kabul edilmiştir.

¹³⁴ bkz. dpn. 133.

¹³⁵ *BRINKOF*, s.252.

¹³⁶ *MARENCO/BANKS*, "Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discrimination Unearthed", *ELR*, Vol.15, No.3, 1990, s.247.

¹³⁷ *SIMONS*, s.23.

Alman ve Avusturya Yüksek Mahkemeleri, bu soruna ilişkin olarak farklı çözüm tarzları benimsemişlerdir. Alman Yüksek Mahkemesi, *Karate* kararında,¹³⁸ tükenmeye dayanan tarafın tükenme için aranan koşulların gerçekleştiğini ispat etmesi gerektiğine hükmederken, Avusturya Temyiz Mahkemesi, *BOSS Eyewear* kararıyla¹³⁹, marka sahibinin malların piyasaya sunumunun kendi rızası dahilinde yapılmadığını ispat yükü altında bulunduğunu içtihat etmiştir. Mahkeme, marka sahibinin, AEA sınırları içerisinde bir dağıtım ağı bulunduğu ve ürünün bu dağıtım ağı kanalıyla paralel ithalatçıya ulaşmadığını ispatlaması halinde, sunumun rızası dışında yapıldığı konusunda karine oluşturabileceğini vurgulamıştır.

Kanımızca, tükenmeye ilişkin davalarda ispat yükünün dağılımının, ATAD tarafından ilk fırsatta düzenlenmesi gerekmektedir. Zira, fikrimizce 89/104 sayılı Yönerge'nin konuya temas etmemesindeki amaç, bu hassas dengeyi yerel yargıçların takdirine terketmek olarak nitelendirilemez. Tükenme davalarında ispat yükünün dağılımı, ilkenin bir Topluluk hukuku prensibi olduğu da gözönüne alınırsa yine Topluluk hukuku tarafından düzenlenmelidir. Fikrimizce, tükenme ilkesi teknik anlamda bir def'i olarak nitelendirilebilir. Zira, marka hakkının ihlal edildiği iddiası karşısında kalan bağımsız tacir, tükenme ilkesine dayanmakla marka hakkının varlığını kabul etmekte ancak haklı bir sebebe dayanarak hakkın gereğini yerine getirmekten kaçınmaktadır. Şu halde, ispat yükü tükenme def'ine dayanan bağımsız tacir üzerinde bırakılmalıdır. Kaldı ki, marka sahibinin markalı malların kendi rızası dahilinde AEA sınırları içerisinde piyasaya sunulmadığını ispat etmesi, bahis konusu olan olumsuz bir vakıanın ispatı olduğundan ahvalin ekseriyetinde mümkün olamayacaktır. Görüşümüzce, aktarmaya çalıştığımız çözüm tarzı Türk hukuku bakımından da benimsenmelidir.

¹³⁸ BGH (D), 14.12.1999, X ZR 61/98, karar için bkz.; SIMONS, s.31 vd.

¹³⁹ Karar için bkz.; SIMONS, s.33 vd.

ee- Bölgesel Tükenme Sistemine Yönelik Eleştiriler

89/104 sayılı Yönerge ile benimsenen bölgesel tükenme ilkesi, doktrin tarafından ciddi şekilde eleştirilmektedir. *Cornish*, marka hakkının asli fonksiyonunun markalı malların menşeyini göstermek yönünde olması nedeniyle Topluluk boyutunda tükenmeyi savunmanın zor olduğunu¹⁴⁰, orijinal nitelikteki markalı malların AEA dışından ithal edilmesi halinde dahi marka hakkının ihlal edilmiş kabul edilmemesi gerektiğini belirtmektedir¹⁴¹. Yazar, marka hakkı dışındaki fikri mülkiyet haklarında, örneğin patent veya telif hakkı söz konusu olduğunda, yaratıcı faaliyeti koruma amaçlı olarak Topluluk dışından yapılan ithalatı durdurmak için hakka dayanılmasının hoş görülebileceğini, buna karşın marka hakkının niteliği itibarıyla anılan haklardan farklı olduğunu, asli fonksiyonunun ürünün menşeyini göstermeye ve kalitesini garanti etmeye yöneldiğini, Topluluk dışından yapılan paralel ithalatlarda ise orijinal malların ithali söz konusu olduğundan bu fonksiyonların zedelendiğinin iddia edilemeyeceğini belirtmektedir¹⁴². Yazara göre, Topluluk dışında piyasaya sunulan ürünün kalitesi iç pazarda sunulandan farklı ise marka hakkının ithalatı durdurmak için kullanılması mümkündür, bunun dışındaki ihtimallerde kalite ve menşe gösterme fonksiyonunu yerine getiren eş kalitedeki markalı malların ithalini önlemek haklı bir gerekçeyle dayanmayacaktır¹⁴³. *Fransozi*, tükenmenin coğrafi sınırını bölgesel bazda belirlemenin uzun vadede hem dünya ekonomisine hem de AB'ye zarar vereceğini belirtmektedir¹⁴⁴. *Alexander*, tükenme için coğrafi sınırı belirlerken münhasır hakkın niteliğine bakmak gerektiğini, bu yönden marka ile tekel hakkı sağlayan diğer fikri mülkiyet hakları arasında bir ayırım yapmanın zorunlu bulunduğunu¹⁴⁵, üçüncü ülkelerden yapılan paralel ithalatları önlemek için ATAD'ın kurucu anlaşmadan kaynaklanan herhangi bir dayanağının bulunmadığını¹⁴⁶ belirtmekte ve tükenmenin hakkın sınırını belirlemeye hizmet eden yapısı gereği hakkı tanıyan milli

¹⁴⁰ CORNISH, no.17-122.

¹⁴¹ CORNISH, no.1-59.

¹⁴² CORNISH, no.18-8.

¹⁴³ CORNISH, no.18-8.

¹⁴⁴ FRANZOZI, s.12.

¹⁴⁵ ALEXANDER, "Worldwide or Community Wide?", s.12.

¹⁴⁶ ALEXANDER, "Worldwide or Community wide?", s.13.

hukuk tarafından düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir¹⁴⁷. *Brinkof* ise, uluslararası tükenme ilkesine dönülmesi ihtimalinde Avrupa pazarının daha rekabetçi bir ortama kavuşacağına dikkat çekmektedir¹⁴⁸.

Tüm bu eleştirilere rağmen, Topluluk organlarında bir değişiklik önerisi eğilimi gözükmemektedir¹⁴⁹. Buna karşın, özellikle İngiltere'nin uygulanmakta olan bölgesel tükenme ilkesinden rahatsızlık duymakta olduğu söylenebilir¹⁵⁰. Kanımızca, *Zino Davidoff S.A. / AveG Imports* kararıyla¹⁵¹ ortaya konulan yaklaşım da bu eğilimin delilidir.

Marka hakkını karakterize eden fonksiyon, malların menşeiini gösterme ve kalitesini garanti etme işlevidir. Orijinal markalı malların Topluluk içine paralel ithali ile markanın bu fonksiyonlarının zedelendiğini iddia etmek mümkün değildir. Şu halde, marka sahibinin Topluluk dışından yapılan paralel ithalatlara karşı, ithalat konusu mallar ile iç pazarda piyasaya sunulan mallar aynı kalitede olduğu müddetçe korunmaya değer herhangi menfati bulunmamaktadır. Topluluk organlarının, fiyat paralellliğini zorlaması nedeniyle iç pazar için desteklediği paralel ithalatları¹⁵², ihraç ülkesi Topluluk dışında olunca marka hakkının ihlali olarak tanımlaması iktisat politikasını temel alan bir tercihten öte anlam taşımaz. Kanımızca, AB' nin tüketicinin çıkarlarını endüstrinin menfaatleri uğruna haleldar eden bu politik yaklaşımı, ilerleyen süreç içerisinde değişmeye mahkumdur.

2- Fransız Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

Fransız hukukunda markalara ilişkin koruma, fabrika, ticaret ve hizmet markalarına ilişkin 4 Ocak 1991 tarihli 91-7 sayılı kanunla sağlanmaktadır.

¹⁴⁷ ALEXANDER, "Worldwide or Community wide?", s.12.

¹⁴⁸ BRINKOF, s. 244-245.

¹⁴⁹ JONES / SUFRIN, s.570.

¹⁵⁰ İngiliz Parlamentosuna bağlı Ticaret ve Endüstri Komitesinin onuncu özel raporu, uluslararası tükenme ilkesinin prensip olarak tüketicinin yararına olması nedeniyle bölgesel tükenmeden uluslararası tükenmeye geçişin marka hakkı bakımından faydalı olacağını, buna karşın özellikleri nedeniyle ilaç sektörü gibi ayrıcalıklı sektörlerle bu konuda istisna tanınabileceğini belirtmektedir.

(<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm1999899/cmselect/cmtrdind/797/79704.htm> adresinden rapora ulaşılabilir).

¹⁵¹ bkz. dpn. 128.

¹⁵² CORNISH, no.18-02.

Bir AB üyesi olan Fransa'nın, 89/104 sayılı Yönerge'nin 7. maddesinde öngörülen sisteme paralel olarak, kendi iç hukukunda tükenmenin coğrafi sınırı yönünden bölgesel tükenme sistemini benimsediği ve üzerine düşeni görevi yerine getirdiği görülmektedir. Fransız hukukunda "*épuisement du droit de marque*" olarak ifade edilen marka hakkının tüketilmesi, 91-7 sayılı Kanunun 713-4. maddesi ile düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; marka sahibi, markanın, Topluluk ya da AEA sınırları içerisinde kendisi veya rızası dahilinde bir başkası tarafından piyasaya sunumu yapılan mallarla ilgili olarak kullanımını yasaklayamaz. Aynı hükmün II. fıkrasına göre ise; marka sahibi, bu malların yeniden ticaret mevkiine konmasını engellemek yönünde haklı sebepleri bulunduğu takdirde marka hakkına dayanabilir.

Topluluk dışı bir ülkeden Fransa'ya yapılan paralel ithalat, markanın, marka sahibi dışındaki kimselerce kullanımını yasaklayan md. 716-9 hükmü çerçevesinde marka hakkının ihlali olarak mütalaa edilir¹⁵³.

Fransız doktrini tarafından marka hakkının sınırları başlığı altında incelenen tükenme ilkesi¹⁵⁴, iç hukuk bakımından üzerinde fazlaca tartışma açılan bir konu görünümü vermemektedir. Bunun nedeni, müellifler tarafından tükenmenin bir Topluluk hukuku meselesi olarak algılanmasıdır. Buna karşın, orijinal malların ithalini konu alan paralel ithalat eyleminin haksız rekabet teşkil edip etmediği konusunda Fransız hukukunca benimsenen yaklaşım ilgi çekicidir.

Vignal'e göre, paralel ithalatçı tarafından yapılan piyasaya sunum, marka sahibi tarafından kurulan dağıtım ağı paralel ithalatçı tarafından bilinse dahi tek başına haksız fiil teşkil etmez¹⁵⁵. Haksız fiilin oluşabilmesi için, paralel ithalatçının ithal ettiği malları dağıtım ağı üyelerinden temin etmiş olması ya da malları nasıl temin ettiğini açıklamaktan kaçınması gerekir¹⁵⁶. Paralel ithalatçı, sunumunu yaptığı malları dağıtım ağı üyelerinden temin etmediğini ispatlarsa haksız fiile hükmedilemez¹⁵⁷. Ancak

¹⁵³ VIGNAL, "Droit Interne de la Concurrence", Paris 1996, no.176.

¹⁵⁴ SZALEWSKI, "Droit de la Propriété Industrielle", 4. édition, Paris 1999, s.125.

¹⁵⁵ VIGNAL, no. 172.

¹⁵⁶ VIGNAL, no. 173.

¹⁵⁷ VIGNAL, no. 173.

malların dağıtım ağı üyelerinden temini halinde, dağıtım ağı mensubunu üretici ile arasındaki sözleşmeyi ihlale sevk etmek söz konusu olduğundan haksız fiilin varlığı kabul edilebilir¹⁵⁸. Paralel ithalatçının, ithal ettiği malları dağıtım üyelerini zarara uğratma amacına yönelik olarak (örneğin çok düşük bir fiyatla) piyasaya sunması halinde de, haksız fiil gündeme gelebilir¹⁵⁹. İthalatçının dağıtım ağı mensupları tarafından yapılan tanıtım ve reklam faaliyetlerinden kendi ticareti açısından yarar sağlıyor olması da haksız fiilin varlığına hükmetmek için yeterli bir sebep olabilir¹⁶⁰. Görüldüğü üzere, Fransız hukukuna göre marka hakkının tükenmesi nedeniyle önlenemeyen paralel ithalat fiilinin haksız fiil hükümlerine dayanılarak engellenmesi, sayılan şartlar oluşmuşsa mümkün görünmektedir.

3- İsviçre Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

Avrupa Birliği'ne dahil bulunmayan İsviçre, tükenme ilkesine ilişkin herhangi bir düzenlemeyi de mevzuatında barındırmamaktadır. 1.4.1993 tarihinde yürürlüğe giren ve " *Marka ve Menşe İşaretlerinin Korunmasına İlişkin Federal Kanun*" ismini taşıyan yeni kanun, oldukça yakın tarihli bir yasa olmasına ve marka hukukunun günün koşullarına uydurulması amacıyla bir çok yeni düzenleme getirmesine karşın¹⁶¹, tükenme ile ilgili herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Ancak bu durum İsviçre hukukunda tükenme ilkesinin reddedildiği anlamına gelmemektedir. İsviçre kanun koyucusu, eski kanun ile olduğu gibi yeni yasa ile de tükenmeye ilişkin düzenleme öngörmeyerek konuyu yargı kararlarına bırakmıştır.

Federal Mahkeme, ilk olarak eski kanun döneminde verdiği "*Lux*" kararı¹⁶² ile tükenme ilkesinin İsviçre hukukundaki yasal zeminini oluşturmuştur. Karara konu olan olayda, Unilever holdinge ait Amerikan hukukuna tabi bir yavru ortaklıktan satın alınarak İsviçre'ye paralel ithalatı yapılan "*Lux*" markalı sabunların ithalatının durdurulması amacıyla, İsviçre'de markanın yasal sahibi statüsünde bulunan yavru ortaklık marka

¹⁵⁸ VIGNAL, no. 172.

¹⁵⁹ VIGNAL, no. 174.

¹⁶⁰ VIGNAL, no. 174.

¹⁶¹ GÜRZUMAR, "Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler", Yargıtay Dergisi, C.20, S.4, s.502.

¹⁶² Kararın özeti için bkz.; PINAR, s.865-866.

hakkına dayanmıştır. Federal Mahkeme, Amerika'da piyasaya sunulan markalı sabunlar üzerinde İsviçre'deki hak sahipleri bakımından da marka hakkının tükendiğine hükmederek, tükenmenin coğrafi sınırı yönünden uluslararası tükenme sistemini benimsemiştir. Mahkeme, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de oluşturduğu çizgiden sapmamış ve 23.11.1996 tarihli *Chanel / EPA* kararı¹⁶³ ile uluslararası tükenme yönünde eski kanun döneminde yaptığı tercihi teyid etmiştir. Karara konu olan olayda, kurduğu münhasır dağıtım ağı çerçevesinde ürünlerini pazarlama yöntemini tercih eden *Chanel* şirketi, ürünleri üzerine üretim kodu yerleştirmektedir. Davalı EPA ise markalı malları yurtdışından satın alarak kendi mağazasında satışa sunmuş ve ürünler üzerindeki kodları görünmez hale getirmiştir. Federal Mahkeme, kodların görünmez hale getirilmesinin ürünün orijinal niteliğini etkilemediğine hükmederek, davacının markalı mallar üzerindeki hakkının tükendiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Görüldüğü üzere İsviçre, yeni kanunda konuya ilişkin pozitif bir norm bulunmamasına karşın, içtihat yoluyla uluslararası tükenmeyi benimseyen ve bu tercihin doğal sonucu olarak markalı malların piyasaya sunulduğu pazar neresi olursa olsun üzerlerindeki marka hakkının tükendiğini kabul eden, paralel ithalat yanlısı bir sistem tesis etmiştir.

4- ABD Hukukunda Marka Hakkının Tükenmesi

Amerika Birleşik Devletleri hukukunda markalarla ilgili genel kanun konumunda bulunan *Lanham Act*'in 42. ayırımı, ABD'de tescilli bir markanın aynısını ya da benzerini taşıyan malların ithalini yasaklamaktadır¹⁶⁴. 1930 tarihli *Tariff Act*'in (Gümrük Kanunu'nun) 526. ayırımına göre ise, ABD'de korunan bir markanın aynısını ya da benzerini taşıyan malların ülkeye girebilmesi için marka sahibinin onayı gereklidir¹⁶⁵. Her iki hüküm birlikte ele alındığında, paralel ithalatın marka sahibinin iznine tabi kılınması nedeniyle ABD'nin tükenmenin coğrafi sınırı yönünden ülkesel tükenme sistemini benimsediği izlenimi uyanmaktadır. Buna karşın Gümrük İdaresi, idari

¹⁶³ BGE 122 III 469 (Karara, www.bger.ch adresinden ulaşılmıştır).

¹⁶⁴ RUBIN, s.601 dpn.24.

¹⁶⁵ RUBIN, s.598.

düzenlemeleriyle Gümrük Kanunu'nun anılan hükmünü paralel ithalatları mümkün kılacak şekilde yorumlamış ve üç istisnai halde yurtdışından gelen markalı malların ülkeye girişinin ABD hukukunca korunan özdeş markanın sahibinin iznine bağlı olmadığını belirtmiştir¹⁶⁶. İstisnalardan ilki, yurtdışından gelen mallar üzerindeki markanın sahibi ile ABD'de korunan markanın sahibinin aynı kimse olmasıdır (*same owner exception*). İkinci istisna, yurtdışından gelen mallar üzerindeki markanın sahibi ile ABD'de korunan markanın sahibi arasında hukuki- iktisadi bir tabiyet ilişkisi bulunması halidir (*corporate affiliate exception*). Üçüncü ve son istisnai hal ise, yurtdışından gelen markalı malların, bu markanın ABD'de yasal sahibi statüsünde bulunan kimse tarafından verilen lisans (geniş anlamda izin) çerçevesinde üretilmiş olmasıdır (*authorised use exception*). Dikkat edilirse, sayılan bu üç istisnai hal, ABD'li marka sahibinin ürününü dış pazarda piyasaya sunmak için uygulayabileceği üç yöntemi de zaten kapsamaktadır. Zira, marka sahibi ürününü dış pazarda piyasaya ya kendisi sunacak, ya hukuki- iktisadi tabiyet ilişkisi içerisinde bulunduğu bir başka ortaklık vasıtasıyla bu işlemi gerçekleştirecek ya da bir sözleşme ile vereceği izin çerçevesinde üçüncü kişi tarafından bu piyasaya sunumun yapılmasına olanak tanıyacaktır. Görüldüğü üzere, Gümrük İdaresi tarafından yapılan idari düzenlemeler uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi anlamını taşımaktadır. Buna karşın, Yüksek Mahkeme, üçüncü ayrık hal olan ve marka sahibinin verdiği lisans çerçevesinde yurtdışında üretilen markalı malların ithalini olanaklı kılan "*authorised use exception*" istisnasını, kanun hükmüyle çelişkili bulunduğu gerekçesiyle *K. Mart Corp v. Cartier Inc* davasında¹⁶⁷ verdiği hükümle iptal etmiştir¹⁶⁸. Dolayısıyla, ilk iki istisna halen mevcuttur, ancak yurtdışında bağımsız bir tacire üretim lisansı veren ABD'li marka sahibinin, bu tacirin ürettiği malların paralel ithalat yoluyla ülkeye sokulmasını Gümrük Kanunu'nun 526. maddesi çerçevesinde önleme imkanı yeniden doğmuştur¹⁶⁹. Şu halde, ABD hukukuna göre markalı malların yurtdışından paralel ithalatı ancak iki halde; yurtdışından

¹⁶⁶ RUBIN, s.599.

¹⁶⁷ Karar için bkz.; RUBIN, s.601.

¹⁶⁸ RUBIN, s.601.

¹⁶⁹ FRIEDMAN, "Business and Legal Strategies for Combating Grey- Market Imports", Int. Lawyer, Vol.32, No.1, 1998, s.46.

gelen mallar üzerindeki markanın sahibi ile ABD hukukuna göre korunan markanın sahibinin aynı kimse olması halinde ya da yurtdışından gelen mallar üzerindeki markanın sahibi ile ABD'de korunan markanın sahibini arasında hukuki- iktisadi bir tabiyet ilişkisi bulunması halinde mümkün kabul edilmektedir.

Yurtdışından gelen markalı mallar, ABD hukukunca korunan marka sahibinin izni olmaksızın ülkeye sokulmak istenirse, bu ithalat Gümrük İdaresi tarafından engellenecektir¹⁷⁰. Marka sahibinin, Gümrük Müdürlüğü tarafından gereken işlem yapılmazsa yargı mercilerine başvurmak yerine bağımsız idari düzenleyici birim niteliğinde olan Uluslararası Ticaret Komisyonuna başvurma ve Gümrük Kanunu'nun 37. ayırımı çerçevesinde ithalatın durdurulmasını talep etme imkanı da mevcuttur¹⁷¹.

ABD hukukunda, orijinal evsftaki markalı malların paralel ithali, iki ayrı ihtimalde, Gümrük İdaresince öngörülen istisnalar söz konusu olsa dahi marka sahibince engellenebilir. Bu ihtimallerden ilki, paralel ithalata konu olan markalı mallar ile iç pazarda piyasaya sunulan mallar arasında kalite ve nitelik farkı bulunmasıdır. Söz konusu halde, tüketiciler açısından yanıltma tehlikesinin söz konusu olması sebebiyle marka sahibi tarafından *Lanham Act*'in 42. ayırımına dayanılarak ithalat önlenir¹⁷². İkinci ihtimal ise, ABD hukukuna göre yasal distribütör statüsünde bulunan tacirin önemli bir müşteri çevresi (*goodwill*) yaratmış olmasıdır¹⁷³.

Rubin, ABD hukukuna göre paralel ithalatçının haksız fiilden doğan sorumluluğuna, paralel ithalat konusu mallar dağıtım ağı içerisinde edinilmiş ise gidilebileceğini belirtmektedir¹⁷⁴. Zira, *common law* sisteminde bir kimseyi bir başkası ile arasındaki sözleşmeyi ihlale zorlamak haksız fiil sorumluluğu doğurmaktadır. Bunun için dört ayrı şartın varlığı aranır: üretici ile dağıtım ağı mensubu arasında geçerli bir sözleşme olmalıdır, paralel

¹⁷⁰ Ancak bunun için tescilli yapılmış markanın tescil belgesinin bir suretinin önceden Hazine Bakanlığı'na iletilmiş olması gerekir (SAMUELS, "Patent, Trademark and Copyright Laws", Washington 2000, s.201).

¹⁷¹ FRIEDMAN, s.41.

¹⁷² SCHECHTER, "Unfair Trade Practices & Intellectual Property", 2nd Ed., 1993, s.83.

¹⁷³ FRIEDMAN, s.36.

¹⁷⁴ RUBIN, s.610.

ithalatçı bu sözleşmenin varlığını bilmeli, buna rağmen kasdıyla sözleşmenin ihlal edilmesine sebep olmalı ve zarar gerçekleşmiş bulunmalıdır.

Friedman, ABD'li marka sahiplerine, paralel ithalatı önlemek açısından yurtiçinde ve yurtdışında piyasaya farklı kalitede ürün sunmayı, hangi dağıtım ağı mensubunun ithalatçıya mal sağladığının öğrenebilmek için üretim kodu kullanmayı, caydırıcılık sağlama amacıyla münhasır dağıtıcılık sözleşmelerine ağır cezai şartlar dercetmeyi önermektedir¹⁷⁵.

ABD hukuku bakımından üzerinde durulması gereken son nokta, 17 Ekim 1992 tarihinde Kanada, Meksika ve ABD tarafından imzalanarak 1 Ocak 1994'te yürürlüğe giren Kuzey Amerika Serbest Ticaret Anlaşması (*North American Free Trade Agreement*) çerçevesinde tükenmeye ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülüş olmamasıdır. Dolayısıyla, akit devletlerin paralel ithalatı yasaklaması ya da olanaklı kılması sözleşmenin ihlali anlamına gelmeyecektir¹⁷⁶. Anlaşmanın fikri mülkiyet haklarının gümrüklerde kullanımını düzenleyen 1718. maddesi de orijinal malların paralel ithalatı problemini çözme amacı taşımamaktadır¹⁷⁷. Şu halde, anlaşma akit tarafları paralel ithalatlara karşı izleyebilecekleri politika konusunda serbest bırakmıştır, fikri mülkiyet hakkının tanındığı hukuk sistemi imkan sağlıyorsa, bu hakka dayanılarak akit devletler arasındaki paralel ithalatların önlenmesi mümkün olacaktır¹⁷⁸.

ABD'ye benzer şekilde, tükenmenin coğrafi sınırı yönünden uluslararası tükenme sistemini benimseyen bir başka ülke de Japonya'dır. Japon mahkemelerinin konuya ilişkin tutumu 1965 tarihli "*Parker*" kararı¹⁷⁹ ile ortaya çıkmıştır. Karara konu olan olayda, orijinal evsftaki *Parker* markalı kalemelerin Hong Kong'dan paralel ithalatı söz konusudur. Japon Mahkemesi, orijinal malların ithalinin, markanın, kaliteyi ve kökeni garanti etme, *good-will* oluşturma ve koruma fonksiyonlarına sekte vurmuyacağı

¹⁷⁵ FRIEDMAN, s.49-50.

¹⁷⁶ AMMANN, s.116.

¹⁷⁷ PAUL/ HASTINGS/ JANOFISKY/ WALKER, "North American Free Trade Agreement, Summary and Analysis", 1992-1993, s.97.

¹⁷⁸ PAUL/ HASTINGS/ JANOFISKY/ WALKER, s.97.

¹⁷⁹ Kararın kısa özeti için bkz.; AMMANN, s.116.

gerekçesiyle paralel ithalata imkan tanımıştır. Japon mahkemeleri, izleyen kararlarında da bu çizgiyi korumuşlardır¹⁸⁰.

B- FİKRİ MÜLKİYET HUKUKU İLE İLGİLİ ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE TÜKENME İLKESİ

Tükenme ilkesinin coğrafi sınırı yönünden ülkeler tarafından yapılan tercihlerin, paralel ithalatların önünü kesmek suretiyle dünya ticaretini doğrudan etkileyebileceği tartışmadan uzaktır. Oysa ki, ekonomik küreselleşmenin hız kazandığı günümüz dünyasında, farklı ülke pazarları arasındaki mal alışverişlerinin mümkün mertebe serbestleştirilmesi kaçınılmaz bir sonuç görünümü vermektedir. Buna karşın, dünya ticaretinin liberalleştirilmesi amacıyla yapılan uluslararası sözleşmeler ile serbest ticaretin önünde bir kalkan oluşturabilecek konumda bulunan tükenme ilkesinin yeknesak bir uygulamaya kavuşturulması, bugün için ulaşılabilmiş bir sonuç değildir. Dünya ticaretini düzenleyen genel anlaşma konumunda bulunan "Gümrükler ve Ticaret Üzerine Genel Anlaşma"nın¹⁸¹ (*General Agreement on Tariffs and Trade*) temel felsefesi ile bu sözleşmenin eki konumunda bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi'nin¹⁸² konuya ilişkin düzenlemesi çalışmamızın bu bölümünde bütüncü altına alınacaktır.

1-GATT'ın Temel Felsefesi Bakımından Tükenme İlkesinin Değerlendirilmesi

Hazırlayıcılarının öngördüğü dünya ticaretini yönlendirme amacına ulaşamayan 1947 tarihli GATT'ın yerine¹⁸³, 1994 tarihli yeni versiyon ikame

¹⁸⁰ AMMANN, s.116.

¹⁸¹ Anılan Sözleşme, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1A sayılı ekidir. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ülkemiz tarafından da imzalanmıştır, bkz. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın Uygun Bulunduğuna Dair 4067 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 26.1.1995, RG., 29.1.1995, S. 22186. Sözleşme, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde kısaca GATT olarak anılacaktır.

¹⁸² Anılan Sözleşme, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın 1C sayılı ekidir. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması ülkemiz tarafından da imzalanmıştır, bkz. Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'nın Uygun Bulunduğuna Dair 4067 sayılı Kanun, Kabul Tarihi: 26.1.1995, RG., 29.1.1995, S. 22186. Sözleşme, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde kısaca TRIPs olarak anılacaktır.

¹⁸³ DOERN, "Global Change and Intellectual Property Agencies", London 1999, s.93.

olunmuştur. Ülkesel ya da bölgesel tükenme ilkesinin tercih edildiği hallerde, bu tercihi yapan ülke ya da bölge sınırları dışından paralel ithalat yoluyla gelecek malların girişinin anılan mallar üzerindeki fikri ya da sınai hakkın tükenmiş bulunmadığı gerekçesiyle engellenebilmesi, tükenmeye ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemesine karşın dünya ticaretinin serbestleştirilmesini hedef tutan 1994 tarihli *GATT*'ın (md.1) arzuladığı bir sonuç olamaz. Buna karşın, uluslararası ticaret açısından yaşamsal önemine rağmen, *GATT*'ın hazırlık çalışmalarında tükenme konusuna hiç değinilmemiş¹⁸⁴, konuyu açık hükümle düzenleme yöntemi de tercih edilmemiştir. Ancak tercih edilen sisteme göre ülke ya da bölge dışından gelen malların girişinin fikri- sınai mülkiyet haklarına dayanılarak engellenmesi, sözleşmenin 11. maddesi çerçevesinde uluslararası ticarete yönelik nicel bir kısıtlama olarak kabul edilebilir. Gümrüğe dayalı ya da gümrüksel olmayan bu tarz kısıtlamaların ortadan kaldırılması ve serbest ticaretin önünün açılmasını hedefleyen *GATT*, paralel ithalatlara set çekilmesine felsefesi itibariyle destek vermez¹⁸⁵.

Ancak sözleşmenin 20. maddesi ile fikri-sınai mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin istisna tanınması, bu hakların dünya ticaretinin önünde teşkil ettiği bariyerin tümüyle ortadan kaldırılmasını engellemektedir. Hükümde, taraf devletlerin bu hakların korunması amacıyla alabileceği önlemlerin uluslararası ticaretin örtülü şekilde sınırlandırılması veya taraf devletler arasında keyfi ya da haklı gerekçesi bulunmayan ayrımcılık yapılması anlamına gelmemesi gerektiği yönünde öngörülen düzenleme de, uluslararası emtia piyasaları arasındaki alışverişlerin tümüyle serbestleştirilmesi sonucunu sağlamaktan uzaktır. Taraf devletler arasında ayırım yapmaya yönelik bu yasağın istisnası olarak serbest ticaret bölgeleri ve gümrük birliklerinin belirlenmesi (md.24) ise, *GATT*'ın fikri- sınai mülkiyet

¹⁸⁴ COTTIER, "The Prospects For Intellectual Property in GATT", CML Rev., Vol.28, No.2, 1991, s.399.

¹⁸⁵ HEALD, "Trademarks and Geographical Indications: Exploring the Contours of the TRIPS Agreement", Vanderbilt JTL, Vol. 29, No.3, 1996, s.658. Yazara göre, paralel ithalat konusu malların ithalinin hukuki bir temele dayanarak da olsa önlenmesi *GATT* prensipleriyle uyuşan bir yaklaşım değildir.

haklarını uluslararası ticaretin önünde bulunan ciddi engel konumundan uzaklaştırmayı başaramadığını belgelemektedir¹⁸⁶.

Kanımızca, ülkesel ve bölgesel tükenme ilkelerinin orijinal emtiaların paralel ithalatını sınırlayıcı doğaları nedeniyle miktarsal kısıtlamaya eş etkili önlem niteliği taşımaları, bu sistemlerin *GATT*'ın uluslararası ticareti serbestleştirmeyi hedef tutan temel felsefesi ile bağdaşır bulunmalarını engeller. *Cottier*'in de belirttiği üzere, *GATT* ile ulaşılmak istenen ticareti serbestleştirme amacı ile fikri- sınai mülkiyet haklarına uygun ölçüde koruma sağlanması çelişkili kabul edilemez¹⁸⁷. Ancak orijinal evsftaki emtianın paralel ithalatının fikri- sınai mülkiyet hakkına dayanılarak engellenmesine olanak tanımak, bu haklara "uygun ölçüde" koruma sağlamak olarak nitelendirilemez. Bu bakımdan, fikrimizce *GATT*'ın felsefesi ile bağdaşır uygulama, tükenmenin coğrafi sınırı yönünden uluslararası tükenme sistemidir. Vardığımız sonuç, en geniş anlamda uygulama alanı bulan fikri- sınai mülkiyet türü olan marka hakkı açısından da evleviyetle geçerlidir.

2- *TRIPs*' in Konuya İlişkin Düzenlemesi

Dünya Ticaret Örgütü'nü Kuran Sözleşme bünyesinde bulunan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, bazı yazarlar tarafından ticareti fikri- sınai mülkiyet hakları bazından ele almayı başaran ve Dünya Ticaret Örgütü'nü uluslararası ticaret için fikri- sınai mülkiyet politikası yaratan etkin bir kurum haline getiren başarılı bir anlaşma olarak yorumlanırken¹⁸⁸, bazı müellifler tarafından gündeme gelen problemlere teknik çözümler oluşturmak amacıyla tasarlanmamış, global ekonomik sistemin güç gösterisini simgeleyen bir anlaşma olarak değerlendirilmiştir¹⁸⁹. *TRIPs*' in temel amacı,

¹⁸⁶ Jackson, 24. madde ile öngörülen bu istisnanın, uluslararası ticareti güçlendirme amacına ulaşılmasını önleyici nitelikte ve bölgesel bloklara prim sağlayan çağ dışı bir düzenleme olduğunu vurgulamaktadır (JACKSON, "The Jurisprudence of GATT and the WTO, Insight on Treaty Law and Economic Relations.", Cambridge 2000, s.108).

¹⁸⁷ COTTIER, s.392.

¹⁸⁸ DOERN, s.95.

¹⁸⁹ MAY, "A Global Economy of Intellectual Property Rights, The New Enclosures?", New York 2000, s.44. Yazara göre, fikri mülkiyet haklarının günümüzdeki statüsü temelini global

fikri mülkiyet haklarını uluslararası ticaret rejimine dahil ederek, hukuk sistemlerinin bu haklara sağladığı korumayı ortak bir düzeye çekebilmek ve bu amaca ulaşmak üzere Dünya Ticaret Örgütü çatısı altında etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizması oluşturmaktadır¹⁹⁰. Sözleşme çerçevesinde etkin bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının benimsenmesi, Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa Birliği'ni ısrarıyla gündeme gelmiştir¹⁹¹.

TRIPs' in fikri- sınai mülkiyet haklarının tükenmesini düzenleyen 6. maddesi hükmüne göre; *"Bu Anlaşma dahilinde uyuşmazlıkların çözümü amacıyla 3. ve 4. maddeler müstesna olmak üzere, bu Sözleşmede yer alan hiçbir husus fikri mülkiyet haklarının tükenmesi konusunu ele almakta kullanılmayacaktır"*. Hükümde, taraf devletlerin tükenmenin coğrafi sınırı yönünden uluslararası tükenme ilkesini mi yoksa ülkesel ya da bölgesel tükenme ilkesini mi tercih etmeleri gerektiği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Buna karşın, Sözleşme'nin 3. ve 4. maddelerinde öngörülen düzenlemelerin tükenme ilkesi yönünden de geçerli olacağı ifade edilmiştir. Değinilen 3. madde, taraf devletlerin, diğer taraf devlet vatandaşlarına, en az kendi vatandaşlarına sağladığı avantajları sağlamak durumunda bulunduğunu öngören *"milli muamele"* prensibini, 4. madde ise bir akit devlet tarafından başka herhangi bir ülkenin vatandaşlarına tanınan her türlü avantaj, kayırma, ayrıcalık veya muafiyetin derhal ve şartsız olarak tüm diğer taraf devlet vatandaşlarına da uygulanacağını öngören *"en çok kayırılan ülke muamelesi"* prensibini düzenlemektedir. Şu halde, kendi vatandaşları yönünden veya üçüncü bir ülkeye karşı uluslararası tükenme ilkesini kabul eden bir akit devlet, bu sistemi diğer taraf devlet vatandaşlarına da uygulamak zorunda kalacaktır. Md. 6 ile tükenme ilkesi bakımından benimsenen yegane düzenleme budur. *Heald'a* göre *TRIPs*, tükenme ve paralel ithalat meselelerini düzenlemekten bilinçli olarak kaçınmıştır¹⁹². *Bronckers* ise, md.6'nın *"anlaşmamak üzere anlaşmak"*

ekonomik anlayışta bulur (s.42). Fikri mülkiyet hakları kapitalizmin temel silahı haline gelmiş durumdadır (s.43).

¹⁹⁰ MAY, s.67-68.

¹⁹¹ DOERN, s.93.

¹⁹² HEALD, s.656.

anlamına geldiğini ifade etmektedir¹⁹³. *Abbott*'a göre, fikri mülkiyet uzmanları hakların ülkeselliği noktasından tükenme ilkesine yaklaşıırken, ticaret uzmanları gümrük dışı bariyer oluşturan bu hakların Dünya Ticaret Örgütü prensipleri ile uyuşmadığı noktasından hareket etmekte ve bu farklı yaklaşımlar çözümsüzlüğü ortaya çıkarmaktadır¹⁹⁴.

TRIPs'in 6. maddesi ile öngörülen düzenlemenin ihtilafların çözümüne yönelik usuli bir düzenleme niteliği taşıdığı ifade olunduğu gibi¹⁹⁵, maddi nitelikte düzenleme içerdiği de iddia olunmuştur¹⁹⁶. Ancak tartışmadan uzak olan tek husus, hükmün akit devletleri tükenmenin coğrafi sınırı bakımından herhangi bir sistemi kabule zorlamadığıdır¹⁹⁷.

Sözleşme'nin 6. maddesinde 3. ve 4. maddelere yapılan gönderme sebebiyle, bölgesel tükenme ilkesinin 4. maddeyi ihlal edip etmeyeceği tartışma konusu olmuştur. *Bronckers*, bölgesel tükenme ilkesinin benimsenmesinin md.4'e aykırılık teşkil etmeyeceğini belirterek, bölgesel tükenme sistemi ile hak sahibinin milliyetinin dikkate alınması suretiyle değil, ithal edilen ürünlerin menşeinin dikkate alınması yöntemiyle ayrımcılık yapıldığını, ne md.4'ün ne de bir başka *TRIPs* hükmünün bu tarz bir ayrımcılığı yasaklamadığını ifade etmektedir¹⁹⁸.

TRIPs'in temel felsefesi, serbest ticaret ile fikri mülkiyet haklarına ilişkin koruma arasında bir denge sağlamaktır¹⁹⁹. Bu yaklaşımın delili olarak,

¹⁹³ BRONCKERS, "The Exhaustion of Patent Rights Under WTO Law", *Journal of World Trade*, Vol:32, No.5, 1998, s.142.

¹⁹⁴ ABBOTT, "Commentary: The International Intellectual Property Order Enters the 21st Century", *Vanderbilt JTL*, Vol:29, No.3, s.478-479.

¹⁹⁵ EINHORN, "The Impact of the WTO Agreement on TRIPs (Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights) on EC Law: A Challenge to Regionalism", *CML Rev.*, Vol:35, 1998, s.1082.

¹⁹⁶ BRONCKERS, "Exhaustion of Patent Rights", s. 145. Yazara göre, "anlaşmamak üzere anlaşmak" usuli bir hüküm olarak algılanamaz. Md. 6, akit devletlere tükenme politikasını belirlemek üzere takdir hakkı tanımaktadır, bu ise hükmün maddi nitelikte olduğunu kanıtlar niteliktedir.

¹⁹⁷ BRONCKERS, "Exhaustion of Patent Rights", s. 159. Yazara göre, ne *TRIPs* ne de başka bir Dünya Ticaret Örgütü düzenlemesi ile akit devletler uluslararası tükenmeyi kabule zorlanmamaktadır. Soltysinski de, md. 6 hükmünün taraf devletleri tükenmenin coğrafi sınırı belirleme konusunda serbest bıraktığı düşüncesindedir (SOLTYSINSKI, "International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the Europe Agreements" *GRUR Int.* 1996, S.4, s.317).

¹⁹⁸ BRONCKERS, "Exhaustion of Patent Rights", s. 153.

¹⁹⁹ BRONCKERS, "Exhaustion of Patent Rights", s. 150.

anlaşmanın fikri mülkiyet haklarının kötüye kullanılabileceğinin bilincinde olması nedeniyle bu hakların kullanımının rekabet açısından doğurduğu sonuçları akit devlet hukuklarının kontrolü altına bırakması gösterilebilir. Ancak akit devletlerin bu imkandan faydalanarak oluşturdukları rekabet hukukunun *TRIPs*' in güvencesi altındaki fikri mülkiyet haklarını etkisiz bırakmak üzere kullanılması, sözleşmenin ihlali olarak kabul edilir²⁰⁰. Şu halde, *TRIPs*' in temel amacı ne pahasına olursa olsun fikri mülkiyet haklarını korumak değildir. Kaldı ki, tükenmenin coğrafi sınırı yönünden diğer akit devlet vatandaşları bakımından en avantajlı sistem uluslararası tükenme ilkesi olduğuna ve bu sistemi herhangi bir ülkeye karşı benimseyen akit devlet, md.6 ile md.4'e yapılan yollama sonucunda ilkeyi diğer taraf devletlerden gelen mallar açısından da uygulamak durumunda bırakıldığına göre, *TRIPs*' in uluslararası tükenme sistemini tanıdığı, hiç değilse bu sistemin karşısında olmadığı söylenebilir.

Sözleşmenin *GATT*'ın ruhu ile bağdaşan yegane sistem olan uluslararası tükenmeyi benimseyerek serbest ticaret ve fikri mülkiyet hakları arasındaki dengeyi tesis etmemesi, kaçırılan bir fırsat olarak değerlendirilmiştir²⁰¹.

Görüldüğü üzere, *GATT* ve *TRIPs* ile tükenmenin coğrafi sınırına yönelik herhangi bir sistemin taraf devletlerce benimsenmesi yönünde bir zorunluluk getirilmemiştir. Dolayısıyla, bugün için ülkesel, bölgesel ya da uluslararası tükenme ilkeleri arasından tercihte bulunma imkanı taraf devletlerin inisiyatifindedir, milletlerarası hukuk tarafından öngörülen belirli bir tükenme modeli bulunmamaktadır. Ancak dünya ticaretinin geliştirilmesi ve liberalleştirilmesine yönelik yeni ekonomik düzenin, tüm taraf devletler açısından uluslararası tükenmenin benimsenmesi zorunluluğunu bünyesinde barındıracak yeni bir düzenlemeyi ilerleyen zaman içerisinde zorlayacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.

²⁰⁰ FOX, "Trade, Competition and Intellectual Property – *TRIPs* and its Antitrust Counterparts", *Vanderbilt JTL*, Vol.29, No.3, s.497.

²⁰¹ AMMANN, s.120. Yazar, *TRIPs*'in revizyonu söz konusu olduğunda tükenme ilkesinin gündeme getirilmesinin kaçınılmaz olacağını belirtmektedir.

III- TÜRK HUKUKUNDA MARKA HAKKININ TÜKENMESİ

Tükenme ilkesi, hukukumuzda 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK ile girmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde, ilkenin hukukumuzdaki tarihi gelişimi, KHK'nın 13. maddesi ile tükenmeye ilişkin olarak öngörülen düzenleme ve tükenmenin gerçekleşmesi için aranan koşullar, hükmün tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsediği sistem, tükenmenin uygulanmasını engelleyen haller, paralel ithalatlara karşı haksız rekabet normlarının uygulama alanı bulma olasılığı ve Gümrük Birliği rejimi çerçevesinde tükenmeye ilişkin öngörülen düzenleme inceleme konusu yapılacaktır.

A- İLKENİN HUKUKUMUZDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ VE MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KHK'NİN KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMESİ

Aşağıda, tükenme ilkesinin hukukumuzdaki gelişimi, Markaların Korunması Hakkında KHK'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönem ve KHK ile getirilen düzenleme olarak iki ayrı başlık altında incelenecektir.

1- Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Yürürlüğe Girmesinden Önceki Dönem

556 sayılı KHK'nin kabulünden önceki dönemde yürürlükte olan 551 sayılı Markalar Kanunu, tükenmeye ilişkin herhangi bir düzenleme öngörmemiştir. Kanımızca, kanun koyucunun o dönemde ilke ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme vaz'etmemesinin temel nedeni, kanunun kabul tarihi olan 3 Mart 1965 tarihinde ülkemiz tarafından izlenen kapalı ekonomi politikası sebebiyle bu yönde bir ihtiyacın tezahür etmemiş olmasıdır. Gerçekten, tükenme ilkesinin uygulama alanı bulduğu en önemli hukuki sorunsal, orijinal nitelikteki markalı malların üçüncü kişiler tarafından paralel ithalat suretiyle iç pazarda piyasaya sunumudur. Anılan dönemde ülkemiz

tarafından izlenen iktisadi politika, nev'i ne olursa olsun ithalata sıcak yaklaşmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun 551 sayılı Markalar Kanunu ile tükenmeyi öngörmeyerek olası paralel ithalatların marka sahibince engellenebilmesine olanak tanımak istediği kabul edilebilir.

Buna karşın, doktrinde yasa koyucunun 551 sayılı Markalar Kanunu'nda tükenme ilkesini zımnen benimsediğini kabul eden bir görüş de mevcuttur²⁰². Bu görüşün dayanağı, Markalar Kanunu'nun 17. ve 47. maddeleri arasındaki bağıntıdır. Şöyle ki, kanunun "Hakkın Şümü" başlığını taşıyan 17. maddesinde; markayı taşıyan malları satmak, dağıtmak veya diğer bir şekilde ticaret sahasına çıkarmak marka sahibinin tekel niteliğindeki haklarından sayılmış, 47. maddede düzenlenen tecavüz halleri içerisinde ise; hak sahibinden başka kişiler tarafından haksız olarak kullanılan markayı taşıyan malların satışa arz edilmesi, satılması, dağıtılması, ülkeye sokulması veya ülkeden çıkarılması marka hakkına tecavüz niteliğinde kabul edilmiştir. Bu fikre göre; markalı malların piyasaya sunumu yapıldıktan sonra üçüncü kişiler tarafından yeniden ticaret mevkiine konulması halinde, 47. madde ile aranan haksız kullanım şartı gerçekleşmiş bulunmayacağından marka hakkına dayanılarak bu malların tedavülüne engel olmak mümkün olmayacaktır. Bu ise tükenme ilkesinin uygulanması anlamına gelmektedir. Yine bu görüşe göre, tükenmenin coğrafi sınırının kanun metninde gösterilmemiş olması da bu yorumu çürütmeye yetmemektedir, zira ilkenin tarihi gelişimi dikkate alındığında başlangıçta Avrupa'da da coğrafi sınırın kanun metinlerinde değil mahkeme kararlarında belirlendiği görülmektedir.

Kanımızca bu fikre katılma imkanı bulunmamaktadır. Şöyle ki; tükenme ilkesinin en önemli özelliği, ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde uygulanabilmesidir. 17. ve 47. maddeler arasındaki bağıntıdan tükenme için aranan şartları tespit etmek ise olası değildir. Haksız kullanımın bulunup bulunmadığını belirleyecek yargıca tükenmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit yönünden takdir hakkı tanındığını ileri sürmek dahi geçerli bir gerekçe olarak kabul edilemez, zira tükenme somut

²⁰² PINAR, s.890-891.

kriterlere dayanır, bu kriterleri belirleme yetkisi yargıca bırakılamaz. Dolayısıyla, fikrimizce 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 17. ve 47. maddelerinin birlikte algılanması sonucu yapılan yorum, tükenme ilkesinin anılan kanunda mündemiç olduğunu ispatlamakta yetersiz kalmaktadır.

KHK'nin yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Temyiz Mahkemesince meseleye ilişkin olarak verilen en önemli karar, 1991 tarihli "Epson Kararı"²⁰³. Karar ileride (E) ayırımı altında ayrıntılı olarak inceleneceğinden burada kısa açıklamalarla yetinilecek ve yalnız paralel ithalat yönünden Yargıtay'ın yaklaşımı aktarılacaktır. Karara konu olan olayda, "Epson" markalı bilgisayarların Türkiye'deki tek satıcısı konumunda bulunan şirket, aynı markayı taşıyan orijinal cihazları Amerika Birleşik Devletleri'nden ithal ederek Türkiye'de piyasaya sunan diğer şirketleri, tek satıcılık hakkının ihlal edildiği ve haksız rekabette bulunulduğu gerekçesiyle dava etmiştir. Yargıtay, davacı tarafından marka hakkına dayanılmaması nedeniyle paralel ithalat kavramını marka hukuku yönünden inceleme imkanı bulamamıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, paralel ithalatın haksız rekabet teşkil etmeyeceğine hükmetmek suretiyle fikrimizce olumlu bir yaklaşım sergilemiş, bu tespitini Anayasa'da öngörülen ticaret serbestisi ilkesine dayandırmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu yaklaşımı 551 sayılı Markalar Kanunu'nun paralel ithalatlara olumsuz bakan yapısı ile de gelişmemektedir, zira mahkemenin gösterdiği yaklaşım marka hukuku yönünden değil, paralel ithalatın haksız rekabet olarak nitelendirilip nitelendirilmemesi açısından dır. İlkenin 556 sayılı KHK'nin kabulüne değin hukukumuzdaki görünümü için söylenebilecekler bu kadarla sınırlıdır.

²⁰³ Yargıtay, paralel ithalatı gerçekleştiren iki şirket aleyhine açılan davalarda temyiz ve karar düzeltme istemleriyle birlikte altı hüküm tesis etmiştir. Yukarıda bu hükümlerin ortaya koyduğu temel yaklaşım aktarılmaktadır. Bu kararlar; II. HD. 25.10.1990 E.1990/3562 K.1990/6852, II. HD. 1.3.1991 E.1991/171 K.1991/1406, II. HD. 17.9.1992 E.92/1151 K.92/9030, II. HD. 25.12.1992 E.1992/7361 K.1992/11690, II. HD. 25.6.1992 E.90/8223 K.92/7964, II. HD. 4.12.1992 E.1992/6739 K.1992/11161 tarih ve sayılı kararlardır. (Kararlara ulaşmak için bkz.; TEOMAN, "Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s.41-56).

2- Markaların Korunması Hakkında KHK'nin Tükenme İlkesine İlişkin Düzenlemesi

Bakanlar Kurulu tarafından 8.6.1995 tarih ve 4113 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK²⁰⁴, ticari alanı düzenleyen Türk mevzuatı ile Avrupa Birliği mevzuatını uyumlaştırma çabalarının bir ürünüdür²⁰⁵. Ticari yaşam açısından son derece büyük önem arz eden böylesine hassas bir alana ilişkin düzenlemenin KHK vasıtasıyla yapılmasının yerindeliği ayrıca tartışma konusu yapılabilir ise de, KHK aracılığıyla marka hukukumuzda birçok yeni düzenleme getirildiği tartışmadan uzaktır²⁰⁶. Bu yeni düzenlemelerin en önemlilerinden biri, 13. maddede yer alan ve "Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi" başlığını taşıyan hükümdür. Daha önce de vurgulandığı üzere madde, tükenme ilkesini marka hukukumuzda pozitif norm olarak taşıyan ilk hüküm olma özelliğini taşımaktadır. Anılan hükme göre; *"Tescilli bir markanın tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi tarafından ya da onun izni ile Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır"*. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise; *"Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisi vardır."*

Hüküm, KHK'nin markanın koruma kapsamını düzenleyen ve beş maddeden oluşan üçüncü bölümünün son maddesidir. Tükenme ilkesini düzenleyen 13. maddenin, KHK'nin sistematigi göz önüne alındığında, markanın sağladığı korumanın kapsamı dışında kalan özel bir hali düzenleyen istisna hükmü niteliğini taşıdığını söylemek mümkündür.

²⁰⁴ RG., 27.06.1996, S. 22326.

²⁰⁵ POROY/ YASAMAN, no.450.

²⁰⁶ POROY/ YASAMAN, no.450. Genel olarak KHK ile getirilen düzenleme için bkz.; BERZEK, "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Markaların Düzenlenmesi" İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.77 vd.

Doktrinde, tükenme ilkesine marka sahibine tanınan hakkın sınırları başlığı altında değinilmekte ve kanuna nazaran daha pedagojik bir metod izlenmektedir²⁰⁷.

Hükmün kenar başlığı olan; "*Marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi*" ifadesinin doğruluğu da ayrıca tartışılabilir niteliktedir. Zira, md.13/1 ile aranan şartlar gerçekleştiğinde, diğer bir ifadeyle tescilli marka tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi veya onun rızası dahilinde bir başkası tarafından Türkiye'de piyasaya sunulduğunda, marka sahibinin marka tescilinden doğan ve KHK tarafından kendisine tanınan tüm hakları tükenmiş olmaz. Tükenen, yalnızca markayı taşıyan malların üçüncü kişiler tarafından yeniden ticaret mevkiine konulmasını önlemeye yönelik müdahale haklarıdır. Yoksa, marka tescilinden doğan ve yukarıdaki tanımlama dışında kalan haklar md.13/1'in öngördüğü şartlar gerçekleşse dahi mevcudiyetlerini sürdürürler. Örneğin, marka sahibinin markayı kullanma ve markalı malları üretme yönündeki mutlak tekel hakkı, markayı devretme, rehnetme ya da üçüncü kişilere markayı taşıyan malların üretimi için lisans verme hakları md.13/1 ile aranan şartlar gerçekleşmiş olsa dahi tükenmiş olmaz.

Hükmün I. fıkrasında yer alan "... *mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır*" şeklindeki ibare de yeterli açıklığı taşımamaktadır. Zira, "*mallarla ilgili fiiller*" deyiminden neyin anlaşılması gerektiği belirsizdir. Aksaklık, Arkan tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere, KHK md.13'ün, mehzatı olan AB'nin 89/104 sayılı Yönergesi'nin 7. maddesi metnine uygun tercüme edilmemesinden kaynaklanmaktadır²⁰⁸. Arkan, hükümdeki; "... *piyasaya sunulmasından sonra mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır*" ibaresinin, "*Marka sahibi tarafından veya onun izni ile markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra marka sahibi, markanın bu mallarla ilgili olarak kullanılmasını yasaklayamaz.*" şeklinde anlaşılması gerektiğini haklı olarak

²⁰⁷ ARKAN, "Marka Hukuku Cilt: II", Ankara 1998, s.131 vd.

²⁰⁸ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.202.

belirtmektedir²⁰⁹. Bu bağlamda, üçüncü kişinin markalı malları ticaret mevkiine koymak yönündeki herhangi bir tasarrufu, md.13/II'de aranan şartlar gerçekleşikten sonra, bu tasarruf md.13/II anlamında malın değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi sonucunu doğurmadıkça marka hakkına dayanılarak engellenemez. Kanımızca, "*mallarla ilgili fiiller*" ibaresi geniş algılanmalı, üçüncü kişiler tarafından markalı malları ticaret mevkiine koymak amacıyla yapılabilecek her türlü hukuki tasarruf bu ibarenin kapsamına dahil kabul olunmalıdır. Doktrinde *Tekinalp* tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere, "*mallarla ilgili fiiller*" ibaresinin kapsamına sadece üçüncü kişiler tarafından yapılan satış ve ihraçlar değil, mallarla ilgili olarak reklam yapılması, broşür yayınlanması fiilleri de girer²¹⁰. Ancak yapılacak reklamların, o malın pazarlanması için olağan sayılan reklam usullerine uygun olması ve somut olay bakımından markanın itibarına önemli surette zarar verici nitelikte olmaması gerekir²¹¹. Kanımızca, bu tür reklamların markalı malların onları tekrar ticaret mevkiine koyan üçüncü kişi tarafından üretildiği izlenimini de yaratmaması gereklidir²¹². Bu tür olumsuz sonuç doğurabilecek reklamların mevcudiyeti halinde, markanın menşei gösterme fonksiyonu ortadan kalkacağından marka hakkına dayanılarak tanıtımların önlenmesi talep edilebilmelidir.

13. maddenin I.fıkrası dikkate alındığında, "*...markayı taşıyan malların piyasaya sunulmasından sonra*" şeklindeki ibareden, tükenme ilkesinin yalnızca emtia üzerine konulan fabrika ve ticaret markaları için uygulanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır²¹³. Gerçekten, ilkenin amacı, belli şartların gerçekleşmesi halinde markalı emtianın ticari hayattaki tedavülünün marka hakkına dayanılarak engellenmesini önlemek, bir başka anlatımla markalı mal üzerindeki ticaret serbestisini mutlak düzeye

²⁰⁹ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.202.

²¹⁰ TEKİNALP, "Fikri Mülkiyet Hukuku", s.417.

²¹¹ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.140.

²¹² Yargıtay'da, KHK yürürlüğe girmeden önceki dönemde verdiği bir kararında, BMW parçaları ithal ederek satan ve bu markayı kendi reklamlarında kullanan davalının, marka sahibi ile arasında bir bağ bulunmadığını gösterecek ilaveleri yapmaması nedeniyle marka hakkına tecavüzde bulunduğu hükmetmiştir. (II. HD. 15.4.1993 E.1992/1577 K.2447. Karar için bkz.; CAMCI, "Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları", İstanbul 1998, s.188-189).

²¹³ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.135.

çıkarmaktır. Bu nedenle, KHK'nin tükenmenin yalnızca emtia üzerine konulan markalar için uygulanabilmesine olanak veren düzenlemesi, ilkenin özüne uygun ve yerindedir. Farklı türdeki markalar açısından tükenmenin uygulama alanı bulup bulamayacağı sorunsalı, bu markaların nitelikleri göz önüne alınarak çözüme kavuşturulmalıdır.

Örneğin, hizmet markasının fonksiyonu, bir işletme tarafından verilen hizmeti aynı tür hizmetler veren diğer işletmelerin hizmetlerinden ayırmaya yöneliktir²¹⁴. Hizmetin tedavülü söz konusu olamayacağına göre, tükenme ilkesinin hizmet markaları açısından uygulama alanı bulması da zaten olası değildir²¹⁵. KHK'nin 54. maddesinde düzenlenen garanti markaları açısından da tükenme ilkesinin uygulama alanı bulması söz konusu olamaz. Anılan hükme göre; *"Garanti markası, marka sahibinin kontrolü altında bir çok işletme tarafından kullanılan ve o işletmelerin ortak özelliklerini, üretim usullerini, coğrafi menşelerini ve kalitesini garanti etmeye yarayan işaretlerdir"*. Şu halde, garanti markasının fonksiyonu, emtiayı aynı işareti taşıyan diğer mallardan ayırt etmek olmayıp, mal ya da hizmette bulunan bir takım özellikleri tekeffül etmektir. Garanti markasını taşıyan emtia, kendisini benzer ürünlerden ayıran ve karakterize eden asıl markasıyla ticarete konu olmaktadır. Bu bakımdan, fikrimizce tükenme ilkesi garanti markaları için de uygulanamaz. Aynı çözüm tarzı, holding markaları bakımından da geçerlidir. Zira, holding markaları da ürünü benzerlerinden ayırma, karakterize etme fonksiyonuna yönelik olarak değil, markayı taşıyan ürünün belli bir gruba dahil işletmelerden biri tarafından üretildiğini gösterme amacına yönelik olarak işlev görürler²¹⁶. Buna karşın ortak marka, KHK'nin 55. maddesinde üretim veya ticaret işletmelerinden oluşan bir grup tarafından kullanılan ve bu gruptaki işletmelerin mal ve hizmetlerini diğer işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırmaya yarayan marka olarak tanımlandığına göre, emtia üzerine konularak klasik ticaret markası formatında kullanıldığı takdirde tükenmeye konu oluşturabilecektir. Zira, bu

²¹⁴ YASAMAN, "Hizmet Markaları", Batider, C.VIII, S.1, Haziran 1975, s.74.

²¹⁵ TEKİNALP, "Fikri Mülkiyet Hukuku", s.417, ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.135.

²¹⁶ Holding markaları hakkında bkz.; TEKİNALP, "Holding Markaları", İktisat ve Maliye Dergisi, C.XX, S.1, Nisan 1973, s.267 vd.

ihtimalde ürünü benzerlerinden ayıran ve karakterize eden asıl marka bizatihi ortak markanın kendisidir.

B- TÜKENMENİN COĞRAFI SINIRI BAKIMINDAN BENİMSENEN SİSTEM

Bu bölümde, KHK md.13'ün tükenmenin coğrafi sınırı yönünden tercih ettiği sistem ve söz konusu sistemin ortaya çıkardığı sonuçlar iki ayrı başlık altında incelenecektir.

1- Tercih Edilen Sistem

Tescilli bir markanın, tescil kapsamındaki mal üzerine konularak marka sahibi veya onun izni ile üçüncü bir kişi tarafından Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra, mallarla ilgili fiillerin marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalacağını belirten 13. maddenin, tükenmenin coğrafi sınırını ülkesel boyutta belirlediği görülmektedir²¹⁷. Gerçekten, madde metninde "*Türkiye'de piyasaya sunulma*" şartı arandığına göre KHK' nin uluslararası tükenme sistemini açıkça reddettiği, Türkiye'de piyasaya sunulmayan markalı mallar için tükenmenin uygulanmamasını benimsediği, piyasaya sunum için kriter olarak yalnız iç pazarı belirlemek suretiyle tercihini ülkesel tükenmeden yana kullandığı fikrimizce tartışmadan uzaktır. Buna karşın, kanun koyucunun tercihi niçin uluslararası tükenme yerine ülkesel tükenme sistemi yönünde kullandığı KHK'nin gerekçesinden anlaşılamamaktadır. Gerçekten, KHK'nin genel gerekçesinde tükenme ilkesine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemesinin yanında, 13. maddeye ilişkin hüküm gerekçesinde de; "*Marka sahibi tarafından veya onun rızası ile söz konusu markalı malların piyasaya sunulması ile marka tescilinden doğan hakların tüketilmesi bu maddede değerlendirilmiş ve bu durumu marka sahibinin önleme yetkisinin olmadığı belirtilmiştir. Malın piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanımı istisna kabul edilmiş ve marka sahibinin önleme yetkisi olduğu belirtilmiştir*" şeklindeki bir açıklamayla

²¹⁷ TEKİNALP, "Fikri Mülkiyet Hukuku", s.417, ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.204.

yetinilmesi, KHK'nin tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsediği sistemin pek de bilinçli bir tercih sonucu ortaya çıkmadığını düşündürmektedir. Şüphesiz, KHK'nin benimsediği ülkesel tükenme ilkesinin, Türkiye'nin AB'ye tam üyeliğinin gerçekleşmesi halinde AB'nin tercih ettiği sisteme paralel olarak bölgesel tükenme ilkesi ile değiştirilmesi zorunluluk arz edecek ve anılan maddede bu yönde ivedi bir değişiklik yapılması söz konusu olacaktır.

2- Ülkesel Tükenme Sisteminin Sonuçları

KHK' da benimsenen ülkesel tükenme ilkesi, hem iç hem de dış ticaret bakımından hukuki sonuçlar doğurmaktadır.

Ülkesel tükenme ilkesinin iç pazar açısından doğurduğu en önemli hukuki sonuç, markayı taşıyan malların Türkiye sınırları içerisinde herhangi bir yerde piyasaya sunumu ile birlikte marka hakkının tüm iç pazar için tükenmesidir. Dolayısıyla, marka sahibinin Türkiye pazarını bölümlere ayırması, örneğin ürününü yalnızca İstanbul'da piyasaya sunması, marka hakkını yalnız bu bölge için (örneğimizde yalnız İstanbul pazarı için) tüketmiş olması sonucunu doğurmaz, marka hakkı piyasaya sunum olgusunun Türkiye'nin hangi bölgesinde yapıldığı dikkate alınmaksızın sunum anında tüm Türkiye için tükenir. Şu halde, marka sahibinin rızası dahilinde Türkiye'de piyasaya sunumu yapılan markalı malların ülke sınırları içerisinde üçüncü kişilerce yeniden ticaret mevkiine konulması, bu mallar üzerindeki hak tüketilmiş olacağından marka hakkına dayanılarak engellenemez.

Ülkesel tükenme sisteminin üçüncü ülkelerden yapılacak paralel ve tekrar ithalatlar yönünden farklı çözüm tarzlarını ortaya çıkardığını vurgulamak gerekir. Şöyle ki; ülkesel tükenmeyi benimseyen ülkeye tekrar ithalat marka hakkına dayanılarak engellenemez. Zira, ithalata konu markalı mallar başlangıçta ülkesel tükenmeyi benimseyen ülke pazarından ihraç edildiğinden, bu mallar üzerindeki marka hakkı tüketilmiş kabul edilir. Söz konusu çözüm, marka sahibi tarafından iç piyasaya hiç mal verilmemesi ve üretilen tüm markalı malların üçüncü ülkelere ihraç edilmesi olasılığı için de

geçerlidir²¹⁸. Şu halde, Türkiye'den ihraç edilen markalı malların ülkeye tekrar ithalatı, tescilli bulunan markadan doğan hakka dayanılarak engellenemeyecektir²¹⁹.

Diğer taraftan, ülkesel tükenme sisteminin üçüncü ülke pazarlarından orijinal nitelikteki markalı malların iç pazara paralel ithalini olanaksız kıldığını daha önce belirtmiştik. KHK md.13'ün benimsediği ülkesel tükenme sistemi çerçevesinde orijinal nitelikteki markalı malların Türk iç pazarına üçüncü ülke pazarlarından ithali, bir tekrar ithalat söz konusu olmadıkça ancak marka sahibinin izniyle mümkün olabilir, marka sahibinin rızası dışında gerçekleştirilen paralel ithalatların marka hakkına dayanılarak engellenmesi mümkündür²²⁰. Bu sebeple, Arkan'ın *"Markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulmasından sonra marka hakkı sahibi, bu malları yurtdışına satar veya yurtdışında da üretirse, bunların üçüncü kişiler tarafından yurtdışından satın alınarak Türkiye'ye ithaline engel olamaz."*²²¹ şeklindeki ifadesine katılmak mümkün değildir. Zira, yurtdışında üretilen markalı malların Türkiye'ye ithali paralel ithalat anlamına geldiğinden, bu tür ithalatların ülkesel tükenmeyi benimseyen sistemlerde marka hakkına dayanılarak engellenmesi mümkündür.

Buna karşılık, Yargıtay'ın KHK tarafından benimsenen sistemi farklı yorumladığı ve markalı malların yurtiçinde piyasaya sunumu bir kez yapılmışsa, yurtdışında piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hakkın da tükeneceğini kabul ettiği görülmektedir. Temyiz Mahkememizin *"Police"*²²² ve *"Dexter"*²²³ kararlarıyla ortaya koyduğu bu yaklaşıma göre,

²¹⁸ Markanın Türk iç pazarında piyasaya sunulan mallar üzerinde kullanılmaksızın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalaj üzerinde kullanılması da, KHK md.14/II/b uyarınca "kullanma" sayılır. Ancak bunun için markanın ihraç edilecek mallara veya ambalajına Türkiye içinde konulması, malın markalı olarak yurdu terketmesi gerekir. "Ayrıca markanın sadece ihracatta kullanımının hakkı devam ettirici sayılabilmesi için, ihraç edilen malların, ciddi kullanım kriterine uygun yeterli niceliksel kapsama ulaşması gerekir." (DİRIKKAN, "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s.255-256).

²¹⁹ KAYHAN, s.62.

²²⁰ KAYHAN, s.62, PINAR, s.900-901, AKKARACA, "The Protection of Intellectual Property Rights Within the Framework of the Principle of Free Movement of Goods in the European Union", İstanbul 1999, s.43-44.

²²¹ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.135.

²²² II. HD. 12.3.1999 E.1998/7996 K.1999/2099 (Karar için bkz.; Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C.I S.1 s.134 vd.).

orijinal nitelikteki markalı malların ithali, ancak bu markayı taşıyan mallar Türkiye’de hiç piyasaya sunulmamışsa marka hakkına dayanılarak engellenebilecektir. Mahkemeye göre, markayı taşıyan mallar bir defa Türkiye’de piyasaya sunulmuşsa artık yurtdışındaki pazarlarda piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak da tükenmiş olur, dolayısıyla bu malların Türkiye’ye ithaline marka hakkına dayanılarak engel olunamaz. Görüldüğü üzere, Yargıtay tükenmeyi somut olarak belirli bir parti markalı mala ilişkin olarak değil, soyut şekilde marka hakkına ilişkin olarak uygulamaktadır²²⁴. Oysa tükenme ilkesi, somut anlamda piyasaya sunumu yapılan belli sayıda markalı mal üzerindeki marka hakkının etkisizleşmesini ifade etmektedir²²⁵. Temyiz Mahkememizin ortaya koyduğu yaklaşım, iç pazarda o markayı taşıyan malların piyasaya sunumu hiç yapılmamışsa ülkesel tükenme ilkesine benzer şekilde paralel ithalatın engellenebilmesi, buna karşın sunum gerçekleştirilmişse dış pazardan sunumu yapılan mallar üzerindeki hakkın da tükenmiş kabul edilmesi nedeniyle, uluslararası tükenmeye benzer şekilde paralel ithalatın engellenememesi sonucunu doğurmaktadır²²⁶. Bu yönde bir yorum ise tükenmenin coğrafi sınırı bakımından öngörülen sistemlerden ne ülkesel tükenme ilkesine, ne bölgesel tükenme ilkesine ne de uluslararası tükenme sistemine uymamaktadır. Kanımızca, Yargıtay’ın md.13’ü anılan şekilde yorumlamasına madde metnindeki ifade yanlışı neden olmuştur. Şöyle ki, md.13/l’de yer alan “*Tescilli bir markanın... Türkiye’de piyasaya sunulmasından sonra..*” şeklindeki ifade, Temyiz Mahkememizin ilkeyi soyut olarak marka için uygulamasına sebebiyet vermektedir. Oysa, aynı fıkrada yer alan “*...mallarla ilgili fiiller marka tescilinden doğan hakkın kapsamı dışında kalır*” ve ikinci fıkrada yer alan “*..., malların piyasaya sunulmasından sonra...*” şeklindeki ifadeler, tükenmenin somut olarak sunumu yapılan markalı mallar için öngörüldüğünü açıklığa kavuşturmaktadır. Bu nedenle, fikrimizce Yargıtay’ın aktardığımız kararlarla oluşturduğu içtihadından ilk fırsatta dönerek, üçüncü ülkelerden yapılacak olası paralel ithalatların

²²³ II. HD. 14.6.1999 E.1999/3243 K.1999/5170 (Karar için bkz.; Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi C.I, S.1, s.130 vd.).

²²⁴ KAYHAN, s.65.

²²⁵ KAYHAN, s.64.

²²⁶ KAYHAN, s.65.

marka hakkına dayanılarak engellenebilmesine olanak tanıyan bir yaklaşım sergilemesi gerekmektedir. Zira, mevcut olan hukuk, ülkesel tükenme sistemi çerçevesinde marka sahibine bu hakkı tanımaktadır²²⁷.

Ancak ülkesel tükenme yönünde yapılan tercihin yerindeliği tartışmaya açılabilir. Gerçekten, Türkiye gibi gayri safi milli hasıladan bireylere düşen payın düşük olduğu, tüketicinin alım gücünün sınırlı bulunduğu bir pazar için tüketicinin yararına bulunduğu tartışmasız olan uluslararası tükenme sisteminin reddi pek de akılcı bir yaklaşım değildir. Tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsenecek sistemin tercihi, makro iktisadi dengeler gözetilerek yapılmalıdır. Buna karşın, Türk kanun koyucusunun tercihini yaparken bu dengeleri göz önünde tuttuğunu ifade etmek mümkün değildir. Uluslararası tükenme ilkesinin, markanın, menşei gösterme, kaliteyi garanti etme ve reklam unsuru oluşturma yönündeki fonksiyonlarını olumsuz etkilediğini söylemek de olası değildir. Bu bakımdan, ülkemizin ekonomik verileri göz önüne alındığında, uluslararası tükenmenin *de lege feranda* daha yerinde bir tercih oluşturması mümkündür. Kanımızca, md.13'de öngörülen düzenlemenin uluslararası tükenme sistemi lehine değiştirilmesi bu yönden olumlu olacaktır.

C- TÜRK HUKUKUNDA MARKA HAKKININ TÜKETİLMİŞ KABUL EDİLMESİ İÇİN ARANAN ŞARTLAR

KHK'nin 13. maddesi uyarınca, marka hakkının tükenmiş kabul edilebilmesi için belli şartların gerçekleşmiş olması aranır. Söz konusu şartlar; markanın KHK kapsamında korunan markalardan olması, markalı malların Türkiye sınırları içerisinde piyasaya sunulmuş olması ve bu sunum işleminin marka sahibinin rızası dahilinde gerçekleştirilmiş olmasıdır. Aşağıda, sayılan şartlar çeşitli ihtimaller göz önüne alınarak ayrı ayrı incelenecektir.

²²⁷ Buna karşın Pınar, KHK md.13 ile öngörülen ülkesel tükenme sisteminin emredici olarak değil, asgari düzey olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir (PINAR, s.702) Bu görüş eleştirilmiştir; Kayhan ve Taylan, KHK md.13 ile getirilen düzenlemenin emredici nitelikte olduğunu haklı olarak vurgulamışlardır.(KAYHAN, s.67, TAYLAN, s.105 dpn.162).

1- Markanın KHK Kapsamında Korunan Markalardan Olması

Söz konusu koşul, markanın Türkiye'de tescilli bulunması zorunluluğu şeklinde de ifade edilebilir. Zira, KHK' nin 6. maddesine göre; *"Bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir"*. Şu halde, kural olarak Türkiye'de tescilli bulunmayan bir markanın 556 sayılı KHK' nin koruma kapsamında kabul edilmesi mümkün değildir. Gerçekten, fikri mülkiyet haklarına sağlanan koruma ve bu korumanın kapsamı, bu haklara uygulanan ülkesellik prensibi gereği her ülkenin kendi hukukuna tabidir²²⁸, Türk hukuku da bu korumayı sağlamak için Türkiye'de tescilli zorunlu kıldığına göre, ülkemizde tescil edilmemiş bir markanın, uluslararası anlaşmalarla tanınan istisnalar dışında KHK ile sağlanan korumadan yararlanması mümkün değildir. Bu bağlamda, markanın Türkiye'de tescilli bulunmaması olasılığında, KHK ile korunan bir marka hakkı mevcut olmadığından bu hakkın tükenmesi de söz konusu olamaz²²⁹. Zira, tükenen marka sahibinin markalı malların üçüncü kişilerce yeniden ticaret mevkiine konulmasını önlemeye yönelik müdahale haklarıdır, bu haklar ise marka sahibine KHK tarafından tanınan haklardır, Türkiye'de tescilli bulunmayan markalar KHK kapsamında korunmadığına göre bu ihtimalde tükenebilecek bir hak da söz konusu değildir. Örneğin, markasını menşei ülkesi olan İtalya'da tescil ettirmiş, ancak Türkiye'de tescil ettirerek KHK'nin koruma kapsamına aldırılmamış bir marka sahibinin, ürünlerini Belçika'daki tek satıcısından alarak Türkiye'ye ithal eden kimseye karşı marka hukukuna dayanan bir müeyyide uygulama imkanı zaten yoktur. Verilen örnekte Türkiye'de tescilli bir marka bulunmadığından, KHK ile bu markaya sağlanan korumanın tükenmesi de söz konusu olamaz.

KHK'nin 13. maddesinin tükenmenin gerçekleşmiş sayılabilmesi için Türkiye'de yapılmış bir tescilin varlığını araması, Kararnamenin marka korumasının sağlanması için tercih ettiği sistemin bir sonucudur. Şöyle ki, KHK'nin 6. maddesi uyarınca koruma tescil yoluyla elde edilebileceğinden

²²⁸ ERDEM B., "Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi", s.46.

²²⁹ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.203.

tescilin bulunmadığı yerde KHK'ca sağlanan bir korumadan söz etmek mümkün değildir. Buna karşın, md.6 karşısında marka hakkının doğumu için tescilin zorunlu hale gelip gelmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, KHK marka hakkının doğumu için kullanma yerine tescil ilkesini tercih etmiştir, kullanma ile marka hakkının kazanılması KHK'dan sonra mümkün değildir²³⁰. Bir başka görüşe göre ise, tescili talep edilen markayı kullanma yoluyla ayırdedici hale getiren kimseye tescile itiraz hakkı tanındığına göre (md.8), KHK ile benimsenen kullanma ve tescil ilkelerini birleştiren bir karma sistemdir²³¹. Marka hakkının doğumu bakımından hangi görüş tercih edilirse edilsin, KHK' nin Karaname' ye dayanan marka korumasının sağlanabilmesi için salt kullanma olgusunu yeterli görmediği, tescilin varlığını aradığı tartışmadan uzaktır. Bu bakımdan, md.13 ile aranan tescilli bulunma zorunluluğunun KHK'nin temel sistematığı ile tutarlı olduğu söylenebilir.

Buna karşın, doktrinde Türkiye'de tescilli bulunmayan markalar açısından da tükenmenin uygulanması önerilmiştir²³². Bu görüşe göre, tescilli bulunmayan markalar da haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunduklarından tükenmeye konu olmalıdırlar. Fikrimizce bu görüşe katılma olanağı bulunmamaktadır, zira haksız rekabet ile korunan işaret, bu işareti taşıyan malların tedavülünü önlemek üzere sahibine bir hak bahşetmemektedir, dolayısıyla mevcut olmayan bir hakkın tükenmesi de mümkün değildir.

Bu noktada tartışma konusu yapılabilecek bir diğer husus, markanın tescil kapsamında bulunmayan emtia üzerinde kullanılması halinde tükenmenin uygulanıp uygulanmayacağıdır. KHK'nin tescil ile marka sahibine sağladığı koruma, markanın tescil kapsamındaki emtia üzerinde kullanılması halinde söz konusudur. Bu nedenle, markanın tescil kapsamı dışındaki bir mal üzerinde kullanılması halinde, üzerinde kullanıldığı emtia ister tescil kapsamındaki emtialarla aynı sınıfa ister farklı sınıfa dahil bulunsun, KHK tarafından sağlanan bir marka koruması mevcut değildir; bu

²³⁰ TEKİNALP, "Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu", Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s.467 vd.

²³¹ ARKAN, "Marka Hukuku C:I", Ankara 1997, s.129.

²³² TAYLAN, s.107.

korumanın bulunmadığı yerde tükenmeden bahsetmek de mümkün olamaz²³³.

Kanımızca, tartışmaya açılacak bir diğer husus, Türkiye’de tescil edilmemiş ancak Paris Sözleşmesi²³⁴ hükümleri uyarınca korunan tanınmış markaların tükenme ilkesi karşısında konumunun ne olacağıdır.

Genel olarak iki tür tanınmış marka bulunduğu kabul edilir; bunlardan ilki olan dünyaca tanınmış marka, yalnızca ilgili tacirler veya o malı tüketenler tarafından değil, bu mal ile ilgisi olmayan kesimler tarafından da tanınan, markanın üzerine konulduğu ürünün birdenbire, düşünmeden ve bir hatıranın yardımı ile hatırlanmadan, refleks halinde düşünülmesini sağlayan ve her türlü rekabet kaygısı dışında yüksek bir kaliteyi garanti eden markalardır²³⁵. Bu tür markaların alıcılar nezdinde üst düzey bir çekici gücü simgelediğini söylemek mümkündür²³⁶. Ancak Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka, ilgili alıcı çevresi tarafından tanınan ve tescilin talep edildiği ülke makamlarınca Paris Sözleşmesi hükümlerince korunduğu bilinen markaları ifade eder²³⁷. Şu halde, dünyaca tanınmış markalar her ahvalde Paris Sözleşmesi anlamında da tanınmış marka olarak kabul edilirler, buna karşın dünyaca tanınmış olmayan ve yalnız ilgili ürün çevresi tarafından bilinen bir markanın da Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış marka olarak kabul edilmesi mümkündür.

Türkiye’nin de taraf olduğu Paris Anlaşması’nın birinci mükerrer 6. maddesi ile tanınmış markalara sağlanan korumanın, Anayasamızın usulünce imza olunan uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde

²³³ ARKAN, “Marka Hakkının Tüketilmesi”, s.203.

²³⁴ Sınai Mülkiyetin Korunması ile İlgili Paris Sözleşmesi’ne Türkiye de taraftır. Sözleşme metni için bkz.; RG., 20.11.1975, S.15418. Ülkemiz tarafından Sözleşmenin 1-12. maddelerine konulan çekince, 94/5903 sayılı kararla (RG., 23.9.1994, S.22060) kaldırılmıştır.

²³⁵ POROY/ YASAMAN, no.440, YASAMAN, “Tanınmış Markalar”, Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s.694-695.

²³⁶ Buna karşın, tanınmış marka altında piyasaya sunulan mal ve hizmetlerin kalitesinin mutlaka yüksek olması gerekmez (NOMER, “Tanınmış Marka: Nike”, Moroğlu’na Armağan, İstanbul 1999, s.500).

²³⁷ Markanın Paris Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde tanınmış marka olarak kabulü için Türkiye’de de kullanılmış olması şartı aranmaz, fakat markanın Paris Konvansiyonu hükümlerinden yararlanan bir kimseye ait olduğunun Türkiye’de de biliniyor olması gerekir. (ARKAN, “Marka Hukuku C.I”, s. 92).

bulunduğunu belirleyen 90. maddesi gereği iç hukukumuzda dahil olduğu tartışmadan uzaktır²³⁸. KHK'nin söz konusu markalara koruma sağlamasının nedeni de, artık iç hukuk normu haline gelen bu uluslararası sözleşme hükmü ile paralellik sağlanmasıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, tanınmış markalara Paris Sözleşmesi hükümlerine atfen KHK'ca sağlanan korumanın niteliğidir. Şöyle ki, Türkiye'de tescil edilmemiş ancak Paris Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde korunan tanınmış bir markaya KHK tarafından sağlanan koruma, Türkiye'de tescilli yapılan markalara sağlanan koruma ile eşdeğer olmayıp sınırlı niteliktedir. Zira, Paris Sözleşmesi hükümlerine göre korunan tanınmış markaya KHK tarafından sağlanan koruma, bu markanın Türkiye'de başkası adına tescilini önlemeye yönelik bir tescile itiraz imkanı ve şayet bu tescil gerçekleşmişse terkinin sağlayabilmek için hükümsüzlük davası ikame etme olanağı ile sınırlıdır. Bunun dışında, KHK'nın amacı tanınmış marka sahibine tescil ile elde edilebilecek tüm marka korumasını sağlamak değildir. Şu halde, Türkiye'de tescilli olmayan Paris Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde tanınmış markaların KHK tarafından sınırlı şekilde korunduğu ve bu sınır dışında kalan hususlar için elde edilmek istenen korumanın ancak haksız rekabet normlarına dayanılarak sağlanabileceği bir vakıdır²³⁹. Hal böyle olunca, Türkiye'de tescilli bulunmayan tanınmış markanın sahibinin, markalı malların üçüncü kişiler tarafından yeniden ticaret mevkiine konulmasını engellemek üzere dayanabileceği ya da olası paralel ithalatlara karşı kullanabileceği marka hukukundan doğan bir hakkı zaten mevcut değildir, bulunmayan bir hakkın tükenmesi de şüphesiz mümkün olamayacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer nokta, ülkemizin Madrid İtilafnamesine ve bu İtilafnameye ilişkin Protokole katılmasından sonra, bu

²³⁸ Buna karşın Dönmez, Türkiye'nin 8.8.1975 tarih ve 7/10464 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Paris Konvansiyonu'nun Stockholm değişikliğinin 1-12. maddelerinden çekildiğini, bu nedenle Paris Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile 1975 yılından bu yana bağlı olmadığını ifade etmektedir. Yazar, Konvansiyonun 1. mükerrer 6. maddesinin ise 1934 Londra değişikliği ile getirilen bir düzenleme olduğunu ve 1967 Stockholm metninin kabulü ile esasen yürürlükten kalktığını savunmaktadır (DÖNMEZ, "Markalar ve Haksız Rekabet Davaları", İstanbul 1992, s.129).

²³⁹ Arkan, Türkiye'de tescil olunmamış ancak Paris Konvansiyonu hükümlerince korunan tanınmış markanın sahibinin, markaya tecavüz halinde KHK'da öngörülen talepleri ileri sürebileceğini belirtmektedir. (ARKAN, "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", Batider, C.XX, S.1, 1999, s.7).

protokolde öngörülen merkezi sicile kaydedilen markaların, Türkiye'de ayrıca tescil edilmemiş olmaları halinde tükenme ilkesi karşısında konumlarının ne olacağıdır. Türkiye, 1891 tarihli olan ve uluslararası sicile yapılan tescil ile markaların İtilafnameye taraf devletlerde korunması amacına yönelik bulunan *Madrid Protokolü*'ne 15 Mayıs 1930 tarih ve 1619 sayılı Kanunla önce katılmış, ancak daha sonra merkezi sicile kayıtlı bir çok yabancı markanın Türkiye'de korunmasına karşılık aynı imkandan çok az Türk markasının yararlanması ve yabancı markaların ülkemizde tescil edilmemesi sebebiyle uğradığımız döviz kaybı gerekçe gösterilerek 21 Mayıs 1955 tarih ve 4/5215 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile bu itilafnameden çekilmiştir. Ülkemiz, daha sonra, 5.8.1997 tarih ve 97/9731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı²⁴⁰ ile itilafnameye tekrar taraf olmuştur. Bugün için *Madrid İtilafnamesi* çerçevesinde uluslararası sicile yapılan tesciller, Anayasamızın 90. maddesi gereği uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde bulunması nedeniyle Türk siciline yapılan tescillerle hukuken eşdeğer hale gelmiştir. Şu halde, *Madrid İtilafnamesi* çerçevesinde Türkiye'de tescil olunmaksızın uluslararası sicile tescil edilen markadan doğan hakların, marka sahibi veya onun rızası dahilinde bir başkası tarafından Türkiye'de piyasaya sunulan markalı mallar üzerinde tükendiğinin kabul edilmesi, bir diğer ifadeyle KHK md.13'ün Türkiye'de tescil edilmeksizin uluslararası sicile tescil olunan markalar bakımından da uygulama alanı bulacağı sonucuna ulaşılması kanımızca mümkündür. Bu olasılık, tükenmenin gerçekleşmesi için md.13 metninde aranan Türkiye'de tescilli bulunma şartının uluslararası anlaşmalardan doğan bir istisnası olarak değerlendirilmelidir.

2- Markayı Taşıyan Malların Türkiye'de Piyasaya Sunulmuş Olması

Aşağıda, piyasaya sunum kavramı ve markalı malların Türkiye'de piyasaya sunulması zorunluluğu ayrı başlıklar altında incelenecektir.

²⁴⁰ RG., 22.8.1997, Mükerrer S. 23088, Markaların Uluslararası Tesciline İlişkin Madrid Anlaşması ve Bu Anlaşmaya İlişkin Protokolün Uygulanmasına dair Yönetmelik için bkz. RG., 12.3.1999, S. 23637.

a) Piyasaya Sunum Kavramı

Marka hakkının yalnızca ürünü ilk olarak piyasaya sunma konusunda mutlak hak sağladığını, markalı mallar bir kez piyasaya sunulduktan sonra hak sahibinin üçüncü kişiler tarafından bu malların yeniden ticaret mevkiine konulmasına müdahale edemeyeceğini öngören tükenme ilkesi açısından "piyasaya sunulma" kavramı, merkez kavram konumundadır.

Gerçekten, hangi tür tasarrufların piyasaya sunum olarak kabul edileceği, hangi tür tasarrufların ise bu kavramın dışında tutulacağı meselesi, ilkenin uygulama alanı bulması bakımından önemli bir kriterdir. KHK md.13/l piyasaya sunulma terimini kullanmış, buna karşın bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini belirlememiş ve bu hususu doktrin ile yargı içtihatlarına bırakmıştır.

Kanımızca, piyasaya sunulma kavramı, markayı taşıyan malların marka sahibi tarafından iradi olarak ticaret mevkiine konulmasını, bir diğer ifadeyle ticaret hayatına, tedavüle çıkarılmasını ifade etmektedir. Marka sahibi markalı malları kendi rızasıyla piyasaya sunduktan sonra bu mallar üzerindeki ticaret serbestisi mutlak boyuta ulaşır, ticaret serbestisi ürün bazında marka hakkı ile sınırlanmaktan kurtulur ve mallar piyasa ajanları arasında ticarete konu olmaya, tedavül etmeye başlar. Şu halde, piyasaya sunum işleminin doğası gereği, sunum esnasında marka sahibinin malların piyasa ajanları arasında tedavülüne zımnen de olsa rıza göstermesi söz konusudur. Bu nedenle, herhangi bir eylemin piyasaya sunum olarak kabul edilip edilmeyeceği yorumlanırken, marka sahibinin malların kendi sunumundan sonra tedavül etmesi yolunda zımni de olsa rızasının bulunup bulunmadığının dikkate alınması gerekir. Bu rızanın bulunmadığı herhangi bir ticari faaliyet malların piyasaya sunumu olarak yorumlanmamalıdır.

Arkan'a göre, markayı taşıyan malların piyasaya sunumu çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir; "Sürümün hangi hukuki kalıp içerisinde yapıldığının (satım, kiralama, trampa gibi) önemi olmadığı gibi, ücret

karşılığı yapıp yapılmadığının da üstünde durulmaz."²⁴¹ Yazar, işaret ettiği noktada haklıdır. Gerçekten, piyasaya sunumun hangi hukuki kalıp içerisinde yapıldığı değil, hak sahibinin piyasaya sunum iradesinin bulunup bulunmadığı önem arz eder. Bu irade mevcut olduktan sonra, sunumun ücret karşılığı yapıp yapılmadığı meselesi de tükenme ilkesinin uygulanması bakımından teknik bir farklılık yaratmaz. Bu çerçevede, satım, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım, kiralama, trampa, leasing gibi hukuki işlemler piyasaya sunum olarak kabul edilir, zira tüm bu işlemlerde marka sahibinin markalı malları ticaret hayatına çıkarma yönündeki iradesi tartışmadan uzaktır. Görüldüğü üzere, piyasaya sunumun gerçekleşmiş sayılabilmesi açısından marka sahibinin mallar üzerindeki mülkiyet hakkını devretmiş olup olmaması önem taşımaz²⁴². Buna karşın, kimi zaman mallar üzerindeki mülkiyetin devri dahi piyasaya sunum kapsamında algılanmaz. Örneğin, malların mülkiyetinin rehin tesis etme amaçlı devrinde, bir başka anlatımla görüntüde satımla rehin tesis etme yönündeki bir inançlı işlemde piyasaya sunumun gerçekleştiği kabul edilmez²⁴³.

Pınar, kanımızca haklı olarak, markalı malların ithalata konu olması halinde ithal eden ülkedeki alıcının eline geçtikleri andan itibaren o ülkede piyasaya sunulmuş kabul edileceğini belirtmektedir²⁴⁴. Şu halde, Türkiye'ye yapılan ithalatlarda da, ithal edilen markalı malların alıcının eline geçtikleri andan itibaren Türkiye'de piyasaya sunulmuş olarak kabul edilmeleri gerekecektir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, bir malın vitrine konmak suretiyle teşhiri de piyasaya sunum olarak kabul edilmektedir²⁴⁵. Kanımızca, markalı malların salt vitrine konmak suretiyle teşhiri piyasaya sunum olarak yorumlanamaz, bu ihtimalde marka sahibinin iradesinin bu malları ticaret mevkiine koymak yönünde olduğu tartışmadan uzak şekilde kabul edilemez. Markalı malların yalnızca vitrine konmak suretiyle teşhiri, piyasaya sunum için hazırlık faaliyeti olarak da yorumlanabilir. Gerçekten, marka sahibinin

²⁴¹ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.203.

²⁴² PINAR, s.861-862.

²⁴³ PINAR, s.861-862.

²⁴⁴ PINAR, s.862-863.

²⁴⁵ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.203, PINAR, s.862.

markalı mallarını vitrine koymak suretiyle teşhir etmesi ancak pazarlama aşamasına geçmemesi, mala olan talebi ölçerek pazara girip girmeme konusunda yapılan bir fizibilite çalışması niteliğinde de olabilir. Bir başka ihtimal olarak, koruyucu marka oluşturma amacıyla tescil ile koruma altına aldırıldığı markasını taşıyan malları ekonomik gerekçelerle Türkiye’de henüz piyasaya sunmamış olan bir üreticinin, bu malları ülkemizde organize edilen bir uluslararası fuarda sergilemesi düşünülebilir. Anılan ihtimallerde piyasaya sunumun gerçekleşmiş kabul edilip edilmemesinin önemi ise şöyle izah edilebilir; şayet piyasaya sunum gerçekleşmiş kabul edilirse, söz konusu mallar Türkiye’de pazarlanmaksızın yurtdışına geri götürüldüğü takdirde, bu malların o pazardan edinilerek Türkiye’ye ithaline marka hakkına dayanılarak engel olmak mümkün olmayacaktır. Zira, bu ihtimalde söz konusu olan bir tekrar ithalat olacağından, Türkiye’de gerçekleşen piyasaya sunum ile üzerlerindeki hak tükenen markalı malların ithali marka hakkının ihlali olarak kabul edilmeyecektir. Bu yönde bir çözüm tarzı ise, mameleki hak niteliğindeki marka hakkını henüz sahibine mameleki yarar sağlamadan etkisizleştirmiş olacaktır, bu tablo markalı malları tedavüle çıkarma iradesi bulunmayan marka sahibi açısından hayli ağır görünmektedir. Buna karşın, anılan ihtimallerde piyasaya sunumun gerçekleşmediği kabul edilirse, tekrar yurtdışına çıkarılan bu malların ithali paralel ithalat olarak nitelendirilecek ve ülkesel tükenme sistemi çerçevesinde üzerlerindeki hak tüketilmemiş olan bu malların ülkeye girişi marka hakkına dayanılarak engellenebilecektir.

Kanımızca, markayı taşıyan malların vitrine konmak suretiyle teşhir edilmesi halinde de, piyasaya sunumun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit açısından marka sahibinin veya onun rızası dahilinde hareket eden üçüncü kişinin iradesinin ne yönde olduğunu dikkate almak, bu kimsenin iradesi malları tedavüle çıkarmak yönünde ise piyasaya sunumun gerçekleştiğini kabul etmek, iradenin bu yönde olmaması halinde aksi sonucu benimsemek yerinde olacaktır. Bu noktada şu şekilde bir ayırım önerilebilir; vitrine konmak suretiyle mal teşhirindeki amaç; üçüncü kişilere karşı malın piyasaya sunulması kapsamında ele alınabilecek bir hukuki işlemi yapmaya davet niteliğinde bir icapta bulunmak ise, o takdirde marka

sahibinin veya onun rızası dahilinde hareket eden üçüncü kişinin iradesinin markalı malları tedavüle çıkarmak yönünde olduğu kabul edilebilir. Dolayısıyla, böyle bir icabın söz konusu olduğu hallerde, şayet diğer şartlar da yerine gelmişse markalı mallar üzerindeki hakkın tükendiği kabul olunabilir. Zira, bu ihtimalde marka sahibi icapta bulunmak suretiyle iradesinin piyasaya sunum yönünde olduğunu tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya koymuştur. Buna karşın, markalı malların vitrine konmak suretiyle teşhiri, üçüncü kişilere karşı malın piyasaya sunulması kapsamında ele alınabilecek bir hukuki işlemi yapmaya davet anlamında bir icap niteliğinde bulunmayıp, yalnızca malın piyasaya sunumunu ileride sağlama amacına yönelik bir hazırlık faaliyeti niteliğinde ise, diğer şartlar gerçekleşmiş dahi olsa markalı mallar üzerindeki hakkın tükenmediği kabul edilmelidir. Gerçekten, marka sahibi veya onun izni ile hareket eden üçüncü kişinin, piyasaya sunuma yönelik bu hazırlık faaliyetleri esnasında karşılaştığı ekonomik sebepler nedeniyle sunumdan vazgeçmesi ya da bunu ertelemesi her zaman mümkündür, bu ihtimalde sırf malın teşhiri nedeniyle piyasaya sunumun gerçekleştiğini kabul etmek pek de hakkaniyete uygun sonuç vermeyecektir.

b) Piyasaya Sunumun Türkiye Sınırları İçerisinde Yapılmış Olması Zorunluluğu

KHK md.13/l'e göre, tükenmenin uygulanabilmesi için markalı malların piyasaya sunumunun Türkiye sınırları içerisinde gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu koşulun doğal sonucu olarak, Türkiye sınırları dışında piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki hakkın tükenmesi söz konusu değildir. Yurtdışında piyasaya sunumu yapılan markalı malların Türkiye'ye paralel ithali, marka sahibince, marka hakkına dayanılarak engellenebilecektir. Buna karşın, Türkiye sınırları içerisinde piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak, tükenme için aranan diğer koşullar da gerçekleşmişse tüketilmiş kabul edilecektir.

Piyasaya sunumun Türkiye sınırları içinde hangi bölgede yapıldığı önem taşımaz. Bir başka anlatımla, tükenmenin gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için sunum fiilinin Türkiye sınırları içinde herhangi bir bölgede

yapılmış olması yeterlidir, ürünün tüm Türkiye pazarında piyasaya sunulmuş olması aranmaz. Örneğin, markalı malların yalnızca tek ilde pazarlanmış olması md.13'ün aradığı koşulun gerçekleşmesi bakımından yeterlidir.

Şüphesiz, Türkiye yapacağı iki veya çok taraflı sözleşmelerle kendi sınırları dışındaki belli bölgelerde yapılan piyasaya sunum hareketlerinin de Türkiye'de sunum olarak kabul edileceğini taahhüt edebilir. Usulünce onaylanan uluslararası sözleşmeler Anayasa md.90 gereği kanun hükmünde kabul edileceğinden, bu tür sözleşmelerin yukarıdaki olasılığı hayata geçiren hükümleri, md.13'de aranan piyasaya sunum şartını coğrafi sınır bakımından genişleten sonraki tarihli kanun statüsünde uygulama alanı bulacaklardır. Söz konusu ihtimal, Türkiye'nin herhangi bir başka ülke ile ekonomik entegrasyona gitmesi olasılığında kuvvetle muhtemel olacaktır.

3- Markayı Taşıyan Malların Marka Sahibinin Rızası Dahilinde Piyasaya Sunulmuş Olması

KHK md.13'ün tükenmenin gerçekleşebilmesi için aradığı en önemli şart, markalı malların piyasaya sunumunun marka sahibinin rızası dahilinde yapılmış olmasıdır. Bu bağlamda, sunum işleminin bizzat marka sahibi ya da onun rızası dahilinde olmak kaydıyla üçüncü bir kişi tarafından yapılmış olması mümkündür. Hüküm, üçüncü kişi tarafından yapılan sunumlarda tükenmenin gerçekleşebilmesi için marka sahibinin rızasını aradığını "... veya onun izni ile" ifadesine yer vererek göstermiştir. Konu, aşağıda "marka sahibi tarafından piyasaya sunum" ve "marka sahibinin izniyle üçüncü kişi tarafından piyasaya sunum" olarak iki ayrı başlık altında incelenecektir.

a- Marka Sahibi Tarafından Piyasaya Sunum

Markalı malların Türkiye'de piyasaya sunumu bakımından ilk olasılık, sunum işleminin bizzat marka sahibi tarafından gerçekleştirilmesidir.

Keyfiyet, özellikle marka sahibinin yeterli pazarlama ve dağıtım ağına sahip olması ve bu ağıdan yararlanarak ürününü bizzat pazarlamayı tercih etmesi olasılığında karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus şudur; markalı malların piyasaya sunumunun marka sahibinin rızası dahilinde yapılmış olması tükenmenin olmazsa olmaz koşuludur. Marka sahibinin rızası bulunmaksızın herhangi bir hukuki zorunluluk sonucu markalı malların piyasaya sunumu söz konusu olmuşsa, md.13'ün aradığı diğer şartlar gerçekleşmiş dahi olsa mallar üzerindeki marka hakkının tükenmediği kabul edilir. Fikri mülkiyet hukukunda tükenmenin istisnası olan hallerden biri olarak gösterilen bu olasılığın en klasik örneği, patent hakkının tükenmesi meselesinde karşılaşılan zorunlu lisans müessesesidir. Zorunlu lisans, patent hakkı sahibinin, patent konusu ürünü üretmek iradesinde olmamasına karşın, söz konusu ürünün kamu yararı açısından arz ettiği önem nedeniyle lisans vermeye zorlanmasıdır²⁴⁶. Özellikle tıbbi ürünler sektöründe zorunlu lisans müessesesi ile sıkça karşılaşılır. ATAD da, zorunlu lisans altında üretilen patent konusu ürünler üzerinde tükenmenin uygulanmayacağına haklı olarak hükmetmiştir²⁴⁷. Kanımızca, marka hakkının tükenmesi bakımından da piyasaya sunumun marka sahibinin rızası dahilinde yapılmış olması mutlak olarak aranmalıdır. Örneğin, olası bir seferberlik halinde marka sahibinin üretip pazarlamaya zorlandığı mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilmemelidir. Aynı şekilde, marka sahibini deposunda haczedilen markalı malların icra marifetiyle yapılan satımı sonrası da bu mallar üzerindeki marka hakkının tükendiğinin kabulü mümkün değildir.

Doktrindeki ağırlıklı görüş, markalı malların tek satıcı tarafından pazarlanması halinde, piyasaya sunumun tek satıcı tarafından marka

²⁴⁶ AYİTER, "İhtira hukuku", Ankara 1968, s.131. Zorunlu lisans müessesesi, özellikle geri kalmış ülkelerde patentin uygulama alanına konmasını sağlamak ve patent nedeniyle oluşan tekelin ekonomik ve sosyal sakıncalarını ortadan kaldırmak için önem arz eder (ORTAN, "Patent Lisansı Sözleşmesi", Ankara 1979, s.157).

²⁴⁷ Case C 19/84 Pharmon/Hoechst (bkz. dpn. 57).

sahibinin akdi bir ilişki çerçevesinde verdiği izin ekseninde yapıldığını kabul etmektedir²⁴⁸. Kanımızca bu görüşe katılma imkanı bulunmamaktadır.

Gerçekten, tek satıcılık sözleşmesi, *"Yapımcı ile tek satıcı arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen, çerçeve niteliğinde, sürekli öyle bir sözleşmedir ki, bununla yapımcı, mamullerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede tekele sahip olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi, buna karşılık tek satıcı da sözleşme konusu malları kendi ad ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlenir"*.²⁴⁹ Şu halde, tek satıcılık sözleşmesi, taraflar arasında münferit (birel) satım sözleşmeleri yapılmasını sağlamaya yönelik bir çerçeve sözleşme niteliğindedir²⁵⁰. Tek yetkili satıcı, üreticinin vekili konumunda bulunmayıp bağımsız tacir yardımcısı statüsündedir, bu sebeple üreticiden satın aldığı malları üretici adına veya hesabına değil, kendi adına ve hesabına pazarlamaktadır²⁵¹. Şu halde, marka sahibi tarafından markalı malların tek satıcıya gönderilmesi, söz konusu mallar ister yurtiçinde ister yurtdışında üretiliyor olsun, taraflar arasındaki birel satım sözleşmesini ifa amacına yöneliktir. Bir diğer anlatımla, bu ihtimalde marka sahibi tarafından markalı malların tek yetkili satıcıya satımı söz konusudur ki, böyle bir satım işleminin de piyasaya sunum anlamına geleceği açıktır. Dolayısıyla, markalı malların tek yetkili satıcıya birel satım sözleşmesi çerçevesinde satımı ile birlikte bu mallar üzerindeki marka hakkı tükenir, tükenmenin gerçekleşmesi için ayrıca malların tek yetkili satıcı tarafından ticaret mevkiine konması aranmaz. Görüldüğü üzere, bu ihtimalde piyasaya sunum işlemi tek yetkili satıcı tarafından değil, bizzat marka sahibi tarafından yapılmaktadır.

Buna karşın, ulaştığımız sonuç markanın Türkiye'de tek yetkili satıcı adına tescil edilmiş olması halinde geçerli olmayacaktır. Gerçekten, markalı malları üreterek tek yetkili satıcıya göndermeyi yükümlenen gerçek hak sahibi, markanın mülkiyetinin kendisine ileri bir tarihte geri döneceği inancı

²⁴⁸ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.204, PINAR, s.867.

²⁴⁹ İŞGÜZAR, "Tek Satıcılık Sözleşmesi", Ankara 1989, s.14.

²⁵⁰ TANDOĞAN, "Tek satıcılık Sözleşmesi", Batider, C.XI, S.4, 1982, s.14.

²⁵¹ TANDOĞAN, s.8.

ve markadan doğan hakların kullanımının olası bir tecavüze karşı Türkiye’de tek yetkili satıcı tarafından daha etkin biçimde yapılabileceği düşüncesiyle markanın tek yetkili satıcı adına tesciline rıza göstermiş olabilir. Bu ihtimalde taraflar arasında bir inançlı işlem söz konusudur, tek yetkili satıcı bu işlem sebebiyle şeklen de olsa Türk hukukunca korunan marka hakkının sahibi konumundadır. Kanımızca, bu olasılıkta tükenmenin ancak tek yetkili satıcı tarafından yapılan piyasaya sunumla gerçekleşebileceği kabul edilmelidir, zira Türk hukukunca korunan marka hakkı şeklen de olsa tek yetkili satıcıya aittir. Dikkat edilecek olursa, bu ihtimalde üretici tarafından birel satım sözleşmesi çerçevesinde tek satıcıya gönderilen mallar üzerindeki hak tükenmiş kabul edilmeyecektir, ancak bu malların tek satıcı tarafından ticaret mevkiine konulması halinde, şayet aranan diğer şartlar da mevcut ise, tek yetkili satıcının marka sahibi sıfatıyla yapacağı piyasaya sunum ekseninde mallar üzerindeki hakkın tükenmesi söz konusu olacaktır.

Fikrimizce, üçüncü kişinin marka sahibi adına ve hesabına hareket ederek yaptığı piyasaya sunum işlemlerinde, bu üçüncü kişi ile marka sahibi arasında bir akdi ilişki bulunsa dahi, piyasaya sunumun bizzat marka sahibi tarafından yapıldığı kabul edilmelidir. Gerçekten, piyasaya sunumun üçüncü kişi tarafından marka sahibi adına ve hesabına yapıldığı hallerde, bu işlemin hukuki sonuçları marka sahibi nezdinde doğacağı ve yapılan hukuki işlemle bağlanan yine marka sahibi olacağından, üçüncü kişinin hukuken taraf olmadığı işlemi yaparak akdi bir ilişki çerçevesinde markalı malları piyasaya sunduğunu kabul etmek teorik açıdan yerinde olmayacaktır. Bu noktadan hareketle, üçüncü kişi ile marka sahibi arasında markalı malların marka sahibi adına ve hesabına piyasaya sunulmasını hedef tutan bir vekalet ilişkisi bulunduğu takdirde de, sunum işleminin üçüncü kişi tarafından değil bizzat marka sahibi tarafından yapıldığının kabulü gerekir. Şu halde, KHK md.13’ün “... veya onun izni ile” şeklindeki ifadesi bu yönden geniş yorumlanmamalı, markalı malların akdi bir ilişki çerçevesinde üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu olasılığı, bu üçüncü kişinin piyasaya sunumu kendi adına ve hesabına yaptığı hallere hasredilmelidir.

İleri sürdüğümüz görüş çerçevesinde, acente tarafından yapılan sunumu akdi ilişki ekseninde üçüncü kişi tarafından yapılan piyasaya sunum olarak kabul eden görüşe katılmamız da mümkün değildir²⁵². Gerçekten, TTK md.116 acenteyi; *"Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde, daimi bir surette bir ticari işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimse"* olarak nitelendirdiğine göre, hukukumuzda, acente ister akdin yapılması için aracılık faaliyetinde bulunsun, ister müvekkil adına akit yapma ehliyetini haiz olsun, her iki ihtimalde de onun vasıtasıyla yapılan işlemin hukuki tarafı müvekkildir. Acentenin yetkili olmaksızın ya da yetki sınırlarını aşarak müvekkili adına akdettiği mukavelelerde, müvekkilin icazet vermediğini akdin inikadını öğrendikten sonra derhal üçüncü kişiye bildirmediği takdirde işlemle bağlı olacağını öngören TTK md.122 hükmü de bu tespitin açık delilidir. Bu bağlamda, acente tarafından yapılan piyasaya sunum işlemi marka sahibi adına ve hesabına yapılmaktadır. Şu halde, öne sürdüğümüz yaklaşım çerçevesinde acente tarafından yapılan pazara arzın, md.13 anlamında marka sahibinin izniyle akdi bir ilişkiye dayanılarak üçüncü kişi tarafından piyasaya sunum olarak değil, bizzat marka sahibi tarafından piyasaya sunum olarak algılanması gerekir. Bu bağlamda, marka sahibi tarafından hukuken kendisi adına ve hesabına sözleşme akdetmek ya da sözleşmeye aracılık etmekle yükümlü bulunan acenteye malların gönderilmesi de piyasaya sunum anlamına gelmez, zira burada acente ile marka sahibi arasında piyasaya sunum kapsamında ele alınabilecek bir hukuki işlemin varlığından söz edilemez.

Bu aşamada son olarak ifade edilmesi gereken, üçüncü kişinin kendi adına ve hesabına faaliyette bulunarak malın sürümünü desteklemeyi yükümlendiği tüm diğer pazarlama ve dağıtım sözleşmeleri (örneğin satış lisansı, mal franchisingi ve distribütörlük sözleşmeleri) açısından da, piyasaya sunumun hangi anda ve kimin tarafından yapıldığını tespit

²⁵² ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.204, PINAR, s.867.

bakımından tek yetkili satıcılık ilişkisi çerçevesinde yapılan açıklamaların geçerli olduğudur. Buna karşın, sözleşme pazarlama ve dağıtımını da hedef tutsa, bir akdi ilişki çerçevesinde markalı malları piyasaya ulaştıran üçüncü kişi kendi adına ve hesabına değil de marka sahibi adına ve hesabına faaliyette bulunuyor ise, sunum işleminin bizzat marka sahibi tarafından yapıldığının kabul etmek fikrimizce daha yerinde olacaktır. Bu ihtimalde, markalı malların pazarlama ve dağıtımını üstlenen üçüncü kişiye gönderilmesi piyasaya sunum olarak algılanmayacağından, mallar üzerindeki marka hakkının tükenmesi de söz konusu olmayacaktır.

b- Marka Sahibinin İzniyle Üçüncü Kişi Tarafından Piyasaya Sunum

Markalı malların üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu halinde de, şayet bu işlem marka sahibinin rızası dahilinde gerçekleştirilmişse, md.13'ün tükenme için aradığı şart gerçekleşmiş olacaktır. Hükme göre, marka sahibinin rızası dahilinde yapılmak kaydıyla üçüncü kişi tarafından yapılan piyasaya sunumlar da bizzat marka sahibi tarafından yapılan sunumlar gibi sonuç doğurmaktadır. Marka sahibinin izniyle malların üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu, sunumu yapan üçüncü kişi ile marka sahibi arasındaki hukuki- iktisadi bağımlılık ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirilebileceği gibi, anılan kimseler arasındaki bir akdi ilişkiye dayanılarak da gerçekleştirilmiş olabilir. Aşağıda her iki olasılık ayrı ayrı incelenecektir.

ba) Marka Sahibi İle Üçüncü Kişi Arasındaki Hukuki-İktisadi Bağımlılık İlişkisi Çerçevesinde Piyasaya Sunum

Söz konusu ihtimal, marka sahibi ile piyasaya sunumu yapan üçüncü kişinin aynı işletmeler birliğine dahil bulunması olasılığını ifade eder²⁵³. Piyasaya sunumun hukuki-iktisadi bağımlılık ilişkisi çerçevesinde gerçekleştirildiğini kabul için marka sahibi ile sunumu gerçekleştiren üçüncü kişinin ortak kontrol altında bulunması yeterlidir, mutlaka marka sahibinin ana ortaklık, sunumu gerçekleştiren üçüncü kişinin yavru ortaklık sıfatını

²⁵³ Ortaklıklar arasında hukuki-iktisadi tabiyet ilişkisi hakkında geniş açıklama için bkz.; KARAYALÇIN, "Üst Kuruluşlar Hukuku", Batider, C.XVI, S.1, 1991, s.7 vd.

taşıması gerekmez²⁵⁴. Şu halde, her iki işletmenin de yavru ortaklık olması mümkün olabileceği gibi, marka sahibinin yavru ortaklık sunumu gerçekleştirenin ana ortaklık statüsünde bulunması da imkan dahilindedir. Dolayısıyla, tükenme ilkesinin uygulanması bakımından markaya sahip olan ve piyasaya sunumu gerçekleştiren ortaklıkların işletmeler birliği içerisindeki konumları değil, ortak bir kontrol altında bulunup bulunmadıkları önem arz eder. Markalı malların marka sahibi ile aynı işletmeler birliğine dahil bir başka ortaklık tarafından piyasaya sunumu halinde çeşitli olasılıklar düşünülebilir.

Bu olasılıklardan ilki, markanın ortak marka sıfatıyla aynı işletmeler birliğine dahil birden çok ortaklık tarafından kullanılıyor olmasıdır. Bu ihtimalde, ortak markayı kullanan herhangi bir ortaklık tarafından gerçekleştirilen piyasaya sunumun diğer ortaklıklar açısından da "piyasaya sunulma" şartını gerçekleştirdiği ve md.13'ün aradığı diğer şartlar da oluşmuşsa, ortak markayı kullanan tüm ortaklıklar açısından mallar üzerindeki marka hakkının tükendiği kabul edilmelidir.

Düşünülebilecek ikinci olasılık, herhangi bir ortak marka kullanımının söz konusu olmadığı hallerde, marka sahibi olan ortaklığın markalı malların piyasaya sunumunu akdi bir ilişki çerçevesinde işletmeler birliğine dahil bir başka ortaklığa yaptırmasıdır. Bu ihtimalde, markayı taşıyan malların marka sahibinin izniyle üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu söz konusu olduğundan, md.13'ün aradığı koşul gerçekleşmiş kabul edilecek ve diğer şartlar da oluşmuşsa mallar üzerindeki marka hakkı tükenmiş kabul edilecektir²⁵⁵.

Tartışılabilir son olasılık, markalı malların marka sahibi ortaklık adına herhangi bir akdi ilişkiye dayanılmaksızın aynı işletmeler birliğine dahil bir başka ortaklık tarafından piyasaya sunumudur. Fikrimizce, bu şekilde gerçekleştirilen bir piyasaya sunum, marka sahibi ortaklığın rızası dışında gerçekleştirilmiş dahi olsa md.13'ün aradığı şart gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Gerçekten, bu ihtimalde marka sahibi olan ve piyasaya sunumu

²⁵⁴PINAR, s.866 dpn.52.

²⁵⁵PINAR, s.866.

yapan ortaklıklar aynı işletmeler birliğine dahil olmaları nedeniyle aynı irade tarafından yönetilmektedir. Tüzel kişilik kavramının arkasına sığınılmak suretiyle bu iradenin bölünmesi ve somut olay bakımından marka sahibi ortaklığın aynı işletmeler birliğine dahil diğer ortaklık tarafından yapılan piyasaya sunuma rızası bulunmadığı gerekçesiyle tükenme ilkesinin uygulama alanı dışına itilmesi, hem bu çözüm tarzının kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır, hem de TTK md. 20/II anlamında basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümünü yerine getirmeyen işletmeler birliği lehine hakkaniyete uygun olmayan bir avantaj yaratılması anlamına gelecektir.

Şu halde, ortak markanın söz konusu olduğu hallerde, tükenme ilkesinin uygulanması bakımından işletmeler birliğine dahil bir ortaklık tarafından yapılan piyasaya sunum, bu birliğe dahil ve ortak markayı kullanan diğer işletmeler açısından da sunumu yapılan mallar üzerindeki marka hakkının tükenmesi sonucunu doğurmaktadır. Ortak markanın söz konusu olmadığı hallerde ise, aynı işletmeler birliğine dahil diğer bir ortaklık tarafından yapılan piyasaya sunum, marka sahibi ortaklık açısından md.13'ün aradığı sunum şartının gerçekleşmiş sayılmasına yol açacaktır.

Bu aşamada tartışmaya açılacak bir diğer husus, işletmeler birliğine dahil ortaklıklar arasında markalı malların devrinin piyasaya sunum şartını gerçekleştirmek için yeterli sayılıp sayılmayacağıdır. Kanımızca, bu ihtimalde piyasaya sunum şartı gerçekleşmiş kabul edilmemelidir²⁵⁶. Gerçekten, markayı taşıyan malların aynı işletmeler birliğine dahil ortaklıklar arasında devrinde marka sahibinin piyasaya sunum iradesinden bahsetmek mümkün değildir. Aynı işletmeler birliğine dahil ortaklıklar arasındaki devir işlemleri, çoğunlukla belirli bir işletme ya da pazarlama politikasını hayata geçirmek amacıyla yapılır. Fikrimizce, işletmeler birliği içerisindeki iş bölümünü hayata geçirme amacına yönelik olup markalı malların pazara arzı niteliği taşımayan bu tür devirler piyasaya sunum şartının gerçekleşmiş sayılması için yeterli kabul edilmemelidir.

²⁵⁶ Alman hukukunda benimsenen çözüm tarzının da bu doğrultuda olduğu Pınar tarafından ifade edilmiştir (PINAR, s.866-867).

Ulaştığımız sonuç, devralan ortaklığın tek yetkili satıcı statüsünde bulunması halinde de geçerlidir, zira bu tür bir devirle markalı malların kontrolü işletmeler birliğini yönlendiren iradenin güdümünden çıkmış olarak kabul edilemez.

bb) Marka Sahibi İle Üçüncü Kişi Arasındaki Akdi İlişki Çerçevesinde Piyasaya Sunum

KHK md.13'de ifade olunan markalı malların marka sahibinin izniyle üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu ihtimali, mutlaka marka sahibi ile üçüncü kişi arasında hukuki- iktisadi anlamda bir bağımlılık ilişkisi bulunmasını zorunlu kılmaz, marka sahibi yapacağı sözleşmeler ile de markalı malların üçüncü kişilerce piyasaya sunumunu sağlayabilir²⁵⁷. Çalışmamızın bundan önceki bölümünde, marka sahibi ile üçüncü kişi arasında tek satıcılık ve acentelik ilişkileri bulunması halinde sunumun bizzat marka sahibi tarafından yapılmış kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Burada aynı açıklamaları tekrarlamaktan kaçınıyor ve "*Marka Sahibi Tarafından Piyasaya Sunum*" başlıklı bölümde aktardığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Fikrimizce, marka sahibi ile üçüncü kişi arasındaki akdi ilişkiye istinaden yapılan piyasaya sunumlara en tipik örnek, lisans sahibi ya da franchise alan tarafından markalı malların pazara arzıdır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, üçüncü kişinin piyasaya sunum işlemini yukarıda anılan sözleşmelere istinaden gerçekleştirmesi imkan dahilinde olduğu gibi, taraflar arasında bulunan sui generis nitelikte bir başka sözleşme çerçevesinde gerçekleştirmesi de mümkündür.

Marka sahibinin akdi bir ilişki ekseninde markalı malların üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunumuna rıza gösterdiği, bu yöndeki rızanın açık bir şekilde ifade olunması halinde olduğu gibi örtülü rızanın söz konusu olduğu hallerde de kabul edilir. Ancak, üçüncü kişinin marka hakkını ihlal eden davranışına marka sahibinin tepkisiz kalması ve buna istinaden üçüncü kişi tarafından markalı malların piyasaya sunumu, kural olarak hak sahibinin bu sunuma rıza gösterdiği şeklinde kabul edilemez²⁵⁸. Fakat somut olayın

²⁵⁷ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.136.

²⁵⁸ PINAR, s.867.

şartlarından marka sahibinin üçüncü kişi tarafından yapılan piyasaya sunuma rıza gösterdiği anlamı çıkarılabiliyorsa md.13'ün aradığı şart gerçekleşmiş kabul edilir²⁵⁹.

i) Üretim Lisansı Çerçevesinde Üçüncü Kişi Tarafından Piyasaya Sunum

Markalı malların marka sahibinin izni ile akdi bir ilişki çerçevesinde üçüncü kişi tarafından piyasaya sunumu için en karakteristik örnek, üçüncü kişinin sahip olduğu üretim lisansına dayanarak ürettiği markalı malları pazara arzıdır²⁶⁰. Bu ihtimalde, üçüncü kişi tarafından üretilen markalı malların lisans sözleşmesinde öngörülen koşullar çerçevesinde üretilip üretilmediği sorusunun cevabı da, bu mallar üzerindeki marka hakkının tükenip tükenmediğini belirlemek açısından belirleyici rol oynamaktadır²⁶¹. Gerçekten, lisans sözleşmesinin belli hükümlerinin lisans alan tarafından ihlali, akde aykırı davranış niteliği taşımanın yanı sıra marka hakkının ihlali anlamına da gelebilir. Bir başka anlatımla, lisans alanın bu lisans çerçevesinde yaptığı üretim ve piyasaya sunum faaliyeti ile lisans sözleşmesini ihlal etmesinin yanında lisans verenin marka hakkına tecavüzde bulunması da mümkündür. Bu olasılıkta, marka sahibinin markayı taşıyan malların piyasaya sunumuna rızası bulunmadığı ve bu sebeple mallar üzerindeki marka hakkının tükenmediği kabul edilecektir.

Söz konusu olasılık, AB hukukunda 89/104 sayılı Yönerge'nin 8. maddesinin II. fıkrası ile düzenlenmiştir. Hükme göre; lisans alanın, lisans sözleşmesinde öngörülen ve lisans süresini, markanın şeklini, markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin kapsamını, kullanımın söz konusu olacağı bölgeyi ve üretilen malların ya da sağlanacak hizmetlerin kalitesini düzenleyen hükümleri ihlali halinde, marka sahibi markadan doğan haklarını kullanabilecektir.

²⁵⁹ PINAR, s.867.

²⁶⁰ Üçüncü kişinin üretim değil satış lisansına sahip olması halinde, piyasaya sunumun hangi anda ve kim tarafından gerçekleştirildiğini tespit bakımından, marka sahibi ile üçüncü kişi arasında tek yetkili satıcılık ilişkisi bulunması olasılığına dair yukarıda yaptığımız açıklamalar geçerli olacaktır.

²⁶¹ PINAR, s.870.

Anılan maddede marka hakkının lisans alana karşı ileri sürülebileceği haller için yapılan bu sayımın, tahdidi nitelikte olduğu kabul edilmektedir²⁶².

Buna karşılık 556 sayılı KHK, konuya ilişkin Yönerge' de öngörülene benzer açık bir düzenleme getirmekten kaçınmış, ancak md.61/I/d ile lisans alanın, lisans sözleşmesi çerçevesinde tanınan hakları izinsiz genişletmesi veya bu hakları üçüncü kişilere devretmesi halini marka hakkına tecavüz olarak nitelendirmiştir. Dolayısıyla, sayılan hallerde; *"Marka sahibi, lisans alana veya yerine göre malların dağıtımını yapan üçüncü kişilere karşı marka hukukundan doğan haklarını kullanabilecektir"*.²⁶³ KHK md.21/IX'da ise daha geniş bir ifade tarzı kullanılarak, *"Sözleşme şartlarının lisans alan tarafından ihlali halinde, tescilli bir markadan doğan haklar lisans alana karşı dava yoluyla ileri sürülebilir"* denilmiş ve iki hüküm arasında uyumsuzluk yaratılmıştır. Arkan, kanımızca son derece haklı olarak, her iki hükmün birbiriyle uyumlu hale getirilebilmesi için md. 21/IX'de zikredilen *"sözleşme şartlarının lisans alan tarafından ihlali"* ibaresinin, *"lisans yoluyla verilmiş hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakların üçüncü kişilere devredilmesi"* olarak algılanması gerektiğini belirtmektedir²⁶⁴. Yazar, bunun dışında kalan diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde markadan doğan hakların kullanımına izin verilmemesi gerektiğini, zira örneğin lisans bedelinin ödenme zamanını gösteren sözleşme hükümlerine uyulmaması halinin marka hakkının hukuken korunan içeriği ve markanın, mal ya da hizmetlerin, bunların kalitesinden sorumlu tutulacak tek bir işletmenin denetimi altında üretildiğini garanti etme ve bu yolla benzer mal ve hizmetlerden ayırt edilmesini sağlama fonksiyonları ile hiçbir ilişkisinin bulunmadığını haklı olarak vurgulamaktadır²⁶⁵. Müellif, KHK'nin hazırlanmasında büyük ölçüde yararlanılan 89/104 sayılı Yönerge'de KHK md.21/IX'a benzer bir hükme yer verilmediğini, sadece hangi hallerde lisans alana karşı marka hakkının ileri sürülebileceğini düzenleyen yukarıda değinilen md.8/II ile KHK md.61/I/d'ye paralel bir düzenleme getirildiğini, buna karşılık KHK md.61'in metninde üretilecek malların kalitesini korumaya

²⁶² PINAR, s. 870.

²⁶³ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.136-137.

²⁶⁴ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.136 dpn.18.

²⁶⁵ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.136 dpn.18.

yönelik lisans sözleşmesi hükümlerine uyulmamasının marka hakkına tecavüz teşkil edip etmeyeceğinin açıklanmadığını, oysa Yönerge'de bu olasılıkta marka sahibinin markadan doğan haklarını kullanabileceğinin açıkça gösterildiğini, KHK md.61/I/d'ye bu yönde bir ilave yapılmasında yarar olduğunu ifade etmektedir²⁶⁶. Kanımızca da yazar, işaret ettiği noktada haklıdır, ancak md. 61/I/d'ye bu yönde bir ek yapılana değin, lisans sözleşmesinin üretilecek malların kalitesini korumaya yönelik hükümlerine lisans alan tarafından uyulmaması halinin, lisans yoluyla tanınan hakların izinsiz genişletilmesi kapsamında değerlendirilerek marka hakkına tecavüz niteliğinde kabul olunması mümkün olabilir.

Şu halde, Türk hukukuna göre de, görüşümüz kabul olunursa lisans alanın lisans yoluyla tanınan hakların izinsiz genişletilmesi ya da üçüncü kişilere devredilmesi anlamına gelecek sözleşme ihlalleri çerçevesinde üreterek piyasaya sunduğu mallar üzerindeki marka hakkı tükenmiş kabul edilmeyebilir. Gerçekten, lisans verenin marka hakkına tecavüz oluşturan bu tür ihlallere dayanılarak yapılan piyasaya sunum, marka sahibinin rızası dahilinde gerçekleştirilmiş kabul edilemez. Marka hakkının ihlali söz konusu olduğu takdirde, bu ihlalin lisans alan tarafından yapılması ile marka sahibi ile akdi bir ilişki içerisinde bulunmayan üçüncü bir kişi tarafından yapılması farklılık arz etmemelidir. Fikrimizce, lisans sözleşmesinin üretilecek malların kalitesini korumaya yönelik hükümlerinin ihlalinin de bu kapsamda mütalaa edilmesi ve bu tür hükümlerin ihlali suretiyle üretilen mallar üzerindeki marka hakkının tükenmediğinin kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşım olacaktır. Ancak Arkan tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere²⁶⁷, lisans sözleşmesi ile tanınan hakların izinsiz genişletilmesi veya bu hakların üçüncü kişilere devredilmesi niteliğinde olmayan diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde lisans alan tarafından sunumu yapılan mallar üzerindeki marka hakkının tükendiğini kabul gerekecektir, buna karşın marka sahibinin BK md.96 çerçevesinde uğradığı zararın tazminini lisans alandan talep etmesi mümkün olacaktır. Zira, bu ihtimalde marka hakkına tecavüz mevzubahis

²⁶⁶ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.136 dpn.18.

²⁶⁷ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.137.

olmadığından, marka sahibinin lisans alan tarafından yapılan piyasaya sunuma rıza göstermediği iddia edilemeyecektir

ii) Üretim Franchisingi Sözleşmesi Çerçevesinde Üçüncü Kişi Tarafından Piyasaya Sunum

Markayı taşıyan malların franchise sözleşmesi çerçevesinde franchise alan tarafından piyasaya sunulması da mümkündür. Franchise sözleşmesi; *"Franchise verenin kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde franchise alana kullanma(lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve bu sisteme dayalı ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği; franchise alanın ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri- sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir çerçeve sözleşme"* olarak tanımlanmaktadır²⁶⁸. Franchise sözleşmeleri konularına göre sınıflandırıldığında, mal (ürün) franchisingi, hizmet franchisingi ve üretim franchisingi olarak üçe ayrılmaktadır. Tükenme ilkesinin hizmet markaları bakımından uygulanması mümkün olmadığına göre, hizmet franchisingi sözleşmelerinin konumuz bakımından önemi yoktur. Buna karşılık, mal (ürün) franchisinginde; *"Mallar franchise alan tarafından üretilmez, franchise alan, malları franchise verenden veya franchise verenin izniyle üçüncü kişilerden alır ve tüketicilere satar"*²⁶⁹. *"Franchise sözleşmesinin konusunun, franchise alanın, franchise sistemine veya paketine göre bazı hammaddeleri üreterek veya işleyerek hazırlayıp satması olduğu hallerde"* ise üretim franchisingi söz konusu olur²⁷⁰.

²⁶⁸ GÜRZUMAR, "Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukukî Korunması", İstanbul 1995, s.10.

²⁶⁹ KIRCA, "Franchise Sözleşmesi", Ankara 1997, s.38.

²⁷⁰ KIRCA, s.40.

Konuya tükenme ilkesi bakımından yaklaşıldığında, mal (ürün) franchisinginde franchise alanın markalı malları üretmesi değil, franchise verenden alarak satması söz konusu olduğundan, iki sözleşme arasında Borçlar Hukuku bakımından farklılıklar bulunmasına rağmen²⁷¹ franchise alanın faaliyeti tek yetkili satıcının faaliyeti ile aynı mahiyette görülmektedir. Bu bağlamda, mal (ürün) franchisinginin söz konusu olduğu hallerde markalı malların hangi anda ve kimin tarafından piyasaya sunulduğunu tespit bakımından, tek yetkili satıcılık sözleşmesine ilişkin "*Marka Sahibi Tarafından Piyasaya Sunum*" başlığı altında aktardığımız açıklamaların geçerli olacağını belirtmekle yetiniyoruz.

Üretim franchisinginin söz konusu olduğu hallerde ise, aynen üretim lisansı çerçevesinde üçüncü kişi tarafından yapılan piyasaya sunumlarda olduğu gibi marka sahibi ile üçüncü kişi arasındaki akdi bir ilişkiye dayanılarak üçüncü kişi tarafından piyasaya sunum söz konusu olacaktır. Hem üretim lisansı hem de üretim franchisingi çerçevesinde üretilen markalı malların pazara sunum anı, lisans veya franchise alan tarafından ticaret mevkiine konuldukları an olacaktır.

Üretim lisansı sözleşmesinin belirli hükümlerinin ihlali halinde, bu ihlaller marka hakkına tecavüz oluşturacak nitelikte ise marka sahibinin markadan doğan haklarını kullanabileceği ve tükenme ilkesinin uygulanmayacağı yönündeki tespitimiz, franchise sözleşmesine dercedilmiş ve markalı malların üretimine ilişkin lisansı vücuda getiren, üretilcek malların kalitesini belirleyen hükümlerin ihlali halinde de geçerli olacaktır.

D- TÜKENMENİN UYGULANMAYACAĞI HALLER

KHK' nin 13. maddesinin II. fıkrasına göre; "*Marka sahibinin, birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen, malın piyasaya sunulmasından sonra, üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme yetkisi vardır.*" Kanun koyucu, "...birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen..." ifadesini kullanmak suretiyle, kanımızca bu

²⁷¹ İki sözleşme arasındaki farklılıklar için bkz. KIRCA, s.88 vd.

ihhtimalde dahi aslında mallar üzerindeki marka hakkının tüketilmiş olduğunu ve mallar üzerindeki ticaret serbestisinin mutlak boyuta ulaştığını, buna karşın marka sahibinin istisnai bir hal nedeniyle tükenme ile birlikte kaybetmiş bulunduğu üçüncü kişiler tarafından markalı malların ticaret mevkiine konulmasını önlemeye yönelik müdahale haklarının yeniden doğduğunu ifade etmek istemiştir²⁷². Yasa koyucunun, marka sahibinin tükenme nedeniyle kaybetmiş bulunduğu markalı mallar üzerinde üçüncü kişilerce ticari amaçlı tasarruf edilmesini önlemeye yönelik müdahale haklarının bu istisnai hallerde yeniden doğduğunu kabul etmesinin nedeni, markalı malların değiştirilerek ya da kötüleştirilerek tekrar tedavüle konması halinde, markanın, mal ve hizmetlerin, bunların kalitesinden sorumlu olacak tek bir işletmenin denetimi altında üretildiğini, belli özellikleri ve kaliteyi taşıdığını garanti etme işlevini yerine getirmesine olasılık kalmamasıdır²⁷³. Gerçekten, markayı taşıyan malların değiştirilerek veya kötüleştirilerek tekrar tedavüle çıkarılması halinde, marka sahibinin orijinal mallar üzerinde yapılan değişiklik veya kötüleştirme sonucu ortaya çıkabilecek ve üründen beklenen yararın elde edilmesini güçleştirecek mala ilişkin sorunlardan tüketicinin gözünde sorumlu duruma düşmesi ve markasının itibar kaybetmesine karşın bu malların tedavülüne müdahale edememesi hakkaniyete uygun olarak nitelendirilemez. İşte bu nedenle, md.13'ün II. fıkrası ile markalı malların marka sahibi tarafından veya onun izni ile piyasaya sunulmasından sonra dahi, malların üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek ya da kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılması halinde marka sahibine müdahalede bulunma imkanı tanınmış ve açıkladığımız tehlike bertaraf edilmeye çalışılmıştır.

KHK md.13'ün lafzı dikkate alınacak olursa, marka sahibinin markalı malların piyasaya sunulmasından sonra üçüncü kişiler tarafından tedavüle çıkarılmasını önleme yetkisi iki şartın gerçekleşmesi halinde doğacaktır. Bu şartlardan birincisi markayı taşıyan mallar üzerinde değişiklik ya da kötüleştirme yapılmış olması, ikincisi ise bu değişiklik ya da kötüleştirmenin malların ticari şekilde kullanımı amacıyla yapılmış olmasıdır. Aşağıda her iki

²⁷² Buna karşın Arkan, md.13/II' deki "...birinci fıkra hükmüne girmesine rağmen" ibaresinin gereksiz olduğunu belirtmektedir (ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.205 dpn.33).

²⁷³ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.138.

şart ayrı ayrı incelenecek ve üçüncü bir başlık altında olası haklı sebeplerin varlığı halinde de marka sahibine aynı imkanın tanınması gerekip gerekmediği tartışılacaktır.

1- Markalı Mallar Üzerinde Değişiklik veya Kötüleştirme Yapılmış Olması

Md. 13/II'ye göre; piyasaya sunulan mallar üzerinde üçüncü kişiler tarafından değişiklik yapılması veya malların kötüleştirilmesi halinde, marka sahibi marka hakkına dayanarak bu malların ticari amaçlı kullanımını önleme yetkisine sahiptir.

Markalı mallar üzerinde değişiklik yapılması, malın orijinal niteliğine üçüncü kişiler tarafından müdahalede bulunulması anlamına gelmektedir. Kötüleştirme ise markalı malların orijinal hallerine nazaran daha elverişsiz bir konuma gelmesi veya getirilmesini ifade eder. Bu bağlamda, malların orijinal niteliklerini üçüncü kişilerin değişiklik yapma amacına yönelik bir müdahalesi olmaksızın yitirmesi, bir başka anlatımla malların bozulması da fikrimizce "kötüleştirme" kapsamında ele alınmalı ve bu tür malların yeniden ticaret mevkiine konulmasını önlemek üzere marka sahibi marka hakkına dayanabilmelidir. Örneğin, markayı taşıyan konserve gıda maddelerinin uygun ısıda bekletilmeyerek bozulmasına imkan tanınması halinde de malların kötüleştirilmesi söz konusudur. Bozulmanın, gıda maddelerinde sıkça görülebileceği üzere ürünün doğasından kaynaklanması da mümkündür. Şu halde, değişiklik için markalı mallara üçüncü kişiler tarafından müdahalede bulunulması mutlak olarak gerekirken, kötüleştirme için müdahalede bulunulması şart değildir.

Piyasaya sunulan markalı mallar üzerinde üçüncü kişi tarafından onarım yapılması, maldan parça çıkarılması ya da mala parça eklenmesi, malın değiştirilmesi olarak kabul edilir²⁷⁴. Arkan tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere, markalı mallara malın kalitesini iyileştirici yönde müdahalelerde bulunulmuş olması da md.13/II'ye dayanmaya engel teşkil etmez²⁷⁵. Gerçekten, malın üçüncü kişiler tarafından kötüleştirilmesi halinde

²⁷⁴ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.138.

²⁷⁵ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.138.

markanın itibarının zarar görmesi nasıl mevzubahis oluyorsa, aynı olasılık malların kalitesini iyileştirici yönde müdahalelerde bulunulması halinde de söz konusu olabilir. Zira, malın kalitesini iyileştirme amaçlı olarak yapılan değişikliğin olumsuz sonuç vererek tüketicinin maldan elde etmeyi umduğu yararı elde edememesi sonucunu doğurması ve alıcı kitlesi nezdinde markanın itibarını zedelemesi her zaman imkan dahilindedir. Bu nedenle, markanın temel işlevlerinden biri olan mal veya hizmetlerin, onların kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletmenin kontrolü altında ve orijinal niteliklerinin hiçbir aşamada marka sahibinin rızası dışında değiştirilmeden üretilmiş olduğunu garanti etme fonksiyonu ön plana çıkarılarak, markayı taşıyan malların orijinal niteliğini bozacak her değişiklikte, velev bu değişiklik ürünün kalitesini iyileştirmeyi amaçlamış dahi olsa marka sahibine md.13/II'ye dayanma olanağı tanınmalıdır. Buna karşın, malın orijinal niteliğini değiştirmeyen önemsiz onarımlar, örneğin bir arabanın bozulan devir göstergesinin tamiri gibi, md.13/II kapsamında mütalaa edilmemelidir²⁷⁶. Ancak fikrimizce ürünün orijinal niteliğini zedeledikleri gerekçesiyle md.13/II kapsamında algılanmayan bu tür müdahalelerin sınırını dar çizmek gerekir.

Onarıma tabi tutulan markalı malların, bu durum açıklanmadan, yerine göre mal üzerinde onarım yapan işletmenin markası konulmadan yeniden piyasaya sunulması halinde bu malların tedavülünün marka hakkına dayanılarak önlenebileceği yolundaki görüş tarafımızdan da paylaşılmaktadır²⁷⁷.

Bu aşamada tartışmaya açık olan nokta, somut olarak mal üzerinde değişiklik yapılmaksızın yalnızca ambalaj üzerinde değişiklik ya da kötüleştirme yapılması halinde, marka sahibinin md.13/II'ye dayanarak malların tedavülüne engel olup olamayacağıdır. ATAD'ın özellikle ilaç paralel ithalatları açısından, tek pazar içinde serbest mal dolaşımını desteklemek amacıyla, ambalaja müdahalenin zorunluluk arz ettiği durumlarda belli kriterlere uyularak yapılan müdahalelerin marka hakkına dayanılarak önlenemeyeceği yönünde tavır takındığını "AB Hukukunda

²⁷⁶ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.139.

²⁷⁷ ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s.207.

Marka Hakkının Tükenmesi" başlığı altında yaptığımız açıklamalarda belirtmiştik. Buna karşın, ülkemiz tarafından tercih edilen ülkesel tükenme ilkesi nedeniyle paralel ithalatın zaten mümkün olamayacağı göz önüne alınırsa, sorunun yalnızca tekrar ithalatlar açısından tartışmaya açılacağı görülmektedir. Tekrar ithalatlar açısından ise ATAD'ın ortaya koyduğu kriterlerin Türk hukuku tarafından da benimsenmesi önerilebilir. Ancak fikrimizce, markalı malların iç piyasada tedavülünün söz konusu olduğu hallerde ambalaja yapılan müdahaleler, somut olay ambalajın marka koruması altında bulunduğunu kabule müsaitse marka hakkının ihlali olarak kabul edilmeli ve marka sahibine md.13/II'ye dayanma imkanı tanınmalıdır.

Bu noktada akla gelen bir başka mesele, markalı malların orijinal ambalajları bozulmaksızın yeniden ambalajlanmaları halinde marka sahibinin md.13/II'nin tanıdığı imkandan faydalanıp faydalanamayacağıdır. Örneğin, bir toptancı tarafından markalı şampuanların orijinal ambalajlarından çıkarılmaksızın yirmişer adedi bir araya getirilerek yeniden ambalajlanması ve bu ikincil ambalaj üzerine markanın aynen konulması halinde marka sahibi md.13/II'den yararlanabilecek midir? Kanımızca, marka sahibinin bu ihtimalde malların tekrar tedavüle konmasını engellemeye yeterli haklı sebebi bulunmamaktadır. Gerçekten, bu olasılıkta marka hakkına tecavüz mevzubahis olmayıp bir pazarlama tekniğinin uygulanması açısından yapılmış bir ek ambalaj söz konusudur. Bu durumda markanın garanti ve menşei gösterme fonksiyonlarını yerine getirmesine de bir engel bulunmamaktadır. Kanımızca, toptancı tarafından yapılan ikincil (ek) ambalaj şeffaf bir materyal kullanılmak suretiyle oluşturulmuş, bir başka anlatımla malların orijinal ambalajları ve markası dışarıdan bakmakla açıkça görülebilir konumda korunmuş ise, bu ikincil ambalajın ayrıca markayı taşıması dahi gerekmez. Ancak dışarıdan bakmakla ikincil ambalaj içindeki ürünlerin markası görülemiyorsa, örneğin ek ambalaj bir mukavva kutu olarak tercih edilmişse, bu ambalaj üzerine markanın konulmasında marka sahibinin menfaati olduğu kabul edilebilir. Fikrimizce, ikincil ambalajlamanın marka sahibi tarafından yapılmadığı yolunda ek ambalaj üzerine not düşülmesi de marka sahibince talep edilebilmelidir. Yüksek kaliteyi temsil eden iddialı bir markayı taşıyan malların kalitesiz bir ek ambalaj altında

pazarlanması halinde ise, markanın reklam fonksiyonunun zarar görmesi ve itibar kaybetmesi riski olduğundan marka hakkına dayanılabileceği kabul olunmalıdır. Şüphesiz, ikincil ambalajlamanın ürünün niteliği gereği bozulmasına sebep olabilecek olması halinde de marka sahibine md.13/II'ye dayanma imkanı tanımak gerekecektir.

2- Değişirme veya Kötüleştirmenin Ticari Kullanım Amaçlı Olarak Yapılması

KHK md.13/II'ye göre, üçüncü kişi tarafından markalı malların orijinal niteliğini zedeleyecek ölçüde yapılan değişirme veya kötüleştirmenin ancak ticari kullanım amaçlı olarak yapılması halinde bu kullanımı önleme imkanı söz konusu olacaktır. Bu nedenle, markalı mallar üzerinde kişisel amaçlı olarak tüketici tarafından yapılan değişikliklere karşı marka hakkına dayanılabilmesi mümkün değildir²⁷⁸. Fıkradaki "*ticari amaçlı kullanım*" ifadesi ile anlatılmak istenen, üçüncü kişinin markalı malları tekrar ticaret mevkiine çıkarma amaçlı kullanımıdır. Yoksa, kanun koyucunun ifade etmek istediği, malların herhangi bir tacir tarafından ticari işletmesiyle ilgili bir işte kullanılması değildir. Örneğin, markayı taşıyan müzik setinin bir otelin salonunda orijinal hoparlörleri yerine daha güçlü hoparlörle desteklenerek kullanımı, md.13/II anlamında aranan ticari amaçlı kullanım değildir. Bu bağlamda, anılan ihtimalde marka hakkına dayanılarak kullanımın önlenmesi olası değildir. Buna karşın, fikrimizce md.13/II'nin kastettiği anlamda ticari amaçlı kullanım da mümkün mertebe geniş algılanmalı ve markalı malların piyasaya sunumu kapsamında ele alınabilecek tüm işlemler bu kapsama dahil kabul edilmelidir.

3- Haklı Sebeplerin Varlığı

KHK'nin 13. maddesinin II. fıkrasının kaynağı, AB'nin 89/104 sayılı Yönergesi'nin 7. maddesinin II. fıkrasıdır. Ancak anılan hükümde, tükenmenin, marka sahibinin markalı malları yeniden ticaret mevkiine konulmasını önleme yönünde haklı sebeplerinin varlığı halinde uygulanmayacağı belirtilmiş ve değişirme-kötüleştirme halleri örnek olarak

²⁷⁸ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.138-139.

sayılmışken, KHK md.13/II'de haklı sebep kavramına yer verilmemiştir²⁷⁹. Arkan, haklı olarak açıklanan farklılığı eksiklik olarak nitelemekte ve KHK'da değişiklik yapılarak haklı sebep kavramının madde metnine alınmasının isabetli olacağını belirtmektedir²⁸⁰. Kanımızca da, md.13/II'de hak sahibinin marka hakkına dayanabileceği halleri markalı malların üçüncü kişiler tarafından değiştirilmesi veya kötüleştirilmesi halleri ile sınırlamak yerine marka sahibinin haklı sebebinin bulunmasını aramak daha yerinde bir tercih olurdu.

Arkan, Türkiye'de üretilip piyasaya sunulan mallar ile aynı marka altında yurtdışına satılan mallar arasında kalite ve nitelik farkı bulunduğu hallerde, marka sahibinin marka hakkına dayanarak bu malların üçüncü kişilerce Türkiye'ye ithal edilip satılmasına engel olabilmemesinin, KHK md.13/II'de Yönerge md.7/II'den farklı olarak hak sahibine malların piyasaya sürülmesinden sonraki el değiştirmelere haklı nedenlere dayanarak itiraz etme olanağı tanınmamış olduğundan zor görüldüğünü, buna karşın Almanya'da Yönerge paralelinde hazırlanan *Marken G § 24.2*'de yer alan "*haklı sebep*" kavramına dayanılarak bu tür ithalatlara marka sahibinin engel olabileceğinin kabul edildiğini belirtmekte ve KHK md. 13/II'de değişiklik yapılarak haklı sebep kavramına yer verilmesinin bu açıdan da yararlı olacağını ifade etmektedir²⁸¹.

Yazarın, isabetli şekilde Türkiye'den ihraç edilen markalı mallarla Türkiye'de piyasaya sunulan markalı mallar arasında nitelik farkı bulunması olasılığını incelediğini, bir başka anlatımla soruna tekrar ithalat açısından yaklaştığı görülmektedir. Zira, söz konusu olan paralel ithalat olduğu takdirde, yurtdışı ve yurtiçinde piyasaya sunulan markalı mallar arasında kalite ya da nitelik farkı bulunsun bulunmasın, ithalat ülkesel tükenme sistemi gereği marka sahibince engellenebilecektir. Buna karşın, tekrar

²⁷⁹ Arkan, Yönerge' nin 7.2 maddesinde tükenme ilkesinin haklı nedenlerin varlığı halinde devre dışı bırakılması suretiyle markanın, markayı taşıyan malların kalitesinden sorumlu tutulabilecek tek bir işletme tarafından üretildiğini ve temel karakteristik özelliklerinin hiçbir aşamada değiştirilmemiş olduğunu garanti etme yönündeki fonksiyonunu korunduğunu haklı olarak belirtmektedir (ARKAN, "Marka Hakkına Tecavüz-İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu", Batider, C.XX, S.3, 2000, s.9.

²⁸⁰ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.140.

²⁸¹ ARKAN, "Marka Hukuku C.II", s.140.

ithalatların marka hakkına dayanılarak engellenme olasılığı bulunmamaktadır.

Kanımızca, marka sahibi tarafından Türkiye’de piyasaya sunulan mallar ile yurtdışına ihraç olunan markalı mallar arasında kalite ve nitelik bakımından fark olan her ahvalde, haklı sebebin varlığına dayanılarak markalı malların tekrar ithalinin önlenebileceğini kabul etmek, marka sahibine yurtiçi ve yurtdışı pazarlarda kalite ve nitelik yönünden farklı, ancak fonksiyon ve temel özellikleri aynı malları tek bir marka altında pazarlayarak pazar kompartımanları yaratmak, bir başka anlatımla Türkiye pazarını mallarını ihraç ettiği diğer pazarlardan soyutlama imkanı tanımak anlamına gelecektir. Bu bakımdan, tekrar ithalata engel oluşturacak haklı sebebin gerçekleştiğini kabul için, yurtiçinde piyasaya sunulan ve yurtdışına ihraç olunan markalı malların kalite ya da nitelik yönünden farklı olmasının objektif ekonomik gerekçelere dayanmasını aramak kanımızca daha yerinde olacaktır. Örneğin, bir otomobil firmasının Türkiye’de üretip pazarladığı ve ayrıca Avrupa Birliği pazarına ihraç ettiği otomobillerde farklı süspansiyon sistemlerinin kullanılmış olması, Avrupa Birliği pazarına ihraç olunan otomobillerin Türkiye’ye tekrar ithalini önlemek için tek başına yeterli kabul edilmemelidir. Buna karşın, marka sahibinin bu tercihi Türkiye pazarını soyutlamak amacına yönelik olmayıp makul ekonomik gerekçelere dayanıyorsa ithalatın önlenmesi hoş görülebilir. Misal olarak, marka sahibinin Türkiye piyasasına sunduğu ve AB pazarına ihraç ettiği otomobillerde farklı süspansiyon sistemlerini kullanmış olması, Avrupa’da kullanılacak otomobillerin daha uygun yol koşullarında kullanılacak olmaları sebebiyle maliyeti daha düşük süspansiyon sisteminin tercih edilmesi gibi makul bir ekonomik gerekçeye dayanmakta ise, AB pazarından Türkiye’ye yapılacak olası bir tekrar ithalat marka hakkına dayanılarak önlenebilmelidir.

Şüphesiz, bahsettiğimiz olasılıkta tekrar ithalatın engellenebilmesi için md.13/II’nin önerimize uygun olarak haklı sebeplerin varlığı halinde de uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerekir. *Arkan*’ın da belirttiği üzere md.13/II’ye bu yönde bir ek yapılması en sağlıklı çözüm tarzı olacaktır²⁸².

²⁸² ARKAN, "Marka Hakkının Tüketilmesi", s. 208.

Ancak bu yönde bir değişiklik gerçekleştirilinceye değin, md.13/II'nin markalı malların üçüncü kişiler tarafından ticari amaçlı kullanımını önleme yetkisinin yeniden doğduğu halleri sınırlayıcı olarak saymadığını kabul etmek suretiyle haklı sebep kavramını hükmün kapsamında algılamak mümkündür. Fikrimizce, Temyiz Mahkemesi'nin bu boşluğu doldurmak üzere yapacağı genişletici yorum ve MK. md.2 gerekçelendirmesiyle aktardığımız sonuca ulaşılabilir. Gerçekten, aksi çözüm tarzının kabulü, marka sahibinin ekonomik gerekçeler ve pazar koşulları nedeniyle farklı kalitede ve daha yüksek maliyetle ürettiği markalı malların satış fiyatı da tekrar ithalat konusu ürünlerden daha yüksek olacağından, ithalat sonucu haksız şekilde zarara uğranmasına sebep olacaktır.

Haklı sebep kavramının md.13/II kapsamında algılanması yönündeki önerimiz kabul gördüğü takdirde, marka sahibinin, markalı malları yeniden ticaret mevkiine koyan kimse tarafından yapılan reklam ve tanıtımların markanın itibarını zedelemesi ya da kendisi ile bu kimse arasında hukuki bir bağ olduğu izlenimini yaratması hallerinde de müdahalede bulunma imkanı doğacaktır.

E- PARALEL VE TEKRAR İTHALATLAR KARŞISINDA AKİT DIŞI SORUMLULUK NORMLARININ HUKUKİ KONUMU

Bu noktaya kadar aktardığımız açıklamalar çerçevesinde, 556 sayılı KHK'nin 13. maddesi ile benimsenen ülkesel tükenme ilkesi neticesinde orijinal malların yurtdışından paralel ithalatının marka hakkına dayanılarak engellenebileceği, buna karşın tekrar ithalatın söz konusu olduğu hallerde marka sahibinin bu imkandan yoksun bulunduğu ifade edilmişti. Marka hakkına dayanılarak önlenemeyen tekrar ithalatların marka sahibi tarafından oluşturulan dağıtım ağı mensuplarınca sözleşme dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde engellenip engellenemeyeceği meselesi de kanımızca büyük önem arz etmektedir.

Bu aşamada önemle belirtilmesi gerekmektedir ki, paralel ve tekrar ithalatlar arasındaki ayırım, orijinal nitelikteki markalı malların yurtdışından ithalini önlemek üzere marka hakkına dayanılması halinde ülkesel tükenme

sistemi nedeniyle büyük önem ifade ederken, ithalatın önlenmesi amacıyla akit dışı sorumluluk hükümlerine başvurulması halinde hiçbir anlam ifade etmemektedir. Şu halde, paralel ve tekrar ithalatlar arasındaki ayırım, sonuçlarını yalnızca marka hukuku açısından doğurmaktadır. İncelememizin bu bölümünde konunun özellikle tekrar ithalat olasılığı dikkate alınarak incelenmesinin nedeni, yasal sistem çerçevesinde paralel ithalatların marka hakkına dayanılarak engellenmesinin zaten mümkün bulunmasıdır. Yoksa mevcut ülkesel tükenme sisteminde marka sahibinin marka hakkına dayanarak paralel ithalatı önlemekten kaçınması ve dağıtım ağı mensuplarının akit dışı sorumluluk hükümlerine müracaatla ithalatın önlenmesini talep etmeleri halinde de, aşağıda tekrar ithalat olasılığını dikkate alarak yapacağımız açıklamalar aynen geçerli olacaktır. Keza, ülkemizin tükenmenin coğrafi sınırı bakımından benimsediği sistemi değiştirerek uluslararası tükenme sistemine dönmesi halinde de, olası paralel ithalatların akit dışı sorumluluk hükümleri çerçevesinde engellenmesi açısından aşağıda tekrar ithalatlar dikkate alınarak yapılan açıklamalar geçerliliğini koruyacaktır.

1- Haksız Rekabet Kurallarının Uygulanabilme Olasılığı

TTK md.56'da; "*Aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suiistimali*" olarak tanımlanan haksız rekabet, özel hukukumuzdaki en temel sözleşme dışı sorumluluk görünümlerinden biridir. Hükmün lafzından, haksız rekabetin gerçekleşmiş sayılabilmesi için iki ayrı şartın aranacağı görülmektedir; bu şartlardan ilki objektif iyiniyet kuralları dışında hareket edilmesi, bir diğer anlatımla MK. md.2 çerçevesinde korunamayacak bir davranışın bulunması²⁸³, ikincisi ise bu davranışın iktisadi rekabeti etkilemeye, rekabet hakkını kötüye kullanmaya yönelik bulunmasıdır. Kanun koyucunu haksız rekabet düzenlemesini öngörmekteki temel amacı, yalnızca haksız rekabetten zarar gören süjeyi korumak değil, aynı zamanda piyasada mevcut rekabet

²⁸³ Ancak md. 2'ye aykırılık bulunması, kusur aranması anlamına gelmemektedir. Fail, kusurlu bulunmamasına karşın MK md. 2 anlamında objektif iyiniyet kaidelerine aykırı hareket etmiş olabilir (EDGÜ, "Ticaret Hukuku, I. Umumi Hükümler", Ankara 1964, s.128).

ortamını, temel ekonomik sistemi ve tüketicileri de korumaktır²⁸⁴. Düzenlemenin bu nitelikleri, marka hakkına dayanılarak engellenemeyen tekrar ithalatların, marka sahibi veya onun üretim ya da dağıtım ağına mensup kimselerce (tek yetkili satıcı veya lisans sahibi gibi) bu kurallara dayanılarak önlenmesinin talep edilip edilemeyeceği sorusunu gündeme getirmektedir.

Kanımızca, markalı malların tekrar ithalatının söz konusu olduğu hallerde, marka sahibi ya da onun üretim veya dağıtım ağına mensup üçüncü kişilerin haksız rekabet kurallarına dayanarak ithalatı engelleyebilmesi mümkün kabul edilmemek gerekir. Zira, anılan durumda haksız rekabetin şartları gerçekleşmiş kabul edilemez. Şöyle ki, tekrar ithalatı gerçekleştiren kimsenin objektif iyiniyet kaidelerine aykırı bir davranışı bulunmadığı gibi, iktisadi rekabeti kötüye kullanma amacı da söz konusu değildir. Gerçekten, markayı taşıyan orijinal nitelikteki malları salt ithal etmek ve iç pazarda piyasaya sunmak MK md.2 çerçevesinde objektif iyiniyet kaidelerine aykırı hareket olarak yorumlanamaz. Zira, tekrar ithalatı gerçekleştiren kimsenin Türkiye’de o markayı taşıyan malları pazarlayan, örneğin bir tek yetkili satıcı ya da münhasır lisans sahibi bulunduğunu bilmesi veya malların bizzat marka sahibi tarafından pazarlandığının bilincinde olması onu kötüniyetli kılmaz.

Dağıtım ağı mensubuyla marka sahibi arasındaki sözleşmesel ilişkiyi bilmesi, tekrar ithalatı gerçekleştiren kimseyi kötüniyetli addetmek için yeterli sebep değildir, kötüniyetin varlığına hükmetmek için tekrar ithalatı gerçekleştiren kimsenin dağıtım ağı mensubuna zarar vermek kasdıyla hareket etmesi gerekir. Oysa, istisnai haller bir kenara bırakılacak olursa tekrar ithalatı gerçekleştiren kimsenin iradesi zarar verme amacına yönelik değil, ticaret yapma hakkını kullanmaya yöneliktir. Burada altı çizilmesi gereken nokta, dağıtım ağı mensubunun haksız rekabet kurallarına dayanarak tekrar ithalatı önleyememesinin temel nedeninin, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi çerçevesinde marka sahibi ile arasındaki akdi ilişkiyi ithalatı yapan kimseye karşı ileri sürememesi olgusu olmadığıdır. Zira, dağıtım ağı

²⁸⁴ POROY/ YASAMAN, no.365.

mensubu haksız rekabet kurallarına dayanarak marka sahibi ile arasındaki akdi ilişkiyi ithalatı yapan kimseye karşı ileri sürmüş olmamakta, buna karşın ithalatı yapan kimsenin bu akdi ilişkiyi bilmesine rağmen ithalatı gerçekleştirmesinin onu TTK md.56 ve MK md.2 anlamında kötüniyetli hale getirdiğini iddia etmiş olmaktadır. Şu halde, dağıtım ağı mensuplarınca haksız rekabet normları çerçevesinde tekrar ithalatların önlenememesi, bu ithalatı gerçekleştiren kimsenin kötüniyetli kabul edilmemesinden kaynaklanmaktadır.

Tekrar ithalatı önlemek üzere bizzat marka sahibi tarafından haksız rekabet normlarına dayanılması halinde de ulaşacağımız sonuç aynı olacaktır. Gerçekten, özel düzenleme niteliğindeki KHK md. 13'e dayanılarak tekrar ithalatlara karşı sağlanamayan korumanın, genel düzenleme niteliğindeki TTK md.56 vd.' na dayanılarak sağlanabilmesi hukuk mantığı içerisinde kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Bu nedenle, özel düzenleme niteliğindeki KHK'nin sağlamadığı korumayı haksız rekabet normlarının da evleviyetle sağlamayacağını kabul etmek daha yerinde olacaktır.

Ancak kural olarak haksız rekabet normlarına dayanılarak tekrar ithalatların önlenemeyeceğini kabul ederken, bu çözüm tarzına bir ihtimalde istisna tanımak da gerekmektedir. Bu ihtimal, ithalata konu malların dumping²⁸⁵ amaçlı olarak Türkiye'ye sokulmak istenmesidir. Damping amaçlı yapılan ithalatların 3577 sayılı "*İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun*" çerçevesinde, adı geçen kanunun 7. maddesi uyarınca dumping marjı²⁸⁶ oranında ek vergi ile yaptırımlandırılması mümkün görünse de, bu tarz bir yaptırımın etkisi kural olarak ileriye dönük olacaktır²⁸⁷. Zira, "*Üretim dalının korunması, dumpingli mala ek vergi konulması suretiyle gelecekte ithal edilecek malların fiyatlarının artması*

²⁸⁵ 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun md. 2/a uyarınca dumping; bir ülkeden Türkiye'ye ihraç edilen bir malın, aynı veya benzer bir malın normal değerinin altında bir ihraç fiyatı ile Türkiye'ye sokulmasını ifade eder (Anılan kanun için bkz.; RG., 1.7.1989, S. 20212).

²⁸⁶ 3577 sayılı Kanun md. 2/g uyarınca dumping marjı; menşei veya ihracatçı ülke iç piyasasında aynı veya benzer bir mal için ödenmiş olan veya ödenmesi gereken fiyat ile ihraç fiyatı arasındaki farkı ifade eder.

²⁸⁷ ARKAN, "Ticari İşletme Hukuku", 6. Baskı, Ankara 2001, s.292.

şeklinde ortaya çıkar²⁸⁸.” Oysa, soruşturma süreci içerisinde ülkeye sokulabilecek markalı malların dampingli fiyat üzerinden piyasaya sunumu halinde, marka sahibi ya da onun dağıtım ağında yer alan üçüncü kişilerin zarara uğraması söz konusu olabilir²⁸⁹. Fikrimizce, bu ihtimalde marka sahibi ya da onun dağıtım ağına mensup üçüncü kişinin haksız rekabet normlarına dayanarak tekrar ithalatı önleyebilmesi mümkündür. Gerçekten, burada ithalatı yapan kimsenin damping amaçlı hareket etmekle kötüniyetli olduğu ve haksız rekabette bulunduğu açıktır.

2- BK md.41/II'nin Uygulanma Alanı

BK md.41/II'ye göre; *“Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine mecburdur.”* Markayı taşıyan malların Türkiye'ye tekrar ithali, kural olarak ahlaka mugayir fiil şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla da, prensip olarak tekrar ithalatı yapan kimseye karşı BK md.41/II'ye dayanılarak tazminat talebinde bulunulamaz. Ancak aksi sonuca varılmasını gerektiren hadiseler de tasavvur edilebilir. Şöyle ki, markalı malları Türkiye'ye ithal etmek fiil olarak ahlaka aykırı bulunmasa bile, ithalat ahlaka aykırı bir amaca ulaşmak niyetiyle yapılmış olabilir. Örneğin, bir holdinge ait bir gazetenin, başka bir holdinge ait bir şirketin üreterek yurtdışına ihraç ettiği belli bir markayı taşıyan cep telefonlarını tekrar ithalat yoluyla yeniden ülkeye sokması ve herhangi bir maliyet kaygısı gütmeksizin sırf rakibe zarar verme kasdıyla promosyon olarak dağıtmak istemesi halinde, marka hakkının tükenmesi nedeniyle engellenemeyen tekrar ithalat hem haksız rekabet normları çerçevesinde engellenebilir hem de BK md.41/II'ye dayanılarak ithalatı gerçekleştiren gazeteden tazminat talep edilmesi gündeme gelebilir. Ancak BK md.41/II'nin tanıdığı imkandan faydalanabilmek için ithalatı gerçekleştiren gazetenin zarar verme kasdının da ispatlanması gerekecektir²⁹⁰.

²⁸⁸ ARKAN, “Ticari İşletme Hukuku”, s.292.

²⁸⁹ ARKAN, “Ticari İşletme Hukuku”, s.292.

²⁹⁰ Zira BK md.41/II'nin uygulama alanı bulabilmesi için failin zarar verme kasdıyla hareket etmiş olması aranır (TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1993, s.493).

Şüphesiz, verilen örnekteki benzer bir tekrar ithalatın KHK md.13/II çerçevesinde haklı sebebe dayanılarak önlenmesi de söz konusu olabilecektir.

3- Temyiz Mahkemesinin Yaklaşımı

Aktardığımız soruna ilişkin olarak, bugüne değin Temyiz Mahkememizce verilmiş üç karar mevcuttur. Ancak her üç somut olayda da söz konusu olan tekrar ithalat değil, paralel ithalattır.

Yargıtay, incelediğimiz soruna ilk olarak KHK henüz yürürlüğe girmeden önce verdiği "Epson" kararıyla²⁹¹ değinmiştir. Karara konu olan olayda, "Epson" markalı bilgisayarların Türkiye'de tek yetkili satıcısı konumunda bulunan firma, bu markayı taşıyan ürünlerin biri İstanbul'da diğeri Ankara'da yerleşik bulunan iki şirket tarafından Amerika'dan ithal edilerek Türkiye'de satışa sunulmasının tek satıcılık hakkının ihlal edilmesi anlamına geldiği ve dolayısıyla haksız rekabet oluşturduğu düşüncesiyle ithalatı yapan firmaları TTK- md.56 vd. na dayanarak dava etmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ithalatı yapan her iki şirket de Amerika'dan ithal ettikleri bilgisayarların 110 Voltluk akımla çalışması nedeniyle trafolarını değiştirmiş ve cihazları 220 Voltluk akımla çalışır hale getirerek satışa sunmuşlardır. Ayrıca, her iki ithalatçı da Türkiye'deki tek yetkili satıcı tarafından üretilen ve Türkçe karakterleri ihtiva eden elektronik parçaları kopya ederek Amerika'dan ithal ettikleri bilgisayarlardaki karakter setleri ile değiştirmişlerdir. Davacı, davalılar tarafından yapılan trafo değiştirme ve karakter seti kopyalama işlemlerinin haksız rekabet teşkil ettiğini iddia etmekten başka, tek yetkili satıcısı bulunduğu markayı taşıyan malların yurtdışından ithali ve satışının tek satıcılık hakkının ihlali olduğunu ve haksız rekabet oluşturduğunu ileri sürmüş ve haksız rekabetin tesbitini, ihtiyati tedbir kararı ile ithalatın, dağıtım ve satışın durdurulmasını, orijinalliği bozulan ve kopya edilmiş elektronik parçaları taşıyan cihazların toplatılarak yeddiemine tevdiini, haksız rekabetin önlenmesini ve hükmün ilanını talep etmiştir. Davacı, bilgisayarların satış öncesi ve satış sonrası hizmetlerini

²⁹¹ bkz. dpn. 203.

verebilmek amacıyla uzun süredir gerekli yatırımları yaparak örgütlendiğini, büyük bir reklam kampanyası ile ürünü tanıttığını ve davalıların fiillerinin başkasını emeğinden haksız şekilde yararlanma anlamına geldiğini de ayrı bir gerekçe olarak ileri sürmüştür.

Yargıtay, davalılar aleyhine İstanbul ve Ankara'da açılan davalar üzerine yerel mahkemeler tarafından verilen hükümlerin temyizi aşamasında, karar düzeltme istemleriyle birlikte toplam altı hüküm tesis etmiştir. Anılan kararların birlikte değerlendirilmesi sonucu Temyiz Mahkemesi'nin vardığı sonuç şöylece özetlenebilir; "Epson" markalı bilgisayarların davalılar tarafından Türkiye'ye ithali hukuka uygun kabul edilmiş, davacının tek yetkili satıcılık hakkının ihlal edildiği ve haksız rekabet oluşturulduğu yolundaki iddiası, tek yetkili satıcılık hakkının akdi nitelikte olduğu ve sözleşmelerin nisbiliği ilkesi çerçevesinde üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği gerekçesiyle kabule şayan görülmemiş²⁹², buna karşın Yüksek Mahkeme karakter setini ihtiva eden elektronik parçaların davalılar tarafından kopya edilmesinin haksız rekabet oluşturduğuna hükmederek anılan parçaları taşıyan cihazların toplatılması yönünde hüküm tesis etmiştir.

Görüldüğü üzere, davanın marka hakkı üzerine temellendirilmemesi nedeniyle, Yargıtay'ın meseleye yaklaşımı sadece paralel ithalatın haksız rekabet teşkil edip etmediği yönünden olmuştur. Kanımızca Temyiz Mahkemesi'nin ulaştığı sonuç iki ayrı yönden değerlendirilmelidir. Teorik açıdan, paralel ithalatın haksız rekabet teşkil etmeyeceği yönündeki yaklaşım yerinde, ancak bu sonuca ulaşırken yapılan gerekçelendirme hatalıdır. Fikrimizce, paralel ithalatın haksız rekabet teşkil etmemesine gerekçe olarak tek yetkili satıcı ile üretici arasındaki sözleşmenin nisbiliği değil, bu sözleşmenin ithalatçı tarafından bilinmesinin onu kötünietli kılmaması gösterilmeli idi. Diğer yandan, somut olay bakımından varılan sonuç ise kanımızca eleştiriye açıktır. Şüphesiz, karakter setini ihtiva eden parçaların kopya edilmesi suretiyle davalılar tarafından haksız rekabette

²⁹² İnan, kararın ticari hakkaniyet ve rekabet özgürlüğü ilkeleri bakımından yerinde olduğunu belirtmektedir (İNAN, "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Batider, C.XVII, S.2, 1993, s.66).

bulunulduğu, bu nedenle kopya parçaları ihtiva eden bilgisayarların toplatılması gerektiği yönündeki yaklaşım yerindedir. Ancak somut olayda Temyiz Mahkemesi tarafından dikkate alınmayan önemli bir olgu daha mevcuttur; o da davalıların ithal ettikleri bilgisayarların trafolarını değiştirerek ürünlerin orijinalliğini daha başlangıçta bozmalarıdır. Gerçekten, davalıların ürünün orijinal niteliğine yaptıkları müdahalenin olası kötü sonuçları sonucunda tüketicinin gözünde itibar kaybedecek olan “Epson” markası olacak ve bu markayı taşıyan malların tek satıcısı durumunda bulunan kimse de bu sebeple zarara uğrayabilecektir. Bu nedenle, fikrimizce Yargıtay’ın ürünlerin orijinal niteliklerinin ortadan kaldırılarak tekrar ticaret mevkiine konulmasını, TTK md. 56 anlamında haksız rekabet olarak nitelendirilmesi daha doğru olurdu. Gerçekten, davalıların ürünün orijinal niteliğinin değişmesi sonucu markanın tüketicinin gözünde itibar kaybedebileceğini bildikleri ya da bilmeleri gerektiği açık olduğundan, MK. md. 3 anlamında kötüniyetli oldukları ve eylemlerinin haksız rekabet teşkil ettiğini kabul etmek, haksız rekabet için çerçeve tanım vermekle yetinen TTK sistematigi içerisinde mümkün olabilirdi. Kanımızca, davacı haksız rekabetin önlenmesini talep ettiğine göre, davalıların söz konusu bilgisayarları ithal etmekten men edilmesi de somut olayın şartları göz önüne alındığında mümkün olabilirdi²⁹³.

Yargıtay’ın, KHK yürürlüğe girdikten sonra bu sorunsala ilişkin olarak verdiği ilk karar “Police” kararıdır²⁹⁴. Karara konu olan olayda, İtalyan şirketi *De Rigo SPA*’ya ait tüm dünyada ve bu arada Türkiye’de tescil edilmiş bulunan “Police”, “Sting” ve “Vogart” markalarının Türkiye distribütörü ve inhisari lisans hakkı sahibi SESA Dış Tic. Semih Saraçoğlu, İtalyan şirketi ile yaptığı ve ayrıca TPE’ye de tescil edilmiş bulunan sözleşmeye göre bu markayı taşıyan ürünleri Türkiye’ye ithal etmeye, pazarlamaya, tanıtımını ve reklamını yapmaya, bu markalara karşı haksız rekabet ve markaya tecavüz

²⁹³ Yargıtay’ın, orijinal markalı malların paralel ithaline olanak tanıyan bu kararıyla, KHK yürürlüğe girmeden önceki dönemde uluslararası tükenme ilkesini uygulamaya koyduğu ifade edilmiştir (PINAR, s.893-894, TAYLAN, s.106 dpn. 166). Fikrimizce bu görüşü kabule olanak yoktur. Zira, Temyiz Mahkemesinin bu kararında olayı marka hukuku yönünden incelemeyeceği açıktır. Davacının marka hakkına dayanmaması nedeniyle Yargıtay’ın bilinçli ya da bilinçsiz olarak uluslararası tükenme ilkesini uyguladığını düşünme olasılığı dahi bulunmamaktadır. Aynı yönde bkz.; KAYHAN, s.55.

²⁹⁴ bkz. dpn. 222.

hallerinde dava açmaya tek başına yetkilidir. Davalı ise, 1996 ve 1997 yılları kreasyonlarına ait orijinal markalı gözlükleri Türkiye'ye ithal ederek kendi dükkanında piyasaya sunmuş ve bu durum Kadıköy 17. Noterliği'nce tespit olunmuştur. Davacı, markayı taşıyan gözlüklerin Türkiye'ye ithal yetkisinin yalnızca kendisinde olduğunu, rızası bulunmadan bu markayı taşıyan gözlüklerin ithal edilerek Türkiye'de satışa sunulmasının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürmüştür.

Temyiz Mahkememiz, paralel ithalat konusu mallar üzerindeki marka hakkının tükendiği gerekçesiyle davacının marka hukuku temelindeki taleplerini geri çevirmiş, doktrin de mahkemenin bu yaklaşımını haklı olarak eleştirmiştir²⁹⁵. Gerçekten, tükenmenin coğrafi sınırı bakımından ülkesel tükenmeyi benimseyen KHK md. 13, paralel ithalatlara karşı marka hakkına dayanılmasına olanak tanımaktadır. Ancak Yargıtay, yurt içinde yapılan ilk piyasaya sunumla yurt dışında sunumu yapılan mallar üzerindeki hakkın da tükendiğini kabul ederek ülkesel tükenme sistemi ile bağdaştırılamayacak bir sonuca varmıştır.

Mahkeme, meseleye haksız rekabet yönünden yaklaştığında, kendi bölgesinde tekel hakkına sahip olan tek satıcıya bu imkanı sağlamanın yapımcının yükümlülüğünde bulunduğu dikkat çekmek suretiyle "Epson" kararıyla ortaya koyduğu gerekçeleri aynen tekrarlamış ve bu kararıyla oluşturduğu çizgiye sadık kalarak paralel ithalatın haksız rekabet teşkil etmediğine hükmetmiştir.

Yargıtay'ın hem "Epson" hem de "Police" kararıyla ortaya koyduğu bir diğer ilkesel yaklaşım, tek satıcının tanıtım ve reklam faaliyetinde bulunmak suretiyle *good-will* yaratmış olmasının paralel ithalatın haksız rekabet olarak nitelendirilmesi için yeterli kabul edilmeyeceği şeklindedir ki, bu yaklaşım tarafımızdan da paylaşılmaktadır. Gerçekten, aksine bir çözüm tarzını kabul, hemen her ürünün tanıtılması mutad olduğundan paralel ve tekrar ithalatları olanaksız kılar. Hatta bu çözüm tarzı kabul edilirse, yurtiçindeki tek satıcıdan markalı malları edinerek yine yurtiçinde yeniden satışa sunan

²⁹⁵ PINAR, s.905 vd., KAYHAN, s.65-66, TAYLAN, s.106.

üçüncü kişilerin de haksız rekabet normlarına dayanılarak engellenmesinin önü açılmış olur. Şu halde, tek satıcının satacağı ürünün tanıtımını yapması ve ürünün ithalatını yapan kimsenin bu tanıtımdan belli ölçüde yararlanması ticari faaliyetin doğal sonucu olarak kabul edilmelidir. *Heald*'in haklı olarak belirttiği üzere²⁹⁶, aslında her tacir rakiplerinin reklam faaliyetinden faydalanmaktadır, bu bir yerde ticaretin doğası gereğidir. Yazarın bu açıdan verdiği örnek çarpıcıdır: *Chrysler*'in yeni modeli için yapacağı tanıtımdan *Ford* ve *Chevrolet* de muadil ürünleri için kaçınılmaz olarak yararlanacaktır. Kanımızca, verilen örnek çerçevesinde yazarın haklılık payı yadsınamayacak ölçüdedir.

Temyiz Mahkemesi'nin "*Police*" kararıyla oluşturduğu çizgiyi teyid eden son kararı²⁹⁷, somut olay bakımından benzer bir davada verilmiştir. Davada, "*Dexter*" markalı ayakkabıların Türkiye'deki tek yetkili temsilcisi statüsünde bulunan davacı, bu markayı taşıyan ayakkabıların davalı tarafından ithalinin marka hakkının ihlali ve haksız rekabet teşkil ettiğini savunmuştur. Yargıtay, tükenme ilkesi yönünden "*Police*" kararı ile oluşturduğu ülkesel tükenme ilkesi sistemi ile bağdaşmayan içtihadını bu karar ile de teyid etmiş ve paralel ithalatın marka hakkına dayanılarak engellenemeyeceğini ifade etmiştir. Mahkeme, haksız rekabet savı yönünden yaptığı incelemede ise, "*Epson*" ve "*Police*" kararlarıyla oluşturduğu gerekçelendirme ve içtihadı sadık kalmış, paralel ithalatın haksız rekabet olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Bu bağlamda, Yargıtay'ın paralel ithalatın haksız rekabet teşkil etmediği yönündeki içtihadı artık müstekar hale gelmiş olarak kabul edilebilir, fikrimizce bu yaklaşım olumludur. Ancak Temyiz Mahkemesinin "*Police*" ve "*Dexter*" kararlarıyla tükenme ilkesi yönünden oluşturduğu içtihat, KHK md.13 ile benimsenen ülkesel tükenme sistemi çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte değildir. Mahkemenin, önüne çıkan ilk fırsatta bu içtihadından dönmesi ve ülkesel tükenme sisteminin bünyesine uygun yaklaşım sergilemesi zorunlu gözükmektedir.

²⁹⁶ HEALD, s.657 dpn.152.

²⁹⁷ bkz. dpn. 223.

F- GÜMRÜK BİRLİĞİ REJİMİ ÇERÇEVESİNDE MARKA HAKKININ TÜKETİLMESİ

Markaların Korunması Hakkında KHK'nın, Gümrük Birliği rejimine geçilecek olması nedeniyle Türk mevzuatını AB mevzuatıyla uyumlaştırma çabalarının bir ürünü olduğu çalışmamızın önceki bölümlerinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, tükenme ilkesinin marka hukukumuzda AB mevzuatı ile uyum sağlama çabaları sonucunda girdiğini söylemek yanlış bir tespit olmayacaktır. Buna karşın, Avrupa Topluluğu ile Türkiye arasındaki Ortaklık Konseyi Kararı'nın marka hakkının tüketilmesi bakımından ilginç bir düzenlemeyi ihtiva ettiğini belirtmeliyiz. Aşağıda, öncelikle Ortaklık Konseyi Kararı'nda yer verilen düzenleme incelenecek, sonraki bölümde ise konuya ilişkin değerlendirmemiz sunulacaktır.

1- Ortaklık Konseyi Kararı'nda Öngörülen Düzenleme

Türkiye ile AB arasında, Ankara Anlaşması'nın 5. maddesi çerçevesinde "Gümrük Birliği" rejimini kuran 1/95 sayılı ve 6.3.1995 tarihli Ortaklık Konseyi Kararı'nın²⁹⁸, fikri, sınai ve ticari mülkiyetin korunması hakkındaki 8. Eki'nin 9. maddesinin II. fıkrasında, marka hakkının tüketilmesi ilkesi bakımından eleştiriye açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anılan hükme göre; *"Bu karar, bu karar çerçevesinde tarafların ticaret ilişkilerine uygulanan fikri, sınai ve ticari mülkiyet haklarının tüketilmesi sonucunu doğurmaz"*. Hükme göre, Gümrük Birliği çerçevesinde ülkeye giriş yapan ve Türkiye'de sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hak AB hukuku bakımından tükenmiş kabul edilmeyecektir, buna karşın tam tersi de geçerli bulunduğundan AB'de piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki marka hakkı da Türk hukuku bakımından tükenmiş olmayacaktır. Şu halde, anılan hükmün getirdiği düzenleme nedeniyle Türkiye'den AB'ye ya da AB'den Türkiye'ye paralel ithalat gerçekleştirmek mümkün olmayacaktır²⁹⁹. Bu bağlamda, hüküm olası paralel ithalatlara karşı fikri-sınai mülkiyet

²⁹⁸ Ortaklık Konseyi Kararı, devletler hukuku anlamında bir sözleşme olarak kabul edilmemektedir (TEKİNALP, "Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri", İHFM, C.LV, S.1-2, 1996, s.28).

²⁹⁹ OYTAÇ, "Markalar Hukuku", 1. Bası, İstanbul 1999, s.37.

haklarına dayanılmasına imkan tanımak suretiyle AB açısından hayli avantajlı bir düzenleme öngörmektedir.

2- Değerlendirmemiz

Gümrük Birliği rejimini kuran 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın fikri, sınai ve ticari mülkiyetin korunması hakkındaki 8. Ek'inin değinilen hükmü, Türk doktrini tarafından şiddetle eleştirilmiştir. Gerçekten, kararda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmesini anlamak mümkün değildir³⁰⁰. Şöyle ki; *Pinar* tarafından da haklı olarak belirtildiği üzere³⁰¹, anılan düzenleme Türkiye ile AB arasındaki Ankara Anlaşması'nın Gümrük Birliği'ni düzenleyen 10. maddesine de aykırıdır. Anılan hükme göre; her iki taraf, ithalat ve ihracatta miktar kısıtlamaları ve eş etkili tüm tedbirleri kaldırma yükümlülüğü altındadırlar. Benzer düzenleme, Konsey Kararı'nın 5. ve 6. maddelerinde de mevcuttur. Tükenme ilkesinin uygulanma kabiliyetini kaybettiği durumlarda marka hakkının en belirgin "eş etkili tedbir" olarak kullanılabileceği göz önüne alınırsa, bu tespitimizdeki haklılık payı anlaşılacaktır. *Arkan* ise, düzenlemenin yanlışlığına dikkat çekmek amacıyla Türkiye ile AB arasındaki Gümrük Birliği rejiminin amacını sorgulamaktadır³⁰². Yazara göre; gümrüklerin kaldırılması, üçüncü ülkelere karşı Topluluğun dış politikasının ortak dış tarifeyi oluşturacak biçimde benimsenmesi, malların serbest dolaşımının kabulü, Türk fikri-sınai mülkiyet hukuku mevzuatının Topluluk mevzuatına uyumunun sağlanması, bu uyum sağlanırken AB'nin gelecekte çıkaracağı düzenlemelerin de dikkate alınması koşullarının yer aldığı bir gümrük birliği ilişkisinde, entegrasyon yoğunluğunun azlığından söz etmek mümkün değildir³⁰³. Yazar, aynı amaçları taşıyan Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'nda tükenme ilkesine

³⁰⁰ YILMAZ, "Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar", MÜATEAAD, C.4 S.1-2, s.29, 1995- 1996, KEŞLİ, "The Role of Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Integration; Application of the Principle in the European Internal Market & Turkish Customs Union", Moroğlu' na Armağan, İstanbul 1999, s.432.

³⁰¹ PINAR, s.894.

³⁰² ARIKAN, "Fikri ve Sınai Haklarda "Hakkın Tüketilmesi Doktrini", Avrupa Birliği ve Türkiye", İKVD 1996, s.33.

³⁰³ ARIKAN, "Hakkın Tüketilmesi Doktrini", s.33.

yer verildiğini de hatırlatarak Konsey Kararı'nda benimsenen düzenlemeyi eleştirmektedir³⁰⁴.

Kanımızca, aktarılan eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Türkiye ile AB arasında oluşturulan ekonomik birliktelik, Türkiye'nin süregiden tam üyelik süreci paralelinde, anılan karar çerçevesinde gümrüklerin kaldırılması, Topluluk ortak dış ticaret politikasına ülkemizin de dahil edilmesi gibi entegrasyon amaçlı uygulamaları içermektedir. Bu nedenle, ekonomik entegrasyonu sağlama amacına ulaşabilmek adına yapılması gereken AB pazarı ile Türkiye pazarını entegre etme yönünde çaba sarf etmek olmalıdır. Oysa Topluluk tarafının ısrarıyla³⁰⁵ Konsey Kararı'nda benimsenen düzenleme, Türkiye'nin henüz ortak pazara dahil görülmediğini tüm açıklığıyla ortaya koymaktadır³⁰⁶. Temennimiz, kapsamlı bir mevzuat uyumlaştırma sürecini başarıyla gerçekleştirerek üzerine düşeni yerine getiren Türkiye'nin ortak pazara entegrasyonunu sağlamak amacıyla anılan düzenlemenin bir an evvel Konsey Kararı'ndan çıkarılmasıdır. Gümrük Birliği rejimi, ancak hiçbir haklı gerekçeye dayanmayan bu hükmün ortadan kaldırılmasıyla hedefine ulaşabilecektir³⁰⁷.

³⁰⁴ ARIKAN, "Hakkın Tüketilmesi Doktrini", s.33.

³⁰⁵ ARIKAN, "Hakkın Tüketilmesi Doktrini", s.33.

³⁰⁶ Topluluk tarafından, tükenmenin devre dışı bırakılması yönteminin, Türkiye'de üretilebilecek ucuz mallara karşı pahalı maliyetle Avrupa'da üretilcek malların rekabet gücünün bulunmaması nedeniyle tercih edildiği ifade edilmiştir (GÜDÜM, "Intellectual Property Rights in the European Union and the Evolution of Trade Marks Together with the Exhaustion of Rights Principle in Scope of the Customs Union", İstanbul 1998, s.82).

³⁰⁷ KEŞLİ, s.435, GÜDÜM, s.84.

• SONUÇ

Buraya kadarki açıklamalarımız çerçevesinde de ifade edildiği üzere, tükenme ilkesi, marka sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunumu yapılan markalı malların piyasa ajanları arasında tedavülüne marka hakkına dayanılarak engel olunmasını önleme amacına hizmet eden, sınai mülkiyet haklarının en sık karşılaşılan türü olan marka hakkının bahsettiği tekel niteliğindeki hakları sınırlayan ve serbest ticaret doktrinini benimseyen pazarlar için ciddi önem arz eden bir müessesedir.

Tükenmenin coğrafi sınırını belirleme yönünden, bir diğer ifadeyle hangi coğrafi sınırlar içerisinde piyasaya sunumu yapılan markalı mallar üzerindeki hakkın tükeneyeceğini tespit açısından üç ayrı sistem ortaya çıkmıştır. Bunlar ülkesel, bölgesel ve uluslararası tükenme sistemleridir. Her üç sistemin de marka hakkını tanıyan ülke ya da bölge sınırları dışından tekrar ithalatlara imkan tanımasına karşın, ülkesel ve bölgesel tükenme sistemleri, ülke ya da bölge sınırları dışından paralel ithalata engel oluşturmaktadırlar. Uluslararası tükenme sistemi ise; markayı taşıyan malların piyasaya sunumu hangi coğrafi pazarda gerçekleştirilmiş olursa olsun, sunumun yapıldığı pazardan iç pazara (uluslararası tükenme sistemini benimseyen ülke pazarına) paralel ithalata olanak tanımaktadır. Tükenmenin coğrafi sınırı yönünden benimsenen bu üç sistem arasında GATT'ın temel felsefesi ile uyumlu olan ve tüketicinin yararına sonuç doğuran tek sistem uluslararası tükenmedir. Gerçekten, paralel ithalata konu mallar orijinal nitelikte bulunduğundan, bu malların dış pazarlardan ithalatı suretiyle iç pazarda piyasaya sunulmasının markanın fonksiyonlarına hanel getireceğini iddia etmek mümkün değildir. Bugün için, dünya ekonomisinin üç büyüklerinden ikisini teşkil eden ABD ve Japonya uluslararası tükenme sistemini uygularken, üçüncü büyük konumunda bulunan AB bölgesel tükenme sistemini tercih etmektedir. Buna karşın, AB

içerisinde de bölgesel tükenme ilkesine yönelik eleştiriler ve uluslararası tükenmeye dönülmesi lehinde baskılar gün geçtikçe artmaktadır.

Ülkemizin KHK md.13 ile tükenmenin coğrafi sınırı yönünden benimsediği sistem ise ülkesel tükenmedir. Fakat Yargıtay, ülkesel tükenme ilkesinin en belirgin özelliğinin yurt dışından yapılan paralel ithalatların marka hakkına dayanılarak engellenebilmesi olgusu olmasına rağmen, "Police" ve "Dexter" kararlarıyla paralel ithalatlara olanak tanımaktadır. Şüphesiz, mevcut olan hukuk bakımından Yargıtay'ın bu yaklaşımına sıcak bakmak mümkün değildir, Yüksek Mahkeme'nin önüne çıkan ilk fırsatta bu yaklaşımından dönmesi hukuki tutarlılığı sağlamak bakımından olumlu olacaktır. Diğer taraftan, kanımızca asıl tartışılması gereken nokta, Türkiye'nin ekonomik göstergeleri ile ülkesel tükenme sisteminin uyum içerisinde bulunup bulunmadığıdır. Fikrimizce, Türkiye gibi kişi başına düşen milli gelir oranı düşük, ithal ikameci ekonomiyi benimsemiş bir ülkenin, ülkesel tükenme sistemini seçerek tüketici yararına olduğu tartışmasız olan paralel ithalatları engellemesi yerinde bir tercih değildir. Gerçekten, KHK'nın gerekçesinden ülkesel tükenme ilkesinin tercih nedeni de anlaşılamamakta, söz konusu durum iktisadi gerçeklerle ters düşen bu tercihin pek de bilinçli yapılmadığı, aceleye getirildiğini düşündürmektedir. Bu bakımdan, KHK md.13/I'de yapılacak bir değişiklik ile uluslararası tükenmeye dönülerek tüketici yararına olan sistemin benimsenmesi kanımızca daha yerinde olacaktır. Yargıtay'ın paralel ithalatın haksız rekabet oluşturmadığına dair bizim de katıldığımız görüşü, ancak bu nevi ithalat marka hakkına dayanılarak önlenemediği takdirde anlam ifade etmektedir. Özellikle ilaç sektörü gibi, doğası gereği tam rekabetçi piyasaya kapalı sektörler açısından paralel ithalatların marka içi rekabeti artırarak olumlu katkıda bulunacağı ve tüketici yararına sonuç doğuracağı da unutulmamalıdır.

Kanımızca, tükenmenin uygulanmayacağı halleri belirleyen md.13/II'de yapılacak bir değişiklik ile mehzat Yönerge hükmüne paralel olarak "*haklı sebep*" kavramına yer verilmesi de yerinde olacaktır. Ancak bu yönde bir değişiklik yapılınca da değin, Yargıtay'ın maddede belirlenen hallerin

sınırlayıcı olarak sayılmadığını kabul etmek suretiyle, MK md. 2 yardımıyla haklı sebeplerin varlığında marka sahibinin malların yeniden ticaret mevkiine konmasına müdahalede bulunabilmesine olanak tanınması fikrimizce mümkün görünmektedir.

Tükenmeye ilişkin davalarda ispat külfetinin nasıl dağıtılacağı da önem arz eden bir konudur. Marka hakkı karşısında tükenme ilkesine dayanılması, hakkın varlığını kabul ancak haklı bir sebebe dayanarak gereğini yerine getirmekten kaçınma niteliğindedir, bu ise tükenme ilkesinin bir def'i olarak kabulünü gerektirir. Tükenmeye ilişkin davalarda da usul hukukunun temel prensiplerinden ayrılmak için bir sebep yoktur, MK md. 6 gereği iddia eden iddiasını ispatla mükellef bulunduğu, tükenmenin gerçekleştiğini iddia eden davalı, markalı malların marka sahibinin rızası dahilinde piyasaya sunulduğunu ve bu malları yasal yollardan elde ettiğini ispat etmekle yükümlüdür. Gerçekten, ispat yükünün marka sahibine ait kabul edilmesi halinde, olumsuz vakıaların ispatı gerekeceğinden usul hukuku yönünden ciddi bir sorunla karşılaşılacaktır.

Gümrük Birliği rejimi çerçevesinde, 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın fikri-sınai mülkiyet haklarına ilişkin 8. Ek'inin 9. maddesinin II. fıkrası ile öngörülen ve Türkiye-AB ilişkilerinde tükenme ilkesini uygulama alanı dışında bırakan düzenlemenin de haklı bir sebebe dayanmadığı tartışmadan uzaktır. Tam üyelik sürecinde mevzuatını uyumlaştırma çabalarını iyiniyetle sürdüren Türkiye'nin ortak pazardan dışlanması anlamını taşıyan bu hükmün, Gümrük Birliği'nin amacına ulaşması isteniyorsa karardan çıkarılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

A) GENEL YAPITLAR

ARKAN Sabih; "Ticari İşletme Hukuku", 6. Baskı, Ankara 2001.

BAŞTUĞ İrfan/ ERDEM H. Ercüment; "Ticari İşletme Hukuku (Ders Notları)", Ankara 1993.

EDGÜ Ekrem; "Ticaret Hukuku - I. Umumi Hükümler", Ankara 1964.

EREM Turgut S.; "Ticaret Hukuk Prensipleri C.I", 4. Baskı, İstanbul 1971.

GUYON Yves; "Droit des Affaires, Tome 1- Droit Commercial Général et Sociétés", 8 éme Edition, Economica Pub., Paris 1994.

KARAYALÇIN Yaşar; "Ticaret Hukuku I.Giriş- Ticari İşletme", 3. Baskı, Ankara 1968.

MİMAROĞLU Sait Kemal; "Ticaret Hukuku I.Cilt - İşletme Hukuku", Ankara 1978.

POROY Reha/ YASAMAN Hamdi; "Ticari İşletme Hukuku", Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 1998.

TEKİL Fahiman; "Ticari İşletme Hukuku", İstanbul 1990.

TEKİNAY S.S./ AKMAN S./ BURCUOĞLU H./ ALTOP A; "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Genişletilmiş 7. Bası, İstanbul 1993.

B) UZMANLIK YAPITLARI

ARKAN Sabih; "Marka Hukuku Cilt I", Ankara 1997 (Anılış: "Marka Hukuku C. I").

ARKAN Sabih; "Marka Hukuku Cilt II", Ankara 1998 (Anılış: "Marka Hukuku C. II").

ARSEVEN Haydar; "Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku", İstanbul 1951.

AYİTER Nuşin; "İhtira hukuku", Ankara 1968.

BELLAMY/ CHILD; "Common Market Law of Competition", 4th Ed., 1993.

CAMCI Ömer; "Marka, Patent, Tasarım ve Haksız Rekabet Davaları", İstanbul 1998.

CORNISH W.R.; "Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks And Allied Rights", 4th Ed., Sweet & Maxwell Pub., London 1999.

DOERN Bruce G.; "Global Change and Intellectual Property Agencies", Pinter Pub., London 1999.

DÖNMEZ İrfan; "Markalar ve Haksız Rekabet Davaları (En Son İçtihatlarla)", İstanbul 1992.

ERDEM Bahadır B.; "Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", 1. Bası, İstanbul 2000 (Anılış: "Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk").

FAULL Jonathan/ NIKPAY Ali; "The EC Law of Competition", Oxford University Press, November 1999.

FAWCETT James L./ TORREMANS Paul; "Intellectual Property and Private International Law", Clarendon Press, Oxford 1998.

FRANSOZİ Mario; "European Community Trade Mark", Kluwer Law International, Netherlands 1997.

GÜRZUMAR Osman Berat; "Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması", İstanbul 1995.

HOPKINS James L.; "The Law of Unfair Trade", Rothman Co. Pub., Colorado 1997.

İŞGÜZAR Hasan; "Tek Satıcılık Sözleşmesi", Ankara 1989.

JACKSON John H.; "The Jurisprudence of GATT and the WTO, Insight on Treaty Law and Economic Relations.", Cambridge University Press, Cambridge 2000.

JONES Allison/ SUFRIN Brenda; "EC Competition Law, Text, Cases and Materials", Oxford University Press, New York 2001.

KARAHAN Sami; "Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat", Konya 1996.

KEYDER Virginia Brown; "Fikri Mülkiyet Hakları ve Gümrük Birliği", İstanbul Kasım 1996.

KIRCA Çiğdem; "Franchise Sözleşmesi", Ankara 1997.

KORAH Valentine; "An Introduction Guide to EEC Competition Law and Practice", 3rd. Ed., London 1986.

MANSFIELD Edwin; "Intellectual Property Protection, Direct Investment and Technology Transfer", International Finance Corporation Discussion Paper:27, World Bank Pub., Washington 1995.

MAY Christopher; "A Global Economy of Intellectual Property Rights, The New Enclosures?", Routledge Pub., New York 2000.

MERCIER P. / MACH O. / GILLIERON H. / AFFOLTER S.;"Grands Principes du Droit de la Concurrence", Bruxelles 1999.

MICHAELS Amanda; "A Practical Guide to Trademark Law", 2nd Ed., Sweet & Maxwell, London 1996.

MILLER Arthur R./ DAVIS Michael H.; "Intellectual Property Patents, Trade Marks and Copyright", 3rd Ed., West Group Pub., St.Paul- Minn. 2000.

OKUTAN Gül (Tekinalp/ Tekinalp); "Avrupa Birliği Hukuku", 2. Bası, İstanbul 2000 (Anılış: "AB Hukuku").

OLIVER Peter; "Free Movement of Goods in the European Community", 3rd Ed., Sweet & Maxwell, London 1996 (Anılış: "Free Movement of Goods").

ORTAN Ali Necip; "Patent Lisansı Sözleşmesi", Ankara 1979.

OYTAÇ Kutlu; "Markalar Hukuku", 1. Bası, İstanbul 1999.

ÖÇAL Akar; "Türk hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak)", Ankara 1967.

ÖZCAN Mehmet; "Avrupa Birliğinde Fikri ve Sınai Haklar", Ankara 1999.

PAUL/ HASTINGS/ JANOFSKY/ WALKER; "North American Free Trade Agreement, Summary and Analysis", Times Mirror Books, 1992-1993.

PICKERING C.D.G.; "Trade Marks in Theory and Practice", Hart Pub., Oxford 1998.

PORT K.L./ Mc MANIS C.R./ Mc ELWEE T.P./ HAMMERSLEY F.M.; "Licensing Intellectual Property", Carolina Academic Press, Durham 1999.

PRIME Terence; "European Intellectual Property Law", Dartmouth Publishing Co. Ltd., Great Britain 2000.

SAMUELS Jeffrey M.; "Patent, Trademark and Copyright Laws", Washington 2000.

SCHECHTER Roger E.; "Unfair Trade Practices & Intellectual Property", 2nd Ed., Black Letter Series West Group Pub., St. Paul 1993.

SZALEWSKI Joanna SCHMİDT; "Droit de la Propriété Industrielle", 4. édition, Dalloz, Paris 1999.

TAYLAN Esin Çamlıbel; "Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi", Ankara 2001.

TEKİNALP Ünal; "Fikri Mülkiyet Hukuku", 1. Bası, İstanbul Ekim 1999 (Anılış: "Fikri Mülkiyet Hukuku").

VIGNAL Marie MALAURIE; "Droit Interne de la Concurrence", Armand Colin Pub., Paris 1996.

C) TEZLER

AKKARACA Melike; "The Protection of Intellectual Property Rights Within the Framework of the Principle of Free Movement of Goods in the European Union", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü'ne sunulmuş yüksek lisans tezi, İstanbul 1999.

GÜDÜM Sinem; "Intellectual Property Rights in the European Union and the Evolution of Trade Marks Together with the Exhaustion of Rights Principle in Scope of the Customs Union", Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü'ne sunulmuş yüksek lisans tezi, İstanbul Nisan 1998.

D) MAKALELER

ABBEY Michael; "The Exhaustion of IP Rights Under the EEA Agreement Does Not Apply to Third Country Goods", ECLR, Vol:13, No.6, November- December 1992, s. 231-233.

ABBOTT Frederick M; "Commentary: The International Intellectual Property Order Enters the 21st Century", Vanderbilt JTL, Vol:29, No.3, May 1996, s. 471-504.

ALEXANDER Willy; "Exhaustion of Trade Mark Rights in the European Economic Area", ELR, Vol:24, No.1, 1999, s. 56-67 (Anılış: "Exhaustion of Trade Mark Rights").

ALEXANDER Willy; Exhaustion of Intellectual Property Rights: Worldwide or Community- (EEA) wide?", Intellectual Property and Information Law- Essays in Honour of Herman Cohen Jeroham, 1998, s. 3-16 (Anılış: "Worldwide or Community wide?").

AMMANN Jürg M.; "Intellectual Property Rights and Parallel Imports", Legal Issues of European Integration, Vol.26, Issue No. ½, 1999, s. 91-121.

ARIKAN Ayşe Saadet; "Fikri Sınai Haklarda "Hakkın Tüketilmesi Doktrini", Avrupa Birliği ve Türkiye", İKVD , S.129, 1996, s. 33-52 (Anılış: "Hakkın Tüketilmesi Doktrini").

ARIKAN Ayşe Saadet; "Fikri ve Sınai Haklar Kapsamındaki Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması", MÜATEAAD, C.4, S.1-2, 1995-1996, s.143-167 (Anılış: "Taklit ve Korsan Malların Gümrüklerde Geçici Olarak Durdurulması").

ARKAN Sabih; "Marka Hakkına Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu", Batider, C.XX, S.3, 2000, s. 5-13 (Anılış: "İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu").

ARKAN Sabih; "Marka Hakkının Tüketilmesi", Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.197-208 (Anılış: "Marka Hakkının Tüketilmesi").

ARKAN Sabih; "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması", Batider, C.XX, S.1, 1999, s. 5-17 (Anılış: "Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması").

BEIER K.F.; "Industrial Property and the Free Movement of Goods in the Internal European Market", IIC, Vol:21, No.2, 1990, s.131-160.

BERZEK Ayşenur; "556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de Markaların Düzenlenmesi" İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 77-88.

BRINKHOF Jan; "Merck II: A Missed Opportunity" , Intellectual Property and Information Law -Essays in Honour of Herman Cohen Jeroham, 1998, s. 243-252.

BRONCKERS Marco C.E.J.; "The Exhaustion of Patent Rights under WTO Law", Journal of World Trade, Vol:32, No.5, October 1998, s.137-159 (Anılış: "Exhaustion of Patent Rights").

BRONCKERS Marco C.E.J.; "The Impact of TRIPs: Intellectual Property Protection in Developing Countries", CML Rev., Vol.31, No.6, 1994, s.1245-1281 (Anılış: "The Impact of TRIPs").

COTTIER Thomas; "The Prospects For Intellectual Property in GATT", CML Rev., Vol.28, No.2, Summer 1991, s. 383-414.

DİRİKKAN Hanife; "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 219-280.

EINHORN Talia; "The Impact of the WTO Agreement on TRIPs (Trade- Related Aspects of Intellectual Property Rights) on EC Law: A Challenge to Regionalism", CML Rev., Vol:35, 1998, s.1069-1099.

ERDEM Bahadır B.; "Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi", Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 39-54 (Anılış: "Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi").

FOX Eleanor M.; "Trade, Competition and Intellectual Property – TRIPs and its Antitrust Counterparts", Vanderbilt JTL, Vol:29, No.3, May 1996, s. 481-505.

FRIEDMAN Lawrence M.; "Business and Legal Strategies for Combating Grey-Market Imports", Int. Lawyer, Vol.32, No.1, Spring 1998, s. 27-50.

GÜRZUMAR Osman Berat; "Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler", Yargıtay Dergisi, C.20, S.4, Ekim 1994, s. 501-523.

HEALD Paul J.; "Trademarks and Geographical Indications: Exploring the Contours of the TRIPS Agreement", Vanderbilt JTL, Vol. 29, No.3, May 1996, s. 635-660.

İNAN Nurkut; "Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler", Batider , C.XVII, S.2, 1993, s. 55-77.

KARAYALÇIN Yaşar; "Üst Kuruluşlar Hukuku" , Batider , C.XVI, S.1, Haziran 1991, s. 7-47.

KAYHAN Fahrettin; "Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi", FMR, C.1, S.1, 2001, s. 51-70.

KEŞLİ Ahmet T.; "The Role of Exhaustion of Intellectual Property Rights in the Integration; Application of the Principle in the European Internal Market & Turkish Customs Union", Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s. 403- 437.

KON Stephen/ SCHAEFFER Fiona; "Parallel Imports of Pharmaceutical Products: A New Realism or Back to Basics", ECLR, Vol:18, No.3, April 1997, s.123-144.

MARENCO Giuliano/ BANKS Karen; "Intellectual Property and the Community Rules on Free Movement: Discrimination Unearthed", ELR, Vol:15, No.3, June 1990, s. 224-255.

NAZERALİ Julie/ HOCKİNG Stephen/ RANASINGHE Udara; "Parallel Imports of Pharmaceuticals-a Prescription for Success or a Free Market Overdose?", ECLR, Vol:19, No. 6, July 1998, s. 332-342.

NOMER Füsun; "Tanınmış Marka: Nike", Moroğlu'na Armağan, İstanbul 1999, s. 485-506.

OKUTAN Gül; "Exhaustion of Intellectual Property Rights: A Non- Tariff Barrier to International Trade?", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, XXX., No.46, Mart 1996, s.110-128 (Anıls: " Exhaustion of IP Rights").

OLIVER Peter; "Of Split Trade Marks and Common Markets", Modern Law Review, Vol.54, No.4, July 1991, s. 587-593 (Anıls: "Of Split Trade Marks").

PINAR Hamdi; "Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi", Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 855-910.

POROY Reha/ TEKİNALP Ünal; "Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar", Tandoğan'a Armağan, Ankara 1990, s. 333-345.

PRANDL Felix; "Exhaustion of IP Rights in the EEA Applies to Third-Country Goods Placed on the EEA Market", ECLR, Vol:14, No.2, March- April 1993, s. 43-45.

REICH Norbert; "The November Revolution of the European Court of Justice: KECK, MENG and AUDI Revisited", CML Rev., Vol.31, No.3, June 1994, s. 459-492 .

RUBIN Harry; "Destined to Remain Grey: the Eternal Recurrence of Parallel Imports", Int. Lawyer, Vol.26, No.3, Fall 1992, s. 597-622.

SIMONS Thomas; "European Trademark Exhaustion", The European Legal Forum, Issue 1-2000/01, s. 22-39.

SOLTYSINSKI S.; "International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the Europe Agreements", GRUR Int. , S.4, 1996, s. 316-326.

TANDOĞAN Haluk; "Tek satıcılık Sözleşmesi", Batider, C.XI, S.4, 1982 s.1-36.

TEKİNALP Ünal; "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması", İmregün'e Armağan 1998, s.633-644 (Anılış: "Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması").

TEKİNALP Ünal; "Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu", Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 467-480 (Anılış: "Tescil İlkesi").

TEKİNALP Ünal; Gümrük Birliğinin Türk Hukuku Üzerinde Etkileri", İHFM , C.LV, S.1-2,1996, s. 27-86 (Anılış: "Gümrük Birliği").

TEKİNALP Ünal; "Holding Markaları", İktisat ve Maliye Dergisi, C.XX, S.1, Nisan 1973, s. 267-269 (Anılış: "Holding Markaları").

TEOMAN Ömer; "Tek Satıcılık Hakkının Üçüncü Kişiler Tarafından İhlali Durumunda Haksız Rekabete İlişkin Kuralların Uygulanma Olanağı", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu X, Ankara 1993, s. 25-56.

URLESBERGER Franz Christoph; "Legitimate Reasons for the Proprietor of a Trade Mark Registered in the EU to Oppose Further Dealings In The Goods After They Have Been Put On the Market For The First Time", CML Rev., Vol:36, No.6, 1999, s.1195-1228.

VICIEN Fernandez C; "Why Parallel Imports of Pharmaceutical Products Should be Forbidden", ECLR, Vol:17, No.4, May-June 1996, s. 219-225.

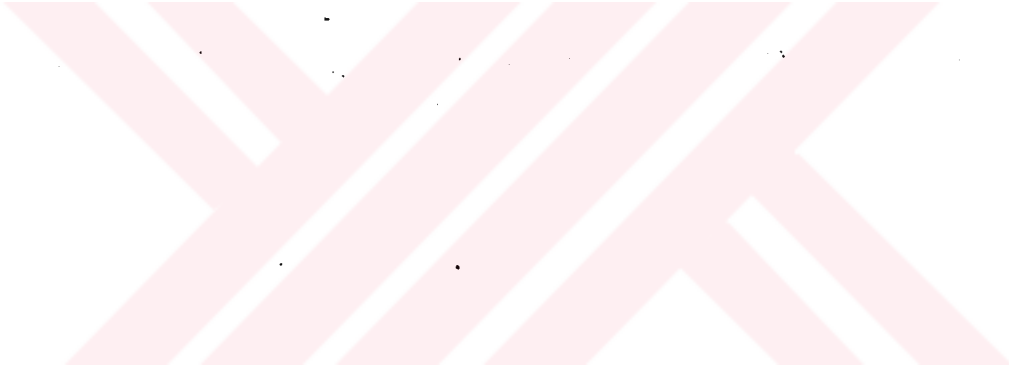
WALSH Paul / TRACY Pat / FEASTER Trudy; "The Exhaustion and Unauthorised Exploitation of Trade Mark Rights In The European Union", ELR, June 1999, s. 259-275.

WEATHERILL Stephen; "Recent Case Law Concerning the Free Movement of Goods: Mapping the Frontiers of Market Deregulation", CML Rev., Vol.36, 1999, s. 51-85.

YASAMAN Hamdi; "Hizmet Markaları", Batider, C.VIII, S.1, Haziran 1975, s. 73-93.

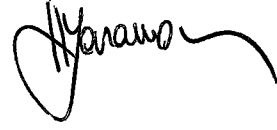
YASAMAN Hamdi; "Tanınmış Markalar", Arslanlı' nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 691-708.

YILMAZ İlhan; "Avrupa Topluluğunda Fikri ve Sınai Haklar", MÜATEAAD, C.4, S.1-2, 1995-1996, s.17 vd.



Sayma Tarihi: 12.09.2001

İzci Başkanı Prof. Dr. Hamdi YASAMAN



Üye:

Prof. Dr. Ünal TEKİNALP

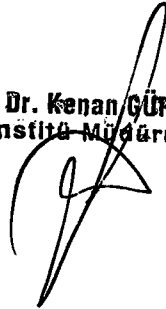


Üye:

Doç. Dr. Erçiment ERDEN



Prof. Dr. Kenan GÜRSOY
Enstitü Müdürü



T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ