

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
UYGULAMALI TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

MARKA HUKUKUNDA GERÇEK HAK SAHİPLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

ELİF KARA

İstanbul, 2015

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
UYGULAMALI TİCARET HUKUKU BİLİM DALI

MARKA HUKUKUNDA GERÇEK HAK SAHİPLİĞİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Yrd.Doç.Dr. Rabia Eda GİRAY

ELİF KARA

İstanbul, 2015



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı UYGULAMALI TİCARET HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ
YÜKSEK LİSANS öğrencisi Elif Kara'nın MARKA HUKUKUNDA GERÇEK HAK
SAHİPLİĞİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 15.06.2015 tarih ve 2015-21/21
sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak
kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi

26.06.2015

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

1. Tez Danışmanı	Yrd. Doç. Dr. RABİA EDA GİRAY
2. Jüri Üyesi	Prof. Dr. SAMİ KARAHAN
3. Jüri Üyesi	Prof. Dr. SAVAŞ BOZBEL

İmzası

[Handwritten signatures of the three members]

ÖZET

Türk hukukunda markaların korunması konusunda özel düzenleme olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin öngördüğü üzere, marka koruması tescil yoluyla elde edilmektedir. Buna karşın bazı markalar, bir takım şartları haiz olmaları durumunda, tescil ettirilmeksizin, gerek Kanun Hükmünde Kararname 'nin ilgili hükümleri gerekse genel hükümler kapsamında korunmaktadır. Bu bağlamda, tanınmış markalar ile gerçek hak sahipliği ilkesi tescil sisteminin istisnalarını teşkil etmektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan gerçek hak sahipliği ilkesi, Türk marka hukukunda kabul gören ve özellikle Yargıtay uygulamalarında yer bulan bir ilke olup, tescilsiz markaların korunması noktasında önem arz etmektedir. Tescil işlemi, hak sahipliğini ortaya koyan bir idari işlemdir. Diğer yandan, gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi, tescili talep edilen markanın tescil aşamasına müdahale ederek tescile engel olma ve hatta markanın tescil edilmiş olması halinde dahi markayı hükümsüz kılma hakkına sahiptir. Gerçek hak sahibinin bu güçlü konumu, elbette ki bazı şartlar dahilinde oluşmakta ve her somut olaya göre irdelenmesi gereken özellikler arz etmektedir.

Çalışmamızda, konunun bütünlüğü itibariyle öncelikle marka hakkı incelenecek, marka hukukunda hak sahipliğinin kazanılmasına ilişkin sistemler ve bu bağlamda Türk hukuk sistemi, tescilsiz markaların korunması kapsamında gerçek hak sahipliğinin oluşumu, niteliği, şartları ve nihayet gerçek hak sahibinin hakları ve yetkileri, yargı kararları ve doktrinel tartışmalar ışığında ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Marka hakkı, marka hakkının kazanılması, gerçek hak sahipliği, tescilsiz markalar.

ABSTRACT

In Turkish law, the written decree about protection of brands/ marks with the number of 556 which is special regulation on the protection of marks suggests that protection of mark is got via registration. Despite some marks in case having a group of conditions, are protected without being registered in context both some rules on the written decree and general rules. In this context, well knows and actual principle of ownership constitute the expectation of system registration.

The actual principle of ownership constituting the subject of our work is accepted in the law of Turkish mark and is a principle taking place especially in applications of supreme court it has great importance on protection of marks. Process of registration is an administrative process exposing the ownerships. However, the person who claims that he is actual ownership has the right of preventing of registration by intervening the registration stage of mark demanded its registration and also has the right making mark invalid even in the situation which the mark has been registered. This strong position of actual ownership, of course, becomes under some conditions and has features which should be studied under every concrete events.

In our working, the right of mark will be first studied from the point of view of integrity of the subject. Systems about getting ownership in mark law and in this context, Turkish law system formation quality and conditions of actual ownership in the frame of protection of unregistered marks. And finally the rights and authorities of actual ownership will be considered in the light of decisions of judgement and discussion on doctrine.

Key Words: *The right of mark, protection of marks, actual ownership, unregistered marks.*

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR	ix
 GİRİŞ.....	 1

Birinci Bölüm

MARKA HUKUKUNDA

HAK SAHİPLİĞİNİN KAZANILMASI VE KORUNMASI

I. GENEL OLARAK	3
II. MARKA HAKKI	3
III. KULLANIM YOLUYLA KAZANIM.....	11
A. GENEL OLARAK.....	14
B. TÜRK HUKUKUNDA TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASINDA TARİHSEL SÜREÇ	14
1. 1888 TARİHLİ NİZAMNAME.....	14
2. 551 SAYILI MÜLGA MARKALAR KANUNU	16
3. 556 SAYILI MARKALARIN KORUNMASI HAKKINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME	19
4. MARKALAR KANUNU TASARISI	20
C. TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI.....	22
1. TÜRK HUKUKUNDA.....	22
a. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname	22
b. Haksız Rekabet Hükümleri	23
2. PARİS SÖZLEŞMESİ.....	23
3. TRIPS	25
IV. TESCİL YOLUYLA KAZANIM.....	26
A. TESCİL SİSTEMİ	26
B. TESCİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	28

V. KARMA SİSTEM	29
VI. TÜRK HUKUK SİTEMİ	30
A. 556 S. KHK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	30
B. YÜKSEK MAHKEME’NİN YAKLAŞIMI.....	45
C. TESCİL İLKESİNİN İSTİSNALARI.....	53
1. GENEL OLARAK	54
2. TANINMIŞ MARKA	54
a. Tanınmışlık Derecesine Göre Marka Türleri.....	54
i. Maruf Marka	54
ii. Tanınmış Marka.....	56
iii. Dünya Markası.....	65
b. Tanınmış Marka Kriterleri	66
i. WIPO Kriterleri	67
ii. TPE’nin Kriterleri.....	67
iii. Yüksek Mahkeme’nin Yaklaşımı	68
iv. Doktrinde Önerilen Kriterler.....	72
c. Tanınmış Markanın Korunması	73
i. Tescil Engeli Olarak Koruma	73
ii. Hükümsüzlük Sebebi Olarak Koruma.....	74
iii. Tecavüz Halinde Koruma	74
iv. Anayasa Mahkemesi’nin MarKHK’nın 7/I-1 Hükmünün İptaline İlişkin Kararı.....	75
3. GERÇEK HAK SAHİPLİĞİ.....	80

İkinci Bölüm

GERÇEK HAK SAHİPLİĞİ

I. İLKENİN TANIMI, KAPSAMI	82
II. İLKENİN ŞARTLARI	86
A. BAŞVURU VEYA RÜÇHAN TARİHİNDEN ÖNCE HAK ELDE EDİLMESİ VE MARKANIN KULLANIMINI YASAKLAMA HAKKI	86
B. AYNİYET / BENZERLİK / İLTİBAS TEHLİKESİ.....	90
C. MARKANIN KULLANILMASI	104
D. AYIRT EDİCİLİK.....	110
E. MARUFİYET	120
F. HÜKMÜN KONU İTİBARIYLA KAPSAMI.....	131
III. ÜLKESELLİK İLKESİNİN UYGULAMA ALANI	134

Üçüncü Bölüm
GERÇEK HAK SAHİBİNİN HAKLARI

I. TESCİL PROSEDÜRÜNDE İTİRAZ YOLU	139
A. MARKA TESCİL BAŞVURUSU	139
1. MARKA TESCİLİ TALEP EDEBİLECEK KİŞİ/KİŞİLER	140
2. BAŞVURU USULÜ	142
B. BAŞVURUNUN İNCELENMESİ	143
1. ŞEKLİ İNCELEME	143
2. BAŞVURUNUN SINIFLANDIRILMASI	143
3. BAŞVURUNUN KESİNLEŞMESİ	145
4. MUTLAK RED NEDENLERİ BAKIMINDAN İNCELEME	147
a. Başvurunun Kısmen veya Tamamen Reddedilmesi	149
b. İtirazın İncelenmesi	149
5. BAŞVURUNUN RESMİ MARKA BÜLTENİNDE YAYINLANMASI	150
6. GÖRÜŞ BİLDİRME VE İTİRAZLAR	150
a. Üçüncü kişilerin Görüş Bildirmesi	151
b. İtirazlar	151
i. İtiraz Edebilecek Kişiler	151
ii. İtiraz Usulü ve Süresi	154
iii. İtirazın Değerlendirilmesi	155
iv. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu	155
v. Gerçek Hak Sahibinin Başvuru Prosedüründe İtiraz Hakkı ve İzleyeceği Yol	156
C. TESCİL	157
D. TABLO-TESCİL PROSEDÜRÜ	157
II. DAVA HAKKI	159
A. TPE KARARI ALEYHİNE İPTAL DAVASI	159
B. HÜKÜMSÜZLÜK DAVASI	162
C. MARKAYA TECAVÜZ DAVASI	172
D. HAKSIZ REKABET DAVASI	176
E. MARKANIN DEVRİ DAVASI	179
F. DAVALARIN/TALEPLERİN YARIŞMASI	181
G. SESSİZ KALMA NEDENİYLE HAK KAYBI İLKESİNİN DAVA HAKKINA ETKİSİ	185
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	196
KAYNAKÇA	208

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AT	: Avrupa Topluluğu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: Bent
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
D	: Daire
Dn.	: Danıştay
dn.	: dipnot
E	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSHM	: Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi
HD.	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
MarK	: 551 sayılı Markalar Kanunu
MarKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MarKHK Yön.	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Uygulama Şekli Gösterir Yönetmelik
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MKHKHK	: 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MÜHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÜHF	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
mük.	: Mükerrer
No	: Numara

RG	: Resmi Gazete
S	: Sayı
s.	: Sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
T	: Tarih
TD	: Ticaret Dairesi
TİRK	: Ticari İşletme Rehni Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TPE	: Türk Patent Enstitüsü
TRIPS	: The Agreement On Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights, Including Trade In Counterfeit Goods
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİDK	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu
YİDK Yön	: Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu Yönetmeliği
Yrg.	: Yargıtay
WIPO	: World Intellectual Property Organisation

GİRİŞ

Sürekli değişen ve gelişen dünyamızda, her geçen gün önemi artan fikri mülkiyet hukukunun en önemli kavramlarından biri, markadır. Günümüzde markalar artık sahiplerinin, hatta birlikte sunuldukları mal ve/vaya hizmetlerin de ötesinde, tek başlarına güçlü bir ekonomik değer taşımaktadırlar. Markalar, bu niteliklerinin sonucu olarak uluslararası sözleşmelere konu olmuşlardır. Söz konusu bu durumun yansıması olarak ise ulusal mevzuatlarda marka ile ilgili düzenlenmeler yapılmıştır.

Ülkemizde son dönemde Anayasa Mahkemesi, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı hükümlerini, *Anayasal bir hak olan mülkiyet hakkının Kanun Hükmünde Kararname ile kısıtlanamayacağı (91.md)* gerekçesiyle iptal etmiştir¹. Bu gerekçe temelde doğru olmakla birlikte yine Anayasamızın 90.md.sine göre, *usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir*. Keza fikri mülkiyet hukuku ve özellikle marka hukukundaki mevcut düzenlemelerimiz büyük oranda taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalara ve Avrupa Birliği düzenlemelerine dayanmaktadır. Bu durum karşısında Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının pratik anlamda işlerliği yoktur. Dolayısıyla bu kararlar, KHK'da ilgili hükümlerin üstünün çizilmesinden öteye geçemeyecektir. Bu noktada, yıllardır bekleyen markalar kanunu tasarısının, eleştiriye açık hükümleri, uygulamadaki sorunlar dikkate alınarak, doktrinel öneriler ışığında yeniden düzenlenerek yasalaşmasını önermekle yetiniyoruz.

Marka hakkının oluşumu ve korunması, her ülkenin mevzuatına göre farklılık arz etmektedir. Türk hukuk sistemi, marka hakkının korunmasında esas olarak tescil sistemini benimsemektedir. Ancak, bu durum tescilsiz markaların tamamen koruma dışı kaldığı anlamına gelmez. Tescilsiz marka, gerek MarKHK'nın ilgili hükümleri ile gerekse haksız rekabet hükümleri ile korunmaktadırlar.

¹ İptal edilen hükümler: 16/5 (T: 13.5.2015 E: 2015/49 K: 2015/46 RG T/S: 15.5.2015-29356), 42/I-c (T:09.04.2014 E:2013/147 K:2014/75 RG T/S: 24.7.2014-29070), 7/I-ı (T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374) . Kararlar için bkz: <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>

Türk sisteminde mevcut olan bu sistem, hukuki korumaya ilişkin olup esasen hakkın kazanılması bakımından, markanın tescil ettirilmeksizin kullanılması önem arz etmektedir. Çalışmamızın konusu da kullanım yoluyla marka hakkının kazanılması ve korunmasına ilişkin Türk hukukunda gerçek hak sahipliği ilkesidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle, hukuki niteliği itibarıyla marka hakkı incelenecektir. Sonrasında tescilsiz markalara ilişkin düzenlemeler ile marka hakkının kazanımına ilişkin sistemler ve bu bağlamda Türk hukuk sistemi, özellikle tescilsiz markaların korunması noktasında ayrıntılı olarak incelenecektir.

İkinci bölümde, hukukumuzda markaların korunmasına ilişkin geçerli olan tescil sisteminin iki önemli istisnasından biri ve çalışmamızın asıl konusunu oluşturan gerçek hak sahipliği ilkesine ilişkin ilgili madde hükmü ve şartları ayrıntılı olarak ortaya konulacaktır.

Son olarak üçüncü bölümde öncelikle ana hatlarıyla marka tescil prosedürüne yer verilecektir. Sonrasında, üzerinde öncelik hakkı bulunan bir markanın tescilinin üçüncü kişiler tarafından talep edilmesi halinde, gerçek hak sahibinin bu prosedür içindeki itiraz hakkı incelenecektir. Bölümde, markanın üçüncü kişiler tarafından tescil edilmesi halinde, gerçek hak sahibinin açabileceği davalar, gerçek hak sahibinin bu markalara ilişkin davalardaki konumu ve hakları incelenerek devam edilecek ve nihayet çalışmamız bu kapsamda ulaştığımız sonuçlar ve değerlendirmelerimizi sunduğumuz bölüm ile son bulacaktır.

Birinci Bölüm

MARKA HUKUKUNDA

HAK SAHİPLİĞİNİN KAZANILMASI VE KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Marka¹; ülkemizde halen yürürlükte olan 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname²'nin "*markanın içereceği işaretler*" başlıklı 5. madde hükmünden yola çıkılarak şöyle tanımlanabilir³; *Marka, bir ticari işletmenin mal*

¹ Sözlük Anlamı: "*1.Resim veya harfle yapılan işaret. 2.Bilet, para yerine kullanılan metal veya başka şeyden parça. 3. Bir ticari malı, herhangi bir nesneyi tanıtmaya, benzerinden ayırmaya yarayan özel ad veya işaret. 4. mec. Tanınmış ürün, saygın kişi vb*" : Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük, ET: 01.06.2015; "*1. Benzerlerinden ayırmak, tanıtmak veya kime ait olduğunu belirtmek için bir nesnenin üzerine konan işaret, alâmet, nişan*" **Ayverdi**, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.II, s.1940; "*1.Resim ya da harfle yapılan işaret 2.Bir ticaret malını tanıtmaya, benzerlerinden ayırmaya yarayan, o malın simgesi olan, resim ya da harften oluşan özel im. 3. Değeri herkesçe kabul edilmiş, benzerlerinden daha üstün nitelikli, niteliğine güvenilir mal ya da hizmet*" **Püsküllüoğlu**, Ali, Türkçe Sözlük, 2008, s.1230.

² RG T: 27/6/1995 S:22326 ; Bundan sonra "*MarKHK*" olarak anılacaktır.

³ Doktrindeki tanımlamalar ve açıklamalar için bkz: **Karahan**, Sami/**Suluk**, Cahit/**Saraç**, Tahir/**Nal**, Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları (Üçüncü Bölüm:Markalar – Bölüm yazarı, Karahan), Ankara, 2011, s.153 vd. **Arkan**, Sabih, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, C.I s.35; **Kaya**, Arslan, Marka Hukuku, İstanbul, 2006, s.13, **Karahan**, Sami, Ticari İşletme Hukuku, 2013, s.155; **Arkan**, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 15.Baskı, s.269; **Bozer**, Ali/**Göle**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013, s.169; **Ayhan**, Rıza/**Özdamar**, Mehmet/**Çağlar**, Hayrettin, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.228; **Battal**, Ahmet, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2005, s.197; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku, I.Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968, s.402; **Kayıhan**, Şaban/**Yasan**, Mustafa, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.140; **Sekmen**, Orhan, Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2013, s.44; **Şanal**, Osman, Markalarda Hükümsüzlük Davaları, İstanbul, 2006, s.10; **Çolak**, Uğur, Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2014, s.7; **Karakuzu Baytan**, Dilek, Fikir Mülkiyeti Hukuku-Kavramlar s.201; **Çelik**, Aytekin, Ticaret Hukuku, 2013, s.48; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, Ticari İşletme Hukuku, Bursa, 2013, s.184; **Uluslu**, Çağrı, Tescilsiz Markaların korunması, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.2014/2 s.361 vd.; **Bilgili**, Fatih/**Demirkapı**, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 2013, s.124; **Bahtiyar**, Mehmet, 2013, Ticari İşletme Hukuku, s.120; **Çetiner**, Selma/ **Bozkurt Yüksel**, Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Ankara, 2013, s157; **Poroy**, Reha/**Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012, s.414; **Kayar**, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.213; **Çeker**, Mustafa, Ticaret Hukuku, Adana, 2011, s.171; **Kayıhan**, Şaban, Ticaret Hukuku, Ankara, 2009, s.150; **Ülgen**, Hüseyin / **Teoman**, Ömer / **Helvacı**, Mehmet / **Kendigelen**, Abuzer / **Kaya**, Arslan / **Nomer Ertan**, N.Fusun, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006, s.346; **İnal**, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s.220 vd.; **Deryal**, Yahya, Ticaret Hukuku, Trabzon, 1997, s.104 vd.; **Tekil**, Fehiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1997, s.251; **Berzek**, Ayşe Nur, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1995, s.109 vd.; **Erem**, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I, Ticari İşletme, İstanbul, 1973 s.171; **Hirsch**, Ernst E., Ticaret Hukuku Dersleri, C.I. Genel Prensipler-Ticari İşletme, İstanbul, 1939, s.177; **Güneş**, İlhami, Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 2013, s.79; **Güneş**, İlhami, Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, 2013, s.26; Gürzumar, Osman Berat, '*Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler*' Yargıtay Dergisi, C.20, S.4, s.502; **Büren**, Roland von, '*İsviçre'de Markalar Hukuku*' Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri, İstanbul, 6 Temmuz 1995, s.25; Çiyiltepe, Hamdi, Ticaret Hukuku, 2013, s.147; **Giray**, Rabia Eda, Markanın Devri ve Devir

ve/veya hizmetlerini diğer ticari işletmelerin mal ve/veya hizmetlerinden ayıran işaretlerdir¹. Bu tanımda markanın ‘ayırt edicilik’ ile ‘işaret’ unsurları vurgulanmaktadır². Bu işaretler; sözcükler, şekiller, harfler, sayılar gibi her türlü işaret olabilir³. Bu işaretlerin özellikleri ise, çizimle görüntülenebilmesi veya benzer biçimde ifade edilebilmesi, baskı yoluyla yayınlanması veya çoğaltılmasıdır⁴. MarKHK’nın marka tescili için bir işletmenin varlığını şart koşturmamaktadır⁵, bu nedenle de ‘işletme’ kavramı, marka tanımının belirleyici unsuru olmaktan daha çok etkili bir kavram olarak karşımıza çıkar⁶.

Hükmü Doğuran Diğer İşlemler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s.3; **Pekdiğer**, R.Tamer, Marka Hakkı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2001, s.45; **Akdeniz**, Murat, Marka Hukukunda Tescil Engelleri, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.

¹ Uluslararası alandaki antlaşmalar da ise, genelde düzenleme konusu yapılan hukuki kavramların tanımlanmasından kaçınılır. Özellikle antlaşmaya taraf olan devletlerin sayısı arttıkça, farklı hukuk sistemlerinin ortak paydada buluşması zordur. Bu nedenle de teknik tanımlara girilmeden, yalnızca ilgili kavramın kullanılarak, içinin doldurulması ulusal hukuk düzenlerine bırakılmıştır. : Pashı, Ali, Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul, 2014, s.225; **Alpaslan**, Mustafa/ **Kaya**, Eda, “Ticari Unvan, İşletme Adı ve Marka Konuları Hakkında Bilinmesi Gereken Hususlar” Legal Fikri ve Sinai Haklar Dergisi 23/2010, s.666.

² **Kayhan/Yasan**, s.140.

³ “İşaret” kavramı yalnızca bir simgeyi, şekli ifade etmeyip, geniş anlamda düşünülmesi gereken bir kavramdır: **Kayhan**, Ticaret Hukuku, s.153; **Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, s.159; ‘KHK’nın “işaret” tanımı ayrıca mutlaka işaretin görme duyusuna hitap etmesi yönünde bir niteleme içermemektedir” **Ülgen / Teoman / Helvacı / Kendigelen / Kaya / Nomer Ertan**, s.348; **Berzek**, Ayşe Nur, “556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Markaların Düzenlenmesi”, Prof.Dr.Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s.80; Ayrıca, marka olabilecek işaretlere ilişkin ayrıntılı bilgi ve mukayeseli hukuk için bkz: **Yasaman**, Hamdi, “Marka Olabilecek İşaretler” I.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005, s.135; Şekli anlamda marka olarak tescile elverişli işaretler için bkz: **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.158 vd.

⁴ Avrupa Topluluğu Marka Hukukunda, marka niteliği taşıyan işaretin sadece “çizimle görüntülenebilmesi” koşulu aranmaktadır. Bu yönüyle MarKHK’daki “çizimle görüntülenebilme veya benzer biçimde ifade edilebilme, baskı yoluyla yayınlanabilme ve çoğaltılabilme” ifadeleri uyumlu değildir. Bu durum Markalar Kanunu Tasarısında, “çizimle görüntülenebilen veya benzer biçimde ifade edilebilen her türlü işaretler” şeklinde ifade edilerek, uyumsuzluk kısmen giderilmiştir: **Dursun**, Hasan, Marka Hukuku, Ankara, s.144.

⁵ MarKHK sitesinde, marka tescilinde “işletmeye bağlılık” ilkesi terk edilmiştir : **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.85; Yrg.HGK T: 12.12.2007 E: 2007/11-965 K: 2007/961 “...Marka, en geniş anlamda, gerçek veya tüzel kişinin mal veya hizmetlerini ayırmaya yarayan ayırt edici işaret olduğundan, marka”yı tescil ettirenin veya markayı tescilsiz kullananın tacir olması da zorunlu değildir. Marka, tescilli ise tescil kapsamındaki ürün veya hizmetlerden; tescilsiz ise de tescilsiz kullanılan ürün ve hizmetten bağımsızdır. Dolayısıyla, geçerliliği de yine ürün ve hizmetten bağımsızdır. Korunması da, şartları varsa, hem telif haklarıyla hem de tescilli olup olmamasına göre 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname veya 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 57/1-5 maddesine göre gerçekleşir. Şu durumda, davacı Üniversitenin tacir olmaması marka kullanımına engel olmadığı gibi, salt bu nedenle kullanıldığı tescilli veya tescilsiz markaların hukuki korumadan yararlanamayacağından da söz edilemez.” **Erdil**, Engin, Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, 2012, s.577.

⁶ **Kayhan/Yasan**, s.141; Ayrıntılı bilgi ve mukayeseli hukuk için bkz: **Arseven**, Haydar, Nazari ve

Marka olarak kullanılan işaretin temel fonksiyonu ayırt ediciliktir¹ ki marka kullanmanın amacı da zaten budur. Keza marka, ürün veya hizmete kimlik kazandırarak piyasada farklılaşmasını sağlar². Fakat bunun yanında markanın, kaynak gösterme, garanti etme ve reklam gibi önemli fonksiyonları da vardır³.

Markalar, tabi oldukları mevzuat uyarınca tescil edilerek kullanılabilecekleri gibi tescil edilmeksizin de kullanılmaları söz konusu olabilir. Fakat tescil edilmiş olsun veya olmasın her markanın asıl amacı, başka mal ve/veya hizmetlerden ayırt edilmesini sağlamak, bunun yanında diğer fonksiyonları da sağlamaktır.

Markalar mevzuatında yeknesaklık sağlamak amacıyla yapılan uluslararası düzenlemelere rağmen, ülkelerin milli mevzuatlarında, markaların tescil zorunluluğu olup olmaması hususu farklılık arz etmektedir. Fakat şunu önemle belirtmek isteriz ki tescil zorunluluğu olsa da veya tescilsiz kullanıma cevaz verilmiş de olsa bu durum, markaların tabi olacağı hukuki korumaya ilişkin bir husustur. Yoksa, tescil edilmemiş markaların da aynı fonksiyonları yerine getireceğinden şüphe yoktur. Başka bir deyişle, tescilli/tescilsiz marka ayrımı, markanın hakkının oluşumu ve fonksiyonları itibarıyla değil tabi oldukları koruma itibarıyledir. Keza markanın tescili, marka hakkının kazanılmasından çok korunmasıyla ilgili bir durumdur⁴.

Tatbiki Alamehi Farika Hukuku, İstanbul, 1951, s.102.

¹ “Ayırt edici nitelik, bir işaretin herhangi bir nedenle diğerlerinden farklı olmasını sağlayan özellikleri ve öğeleri ifade etmektedir. Bir işaret başlangıçtan itibaren farklı ve ayırt edici niteliğe sahip olabilir ya da sonradan zaman içerisinde bu niteliği kazanır”: **Kayıhan**, Ticaret Hukuku, s.156; “İşaretin ayırt edicilik vasfı, marka için yasal ve işlevsel bir zorunluluktur. Bu niteliği haiz olmayan bir işaret marka olamaz” **Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.353.

² **Giray**, s.3.

³ Markanın fonksiyonları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz: **Arkan**, Marka Hukuku, C.I. s.38 ; **Kaya**, Marka Hukuku, s.58; **Karayalçın**, s.402; **Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, s.155; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s.234; **Arseven**, s.7; **Kayıhan**, /**Yasan**, s.146; **Sekmen**, s.44; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.3; **Uluslu**, s.361 vd; **Çağlar**, Hayrettin, Marka Hukuku Temel Esaslar, Ankara, 2013, s.33 vd.; **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.13.; **Bilgili/Demirkapı**, Ticari İşletme Hukuku, s.184; **Bahtiyar**, s.120; **Kayıhan**, Ticaret Hukuku, s.159; **Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.346; **Tekil**, Fehiman, Ticari İşletme Hukuku, s.255; **Erem**, s.173; **Güneş**, İhami, Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, s.31; **Sert**, Selin, Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, 2007, s.34.; **Karahan**, Sami, Marka Şekilleri, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987,s.6 vd.; **Pekdinçer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.53; **Akdeniz**, s.77.

⁴ **Ayan**, Özge, Marka Hakkının Kazanılmasında İyiniyetin Rolü, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s.168.

Marka olarak kullanılan işaret, onu kullanan kişiye olan aidiyeti ve diğer mal ve/veya hizmetlerden ayırt ediciliği ortaya koyar. Böylelikle marka o kişiyle özdeşleşerek sahibine bir hak sağlar. Kullanım yoluyla sahibine bir hak kazandıran markanın, tarihi seyir içinde, gün geçtikçe ekonomik değer kazanması, marka kullanımının artması gibi sebeplere bağlı olarak bir sicile tescil edilmesi gerekliliği düşünülmüştür. Böylelikle de markalara özgü siciller ve mevzuatlar oluşturularak hem alenilik sağlamak amaçlanmış hem de marka sahiplerinin hakları bu yolla korunmak istenmiştir.

Bazı hukuk sistemleri kullanımla marka hakkı edilmesine yönelik düzenlemeler içerirken¹ bazıları tescil şartını öngörmüştür². Bazıları ise tescil sistemine getirdikleri istisnalar ile, kullanım sistemini göz ardı etmeyen karma çözümler benimsemişlerdir³.

Bu sistemler, markalara sağlanan hukuki korumaya ilişkindir. Diğer bir deyişle, markaların özel mevzuatlarla düzenlenmeleriyle, markalara daha etkin bir koruma sağlamak amaçlanmaktadır. Bu durum tescil edilmeyen markaların korumasız kaldığı anlamına gelmemektedir. Keza marka, işletmenin mal varlıkları arasında yer almaktadır⁴. İktisadi rekabetin bir unsuru olan marka, tescil edilmemiş olsa dahi, genel hükümler kapsamında korunmaktadır.

II. MARKA HAKKI

Klasik tanımı ile hak⁵, hukukun bireylere tanıdığı, korunmasını isteme hususunda bireylerin yetkili olduğu menfaatlerdir⁶. Haklar en geniş anlamda, özel haklar

¹ Marka hakkının kullanım yoluyla oluştuğu hukuk sistemine Amerika örneği verilebilir: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.177.

² Marka üzerindeki hakkın ancak tescille doğduğu hukuk sistemine örnek olarak Fransa ve Avrupa Birliği verilebilir: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.179.

³ Bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi

⁴ Bkz: TTK md. 11/3, TİRK md.3/1-c.

⁵ Sözlük anlamı: ‘‘1. Adalet 2. Adaletin, hukukun gerektirdiği veya birine ayırdığı şey, kazanç 3. Dava veya iddiada gerçeğe uygunluk, doğruluk 4.Verilmiş emekten doğan manevi yetki 5.Pay 6. Emek karşılığı ücret 7. Doğru, Gerçek’’ : Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük. ET:01.06.2015; ‘‘1.Doğru, gerçek 2. Allah 3. Hukukun veya geleneğin bir kimseye tanıdığı şey, hisse, pay’’ **Ayverdi**, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.II, s.1144.

⁶ **Dinçkol**, Abdullah, Temel Hukuk Bilgisi, İstanbul, 2007, s.141.

ve kamu hakları olarak ikiye ayrılırlar¹. Özel haklar da özel hukuktan doğan haklar olup, kendi içinde çeşitli tasniflere tabi tutulmuşlardır².

Marka hakkının, bu tasnif içindeki yerini tayin edebilmek için öncelikle marka hakkının özelliklerini ortaya koymak gerekir.

Marka üzerindeki hak, münhasıran marka sahibine³ ait olup, herkese karşı ileri sürülebilir. Herkes de marka sahibinin bu mutlak hakkına⁴ saygı gösterme ve hakkı çeşitli yollarla ihlal etmeme zorunluluğu altındadır. Markanın, sahibine sağladığı bu münhasır hak⁵, sınırsız süreli olmayıp⁶, yenilendiği⁷ müddetçe sağlanan hukuki korumadan yararlanabilecektir.

¹ **Dinçkol**, s.142.

² 1-Niteliklerine göre haklar a)mutlak haklar aa)mallar üzerindeki mutlak haklar bb)kişiler üzerindeki mutlak haklar b)nisbi haklar 2-konularına göre özel haklar a)malvarlığı hakları b)kişilik hakları 3-kullanımlarına göre özel haklar a)devredilebilen haklar b)devredilemeyen haklar 4-amaçlarına göre haklar a)yenilik doğuran haklar b)yenilik doğurmayan haklar. Haklara ilişkin sınıflandırma için bkz: **Gözler**, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa, 2012, s.405; **Dinçkol**,s.142; **Esener**, Turhan, Hukuk Başlangıcı, 2001, s.146; **Derdiman**, Cengiz, Hukuk Başlangıcı, Bursa, 2009.

³ Bkz: MarKHK 9.md.

⁴ “Mutlak hak, hak sahibinin maddi veya maddi olmayan bir mal üzerinde doğrudan doğruya sahip bulunduğu inhisari hak ve yetki; yani herkese karşı ileri sürülebilen bir hakimiyet hakkıdır.” **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.355.

⁵ “Marka hakkı sahibi, tescil ile birlikte ayrıca ve özel olarak 556 sayılı KHK ile korunan markayı (m.6) tek elci (münhasır) biçimde kullanma ve buna bağlı haklardan istifade imkanını kazanır.” **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.354.

⁶ Bkz: MarKHK 40.md.

⁷ Bkz: MarKHK 41.md.; Marka hakkının yenilenmesi, hukuki niteliği ve sonuçlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz: **Bilge**, Mehmet Emin, “Marka Hakkının Yenilenmesi” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 1023.

Marka hakkı, devir¹, rehin, lisans gibi hukuki işlemlere konu olabilir², miras yoluna intikal edebilir³. Dolayısıyla marka hakkının kazanılması aslen olabileceği gibi, devren⁴ veya intikal yoluyla da mümkün olmaktadır.

Marka olarak kullanılan herhangi bir işaretin maddi anlamda somut bir varlığı yoktur. Marka, üzerinde doğrudan hakimiyet sağlanan maddi bir varlık olmayıp⁵, bağımsız bir gayri maddi mal varlığı olarak değerlendirilebilir⁶. Ayrıca marka, para ile ölçülebilen bir değer olarak⁷, sahibinin malvarlığına dahil olmasına rağmen, onun ayrılmaz bir parçası da değildir⁸.

¹ Markanın devrine ilişkin MarKHK 16/5 hükmü, AYM tarafından, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkının, KHK hükmü ile sınırlandırılmayacağından bahisle, Anayasa'nın 91.md.sine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmiştir. (T: 13.5.2015 E: 2015/49 K: 2015/46 RG T/S: 15.5.2015-29356) Karar için bkz: <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> ET: 04.06.2015

² Yrg.11.HD. T: 3.4.2001 E: 2001/752 K: 2001/3930 “*Davacı şirket, noterlikçe düzenlenen muvafakatnameyle tek taraflı olarak tescilli markasının, davalı şirketçe kullanılmasına rıza göstermiş, bir süre sonra da ihtarnameli ile verdiği bu izinden feragat edip izni geri aldığını bildirmiştir. Kural olarak bir hak devredilmeyip, yalnızca kullanımı için başkasına koşullu veya koşulsuz izin verilmişse, şartları oluştuğunda, asıl hak sahibinin bu izni geri almak hak ve yetkisi vardır. Çünkü hakkın özü kendine aittir.*” **Şanal**, Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, s.27.

³ Bkz: MarKHK 15 vd.md.

⁴ Tescilsiz markanın gerçek hak sahibi tarafından devri halinde, markayı ihdas ve istimal eden, piyasada maruf hale getiren kişinin gerçek hak sahipliğinden kaynaklanan tüm hakları da markayı devralana geçmektedir: **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.335, Ayrıca yazar şu karar örneğini sunmuştur: Yrg.11. HD. T:11.02.2013 E: 2011/15655 K: 2013/2153 “*Mahkemece, toplanan delillere ve benimsenen bilirkişi raporuna dayanılarak, televizyon programları ve ses yarışmaları sektöründe tanınmış “popstar” markasının gerçek hak sahibinin FIVE DIVAS PTY şirketi olduğu POPSTAR şekil biçimindeki markanın Avustralya hükümeti marka tescil makamı nezdinde SCREENTIME şirketi adına kayıtlı olduğu, tescil başvuru tarihinin 26.09.2000 olduğu, marla tescil kapsamında TV programları ile bağlantılı malların da bulunduğu, markanın önceki sahibi FIVE DIVAS PTY şirketi olmakla birlikte, 07.11.2006 tarihinde yapılan temlik sözleşmesi ile televizyon formatlarının mülkiyeti de dahil olmak üzere, bu markanın davacı SCREENTIME PTY Ltd. Şirketine devredildiği, devir yoluyla dahi olsa marka üzerindeki gerçek hak sahipliğinin davacı SCREENTIME şirketi olduğu, lisans yolu ile markayı ve televizyon program adını ve formatını kullanma yetkisine sahip bulunan diğer davacının da talep ve dava yetkisinin ve hukuki yararının mevcut olduğu, 556 sayılı KHK’nin 8/3, 8/4 ve 7/1-ı maddeleri gereğince davalının markasının hükümsüzlüğü koşullarının oluştuğu, davalı adına tescilli 2002/04369 numaralı marka ile Avusturalya’da 2000 yılında tescil edilen markanın hem sözcük unsurunun, hem de yıldız şekli biçimindeki şekil unsurunun davalı tarafından tesadüfen seçilip kullanılmasının hayatın olağan akışı ile uyumlu olmadığı, kötü niyetli tescilin de hükümsüz kılınabileceği, öte yandan davacının telif hakkı sahipliğine bağlı olarak 556 sayılı khk’nin 8/5 maddesi anlamında da hükümsüzlük sebebi oluştuğu gerekçesiyle 41.sınıftaki yarışma organizasyon hizmetleri bakımından POPSTAR markası üzerindeki gerçek hak sahipliğinin davacılardan SCREENTIME PTY şirketine ait olduğunun tespitine dayalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir. Kararı davalı vekili temyiz etmiştir. ... tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*”

⁵ **Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.354.

⁶ **Kaya**, s.36.

⁷ Bkz: TTK 127.md.

⁸ Bkz: TTK 11.md.; **Ünal**, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara,

Marka hakkının hukuki niteliğine ilişkin ise bir görüş birliği olmayıp, farklı görüşler ortaya konmuştur¹. Haklar kategorisine göre; marka hakkının yukarıda arz ettiğimiz özelliklerinden yola çıkarak niteliğine göre mutlak hak, konusuna göre malvarlığı hakkı, kullanılmasına göre devredilebilir hak, amacına göre ise yenilik doğurucu hak olarak nitelemek mümkündür. Fakat haklar, alt kategorilere ayrıldıkça, marka hakkının tam olarak bir hak kategorisi içinde konumlandırılmadığını görmekteyiz.

Gayri maddi mal varlığı hakları, mal varlığını oluşturan haklardan biri olarak hukuki nitelendirmede yer almakla birlikte, niteliği tartışılan bir hak gurubudur². Fikri ve sınai mülkiyet hakları, gayri maddi mallar sınıfına dahildir³. ‘‘Fikri mülkiyet’’ ve ‘‘fikri hak’’^{4,5} terimleri aynı hak sınıfını ifade etmekte kullanılmaktadırlar⁶.

Maddi mallar üzerindeki mutlak haklardan sahibine en geniş yetki tanıyan hak mülkiyet hakkıdır⁷. Marka ise, gayri maddi bir mal varlığı olduğundan⁸ tam olarak

2007, s.24.

¹ Marka hakkının hukuki niteliği hususundaki farklı görüşler için bkz: **Arseven**, s.13; **Yasaman**, Hamdi / **Altay**, Sıtkı Anlam / **Ayoğlu**, Tolga / **Yusufoğlu**, Fülürya / **Yüksel**, Sinan. Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, C:I s.173; **Kaya**, Arslan, Marka Hukuku, s.34; **Giray**, s.7; **Şanal**, Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, 2004, s.24.

² **Giray**, s.6.

³ **Yasaman**, Marka Hukuku, C.I, s.174; **Hatemi**, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2004, s.113; **Giray**, s.6; **Arseven**, s.15.

⁴ ‘‘Fikri Haklar’’ teriminin kullanıldığı eser: **Erdem**, Bahadır, ‘‘Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi’’, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, Ankara, 1999, s.39 ; ‘‘fikri hak’’ terimi tüm sınai haklar ile fikir ve sanat eserlerini ve kapsayacak şekilde kullanılmıştır. **Oğuzman**, Kemal / **Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, s.106; Ayrıca; ‘‘fikri hak’’ kavramını açıklayan teoriler (Fikri mülkiyet teorisi, sınırlandırılmış hak teorisi, şahsiyet hakkı ve mal varlığı hakkı teorisi) için bkz: **Erel**, N.Şafak, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara, 1988, s.8.

⁵ ‘‘..markalarda, fikri çalışmanın ürünü olma ve fikri emek sarfetme unsurları etkili olmakla birlikte, bunlar olmazsa olmaz unsurlar değildir. Çünkü marka seçilirken, duruma ve şartlara en uygun olanının seçilmesi, malı veya hizmeti diğerlerinden ayırt etmesi, müşteriye sempatik görünmesi, akılda kalması gibi hususlarda fikri bir emek sarf edilmektedir. Ancak bu fikri emek, fikir ve sanat eserlerindeki kadar ön planda olmadığı gibi mevcudiyeti de olmazsa olmaz bir unsur değildir.’’ **Ünal**, Mücahit, Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, 2007, s.22.

⁶ **Giray**, s.6

⁷ ‘‘Mülkiyet, kişinin eşya (şey) üzerindeki egemenliğini sağlayan bir haktır. Bu hak kişiye, yasaların öngördüğü sınırlar içinde, eşyayı kullanma, eşyadan (şeyden) ve eşyanın hukuksal ve doğal ürünlerinden yararlanma ve eşya üzerinde tasarruf etme yetkisini verir’’ **Gözübüyük**, Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Ankara, 2006, s.129; Ayrıca, mülkiyet kavramı ve mülkiyet hakkına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz: **Güriz**, Adnan, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1999, s.153 vd.; **Esener**, Turhan / **Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara, 2012, s.165 vd.; **Aybay/Hatemi**, Eşya Hukuku, s.15 vd.; **Ertaş**, Şeref, Eşya Hukuku, s.207 vd.; **Sirmen**, Lale, Eşya Hukuku, Ankara, 2013, s.33 vd.

⁸ **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2013, s.2.

mülkiyet hakkına konu olamayacağı gibi¹ bir taşınır eşya olmadığından dolayı markanın zilyetliği de söz konusu olmayacaktır². Keza mülkiyet hakkı ancak cismani varlıklar üzerinde kurulurken marka, eşya olmadığından, üzerindeki hak da soyut niteliktedir. Buna karşın marka üzerindeki mutlak hak, sahibine, mülkiyet hakkında olduğu gibi hak konusunu kullanma, hakkın semerelerinden yararlanma ve hak üzerinde tasarruf etme yetkisi sağlar³. Bu nedenle de marka ve diğer fikri sınai hakları belirtirken mülkiyet teriminin kullanılmasının sebebi, markanın sahibine sağladığı inhasari hak ve yetkidir⁴. Keza markanın da dahil olduğu hukuk dalını ‘fikri mülkiyet hukuku’ olarak adlandırmada terim kargaşası yaşanmış olmakla birlikte, mülkiyet hakkı burada hak sahipliği bağlamında kullanılmıştır⁵.

Tüm bu açıklamalar ışığında marka hakkı; sahibine, hakkı kullanma, tasarruf işlemlerine konu etme ve sona erdirme bakımından münhasır yetki tanıyan, hakkın ihlali münasebetiyle herkese karşı ileri sürülebilen, sınırsız süreli koruma sağlamamakla birlikte mevzuatın öngördüğü sürelerde yenilendiği müddetçe koruma sağlayan, sağlararası hukuki işlemlere konu olabileceği gibi, miras yoluyla da el değiştirebilen, sunulduğu mal veya hizmetle bir bütünlük içinde olmasına rağmen ondan bağımsız bir varlığa sahip, somut bir varlığı olmamakla birlikte ekonomik değere sahip, para ile

¹ **Yasaman**, s.174; Anayasa Mahkemesi, MarKHK 42/c hükmünün iptaline yönelik kararda marka hakkını, mülkiyet hakkı olarak nitelemiş, söz konusu hükmü, mülkiyet hakkının kanun hükmünde kararname ile sınırlandırılmayacağından bahisle iptal etmiştir: T:9.4.2014 E:2013/147 K:2014/75 ‘Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuraldaki düzenleme, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.’’ <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/ET:02.06.2015>

² **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.355; Yrg.11.HD. T:9.3.2000 E:1999/8623 K:2000/2232 ‘Marka ve ayırt edici işaretler, bir eşya niteliğini haiz olmadığından, zilyetliğe de konu olamazlar. Bunun sonucu olarak da üzerinde zilyetlik oluşturulabilen menkullerden sayılması da mümkün değildi, dolayısıyla menkul mallar da sınırlı İİK'nun 86.maddesi markalar bakımından uygulama alanı bulamaz: 556 s. KHK'nın markaların haczine ilişkin hükümleri uygulanır.’’ **Şanal**, Markanın Hükümsüzlüğü, s.26.

³ **Giray**, s.9.

⁴ **Yasaman**, Marka Hukuku, C.I, s.176; **Kaya**, Marka Hukuku, s.37; **Giray**, s.8.

⁵ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.1; ‘Mülkiyet hakkı, özel hukuktan doğan maddi varlıklar üzerindeki haklardır. Fikri mülkiyet hakkı ise özel hukuktan doğan maddi nitelikte olmayan varlıklar üzerindeki haklardır. Fikri mülkiyet hakkı, mülkiyet sözcüğü ‘aidiyeti’; ‘sahipliği’, bir düşünce faaliyeti gösteren kişinin yarattığı sonuç üzerindeki hak sahipliğini ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Yani burada bir düşünce ürününün onu yaratana ait olması bir başka ifadeyle ‘fikrin sahipliği’ anlatılmak istenmektedir.’’ **Kılıçoğlu**, s.2-3.

ölçülebilen bir haktır. Görüldüğü üzere, marka hakkı yukarıda arz ettiğimiz kategorilerdeki hakların özelliklerini kısmen taşımakla birlikte, kendine özgü özellikleri de olan bir haktır. Bu durumda marka hakkını illa bir kategoride konumlandırmak ve kazanılması, etkileri, kaybedilmesi gibi birçok durumu bu konum üzerinden yorumlamak hem zorlama bir nitelendirme olacak hem de hakkın niteliğine uygun düşmeyecektir. Tüm bu sebeplerle kanaatimizce marka hakkını, kalıplara sokmaya çalışmadan, kendine özgü bir hak olarak nitelemek en uygun çözüm yolu olacaktır¹.

III. KULLANIM YOLUYLA KAZANIM

A. GENEL OLARAK

Marka üzerindeki hak, markanın kullanılması suretiyle oluşur². Marka hakkı, markanın, bir işletmenin mal veya hizmetlerini başka işletmelerin mal ve hizmetlerinden ayırt etme fonksiyonunu yerine getirmesiyle, doğal yoldan oluşmuş olacaktır³. Bu bağlamda, bir markanın korumadan yararlanabilmesi için, usulüne uygun kullanılıyor olması yeterlidir⁴. Başlangıçta herkesin istifadesine açık olan ya da mevcut olmayan bir işaret veya ibarenin, yenilik⁵ içermesi zorunlu olmayan bir düşünsel oluşuma bağlı olarak yeniden ve ayırt edilebilir biçimde ihdas edilmesi ve kullanılması marka hakkını doğurur⁶. Meydana getirme ve kullanma filleri, öncelik ve sahip olma hakkını da beraberinde getirir ve sahibine inhisari bir hak sağlar⁷.

¹ Aynı yönde: **Yasaman**; Marka Hukuku, C.I, s.488; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s. 26; **Çiçekçi**, Çiğdem, Markaya Özgü Kullanım Kavramı ve Markaya Tecavüz Fiilleri, Dokuz Eylül Üniversitesi, SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s.4.

² **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.35.

³ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.176.

⁴ **Pekdiğer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.136, Ayrıca yazar, bu noktada öncelik unsuruna vurgu yapmış, bu sistemi benimseyen ülkelerin de önceliğin ispatı hususunda düzenlemeler yapıldığını, ülkemizde de 4128 sayılı kanunla 7/II hükmünün getirilerek, markasını tescil ettirmeksizin kullanan kişinin, ayırt ediciliği sağlamak koşuluyla marka üzerinde hak sahibi olabileceğinin düzenlendiğini belirtmiştir.

⁵ Marka olacak işaretin yeniliğinden kasıt, mutlak anlamda bir yenilik olmayıp, malların başka işletmelerin, aynı çeşit mallarından ayırt edici nitelikte olması olaarak algılanmalıdır. **Karahan**, Marka Şekilleri, s.23.

⁶ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 45.

⁷ **Kaya**, Marka Hukuku, s. 46, Ayrıca yazara göre “Marka hakkı, maddi bir mala (eşyaya) bağlı hak değildir; gayrimaddi bir mal varlığı hakkıdır. Hakkın niteliği ise, hakkın mutlak karakterini belirler. Söz konusu mutlak hak eşya üzerindeki mülkiyet hakkı ile kabili kıyastır; ona benzer, onunla akrabalık ilişkisi içindedir. Marka üzerindeki mutlak hakkın müspet ve menfi cephesi vardır. Hakkın müspet cephesini, sahibinin öncelikli ve tekeli biçimde kullanma imkanı belirler; olumsuz cephesi ise, üçüncü

Marka üzerindeki öncelik hakkı o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir ki buna ‘gerçek hak sahipliği’ denir¹.

Buradaki kullanma ise, *marka hukukuna özgü kullanım* olup, bu kavramdan kasıt; yalnızca iş kırtasiyesinde, faturalarda, ilanlarda kullanılması değil, markanın ‘ticaret mevkiine konulması’ yani, bir markanın ticarete bulunan malların veya onların ambalajlarının üzerine konulması veya hizmetle birlikte kullanılmasıdır².

Markasal kullanım³, bir yandan tescilsiz bir markanın üzerinde hak elde edebilmek bakımından belli özelliklerdeki kullanma olarak anılırken, diğer yandan ise, tescilli bir marka hakkı sahibinin başkalarının yasaklayabileceği nitelikteki hukuka aykırı marka kullanımlarını da kapsamaktadır⁴. Yani , tescilli olsun veya olmasın , bir işaretin, marka işlevlerini gerçekleştiren kullanımları “markasal kullanımdır”⁵.

Burada şöyle bir soru sormak gerekir; tescilli olsun veya olmasın , bir işaretin, marka işlevlerini gerçekleştiren kullanımlarının markasal kullanım olarak

kişilerin hakka izinsiz müdahalelerini önleme yetkisi şeklinde görülür. Buradan hareketle marka hakkı sahibi üçüncü kişilerin haksız fiil ve/veya haksız rekabet oluşturan fiillerini ve eylemlerini bu müesseseleri düzenleyen genel hükümlerle engelleyebilir. Örneğin, marka hakkı sahibi tacir, markasının aynısının veya iltibas oluşturan benzerinin üçüncü kişi tarafından izinsiz kullanılmasına, sair şartları da varsa haksız rekabet hükümlerinden hareketle engel olabilir’’(76.dipnot)

¹ Yrg.11.HD. T:06/07/1998 E: 98/1734 K: 98/5146 Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 18/03/2015.

² **Tekinalp**, Ünal, ‘‘Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu’’ Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997, s.467.

³ Marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için, markanın ‘markasal’ olarak kullanılmış olması koşulunun aranıp aranmayacağı hususunda bkz: **Arkan**, Sabih, ‘‘Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?’’ , Batıder, Y:2000 C.XX S.3 s.5.; Yrg.11.HD. T: 02.05.2011 E: 2009/9172 K: 2011/5230 ‘‘ Dava; marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davalı firmanın ‘‘şekil+SFS S. Fiş-Piriz Sanayi’’ markası sanayi tipi fiş ve prizler için tescillidir. Bu marka tescilinin davacıya ait markadan farklı bir emtia grubuna ilişkin olduğu açık olduğu gibi ‘‘SPS’’ harflerinden oluşan davalıya ait bir marka tescili de mevcut değildir. Her ne kadar davalının ticari unvanı S... Plastik ve Metal San. Tic. Ltd. Şti’’ ise de bu ibareler davalı işletmesini diğer işletmelerden ayıran bir unsur olup, unvanın kısaltılmış halini davacının markasıyla iltibas oluşturacak şekilde kullanılması davacıya ait marka hakkına tecavüz oluşturacaktır. Davalıya ait işyerinde yapılan aramaya ilişkin tutanakta, satışa sunulan emtialar ile davalı araçlarının üzerinde ‘‘SPS’’ harflerinin yazılmış olduğu ve davalı faturalarında da bu harflerin yer alması karşısında bu ibarenin markasal olarak kullanıldığı ve bu durumun davaya ait marka haklarına tecavüz oluşturduğuna kabulü gerekir. Ayrıca, davalının kendi markasını ve ticaret unvanını da haksız rekabet oluşturacak şekilde farklı formatta kullandığı da sunulan kanıtlardan anlaşılmaktadır. Mahkemece; davalı kullanımının davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğuna kabulüyle davaya konu tazminat talepleri açısından yapılacak değerlendirme sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. ’’ Kazancı İçtihat Bankası ET:18.05.2015; Ayrıca, Markaya özgü kullanım kavramına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: **Çiçekçi**, s.33 vd.

⁴ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.97.

⁵ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.97.

değerlendirilebilmesi için gerekli bir kullanım şartı var mıdır? İlk kullanma sisteminde marka hakkının oluşabilmesi için; markanın ilk defa fakat bir kereye mahsus kullanılmış olması yeterli midir ? Yoksa devamlı bir kullanım şartı aranmalı mıdır? Hemen ifade etmemiz gerekir ki bu noktada doktrinde görüş birliği yoktur.

Bir görüşe göre¹ kullanımın devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Bir diğer görüş² ise, kullanma ile marka hakkı oluşabilmesi için, markanın hukuken korunması gereken bir ekonomik değer kazanmış olması gerektiğini, bu durumun ancak markanın minimum bir tanınmışlık düzeyine ulaşması ile mümkün olabileceğini, bu düzeyin de ancak her somut olayın şartlarına göre özel olarak değerlendirilmesi ile tespit edilebileceğini belirtmiş ve kullanıma ara vermenin bazen tanınmışlığı ortadan kaldırmazken bazen de ortadan kaldırabileceğine dikkat çekmiştir.

Marka hakkını kullanım yoluyla oluşması sistemini benimseyen ülkeler³, markayı seçip kullanan ve tanıtan kişiyi, o markayı önce tescil ettiren kişiye karşı korumuştur⁴. Markayı tescil ettiren kişiye o marka üzerinde bir sahiplik karinesi doğar fakat buna karşılık, markayı kullanan ve tanıtan kişiye bu karineyi çürütebilmek için mevcut tescilinin terkinin isteme, markayı kendi adına tescil talebi ve kendisine dava açılması durumunda karşı dava ikame etme hakkı tanınır⁵. Fakat markayı kullanan ve tanıtan kişi, ilgili mevzuatın, tescil dolayısıyla tanıdığı haklara ve yetkilere sahip olmaz, çünkü , marka üzerinde tanınan inhisari hak tescil sahibine aittir⁶.

¹ Arseven, s.105.

² Cengiz, Dilek, Türk Hukukunda İktibas ve İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995, s.39.

³ Yasaman, Marka Hukuku, s.177-178: Marka hakkının kullanım yoluyla oluştuğu hukuk sistemine Amerika örneği verilebilir ki ilgili mevzuatta (1946 tarihli Lanham Kanunu) markanın tescil edilebilmesi, tescilden önce kullanılmış olması şartına bağlanmış olup tescil sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Amerika örneğinde, her eyaletin kendine özgü Marka Kanunu bulunmakla birlikte, bunun ötesinde federal boyutta bir koruma sağlanabilmesi için üç farklı sistem mevcuttur. Klasik sistemde, markanın kullanımı, sadece görünüşten ibaret olmayıp, tescil talep edilen her mal ve hizmet sınıfında ciddi anlamda kullanıldığına dair örnekler sunulmalıdır. Tescil sisteminde ise, tescil talep edilen markanın kullanımındaki ciddiyetin gösterilmesi yeterli olup, tescilden sonraki altı ay içinde kullanılması ve kullanıma dair bildirimde bulunulması gerekmektedir. Sadece yabancılara tanınan tescil sisteminde ise marka Amerikada kullanılmış olmasa bile başka ülkelerdeki tescile bağlı olarak tescil talep edilebilecek olup, markanın tescilden sonraki altı ay içindeki ciddi kullanımı, markanın hem tescil hem de tescilin geçerliliğinin de şartını oluşturmaktadır.

⁴ Tekinalp, Tescilsiz İşaretler, s.467.

⁵ Tekinalp, Tescilsiz İşaretler, s.467.

⁶ Tekinalp, Tescilsiz İşaretler, s.468.

İlk kullanım sisteminde marka hakkı, markanın iş hayatında ilk kez kullanılması ve maruf hale getirilmesi ile doğar¹. Marka hakkı kullanım ile oluşacağı için tescil işlemi şekli bir işlem den ibaret olup, açıklayıcı niteliktedir². Yani, tescil, önceden kazanılmış olan marka hakkına aleniyet kazandırmış olur³. Tescil , marka hakkının , markayı tescil ettirmiş olan kişiye ait olduğu yönünde bir karine oluşturur. Söz konusu markayı ilk kez kullanan kişi, tescil yoluyla oluşan hak sahipliği karinesini çürütebilir⁴.

Kullanım yoluyla elde edilen marka hakkının ihlalinde markaya bağlı haklar bakımından açıklayıcı etkiyi haiz bir tescil sistemi öngörülmesi, üçüncü kişilere karşı marka hakkının ileri sürülmesini kolaylaştırmaktadır⁵. Markanın kullanım yoluyla kazanılmasına bağlı olarak sicile sadece açıklayıcı bir etki tanımının, üçüncü kişilerin haklarının korunması bakımından doğuracağı sakınca karşısında, hakkın doğumu açısından tescile kurucu bir nitelik yüklemek üçüncü kişilerin haklarının korunması açısından daha sağlıklı sonuç doğurabilecektir⁶.

B. TÜRK HUKUKUNDA TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASINDA TARİHSEL SÜREÇ

1. 1888 Tarihli Nizamname

Marka ile ilgili olarak ülkemizdeki ilk düzenleme olan 1288 tarihli Nizamname (miladi 1872), 1304 (miladi 1888) tarihli Fabrikalar Malumâtı ile Eşyayı Ticariyeye Mahsus Alâmeti Farikalara Dair Nizamname ile yürürlükten kaldırılmıştır.

1888 tarihli Nizamnameye göre kural olarak, bir marka almak ya da alınan markayı kullanma mecburiyeti yoktur⁷. Buna nedenle denilebilir ki ; 1888 tarihli

¹ Karayalçın, s.423.

² Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal, ‘‘Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar’’ Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, s.333 vd., Şanal, Hükümsüzlük Davaları, s.19.

³ Öçal, Akar, Türk Hukukunda Markaların Himayesi (İsviçre ve Fransız Hukuklarıyla Mukayeseli Olarak), Ankara, 1967, s.76.

⁴ Arkan, Marka Hukuku, C.I. s.128.

⁵ Yasaman, Marka Hukuku, s.176-177.

⁶ Yasaman, Marka Hukuku, s.177.

⁷ Arseven, s.64.

Nizamname, tescile dayalı bir sistem öngörmemiştir. Tescil, bir hak doğurmaz, ancak hakka karine teşkil eder çünkü markanın sahibi onu ilk kullanan şahıstır¹. Bu noktada markanın tescili, açıklayıcı nitelikte olup, bir hak doğurmak değil ancak hakka karine oluşturmak durumundadır².

1888 tarihli Nizamnameye ilişkin, bazı ihtimaller üzerinden açıklama yapılacaktır³:

Tescilli iki markanın varlığı halinde:

- Her iki marka da tescilli ise markayı ilk kez tescil ettiren değil ilk kez kullanan hak sahibidir.

Biri tescilli diğeri tescilsiz iki markanın varlığı halinde :

- Söz konusu markayı, iki kullanıcıdan birisi tescil ettirmiş, diğeri tescil ettirmeksizin kullanıyorsa yine, markayı ilk kez kullanan hak sahibidir.
- Markayı tescil ettirmeksizin kullanan kişi, tescilden önce markayı kullandığını ispat ederse hak iddiasında bulunabilir.
- Tescil işlemi, tescil ettirmeksizin kullananın, kullanımından önceki bir zamanda gerçekleşmiş ise, tescilli marka sahibi, kullanımı ispat etmeksizin hak sahibi olur.
- Markayı tescil ettirmeksizin kullanan kişi, diğerrinin tescilinden önce markayı kullandığını ispat etmek durumundadır. Buna karşın tescil ettirmiş olan kişi de tescil ettirmeksizin kullanan kişiden daha evvel markayı kullandığını ispat etmesi durumunda hak sahibi olacaktır.

Nizamnamede hak sahipliği her ne kadar tescil işlemine bağlanmamış ise de tescil, marka hakkına karine teşkil eder, markanın konu olduğu hukuki uyumsuzluklarda

¹ Arseven, s.65.

² Arseven, s.65.

³ Arseven, s.66.

tescilsiz markalara sağlanan sınırlı korumanın daha üstünde, Nizamname hükümlerinden faydalanma bakımından kolaylık sağladığı için daha etkili bir koruma oluşturur¹.

Tescil edilmemiş markaların söz konusu olduğu hukuki uyumsuzluklara uygulanacak hukuk konusunda Hirş², Nizamnamenin bazı maddelerinin, Ticaret Kanunu'nun, Borçlar Kanunu'nun ve Medeni Kanun'un ilgili maddelerinin uygulanabileceği, böylece Nizamnamenin ceza hükümleri dışındaki birçok hükmü uygulama alanı bulabileceği, hatta tescilli markalara tanınan bazı haklardan da yararlanabileceği yönünde görüş beyan etmiş olup, sonraki tarihli eserlerinde³ ise Alman hukukundaki uygulamadan bahisle, hukuki himayenin ancak tescilli markalara tanınacağı ve tescilsiz markaların haksız rekabet hükümleriyle korunacağı yönünde izahta bulunmuştur.

Bilgiş⁴ ise tescilli olmayan markaların haksız rekabet hükümlerine göre korunacağını belirtmiştir.

2. 551 Sayılı Mülga Markalar Kanunu

551 sayılı Markalar Kanunu⁵, bu kanun kapsamında koruma sağlanabilmesi için markanın tescil edilmiş olması şartını aramıştır (3.md.). Tescil kurucu niteliktedir⁶.

Marka tesciline engel bazı durumları saydıktan sonra, markanın hakiki sahibinin onu ilk kez tescil ettiren kişi olduğu yönünde bir karine ortaya koymuştur (15/1). Tescil işlemi ile, tescil ettiren lehine bir hak sahipliği karinesi doğmuş olur fakat bunun, çürütülmesi mümkündür⁷. Tescil edilen marka üzerinde hak sahibi olduğunu iddia eden, aynı mal için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal edip ve piyasada mâruf hale

¹ Arseven, s.66,67.

² Arseven, s.50: (Arseven'den naklen) Ord.Prof.Dr.Hirş'in 1934 tarihli "Türk Ticaret Kanunu Esaslarına göre Ticaret Hukuku" eserindeki görüşü bu yöndedir.

³ Arseven, s.50:(Arseven'den naklen) Ord. Prof. Dr. Hirş'in 1939 tarihli "Ticaret Hukuku Dersleri" eserindeki görüşü ise bu yöndedir.

⁴ Arseven, s.50: (Arseven'den naklen) Ord. Prof. Şevket M.Bilgiş'in görüşü bu yöndedir.

⁵ RG, 12/03/1965, S.11951.

⁶ Poroy/Tekinalp, Sorunlar, s.333-345.

⁷ Poroy/Tekinalp, Sorunlar, s.333-345.

getiren kişilere, tescil prosedürü içinde bir itiraz yolu tanınmamış, ancak tescilden sonra dava açma olanağı tanınmıştı (15/2)¹. Bu durum, hem tescilin hukuk güvenliğini sağlama fonksiyonunu zayıflatmış hem de davaların kısa sürede çözüme kavuşturulamaması, belirsizliğe neden olmuştur ².

551 sayılı Markalar Kanunu, ‘*fiilen ihdas*’, ‘*istimal*’, ‘*piyasada maruf hale getirme*’ unsurlarını, marka hakkının oluşumu için gerekli olan hukuki unsurlar olarak ortaya koymuştur³. Buradaki, ‘*fiilen ihdas*’, markanın seçimini, ‘*istimal*’, mal veya ambalajı üzerinde marka hukukuna özgü olarak kullanılmasını, ‘*piyasada maruf hale getirilmesi*’ ise, herkesçe veya ülkenin bütününde tanınmasına gerek olmaksızın kendi çevresinde veya piyasasında tanınmasını, bilinmesini ifade etmektedir⁴.

Tescilli bir markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin , başka birisi tarafından tekrar tescil edilmiş olması durumunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle uygulamada sorunlar doğmuştur⁵. Bu durum hem doktrinde farklı görüşler ortaya konmasına hem de Yargıtay’ın farklı kararlar vermesine sebep olmuştur⁶.

¹ Kendigelen, Mark’ın zamanında bir dava dosyasına sunduğu bilirkişi raporunda bahsi geçen hükmü şöyle değerlendirmiştir: ‘*.b) Mark’ın 15.maddesine göre ise ‘Bir markayı ilk defa tescil ettiren kimse o markanın sahibi sayılır’ Şu halde davalılardan M.A.A. lehine bir hak sahipliği karinesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu karinenin nasıl çürütülebileceği ise aynı maddenin ikinci fıkrasında yazılıdır. Aa) bunun için davacı şirket, ‘...aynı emtia için aynı markayı daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia ve bu iddiasını dava veya karşılık dava suretiyle ispat...’ etmelidir. bb) ancak bu ispat ve dava hakkı anılan fıkranın ikinci cümlesinde hak düşürücü sürelerle bağlanmış bulunmaktadır. Buna göre ‘bu hak, markanın tesciline veya kullanıldığına ıtıla tarihinden itibaren üç yıl geçmekle düşer.’ Tescilin davalı adına 1977 yılında yapıldığı konusunda anlaşmazlık bulunmadığına göre üç yıllık sürenin geçtiği hususu sabittir. Davacı vekilinin, ‘kötüniyetin varlığı halinde hak düşürücü sürelerin uygulanmayacağı’ yolundaki iddiası ise 11.madde ile ilgili olup, 15.maddeye uygulanması mümkün değildir.’ **Kendigelen**, Abuzer, ‘Marka Hakkının Korunması-Tanınmış Marka/Koruma Alanı’ (Bilirkişi Raporu), Hukuki Mütalaâlar C.III, İstanbul, 2006, s.221.*

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.I. s.15.

³ **Poroy/Tekinalp**, Sorunlar, s.333.

⁴ **Poroy/Tekinalp**, Sorunlar, s.333; **Cengiz**, hükmün uygulanma şartlarını; bir kişi adına ilk defa tescil edilmiş olan bir markanın başkası tarafından fiilen ihdas ve istimal edilmiş ve piyasada maruf hale getirilmiş olması, markanın üzerine konulacak emtianın aynı olması ve terkin davası markanın tescilinin veya kullanıldığının öğrenildiği tarihten itibaren altı ay ve herhalde tescilin ilanından itibaren üç yıl içinde açılması olarak ortaya koymuştur. **Cengiz**, s.126.

⁵ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I s.15.

⁶ Ayrıntı ve karar örnekleri için bkz: **Poroy/Tekinalp**, Sorunlar, s.333.

551 sayılı Kanunun, marka hakkının doğumu ve kullanılmasına ilişkin sistemlerden hangisini benimsediği veya 551 sayılı kanunun sisteminin nasıl nitelendirileceği hususunda doktrinde farklı fikirler mevcuttur:

*Arkan*¹'a göre, 15/I md.de ortaya konan tescile dayalı hak sahipliği karinesi ortaya konulmasının ardından, gerçek hak sahibinin bu iddiasını dava veya karşı dava yoluyla ispat etme hakkı tanınması, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun ilk kullanım sistemine daha yakın karma bir çözüm benimsediğinin göstergesidir².

*Yasaman*³'a göre, 551 sayılı Markalar Kanunu ile 556 sayılı MarKHK'nın sistemleri esas itibariyle aynıdır. 551 sayılı Kanunun, korumadan yararlanabilmek için markanın tescil edilmesi gerektiği (3.md.), bir markayı ilk defa tescil ettiren kişinin markanın hukuki sahibi sayıldığı (15.md.) şeklindeki hükümleri karşısında, 556 sayılı KHK'nın, marka korumasının tescil yoluyla elde edileceğini düzenleyen (1.md.,6.md.) hükümleri birlikte değerlendirildiğinde her iki düzenlemenin de tescil sistemini işaret ettiği görülmektedir. Bununla birlikte tescil sistemine bazı istisnalar da getirilmiştir. 11.madde de *'tanınmış markalar'*, 15.md.de *'maruf markalar'* hakkında istisnalar mevcuttur. Bunların dışında, bir markayı fiilen ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişi, aynı marka bir başkası adına tescil edilmiş olsa dahi, tescilden ve öğrenmeden itibaren altı ay, her halde tescilden itibaren üç yıl içinde tescilin terkinini talep edebilir.

¹ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.128.

² Aynı yönde: **Cengiz**, s.40 vd.: Yazar; 551 sayılı Markalar Kanununda, marka hakkının oluşumu ve korunması konusunda ilk kullanma sistemine daha yakın olan karma bir sistem benimsendiğini belirtmektedir. Yazar'a göre marka hakkı, biri markanın ilk defa tescil ettirilmesi, ikincisi markanın ilk defa kullanılması yoluyla olmak üzere iki şekilde oluşabilir. Kanuni dayanak olarak birincisine 15.md., ikincisine 3.md. gösterilmiştir. Kullanma yolu ile marka hakkının kazanılmasında, kullanmanın koşullarını 15.md.de düzenlenmiştir. Buna göre ilk defa kullanma suretiyle marka hakkının oluşabilmesi için kanunun deyimiyle marka, fiilen ihdas ve istimal edilmeli ve piyasada maruf hale getirilmelidir. Fiilen ihdas kavramı; markanın, markalar hukukuna uygun olarak seçilmesi, istimal kavramı; markanın kullanılması, piyasada maruf hale getirilme kavramı ise markanın piyasada tanıtılmış olması anlamlarına gelmektedir. Yalnız piyasada tanınmış olmanın ölçüsü olarak, markanın hukukten korunması gereken ekonomik değer kazanmasına yeterli düzeyde minimum bir tanınırlık olup her somut olayın koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir.; Karma sitem olduğu yönünde: **Sekmen**, s.44; **Oytaç**, Kutlu, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2002, s.6.

³ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.181.

*Tekinalp*¹'e göre ise, 551 sayılı kanun, ilk kullanma sistemini benimseyerek, markayı seçen ve onu marka hukukuna özgü biçimde kullanan kişinin hakkını, o markayı önce tescil ettiren kişinin hakkından üstün tutmuş, bu ilkeyi 15.md.de belirtmiştir. Aynı hükümde belirtildiği üzere, kullanım yoluyla hak sahipliği elde eden kişi, markayı önce tescil ettirerek bu tescil sebebiyle markanın sahibi olarak kabul edilen kişiye karşı, markanın asıl sahibinin kendisi olduğunu iddia edebilecek, bu iddiasını da dava veya karşı dava açmak suretiyle kanıtlayabilecektir. Yazara göre, böylece kullanmada öncelik, marka üzerinde hak sahipliği doğuruyordu. Keza, tescil ile marka sahipliğine ilişkin yalnızca bir karine doğduğu, hükmün kenar başlığından da anlaşılmaktaydı. Bu kişi de tescil dolayısıyla markanın sahibi olan kişiyi marka sahipliğinden ayırabiliyor, markayı adına tescilli olan kişinin adını sicilden sildirebiliyor ve nihayet markayı kendi adına tescil ettirmek hakkına sahip bulunuyordu.

3. 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükümünde Kararname

MarKHK'nın sistemi ile ilgili doktrinel tartışmaları ilgili bölüme² sevk ederek bu noktada şu kadarına değinmek isteriz. MarKHK 1.md.ve 6.md. birbirini tamamlar nitelikte olup tescil sistemini işaret etmektedir. Dolayısıyla, ancak MarKHK'daki usule uygun olarak tescil edilmiş markalar, MarKHK'nın sağladığı kapsamlı haklardan ve korumadan yararlanabilecektir³.

Markanın tescili, MarKHK'nın markaya sağladığı koruma açısından kurucu nitelikte olmasına rağmen kullanılan bir işaretin tescil edilmemesi, kullanılan işaretin marka olmadığı anlamına gelmemektedir⁴. Keza markanın tescil edilmesi ancak MarKHK hükümlerince korunmasını sağlar, çünkü marka üzerindeki hakkın doğması için söz konusu markanın kullanılması yeterlidir⁵.

¹ **Tekianlp**, Tescilsiz İşaretler, s.469.

² Bkz; Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/A.556 Sayılı KHK Sisteminin Değerlendirilmesi

³ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.34.

⁴ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.34.

⁵ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.35.

Tescilli markalar MarKHK kapsamında korunurken, tescilsiz marka sahipleri markalarını, TTK'nın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruyabilir, MarKHK'nın tescilsiz markalara ilişkin 8/III md.ve 42/I-b md. hükümlerden de yararlanabilir¹.

Tescil tarihinden önce kullanılarak ayırt edicilik kazanmış markaların tescilinin reddedilememesi (MarKHK 7/II md.), tanınmış markalara sağlanan özel koruma nedeniyle tescile gerek olmaksızın korumadan faydalanması² (Paris Sözleşmesi 1.mük.6.md.) halleri de bu duruma örnek gösterilebilir.

4. Markalar Kanunu Tasarısı

Markalar kanunu tasarısının³, büyük oranda MarKHK ile paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir⁴.

Öncelikle, marka hakkının kazanılması ve korunması bakımından kanun tasarısının sistematığına bakacak olursak, madde numaraları da aynı olmak üzere, paralel hükümler olduğunu görmekteyiz:

‘‘MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı, bu Kanun hükümlerine uygun olarak bir markanın tescili konusunda yapılan başvuruya veya tescil edildiğinde korunmasına ilişkin esasları belirlemektir.

(2) Bu Kanun, bir markanın tescili için yapılan başvuru, tescil, itiraz, tescilli bir markanın korunması ve tescil sonrası işlemler ile ilgili usul ve esasları kapsar.

(3) Bu Kanun kapsamına girmeyen markalar, genel hükümler uyarınca korunur.

MADDE 6- (1) Bu Kanun ile sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.’’

¹ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.35.

² MarKHK'nın 7/I-ı hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/iv. Anayasa Mahkemesinin, MarKHK'nın 7/I-ı Hükümünün İptaline İlişkin Kararı.

³ ‘‘Tasarı’’ olarak anılacaktır

⁴ Çalışma konumuzun kapsamı itibarıyla yalnızca sisteme ilişkin hükümler ile, tescil ilkesine istisna teşkil eden hükümler incelenecektir.

1.fıkra, MarkHK'dan farklı olarak, koruma kapsamına tescilli markaların yanı sıra tescil başvuruları da eklenmiştir. Tescil başvurusu, MarKHK'nın çeşitli hükümlerinde yer almaktadır. Örneğin 22.md. uyarınca, markaya ilişkin hukuki işlemler marka başvurularına da uygulanmaktadır. Tescilli markanın koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren on yıldır(40.md.). 8/3-a hükmüne dayanabilmek için, başvuru tarihinden önce hak elde edilmesi gerekir. Görüldüğü üzere KHK yalnızca markanın tesciline değil, tescil başvurularına da önem atfetmektedir. Nihayetinde başvuruda, tescil telebi amaçlı bir irade beyanı ortaya konmaktadır. Tasarının 1.fikrasında başvuruya sağlanan koruma da ayrıca hüküm altına alınmıştır.

2.fıkra kanunun kapsamını belirtmektedir. MarKHK ilgili hükmüne göre biraz daha detaylandırılmıştır. Aslında bu fıkra da geçen bütün aşamalar zaten marka koruması kapsamına girmekte ve kanunda düzenlenmektedir.

3.fıkra yeni bir hükümdür. MarKHK'nın amacı tescilli markaları korumaktır (1.md.). Yani MarKHK ile, tescilli markalara özel bir koruma sağlanmıştır. Fakat, ayrıntılı olarak arz edildiği üzere, tescilsiz markaların tamamen hukuki koruma dışı kaldığı söylenemez. Genel hüküm niteliğindeki haksız rekabet hükümleriyle korunmaktadır. Yani bu fıkra ile zaten mevcut olan bu durum kanunda hüküm altına alınmış olacaktır.

6.madde hükmü ise MarKHK ile aynıdır. Kanun kapsamında korumanın tescille elde edileceğini düzenleyen bu hüküm, tescil sistemini işaret etmektedir. Fakat ileride arz olunacağı gibi MarKHK -ve aynı hükümleri içerdiğinden dolayı tasarı- tescil sistemini işaret etmiş olsa dahi, bu ilke mutlak anlamda kabul edilmeyip önemli istisnalar içermektedir. Bunlardan ilki, tanınmış markalardır. Tasarının ilgi maddesine baktığımızda;

‘‘MADDE 7/ ı) Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi'nin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markalar,‘‘

hükmün aynen korunduğunu görmekteyiz¹. Keza tanınmış markalara sağlanan koruma, Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelere dayandığı için iç hukukumuzda etki etmesi kaçınılmazdır².

Tescil ilkesinin bir diğer istisnasını ve çalışma konumuzu oluşturan gerçek hak sahipliği ilkesinin temelini oluşturan hükme baktığımızda;

‘‘MADDE 8/3 Tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescil başvurusu yapılan marka, aşağıdaki hallerde tescil edilmez;

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmişse,

b) Belirtilen işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkını veriyorsa. ‘‘

Tasarıda da aynen korunduğunu görmekteyiz. Bu da gösteriyor ki gerçek hak sahipliği ilkesi tasarı kanunlaştığında da varlığını sürdürecektir.

C. TESCİLSİZ MARKALARIN KORUNMASI

Burada tescilsiz markaların yürürlükteki mevzuat kapsamında düzenlenmelerine değinilecektir. Bu düzenleme kapsamında *kullanım* kavramı ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir³.

1. Türk Hukukunda

a. 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname

MarKHK'nın sağladığı koruma, 1.md. ve 6.md.de belirtildiği üzere, tescilli markaları kapsamaktadır. MarKHK, marka sahibi lehine hükümlerle tescilli markalara

¹ MarKHK'nın 7/I-ı hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Yine de tasarının bu hükmüyle, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markaların mutlak red nedeni oluşuna yasal zemin oluşturulmuş olacaktır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/iv.Anayasa Mahkemesinin, MarKHK'nın 7/I-ı Hükümünün İptaline İlişkin Kararı.

² Keza Anayasamızın 90.maddesine göre, usulüne uygun yürürlüğe konmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir.

³ Bkz: II.Bölüm/II.İlkenin Şartları/C.Markanın Kullanılması

özel bir koruma sağladığından, markanın sicile tescili önemlidir¹. Öngörülen bu tescil sisteminin yanında, markasını tescil ettirmeyen kişilere de bazı haklar tanınmıştır²; bu kişiler, MarKHK'nın 8/III hükmü uyarınca, üçüncü kişilerin marka tescil taleplerine, tescil prosedürü içinde itiraz edebilirler veya 42.md.nin 8.md.ve yaptığı atıf nedeniyle tescilli bir markanın hükümsüzlüğünü talep edebilirler³.

b. Haksız Rekabet Hükümleri

Bir kişinin, bir marka seçip onu çeşitli nedenlerden dolayı tescil ettirmeksizin kullanmaya devam etmesi halinde, bir başkasının o markanın aynısı veya alıcıların karıştırmasına neden olacak surette benzerini⁴ tescil ettirmesi olasıdır⁵.

MarKHK'nın amacı tescilli markaları korumaktır. Başka bir deyişle tescil ettirilmemiş markalar, kural olarak MarKHK'nın korumasından yararlanamaz⁶. Bu nedenle tescilsiz markalar, tecavüz ve ihlalleri engellemek veya zararı tazmin etmek için, TTK'nın haksız rekabet hükümleri çerçevesinde korunabilirler⁷.

2. Paris Sözleşmesi

Türkiye'nin 14 Ağustos 1975 tarih ve 7/10540 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile katıldığı⁸ Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Sözleşmesi, 14 Temmuz 1967'de imzalanmıştır.

¹ Çağlar, s.37.

² Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.34.

³ Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.34.

⁴ Yrg.11 HD. E:1996/1122 K:1996/1563 '*Davacı, dava dışı, Trimetal Paint Co.Belgium Firmasının, dava konusu 'SİLVA+' markalı mamülünün 1988'den beri Türkiye'de satış ve tanıtımını, temsilciliğini yaptığını, meşhur ettiğini buna karşın davalının aynı mamülü karışıklığa sebep verecek şekilde piyasaya sürdüğünü ve kendi adına marka olarak tescil ettirdiğini ileri sürerek, davalı markasının sicilden terkinini ve haksız rekabetin önlenmesini istemiştir. Davalı, davacının dava dışı Trimetal Paint Co.Belgium firmasıyla arasındaki sözleşmeye göre böyle bir dava açmaya hakkı olmadığını ileri sürmüştü de yargulamada buna itibar edilmemiş, davacının 1988 yılından beri 'SİLVA+' mamülünü tanıtımda aktif rol oynadığı meşur hale getirdiği, ancak Türkiye'de tescil ettirmediği halde TTK m.58/1 ve m.57/5 gereğince haksız rekabet davası açmaya hakkı olduğu kabul edilmiştir. Davalının, başkasının haklı olarak kullandığı markaya tecavüzde bulunduğu ve karışıklığa meydan vermek suretiyle haksız rekabet ettiği kabul edilmiş, haksız rekabetin menine ve davalı markasının sicilden terkinine karar verilmiştir.Karar, Yargıtay'ca onanmıştır.'*: **Akgülen**, Alper Tunga, '*Haksız Rekabet ve Markalar Kanunu Üzerine Yargıtay İçtihatları*' Türkiye'de ve Dünya'da Sınai Mülkiyet Koruması, 24-25 Haziran 1997, Bildiriler, s.125.

⁵ Cengiz, s.123.

⁶ Aslan Düzgün, Ülgen, Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010, s.25.

⁷ Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.35; Aslan Düzgün, s.25.

⁸ R.G. T:19/11/1975 S.15417.

Örgütün amacı özellikle fikri haklar alanında ulusal mevzuatların yeknesaklaştırılması olup, Sınai Mülkiyetin Korunması Hakkındaki Paris Sözleşmesi bu yönde atılmış ilk adımdır¹. Paris Sözleşmesinin amacı, kurulacak birlik çerçevesinde, üye devletlerin hukukları da ihmal edilmeden konulacak temel prensiplerle, sınai mülkiyet üzerindeki hakları korumaktır².

Türkiye, daha önce koyduğu çekinceleri de kaldırmak suretiyle , Paris Sözleşmesinin Stockholm metnini, 1994 yılında tümüyle kabul etmiştir³.

Paris Sözleşmesi ve onu izleyen diğer uluslararası düzenlemelerde esas kural, ülkesellik ve bağımsızlık esası gereği tescil şartlarının ulusal düzenlemelere bırakılmasıdır⁴.

Paris sözleşmesinin, markaların tescil koşulları ve aynı markanın farklı ülkelerde bağımsız olarak korunmasını düzenleyen 6.md.sinde tescil şartının ulusal mevzuatla düzenleneceği hususunun yanında, birlik ülkeleri arasında tescil esası benimsenmiştir⁵:

“1- Ticaret veya fabrika markalarının tescil veya tevdi şartları her ülkenin ulusal mevzuatıyla belirlenecektir.

2- Bununla beraber Birliğe dahil ülkelerden herhangi birinde Birlik ülkelerinden birisinin vatandaşı tarafından tevdi edilmiş bir marka, menşe memlekette yenilenmemiş veya tevdi edilmemiş olması nedeniyle hükümsüz kılınamayacaktır veya ret edilemeyecektir.

3- Birlik ülkelerinden birinde usulüne uygun olarak tescil edilmiş bir marka menşe ülkesi dahil birliğe dahil diğer ülkelerde tescil edilmiş markalardan müstakil olarak kabul edilecektir.”

¹ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.35; **Bilgili**, Fatih, Marka Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006, s.46.

² **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.36; **Bilgili**, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.46.

³ R.G. T:23/09/1994 S.22060.

⁴ **Paslı**, s.261.

⁵ **Oytaç**, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, s.5.

3. TRIPS¹

Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının 1C nolu ekini oluşturmaktadır. Türkiye, 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşmasını onaylayarak TRIPS'e taraf olmuştur.

Fikri haklar konusundaki en kapsamlı uluslararası anlaşma olup; fikir ve sanat eserleri ve bağlantılı haklar, veri tabanları ve bilgisayar programları, coğrafi işaretler, endüstriyel tasarımlar, markalar, patentler, yarı iletken topografyalar, ticaret sırları konularında minimum koruma standardı öngörmektedir².

TRIPS ve Paris Sözleşmesi paralel düzenlemeler içermekte, yalnızca TRIPS'e üye devletler açısından, ilgili maddelere uyma zorunluluğunu doğurmaktadır³.

TRIPS'in, '*Fikri Mülkiyet Haklarının Kazanılması, İdame ettirilmesi ve ilgili Taraflar-Arası Usuller*' başlıklı bölümü tüm hak kategorilerini dolayısıyla markayı da kapsayan hükümlerden oluşmaktadır⁴. Telif/eser hakkı ile açıklanmamış bilgi dışındaki fikri mülkiyet haklarının kazanılması veya sürdürülmesi koşulu olarak çeşitli usulleri benimseme serbestisi tanınmış, hakkın iktisabının tescile bağlı olma ihtimalinden söz edilmiştir⁵. Tescilin etkisi noktasında belirleyicilik her ulusun iç hukukuna bırakılmış olup, markanın tescil hakkın oluşmasında kurucu unsur olabileceği gibi, açıklayıcı etkide gösterebilmektedir⁶.

Gerek 551 sayılı kanunun gerekse 556 sayılı MarKHK'nın, markayı ilk kez kullanan gerçek hak sahibine tanınan korumaya ilişkin hükümleri, TRIPS'in 16.md. hükmüne paralel nitelikte düzenlemelerdir.

TRIPS 16.md.ye göre, tescilli işaretlerin sahibine tanınan haklar, tescilden önce başka birinin bu işaretler üzerinde hak kazanmış olması durumunda bu haklara zarar

¹ The Agreement On Trade Related Aspects Of Intellectual Property Rights, Including Trade In Counterfeit Goods

² **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.37.

³ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.38.

⁴ **Paslı**, s.253 dn.77.

⁵ **Paslı**, s.253 dn.77.

⁶ **Paslı**, s.253 dn.77.

veremez ve de üye devletlerin de kullanım esasına dayanarak hak kazanılması konusunu düzenlemelerine engel teşkil edemez¹.

TRIPS 16.md.nin, marka hakkının kullanım sonucu kazanılmasına cevaz vermesi dolayısıyla üye devletler de ulusal hukuklarında bu yönde düzenleme yapmak hususunda serbest bırakılmıştır². Ayrıca, tescil aşamasında ileriye yönelik kullanım amacı aranabilir yani tescil özelliği kullanıma bağlanabilir fakat, markanın fiili olarak kullanılması, bir tescil şartı olamayacaktır³.

IV. TESCİL YOLUYLA KAZANIM

A. TESCİL SİSTEMİ

Markanın, bir yandan tarihi seyir içinde diğer ayırt edici adlara kıyasla daha yaygın hale gelmesi, ayırt ediciliğin yanında reklam ve garanti fonksiyonlarının da önem kazanması; diğer yandan iktibas ve iltibas gibi durumlarda yaptırımlar öngörülmesi gibi sebepler neticesinde, marka hakkına ilişkin durumun netlik kazanması adına, özel bir sicile tescil edilmesi ve özel bir korumaya tabi tutulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır⁴.

Özellikle 19.yüzyıldan itibaren markanın, uluslararası alanda yapılan markaya özgü mevzuatlarla düzenlenip, özel bir sicile kaydedilerek müstakil hale gelmesi ve ülkelerin de bu doğrultuda ulusal düzelemelerde bulunmasının neticesinde marka hakkının doğumu ve korunması konusunda tescil sistemi ortaya çıkmıştır⁵. Tescil sistemi, tüm ülkelerde kabul gören genel bir sistem olarak nitelendirilmektedir⁶.

Tescil sisteminde marka hakkının oluşması için , markanın ilgili mevzuata göre seçilmesi ve tescil ettirilmesi gerekmektedir⁷. Tescile mutlak sonuç bağlanan hukuk sistemlerinde, markayı marka hukukuna özgü biçimde seçip kullanan fakat tescil

¹ **Arkan**, Marka hukuku, C.I, s.26.

² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.176.

³ **Oytaç**, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku , s.7.

⁴ **Kaya**, Marka Hukuku, s.46.

⁵ **Kaya**, Marka Hukuku, s.46.

⁶ **Yasaman**, Marka Hukuku,s.181.

⁷ **Cengiz**, s.38, **Kaya**, Marka Hukuku, s.47.

ettirmemiş olan kişiye ya sınırlı bazı imkanlar sağlanmakta ya da hiçbir hak tanınmamaktadır¹. Böylece marka hakkı sahibi tescil ile doğrudan MarKHK'nın tescilli markalara sağladığı korumadan yararlanabilecektir².

Tescil ilkesi benimsenen bir sistemde bir şahıs, bir mal veya hizmet için tescil edilmiş olan bir markayı, MarK'nın deyimiyle, daha önce fiilen ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini tescil edilmiş marka sahibine karşı iddia edemez ve bu iddiasını dava veya karşı dava yoluyla ispat etme hakkına sahip olmaz (mülga MarK.15.maddesi, *gerçek sahip ilkesi*)³.

Kullanım yoluyla marka hakkının kazanılmasında ilk kullanan kişinin hakkı, tescil eden kişinin hakkına karşı öncelik arz etmekte iken; tescil sisteminde, tescil edilmiş bir marka, başkaları tarafından daha önce tescilsiz bir şekilde kullanılmış olsa dahi ilk defa tescil ettirmiş olan kişinin hakkı önceliklidir⁴. Markayı ilk defa tescil ettiren kişi, hakkını herkese karşı ileri sürebilirken, tescilsiz markayı ilk defa kullanan kişi ne markalar hukukuna ne de haksız rekabet hukukuna göre korumadan yararlanabilir⁵.

Tescil sisteminde, tescille oluşan marka hakkının korunması, markanın kullanılması koşuluna bağlanabilmektedir⁶. Bu durumda tescil edilmesine rağmen, haklı bir neden olmaksızın kullanılmayan markaların sicilden terkin edilmesi yönünde hükümler öngörülebilir⁷.

Tescilli bir markanın kullanılmaması çeşitli nedenlere bağlı olabilir⁸. Örneğin bir tacir ileride üretmeyi planladığı bir ürün için bir marka tescil ettirmiş olabilir veya

¹ **Tekianlp**, Tescilsiz İşaretler, s.468.

² **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.35.

³ **Tekinalp**, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012, s.382.

⁴ **Cengiz**, s.38.

⁵ **Cengiz**, s.38.

⁶ **Cengiz**, s.39; **Öçal**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.83.

⁷ **Cengiz**, s.39; **Öçal**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.83.

⁸ Yrg.11.HD. T: 8.3.2002 E: 2002/1719 K: 2002/2064 "Davacının koruma süresi 14.6.1988 tarihinde biten ve yenilenmeyerek hükümsüz hale gelen markasını 3.11.1992 tarihinde ticareti terketmek suretiyle fiilen de kullanmadığı anlaşılmakta olup, artık fabrikasının 1986 yılında istimlak edilmiş olması nedeniyle markayı kullanamamasının haklı sebebe dayandığı yolundaki iddiasının değerlendirilmediğinin dinlenemeyecek olmasına ve somut olayda varılan sonuç itibarıyla, Paris Sözleşmesi ve TRIPS Sözleşmesi hükümlerinin 556 sayılı KHK hükümlerine göre, davacının daha lehine olmadığına anlaşılmaya göre, davacı vekilinin karar düzeltme isteğinin reddi gerekir." Kazancı İçtihat Bankası ET: 18.05.2015.

kendi markalarına benzer bazı markaları da tescil ettirmek suretiyle rakiplerinin karışıklık yaratarak haksız rekabet yapmalarına engel olmak isteyebilir¹. Marka hakkının doğumunu tescile bağlayan hukuk sistemlerinde² dahi, tescil sisteminin katı bir şekilde uygulanmasının yaratacağı sakıncaları bertaraf etmek amacıyla bazı istisnalar getirilerek tescilsiz işaretlerin tamamen korumasız kalması engellenmiştir³. Paris Sözleşmesinin 1.mük. 6.md.sine göre tanınmış markaların, söz konusu marka daha önce tescil edilmiş olsa dahi bunun hükümsüzlüğünün talep edilebilmesi, marka tescil edilmeden önce kullanım var ise ve tescilin kötü niyetle yapılması halinde tescilli markanın korunmaması halleri bu istisnalara örnek gösterilebilir⁴.

Bir markanın topluluk markası olarak tescil edilebilmesi de mevzuata uygun olarak tescil prosedürünün tamamlanmasına bağlıdır. Burada da bir marka üzerindeki hakkın tescille doğabileceği hükmünün yanında, topluluk üyesi ülkelerden birinde , tescil edilmemiş veya yerel kullanım ötesinde önemi haiz işaretlerin sahibine tescile itiraz hakkı tanıyarak, hakkın doğumunun yalnızca tescile bağlı olmadığını ortaya koymaktadır⁵.

B. TESCİLİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Tescil sisteminde marka hakkının oluşması, markanın ilgili sicile tescil şartına bağlı olduğundan yapılacak tescil kurucu niteliktedir⁶.

Tescil sisteminde, tescilin kurucu etkisinin sonucu olarak; üçüncü kişiler markayı ilk kez seçen ve kullanan kişi olsalar dahi marka hakkına tecavüz edildiği veya haksız rekabet iddialarıyla koruma talep edemeyecektir keza, tescilli bir marka söz konusu olduğundan öncelikle tescille sağlanan korumanın sona erdirilmesi gerekecektir⁷.

¹ **Cengiz**, s.38-39; Ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz: **Öçal**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.83

² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.179-180: Marka üzerindeki hakkın ancak tescille doğduğu hukuk sistemine örnek olarak Fransa ve Avrupa Birliği verilebilir. Fransız Hukukunda, tescilli bir marka ile, tescilli markadan daha önce fakat tescil ettirilmeksizin kullanılan bir marka arasında, geçerli ve korunmaya değer olanı tescilli markadır.

³ **Yasaman**, Marka Hukuku,s.180.

⁴ **Yasaman**, Marka Hukuku,s.180.

⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku,s.180.

⁶ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.112.

⁷ **Kaya**, Marka Hukuku, s.47. Ayrıca yazar, gerek yürürlükteki mevzuat gerekse 551 sayılı Kanun döneminde Yargıtayın bu yönde verdiği kararlara şu örnekleri sunmuştur : Yrg.11.HD. T:23/09/1991

V. KARMA SİSTEM

Markanın günümüzdeki ekonomik değeri ve fonksiyonu ve özellikle tecavüz oluşturan olası fiiller düşünüldüğünde, marka hakkını oluşturan durumun, üçüncü kişilerce kolayca bilinebilir olması büyük önem arz etmektedir¹. Tescil işlemi bu noktada aleniyet sağlayan bir idari işlemdir. Fakat marka hakkının tescil işlemiyle oluştuğu sistemin çok katı bir şekilde benimsenmesi durumunda, markayı ilk defa kullanmak suretiyle markaya ekonomik bir değer kazandıran kişinin hakkının, yalnızca tescile dayalı hak sahibi olan kişinin hakkı karşısında bir önemi kalmayacaktır².

Tescil sisteminin katı bir şekilde uygulanmasının bu sakıncası ile ilk kullanma sisteminin özellikle üçüncü kişiler nezdinde bir aleniyet ve bilinirlik sağlayamaması durumları karşısında, menfaatler dengesine uygun bir çözüm olarak karma sistemler öngörülmüştür³.

E:90/2999 K:91/4754 ‘... Dava tarihinden sonra gerçekleştirilmiş dahi olsa, tescil ettirilmiş bir markanın haksız rekabet yoluyla kullanılmasının önlenmesine karar verilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, davacı tarafa davalının da renkli olarak tescil ettirdiği benzer markaların iptali konusunda ayrı bir dava açılması için mehil verilmesi ve mümkün olduğu takdirde bu dava ile birleştirilmesi, aksi halde o dava sonucu beklenilerek hüküm kurulması gerekir...’, Yrg.11.HD. T:24/06/2002 E:02/2823 K:02/6478 ‘... bir kişinin ve haklı da olmasa (yolsuz tescil) yasaya uygun surette tescil ettirdiği bir markayı tescilli olduğu sürece kullanmasının, bir hakkın kullanması olduğundan haksız rekabete konu teşkil etmeyeceği gerekçeleriyle...’, Yrg.11.HD. T:15/02/1999 E:88/9256 K:90/877 ‘...tescilli marka başkasının ticaret ünvanı içinde olsa dahi, davacının tescilli markası iptal edilmedikçe, davalı aynı sözcüğü –ticaret ünvanı içinde olmasına rağmen- ürünleri üzerinde kullanamaz. Zira ticari ünvan, işyeri tabelasında ve yazışmalarda; marka ise ürünler üzerinde ve ambalajlarda kullanılır...’, Yrg.11.HD. T:30/09/1983 E: 37/55 K:4773 ‘...iki markanın açıklandığı biçimde tescilli olduğu, tarafların tarafların bu markalar için sicilden, terkin davası açmadıkları hususunda anlaşmazlık yoktur. Adı geçen markaların her iki tarafın adına tescil edilmiş olmasına ve markaların, sicilden terkin için herhangi bir dava açılmamış bulunmasına göre, tarafların bu markaları 551 sayılı Markalar Kanununun öngördüğü biçimde kullanmak hakkına sahip bulundukları , açıklamasına gerek duyulmayacak kadar belirgindir...’ ET: 02.06.2015.

¹ Cengiz, s.40.

² Cengiz, s.40.

³ İngiliz hukuku, tescilli markaların yanında tescilsiz markaların da, üçüncü kişilerin tescilli olmayan markalarının müşteri çevresinden yararlanmak ve itibas yaratması suretiyle zarara uğratılması şartıyla veya haksız rekabet hükümlerine dayanarak korunduğu ve bu yönüyle de Türk Hukukuna benzerliği yönünden örnek gösterilebilir . İngiliz hukuk sistemine göre, bir markayı kullanan veya kullanmak niyetinde olan herkes tescil talebinde bulunabilir başka bir deyişle bu sistemde tescil, önceki kullanıma veya kullanım mevcut değilse kullanım niyetine bağlıdır³. Markanın tescil edilebilmesi, daha önce başkası tarafından kullanılmaması şartına bağlıdır fakat aynı markanın farklı iki tarafça da dürüstçe kullanılması durumunda, aynı marka farklı iki kişi adına aynı mal ve hizmetlere ilişkin olarak tescil edilebilir.: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.178-179.

VI. TÜRK HUKUK SİTEMİ

A. 556 S. KHK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

556 S. KHK büyük oranda, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının eki olan TRIPS ve Topluluk markası ile ilgili 40/94 sayılı AT Tüzüğüne dayanmaktadır¹.

MarKHK'nın 1.md.sine göre, KHK'nın amacı, KHK hükümlerine uygun olarak tescil edilen markaların korunmasını sağlamaktır. 6.md.ye göre ise, KHK ile sağlanan korumanın tescil yolulayla elde edileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm ile kastedilen esasen marka üzerindeki hak değil, markadan doğan haktır².

MarKHK'nın 1.md. ve 6.md. de açıkça ortaya konulduğu üzere KHK kapsamında koruma elde edilebilmesi için markanın tescil edilmiş olması gerekir. Yani tescilli markaların MarKHK'nın koruma kapsamına dahil olduğu şüphesizdir. Fakat MarKHK'nın yalnızca tescilli markalar odaklı bir düzenleme olduğu, tescilsiz markaların hiçbir şekilde korunmayacağı da söylenemez³. Red nedenleri başlığı altındaki bazı haller tescile engel durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle MarKHK, 6.md. hükmüne rağmen, tescilsiz markalarında bazı durumlarda sağlanan korumadan yararlanmasına imkan tanımıştır⁴. Tescil ilkesine getirilen bazı istisnalar bu sistemin yumuşatılmasına ve tescilin kurucu etkisinin azalmasına neden olmuştur⁵. 8.md. hükmü ile tescilsiz marka sahibine, tescilli markanın hükümsüzlüğünü talep etme hakkı tanındığı, bu sayede marka hakkının doğumunun yalnızca tescil olgusuna bağlı olmadığı söylenebilir⁶. Bunun yanında, markasının MarKHK'nın özel hükümleriyle etkin bir şekilde korunmasını isteyen marka sahibi, markasını, MarKHK hükümlerine uygun olarak tescil ettirmelidir⁷. Bu noktada denilebilir ki kanun koyucu, tescilsiz marka sahibine bazı haklar tanımak suretiyle, marka üzerindeki hakkın belli şartlar dahilinde,

¹ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.23.

² Pekdincer, Marka Hakkı ve Korunması, s.81.

³ Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.3.

⁴ Çamlıbel Taylan, Esin, Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Öğrenilmesi, Ankara, 2001, s.43

⁵ Ayan, s.173.

⁶ Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.4.

⁷ Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.4.

kullanım yoluyla da oluşabileceğini kabul etmekte diğer yandan markanın, MarKHK çerçevesinde korunması için de tescil edilmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır¹.

Marka sahibi, meydana getirdiği bir markayı, onu kullanmış olup olmamasına bakmaksızın ilk defa sicile tescil ettirip marka hakkını oluşturarak MarKHK'nın özel korumasından yararlanabileceği gibi meydana getirdiği markasını kullanmak suretiyle oluşturduğu ve genel hükümlere göre de korunan marka hakkını MarKHK'nın sağladığı özel korumadan faydalanmak için de tescil ettirebilecektir².

MarKHK 6.md.nin işaret ettiği tescil sistemi uyarınca, tescil edilmemiş olan bir marka MarKHK'nın tescilli markalara sağladığı korumadan yararlanamayacak (9.md.), bu nedenle MarKHK bakımından korunan bir hak söz konusu olmadığından, hakkın tükenmesi de söz konusu olmayacaktır³. Başka bir deyişle MarKHK 13.md. anlamında marka hakkının tükenebilmesi için markanın tescilli olması koşulu, MarKHK'nın genel sistemetiği ve 1.ve 6.md.lerin işaret ettiği tescil sistemiyle uyumlu olduğu söylenebilir⁴.

MarKHK 8/III. md.de tescilsiz bir işareti önceden kullanarak üzerinde hak elde etmiş olan kişiye, söz konusu işaretin bir başkası tarafından tescil istenmesi durumunda, başvuruya itiraz hakkı tanınmakla, işareti ilk defa kullanan kişinin hakkı korunmaktadır⁵. İlk durumda hakkın doğumu ile sicile kayıt aynı anda olduğundan tescil, kurucu etkisini gösterirken, sonraki durumda hak, kullanım ile doğduğundan, tescilin açıklayıcı etkisi görülmektedir⁶.

MarKHK'nın, marka hakkının doğumu ve korunmasına ilişkin hangi sistemi benimsediği veyahüt öngörülen sistemin nasıl nitelendirildiği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur:

¹ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.4.

² **Kaya**, Marka Hukuku, s.48.

³ **Aslan Düzgün**, s.24; **Arkan**, Marka Hukuku, s.135.

⁴ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.564; **Aslan Düzgün**, s.24.

⁵ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.25.

⁶ **Akdeniz**, s.320.

*Arkan*¹'a göre; MarKHK sistemi, 551 sayılı Kanun sistemiyle benzer olup, ilk kullanım sistemiyle yumuşatılmış tescil sisteminden² oluşan bir karma sistem³ olarak değerlendirilmektedir⁴. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak, MarKHK'nın tescil sistemini öngören 1.ve 6.md.lerinin katı bir şekilde uygulanmayıp, özellikle 8/III md. hükmü ile tescilsiz markanın sahibine markanın bir başka kişi adına tescili yapılan başvuruya itirazda bulunarak tescile engel olma, markanın başkası adına tescil edilmesi durumunda ise 42.md.ye dayanarak markanın hükümsüzlüğü talebiyle dava açma imkanlarının varlığını göstermiştir.

*Karahan*⁵,Türk-İsviçre hukukuna göre, marka hakkının iki şekilde elde edilebileceğini belirtmektedir. Birincisi, bir markayı daha önce kullanmaksızın, seçip tescil ettirmekle oluşur. Keza MarKHK 1.ve 6. maddeleri tescil sistemini işaret etmektedir. İkincisi, marka üzerinde öncelik hakkına sahip olmaktır. Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir ki bu kişiye gerçek hak sahibi denir. MarKHK, istisnai olarak, marka hakkının, tescil ettirilmeksizin, kullanım yoluyla elde edilebileceğini ve korunacağını düzenlemiştir.

*Kaya*⁶'ya göre; MarKHK'da, tescil sistemi esas alınmakla birlikte, marka hakkının seçme ve kullanma ile oluşacağı esasını göz ardı etmeyen karma bir sistem belirlenmiştir.

*Tekinalp*⁷'e göre; MarKHK'da, markanın sahibine sağladığı hakların tescille oluşması ve üçüncü kişilere karşı, tescilin yayını tarihinden itibaren hüküm ifade etmesi (9/III md.), bunun yanı sıra KHK kapsamında korumanın tescille elde edileceği (6.md. 1.md.) hükümlerini birlikte değerlendirildiğinde; marka sahipliğinin tescille iktisap

¹ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I , s.129.

² Aynı yönde: **Sekmen**, s.46; Oytaç'a Göre de MarKHK doğrudan tescil sistemini kabul etmiş olmasına rağmen, Paris Sözleşmesi 6.md. gereğince tanınmış markalar ile MarKHK 8/III md. hükmü gereğince, üzerinde hak elde dilen markalar, tescil sistemine iki önemli istisna oluşturur.: **Oytaç**, Karşılaştırmalı Markalar Hukuku, s.7.

³ Aynı yönde: **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.332.

⁴ MarKHK da, marka hakkının kazanılmasında kural olarak tescil sistemi benimsenmiş olmasına rağmen bu sisteme katı bir biçimde bağlı kalınmayarak sistem yumuşatılmıştır : **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.90.

⁵ **Karahan**, Sami, ''Tescilsiz Markaların Korunmasında Marufiyet Şartı'' Ankara Barosu FMR Y:4 C.4 s:2004/2; **Karahan**,Sami, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya, 2002, s.113

⁶ **Kaya**, Marka Hukuku, s.49.

⁷ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.381.

edildiği sonucuna varılır. MarKHK’da, mülga MarK.’nun öngördüğü *kullanma sistemi* terk edilerek¹, yerine *tescil sistemi* benimsenmiştir. Markayı ihdas eden kişinin markanın gerçek sahibi olduğu şeklindeki yaklaşımının tersine hak sahipliği konusunda tescile mutlak sonuçlar bağlanmış, korumanın ancak tescille elde edileceği ilkesi getirilmiş (6.md.), marka sahibine, tescile dayalı olarak kapsamlı bir koruma sağlanmış (9.md), tescilsiz markayı, çoğu kez ‘marka’olarak dahi kabul etmeyerek ‘işaret’ olarak adlandırmıştır (7,8.md.). MarKHK, markayı - mülga MarK.deyimiyle-² ihdas ve istimal eden ve onu maruf hale getiren kişiye marka üzerinde münhasır hak sahipliği tanımadığı gibi böyle bir hakkı markayı tescil ettiren kişiye karşı, dava veya karşı dava şeklinde ileri sürülmesi imkanı da verilmemiştir. Yazara göre, tüm bunlara karşı MarKHK, tescil ilkesini mutlak olarak uygulamamakta ve bu ilkeye bazı istisnalar getirmektedir fakat bu istisnaların hiçbirisi, mülga MarK.’da olduğu gibi, tescille elde edilen hak sahipliği karinesini çürütebilme hakkının tanınması şeklinde değildir. Bu istisnalar, tescil işlemi olmaksızın herhangi bir işaretin veya markanın tescilsiz bir şekilde korunmasıdır. Tescilsiz işaret kavramından, Türkiye’de tescil edilmemiş olan markalar anlaşılacağından yabancı ülkede tescil edilmiş olup da Türkiye’de tescil edilmemiş olan markalar da tescilsizdir. Yazara göre, tescil ilkesinin istisnaları şunlardır:

- Paris Sözleşmesi’nin 1.mük. 6. md.sine göre tanınmış markalar.
- Tescilsiz bir işaret kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa, aynı veya benzer bir işaret daha önce tescil edilmiş olmasına rağmen o işaret, bunu kullanmak suretiyle ayırt edicilik kazandıran kişi tarafından tescil ettirilebilir.
- Bir işaret, Paris Sözleşmesi’ne göre bir rüçhan³ hakkına sahipse, Türkiye’de tescilsiz olmasına rağmen, Türkiye’de ve Paris Sözleşmesi’ne üye diğer ülkelerde, rüçhan hakkı süresince korunur.
- Tescilsiz markalar veya ticaret sırasında kullanılan işaretlerin sahiplerine, başkalarının, söz konusu markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede

¹ Aynı yönde; Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.89.

² 15/2 md.

³ Rüçhan haklarına dair ayrıntılı bilgi için bkz: **Bozgeyik**, Hayri, Markalarda Rüçhan Hakları, Ankara Barosu, FMR, Y.7, C.7, S.2007/1, 49s.

benzerinin tescilini talep etmeleri halinde itiraz hakkı tanınmış ve bu hak bir nispi red nedeni (8/III) olarak düzenlenmiştir.

- Tescil için başvurusu yapılmış olan bir işaret, bir şahsın adını, fotoğrafını veya başkaca bir telif ve ya sinai mülkiyet hakkı kapsamında ise bu işaret marka olarak tescil edilemez.
- Yenilenmemiş markalar, tescilsiz marka haline gelmesine rağmen koruma süresinin dolmasından itibaren iki yıl içinde bu işaretin aynısı veya benzeri marka olarak tescil edilmek istendiğinde bu başvuru itiraz üzerine reddedilir.

*Yasaman*¹'a göre; *Tekinalp*'in , MarK'yı ilk kullanma sistemi, MarKHK'yı ise tescil sistemi olarak nitelendirdiği görüşe katılmak mümkün değildir². Zira yazara göre bu iki düzenleme esas itibariyle tescil sistemini işaret etmiş fakat bunun yanında bazı istisnalar öngörmüştür. Yazara göre, MarKHK'da hakların korumasının tescil ile elde edileceği hükmü, hakkın doğumundan değil, korunmasından söz eden bir düzen hükmüdür ki yabancı mevzuatlarda da bu tür hükümler mevcuttur³. Yazara göre , MarKHK'da 1.ve 6.md. uyarınca tescil ilkesi benimsenmiş fakat, MarK'na nazaran daha kapsamlı istisnalar ortaya konmuştur. Bu istisnaların ortak noktaları, işaret üzerindeki herhangi bir hakkın tescilden önce doğması halinde, önceki hakka tanınan üstünlüktür. Bu istisnalardan birisine sahip olan kişi, marka henüz tescil başvurusu aşamasında iken; itiraz kurumunu devreye sokarak tescili önleme, markanın tescil edilmiş olması durumunda dahi, 42.md.ye dayanarak tescilli markanın hükümsüzlüğünü isteme hakkına sahiptir. MarKHK tescil sistemini kabul etmiş olmasına rağmen getirdiği istisnalar nedeniyle *kullanma sistemi* ne daha yakın bir pozisyona sahiptir. Yazar şu istisnaları belirtmektedir:

¹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.181 vd.

² Çolak 'a göre de Tekinalp 'in, Türk Marka Hukukunda, tescil ilkesinin kabul edildiği yönündeki görüşü isabetli değildir. Yazara göre; MarKHK'nın 6.md.si, tescil ilkesinin kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Zira, MarKHK 8/III hükmü uyarınca, marka üzerinde gerçek hak sahibi olan kişinin, şekli tescili engellemesi mümkün olduğundan, gerçek hak sahipliği ilkesi, halen geçerliliğini korumaktadır. : **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.89.dn:5, s.332.

³ Yazar bu duruma örnek olarak; Fransız Fikri Mülkiyet Kanunu ve Avrupa Topluluk Markası Tüzüğünü vermektedir: Marka Hukuku, s.182.

- Tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış markalar (7/son).
- Paris Sözleşmesinin 1.mük. 6.md.si anlamında tanınmış markalar.
- Rüçhan hakkına ilişkin maddeler (25,26).
- Tescilli bir markaya nazaran bu markanın tescil için başvuru tarihinden veya rüçhan tarihinden önce bir hakkı olan ya da bu işaret sahibine sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı veren tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan bir işaretin sahibi (8/3).

Buraya unvan, işletme adı, ticari ad, menşe ve mahreç işaretleri vb.işaretler de girmektedir.

- İsim, fotoğraf, telif hakkı veya herhangi bir mülkiyet hakkı bulunan kişi (8/5)

Buraya şahsiyet hakları ile ilgili ad ve müstear adlar, resim ve modeller, fikri haklardan doğan telif hakları vb.girmektedir.

*Dirikkan*¹'a göre ise MarKHK, karma sistemi benimsemiş olan eski MarK'dan farklı olarak, markanın gerek tescilinin gerekse kullanımının isteğe bağlı olduğu serbesti sistemini kabul etmiştir².

Gerçek hak sahipliği olarak nitelendirilen, marka hakkının kullanım yoluyla elde edilmesi, başka bir deyişle, bazı durumlarda markanın tescil ettirilmeksizin, kullanım yoluyla marka hakkının kazanılması durumu yukarıdaki doktrinel görüşlerin ortak sonucudur. Yani, MarKHK 1. ve 6.md.lerinde tescil sistemini öngörmüş olsa da bunun önemli istisnalarından birisi tescilden önceki kullanıma dayanan gerçek hak sahipliğidir. Bunun yanında bir diğer önemli husus ise; MarKHK'nın öngördüğü üzere tescil ettirilen bir markanın –tescilden önce kulanıma dayalı hak sahipliği olmaksızın- yalnızca tescil ettirilerek marka hakkı oluşup oluşmadığı durumunun değerlendirilmesidir.

¹ **Dirikkan**, Hanife, '*Tescilli Markayı Kullanma Kûlfeti*', Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, 1998, s.224.

² Aynı yönde: **Ayan**, s.168.

MarKHK 14.md.de, tescil ettirilen markanın, tescil tarihinden itibaren, beş yıl içinde haklı bir neden olmaksızın, kullanılmaması veya kullanıma kesintisiz beş yıl verilmesini iptal sebebi olarak düzenlenmiştir¹. MarKHK'nın sağladığı marka korumasının başvuru tarihinden itibaren on yıl (40.md.) olmasına rağmen, 14.md. uyarınca, kullanmamaya bağlı bir iptal sebebi oluşturulmasının amacı, kullanılmayan markaların marka sicilini doldurması ve diğer işletmelerin markayı tescil ettirerek sicilde kayıtlı mal ve/veya hizmetlerde kullanabilmelerini sağlamaktır². Keza marka sicilinin resmi sicil olarak doğruluğunun güvence altına alınması için bu tür kullanılmayan markalardan arındırılması gerekmektedir³.

Markanın kullanılmasından söz edebilmek için öncelikle, bizzat marka sahibi tarafından veya yine MarKHK uyarınca onun marka hakkı üzerindeki tasarruf yetkisine dayanarak verdiği yetkiye binaen ancak üçüncü kişi tarafından kullanılması gerekir⁴. Markanın sahibi veya üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen bu kullanım, ciddi olmalı, ayırt edicilik fonksiyonuna uygun olmalı, markadan ekonomik anlamda yarar sağlama gayesine ulaşmak amacıyla kullanılmalıdır⁵.

¹ AYM T: 09.04.2014 E: 2013/147 K: 2014/75 RG T/S: 24.7.2014-29070 '... Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyaset hakları ve ödevler..." in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; ikinci fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; üçüncü fıkrasında ise, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise "marka hakkı" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikri ve sınai mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuraldaki düzenleme (KHK 42/I-c), mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir...." <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> ET: 19.05.2015

² **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.223.

³ **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.219.

⁴ **Kaya**, Arslan, Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, Makalelerim I, 2012, s.417.

⁵ **Kaya**, Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, s.417; Yrg.11. HD: T: 9.4.2001 E: 2001/844 K: 2001/3429 ' ' Marka sahibi, tescilli markasını kural olarak yurt içinde veya ihracatta, kendisi veya izni ile 3. şahıs tarafından sicilde kayıtlı mallar ve hizmetler için işlevlerine uygun, ciddi, ekonomik şekilde kullanmalı ve markayı kullanmaya kesintisiz beş yıl ara vermemek zorundadır. Ayrıca, markanın tescil edildiği mallardan veya hizmetlerden sadece bir bölümü için kullanılması, diğerleri için de kullanımın koşullarının gerçekleştiği anlamına gelmez. Zira, hakkı devam ettirici kullanma ancak marka sahibi

Ciddi kullanım kavramı, 42.md. hükmünde yer alan, kullanmama nedeniyle hükümsüzlük iddialarına maruz kalan markalar açısından incelenecek bir olgudur¹. MarKHK 42/I-c hükmü, 14.md.ye aykırılığın, bir hükümsüzlük sebebi olduğunu fakat beş yılın dolması ile davanın açıldığı tarih arasında ciddi biçimde kullanmanın hükümsüzlük sebebi sayılmayacağını düzenleyerek, ciddi kullanımı hükümsüzlük hallerinden müstesna kılmıştır. Fakat bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir². Kararın gerekçesi ise, ‘...itiraz konusu kuraldaki düzenleme, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa’nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir’ şeklinde. Yani iptal sebebi, hükümde belirtilen ‘ciddi kullanım’ın hükümsüzlük sebebi sayılamayacağı hususu değil, mülkiyet hakkı sınırlamasının Anayasaya aykırılığı sorunudur. Dolayısıyla

markayı sicilde kayıtlı mal veya hizmetler için fiilen kullandığında var olacaktır. Kullanmama aralıksız beş yıl devam etmelidir. Beş yıllık süre, tescilden itibaren başlayacaktır.’, Yrg.11.HD. T: 19.11.2014 E: 2014/10676 K: 2014/17977 ‘ Mahkemece, uyulan bozma ilamı ve tüm dosya kapsamına göre, davalı tarafa ait “DOYUM” markasının hayvan yemleri, pastırma, balık ve konserveleri emtialarında kullanıldığına ilişkin herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile, davalı adına TPE de tescilli 31.12.94 gün, 81701 nolu DOYUM markasının tescilli olduğu emtialardan hayvan yemleri, pastırma, balık ve konserveleri emtiaları yönünden kullanmama nedeniyle 556 sayılı KHK’nın 14 ve 42/c maddesi gereği hükümsüzlüğüne, bu kısım emtialar yönünden TPE sicilinden terkin edilmelerine, diğer emtialar yönünden yerinde olmayan davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara, mahkemece bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına, her ne kadar hükümden sonraki Anayasa Mahkemesinin 09.04.2014 tarih 2013/147E-2014/75K sayılı kararıyla 556 sayılı KHK’nın 42/1-c bendi iptal edilmiş ise de, aynı KHK’nın 14. maddesi uyarınca markanın kullanılmaması nedeniyle iptaline ve sicilden terkinine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir. ‘, Yrg.11.HD.T: 9.9.2014 E: 2014/8140 K: 2014/13416 ‘ Dava, markanın hükümsüzlüğüne ve iptaline karar verilmesi istemine ilişkindir. Mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilamında benimsenen gerekçeler ve Anayasa Mahkemesi’nin 09.04.2014 gün 147/75 sayılı kararı ile 556 sayılı KHK’nın 42/1- (c) bendinin iptaline karar verildiğinden, mahkemenin hükümsüzlüğe ilişkin kararının aynı KHK’nın 14. maddesi uyarınca uyumsuzluk konusu markanın iptali ve sicilden terkinine şeklinde anlaşılacak olmasına göre, davalı vekilinin HUMK’nın 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.’, Yrg.11.HD. T: 7.4.2014 E: 2013/18616 K: 2014/6720 ‘ Dava, davalı adına tescilli bulunan “ARASTA” ibareli markanın haklı bir neden olmaksızın 8 yılı aşkın bir süredir kullanılmadığını ileri sürerek, davalı markasının 35 ve 41. sınıflardaki hizmetler yönünden hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, bozmaya uyularak, davalının 1 ay süreyle “Armada Arasta Çarşısı” adıyla hizmet markasının kullanıldığı, ulusal gazetelerde bu çarşının reklamının yapıldığı ve şirketin internet sitesinde bu ticari faaliyetin duyurulduğu, davalının kullanımının 35. sınıfta ve 41. sınıfta yer alan bazı hizmetler yönünden ciddi surette kullanım olarak kabul edilmesi gerektiği, davalının 35 ve 41. sınıftaki diğer hizmetler yönünden ciddi kullanımı ispat edemediği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygundur.’ Kazancı İçtihat Bankası ET: 19.05.2015.

¹ **Bozgeyik**, Hayri ‘Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar’ Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara, 2010, s.457.

² AYM T:09.04.2014 E:2013/147 K:2014/75 RG T/S: 24.7.2014-29070 : <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> ET: 19.05.2015.

kanaatimizce de markanın hükümde belirtildiği şekilde ciddi kullanımı halen hükümsüzlük davaları bakımından incelenecek bir durumdur¹.

Markanın, MarkHK'nın sağladığı hukuki korumadan yararlanabilmesi için öngörülen tescil şartının (6.md.) yanısıra, korumanın devamı için tescil edilen markanın kullanılması da (14.md) gereklidir². Çünkü tescil, marka sahibine o markayı kullanma amacı taşıma ve bunun gereğini yerine getirme sorumluluğu yüklemektedir³. İşletme sahibinin veya marka sahibinin, mal ve/veya hizmetlerini marka altında piyasaya sunması veya markayı kullanması halinde onu tescil ettirmesi zorunluluğu yoktur⁴. MarkHK 14 md. ile dolaylı olarak da olsa bir kullanım zorunluluğu getirilmiş olması tescille elde edilen marka hakkının devamına ilişkindir⁵.

Cengiz⁶'e göre de tescil, marka hakkını oluşturmada yeterli olmakla birlikte, tescilli markaların korunması, kullanma koşulundan tamamen bağımsız değildir. Yani MarkHK 40.md.de öngörülen başvuru tarihinden sonraki on yıllık koruma, kayıtsız şartsız bir koruma olmayıp, 14.md.deki kullanma şartı⁷ ile sınırlandırılmıştır.

Dirikkan⁸, tescilli bir markaya sahip olabilmek için, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerle ilgili bir işletmenin ve kullanım niyetinin bulunmasının zorunlu olmadığını diğer bir deyişle, tescilden kaynaklanan marka hakkının markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerle ilgili faaliyetin yürütüldüğü bir işletme ve markayı kullanma niyetinden

¹ Tasarı 14.md.gerekçesi ise şöyledir: *“Maddede markanın, tescil edildiği mal veya hizmetlerle ilgili olarak kullanılması gereğine açıkça işaret olunmuştur. Ancak maddede söz konusu olan kullanım, markanın tescil edildiği amaç dahilinde, işlevine uygun, yani ticari hayatın içinde, markanın fonksiyonlarının yerine getirilmesi için kullanımıdır. İngilizce de, genuine use biçiminde tarif edilen bu kullanım, Türkçe’imize ciddi veya gerçek kullanım biçiminde çevrilebilir. Bu nedenle sırf üçüncü kişilerin markayı hükümsüz kıldırmasını önlemek amacıyla, markanın evraklar veya ilanlar aracılığıyla kullanılması ve benzeri durumlar bu madde kapsamında kullanım olarak mütalaa edilmeyecektir. Madde metninde ciddi veya gerçek kullanım kelimelerinin kullanılmamasının nedenleri, hukuk literatürümüzde bu kelimelerin bulunmaması ve bu kelimelerin kullanılmasının karmaşaya yol açabileceği ihtimalidir.”*

² **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.219; 1993 tarihli İsviçre Markalar Kanunu 11.maddesine göre; Marka ancak hasredildiği emtia ve hizmetlerle ilgili olarak kullanıldığı takdirde ve sürece hukuki korumadan yararlanır : **Gürzumar**, s.513.

³ **Karahan**, Sami, Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, s.39.

⁴ **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.224.

⁵ **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.223.

⁶ **Cengiz**, s. 41.

⁷ **Arkan**, Sabih, *“Markayı Kullanma Yükümlülüğü”* Türk Patent Enstitüsü, ‘Marka Koruması’ Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998 İstanbul, Bildiriler, s.291.

⁸ **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.227 vd.

bağımsız olarak doğduğunu belirtmektedir. Diğer yandan yazar, marka hakkının tescille doğmasına karşın, kişinin bu haktan yararlanabilmesi ve bu hakkın devam edebilmesinin bazı koşullara bağlanarak, tescilli marka sahibine markasını kullanma külfeti getirildiğine vurgu yapmaktadır.

*Bozgeyik*¹ ise, MarKHK'nın tescil ile oluşan tek hak hakkının marka sahibine, markayı kullanmama bile tescile bağlı tüm hak ve yetkileri vermekle birlikte, korumasının devam edebilmesi için kaydın yenilenmesinin (40.md.) yanında markanın kullanılmasının da gerektiğine, kullanmamaya bağlı hükümsüzlüğün amacının marka sicilinin, esas işlevini ifa etmeyen markalardan temizlemek olduğuna dikkat çekmiştir². Kullanımın, yalnızca tescili koruma amacına dönük, sembolik, temel işlev bakımından ilgisiz olmaması gerektiğini, markanın salt yenilenmesinin, kullanım anlamına gelmeyeceğini, markayı kullanma yükümlülüğünün, markanın sahibi lehine tescil ile oluşan hakkın korunması bakımından öngörüldüğünü, marka hakkının kural olarak başvuru ve tescile devamının ise markanın kullanılması ve yenilenmesine bağlı olduğunu belirtmekte, marka tescilinden doğan hakkı koruma araçlarını ve markanın hükümsüzlük yaptırımına bağlanmasının nedenlerini aynen şöyle ifade etmektedir:

‘‘Aktif ve pasif anlamda, marka tescilinden doğan hakkı koruma araçları şunlardır: Tescilin yenilenmesi, tescilli markanın kullanılması, sonraki sürecin izlenerek iltibas oluşturan başvuru ve tescillerin itiraz ve dava yoluyla engellenmesi veya hükümsüz kılınması, tescilli markaya vaki tecavüzlerin bertaraf edilmesi. Bunlardan ilk ikisine riayet edilmediği takdirde tescil ortadan kalkar ve marka özel yasal korumadan yoksun kalmış olur; diğerlerinde ise tescil anlamını kaybeder, içi boşalarak şekli bir hak seviyesine indirgenmiş olur. Markanın kullanılmamasının hükümsüzlük yaptırımına bağlanmasının birçok nedeni vardır: Markanın haksız olarak başkalarının kullanımına kapatılması, Marka sicilinin gereksiz yere işgal edilmesinin önlenmesi ve Marka hakkının sicilde

¹ **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar, s.457.

² Ayrıca yazar, markanın pratik olarak sahibi tarafından çeşitli amaçlarla tescil ettirilebileceğini belirterek bunları sıralamıştır: 1-Tescilin olağan ve beklenen sonucu olarak markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılması. 2- Markanın gelecekte kullanılması (yedek marka) 3- kullanmayı planladığı markaya karşı ileride ortaya çıkabilecek muhtemel tecavüzleri baştan engellemek amacıyla, yani kendi markasının tescil kapsamındaki aynı ürünler (veya aynı markanın benzer ürünler) için benzer markaların tescil edilmesini önlemek amacıyla birbirine yakın markaların tescili (engelleyci, önleyici, savunma amaçlı markalar) 4- marka sahibinin markasını, gerçekten kullanmayı planladığı mal ve hizmetlerden farklı mal ve hizmetler için tescil ettirmesi 5- markanın, başkalarına kullanırmak için tescil ettirilmesi 6- bu amaçlardan hiçbirine uymayıp markanın yalnızca başkalarının kullanımına engel olmak için tescil edilmesi.

sadece şeklen mevcut olan bir hak olarak durmasının engellenmesi bunlar arasında başta gelir.’’

Bu tartışma, MarKHK ışığında değerlendirilecek olursa; 6.md.nin açık hükmü gereğince KHK kapsamında koruma tescille elde edilir. Yani koruma sağlanması için tescilden önce veya sonra markanın kullanılma niyetinin varlığına veya derecesine bakılmaksızın, gerekli başvuru şartları ve belgelerinin varlığı halinde tescil işlemi gerçekleştirilir. MarKHK 40.md. hükmü uyarınca markanın koruma süresi, onar yıllık dönemler halinde yenilenmek üzere, başvuru tarihinden itibaren on yıldır. Bu on yıllık koruma ise, 14.maddede belirtilen tescil tarihinden itibaren, haklı bir neden¹ olmaksızın kullanmama ve ya beş yıllık² süre için kesintisiz ara verme halleri ile sınırlandırılarak, kullanmamaya bağlı bir iptal sebebi düzenlenmiştir. Markanın kullanımı kural olarak süreklilik arz etmelidir fakat süreklilikten kasıt hiç ara vermeksizin kullanım değildir³. Diğer yandan, kullanmama için öngörülen beş yıllık süre kesintisiz olmalıdır. Markanın kullanılmadığı bir dönemden sonra, kullanılmaya başlanmışsa, kullanılmama nedeniyle işlemeye başlayan beş yıllık süre kesilir⁴. Yani markanın tescil tarihinden itibaren on yıllık süre için, -ne zaman başlamış olduğunun esas itibarıyla önemi olmayan-⁵ beş yıllık kullanmaması hali, tescille elde edilen hukuki korumanın devamlılığı için bir sınır arzetmektedir.

Markayı kullanmama halinin çeşitli sebepleri olabilir. Örneğin, marka sahibi sonraki tarihte piyasaya süreceği bir mal ve/veya hizmette kullanmak için bir marka tescil ettirebilir veya tescilin akabinde kullanmayı planlamış olsa da gerek kendi gerekse ülkenin ekonomik durumu, mal markası ise, yeterli hammadde temin edememe, siyasi sebepler, savaş vs. gibi bir çok durum söz konusu olabilir⁶. Markanın kullanılmamasının

¹ Alman Hukukunda markanın kullanılması zorunluluğunun mutlak anlamda uygulanmasının, bazı durumlarda marka sahibi tarafından ağır sonuçlar yol açabileceği endişesiyle ‘haklı neden’ istisnasına yer verildiği, İsviçre hukukunda ise, haklı nedenler konusunda verilen kararların bu doğrultuda olduğu ve olağanüstü haller dışında haklı nedenin varlığını kabul yoluna gidilmediğini ifade edilmektedir : **Arkan**, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, s.291.

² 551 sayılı kanundaki üç yıllık süre, Avrupa Birliği’nin, üye devletlerin marka hukuku alanındaki düzenlemelerinin uyumlaştırılmasına ilişkin 89/104 sayılı Yönerge’nin 10.maddesindeki düzenleme dikkate alınarak beş yıla çıkarılmıştır: **Arkan**, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, s.291. ; **Sert**, s.88.

³ **Kaya**, Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, s.420.

⁴ **Kaya**, Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, s.420.

⁵ **Arkan**, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, s.291.

⁶ **Öçal**, Türk Hukukunda Markaların Himayesi, s.83; Yrg.11.HD. T: 8.3.2002 E: 2002/1719 K: 2002/2064 ‘‘Davacının koruma süresi 14.6.1988 tarihinde biten ve yenilenmeyerek hükümsüz hale

süreklilik arz etmesi yani markanın kullanılmaması kesintisiz olarak beş yılı buluyorsa fakat bu durum haklı bir nedenin¹ varlığına dayanıyorsa, haklı sebeple geçirilen süre , beş yıllık kullanmama süresinin hesaplanmasında dikkate alınmaz². Fakat yukarıda arz ettiğimiz husus daha çok bilinçli bir kullanmama haline yöneliktir. Çünkü pratikte bakıldığında markanın kendisinin dahi kâr amaçlı bir alış-veriş konusu yapıldığını görmekteyiz³. Haksız rekabet oluşturan, bu tür spekülasyon veya engelleme markalarının tescil ettirilmesindeki amaç, üretim veya ticari faaliyet olmayıp, tescillenmiş markanın rakibe karşı stratejik olarak kullanılmasıdır⁴. Markanın kullanılma zorunluluğu, marka sicilini, kullanılmayan markalara ait bir sicil olmaktan çıkarmaktadır. Bu bağlamda üçüncü kişiler de tescil nedeniyle marka sahibinin tekelinde olan markanın iptal edilmesi ile markanın aynısı veya benzerinin kendi adına tescilini talep etme hakkını elde edebilmektedirler⁵. Bu tür kötü niyetli tesciller için MarKHK 35.md. ile itiraz olanağı sağlanmıştır⁶. Bu nedenlerle, tescil aşamasında kullanma şartı aranmamasına rağmen, 14.md. hükmü ile tescilli marka sahibine bir kullanma külfeti getirmiş ve 40.md. uyarınca tescilden itibaren on yıllık olan koruma süresini bu yolla sınırlandırmıştır.

Markanın kötü niyetli olarak tescil edilmesi durumunda, marka hakkı elbette ki kötüye kullanılmış olacaktır fakat, kötü niyetli tescilin kapsamına hangi hallerin girdiği belli olmadığından ve buna dair bir hüküm de olmadığından, sınırları belli olmayan ve tam anlaşılamayan bir durum ortaya çıkmaktadır⁷. Kötü niyetli tescile konu markalar

gelen markasını 3.11.1992 tarihinde ticareti terketmek suretiyle fiilen de kullanmadığı anlaşılmakta olup, artık fabrikasının 1986 yılında istimlak edilmiş olması nedeniyle markayı kullanamamasının haklı sebebe dayandığı yolundaki iddiasının değerlendirilmediğinin dinlenemeyecek olmasına ve somut olayda varılan sonuç itibarıyla, Paris Sözleşmesi ve TRIPS Sözleşmesi hükümlerinin 556 sayılı KHK hükümlerine göre, davacının daha lehine olmadığına anlaşılmışa göre, davacı vekilinin karar düzeltme isteğinin reddi gerekir.” Kazancı İçtihat Bankası ET: 18.05.2015.

¹ Haklı neden, markanın mal ve hizmetler üzerinde kullanılmasını engelleyen objektif nedenler olup, kullanmama sebebinin marka sahibinden kaynaklanması ve subjektif olması gereklidir: **Bozgeyik**, Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanılmamaya Bağlı Sonuçlar, s.457.

² **Kaya**, Kullanmama Nedeniyle Markanın İptali, s.421.

³ Marka, hukuki ve ekonomik değeri nedeniyle çeşitli hukuki işlemlere konu olabilir. Örneğin MarKHK 22.md. gereği, marka ve marka başvuruları, devir, rehin, haciz ,intikal ,lisans konusu olabilir. Bunun yanında TTK 342. ve 343.md.lerr hükmü gereğince değeri tayin edilmek suretiyle sermaye olarak da getirilebilmektedir. Fakat burada kastettiğimiz, tescil talep eden kişinin, kullanma amacı ve faaliyet gösterilen alanla ilgisi olmaksızın markalar tescil ettirerek bunları depolamak ve sonradan satmak suretiyle doğrudan marka ticareti yapmasıdır.

⁴ **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.85.

⁵ **Arkan**, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, s.291.

⁶ **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, 85.

⁷ **Bilgili**, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.94.

doktrinde; tescil yoluyla yapılan marka korumasının amacına aykırı biçimde kötüye kullanılması¹, markanın varlık ve kullanılış amacından saptırılması² şeklinde tanımlanmakta ve bir markanın kullanılması için ciddi çalışmalar yapılmış olduğunu bilen birinin, sırf başkasına zarar vermek veya daha sonra yüksek bedellerde başkalarına satmak amacıyla markayı tescil ettirilmesi durumları, kötüniyetli tescil olabilir³ şeklinde örneklendirilmektedir.

Bu noktada kötü niyetli tescil kavramına bir Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı münasebetiyle değinmek isteriz. MarKHK 35.md. kötü niyetli tescillere karşı itiraz olanağı olmasına rağmen, bu aşamadan sonra açılacak hükümsüzlük davasında dayanılacak açık bir hükümsüzlük sebebi bulunmamaktadır⁴ fakat Yargıtay içtihatları bu olanağı yaratmıştır⁵. Yargıtay Hukuk Dairesinin, “*kötü niyetin bir hükümsüzlük sebebi olamayacağına*” yönelik kararına karşı direnen ve marka mevzuatında yer almasa dahi medeni hukukun temel ilkelerinden olan dürüstlük kuralı⁶ gerekçe gösteren yerel mahkeme ile, yine bu yönde karar veren Hukuk Genel Kurulu’nun, bizce de isabetli bir yorumla doğru sonuca ulaştığını düşündüğümüz karar şöyledir:

Yrg.HGK T: 16/07/2008 E: 2008/11-501 K:2008/507⁷

“Özel dairece; hükümsüzlük hallerinin düzenlendiği 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ‘nin 42.maddesinde marka tescil başvurusu veya tescilin kötü niyetle yapıldığı takdirde markanın hükümsüz sayılacağına ilişkin bir hüküm bulunmadığı, bu bakımdan, sadece KHK’nın 35.maddesine dayalı olarak kötü niyetli tescilden dolayı hükümsüzlük kararı verilemeyeceği, görüşü açıklanmaktadır.

Yerel mahkemece; kötü niyetin mukayeseli marka hukukuna göre bir kısım Avrupa ülkelerinde ve Avrupa Birliği Marka Mevzuatında müstakil hükümsüzlük nedeni olarak kabul edildiği, ayrıca 556 sayılı KHK’nın 42.maddesinde kötü niyetli tescil, açıkça hükümsüzlük sebebi sayılmamışsa da MK’nın 2.maddesi uyarınca kötü niyetin korunmasının

¹ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.158.

² **Bilgili**, Fatih, Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz, TBB Dergisi, 2007/70 s.27-40.

³ **Yasaman, Yusufoglu**, Marka Hukuku, s.878.

⁴ MarKHK açısından, tescil başvurusunun kötü niyetle yapılmış olması durumu, başlı başına bir hükümsüzlük sebebi olarak sayılmalıdır : **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.158.

⁵ **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.85.

⁶ TMK 2.md.

⁷ **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.85.

mümkün olamayacağı, marka korumasının ülkeselliği ilkesinin kötü niyetli tescilleri korumayacak ve kötü niyete prim vermeyecek biçiminde yorumlanması gerektiği düşüncesiyle direnme kararı verilmiştir.

O halde, 556 sayılı KHK'nın 42.maddesinde özel olarak düzenlenen sınırlı sayıdaki hükümsüzlük nedenleri içerisinde yer almayan "marka tescilinin kötü niyetle yapıldığı iddiasına dayalı hükümsüzlük isteminin " 556 sayılı KHK'nın sistematik ve ilkeleri ile genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki Türk Medeni Kanunu'nun 2.maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

...

Öncelikle, davalı eyleminin kötü niyetli marka tescili oluşturup oluşturmadığı hususu irdelenmelidir...

Özel Dairenin yukarıda açıklanan bozma kararı 556 sayılı KHK'nin 42. maddesi ile getirilen ve markanın hükümsüzlük sebeplerini sınırlayan düzenlemeye uygun görülmekte ise de, somut uyuşmazlıkta kötü niyetin varlığı sabit olduğundan MK.nun 2. maddesi uyarınca hukuk düzeninin kötü niyeti koruması mümkün olmayıp, bu durumun KHK'nin 42. maddesinde sayılmamış olması halinde dahi göz önüne alınması zorunludur....Şöyle ki;....

...gerek öğretide ileri sürülen görüşler, gerekse mukayeseli hukuk ve mehz Avrupa Birliği mevzuatında yer alan hükümler itibariyle; markalar hukukundaki ülkesellik ve başvuru ve tescilde öncelik ilkelerinin yanında başvuru ve tescilde kötü niyetin himaye edilmemesine ilişkin temel ilkenin de aynen korunduğu anlaşılmaktadır.

Gerçekten de, 556 sayılı KHK'nin 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK'nin amacına uygundur. Çünkü, KHK'nin 35/1. ve 42/1- (a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK.nun 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK.nun 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması KHK'nin ruhuna da uygundur. "

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, temel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kuralına dayanan, kötüniyetle yapılan tescilin hükümsüzlük sebebi olacağı yönünde verdiği bu karar, doktrinde de uygun bulunan isabetli bir karardır¹. İlk derece mahkemesinin bu

¹ **Memiş**, Tekin, "Türk Hukukunda Kötüniyetli Olarak Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar –İlk Derece Mahkemesi ve Hukuk Genel Kurul Kararı Üzerine Bir Değerlendirme- " Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Editör Tekin Memiş) 2009, s.497.

yönde verdiği karar genel itibarıyla isabetli bulunurken, bir noktada eleştirilmiştir¹. Şöyle ki; kötü niyetli olsa bile, bir tescile dayanarak markayı kullanan kişinin eyleminin, tecavüz ve haksız rekabet teşkil etmeyeceğine dair verdiği karar isabetli değildir. Keza, dürüstlük kuralı açısından bakıldığında tescil ile tescilin etkisi arasında fark yoktur. Tescil, dürüstlük kuralına aykırı tescil yapan ve kullanan kişinin haksız eylemlerini korumayacaktır.

MarKHK’da, kötü niyetli olarak marka tescili yapılması durumunda hükümsüzlük davası açılabilceği ve kötü niyet nedeniyle herhangi bir süreye tabi tutulmayacağı yönünde özel bir hüküm bulunmasa da, tescil yolu ile marka hakkının kazanılmasını öngören hükümlerin amacından sapmaması ve görünürde KHK’ya uydurularak marka korsanlığı yapılmaması için kötü niyetli marka tescillerinin de MarKHK 42.md. aracılığıyla hükümsüzlüğüne karar verilmesi doğru bir sonuç olacaktır².

Değirmek istediğimiz bir diğer nokta ise, kullanmama nedeniyle iptal edilen bir markanın korunması hususudur. Bir görüşe göre³, markanın aralıksız olarak kullanılması, markanın korunabilmesi için gerekli koşullar arasında bulunmaktadır. Ancak bu koşulları yerine getirmeyen markaları korumasız bırakmak adil bir sonuç olmayacaktır. Bu nedenledir ki bahse konu koşulları yerine getirmeyen markalar, haksız rekabet hükümlerince korunmalıdır. Bir diğer görüşe göre⁴ ise, MarKHK’da öngörülen süre içinde aralıksız olarak kullanılmaması durumunda, MarKHK anlamında koruma koşulu ortadan kalktığı gibi, haksız rekabet hükümlerine göre dahi bir korumadan artık söz edilemez. Keza marka sahibi zaten markasını kullanmadığından, artık korumaya değer bir menfaat de olmayacaktır.

Bir marka tescil edilmiş fakat tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde kullanılmamış veya kullanımına beş yıllık süre için kesintisiz ara verilmiş olması durumunda MarKHK 14.md. hükmü uyarınca iptal edilir. Bu durumda söz konusu marka, hukuki niteliği itibarıyla tescilsiz bir marka konumunda olacaktır. Çalışmamızın asıl

¹ **Memiş**, s.497.

² **Bilgili**, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.94.

³ **Omağ**, Merih Kemal, ‘*Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması*’, MÜHAD.1991 C.6 S.1-3 s.5.

⁴ **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Kulfeti, s.234 dn.54.

konusu olan gerçek hak sahipliği durumunda ise marka, tescil edilmemiş fakat ileride arz edeceğimiz bazı özelliklere sahip olması koşuluyla gerek MarKHK'nın tescil ilkesine istisna teşkil eden bazı hükümlerince ve gerekse de haksız rekabet hükümlerince korunacağı açıktır. Çünkü her ne kadar tescil edilmemiş olsa dahi, bir ekonomik değer olan marka, işlevlerini yerine getirmektedir. Yani yukarıda ayrıntılı olarak arz edildiği üzere, tescilsiz markaların tescilli markalara nazaran bir işlev farkı olmayıp hukuki koruma kapsamı bakımından farklılıkları vardır. Gerçek hak sahibi olan kişiler, markalarını tescil ettirmemiş olsalar dahi, bir başkasının tescilinden öncesine dayanan bir kullanımdan dolayı hak sahibidirler. Yani sonuç olarak, ortada bir kullanım vardır. Diğer yandan, kullanılmama nedeniyle iptal edilen marka artık tescilli marka hükmünde değildir. Ayrıca kullanım olmadığı için tescil dışında bir hak sahipliği de söz konusu olmayacaktır. Kanaatimizce bir varsayım üzerinden düşünülecek olursa; MarKHK 14.md., kullanmamaya ilişkin iki durumu düzenlemiştir. Bunlarda ilki, tescilden itibaren beş yıl içinde haklı bir neden olmaksızın kullanılmaması, ikincisi de tescilden sonra kullanılmış fakat bu kullanıma kesintisiz beş yıl ara verilmiş olmasıdır. İptal edilen marka, ilk durumda marka hiç kullanılmamıştır. Dolayısıyla artık ne kullanıma ne de tescile dayalı bir marka hakkı söz konusu olmayacağından korunmaya muhtaç bir hukuki menfaatten de söz edilemeyecektir. İkinci durumda ise marka tescilden sonra markasal anlamda ciddi düzeyde kullanılmış fakat haklı neden sayılamayacak bir durumdan dolayı kullanımına aralıksız beş yıllık süre için ara verilmiştir. Bu durumda ilkinden farklı olarak bir kullanım söz konusu olacağından ilk durumla aynı sonucu doğurmayacaktır. Bu nedenledir ki böyle bir durumda, hukuki konumu itibariyle, MarKHK anlamında koruma kapsamında olmasa dahi, haksız rekabet hükümlerince korunmaya değer bir menfaatin olabileceği kanaatindeyiz. Sonuç olarak, korunacak hukuki menfaatin varlığı ve korumanın kapsamı, mutlaka her somut olayın özellikleri dikkate alınarak incelenmelidir.

B. YÜKSEK MAHKEME'NİN YAKLAşIMI

Yargıtay kararlarına baktığımızda, marka hakkının kazanılması ve korunması hususunda benimsenen sistemler bakımından bir birlik olmadığı görülür. Yargıtay

genellikle, ilk kullanım sistemine dayalı olan kararlar vermektedir¹. Ancak, mutlak anlamda tescil ilkesini benimseyen kararları da mevcuttur.

Yargıtay, 19/04/2002 tarihli ‘Alvorada’² ve 06/07/1998 tarihli ‘Dolce Vita’³ kararlarında ; İsviçre-Türk marka hukukunda⁴, markanın iktisabı ve korunmasına ilişkin önemli ilkelerden birinin öncelik hakkı olduğu, bir marka üzerindeki öncelik hakkının, o markayı ihdas ve istimal eden, piyasada maruf hale getiren gerçek hak sahibine ait olduğu, bu durumda tescilin açıklayıcı etkiye haiz olduğu, diğer yandan, markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip kullanan kişinin yaptırdığı tescil ise kurucu etki göstererek sahibine şarta bağlı bir hak sağlayabileceği, gerçek hak sahibinin dava açarak markayı tescil ettirene kadar kurucu etkisinin süreceği, çünkü gerçek hak sahipliğinin ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımayacağı, gerçek hak sahibinin markasının aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin her nasılsa tescil edilmesi durumunda, TTK’nın haksız rekabet hükümleri ve 556 sayılı KHK’nın ilgili hükümleri uyarınca markanın terkinini talep edebilecekleri ifade edilmektedir.

Yrg.HGK’nun 19/11/2003 tarihli kararında⁵ ise gerçek hak sahipliği ilkesinin 551 sayılı Markalar Kanunu’nun benimsediği sistem olduğu, 556 sayılı KHK’nın ise tescile mutlak sonuçlar bağladığı, ancak bazı hallerde tescil ilkesinin genişleyebileceği ifade eden bir kararı ise şöyledir⁶:

‘‘...Oysa 556 sayılı KHK. gerçek hak sahipliği ilkesini terk ederek, markaya sahiplik konusunda tescile mutlak sonuçlara bağlamış, korumanın markanın ihdası ve kullanılmasıyla değil tescille elde edeceği ilkesini getirmiştir. (Bkz.556 sayılı KHK m.6) ve 9 ncu madde ile de tescilli marka sahibine etkili bir koruma sağlamıştır. Tescil edilmemiş markayı işaret olarak belirtmiştir. (556/7 ve 8m.)

¹ Bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/3.Gerçek Hak Sahipliği

² Yrg.11.HD. T:19/04/2002 E: 2001/9903 K:2002/3699 :Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 18/03/2015.

³ Yrg.11.HD. T:06/07/1998 E: 98/1734 K: 98/5146 :Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 18/03/2015.

⁴ Kaya, Marka Hukuku, s.50 : ‘ ‘Alman kanunundaki düzenlemeye bakıldığında; marka korumasının doğması üç şekilde gerçekleşir: 1) markanın tescili 2) markanın kullanılması 3) markanın Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. Maddesi uyarınca tanınmış marka statüsünü kazanması. ‘ ‘

⁵ Yrg.HGK T: 19/11/2003 E: 2003/11-578 K: 2003/703 Kazancı İçtihat Bankası ET:15.04.2015

⁶ MarKHK’nın, mutlak anlamda tescil ilkesini benimsediği yönündeki bir diğer karar: Yrg.11.HD. T:06/03/2013 E:2010/3497 K: 2012/3268 : Çolak, Türk Marka Hukuku, s.330.

Böylece Yeni Türk Marka Hukuku Markayı seçip kullanarak onu "İhdas" ve "İstimal" eden ve "maruf-meşhur" hale getiren kişiye, marka üzerinde münhasır hak sahipliği tanımamış, ilke olarak bu durumda olan kişilere markayı tescil ettiren kişiye karşı dava şeklinde ileri sürmesi imkanını ona vermemiştir. 551 sayılı Kanunun 15 nci maddesi ile getirilen gerçek hak sahibi ilkesini, markayı tescil ettiren kişiye tanımıştır. Bu ilkelerin temeli yeni marka hukukumuzun da temelleri olan 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104/AET sayılı " Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuklarının Uyumlaştırılmasına ilişkin Birinci Konsey Yönergesi" ve " 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı Topluluk Markası Hakkında Konsey tarafından çıkarılan Topluluk Tüzüğünde" kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Tescil ilkesi aşağıda gösterilen hallerde genişletmekte, tescilli markaya karşı tescilsiz işaretlere (markalara) üstünlük tanımış bulunmaktadır.

1- Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar 556 sayılı KHK 7 (1) i md.si

2- Ayırt edici nitelik kazanan işaretler (556 sayılı KHK 7 (1) b-son madde

3- Rüçhan hakkından yararlanan markalar (556 sayılı KHK m.25-26)

4- Ticaret sırasında kullanılan İşaretler(556sayılı KHK m.8 f.3 a ve b bentleri). ‘‘

Yasaman¹, Yrg.HGK’nun bu kararını, aynı iki markanın varlığının kabul edilmesi ve bu durumun tanınmış markalar hakkında da uygulanarak, tanınmış marka sahibine, tescil edilmiş markanın terkinini istemeden, kendi adına markanın tescilini isteyebilmesi hakkının tanınması noktasında eleştirmektedir. Yazarın belirttiği üzere, bir markanın aynı veya benzer mal ve/veya hizmetler için tek bir kez tescil edilebilmesi, Marka Hukuku’ndaki ilkelerdendir. Aynı mal ve/veya hizmetler için birbirinin aynı olan tescilli iki adet markanın bulunması karışıklığa sebep olacaktır. Uygulamaya bakıldığında, bir markanın belli bir çevrede tanınmasının ardından, üçüncü kişiler veya o işletmeden ayrılmış ortaklar ya da işçiler tarafından kendi adına tescil ettirilmektedir. Bu şekilde , kötü niyetli olarak yapılan tescilleri, ‘tescil ilkesi’ doğrultusunda kabul etmek diğer yandan gerçek hak sahibinin markasını da tescil etmek suretiyle onun da aynı markayı kullanmasına cevaz vermek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Aksi bir yaklaşım markayı kötü niyetle tescil ettiren kişinin haksız eylemini kabul etmek anlamına gelecektir. Ayrıca yazarın dikkat çektiği diğer husus, Yargıtayın aynı kararda, aynı ilkenin, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar için de geçerli olduğu yönündeki görüşüdür. Taraf devletler açısından bir iç hukuk kuralı haline gelen Paris Sözleşmesi

¹ Yasaman, Marka Hukuku, s.189.

uyarınca tanınmış marka sahibi, markanın hükümsüzlüğünü ve terkinini isteme hakkını haizdir. Keza marka yalnızca sahibi açısından değil, halk açısından da nazara alınacağından, aynı mallarda kullanılan iki markanın varlığının kabul edilmesi mümkün değildir.

Yargıtay'ın kararlarında açıkça içtihat ettiği üzere, tescilde teklik ilkesi¹ esas olup tescilli bir markanın varlığı halinde, mükerrer tescil yapılamaz. Bir marka tescili başvurusu söz konusu olduğunda, gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişi dahi öncelikle, tescil prosedürü içinde itiraz ve hatta tescilden sonra dava haklarını kullanabilecektir.

Yrg.11.HD.'nin 24/03/2006 tarihli kararı²:

“Ayırt edicilik fonksiyonu markanın en temel unsurudur. Türk Marka Hukukunda tescil sisteminde “öncelik ve marka tescilinde teklik ilkesi geçerlidir. Bu ilke, tescilli bir markanın varlığı halinde, aynı veya benzer olan işaretin “mükerrer tesciline” izin vermez. Tescilsiz bir marka veya bir işaret üzerinde öncelikli sınai hak sahibi olanların itirazı üzerine, maddede yazılı koşulların oluşması halinde, bu işaretin aynı veya benzeri olan işaret başkası adına marka olarak tescil edilemez. (marka başvurusuna itiraz hakkı) KHK.'nin 8. maddesinde sayılan koşulların gerçekleşmesi halinde başkası adına tescil edilmiş olan bir markanın hükümsüzlüğüne karar verilebilir. (hükümsüzlüğü isteme hakkı) Bunun dışında tanınmışlık veya kullanımla ayırt edicilik iddiasına dayanmayan öncelikli hak sahibinin “mükerrer marka “ tescilini isteme hakkı bulunmamaktadır.Söz konusu madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, öncelik hakkı sahibi olan bir kişi, her ne kadar, tescilli marka sahibi aleyhine hükümsüzlük davası açmaya zorlanamaz ise de; “kullanımla ayırt edicilik” niteliğini iddia ve ispat edemediği sürece aynı veya benzer işareti kendi adına “mükerrer marka “ olarak da tescil ettiremeyecektir.”

¹ Tek sahiplik ilkesi uyarınca,bir marka kural olarak birden çok kişi adına tescil ettirilemez. Aynı markanın bir başkası adına tescili, marka sahibinin izniyle dahi olsa mümkün değildir. : **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.381; **Battal**, uygulamada, marka üzerindeki hakkın tek bir sahibi olabileceği varsayımıyla hareket edilerek –bazı istisnalar dışında- marka hakkına dava taraflarından birine bırakıldığını fakat, marka hakkının taraflardan birine verilmesi yerine markanın ortak kullanımına imkan tanınmasının ihtilafın adilane çözümü için daha isabetli olacağını belirtmekte, yargı kararı ile ortaklık tesisi fikrinin mehkemelerce de benimsenebilecek bir fikir olduğunu ortaya koymuş ve bu fikri çeşitli açılardan incelemiştir.: **Battal**, Ahmet, ‘Marka Üzerinde ‘Yargı Kararı’ İle Ortaklık Tesisi Mümkün müdür? ‘ Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, 10-11 Aralık 2010 Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.179.

² Yrg.11.HD. T:24/03/2006 E:2005/1359 K:2996/3136: Legalbank Elektronik Hukuk Bankası ET: 15/04/2015.

Yrg.11. HD.’nin 05/02/2007 tarihli kararı¹:

“ 556 sayılı KHK ile öncelik hakkın sahibine ilk halde; başkasının yaptığı marka başvurusuna itiraz hakkı (nispi red nedeni), ikinci halde de; marka tescil edilmiş ise hükümsüzlüğünü isteme hakkı tanınmıştır (hükümsüzlük nedeni). Bunun dışında tanınmışlık veya kullanımla ayırt edicilik iddiasına dayanmayan öncelikli hak sahibinin “mükerrer marka” tescilini isteme hakkı bulunmamaktadır.

Çünkü, istisnai haller dışında, “marka tescilinde öncelik ve teklik” ilkesi 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’den kaynaklanmaktadır ve kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir. Yasa koyucu bu yolla piyasada aynı veya benzer mal veya hizmetler için mükerrer markanın varlığını yasaklayarak; nihai alıcı olan tüketicilerin iltibas suretiyle mal ve hizmetleri karıştırmamasını ve yanıltmalarını önleyip, tüketicinin korunmasını amaçlamıştır. Kamu düzenine ilişkin bu düzenleme karşısında, başkası adına tescil edilmiş olan bir markayı oluşturan işaret üzerinde öncelik hakkı olan kişinin, sicilde kayıtlı markanın hükümsüzlüğünü isteyebileceği gibi, dilerse böyle bir dava açmaksızın kendi adına da aynı veya benzeri işaretin mükerrer olarak tescilini isteyebileceği düşüncesi kabul edilemez. “

Yargıtay’ın 19/09/2008 tarihli bir kararında ise, teklik ilkesinin yumuşatıldığını görmekteyiz²:

“Dava konusu seri markalarda korunan ‘Ece + taç şekli’ asli unsuru ile birlikte yer alan ‘ecelady’ ve ‘ecetoff’ ibarelerinin de, davacı markaları ile yakınlaştırma, benzeştirme yoluyla iltibas tehlikesine ve bu suretle haksız yarar sağlamaya yol açmadığı anlaşıldığından; tarafların markalarında mükerrer olarak yer alan ‘ece’ ibaresinin varlığından dolayı somut uyumsuzlukta 556 sayılı KHK’nın 7/I-b ve 8/I-b bendindeki yasal koşulların oluştuğundan söz edilemeyecektir. “

MarKHK 6.madde tescil sistemini işaret etmesine rağmen bazı durumlarda, özellikle de Yasaman’ın belirttiği üzere, uygulamada sıklıkla rastlanan, bir işletmenin tescilsiz kullanılan markasının, üçüncü kişilerce veya o işletmeden ayrılan ortak veya çalışanlarca tescil edilmesi durumu karşısında Yargıtay, kötünîyetin varlığından bahisle,

¹ Yrg.11. HD. T: 5.2.2007 E: 2005/14600 K: 2007/1303 :**Noyan**, Erdal, Marka Hukuku, 2009, s.204.

² Yrg.11. HD. 19/09/2008 E: 2007/7547 K: 2008/10251 (Yayınlanmamış): **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.11.

tescilli markanın varlığına rağmen, gerçek hak sahibinden yana görüş ortaya koymuştur. Bu yönde kararlardan örnekler şöyledir:

07/10/1999 tarihli ‘‘SULTANAHMET KÖFTECİSİ’’ Kararı¹ :

‘‘ Olaya, davanın KHK’nın yürürlüğe girmesinden önce açılmış olması sebebiyle 551 sayılı Markalar Kanunu’nun uygulanması gerekir. İsviçre-Türk Markalar Hukuku’na göre markalar üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması üç önemli ilkeye dayanır: ilk olarak, marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir; ki buna ‘gerçek hak sahibi’ denilir. İkinci olarak; bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin tescili kurucu etkiye sahiptir. Tescil edilen bu markaya karşı başka bir şahıs o markanın ihdas ve istimal suretiyle maruf hale gelmediği iddiası ile dava açarak, bu yönde ilam alıncaya kadar, kurucu etki devam eder. Üçüncü olarak; ister kurucu ister açıklayıcı olsun, markanın tescili ile tescil ettiren kişi hakiki hakiki sahip haline gelir. Kurucu tescilde hakiki sahiplik, markayı ihdas ve istimal eden ve maruf hale getiren kişi tarafından çürütülebilir. Yazılı istisnalar dışında markanın iki hakiki sahibi olamaz.

Davacı, 80 yıldır bu markayı kullanıp maruf hale getirmiştir. Davacının damadının bu markayı tescil ettirmesi kötüniyete dayanmaktadır. Hak düşürücü süre geçmesine rağmen hakkaniyet ve etik kurallar gereğince davalının tescilli markasının terkinini gerekir.’’

08/03/2002 tarihli ‘‘ATLI ARABA AMBLEMİ’’ Kararı²:

‘‘Tuzcuoğlu Nakliyat Firmasının 1893’te kurulduğu; ‘atlı araba’’ amblemi ile faaliyetini sürdürdüğü ve haklı bir şöhrete ulaştığı; bu firmada çalışan davalının anılan amblemi ve markayı kötü niyetle tescil ettirdiğinin kabul edilmesi gerektiği; bu nedenle, tescilsiz marka sahibinin KHK’nın 8 ve 42/1 b maddeleri uyarınca markanın hükümsüzlüğünü dava edebileceği gerekçelerine dayanılarak markanın terkinine karar verilmiştir.’’

Berzek³ de, aynı veya benzer ürünlerde kullanılmak üzere aynı veya benzer markaların her ikisinin de tescilli olması, yani tescilli bir marka varken her nasılsa diğerinin de tescil edilmesi halinde hangisine üstünlük tanınacağı hususunun uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri olduğuna değinmiştir. Yazara göre, MarkHKH’da bu duruma

¹ Yrg.11.HD. T: 07/10/1999 E: 1999/1724 K: 1999/7608: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.195; **Meran**, Marka Hakları ve Korunması, s.113.

² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.198; **Noyan**, s.203.

³ **Berzek**, 556 sayılı KHK’da Markaların Düzenlenmesi, s.77 vd.; **Berzek**, Ayşe Nur, ‘‘Tescilli Markaların Korunmasına İlişkin Sorunlar’’ Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995, s.51.

ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte, korumanın tescil yoluyla elde edileceği hükmü (6.md.) gereğince her iki markanın da KHK koruması altında olduğu söylenebilir. 16/11/1995 tarihli bir Yargıtay kararında¹ dava konusu markaların her ikisi de tescilli olduğundan, sicilden terkin edilmedikçe kanuni himaye altında sayılacağı, piyasaya sürülen emtialarda yer alması haksız rekabet olarak nitelendirilemeyeceği fakat, iltibas oluşturmamak kompozisyonlarda kullanılması gerekliliği belirtilmiştir. Karardan bir kesit şöyledir:

‘‘....tescilli "Martini Dry" markası ile benzer emtia için davalı adına tescil ettirilen "Artin-Drays" markasının kullanılmasında iltibas bulunduğunu ileri sürerek, davalı eyleminin haksız rekabet oluşturduğunun tespiti,... haksız rekabetin önlenmesini, ...talep ve dava etmiştir.

... Tarafların markaları tescilli olduğundan, bu markaları 551 sayılı Markalar Kanunu'nun öngördüğü biçimde kullanma hakkına sahip bulunduklarında kuşku yoktur. Bu durumda, sicilden terkin edilmedikçe yasal himaye altındaki markanın, salt tescil edilmiş biçimiyle piyasaya sürülen emtialarda yer alması yoluyla oluşan haksız rekabetin giderilmesi istenemez.

Ancak, tescilli markanın başkalarının markaları ile iltibasa neden olamayacak biçim, renk, ebat ve ambalaj içinde kullanılması gerekmektedir.... Aksi takdirde, markanın kullanılış biçimi yönünden oluşan iltibasın giderilmesini isteme hakkı doğacaktır.’’

Berzek², bu hususta Yargıtay’ın farklı kararlar verdiği dikkat çekerek, bazı karar örnekleri sunmuştur: 11/06/1982 tarihli bir kararında, tarih itibariyle farklı olsa bile tescilli iki marka arasında haksız rekabet hükümlerinin uygulanmayacağı, her iki tarafın da markasının Markalar Kanunu himayesi altında bulunduğu yönünde hüküm verirken, 27/02/1989 tarihli bir kararında ise, iki markanın da tescilli olması halinde gerçek hak sahibinin araştırılması gerektiğini , gerçek hak sahibinin diğeri aleyhine açacağı markanın terkin ve haksız rekabet davasının süreye tabi olmadığı yönünde hüküm vermiştir. Yazara göre, tescilli bir marka mevcut iken, her nasılsa, aynısı veya iltibas yaratacak

¹ Yrg.11.HD. T: 19/11/1995 E:1995/7491 K:1995/8600: Kazancı İçtihat Bankası ET:11/04/2015.

² **Berzek**, Sorunlar, s.51, ayrıca yazar’ın sunduğu karar örnekleri : Yrg.11.HD. T: 01/06/1982 E: 1978 K:2664, Yrg.11.HD. T: 27/02/1989 E: 89 K: 1126.

ikinci bir markanın tescil edilmesi durumunda , ticari hayatın istikrarı açısından, sonradan tescil edilen marka, süreye bağlı olmaksızın iptal edilmelidir.

Marka sicilden terkin edilmedikçe, MarKHK kapsamında koruma altındadır. Bu durumda sicilden terkin edilene kadar tescilin sağladığı haklardan yararlanır. Tescil sahibinin markayı kullanım hakkı da bu kapsamda değerlendirilir¹:

‘‘Markaların Tescilli oldukları süre içindeki kullanımları, gerek dava tarihinde yürürlükte olan 556 sayılı KHK, gerekse daha önceki mevzuat ile sağlanan koruma kapsamında olup, tescilli bir markanın haksız kullanımından söz edilemez.markaların hükümsüzlüğü yolunda kararlar ile sicilden terkinleri sağlandıktan sonra korumaları kalkacak ve bu tarihten itibaren kullanımlarının haksız rekabet oluşturduğu ileri sürülebilecektir.’’²

Poroy/Tekinalp³, tescilli bir markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin her nasılsa tescil edilmesi durumunda hangi hükümlere dayanılacağına açıkça düzenlenmemiş olmasının, hem Yargıtay’ın farklı kararlar vermesine hem de bu durumun doktrinde çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olduğuna değinmektedir. Yazarlar, Yargıtay’ın farklı yönde verdiği kararlara örnekler sunmuştur⁴. Sonuç itibariyle yazarlar,

¹ Yrg.11. HD. T: 05/02/2002 E: 2001/9120 K: 2002/896: **Karan**, Hakan / **Kılıç**, Mehmet, Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004, s.70-71.

² Aynı yönde: Yrg.11.HD.T:12/04/2001 E: 2001/2189 K: 2001/3079, Yrg.11 HD. T: 12/11/2002 E: 2002/6904 K: 2002/10352 : **Karan/Kılıç**, s. 69,71; Ayrıca bkz: Yrg.11.HD. T: 13.01.2003 E: 2002/7246 K: 2003/68 ‘‘...dava haksız rekabetin tespit ve men’i ile neticelerine ilişkin olup mahkeme gerekçesinde belirtildiği üzere her ne kadar tescil devam ettiği müddetçe tescilli bir ticari markanın kullanımının haksız rekabet yoluyla önlenmesi mümkün değil ise de, bu kural tescilli markanın tescile konu mallar için ve tescil ettirilmiş şekliyle kullanılması halinde münhasır olup, tescilli bir ticari markanın tescil ettirilen mallar dışında tescile aykırı olarak kullanılması durumunda bu hususun haksız rekabet teşkil edeceği tabiidir. Anılan ibarenin davalının ticaret ünvanında yer alması ve sadece 28.sınıf mallar için ticari marka olarak davalı adına tescilli bulunması da bu bakımdan sonuca etkili değildir. Dava konusu olayda, davacı taraf kendi adına hizmet markası olarak tescilli bulunan (Kiler) ibaresini davalının hizmet markası gibi kullandığını ileri sürerek işbu davayı açtığına göre, mahkemece davacının bu iddiasının yerinde bulunup bulunmadığını incelemek, şayet böyle bir kullanım varsa yukarıda açıklandığı üzere bu eylemin haksız rekabet teşkil edeceği nazara alınarak neticesine göre bir karar vermek gerekirken, anılan hususlar gözden kaçırılarak, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir...’’ **Erdil**, s.586.

³ **Poroy/Tekinalp**, Sorunlar, s.333 vd.

⁴ Yargıtay’ın, önce tescil edilmiş markayı, sonra tescil edilmiş bulunan ve onun aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri olan markaya karşı haksız rekabet ve Markalar Kanunu hükümlerine göre koruduğu ve hatta Markalar Kanununun 47.maddesine dayanarak ikinci markanın iptali yönünde verdiği kararlara örnek olarak: Yrg.TD. T: 16/12/1969 E: 68/1123 K: 69/5889, Yrg.11. HD. T:25/09/1978 E: 1979/3495 K:1979/4095 Aynı dairenin, görüş değişikliğine giderek şu yönde karar vermiştir: *Tescilli bir markanın aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzeri bir markanın varlığı halinde; 1) iki tescilli markanın varlığı dolayısıyla her iki markanın da Markalar Kanunu’nun koruması altında bulundukları; 2) Markalar Kanununun 17.maddesinin bu sonucu doğruladığı 3) markayı önce*

bu hususla ilgili olarak olumlu bir kanun boşluğu bulunduğu¹, bu durumda, hayat tecrübelerine, akla, mantığa ve sağduyuya en uygun çözümün, markanın gerçek hak sahibine, ikinci tescili iptal ettirme hakkının tanınması olduğunu ifade etmişler ve bu hususta Yargıtay’a yol gösterecek bir hükmün varlığına dikkat çekmişlerdir: 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunun 54.madde hükmüne göre: *“Ticaret ünvanı kanuna, aykırı olarak başkası tarafından kullanılan kimse, bunun menini veya haksız kullanılan ticaret ünvanı tescil edilmişse, bunun kanuna uygun bir tarzda değiştirilmesini veya silinmesini ve zarar görmüşse, kusur halinde, bunun da tazminini isteyebilir.”* Ayrıca bu durumda uygulanacak diğer bir çözüm olarak da 551 sayılı Markalar Kanununun, hak sahiplerinden başka kişiler tarafından markaların veya benzerlerinin kullanılmasını tescil edilmiş markadan faydalanma hakkına tecavüz sayan 47.md.ve 49.md. hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmişlerdir.

C. TESCİL İLKESİNİN İSTİSNALARI

1. Genel Olarak

Türk hukukunda bir markanın, MarKHK hükümlerine göre korunabilmesi için, öncelikle 1.md.ve 6.md.lerin işaret ettiği üzere tescil edilmesi gerekir. Fakat tescil dışında bazı hallerde de belli şartlar altında koruma sağlanmaktadır. Buna göre bir marka, herkes tarafından bilinen marka niteliği taşıyorsa, Paris Sözleşmesi 1.mük. 6.md. hükmüne göre², tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak

tescil ettiren kişinin Markalar Kanunu’nun 15/II maddesi hükmüne göre dava açabileceği, ancak hak düşürücü süre geçmişse davasının veya karşı davasının dinlenmeyeceği 4) bu halde TK 57.5, hükmünün de uygulanamayacağı, çünkü anılan hükmün ancak takdir yoluyla kullanılan ikinci markanın tescilsiz olması halinde söz konusu olabileceği, tecilli bir markanın kullanılmasının engellenmesinin haksız rekabet yolu ile mümkün bulunmadığı sonucuna varılmıştır.”, T: 16/01/1982 E: 1982/1978 K: 1982/2664, T: 13/12/1983 E: 1983/4964 K: 1984/5668, T:18/11/1985 E:1983/2755 K: 1983/4773.

¹ Yazarlar, 551 sayılı kanun dönemimdeki duruma göre bir yorumda bulunmuşlardır. Keza MarKHK’da da bu durumu düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

² MarKHK’nın 7/I-ı hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/ iv.Anayasa Mahkemesinin, MarKHK’nın 7/I-ı Hükümünün İptaline İlişkin Kararı.

kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise, 7/II hükmüne göre, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce, bu işaret için hak elde edilmiş ve sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı veren tescilsiz bir marka veya işaret olması durumunda, 8/III hükmüne göre, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış, toplumda belirli bir tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalar 8/IV hükmüne göre korunmaktadır¹. Bu bağlamda çalışmamızın konusu itibarıyla biz, yukarıda izah ettiğimiz belirli şartlar altında markanın korunmasına ilişkin olarak MarKHK'nın öngördüğü tescil ilkesinin, tanınmış markalara sağlanan koruma ve markanın tescil ettirilmeksizin kullanımı yoluyla hak sahipliği kazanılması olan iki istisnasını inceleyeceğiz².

2. Tanınmış Marka

a. Tanınmışlık Derecesine Göre Marka Türleri

i. Maruf Marka

*Maruf*³ marka terimi, MarK'da kullanılmış bir terimdir. MarK 15/I, tescile ilişkin bir karine ortaya konmaktaydı. 15/II de ise, markayı, ihdas ve istimal ettiğini ve piyasada maruf hale getirdiğini ispat eden kişiye bu karineyi belli şartlar altında çürütme imkanı veriliyordu.

MarKHK'ya göre, tescil sistemi öngörülmesine rağmen, belli şartlar altında kullanıma dayalı bir hak sahipliği veren hükümler gereği, tanınmış markaya göre daha

¹ **Dirikkan**, Hanife, Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003, s.23.

² İsviçre Hukukunda da *"Tescil, marka sahibine korumanın bahşedildiği mal ve hizmetler yanında benzer mal ve hizmetler için de markasını kullanmak için münhasır haklar sağlar. Bu nedenle marka tescili başka bir teşebbüsün aynı markayı tamamiyle değişik mal ve hizmetler için kullanmasını engellemez. Ancak bu durumun iki istisnası vardır. İlk istisna önceki kullanımla, yani marka sahibinin başvurusundan önce üçüncü bir kişinin işareti kullanımıyla ilgilidir. Marka sahibi bu durumlarda daha önce kullanmaya başlayan kişi işareti tescil ettirmemiş olsa dahi markasını kullanmaktan men edemez. Diğer istisna yaygın olarak tanınmış markalarla ilgilidir. Çok tanınmış bir marka sahibi, aynı markanın başka herhangi bir ürün veya hizmet için olsa dahi korumanın kapsamını sınırsız kılacak şekilde üçüncü kişilerce kullanımını engelleyebilir."* **Büren**, s.29.

³ Sözlük anlamı: *"1.Herkesçe bilinen, tanınmış, belli. 2. ünlü. "Türk Dil Kurumu- Büyük Türkçe Sözlük, ET:01.05.2015; '1.Bilinen, mâlûm, meşhur, ünlü. 2.Şeriatın makbul kıldığı veya emrettiği.' Örnekleriyle Türkçe Sözlük, Milli Eğitim Bakanlığı, C.III, Ankara, 1996, s.1907; '1. Bilinen, belli, mâlûm. 2.Herkes tarafından tanınan, tanınmış, ünlü, meşhur'" Ayverdi, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.II, s.1943.*

sınırlı bir seviyede olsa da tanınmışlık unsuru dolayısıyla bazı durumlarda hak sahipliği öngörülmektedir. Maruf markalar daha çok, belli bir ticari muhitin tanıdığı ve belli alıcı çevresinin dışına çıkmayan markalardır¹. Bir başka deyişle bilinirlik, markayı taşıyan malın hitap ettiği tüketici kitlesi tarafından tanınmaya başlanmış olması, belirli bir piyasa veya bölgede bilinmesi, yani sınırlı bir tanınmışlık durumudur².

İlgili bölümde, mülga MarK. 'nın MarKHK'ya yansımaları olarak marufiyetin³, gerçek hak sahipliği ilkesinin oluşmasının şartlarından biri olup olmadığı tartışılacaktır⁴.

Bulduğumuz nokta itibarıyla denilebilir ki maruf markalar açısından da bir bilinirlik şartı öngörülmekle birlikte, bunun derecesi tanınmış markalarla aynı değildir. *Dirikkan*⁵'a göre, bu tür mal ve hizmetlerin nispi tescil engeli sayılabilmesi için, ticari yaşamda mal veya hizmetle ilgilenen ve bu mal ve hizmetlerin muhatabı olan kişi ve işletme gruplarının ciddi bir bölümünde tanınmış olması yeterli kabul edilmektedir. Maruf markalardan söz edebilmek için, Türkiye'deki kullanımına dayalı olarak yine Türkiye'de bir tanınmışlık olgusu aranırken, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markanın Türkiye'de kullanım zorunluluğu bulunmamaktadır⁶. Yurtdışında tanınan ancak Türkiye'de bilinmeyen bir marka Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka olarak kabul edilemez fakat yalnız Türkiye'de tanınan marka tanınmış sayılabilir⁷. Diğer yandan maruf markalar, Türkiye'de bilinen bir marka da olabilir, coğrafi veya ticari yönden sınırlı bir çevrede biliniyor olması yeterli olabilir⁸. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1⁹ ve 8/IV hükümlerinde, o ürünün alıcıları değil, hiç ilgisi

¹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.247; "Maruf marka'dan kastedilen Türkiye'de ya da Türkiye'nin bir bölgesinde veya kentinde tanınan markadır." **Yılmaz**, A.Lerzan, Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2008, s.62; Markanın "maruf hale gelmesi için, herkesçe veya ülkenin bütününde tanınmasına gerek yoktur; kendi piyasasında, kendi çevresinde bilinmesi yeterlidir" **Poroy/Tekinalp**, Sorunlar, s.333.

² **Karahan**, Marufiyet, s.17.

³ "İlk kullanma suretiyle marka hakkının doğumunu sağlayan ve bu nedenle 8/III de temel alınan bilinirlik, markanın üzerine konulduğu emtianın hitap ettiği alıcı kitlesi tarafından tanınmaya başlanmış olması, belirli bir yer, bölge veya piyasada bilinmesi anlamındadır": **Karahan**, Marufiyet, s.11.

⁴ Bkz: II. Bölüm/II.İlkenin Şartları/E.Marufiyet

⁵ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.30.

⁶ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.41.

⁷ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.472.

⁸ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.41.

⁹ MarKHK'nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu

olmayanların dahi bilmesi ve milli veya milletlerarası bir şöhrete sahip olması kastedilmektedir¹.

ii. Tanınmış Marka

Tanınmış marka kavramının tanımı gerek ulusal gerekse uluslararası düzenlemerde bilinçli olarak yapılmamıştır². Çünkü, uygulamada ve doktrinde tanınmış markaya ilişkin koşullar veya unsurların tamamının veya bir kısmının şematik olarak uygulanması halinde³, kavramın büyük ölçüde daralması veya genişlemesi tehlikesi doğacaktır⁴. Ayrıca, tanınmış markanın tespiti her somut olaya göre farklılık arzemesi nedeniyle önceden belirlenen kriterlere uymamaktadır⁵. Doktrinde ise tanınmış marka şöyle tanımlanmıştır⁶:

“ Tanınmış marka; esasen temelde yasada belirtilen marka tanımına uyan, burada sayılan unsurları taşıyan ve markaya yüklenen asgari işlevleri gören markadır. Ancak, tanınmış marka buna ilaveten tescil edildiği

durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/ iv.Anayasa Mahkemesinin, MarKHK’nın 7/I-ı Hükümünün İptaline İlişkin Kararı.

¹ **Karahan**, Tescilsiz Markaların Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı, FMR C.4 S.2004/2, s.17

² Oytaç’a göre, “Tanınmış marka kavramı gerçekte, Paris Sözleşmesi’nin 6.maddesi bağlamında ve tescil edilmemiş olmakla birlikte, pazarda çok tanınan marka sahiplerini, aynı markanın sonraları başkaları tarafından da tescil edilmesini önleme suretiyle koruma sağlamak üzere geliştirilmiştir” **Oytaç**, Kutlu, “Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son” Ankara Barosu FMR Y.1 C.1 S.2001/3, s.92; Ayrıca “Tanınmış Marka” kavramının ulusal ve uluslararası metinlerde ele alınış biçimleri için bkz: **Çolak**, Uğur, “Paris Sözleşmesinin 6bis Maddesi Anlamında Tanınmış Markalar, Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri”, Ankara Barosu FMR Y.4, C.4, S.2004/2, s.23.

³ “Tanınmış marka kavramına ilişkin olarak...uluslararası belgeler, öğreti görüşleri ve Yargıtay içtihadı çerçevesinde ortaya konan tanımlamalardan faydalanarak yeni bir tanımlama yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira, tanınmış marka kavramına ilişkin yaşanan belirsizliğin temelinde bu kavramın sağlıklı bir tanımlamasının yapılamaması değil, bu kavrama yer veren mevzuat düzenlemelerinin yeterli açıklıkta bulunmaması yatmaktadır” **Yılmaz**, Alper Çağrı, Türk Marka Hukuku Ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri, s.71.

⁴ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.88.

⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.247.

⁶ **Kaya**, Marka Hukuku, s.57; Doktrinde farklı tanımlar da yapılmıştır. Tekinalp’e göre göre tanınmış marka; “bir ülkenin bir veya birkaç yöresinde bilinen veya yerleşmiş olan markalar değil, dünya çapında olmasa bile yurtiçi ve yurtdışında tanınmış, Paris Sözleşmesi’ne üye devletlerden birinin vatandaşına veya o ülkelerden birinde mukim yada ticari veya sinai işletmeye sahip kişilere ait bulunan markalardır”: **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.472; Oytaç’a göre ise; “toplumun önemli bir kesiminde belirli mal veya hizmetlere ilişkin çağrıştırmaya yapacak anlamda bilinen bir marka” olarak tanımlanmıştır.: **Oytaç**, Tanınmış Markalar, s.92; **Ayoğlu**, Tolga, “Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma” Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2009, s.117.

ülkede ve ülke dışında asgari ilgili çevrelerde bilinen, giderek bilinirlik ölçüsü ülke içinde ve dışında ilgili çevreleri de aşan, zamanla tescil edildiği mal ve/veya hizmeti ayırt etme yanında onu da aşarak başlı başına bir kalite ve reklam aracı haline gelen, kullanıldığı takdirde farklı mal veya hizmetler bakımından etkilerini doğurabilecek markadır.”

Tanınmış markalar tescil ilkesine istisna teşkil ederler¹. Başka bir deyişle, tanınmış markalar, tescil edilmeden de istisnaen korunmaktadırlar². Kural olarak mülkilik esas gereği, yabancı bir ülkede, kullanım veya tescil yoluyla marka hakkının kazanılmış olması durumunda, salt bu nedenden dolayı, başka bir ülkede korunamaz³. Bunun sonucu olarak MarKHK hükümlerine göre bir markanın korunabilmesi kural olarak, Türkiye’de tescil edilmiş olmasına bağlıdır. Buna karşın bir marka Paris Sözleşmesi uyarınca tanınmış marka niteliğinde ise Türkiye’de tescil edilmemiş olsa dahi korumadan yararlanacaktır⁴.

MarKHK’nın genel anlamda tanınmış markalar⁵ konusundaki düzenlemelerine bakıldığında red nedenleri arasında⁶ yer aldığını görmekteyiz:

Birincisi, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1⁷ hükmü uyarınca, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar kapsamındaki bir marka için sahibinin izni

¹ “KHK.m.7/I (ı) anlamında tanınmış markaların korunması bakımından 556 sayılı KHK. 7/I (ı) maddesi ile 8/IV maddesi arasında tescilli olup olmaması yönünden bir ayırım yaratmaya gerek yoktur”: **Çamlıbel Taylan**, s.43.

² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.382.

³ **Arkan**, Sabih, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, Batıder C.20 S:1 Y:1999,s.5.

⁴ **Arkan**, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, s.7.

⁵ Kaya’ya göre; “*tanınmış marka*” bir üst kavramdır. Bu kavram içine Paris Sözleşmesi anlamındaki “*herkesçe bilindiği mütalaa olunan marka*” ile “*tanınmışlık düzeyi yüksek marka*” dahildir. Tanınmışlık düzeyi dünya ölçeğinde olan ve “*dünya markası*” olarak da adlandırılan markaların ise, tanınmış marka kriterlerini öncelikle yerine getirdiği ve tanınmış markaya sağlanan işlevden faydalanacağı açıktır. **Kaya**, Marka Hukuku, s.118.

⁶ “...KHK’de Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.maddesi anlamında tanınmış marka (7/I(c)), markanın toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi (8/IV) olmak üzere iki farklı terim kullanılmaktadır. Bu iki terimin ve bunlara bağlanan hukuki sonuçların birbirinden farklı olduğu vurgulanmalıdır... ” **Ayoğlu**, Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, s.117 ; “Söz konusu mullak ve nispi red nedenlerinin temelinde, tanınmış markanın toplum nazarında maruf hale geldiği aşamaya kadar yaşanan süreçte sarf edilen emek ve yatırımdan oluşan maddi ve manevi değerlerin korunması ve bu değerlerin üçüncü kişiler tarafından haksız bir biçimde iktisabının önlenmesi düşüncesi yatmaktadır” **Yılmaz**, Alper Çağrı, s.64.

⁷ MarKHK’nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara

olmaksızın , tescil talep edilmesi durumunda, TPE'nin resen inceleme yapacağı mutlak red nedenleri arasında düzenlenmiştir. Tescili talep edilen markanın, Paris Sözleşmesi hükümlerinden yararlanacak bir kişiye ait olduğu ve aynı veya benzeri ürünlerde kullanıldığının Türkiye'deki ilgili çevre içinde bilinip bilinmediği TPE tarafından değerlendirilecektir¹.

Paris Sözleşmesinin 1.mük. 6.maddesine göre:

''Birlik üyeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu antlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidin veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler. Herkesçe bilinen bir markanın esas unsurunun çoğaltılması veya bunlarla bir karışıklık doğurabilecek bir taklitten ibaret olursa, durum yukarıdakinin aynısıdır.''

Paris Sözleşmesi çerçevesinde, herkes tarafından bilinen markanın² yalnızca aynısının değil, karışıklık yaratabilecek derecede benzerinin de tescili engellenebilir³. Bunun yanında Paris Sözleşmesinin, herkesçe bilinen markalara⁴ sağladığı koruma asgari niteliktedir. Yani, üye ülkeler tanınmış markaları en azından bu maddede belirtilen

ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/??BAK

¹ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.94.

² *''Her ne kadar öğretilerde tanınmış markalarla ilgili Paris Sözleşmesi'nin bu maddesinin çevirilerinde ve açıklamalarında ''herkesçe bilinen marka'' ifadesi kullanılıyor ise de sözleşmenin ingilizce metninde böyle bir ibare yoktur. İngilizce metindeki ''well know'' ibaresi ise ''iyi bilinen, ''tanınmış'' anlamlarındadır.''* : **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.166; *''Toplum tarafından tanınma kavramı, bir ülkede pazarlanan mal, hizmet ve ürünler ile marka arasında kolaylıkla bağlantı kurulabilecek marka anlamı taşımaktadır. Bu bağlamda, bir markanın tanınmışlık düzeyinin, pazarlandığı ülke ile sınırlandırmamak gerekir. Bir ülkede, henüz satışa arz edilmemiş, dolayısıyla o ülke toplumunca tanınma olanağı elde edilmemekle birlikte bir başka ülkede o ülke toplumunun tanıdığı bir markanın, ''tanınmış marka'' niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Nitekim, Paris Sözleşmesi, tanınmış markaların çevirilerinin de yasaklanan eylemler arasında bulunduğunu açıklıkla öngörmektedir.''* **Karakuzu Baytan**, s.203.

³ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.49

⁴ *''Herkes Tarafından Bilinen Marka''* Kavramı için bkz: **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.51

kapsamda korumak zorundadırlar¹. Bu hükümden yapılan çıkarıma göre, Paris sözleşmesi anlamında tanınmış markanın temel unsurları şöyledir²:

- Herkesçe bilindiği mütalaa edilen markanın bu hüküm kapsamında tescil talebinin reddinin gündeme gelebilmesi için Türkiye’de tescilli olmaması gerekmektedir³.
- Markanın, Paris Sözleşmesine taraf bir ülkenin vatandaşı bir şahsa ait olması ve bu şahsın da Türkiye’de tescile izninin bulunmaması gerekir.
- Markanın yukarıda belirtilen özelliklere sahip bir kişiye ait olduğunun herkesçe bilindiği mütalaa olunan bir marka olmalıdır. Bu tür markayı MarKHK ‘*tanınmış marka*’ olarak nitelendirmiştir.
- Bu hükümdeki yasak, iki önemli şarta bağlanmıştır: Tescil başvurusuna konu işaretin tanınmış marka ile ayniyet veya karışıklığa meydan verecek bir benzerlik içermesi ve başvurunun aynı veya benzer ürünler için yapılması .
- Bu hükümle, birlik üyelerine tanınmış marka ile aynı veya karışıklığa mahal verecek benzeri bir işaret için yapılan başvuruyu reddetme, tescil yapılmış ise tescili hükümsüz kılma yükümlülüğü getirilmektedir.

*Yasaman*⁴, Paris Sözleşmesinde zikredilen markanın ‘*maruf marka*’ veya ‘*dünya markası*’ olmadığını, keza Türk doktrininde hiçbir yazarın bu yönde görüş bildirmediğini belirtmiş, bu şekilde yorumlanması halinde ise Paris Sözleşmesi’nin yalnızca dünyaca tanınmış markalara uygulanması gibi bir sonuç doğurabileceği sakıncasına vurgu yapmıştır. Ayrıca yazar, bir markanın tanınmış olarak kabul edilebilmesi için gerek doktrin gerekse mahkemece tesbit edilen kriterlerden belki de en önemlisinin ‘*bir markanın menşe ülkesinin dışında da tescil ettirilmesi*’ olduğunu keza

¹ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.52.

² **Kaya**, Marka Hukuku, s. 115.

³ Çolak’a göre, ‘*Yurtdışında bir marka Türkiye’de tanınmış olmasa hatta kullanılmamış olsa bile, üçüncü kişi tarafından tescil başvurusu yapılması halinde, TPE tarafından bu markanın yurtdışında tanınmış marka olduğunun tespiti halinde, bu marka Türkiye’de kullanılmamış olsa bile, böyle bir başvuru mutlak tescil engeli ile karşı karşıya kalacak ve reddedilecektir*’ : **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.167.

⁴ **Yasaman**, Hamdi, ‘*Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Marka*’, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y.1, S.1, s.300.

bu durumun markanın ekonomik gücünü artırdığı, daha büyük kitlelere hitap ettiği anlamına geldiğini belirtmiştir.

Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markanın, koruma kapsamı aynı veya benzer mal ve hizmetlere yöneliktir. Bu nedenle mutlak red sebebi de bu sınırlar içinde yorumlanmalı, farklı mal ve hizmet bu kapsamda değerlendirilmemelidir¹. Dolayısıyla tanınmış markanın farklı mal ve hizmetler yönünden resen korunmasına gerek yoktur. Keza MarKHK'nın 8/IV hükmüne göre; değişik mal ve hizmetler, Türkiye'de tescil edilmemiş yabancı markalara da kıyasen uygulanabilir².

İkincisi, 8/IV hükmü³ uyarınca; tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın, toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle haksız bir yararın sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verebileceği, markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumlarda⁴, tescil edilmiş veya daha önce başvuruda bulunmuş marka sahibi tarafından yapılan itiraz⁵ üzerine, farklı mal veya hizmetlerde kullanılacak olsa bile⁶ sonraki markanın tescil başvurusu reddedilir. Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalarda olduğu gibi, bu hükümde geçen '*toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış marka*' da tanımlanmamış, tespiti makamlara ve yargıya bırakılmıştır⁷. Bu hükümle, tanınmış marka sahibine daha geniş bir koruma sağlanmış olmaktadır fakat

¹ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.473.

² **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.473.

³ MarKHK 8/IV hükmünde belirtilen haller, doktrin ve yargı kararlarında genellikle '*sulandırma*' olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.290 vd.

⁴ Yrg.11.HD. T: 15/12/2003 E: 2003/4692 K:2003/11806 '*bir markanın farklı mal ve hizmetlerde kullanılması mümkün ise de tescil edilen markanın toplumda kazanmış olduğu tanınmışlık düzeyi nedeniyle, haksız bir yararın sağlanıp sağlanmadığı ve markanın itibarına zarar verilip verilmediği ayrıca araştırılmalıdır.; tescilli bir markanın kullanımı haksız rekabet oluşturmaz.*' **Karan / Kılıç**, s.244.

⁵ '*Tanınmış markanın farklı mal ve hizmetler için tescilinin engellenebilmesi için sadece tanınmış bir markanın tescil talebinin bulunması yeterli değildir. 556 sayılı KHK'nın 8/IV maddesi uyarınca tanınmış markanın farklı mal ve hizmetler için tescilinin reddi için tanınmış markanın kullanılmasıyla haksız bir yararın sağlanacak olması, markanın itibarına zarar verilecek olması markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek olması hallerinin varlığı gerekir. Bu durumda, madde kapsamındaki tanınmış markanın markaların somut olayın özellikleri dikkate alınarak, şartları varsa farklı mal ve hizmetler için tescil talebinin mutlak red nedeni olarak TPE tarafından re'sen dikkate alınmasına bir engel bulunmamaktadır.*' **Çamlıbel Taylan**, 43.

⁶ Gerek Türkiye'nin Taraf olduğu uluslararası düzenlemeler gerekse bunların iç hukukumuza yansımaları olarak yapılan düzenlemeler (MarKHK 24.md, MarKHK Yön.11.md) gereği kural olarak tescilde sınıf esaslı belirlenmiş olup, mal ve hizmetler, tescil edildiği sınıflarda korunur. Ayrıca bkz: III. Bölüm/I.Tescil Prosedüründe İtiraz Yolu/B.Başvurunun İncelenmesi/2.Başvurunun Sınıflandırılması

⁷ **Şenocak**, Kemal, '*Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması*' Batıder C.25 S.2 Y.2009, s.174.

diğer yandan ilave şartlar öngörölmesi nedeniyle de farklı mal ve hizmetler açısından mutlak bir koruma sağlanmadığı sonucu çıkmaktadır¹.

Bu hüküm kapsamındaki toplumda tanınmışlık düzeyi yüksek markalar; bu tanınmışlık düzeyini kullanarak ondan haksız bir yarar sağlanabileceği, markanın itibarına zarar verilebileceği, markanın ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği gibi durumlarda korunmuştur. Markanın itibarına zarar verilmesi, tanınmış marka veya benzerinin, bir başkası tarafından düşük kaliteli ürünlerde kullanılması, kötü şöhrete sahip bir işletme tarafından kullanılması, müstehcen veya küçük düşürücü ifadelerle birlikte kullanılması gibi çeşitli şekillerde olabilir²

Bu noktada MarKHK açısından belirtmek istediğimiz bir diğer husus da Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1³ ve 8/IV hükümlerinin karşılaştırılmasıdır:

*Arkan*⁴’a göre; ‘‘Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka’’ ile KHK 8/IV de bahsi geçen ‘‘tanınmışlık düzeyi yüksek marka’’ lar arasında fark vardır: Paris Sözleşmesindeki hüküm, bir kişiye ait olduğu herkesçe bilinen markanın, aynı veya benzer ürünler için başkası adına tescilini yasaklarken; 8/IV hükmü anlamında tanınmış markanın tescili farklı mal veya hizmetler için dahi mümkün değildir⁵. Ayrıca Paris Sözleşmesi 6.md.açısından, markanın, sözleşme hükümlerinden yararlanan bir kişiye ait olduğunun Türkiye’de o mal ya da hizmetle ilgili çevrenin büyük bir kesimince bilinmesi yeterli iken⁶; tanınmış markadan (8/IV) söz edebilmek için sadece o markayı taşıyan mal

¹ **Şenocak**, Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Korunması, s.175.

² **Şenocak**, Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Korunması, s.175.

³ MarKHK’nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibariyle mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/???BAK

⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.92.

⁵ Yrg.11.HD. T: 07/05/2002 E: 2002/1758 K:2002/4486: ‘‘Bir markanın toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş olması farklı mal ve hizmetlerde kullanılacak olsa dahi tescil başvurusuna itiraz hakkı verir.’’ **Karan / Kılıç**, s.220.

⁶ İsviçre Federal Mahkemesi ‘‘Yeni Rakı’’ markasının; İsviçre’de Paris Sözleşmesinin 6.md.sine göre korunmasının mümkün olup olmayacağına, bu markanın, İsviçre’de yaşayan Türkler tarafından tanınıp tanınmamasına bağlı olduğuna karar vermiştir. -7/4/1994 tarihli karar- : **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.93.

ve hizmetlerle ilgili çevre içinde değil, o çevre dışında mal ve hizmetlerle ilgisi olmayan kişilerce dahi bilinmesi gerekir. MarKHK ‘nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1¹ hükmü, Paris Sözleşmesine atıf yapmakta, 8/IV hükmü ise, Avrupa Birliği düzenlemeleri² üzerinden TRIPS düzenlemesini yansıtmaktadır.

MarKHK’nın 1.md.ve 6.md.lerinin işaret ettiği tescil sisteminin önemli bir istisnası Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markadır. İstisna teşkil etmesindeki özelliği, Türkiye’de tescil edilmese dahi bir markanın korunmasıdır. 8/IV md.deki hüküm ise, tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş bir markanın ulaştığı tanınmışlık düzeyi sebebiyle tescilli olduğu mal veya hizmet dışında farklı mal ve hizmetler bakımından da korunması söz konusudur.

Çolak³’a göre ise, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1⁴ md. anlamında tanınmış marka ile 8/IV md. anlamında tanınmış marka farklı şeyler olmayıp her ikisi de tanınmış markaya ilişkin hükümlerdir. 8/IV md.deki ‘‘toplumda ulaştığı tanınmışlık düzeyi’’ ibaresiyle, tanınmış markadan farklı bir durum yaratılmamış, markanın tanınmışlık düzeyine vurgu yapılmıştır⁵.

¹ MarKHK’nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibariyle mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/???BAK

² 89/104 sayılı Yönerge’nin 4/2 bendi, 40/94 sayılı Tüzüğü’nün 8/2 c bendi.

³ Çolak, Türk Marka Hukuku, s.168.

⁴ MarKHK’nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi’nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibariyle mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi’nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/???BAK

⁵ Ayrıca yazar şu Yargıtay kararlarını örnek olarak sunmuştur: Yrg.11.HD. T:06/03/2007 E: 2006/13097 K:2007/4024: ‘‘Mahkemece bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davacıya ait ASELSAN markasının Türkiye haricinde tüm Avrupa Birliği Ülkelerinde geçerli olmak üzere Topluluk Markası olarak tescil ettirildiği, davacı şirket ürünlerinin ASELSAN markası adı altında yurt içinde, Avrupa Birliği Ülkelerinde ve bir dizi diğer yabancı ülkelerde yoğun bir şekilde pazarlandığı, ASELSAN markasının 556 sayılı KHK.’nin 7/1-i ve 8/4.maddeleri anlamında tanınmış marka olduğu, yasal anlamda tanınmış markalar arasında bir tanınmışlık derecesi mevcut olmayıp, asgari sektörel tanınmışlık koşulunun sağlanması halinde, markaya tanınmış markadan kaynaklanan korunmasının verilmesi gerektiği, yasada olmayan bir olguya yer verilmek suretiyle, tanınmış markaları derecelere ve basamaklara ayırıp, sektörel tanınmış marka, sektörler üstü tanınmış marka veya Türkiye’de tanınmış marka gibi ayırımlara gitmenin doğru olmayacağı gerekçesiyle, YİDK.’nin 13.06.2005 tarihli

Karahan¹'a göre ise , Bir markanın MrKHK kapsamında korunabilmesi için tescil şartı öngörölmüş iken, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markaların bu korumadan yararlanabilmesi için tescilli olmaları şart değildir. Yani onlara *tescilsiz bir tekel hakkı* tanınmıştır. Bu markalar 8/IV deki (TRIPS 16.md.) şartlardan birinin oluşması durumunda, sadece aynı veya benzer mal ve hizmetler bakımından değil, bunlar dışında kalan mal ve hizmetler bakımından da tekel hakkına sahip olup, bunları kullanma hakkı da yalnızca tanınmış marka sahibine aittir.

Kaya²'ya göre ise, tanınmış marka ve bunun red, hükümsüzlük ve koruma sebebi olması konusunda MarKHK'nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1³, 8/IV ve 9/I hükümleri kargaşa yaratır nitelikte olup, tanınmış markanın red nedeni olma olgusunun tek maddede ve nispi red nedeni olarak düzenlenmesi gerekir⁴. Yazar, MarKHK 8.md.nin temelde, Avrupa Birliği'nin 89/104 sayılı Yönergesi ile 40/94 sayılı Tüzük ve TRIPS 16.md.ye dayanmakta olduğunu, bu kaynaktan iktibas yapılırken bunların farklı maddelerde düzenlenmesi yoluna gidilmiş olduğunu belirtmektedir.

Tanınmış marka statüsü kural olarak TPE'ye yapılacak başvuru neticesinde elde edilmektedir⁵ ancak yargılama sürecinde de⁶ markanın tanınmış marka olduğunun tesbiti

kararının iptaline, davacıya ait tescilli 5 adet markada yer alan ASELSAN markasının 556 sayılı KHK.'nin 7/1-i ve 8/4.maddeleri gereğince tanınmış marka olduğunun tespitine, ilan isteminin reddine karar verilmiştir. '' , Yrg.11.HD. T:16/11/2009 E: 2008/7475 K: 2009/11853 : '' 556 sayılı KHK'nın 7/1-i ve 8/IV maddeleri anlamında tanınmış marka olduğunun tespitine karar verilmiştir.... ''

¹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.172.

² **Kaya**, Marka Hukuku, s.118.

³ MarKHK'nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/???BAK

⁴ Aynı yönde: : **Ayoğlu**, Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, s.134; Aksi görüş: **Arslanoğlu**,M.Anıl/**Dağcı**, Aksu, ''*Tanınmış Marka*'' Legal Fikri ve Sinai Haklar Dergisi 6/2006, s.297

⁵ 5000 S.Türk Patent Enstitüsü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 13-c hükmü uyarınca; Markalar Dairesi Başkanlığı; ''İlgili mevzuat hükümlerine göre, belirli nitelikleri haiz işaret ve ibarelerin koruma altına alınması, markaların tanınmışlık düzeyleri ile ilgili esasların belirlenmesi ve uygulamaya konulması işlemlerini yapar. ''

⁶ Yrg.11.HD.T: 02/03/1999 E: 1999/1154 K: 1999/1718 : '' *markanın Türkiye'de tescilli olup, geniş ölçüde kullanıldığını ve ilanlara konu edildiği*'' ileri sürdüğüne göre, esasen asıl davada, davacı markasının ''*tanınmış marka*'' olduğu iddia edilmiş bulunmaktadır. Bu haliyle dahi, davacı markasının ''*tanınmış marka*'' olup olmadığının araştırılması zorunludur. Hal böyleyken, yargılama sırasında davacı vekili 7.10.1997 tarihli dilekçesi ile, dava konusunun, ''*davacı markasının Türkiye'de çok tanınmış bir marka olduğunun tespitine*'' yönelttiklerini ve talebi böylece ıslah ettiklerini belirterek taleplerini daraltmış olup, bunda usul kurallarına bir aykırılık bulunmadığı gibi, ilgilinin, sahip olduğu

yapılabilecektir¹. Fakat Yargıtay bazı kararlarında tam aksi yönde görüş beyan ederek, tanınmış markanın tespiti davasını kabul etmemiştir².

Doktrinde ise bu noktada farklı görüşler ortaya konmuştur. *Dirikkan*³ markanın tanınmışlığının tespitine ilişkin TPE'den talepte bulunulamayacağı gibi, TPE hasım gösterilerek bu yönde dava da açılmayacağını belirtmektedir. Keza yazar'a göre, tespit davasının konusu, davacı ile davalı arasında bir hukuki ilişkinin bulunduğu veya bulunmadığına ilişkin olabileceğinden, TPE ile davacı arasında markanın tanınmışlığına yönelik değil, ancak söz konusu kararın hukuka aykırılığına ilişkin bir hukuki ilişki bulunmaktadır. *Eyüboğlu*⁴ da aynı yönde görüş belirterek, TPE'nin tek başına

markasının, 556 sayılı KHK'nin 8/3 ve 41/1 – b maddeleri uyarınca “çok tanınmış marka” olduğunun tespiti için dava açmakta hukuki yararı bulunduğu Dairemizce benimsenmiş olması ve de böyle bir davanın TC Türk Patent Enstitüsü'ne yöneltilerek görülmesinde bir isabetsizlik olmaması karşısında, mahkemece, davacının 7.10.1997 tarihli dilekçesindeki talebi doğrultusunda inceleme yapılmak üzere işin esasına girilmesi, taraf delillerinin toplanması ve elde edilecek sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken...” Kazancı İçtihat Bankası ET: 21/04/2015.

¹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.172.

² Yrg.11.HD. T: 11.11.1996 E: 1996/7585 K: 1996/7774 “Kural olarak Türk hukukunda eda davası açılacak yerde tespit davası açılması mümkün değildir. 556 sayılı KHK'nin 7/i maddesinde tanınmış markaların başkaları tarafından marka olarak tescil edilemeyecekleri belirtilmiş olup, aynı KHK'nin 42/a bendinde tanınmış markaların başkaları tarafından marka olarak tescilinde yetkili mahkeme tarafından hükümsüz sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, bu maddelerde tanınmış markanın tesbitine karar verileceği hükmü yer almamakta, aksine tanınmış markanın üçüncü bir kişi tarafından marka olarak tescili yapıldığında bu markanın hükümsüz sayılacağına karar verileceği ve başvuru halinde marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir.” **Yasaman**, Hamdi, “Tanınmış Marka Kriterleri ve İspatı Sorunu” Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2007, s.1189 ; “Yüksek Mahkeme, markanın tanınmışlığı yönünde TPE'ye başvurulu, tescil prosedürü tamamlanmadan ve bu yönde nihai bir karar oluşmadan doğrudan açılan tespit davasında hukuki yarar bulunmadığını ifade etmiştir, bkz: Yrg.11.HD. T:04.10.2004 E:2004/49 K:2004/9168” **Yılmaz**, Alper Çağrı, s.74.; Yrg.11.HD.T:22.07.2011 E: 15033 K: 9297 “Markanın tanınmış olduğu ve bunun tespiti dava yolu ile sağlanamaz. Bir markanın tanınmışlığı Türk Patent Enstitüsüne aittir” **Eriş**, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 2013, s. 1518.

³ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.155.

⁴ **Eyüboğlu**, Samiye, “Tanınmış Marka” Ankara Barosu FMR, Y.1, C.I, S.2001/2, s.109, Yazar, Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı Yönetim Birimleri Toplantısında ortak karar alınarak A/34/13 nolu döküman olarak taraf ülkelerce benimsenen metindeki “taraf ülkelerin idari ya da yargı açısından yetkili kuruluşlarının, herhangi bir markanın tanınmış marka olmasına karar verirken” şeklindeki ibareden, Türkiye açısından idari makam olarak TPE ve yargı açısından yetkili makam olarak mahkemelere ait olduğu sonucu çıkarılacağını belirtmiş, yukarıda belirttiğimiz yönde görüş beyan etmiş ve bir karar örneği sunmuştur: Yrg.11.HD. T: 11.11.1996 E: 7585 K: 7774 “Kural olarak Türk hukukunda eda davası açılacak yerde tespit davasının açılması mümkün değildir. 556 sayılı KHK'nin 7/i maddesinde tanınmış markaların başkaları tarafından marka olarak tescil edilemeyecekleri belirtilmiş olup, aynı KHK'nin 42/a bendinde tanınmış markaların başkaları tarafından marka olarak tescilinde yetkili mahkeme tarafından hükümsüz sayılmasına karar verileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, bu maddelerde tanınmış markanın tespitine karar verileceği hükmü yer almamakta aksine tanınmış markanın üçüncü bir kişi tarafından marka olarak tescili yapıldığında bu markanın hükümsüz sayılacağına karar verileceği ve başvuru halinde marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir.” Sonucuna varan yerel mahkeme kararı onanmıştır.

tanınmışlığın tespiti yönünde gelen talepleri inceleme konusu yapamayacağından bahisle mahkemelerce de aynı durumun benimsenerek tanınmışlığın tespiti ile TPE hasım gösterilerek veyahut hasımsız şekilde açılan davanın dinlenilmemesi gerektiğini belirtmiştir. *Yasaman*¹'a göre ise, markanın tanınmışlığının tespiti davasının hasımsız olarak açılabilmesinin kabulü gerekir. Keza, markasının farklı mal ve hizmetlerde de kullanılmasını istemeyen marka sahibi, markasının tanınmış olduğunu tespit ettirmek suretiyle rakiplerine karşı konumunu sağlamlaştırmak isteyebilir veya markasının tanınmış olduğunu iddia eden bir kişinin TPE'ye karşı markasının listeye dahil edilmesini talep ederek dava açmasında hukuki yararı olabilir².

iii. Dünya Markası

“*Dünya markası*” ile “*tanınmış marka*” kavramları farklı kavramlardır³. Dünya markası diye anılan markalar, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalardan farklı olup, dünya çapında satılan veya fiilen satışı yapılmasa dahi bu ülkelerde de bilinen, Coca Cola, Mercedes, Ford gibi markalardır⁴. Dünya markaları somut bir mal veya mal grubu ile özdeşleşmiş⁵ o mal veya hizmetin tüketicisi olunmasa dahi bilinen markalardır⁶. Yani, bir markanın tanınmış marka olması tüm dünyada tanınmış olması gerekli olmayıp⁷, dünya markaları, o markanın konulduğu ürün veya hizmetle ilgisi olsun veya

¹ **Yasaman**, Tanınmış Marka Kriterleri, s.1189

² “*Uygulamada ‘Markanın Tanınmışlığı’ iki yolla tespit ettirilebilir veya hüküm altına aldırılabilir. Bunlardan bir tanesi yargı yoluna gitmeden TPE aracılığı ile markanın tanınmış marka statüsüne sahip olduğunun tespiti diğeri ise bağımsız yargı aracılığı ile bir dava içerisinde markanın tanınmışlığını tartışarak mahkemenin markanın tanınmışlığını karara bağlaması yöntemidir*” **Arslanoğlu/Dağcı**, s.299.

³ **Kayıhan**, Şaban, “*Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka*” Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VII, S.1-2, s.423.

⁴ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.46.

⁵ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.41.

⁶ Bir dünya markası olan “*Nike*” ‘in konu olduğu İsviçre Federal Mahkemesi kararı ve durumun Türk hukuku açısından incelendiği bir çalışmada, “*Nike*” ‘in, tanınmış marka olduğu gerek İsviçre gerekse Türk hukuku bakımından isabetli bir şekilde belirtilmektedir. Keza, belirtildiği üzere, markanın , sadece spor yapanlar tarafından değil, seyircisinin de markayı tanıdığı, her spor mağazasında bulunan ve aranan ürün olduğu , ünü medya araçları sayesinde toplumun her kesimine ulaştığı, tüm bu sebeplerle tanınmışlık düzeyi yüksek bir marka olduğu belirtilmiştir. : **Nomer**, N.Fusun, “*Tanınmış Marka : Nike (İsviçre Federal mahkemesi’nin 24 Mart 1998 tarihli kararı)*” Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65.Yaş günü Armağanı İstanbul, 1999, s. 485 vd.

⁷ **Karahan**, Marka Şekilleri, s.161.

olmasının büyük kitleler tarafından tanınır ve bu marka doğrudan insanın aklına gelerek çağrışımında bulundurulur.¹.

Dünya markaları², Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markaların, birliğe üye devletlerden birinde tescil ve/veya tanınmışlık şartına bağlandığı için tanınmış markalarla özdeş değildir³. Tanınmışlık derecesine göre markalar arasında bir sınıflandırma yapılacak olursa dünya markası tüm diğerleri için bir üst kavram niteliğindedir. Paris Sözleşmesi kapsamındaki tanınmış markaların, dünya çapında tanınmış marka olması gerekmez⁴, dünya markaları, mutlak şekilde Paris Sözleşmesi kapsamında değerlendirilirler⁵. Keza Türk doktrininde de Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka, dünyaca tanınmış marka olarak anlaşılmamaktadır aksi halde Paris Sözleşmesinin yalnızca dünyaca tanınmış markalara tatbiki sonucu ortaya çıkar ki bu da elbette doğru değildir⁶. Ayrıca doktrinde, tanınmış markaların sadece aynı tür mal ve hizmetler için korunması kısıtlanmasından kurtulmak ve tescil sınıflarından müstesna bir koruma sağlamak suretiyle korumayı yayabilmek için, bazı markaların yararına olmak üzere geleneksel kural terk edilerek yeni bir marka kategorisi oluşturulmasının yararlı olacağı belirtilmiştir⁷.

b. Tanınmış Marka Kriterleri

Tanınmış markanın mevzuatta tanımı yapılmadığı gibi, nasıl ve hangi kriterlere göre tespit edileceği hususu da tartışma konusudur. Keza tanınmışlık değişken bir olgu⁸

¹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.253.

² Dünya markası olarak nitelendirilebilecek en önemli örneklerden biri olan ‘‘Coca Cola’’nın konu olduğu bir Yargıtay Kararı’nın incelendiği 1963 tarihli bir çalışmada, Yurt dışında bir çok ülkede ve Türkiye’de tescilli ‘‘Coca Cola’’ markasına rağmen Türkiye’de ‘‘Kola Kola’’ markası her nasılsa tescil edilmiş ve kullanılmıştır. Yargıtay, bu iki marka arasında iltibas olduğundan bahisle kanaatimizce de isabetli bir şekilde ‘‘Kola Kola’’ markasının iptaline karar vermiştir. : **Ansay**,Tuğrul, Yabancı Markaların Türkiye’de Himayesi (Bir Yargıtay Kararı Dolayısıyla) Batıder C.2 S.2 Y.1963 s.270 vd.

³ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.47.

⁴ **Arkan**, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, s.8.

⁵ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.93.

⁶ **Yasaman**, Hamdi, ‘‘Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar’’, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Yıl: 1, Sayı: 1, s.300.

⁷ **Kayihan**, Tanınmış Marka s.437 : yazar devamında, bu durumda üç tür markanın var olacağına dikkat çekmektedir.: 1- Tescille korunan normal markalar 2- Paris Sözleşmesi’ne göre aynı veya benzer ürünler için korunan tanınmış markalar 3- Nice sınıflandırmasının tüm mal ve hizmetleri için korunan meşhur markalar.

⁸ **Çolak**, Marka Hukuku, 176.

olduğu ve belli kalıplara sokmaya çalışmak doğru olmayacağından, her somut olaya göre incelenmesi gereken bazı kriterler ortaya konulmuştur.

i. WIPO Kriterleri

WIPO’nun bağlayıcı olmayan, öneri niteliğindeki tanınmışlık kriterleri řunlardır¹:

- Markanın ilgili sektörde halk tarafından bilinme derecesi,
- Markanın kullanımında geçen süre,
- Markanın kullanıldığı coğrafı alan genişliği,
- Yapılan tanıtımların halk tarafından bilinirlik derecesi ve bu reklam ya da tanıtımların ulaştığı coğrafı alan genişliği,
- Markanın tescilli olarak kullanımında geçen süre
- Markanın rakipler tarafından bilinme derecesi ve rekabetteki yeri,
- Markaya bağlı değerler.

ii. TPE’nin Kriterleri

TPE’nin, WIPO’ya nazaran daha detaylı bir şekilde düzenlediği kriterler şöyle sıralanabilir²:

- Markanın tescil ve kullanım süresinin eskiliği,
- Markanın tescilinin ve kullanımının yayıldığı coğrafı alan ve kapsam,

¹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.171; Ayrıca WIPO kriterlerine dair ayrıntı için bkz: **Oytaç**, Tanınmış, s.97; **olak**, Tanınmış Markalar, s.23 vd.; **Eyüboğlu**, s.108; **Yasaman**, Tanınmış Marka Kriterleri, s.1189.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.171; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz: **Yasaman**, Tanınmış Marka Kriterleri, s.1189.

- Markanın üzerinde kullanıldığı mal ve/veya hizmetin piyasada yaygınlığı, pazar payı, yıllık satış miktarı,
- Markaya ilişkin reklam, promosyon, diğer tanıtım çalışmaları ve bunların kapsamı,
- Marka sahibi firmanın ve ürün veya hizmetin özellikleri ve kapsamı,
- Marka ile ürün veya hizmet ilişkisi,
- Markanın tanınmışlığından ötürü, bu niteliğe yönelik tecavüz fiilleri ve buna karşı marka sahibince yürütülen faaliyetler ve davalar,
- Markanın güçlü işaret niteliği.

TPE, yapacağı tanınmışlık değerlendirmesinde, markanın tanınmışlığına ilişkin delilleri ve kendi kriterlerini uygulayarak bir sonuca ulaşacaktır. Fakat özellikle MarKHK 8/IV md. açısından TPE'nin, marka tanınmış markadır veya değildir şeklinde tek seçenekli bir sonuca yönelmekten, somut olaya ilişkin problemi çözmek yani tescili istenen söz konusu markanın, mal ya da hizmet kapsamı itibariyle önceki markanın tanınmışlık düzeyinden haksız yararlanma ya da itibarına zarar verme riski olup olmadığının saptanması yönünde olmalıdır¹.

iii. Yüksek Mahkeme'nin Yaklaşımı

Tanınmış markanın mevzuatta tanımı yapılmamış olduğundan Yargıtay tarafından da , tanınmış markanın özelliklerinden yola çıkılarak tanımı yapılmış ve özellikleri ortaya konulmuştur²:

Yrg.11.HD. T: 13/03/1998 E: 1997/5647 K:1997/1704³

¹ **Battal**, Ahmet, ''Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Bazı Düşünceler'' Batıder, C.XXV, S.4, Y.2009, s.255.

² Ayrıca bkz: **Kayıhan**, Tanınmış Marka, s.426.

³ **Kaya**, Marka Hukuku, s.120.

“Tanınmış marka, bir şahsa veya teşebüse sıkı bir şekilde marufiyet, garanti, kalite, kuvvetli reklam, yaygın bir dağıtım sistemine bağlı, müşteri, akraba, dost, düşman ayrımı yapılmadan, coğrafi sınır, kültür, yaş farkı, gözetilmeksizin aynı çevredeki insanlar tarafından refleks halinde ortaya çıkan bir çağrışımdır”

Yrg.11.HD. T: 26/02/2004 E: 2003/7150 K:2004 1792¹

“ ... Tanınmış markanın korunması esasını getiren Paris Sözleşmesi ve Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşmasında tanınmış markanın tanımı yapılmamıştır. Bu kavram Türk Markalar Mevzuatında ve yabancı kanunlarda da tarif edilmemiş olup, mahkeme içtihatlarına ve öğretiyeye bırakılmıştır. Buna göre, tanınmış markanın tespiti konusunda çeşitli kriterler geliştirilmiştir. Bu nedenle markanın promosyon sonucunda kazanılan herkesçe bilinme durumunun dikkate alınması, toplumun önemli bir kesiminde belirli bir mal ve hizmete ilişkin olarak gerekli çağrışımı yapabilmesi, en azından o markanın kullanıldığı emtiaları tüketen orta düzeydeki alıcılar açısından tanınması, emtia söylendiğinde akla o markanın gelmesi, ait olduğu sektörde iyi bilinen ve geniş dağıtım, pazarlama ağına sahip olması gibi özellikleri taşıması gerekmektedir.”

Tanınmış markanın nasıl belirleneceği, bir markanın hangi kriterler üzerinden değerlendirilerek tanınmış marka olarak kabul edileceği hususu net olmamakla birlikte, Yargıtay, bazı kararlarında bilirkişi incelemesi yapılmaksızın mahkeme tarafından değerlendirileceğine, bazı kararlarında ise somut olayda tanınmışlığın bilirkişi marifetiyle incelenmesi gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir². Bu açıdan, marka hukuku anlamında ülkemizde yapılan bilirkişi uygulamalarına getirilen doktrinel bir eleştiri³, tanınmışlığın, bir markanın toplumun ilgili kesimince bilinme oranı ile ilgili olduğundan incelemenin bu sektördeki kimselere yaptırılması gerekirken, hukuk ve iktisat fakültelerinden ve bazen sektörden bir uzmanın dahil olduğu , tanınmışlığa ilişkin anketler yapılmaksızın, meslek örgütlerinden görüş alınmaksızın hazırlanan ve bu nedenlerle çoğu zaman yüzeysel kalan bilirkişi incelemeleri ortaya çıkması noktasında olmaktadır.

¹ Kazancı İçtihat Bankası, ET: 21/04/2015.

² Çolak, Türk Marka Hukuku, s.173.

³ Çolak, Türk Marka Hukuku, s.174,175.

Tanınmışlığın aranacağı çevreye ilişkin bazı Yargıtay kararlarında, Türkiye’de tanınmışlığı aramamış, markanın çok sayıda ülkede tescilli olmasını yeterli kabul etmiştir¹:

Yrg.11.HD. T: 03/07/2000 E: 2000/5331 K: 2000/6265²

“...davacı, markasının yüzden fazla yabancı ülkede tescilli olduğunun ve tanınmışlık düzeyine eriştiğinin kabulü gerekmektedir.”

Yrg.11.HD. T: 06/07/1998 E: 1998/1738 K:1998/5146³

“Birçok ülkede tescilli bulunan, hele somut olayda Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunması gerekmesine, davalının (parfüm) konusunda uzman bir kuruluş olup dünyadaki parfüm buluşları, gelişmelerini, ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu, basiretli tacir olmanın zorunlu sonucudur. O halde, aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bu markayı bilmediği ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, MK’nun 2.maddesine göre mümkün görülmemiştir.”

Yrg.11.HD. T:19/04/2002 E: 2001/9903 K:2002/3699^{4,5}

“...birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Dünya Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunması gerekir...”

Yrg.11.HD. T: 25.09.2001 E: 2001/6204 K: 2001/7162⁶

¹ Yargıtay’ın bu yöndeki görüşü, doktrinde de haklı bulunmuş, bir markanın tescil sayısının çokluğunun, markanın kullanıldığı pazar sayısının fazlalığına ve ekonomik değerinin büyüklüğünün göstergesi olduğu belirtilmiştir: **Ayoğlu**, Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, s.129.

² **Oytaç**, Tanınmış Markalar, s.101.

³ Yasaman, Marka Hukuku, s. 271.

⁴ Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 21/04/2015.

⁵ **Yasaman**, bu Yargıtay kararını incelediği çalışmasında, bir markanın birden çok ülkede tescilli olmasının, eğer bu tesciller göstermelik değilse ve malın o ülkelerde satıldığı ve kitlelere ulaştığı, markanın belli bir kitleye hitap ettiği ve tanındığını gösterdiğini, bir markanın birden çok ülkede masraflar yapılarak tescil edilmesi, piyasaya çıkarılması, ve reklam yapılması markanın ününü genişlettiğini, tüm bunların markanın tanınmışlığının tespitinde önemli göstergeler oluşturduğunu fakat tescillerin fazlalığının tek başına bir markanın tanınmışlığının tespitinde tek başına rol oynamayacağı, tanınmışlığın tespitinde öngörülen diğer kriterlerden de yararlanılması gerektiğine vurgu yapmaktadır: **Yasaman**, ‘Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11.HD.’nin Kararı Üzerine Düşünceler’’ Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y.1 S.2 s.151 vd.

⁶ **Orhan**, Ali, Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka, Ankara, 2007, s.69.

“Bir markanın bir çok ülkede tescil edilmiş olması o markanın tanınmış marka olduğuna karine teşkil etmektedir. Bunun aksi, bu hususu iddia eden kimse tarafından ispatlanmalıdır.”

Yargıtay’ın bu yöndeki görüşü, doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir¹. Tanınmış marka statüsü açısından, markanın koruma talep edilen ülkede tescilli olması, hatta kullanılması, pazarlanması, üretilmesi gerekli olmadığı gibi, markanın başka ülkelerde tanınmışlığı veya tescil edilmesi de tanınmışlık için yeterli değildir². Asıl olan, markanın, Türkiye’deki ilgili toplumsal çevrelerce yaygın biçimde biliniyor olmasıdır³. Yani bir markanın çeşitli ülkelerde tescilli olması Türkiye’deki tanınmışlığını kanıtlamayacaktır⁴. Yurtdışında tescilli fakat Türkiye’de bilinmeyen bir marka Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka olarak kabul edilemez fakat sadece Türkiye’de tanınan bir marka tanınmış olarak kabul edilebilir⁵. Bir markanın sayıca birçok ülkede tescilli olmasına bağlı olarak tanınmışlık atfetmek doğru değildir⁶. Çünkü her ülkenin tescil süreci aynı değildir. Ayrıca marka hakkı tescilin yanı sıra kullanım yoluyla da oluşabilir. Diğer yandan ise tescilin varlığı tek başına markanın ünlenmesine kanıt oluşturmaz⁷.

¹ Markanın tanınmış sayılabilmesi için Türkiye’de tanınmış olması gerekip gerekmediği hususunda doktrindeki ağırlıklı görüş, markanın Türkiye’de tanınmış olması gerektiği yönündedir: **Dirikkan**, s.58; **Oytaç**, Tanınmış Markalar, s.91; **Kayihan**, Tanınmış Marka, s.441; **Ocak**, Nazmi, Markalarda “Tescilin Sağladığı Hukuki Korumanın Kapsamı”, Prof.Dr.Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s.284; **Kendigelen**, Abuzer, “Marka Hakkının Korunması-Yerli/Yabancı Marka” Hukuki Mütalaâlar, C.III, İstanbul, 2001, s.205; **Karahan**, Marufiyet, s.20.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.171.

³ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.58; **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.172.

⁴ **Kayihan**, Tanınmış Marka, s.441; **Arkan**, Sabih, “556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 8/III Maddesi İle İlgili Bir İnceleme”, Batıder, Y.2002, C.21, S.4, s.101: yazar burada bir Yrg.HGK kararı (T:27/02/2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115) münasebetiyle yaptığı incelemede, Yargıtay’ın “söz konusu markanın Paris Sözleşmesine taraf bir çok ülkede tescil ettirilmiş olduğu” bahsetmesine karşın, bu durumun, söz konusu markanın tanınmış marka olduğunu göstermeye yetmeyeceğini, keza bir markanın Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka olarak kabul edilip, Türkiye’de tescilsiz korunabilmesi için bu markanın Türkiye’de de herkes tarafından bilinmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır.

⁵ **Kayihan**, Tanınmış Marka, s.427.

⁶ Yrg.11.HD’nin aynı yönde verdiği bir kararı (T: 8/6/2000 E: 2000/ 4138 K: 2000/5287) konu alan bir çalışmada da, markanın yüzden fazla ülkede dahi tescilli oluşunun başka kriterler aramaksızın tek başına, tanınmış marka olduğu ve dolayısıyla bu korumadan yararlanacağı anlamına gelmeyeceği, ayrıca 8/IV hükmü uygulanması için markanın yalnızca alıcı kitlesi tarafından bilinmesi değil, toplumun büyük bir kesimi tarafından belli bir mal veya hizmetle bağlantılı içinde algılanması olduğu, isabetli bir şekilde belirtilmiştir.: **Dural**, Ali, “Yargıtay 11 Hukuk Dairesinin, Tanınmış Markalara İlişkin 8.6.2000 tarihli Kararı Hakkında Düşünceler”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, GÜHFD Ocak 2002 Y.1 S.1 , 857 vd.

⁷ **Oytaç**, Tanınmış Markalar, s.101.

Buna karşın Yargıtay'ın , tanınmışlığın ayrıca araştırılması gerekliliğine vurgu yaptığı kararları da mevcuttur:

Yrg.11.HD. T: 2/3/1999 E: 1999/1154 K:1999/1718¹

“...davacının L&M markasının, sigaralar üzerinde Türkiye’de ve bütün dünyada bilinmekte olup, bu sigaraların Avrupa’da, Orta Doğu’da ve başka kıtalardaki en az 50 ülkede satılmakta olduğunu, markanın Türkiye’de tescilli olup, geniş ölçüde kullanıldığını ve ilanlara konu edildiği ileri sürdüğüne göre, esasen asıl davada, davacının markasının ‘tanınmış marka’ olduğu iddia edilmiş bulunmaktadır. Bu haliyle dahi, davacı markasının ‘tanınmış marka’ olup olmadığının araştırılması zorunludur.”

Doktrinde bazı yazarlar ise, bir markanın tanınmış olarak kabul edilmesi için Türkiye’de kullanılmış ya da tanınmış olması gerekmediğini savunmaktadırlar².

iv. Doktrinde Önerilen Kriterler

Gerek uluslararası gerekse ulusal bağlamda belirlenen bazı kriterlerin yanında, doktrincede önerilen ve her somut olayda incelenmesi ve irdelenmesi gereken bazı kriterler ileri sürülmüştür:

Çolak³’ın önerdiği kriterler, markanın ihdas ve tescil tarihi ile kullanımının eskiliği, lisans veya franchise yoluyla açılan mağaza sayısı, şube sayısı, web sitesinin internette günlük ortalama ziyaretçi sayısı, internette arama motorlarında aranma sıklığı ve sayısı şeklinde sıralanabilir.

¹ Oytaç, Tanınmış Markalar, s.101.

² Yasaman, Marka Hukuku, s.272; Çolak, Tanınmış Markalar, s.23 vd; Arkan, Yabancı Markaların Türkiye’de Korunması, s.8.; Ayoglu, Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, s.117, Ayrıca yazar, markanın tanınmış olarak değerlendirilmesi noktasında Türkiye’de tanınmış olması gerektiği yönündeki ağırlıklı görüşü kabul etmenin, Türkiye’de fiilen faaliyette bulunmayan işletmelere ait markaların Paris Sözleşmesi kapsamında korunmasının mümkün olmayacağını oysa, Paris Sözleşmesinin amacının, başkasının emeğinden haksız yararlanmanın önlenmesi çerçevesinde, sözleşmeye taraf olan ülkelerde tanınmış olan markaların, sözleşmeye taraf diğer ülkelerde de korunmasının sağlamak olduğunu ve bu yönde bir yaklaşımın Sözleşmenin amacına ters düştüğünü belirtmektedir.

³ Çolak, Türk Marka Hukuku, s.182 vd.

*Ergün*¹'nün önerdiği kriterler ise; markanın tescil ülkesi ve süresi, markanın tanıtımı, markayı kullanma, mülklik kuralı, markanın mali değeri, kalitesi, köken gösterme fonksiyonu, orijinallliği, korunma koşulları ve potansiyel müşterileri.

c. Tanınmış Markanın Korunması

i. Tescil Engeli Olarak Koruma

MarKHK'nın Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1² hükmüne göre, sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1. mük. 6.md.sine göre tanınmış markaların aynısı veya benzerleri için Türkiye'de tescil talep edilmesi durumunda talep, TPE tarafından yapılan resen inceleme neticesinde reddedilecektir. Tanınmış markanın, bir tescil engeli olarak korunması için, tanınmış markanın Türkiye'de herhangi sınıf için tescilli olması şart değildir³.

Markaların korunması kural olarak, sınıf esasına⁴ (MarKHK 24.md, MarKHK Yön.11.md) göre, tescil edildiği sınıfta korunmakla birlikte MarKHK 8/IV md. uyarınca, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış markalar bu sınıf sisteminden müstesna bir şekilde korunmaktadırlar⁵. Bu durum bir tescil engeli olarak düzenlenmekle, tanınmış

¹ **Ergün**, Mevci, Tanınmış Markalar, Bursa, 2000, s.6 vd.

² MarKHK'nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/??BAK

³ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.171.

⁴ **Ocak**, markanın sahibine sağladığı hakkın kapsamı ve sınırlarına ilişkin, tecavüzlere karşı tüm mal ve hizmetler için korunmanın söz konusu olduğu mutlak koruma sistemi ve marka sahibinin markasının aynısı veya alıcıların karıştırmalarına neden olacak şekilde benzerinin ancak belirli mal ve hizmet için korunmasının söz konusu olduğu sınırlı koruma sistemi olmak üzere iki sistemin olduğunu, sınırlı koruma sisteminin de emtia sistemi ve emtia sınıfı sistemi olarak kendi içinde ikiye ayrıldığını, MarKHK'nın da emtia sınıfı sistemini kabul ettiği ve tanınmış markalarında bu sisteme istisna teşkil ettiğini belirtmektedir. **Ocak**, s.269.

⁵ *"Toplumda tanınmışlık düzeyine erişmiş markaların farklı ürünler ve hizmetler için de kullanılmaması veya kullanımının engellenebilmesi için, şu koşullar aranmaktadır: eğer bu çeşit bir markayı farklı sınıflarda kullanan kişi, markanın tanınmışlığından haksız bir yarar sağlıyorsa, tanınmış markanın aynısının veya benzerinin farklı ürünlerde ve hizmetlerde kullanılması, tanınmış markanın itibarına bir zarar veriyorsa, söz konusu kullanım, tanınmış markanın ayırt edicilik karakterine zarar veriyor, ayırt ediciliğini bozuyorsa."* **Güneş**, İlhami, "Marka Tescilinin Rolü" Terazı Hukuk Dergisi, Şubat 2010 S.42.

marka sahibine hem tescil prosedüründe itiraz etme hem de hükümsüzlük davası açma hakkı tanımaktadır.

MarKHK 7/I-1 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi kanaatimizce, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markaların bir mutlak red nedeni olması özelliğini etkilemeyecektir. Keza tanınmış markanın bu niteliği bu alanda taraf olduğumuz uluslararası düzenleme olan Paris Sözleşmesine dayanmaktadır. Dolayısıyla bu durum uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu düzenleyen, Anayasa 90.md.hükmü uyarınca iç hukukumuzda doğrudan etki gösterecektir.

ii. Hükümsüzlük Sebebi Olarak Koruma

Tanınmış markalara ilişkin hükümler, MarKHK'nın red nedenleri¹ kısmında düzenlenmiş olup, tescil prosedüründe TPE tarafından niteliğine göre resen veya itiraz üzerine TPE tarafından incelenecektir. Yapılan incelemeye rağmen markanın, her nasılsa tescil edilmesi durumunda, MarKHK 42.md. gereği hükümsüzlüğü talep edilebilecektir.

MarKHK 42/I-a md. uyarınca tanınmış markalara ilişkin davanın tescilden itibaren beş yıl içinde açılması gerekmektedir. Kötüniyetin varlığı halinde ise terkin talebi süreye bağlı değildir. Kişinin bilmesi veya bilmesi gerektiği şeyi bilmemesi kötüniyetin varlığı için yeterli olup, kişinin kendisine has özelliklerinden kaynaklanan subjektif unsurlar dikkate alınmaz².

iii. Tecavüz Halinde Koruma

MarKHK'nın "*Marka tescilinden doğan hakların kapsamı*" başlıklı 9.maddesinde göre, "*...tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın*

¹ MarKHK'nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/ iv.Anayasa Mahkemesinin, MarKHK'nın 7/I-1 Hükmünün İptaline İlişkin Kararı.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.170.

kapsamına giren mal ve/veya hizmetlerle benzer olmayan, ancak Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle tescilli markanın itibarından dolayı haksız bir yarar elde edecek veya tescilli markanın itibarına zarar verecek veya tescilli markanın ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin kullanılması..’’ marka sahibinin önlenmesini isteyebileceği fiillerdendir.

Bu noktada şu hususa dikkat çekmek isteriz. Maddede tescilli tanınmış markalara yönelik bir korumadan bahsetmektedir. Bu bakımdan koruma için tescil engeli ve hükümsüzlük sebebi olarak korunmasından farklı şekilde tescil şartı öngörülmüştür. Dolayısıyla tescilsiz tanınmış markalara MarKHK kapsamında tecavüz mümkün olmayacaktır. Diğer bir deyişle, bu hüküm kapsamındaki korumadan yararlanabilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şartı aranmaktadır. Bu durumun sonucu olarak da bu hükmün Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markadan çok, 8/IV de düzenlenen, Türkiye’de tescilli ve ulaştığı tanınmışlık düzeyi sebebiyle bu tür tecavüzlere maruz kalan markalar için öngörülmüştür¹.

iv. Anayasa Mahkemesi’nin; MarKHK’nın 7/I-ı hükmünün İptaline İlişkin Kararı²

İhtisas Mahkemesi’nin İtiraz gerekçesi: Ankara 3. Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi, MarKHK’nın 7/I-ı hükmünün Anayasa’nın 2., 5., 35., 48., ve 91. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ve iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. İhtisas mahkemesi itirazın gerekçesinde öncelikle ilgili hükmün hukuki niteliğine değinmiş ve Paris Sözleşmesi’nin 1. mük.6.md.sinden hareketle *tanınmış markaya* ilişkin değerlendirmelerde bulunmuştur. Sonrasında MarKHK’nın tanınmış markaya ilişkin 7/I-ı ve 8/IV hükümlerinin, Paris Sözleşmesi 1.mük.6.md.si ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRIPs) Anlaşması’nın 16.md.si ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğine değinmiştir. Mahkeme, MarKHK’nın ilgili hükümlerin düzenlenme biçimini eleştirmiş, bunların temelde üç noktada Anayasaya aykırı olduğunu

¹ Yani 8/IV md.deki sulandırma hallerinden birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir: **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.172.

² T: 27.05.2015 E: 2015/33 K: 2015/50 RG: 2.6.2015-29374 : <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>

belirtmiştir: *“Bunlar, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların, kanun yerine bir Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmış olması; marka hakkının doğumu, sınırlandırılması ve korunması hususlarıyla ilişkili nisbi nedenlerin, mutlak red nedeni olarak düzenlenmesi suretiyle, hukuk devleti ilkesine aykırılık yapılması ile çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkelerine aykırılıktır.”* Sonuç olarak MarKHK 7/I-i hükmünün bu ilkelere tamamen aykırı olduğu, nisbi red nedeni olması gereken bir hususun mutlak red nedeni olarak öngörülmesinin amaca uygun, tüm marka başvurularına eşit ve adaletli şekilde uygulanabilir bir düzenleme olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. 7/I-i hükmünün kamusal hiçbir yönü olmamasına rağmen mutlak red nedenleri arasında düzenlenmesinin doğru olmadığı, önceki tanınmış marka sahiplerinin itiraz üzerine verilmesi gereken bir korumanın oldukça geniş ve amacı aşar şekilde sağlanması anlamını taşıdığı belirtilmiştir. Mahkemeye göre, uygulamada bir başvurunun 7/I-i engeline takılıp takılmayacağını incelemeyi yapan görevlinin subjektif değerlendirme ve tutumuna bağlı olarak gerçekleşmesinin marka hakkının elde edilmesi sürecinde hakkın özünü zedeleyen, kişi hak ve özgürlüklerine müdahaleyi aşan bir sınırlama zemini oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesi: Anayasa Mahkemesi öncelikle Anayasa’nın ilgili hükümlerine dikkat çekmiştir. Anayasamızın 91.md. uyarınca, *“..sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişilik hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez”* Anayasanın 35.md.sine göre, *“herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”* Bu hükümlerin sonucunda, mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması mümkün değildir. Mülkiyet hakkının konusunu maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Fikri sinai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında bulunmaktadır. Marka hakkı ise, fikri sinai haklar kapsamındadır. Dolayısıyla itiraz konusu, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkına ilişkin olup, Anayasanın 91.md.sine aykırıdır, iptali gerekir.

Kararın Değerlendirilmesi: Anayasa Mahkemesi, MarKHK'nın diğer maddelerine ilişkin daha önceki iptal kararlarında olduğu gibi¹ marka hakkını mülkiyet hakkı olarak nitelendirmiş ve mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilceğini vurgulamıştır. Mülkiyet hakkını kanun hükmünde kararname ile sınırlandırmanın 91.md.ye aykırı olduğundan bahisle MarKHK 7/I-1 hükmünü iptal etmiştir.

Anayasa mahkemesinin bu yaklaşımı ve gerekçesi temelde doğrudur. Bir başka deyişle mülkiyet hakkının ancak kanunla sınırlandırılabilceği yaklaşımı noktasında bir beis yoktur. Fakat kanaatimizce bu husus, yalnızca bu yönden değerlendirilmemelidir. Bu açıdan birkaç noktaya temas etmek gerekmektedir.

İlk olarak, marka hakkını tipik anlamda mülkiyet hakkı olarak nitelendirmekten ziyade, kendine özgü özellikleri olan bir hak olarak nitelendirdiğimizi yukarıda belirtmiştik². Fakat bu durum marka hakkının kanun hükmünde kararname ile sınırlandırılabilceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir deyişle marka hakkı da ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Markaların korunması hakkındaki yürürlükteki özel düzenleme MarKHK'dır. MarKHK'da, yalnız itiraz sebebi 7/I-1 hükmü değil, başta red nedenleri, hükümsüzlük halleri, sona erme sebepleri gibi, marka hakkını kısıtlayıcı birçok hüküm bulunmaktadır. Keza ülkemizde markaların korunması hakkındaki yegane düzenleme MarKHK dır. MarKHK'nın varlığı elbette genel hükümlerin uygulanmasına engel değildir. Hatta bazı durumda bu özel düzenlemenin varlığına rağmen genel hükümlere başvurmak kaçınılmaz olmaktadır. MarKHK, 551 sayılı mülga Markalar Kanunu'nun yürürlükten kaldırılmasıyla, yeni kanun yürürlüğe girene kadarki dönemde ihtiyacı karşılayacağı düşüncesiyle yapılan bir düzenlemedir. Eleştiriye açık birçok hüküm bulunmasına rağmen, gerek yargı içtihatları gerekse doktrin tarafından oluşturulan bazı yaklaşımların da sayesinde yıllardır bu alandaki mevzuat eksikliğini karşılamaktadır.

Markanın uluslararası niteliği gereği marka hukuku alanındaki düzenlemeler genelde bu konudaki uluslararası düzenlemelerin ulusal hukuklara yansıtılması şeklinde

¹ MarKHK 16/5, 42/I-c .

² Bkz: Aynı Bölüm/II.Marka Hakkı

kendini göstermektedir. MarKHK hazırlanmasında da bu alandaki uluslararası düzenlemelerden yararlanılmıştır. MarKHK büyük oranda, Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasının eki olan TRIPS ve Topluluk Markası ile ilgili 40/94 sayılı AT Tüzüğü'ne dayanmaktadır¹.

Tanınmış markanın; MarKHK daki düzenlenme şekline baktığımızda hem mutlak hem nispi red nedeni olarak yer aldığını görmekteyiz². 7.md., gerek marka başvurularında gerekse söz konusu markaların konu olduğu yargısal aşamalarda resen incelenecek mutlak red nedenlerini düzenlemiştir. Aynı zamanda hükümsüzlük sebebi olan 7/I-1 hükmünün atıf yaptığı Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6. md.hükmü şöyledir:

“Birlik üyeleri tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından, söz konusu ülkede bu antlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu veya benzeri ürünlerde kullanıldığı herkesçe bilindiği mütaalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek ülke mevzuatı müsait olduğu takdirde doğrudan doğruya, gerekse ilgilinin isteği üzerine red veya hükümsüz kılmayı taahhüt ederler. Herkesçe bilinen bir markanın esas unsurunun çoğaltılması veya bunlarla bir karışıklık doğurabilecek bir taklitten ibaret olursa, durum yukarıdakinin aynısıdır.”

Paris Sözleşmesi'nin yukarıdaki hükmü, Sözleşmeye üye devletlerden birindeki bir şahsa ait olan bir markanın veya karışıklığa meydan verecek surette benzerinin tescil edilmemesi, tescil edilmesi halinde ise hükümsüz kılınması yönünde bir düzenleme içermektedir. Fakat, dikkat çekmek isteriz ki buradaki *“gerek...doğrudan doğruya gerekse ilgilinin isteği üzerine”* şeklindeki ifadenin ülkeler açısından bir ihtiyarilik olarak değil, durumun hem resen hem itiraz üzerine incelenecek, marka tescil edilmiş olsa dahi hükümsüzlük yoluna gidilebilecek olması şeklinde anlaşılmalıdır.

MarKHK 7/I-1 hükmü, Paris Sözleşmesine atıfta bulunmaktadır. Fakat bu atıf bulunmasa idi ve hatta –Anayasa Mahkemesi'nin bu hükmü iptali ile oluşan durumda

¹ Arkan, Sabih, Marka Hukuku, C.I., s.23

² Hükümler arasındaki farklılık ve tanınmış marka hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka

olduğu gibi- bu hüküm hiç olmasa idi de taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi ve onun eki niteliğinde olan TRIPS ‘in halen uygulama alanı bulacağını belirtmek isteriz¹. Şöyle ki, Anayasa’nın 91.md.sine göre *usulüne uygun yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir*. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi’nin, *mülkiyet hakkının KHK ile sınırlandırılmayacağı* gerekçesi temelde doğru olmakla birlikte, söz konusu hüküm açısından pratikte bir işlerliği olmayacaktır. Keza belirttiğimiz üzere, MarKHK’nın ilgili hükümleri iptal edilse dahi, aynı hükümleri içeren uluslararası sözleşmelere taraf olduğumuz müddetçe ve kanun hükmünde olmaları dolayısıyla iç hukukumuzda doğrudan uygulama alanı bulabileceklerdir. Bunun neticesinde, MarKHK’nın metninde yer almasa dahi, gerek TPE tarafından resen yapılan gerekse itiraz üzerine yapılan incelemede, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka ile aynı veya karışıklığa meydan verecek derecede benzer olma durumu hem red nedeni olarak hem de markanın tescil edilmiş olması durumunda hükümsüzlük nedeni olarak karşımıza çıkacaktır. Ayrıca MarKHK’nın 3.md.si gereği, Paris Sözleşmesi hükümlerine göre başvuru hakkına sahip kişiler, MarKHK’nın sağladığı korumadan yararlanabilecektir. Bundan sonra da uygulamanın bu şekilde devam edeceğini ve etmesi gerektiğini de bulunduğumuz nokta itibariyle belirtmek isteriz.

Sonuç itibariyle, Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçesi temelde doğru olmakla birlikte pratik anlamda bir işlerliği olmayıp, MarKHK’nın ilgili hükümlerinin metinden çıkarılmasından ziyade bir etki göstermeyeceği ortadadır. Diğer bir deyişle bu hükmün iptal edilmesi, tanınmış markaların veya iltibas tehlikesi yaratacak derecede benzerlerinin başkaları tarafından tescil edilebileceği, her nasılsa tescil edilse dahi hükümsüz kılınamayacağı anlamına kesinlikle gelmemektedir. Keza taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar gerek idari gerekse yargısal aşamalarda doğrudan etkisini gösterecektir.

Bu noktada, en azından marka alanındaki düzenlemelere kanuni zemin oluşturmak ve dolayısıyla bu tür karar ve uygulamalara mahal vermemek adına, yıllardır bekleyen markalar kanun tasarısının, eleştiriye açık hükümleri, uygulamadaki sorunlar dikkate

¹ 14 Ağustos 1975 tarih, 7/10540 Bakanlar Kurulu Kararı/ RG. T: 19.11.1975 S.15417 Ayrıca, Türkiye, daha önceki çekincelerini kaldırmak suretiyle, Stokholm metnini 1994 yılında tamamen kabul etmiş, 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Anlaşmasını onaylayarak TRIPS’e taraf olmuştur.

alınarak, doktrinel öneriler ışığında yeniden düzenlenerek yasalaşmasını önermekle yetiniyoruz.

3. Gerçek Hak Sahipliği

Yukarıda ayrıntılı olarak arz ettiğimiz üzere, Türk hukuk sisteminde marka tesciline ilişkin olarak katı bir biçimde tescil sistemi uygulanmayıp, bazı istisnalar öngörülmüştür. Bahse konu bu önemli istisnalardan biri, çalışmamızın konusunu oluşturan *gerçek hak sahipliği* ilkesidir..

Konunun ayrıntılı biçimde açıklanması ve değerlendirilmesini sonraki bölüme sevkeder¹, hem giriş olması hem de konu hakkında kanaat oluşturmaya açısından, Yargıtayın, marka hukukunda hakkın kazanılması, gerçek hak sahipliği ve tescil ilkesi karşısındaki konumuna ilişkin kararlarına örnekler arz etmek isteriz²

(1) ‘ ‘ İsviçre-Türk Markalar Hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkeye dayanır. Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. Buna "gerçek hak sahibi" denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak, bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. Çünkü, hakiki, gerçek hak sahipliği ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez. Markanın hakiki hak sahibi markasının aynısını veya tefrik edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, bu tecavüzü TTK'nin 56. maddesinde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve 556 sayılı markalar hakkındaki KHK'nin 8/III. ve 42/f ve 551 sayılı Markalar Kanunu'nun 47. maddesine göre sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebileceği kabul edilmektedir. ‘ ‘

(2) ‘ ‘ İsviçre - Türk Markalar Hukuku, marka üzerindeki hakkın iktisabı ve korunması ile ilgili olarak üç önemli ilkedden biri olan marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir ki buna "gerçek hak sahibi" denilir ve bu gibi durumlarda markanın tescili sadece açıklayıcı etkiye sahiptir. Diğer bir deyişle, marka üzerindeki hak tescilden önce doğmuş bulunmaktadır.

¹ Bkz: II.Bölüm.

² (1) Yrg.11.HD. T:06/07/1998 E: 98/1734 K: 98/5146: Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET 18/03/2015
(2) Yrg.11.HD. T:19/04/2002 E: 2001/9903 K:2002/3699: Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 18/03/2015

Buna karşı, bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin, sadece seçip tescil ettiren bir kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Bu tür tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp, bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etki sahipliği devam eder. Çünkü, marka üzerindeki gerçek hak sahipliği, ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak tanımaz. Markanın gerçek hak sahibi, markasının aynısını ve ayırd edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin bu eylemi gerçek marka sahibinin hakkına tecavüz sayılır ve bu tecavüzü TTK.nun 56 ve izleyen maddelerde yer alan haksız rekabet hükümlerine ve özellikle bu konudaki özel düzenlemeyi teşkil eden 556 sayılı Markalar Hakkındaki KHK.nin 8/III ve 42/1-b ve önceki 551 sayılı Markalar Kanununun 47. maddesine göre önlenebilir ve sonradan tescil edilmiş markanın terkininin istenebilir.”

İkinci Bölüm

GERÇEK HAK SAHİPLİĞİ

I. İLKENİN TANIMI, KAPSAMI

MarKHK 8/III md., gerçek hak sahibinin tescil sistemi karşısında, önceye dayalı kazanılmış haklarının korunmasını temin etmektedir¹. Böylece, tescilsiz bir marka veya tanıtma işaretini kullanan kişinin haksız rekabet hükümlerince elde ettiği hakka üstünlük tanınarak ilgili kişilere, bu hakka dayanarak, markanın tesciline itiraz etme hakkı tanınmıştır². MarKHK, her ne kadar tescil sistemini işaret etmiş olsa da başta tanınmış markalar ve gerçek hak sahipliği olarak nitelendirdiğimiz 8/III hükmü olmak üzere, bazı hükümler dolayısıyla, tescilli markanın varlığına rağmen, tescilsiz markalar korunmuştur.

MarKHK 8/III hükmü, önceye dayalı kullanımını üstün tutmak suretiyle markanın gerçek hak sahibi olan kişinin korunmasını sağlamıştır³. Böylelikle, bir markayı ihdas ve istimal edip piyasada maruf hale getiren kimse, o markanın gerçek hak sahibi olup tescil karşısında öncelikli ve üstün haklara haizdir⁴.

¹ **Kaya**, Marka Hukuku, s.153; **Arkan**, Marka Hukuku, s.109; **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.286; Yrg.11.HD.T:27.2.2014 E: 2013/13243 K: 2014/3679 ‘‘Kural olarak marka hakkı bir işareti ilk kez oluşturup kullanan kişiye aittir. Bu husus, öğretide ve uygulamada gerçek hak sahipliği olarak tanımlanmış olup, 556 sayılı KHK’nin hükümlerinde de aynı ilke yer almıştır. Önceye dayalı hak sahibi olan kişi, markanın tesciline itiraz etmemiş ve yapılan tescil aleyhine hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka hakkı sahibi, bu işareti önceden beri marka veya sair bir tanıtma işareti olarak kullanan kişiyi, bu tanıtma işaretini önceki kapsamı ile kullanmaktan men edemez. Diğer bir deyişle; tescilli marka sahibi daha sonra bu öncelik hakkı bulunan kişiye karşı dava açarak onu bu işareti kullanmaktan men edemez’’ Kazancı İçtihat Bankası ET:13.06.2015

² **Pekdiğer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.129; **Arkan**, Marka Hukuku, s.109; **Karahan**, Marufiyet, s.12; bkz: III.Bölüm/I.Tescil Prosedüründe İtiraz Yolu/B.Başvurunun İncelenmesi/6.Görüş Bildirme ve İtirazlar/b.İtirazlar/1)İtiraz Edebilecek kişiler

³ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.286; **Akdeniz**, s.319.

⁴ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.286; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.20; **Kaya**, Marka Hukuku, s.153; **Yasaman**, Marka Hukuku, s.407; Yrg.11.HD. T:6.7.1998 E: 1998/1734 K: 1998/5146 ‘‘ Marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı, ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir. buna "gerçek hak sahibi" denilir ve bu tescil açıklayıcı etkiye sahiptir. Buna mukabil bir markayı ihdas ve istimal etmeksizin seçip tescil ettiren kimsenin bu tescili kurucu etkiye sahiptir. Ancak, bu tescil sadece hak sahibine başlangıçta şarta bağlı bir hak sağlayabilir. Gerçek hak sahibinin dava açıp bu markayı tescil ettireceği tarihe kadar kurucu etkiye sahipliği devam eder. çünkü, hakiki, gerçek hak sahipliği ikinci bir bağımsız ve münferit mülkiyete hak vermez. Markanın hakiki hak sahibi markasının aynısını veya tefrik edilemeyecek benzerini, her nasılsa marka olarak tescil ettiren kimsenin, sonradan tescil edilmiş markanın terkinin istenebileceği kabul edilmektedir.’’ Kazancı İçtihat Bankası ET: 01.06.2015

Bu hüküm, Topluluk Markası Tüzüğü 8/IV hükmünden aynen alınmış olup, tüzükteki bu hüküm, tescilli markalar ile topluluk markası arasındaki ilişki ile ilgilidir¹. Bu nedenden dolayı, *Tekinalp*²'e göre, Türkiye açısından bir markanın bu anlamda bir uluslararası tescil kuralından yararlanması mümkün olmadığından marKHK 8/III-a ve b hükümlerinin uygulama alanı da çok kısıtlıdır. Fakat, Yargıtay kararlarına baktığımızda, hükmün sıkça uygulandığını, hatta bu konuda Yargıtay'ın ilke niteliğinde kararlar vererek hükmün uygulanma şartlarını da ortaya koyduğunu görmekteyiz³.

MarKHK 8/III md.sine göre; Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya tescil için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bir işaret için hak elde edilmişse ve bu işaret, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı veriyorsa, tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine tescili talep edilen marka, tescil edilemez.

İtiraza rağmen, tescil yapılmış ise, önceye dayalı hak sahibi olan kişi, YİDK kararının iptali talebiyle dava açabileceği gibi, tescil edilen marka aleyhine hükümsüzlük davası da açabilecektir⁴.

MarKHK 8/III hükmü ile, kullanıma dayalı elde edilen hak sahipliği, tescil yoluyla oluşan hak sahipliği karinesini çürütebilmektedir. Markayı kullanma yoluyla hak sahibi olan kişi ile tescil dolayısıyla hak sahibi olan kişi arasındaki ihtilafta, ilk kullanan kişinin, tescil ettiren kişiye karşı ne oranda korunacağı, ilk kullanmanın bir tanınmışlık düzeyine erişmesinin gerekip gerekmediği, markayı tescil ettirmeksizin kullanan kişinin, tescil ettiren kişiye karşı açacağı muhtemel davanın süreye bağlı olup olmadığı gibi hususlar açık şekilde düzenlenmediğinden, sistemin yetersizliği eleştirilmektedir⁵.

MarKHK 42.md. hükmü gereğince, gerçek hak sahipliği, bir hükümsüzlük nedenidir. Fakat önceye dayalı hak sahibi, markanın bir başkası tarafından tescil edilmesine, tescil prosedürü içinde itirazda bulunmamış⁶ ve yapılan tescile yönelik

¹ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s. 467 vd.

² **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s. 467 vd.

³ Bkz: I.Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/3.Gerçek Hak Sahipliği

⁴ **Karahan**, Marufiyet, s.12.

⁵ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar , s.88.

⁶ Bkz: III.Bölüm/I.Tescil Prosedüründe İtiraz Yolu

hükümsüzlük davası açmamış olsa dahi, tescilli marka sahibi, önceki hak sahibini, markayı önceki kapsamı ile kullanmaktan men edemez¹. Örneğin, bir markayı uzun yıllar kullanmış olan birisi, bu markanın daha sonra başkası tarafından tescil talebine itirazda bulunmamış, marka tescil edildiğinde de hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka sahibi daha sonra, önceki hak sahibine dava açarak onun markasını önceki kapsamıyla kullanmaktan men edemez². Aynı şekilde uygulamada sık rastlandığı üzere, bir dünya markası, bir başkası tarafından Türkiye’de tescil edildiyse³, tanınmış marka sahibi bu markanın hükümsüzlüğünü talep edebilir, fakat hükümsüzlük davası açmamış olsa dahi, tanınmış markayı taşıyan malların Türkiye’ye ne girişine ne de Türkiye’de satışına engel olabilir⁴. Kaldı ki bu örnekte tanınmış markanın -Paris Sözleşmesi kapsamında ise- zaten MarKHK’nın kural olarak benimsediği tescil ilkesinin istisnası olduğunu söylemek isteriz. Yani tanınmış markanın, MarKHK’nın da ötesinde, taraf olduğumuz uluslararası düzenlemelerden doğan hakkına binaen, Türkiye’de tescili talep edilen bir başka markanın, bu tanınmış marka ile ilişkisi TPE tarafından resen incelenmek durumundadır. Fakat her nasılsa tescili halinde dahi, tescilli marka sahibi, tanınmış markanın, markasal kullanımına engel olamayacaktır. Bu durumda, tescilli marka

¹ **Karahan**, Marufiyet, s.12; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.110 Ayrıca yazarın sunduğu karar örneği : Yrg. 11 HD. T:15/02/2001 E: 2000/9896 K: 2001/1214 (yayınlanmamış) ; Yrg. 11.HD. T: 27/2/2014 E: 2013/13243 K: 2014/3679 ‘‘ Dava, davacının markalarına tecavüz edildiği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Kural olarak marka hakkı bir işareti ilk kez oluşturup kullanan kişiye aittir. Bu husus, öğretide ve uygulamada gerçek hak sahipliği olarak tanımlanmış olup, 556 sayılı KHK’nin hükümlerinde de aynı ilke yer almıştır. Önceye dayalı hak sahibi olan kişi, markanın tesciline itiraz etmemiş ve yapılan tescil aleyhine hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka hakkı sahibi, bu işareti önceden beri marka veya sair bir tanıtmaya işareti olarak kullanan kişiyi, bu tanıtmaya işaretini önceki kapsamı ile kullanmaktan men edemez. Diğer bir deyişle; tescilli marka sahibi daha sonra bu öncelik hakkı bulunan kişiye karşı dava açarak onu bu işareti kullanmaktan men edemez. (556 sayılı KHK 8/III.mad.). Bu durumda davalının eskiye dayalı kullanım ve uzun süreli sessiz kalma nedeniyle hak kaybına ilişkin savunmasının belirtilen ilkeler çerçevesinde tartışılarak hasıl olacak sonuç çerçevesinde karar verilmesi gerekirken, mahkemece tescilli marka hakkının varlığından bahisle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir’’: Kazancı İçtihat Bankası ET:01/05/2015.

² **Karahan**, Marufiyet, s.12; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.110,dn. 3: İsviçre Markalar Kanunu’nun 14.maddesine göre, ‘‘Marka sahibi, kendisi daha tescil için müracaat etmeden önce bu markayı kullanmaya başlamış olan kimseyi, söz konusu markayı o ana kadarki kapsamda kullanmaktan men edemez. Markayı kullanma hakkı ancak işletme ile birlikte devredilebilir.’’

³ Yrg. 11 HD. T: 18/11/1988 E:1988/785 K: 1988/6886 ‘‘Davacı vekili, müvekkilince bütün dünyada tanıtılan ve bilahare Türkiye’de tescil ettirilen DAVIDOFF markasını davalının Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürerek davalı marka kaydının terkininyle haksız rekabetin önlenmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.’’ : Kazancı İçtihat Bankası ET: 01/05/2015

⁴ **Karahan**, Marufiyet, s.13.

sahibinin Türkiye’de tescilsiz tanınmış marka sahibine, salt tescilden doğan hakkına dayanarak haksız rekabet davası açması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacaktır¹.

Bu noktada *Çolak*²’ın isabetli olarak değindiği üzere; gerçek hak sahipliği, bir şirketin ticaret siciline kayıtlı esas sözleşmesinde yer alan faaliyet alanından bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Burada sınıf esası geçerlidir ki; eskiye dayalı bir kullanım nedeniyle, üstün ve öncelikli hak, hangi mal veya hizmetler için elde edildiyse, sadece bunlar ve benzer sınıflardaki mal ve hizmetler yönünden hükümsüzlük kararı verilmeli, diğer sınıflar yönünden ise hükümsüzlük talebi reddedilmelidir. Bu durumda hükümsüzlük davasını gören mahkeme tarafından, yapacağı inceleme neticesinde, geçmişte hangi sınıfta ve hangi mal veya hizmetlerde kullanıma bağlı hak elde edildiği araştırarak, hükümsüzlüğü istenen markanın tescil belgesinde ilgili mal veya hizmetler bakımından bir ayıklama işlemi yapılmalıdır. Bu durumda örneğin, bir şirketin ticaret siciline kayıtlı esas sözleşmesinde faaliyet alanı, mağazacılık ve reklamcılık olarak yazıyor, fakat fiiliyatta şirket reklamcılık alanında faaliyet gösteriyor ve gerçek hak sahibi olduğu markayı da bu alanda kullanıyorsa gerçek hak sahipliği yalnızca reklamcılık bakımından söz konusu olup, olası dava sürecinde mahkeme yalnızca reklamcılık alanında söz konusu marka için hükümsüzlük kararı verecektir³.

¹ **Karahan**, Marufiyet, s.13; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.111.

² **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.286, 336.

³ Yrg. 11.HD. T: 06.05.2013 E: 2012/9694 K: 2013/9167 ‘‘Mahkemece davalı şirketin ana sözleşmesindeki faaliyet kapsamında olduğu gerekçesiyle dava konusu markanın kapsadığı, 39.sınıftaki taşıt ve malları kurtarma hizmeti bakımından da hükümsüzlük kararı verilmiştir. Oysa, davacı şirketin ticaret ünvanının klavuz sözcüğü, ‘‘Albayrak’’ ibaresi olup, söz konusu hizmet sınıfı bakımından davacının ‘‘venividi’’ ibaresi ile kurtarma hizmeti yaptığına ilişkin herhangi bir delil dosyaya ibraz edilmediği halde, dava konusu markanın 39.sınıftaki taşıt ve malları, kurtarma hizmetleri için de hükümsüz kılınması doğru görülmemiş, kararın bu bakımdan davalı yararına bozulması gerekmiştir.’’; **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.336.

II. İLKENİN ŞARTLARI

A. BAŞVURU VEYA RÜÇHAN TARİHİNDEN ÖNCE HAK ELDE EDİLMESİ VE MARKANIN KULLANIMINI YASAKLAMA HAKKI

MarKHK 8/III md.hükmünde gerçek hak sahibinin itiraz hakkının bağlandığı durumlar iki bent halinde düzenlenmiştir. Fakat bu iki bendin birlikte değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır.

*Karahan*¹'a göre, iki bent halinde düzenlenen durum aslında tek ihtimali işaret etmekte² ve bu bentler de tek ihtimalin uygulama şartlarını düzenlemektedir. Yazara göre bu iki bendin birbirini tamamlar nitelikte olduğunun düşünülmesi ve ‘ve’ bağlacıyla bağlanması hükmün anlamına ve amacına uygun olacaktır³.

*Arkan*⁴, 8/III hükmünün uygulanmasını, markanın tescili konusunda yapılan başvuru tarihinden veya markanın tescili için yapılan veya başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bir hak elde edilmiş olmasına ve bu hakkın, sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama imkanı sağlamasına bağlı kıldığını belirterek, bu iki bendin birlikte bulunması gereken durumlar olduğu yönündeki görüşünü ortaya koymuştur.

¹ **Karahan**, Marufiyet, s.13; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.111.

² Aynı yönde: **Çiçekçi**, s.37.

³ MarKHK 556 m.8/III md.de ‘‘aşağıdaki hallerde’’ denilmiş olması 8/I md.de ve 9/Id de , aynı ibarenin kullanılmış olması ile karıştırılmamalıdır. Belirtilen fıkralardaki ibareler birbirinden farklı ihtimalleri belirtmekte iken 8/III md.deki ifade, tek ihtimalin uygulama şartlarını göstermektedir.: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.111; **Sekmen** de, 8/III hükmünün uygulanma şartlarını; ‘‘1- mutlak olarak markasal anlamda olmasa da kullanmayla sahibi tarafından maruf hale getirilmiş tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan ticaret unvanı, işletme adı, alan adı gibi bir işaretin bulunması ve bu işaretin sahibine üstün ve öncelik hakkı sağlanması 2-marka veya işaretin aynısının veya benzerinin aynı veya benzer mal veya hizmetlerde bir başkası tarafından marka olarak tescili için TPE nezdinde başvuruda bulunulması 3- marka tescili başvuru tarihinden ya da başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce söz konusu tescilsiz marka veya ticaret sırasında kullanılan işaret için hak kazanılmış olması 4-önceki marka veya ticaret sırasında kullanılan işaretin sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama yetkisi vermesi’’ olarak ortaya koymuştur. **Sekmen**, s.178.

⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.109.

*Kaya*¹, düzenleme lafzen iki bent halinde olsa da itiraz sebebinin esasen, ihdas ve istimal edilen ve yasaklama hakkı bahşeden bir öncelik hakkının varlığı olarak tek olduğunu belirtmiştir.

*Yasaman*², tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin 8/III hükmündeki iki halde itiraz ederek tescili engelleyebileceğini belirtmektedir.

*Çolak*³ da, 8/III hükmündeki iki bendi ‘*ya da*’ demek suretiyle sonuca bağladığından dolayı, bentleri ayrı ayrı değerlendirdiğini ortaya koymaktadır.

*Güneş*⁴ de, bu bentleri farklı ihtimaller olarak incelemektedir. Hükümde bahsi geçen kullanımın sade bir kullanım olmadığına, belirli özellikleri olan bir kullanım olduğuna dikkat çekmektedir. Yazara’a göre, bu bağlamda, hükmün sağladığı korumadan yararlanabilmek için, marka veya ticarete kullanılmış bir işaret bulunmalıdır ki bundan markasal kullanım kastedilmektedir. Söz konusu işaretin, sektörde, müşteri çevrelerinde, piyasada bilinir hale gelmiş olması gerekmektedir.

*Tekinalp*⁵ ise bu iki bendin, ayrı düzenlendiği üzere, farklı ihtimalleri içerdiği yönünde görüş belirtmiş ve bu farklı iki ihtimal için de şartlar ve örnekler ortaya koymuştur. Yazar, birinci bentteki şartı sağlayan, yani daha önce elde edilmiş bir haktan doğan, tescilsiz bir işaretin korunmasını sağlayan, dolayısıyla nispi red nedenine konu teşkil eden halleri şöyle sıralamıştır : (1) Kullanılan işaretin ayırt edici nitelik kazanmış olması (2) işaretin itiraz eden tarafından daha önceki bir tarihten beri kullanılıyor olması (3) itiraz sahibinin tanınmış markası –yazar, bu hükümdeki tescilsiz markalara, tanınmış marka örneğini vermektedir- ile başvuru sahibinin tescilini önerdiği işaret arasında ayniyet, benzerlik ve iltibas tehlikesinin bulunması. İkinci bentteki, işaretin sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı vermesi durumuna ise, Yargıtay’ın, 1975 yılından beri Almanya’da tescilli olan bir markanın, dünya markası olması

¹ **Kaya**, Marka Hukuku, s.153.

² **Yasaman**, Marka Hukuku, s.405.

³ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.286.

⁴ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.100 vd.

⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.423, *Şanal* da bu iki bendi ayrı ayrı incelemiştir: **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.89.

nedeniyle öncelik hakkına sahip bulunduğu ve bundan dolayı markanın başkası tarafından yapılan tescillerinin iptalinin uygun olduğu yönündeki kararını örnek olarak sunmuştur¹.

*Tekinalp*², MarKHK 8/III-a hükmü³ uyarınca önceye dayalı bir hakka dayanarak tescilsiz bir işaretin korunmasını sağlayan halleri şöyle sıralamaktadır: (1) Tescilsiz bir markanın, kullanım sonucu ayırt edicilik kazandığı hallerde, aynı işaret aynı mal ve hizmetler için daha önce marka olarak tescil edilmiş olsa da işareti daha önce kullanan kişi adına da tescil edilebilir. Bir başka deyişle, bu kişiye karşı mutlak red nedeni ileri sürülemez ve aleyhine hükümsüzlük davası açılamaz. Bu doğrultuda, tescilsiz bir işaret de kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise, daha önce başkası adına yapılmış bir tescil bulunmasına rağmen işaret, sahibine hem aynı veya benzer bir işareti bir de kendi adına tescil ettirme hakkı verir hem de bu işaretin tescili için üçüncü kişinin başvurması halinde itiraz yoluyla tescili önleme hakkına sahiptir. Ayrıca itiraz hakkının varlığı, tescilsiz işaretin ticaret sırasında kullanılmış olması şartını aramaktadır ki bununla da markanın tescil başvurusu veya başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önceki marka hukukuna özgü kullanım kastedilmektedir⁴. (2) İlk durumdan farklı olarak, söz konusu işaret, ayırt edicilik kazanmış olmasa dahi, yine de işaret sahibi itiraz hakkına sahiptir. Çünkü, hem hükümde böyle bir şart aranmamıştır hem de 7/II md.de bu şartın öngörülmüş olma sebebi, ortada tescilli bir markanın bulunmasıdır. ‘*ayırt edici nitelik*’ gerekçesiyle aynı mal ve hizmet için birden fazla kişi adına tescil edilebilmesi kabul edilmiştir. Ayrıca yazar, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markaları da bu bentte değerlendirmekte ve bunların mutlak red nedeni olmasının 8.md. anlamında itiraz hakkını engellemeyeceğini belirtmektedir.

¹ Yrg. 11 HD. 07/04/2000 tarih,102/2789 sayılı karar (yayınlanmamıştır).

² **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

³ Yalçiner/Karaahmet, MarKHK 8/I-a hükmüne ‘...556 sayılı KHK’nın yürürlüğe girmesinden önceki mevzuata göre tescil edilemeyecek bir ibare için başvuruda bulunulduğu, ancak o günkü mevzuat çerçevesinde tescil edilemediği, ama o tarihten itibaren sürekli ve yaygın olarak kullanıldığı ve sahibi adına müktesep hak haline geldiği saptanan ‘tescilsiz ibare’ sahibinin, yeni mevzuata göre tescil edilebilir hale gelen bu ibaresi için, üçüncü kişiler tarafından yapılan başvuruya süresi içerisinde itiraz etmesi koşuluyla, bu markanın tescilini önleme hakkı vermesi...’ ve ‘...daha önce tescil edilmiş, ancak çeşitli nedenlerle yenilenmemiş fakat kesintisiz olarak kullanılmış bir tescilsiz marka...’ durumlarını örnek olarak göstermişlerdir. **Yalçiner**, Uğur G./**Karaahmet**, Erdoğan, Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları, 1999, TPE Yayınları No:19, s.45.

⁴ Aynı yönde: **Akdeniz**, s.325.

*Şanal*¹, 8/III-a md.deki durumu, bir işaretin, Paris Sözleşmesi'ne göre bir rüçhan hakkından yararlanma ve Türkiye'de tescilli olmasa dahi, Paris Sözleşmesi'ne üye diğer ülkelerde olduğu gibi, Türkiye'de de rüçhan hakkı süresince önceliğe sahip olduğunu, bununla, işaretin, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazandığının belirtildiğini, bunun için de işaretin hitap ettiği müşteri kitlesi tarafından benimsenmesi gerektiğini belirtmektedir.

*Tekinalp*²'e göre , MarKHK 8/III-b md.deki, işaretin, sahibine, sonraki bir markanın kullanılmasını yasaklama hakkı vermesi³, hükmün kaynağı olan Topluluk Markası Tüzüğü'nün 8/4-b maddesine göre ulusal hukuka veya uluslararası bir sözleşmeye göre elde edilmiş bir haktan doğabilir. MarKHK 8/III md.nin uygulanabilmesi, bu tür hakların oluşumuna olanak sağlayan Mülga MarK.'ya göre elde edilmiş '*önceki hak*', MarKHK 8/III-b md.ye göre yasaklamanın dayanağını oluşturabilir. Ayrıca yazar bu noktada geçici 2.maddeye dikkat çekmektedir. Bu hükme göre, hizmet markalarını fiilen kullananlar, MarKHK yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç on iki ay içinde hizmet markasını kullandıklarını kanıtlayan belgeleri de eklemek suretiyle hizmet markasının tescilini talep edebilir. Fakat hüküm, hizmet markası sahibine on iki ayla sınırlı olmaksızın yasaklama hakkı vermektedir. Bunun yanında Mülga MarK hizmet markası dışında elde edilmiş haklar markanın tescilini iptal etme imkanı tanımasa da marka olarak tesciline engel olunmasına dayanak oluşturmuştur.

¹ **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.89, Ayrıca yazar, hükme örnek olarak şu Yargıtay kararını sunmuştur: Yrg. 11 HD. T: 13.10.2003 E: 2003/2883 K:2003/9171 '*Özet: 1... 2- Bir işaret üzerinde, bu işaretin üçüncü bir kişi tarafından marka olarak tescili amacıyla başvurusu yapılan tarihten önce bir hak elde edilmiş ise, bu hakka sahip kişi, sözkonusu işaretin tesciline itirazda bulunabilir. 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 8/3-a maddesine göre, tescilsiz işaretin korunmasını sağlayan düzenlemeden yararlanabilmek için öncelikle, işaretin ayırt edici nitelik kazanmış olması, ve ayrıca işaretin itiraz eden tarafından daha önceki bir tarihten beri kullanılmakta bulunması ve nihayet itiraz sahibinin tanınmış işareti ile başvuru sahibinin tescilini istediği işaret arasında aynıyet, benzerlik ve iltibas tehlikesinin bulunması gerekir. Mahkemece yukarıda açıklanan ilkeler ışığında tarafların ilgili delillerinin toplanarak, hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye dayalı olarak karar verilmesi doğru görülmemiştir. Bunun yanında, hükümsüzlüğüne karar verilip, kesinleşinceye kadar bir markanın tüm geçerli hukuki hakları marka sahibine sağlayacağı kuşkusuz olup, somut olayda davalı şirketin adına tescilli markasına güvenerek, yaptığı faaliyetlerinin haksız rekabet oluşturmayacağı da açıktır.*'

² **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s. 467 vd.

³ '*...tescilsiz bir marka sahibi, haksız rekabet nedeni ile bir markanın başkası tarafından kullanılmasını önleme hakkını mahkeme kararı ile elde etmiş ise, aynı veya benzer mal veya hizmetler için, aynı veya benzer marka başvurusuna itiraz ederek, bu markanın tescilini önleyebilmektedir*' **Yalçınar/Karaahmet**, s.46.

*Yasaman*¹ da, Tekinalp'den atıfla, yasaklama hakkının Madrid Protokolü² 2.maddesi uyarınca elde edilmiş bir uluslararası tescil ve bu tescilin 4.maddede düzenlenen etkilerinden veya KHK'nın zaman açısından uygulanması ile ilgili hükümlerinden doğabileceğini belirtmektedir.

B. AYNİYET / BENZERLİK / İLTİBAS TEHLİKESİ

Markalar arasındaki ayniyet (iktibas) ve benzerlik ilişkisinin varlığı hem mutlak red nedeni (7/I-b)³ hem de nispi red nedeni (8/I) olarak⁴ karşımıza çıkmaktadır⁵. 7.md.de "aynı" veya "ayrıt edilemeyecek kadar benzer" ifadeleri kullanılırken 8.md.de "aynı"

¹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.407; *Şanal* da *Tekinalp*'e atıfla, bir işaretin sahibine daha sonraki bir markayı yasaklama hakkı vermesini Uluslararası mevzuat ve anlaşmalardan doğabileceğini belirtmektedir. Ayrıca yazar, hükümde geçen "yasaklama" hakkını, Tekinalp'in de öngördüğü üzere, KHK'nın geçici 2.maddesi ile açıklamaktadır: **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.93; *Güneş* de 8/III-b hükmünce, yasaklama hakkının işaretin ayniyeti veya benzerliği ve ilgili malların ayniyet ve benzerliğinden ileri geldiğini beyan etmiş, ayrıca *Tekinalp*'den atıfta yasaklama hakkının Madrid Protokolü'nün 2.maddesi uyarınca elde edilmiş bir uluslararası tescilden veya MarKHK'nın zaman açısından uygulanmasına ilişkin hükümlerden de doğabileceğini belirtmiştir: **Güneş**, Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar ve Ayırt Edici İşaretler, s.104; Aynı yönde: **Akdeniz**, s.326

² Madrid Protokolüne ilişkin bilgi ve ayrıntı için bkz: **Kırca**, İsmail, Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi), Ankara, 2005, s.6vd.; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.399.

³ "KHK'nın 7.maddesi uyarınca mutlak red nedenleri başlığı altında re'sen yapılan ayniyet ve benzerlik incelemesinin en önemli amacı, markanın ayırt edici niteliğinin korunması ve bu yolla mükerrer tesciller önlenerek kamu düzeninin korunmasıdır" **Aktekin**, Uğur, "Marka Hukukunda Tescil Engeli Olarak Önceki Tescilli Markaya ya da Marka Başvurusuna Benzerlik" Legal Fikri Sınai Haklar Dergisi 18/2009, s. 281 , Ayrıca yazarın sunduğu karar örneği: Yrg. 11. HD.T:04.05.2007 E: 2006/3703 K:2007/6881 "İstisnai haller dışında marka tescilinde öncelik ve teklik ilkesi 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'dan kaynaklanmaktadır ve kamu düzeni ile doğrudan ilgilidir."

⁴ Aynı durumun hem mutlak hem nispi red nedeni olarak düzenlenmesi doktrinde isabetli bulunmamıştır: **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.75; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.79; **Yılmaz**, A.Lerzan, s.155 : MarKHK 7.ve 8. maddelerindeki mutlak ve nispi red nedenleri , 89/104 Konsey Yönergesi'nin 3.ve 4., 40/94 sayılı Topluluk Markası Tüzüğü'nün 7.ve 8.maddelerinden alınmış fakat oradaki nispi red nedenleri arasında yer alan sistematîğe sadık kalınmayarak, MarKHK'da hem mutlak hem nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir. Fakat bu durum, mutlak red nedenlerinin –Yargıtay'ın isabetli olarak belirttiği üzere- üzerinde bir başkasının hakkı olduğu gerekçesiyle değil nitelik ve özellikleri itibariyle (cins, kalite, miktar, coğrafi kaynak belirttikleri için veya ayırt edici güce sahip olmadıkları için) herkese kapalı işaretlerdir. Bu nedenle de bu durumun mutlak red nedeni olmaktan çıkartılıp nispi red nedeni olarak kalması gerektiği belirtilmiştir.

⁵ Alman Hukukunda, bu durum sadece nispi red nedenleri arasında sayılmaktadır: **Kaya**, Marka Hukuku, s.136.

ve “benzer” ifadeleri¹ kullanılmıştır². Dolayısıyla bu durumlar TPE tarafından hem resen hem de itiraz üzerine³ incelenmektedir⁴.

Bir markanın aynen kullanılması⁵ “aynı” sınıfına girer ki markanın farklı renk ve yazı biçimlerinde kullanılması sonucu değiştirmez⁶. İktibas daha çok, ana unsurda

¹ Bu kavramlar Mülga MarK. 47.madde de şu şekilde açıklanmış idi: “Başkasına ait tescilli bir markanın biçim, mâna veya bunlardan birisi itibariyle eşini veya ebat yahut renk itibariyle veyahut dikkatle bakılmadıkça farkına varılmayacak kadar cüzi surette değiştirilmiş şeklini kullanan kimse bu markayı aynen kullanmış sayılır. Başkasına ait tescilli bir markaya, toplu olarak bıraktığı umumi intiba itibariyle ilk bakışta kolayca tefrik edilemeyecek şekilde benzeyen ve bu suretle iltibasa sebebiyet verecek bir markayı kullanan kimse o markanın benzerini kullanmış sayılır.”; Karahan’ın belirttiği üzere, MarKHK’da geçen bu ibarelerin açıklığa kavuşturulması için, Mülga MarK.’dan yararlanmamak için bir sebep yoktur. Karahan, Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, s.17.

² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.420: 8/b hükmündeki, aynı işarete karşı koruma “özdeşe karşı koruma”, benzer işarete karşı koruma ise “karıştırılmaya karşı koruma” olarak tabir etmiştir.; “...maddede ifade edilen benzerlik kavramının iki boyutu bulunmaktadır. Buna göre, marka başvurusuna konu markanın tescil edilmemesi için ‘aynı ya da aynı tür mal ve hizmetler için’ önceki tarihli bir tescil ya da başvurunun varlığı gerekmektedir. ‘Aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olma’ ölçütü bakımından ise doktrinde yer verilen görüşler ve TPE uygulaması arasında farklılıklar gözlemlenebilmektedir....’kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanmış markalar’ açısından varolan bu imkanın bir başka boyutu ise, Yargıtay kararı uyarınca Paris Sözleşmesi 1.mükerrer 6.maddesi anlamında tanınmış marka statüsünde olan markaların söz konusu imkandan evleviyetle yararlanması gerektiği görüşünün kabul edilmiş olmasıdır. (Yrg. 11. HD. T:26.05.2002 E:2000/2762 K: 2000/4717)’’ **Aktekin**, s.291; Maddenin temeli ayırt edicilik kriterine dayanmaktadır: **Özdal**, Şule, 556 Sayılı KHK’nın 5.Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul, 2005, s.143.

³ **Yavuz**, marka tescilindeki mutlak ve nispi red nedenlerinin varlığına rağmen aynı veya benzer türden mal ve hizmetler için farklı işletmeler tarafından değişik tarihlerde tescil edilmiş ve uzunca bir süre aralarında bir niza çıkmaksızın bir arada kullanılagelen “aynı veya benzer” nitelikteki markaları incelediği eserinde, bu durumda adaletli bir sonuca ulaşabilmek için Yargıtay tarafından MarKHK’nın 7/I-b ve 8/I-b hükümleri ile birlikte genel hukuk ilkeleri ışığı altında “seri marka istisnası”nın geliştirilerek uygulamada yerleşik içtihat haline getirildiğini belirtmektedir. Yazar, örnek olarak incelediği kararda (Yrg. 11.HD: T:19.09.2008 E: 2007/7547 K:2008/10251) “davalının ilk marka başvurusunu gerçekleştirdiği 1994 yılından davanın açıldığı 2004 yılına kadar tarafların “ECE” asıl unsurlu markaları üzerinde eş anlamlı olarak bir arada ve dürüstçe kullanımları bulunduğu, uyumsuzluk konusu 2000 tarihli “Ecelady” ve “Ecetoff” markalarının iltibas ve haksız rekabet yaratmak maksadıyla kötüniyetli olarak tescil ettirilmediği hususları kanıtlamıştır. Bu nedenle, dava konusu markalar seri marka olarak kabul edilmeli ve 556 sayılı KHK’nın 8/I-b ve 42/I-b maddeleri uyarınca hükümsüz kılınmamalıdır” değerlendirmesi yapılmıştır. **Yavuz**, Levent, “Marka Hukukuna İlişkin Yargıtay Uygulamasındaki Son Gelişmeler” Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013 (Editör Memiş, Tekin) s.497.

⁴ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.164; **Battal**, İltibas olgusunun hem mutlak hem nispi red nedenleri arasında yer alması hususunu bir eserinde incelemiş ve bu konudaki doktrinel görüşleri ortaya koymuştur. Yazar netice itibariyle, düzenlemenin özel amaca yönelik bir tekrar olduğunu, iltibas kriterleri bakımından 7.md.ve 8.md. maddeler arasında bir fark bulunmamakla birlikte, 8. maddenin tereddütleri ortadan kaldıracak şekilde düzenlenmesinin isabetli olacağı sonucuna ulaşmıştır. **Battal**, Ahmet, “Türk Patent Enstitüsü’nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri” Gazi Üniversitesi HFD Y.2000 C.4 S.1-2 s,12

⁵ “Aynen kullanma” için bkz: **Özdal**, s.145 vd.

⁶ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.396; Tekinalp’e göre ise, markanın aynı olması “iki işaretin tıpatıp birbirinin aynı olması, ikisi arasında hiçbir noktada, çok küçük de olsa, bir fark bulunmaması” anlamına gelir: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.371,374,375.

değişiklik yapılmaksızın, ufak değişiklikler yapmak suretiyle gerçekleştirilir¹. Aynı markanın tescili halinde söz konusu markalar arasında iltibasın varlığı mutlak olarak kabul edileceğinden ayrıca bu ihtimali aramaya gerek yoktur². Örneğin, Bross-By Bross, Byrh-Byrrh, Graetzin-Gretzine markaları arasında iktibas olduğu söylenebilir³.

“Benzer” kavramı⁴ ise, MarKHK’da açıkça tanımlanmamakla birlikte, işaretler arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil olmak üzere, karıştırılma ihtimali varsa o işaret diğlerinin benzeridir. Diğer bir deyişle esas olan “karıştırma ihtimali” dir⁵. Yani, iltibas olgusu, benzerlik veya karıştırma ihtimali ile ortaya çıkar⁶. MarKHK bu noktada bir markanın benzerini kullanmak yoluyla iltibasa neden olması için, başkasının hak sahibi olduğu bir markanın benzerinin kullanılması unsurunun yanında bu benzerliğin alıcıların markaları karıştırmalarına⁷ sebebiyet verecek derecede olmalarını da aramaktadır⁸. Hangi durumlarda bir markanın “benzer”inden bahsedileceği hususunda 551 sayılı Mülga MarK. 47. md.ile kabul edilen benzerini kullanma kriterleri, MarKHK döneminde de halen geçerliliğini korumaktadır ki bunlar, bütünsel benzerlik ve iltibas unsurlarıdır.

Genel anlamda iltibas “bir şeyin aynen veya değiştirilerek kullanılması suretiyle karışıklık meydana getirmek ve asıl şeyin semerelerinde haksız olarak yararlanmaya çalışmak” olarak tanımlanabilir. Ayrıca başkasının, emtiası, iş mahsulleri, faaliyetleri,

¹ **Kaya**, Marka Hukuku, s.135.

² **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.91; **Kendigelen**, Abuzer, “Marka Hakkına Tecavüz” Hukuki Mütalaalar C.III, İstanbul, 2006, s.237.

³ **Kaya**, Marka Hukuku, s.135 : **Arseven**, s.137; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.80 : Aralarında ayniyet olan markalara örnek olarak, Show-Şow/Şov, Ülker-Ulker/Ülkar markaları verilebilir.; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.90: Cdoss jean-Cross jean, çift çıplak ayak logosu-tek çıplak ayak logosu

⁴ “Benzerlik” için bkz: **Özdağ**, s.152 vd.

⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397; **Epçeli**, Sevgi, Marka Hukunda Karıştırılma İhtimali, 2006, s.37

⁶ **Kaya**, Marka Hukuku, s.137.

⁷ Yrg.HGK. T: 7.6.2006 E: 2006/11-338 K: 2006/338 “Dava, Türk Patent Enstitüsü’nün Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptali talebine ilişkindir. Önceden tescilli bulunan marka ya da markadaki unsurların tamamının iptali talebine ilişkindir. Önceden tescilli bulunan marka ya da markadaki unsurların tamamının ya da bunların bir kısmının marka olarak tescilini isteyen, karıştırılma etkisini yaratmak istemese dahi salt karıştırılma tehlikesi ortaya çıkmış olması halinde iltibas söz konusu olabilir. İltibas tehlikesinin varlığı için kast ya da kusur bulunması gerekmez. Karıştırmada asıl olan ortalama tüketicinin algılamasıdır. Ortalama alıcı kitlesinin tamamı karıştırma tehlikesine maruz kalmasa bile bir kısmının bu risk altında bulunması dahi karıştırılma ihtimalinin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir. Dosya kapsamından davacının markası ile davalının tescilini istediği işaretin benzer olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda iltibas tehlikesi nedeniyle davacının, davalının tescil başvurusunu engellemeyi istemesi haklıdır. Açıklanan nedenlerle, davacının davalının tescil başvurusuna itirazı haklı, davalı TPE’nin bu itirazı reddi ve verdiği tescil kararı ise haksız ve hukuka aykırıdır ” **Küçükali**, Canan, Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, 2009, s.233.

⁸ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.92.

ticari işletmesi, ünvanı, marka, sinai model ve -tescil edilmesi önemli olmaksızın- işaretler üzerinde söz konusu olabilir¹.

*Tekinalp*², karıştırma ihtimalini “-tescilsiz- bir işaretin veya tescil edilmiş bir markanın, daha önce tescil edilmiş bir marka ile şekil, görünüş, ses, genel izlenim vs. sebeple ya aynı ya da benzer olduğu için hedef kitlede önce tescil edilmiş marka olduğu zannını uyandırması tehlikesidir.” şeklinde tanımlamış, “mesela yağlı boya badana fırçası için önce tescil edilmiş marka ‘harris’ ise, tescilsiz kullanılan veya daha sonra tescil edilmek istenen veya tescil edilen, işaret/marka ‘Halis’ ise, halis’in harris zannedileceği şüphesi ‘karıştırma tehlikesi’, eski deyimle ‘iltibas’³’dır “ şeklinde örneklendirmiştir³. *Karahan*⁴ ise iltibas ihtimalini, markanın kaynak gösterme fonksiyonunu öne çıkararak “bir markanın aynen veya benzerinin kullanılması suretiyle, alıcı zihninde gerek emtiaların (veya hizmetlerin), gerekse müteşebbisin kaynağı açısından yanlış kanaatler uyandırılması ve bunların aynı yerden piyasaya sürüldüklerinin düşündürülmesi, bu yönde çağrışımlar yaptırılmasıdır” şeklinde tanımlamıştır. İltibas ihtimalinin, yalnızca alıcıların belli bir mal veya hizmeti satın almak istemeleri halinde değil, mal veya hizmetin farklı olduğunu anlamalarına rağmen kaynaklarının aynı işletme olduğuna veya malları satanlar/hizmetleri sunanlar arasında idari veya ekonomik bağlılık olduğuna inanmaları durumunda da iltibasın var olduğunu belirtmiştir.

*Yasaman*⁵, benzer marka kavramına şu örnekleri vermiştir: Closs-Cross⁶, Quantum-Quantomin⁷, Roadstar-Roadmaster⁸, Pınar-Üçpınar⁹, State-State Line¹⁰. Ayrıca yazar, benzerlik olgusunun yalnızca markalar bakımından değil, mal ve hizmetler

¹ **Karahan**, Sami, “Ticaret Ünvanında İltibas” I.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 5-6 Mayıs 2005, s.44.

² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.436.

³ Yazar ayrıca, karıştırma ihtimalinin hem bir tescil engeli hem de tecavüz eylemi olduğuna dikkat çekmiştir: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.437.

⁴ **Karahan**, Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, s.100.

⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397.

⁶ Yrg. 11 HD. T: 26.07.1998 E: 1998/3336 K: 1998/5067: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397.

⁷ Yrg. 11 HD. T: 24.06.2003 E: 2003/2516 K: 2003/6833: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397.

⁸ Yrg. 11 HD. T: 23.03.2000 E: 1999/8859 K: 2000/2229 **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397.

⁹ Yrg. 11 HD. T: 29.09.2003 E: 2514 K: 8366 : **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397.

¹⁰ Yrg. 11 HD. T: 25.03.1999 E: 1999/5327 K:1999/7505 : **Yasaman**, Marka Hukuku, s.397.

bakımından da söz konusu olabileceğine değinmiştir. Keza tanınmış marka dışında markalar farklı mal ve hizmetlerde de kullanılabilecektir.

Karıştırma ihtimalinin¹ varlığı için şu iki şartın bir arada bulunması gerektiği belirtilmiştir²: 1- Tescil edilmiş markanın aynısı veya onun benzeri olması 2- Tescil edilmiş markanın, tescil edildiği mal ve hizmetlerle aynı veya benzer mal ve hizmetlerde kullanılması³.

Bu bağlamda markalar arasındaki benzerliğin hangi noktaya kadar ‘benzer’, hangi noktadan itibaren ‘ayrı edilemeyecek kadar benzer’ kabul edilmesi gerektiği hususu da izaha muhtaçtır. Söz konusu durumla ilgili olarak YGHK bir kararında bazı ayırt edici kriterler sunmuştur. Bu karara göre⁴, markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi⁵, üzerinde bıraktığı etki, genel izlenim itibarıyla önemsenmeyecek düzeydeyse, bunun ‘ayrı edilemeyecek derecede’ benzerlik olduğu ve 7.md. dolayısıyla bu durumun TPE tarafından resen nazara alınacağı, aynı tüketici kitlesi nezdinde karışıklığa yol açıp açmayacağının değerlendirilmesi gereken derecede bir benzerlik söz konusu ise, iltibasın varlığı peşinen kabul edilmiş sayılmayacağından, başvurunun reddine karar verilemez, keza 8.md. dolayısıyla bu durum bir nispi red nedenidir ve ancak itiraz üzerine incelenir⁶.

‘Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyumsuzluk, TPE YİDK kararında redde dayanak yapılan davalı markası ile davacının marka tescil başvurusuna konu ibarenin 556 sayılı KHK 7/1-b maddesi kapsamında

¹ ‘MarKHK –mehaz AT yönetmesini aynen takip ederek- karıştırılmanın halen ve/veya fiilen mevcut olmasını değil, karıştırılma tehlikesinin bulunmasını aramıştır; kısaca tehlikenin varlığı yeterlidir. Bu söylem bilinçlidir. Karıştırılmanın fiilen mevcudiyeti marka korumasını çok daraltır. Çünkü: (1) zararın doğması gerektiği sonucunu ortaya çıkarırdı. Oysa ‘zarar’ karıştırılmaya yabancısıdır. (2) iki markanın veya işaretin aynıyet ve benzerlik incelenmesinde, karşılaştırmaya konu olan markaların/işaretlerin güçlü/güçsüz ve ayırt edicilik güçleri de dikkate alınır ‘: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.438.

² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.437; Ayrıca karıştırılma ihtimaline dair ayrıntılı bilgi için bkz: **Epçeli**, s.33 vd.

³ Ayrıca yazar, MarKHK 9/I-b hükmünün benzerinin Alman Markalar Kanunu 14.2 b.2 de düzenlendiğini ve bu hükümde karıştırmayla ilgili üç halin bulunduğunu belirtmektedir, bunlar: 1- markalarda özdeşlik ve üründe benzerlik 2- markalarda benzerlik ve üründe özdeşlik 3-markalarda benzerlik ve ürünlerde benzerlik.: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.420 dn.9.

⁴ Yrg.HGK T:05.10.2012 E: 2012/11-154 K: 2012/659; Kazancı İçtihat Bankası et: 01.05.2015.

⁵ ‘Bu tüketici modeli; kural olarak alışveriş sırasında çok vakit harcayan, inceden inceye araştıran, karşılaştıran bir tüketici anlamına gelmemekte; ancak bilgisi olan ve malı daha önce almış, kullanmış veya bilen bir tüketici olarak kabul edilmektedir’ **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.91.

⁶ **Çolak**, Marka Hukuku, s.118.

aynı ve/veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

556 sayılı KHK'nin 7/1-(b) bendinde belirtilen "aynı" olma; karşılaştırılan işaretlerin özdeş, birbirinden farksız, birebir aynı, taklit v.b. olmalarını ifade eder. Bunun yanında, işaretlerin örneğin farklı renk veya büyüklükte olması, yazı karakteri ya da tipinin farklılaştırılması gibi değişiklikler de "aynı" olma durumunu etkilemez. "Ayırt edilemeyecek kadar benzerlik" ise, karşılaştırılan işaretler arasındaki farklılıkların markanın kapsadığı mal ve hizmetin orta düzeydeki alıcı kitlesi üzerinde bıraktığı genel izlenim itibarıyla önemsenmeyecek derecede düşük olması nedeniyle aynı işaret gibi algılanmasıdır.

Bu durumda, karşılaştırılan işaretlerin "aynı" ya da "ayırt edilemeyecek kadar benzer" olması halinde, markayı oluşturan işaretler arasında iltibasın varlığı ayrıca bir inceleme yapılmasını gereksiz kılacak derecede güçlü ve açık olduğu peşinen kabul edileceğinden; anılan KHK'nin 7/1- (b) bendinde ayrıca iltibas tehlikesi bulunup bulunmadığı hususlarının da araştırılması gibi bir koşul yer almamıştır. Bu bakımdan, yukarıda da ifade edildiği gibi bir ayniyet veya ayırtedilemeyecek derecede benzerlik mevcut ise Türk Patent Enstitüsü tarafından re'sen başvurusunun 556 sayılı KHK'nin 7/1- (b) bendi uyarınca reddine karar verilebilecektir.

KHK'nin 8/1- (b) kapsamında karıştırılma tehlikesine yol açıp açmadığının değerlendirilebilmesi ise ancak ilgililer tarafından anılan KHK çerçevesinde itirazda bulunulmasına bağlıdır.

Böyle bir değerlendirme yapılırken her tescil başvurusunun somut koşullarının gözetilmesi gerekliliği de göz ardı edilmemelidir.

Yukarıda açıklandığı üzere bu konudaki değerlendirme ancak her tescil başvurusunun somut koşulları dikkate alınarak yapılabileceğinden, dava konusu işaretlerin tertip tarzı, içerdiği kelime ve şekil unsurları ile başvuru konusu markanın tescili istenen emtia sınıfı birlikte gözetildiğinde, benzerlik olgusunun iltibasa yol açacağıın peşinen kabulünü mümkün kılmayacağı, ancak işaretler arasında bağlantı ihtimalini de içerecek derecede karıştırılmaya yol açılıp açılmayacağı hususlarının değerlendirilmesini zorunlu kıldığı yani uyumsuzluğun 556 Sayılı KHK'nin 8/1- (b) bendi kapsamında kaldığından, davalı Enstitünün tescil başvurusunun 556 sayılı KHK'nin 7/1 -b bendi gerekçe yapılmak suretiyle reddi kararı doğru değildir. ''

İki marka arasındaki benzerliğin söz konusu olması¹ için markaların kapsadıkları mal ve hizmetlerin yakınlık derecesi dikkate alınarak, iltibasın fiilen gerçekleşmesine

¹ Şanal, 8/1-b bendinin iki ana unsura dayandığını belirtmektedir: 1-iki markanın benzer olması 2- iki marka arasında halk nazarında karıştırılma ihtimalinin bulunması. Ayrıca yazar, Yasaman'dan atıfla, markaların karıştırılması söz konusu olabileceği gibi, markayı taşıyan mal ve hizmetlerin

gerek olmaksızın¹, iltibas tehlikesi, bir başka deyişle, iltibas ihtimalinin varlığı yeterlidir². Karıştırma ihtimalinden söz edebilmek için bir markanın aynısının veya benzerinin kullanılması suretiyle, o markanın tüketici kitlesinin zihninde, her iki marka arasında, markayı taşıyan ürünler arasında veya markaların sahibi olan tacirler arasında karışıklığa yol açması, yanlış kanaate yönlendirmesi gerekir³.

Karıştırma ihtimalinin varlığı, mutlaka her somut olaya göre⁴, malın hitap ettiği tüketici kitlesi, malın cinsi, niteliği, fiyatı gibi unsurlar incelenerek değerlendirilmelidir.⁵

karıştırılmasının da söz konusu olabileceğini belirtmektedir. : **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.81.

¹ Markaların, markaların kapsadığı mal veya hizmetlerin, tacirlerin karıştırılması değil, karıştırma ihtimalinin bulunması, MarKHK 8/I-b anlamında gerekli ve yeterlidir.: **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.83; Yrg. 11.HD. T: 12.10.2004 E: 2003/13267 K:2004/9678 ‘ ‘ 556 Sayılı KHK.nin 8.1.b. maddesinde ‘ ‘Tescil için başvurusu yapılan marka tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerde aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa’’ tescil başvurusunun reddedileceği öngörülmüştür. Aynı isimle yapılan tescil başvurusunun reddedilebilmesi için marka konusunda uzman bilirkişilerden oluşacak bir kurulca, davaya konu her üç sınıf gıda için davalı şirketin marka başvurusunu eklediği emtia listesinin, davacının daha önce tescil ettirdiği markaya ait ürünlerle orta düzeydeki tüketiciler tarafından ‘ ‘karıştırılma ihtimali’’ veya daha önce tescil edilmiş marka ile ‘ ‘ilişkili olduğu ihtimalini kapsayıp kapsamadığı’’ hususlarının araştırılması ve oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekir. ’ ’ : Kazancı İçtihat Bankası ET: 25.05.2015.

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.98; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.103.

³ **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.82.

⁴ **Çolak**, bir eserinde, marka davalarında; tanınmış iddiası, markanın kullanım yoluyla ayırt edici hale gelip gelmediği gibi bazı teknik incelemeyi gerektiren durumlarda bilirkişi incelemesinin kaçınılmaz olduğunu, diğer yandan, sınıfsal benzerlik de dahil olmak üzere, iki marka arasında karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığı, dava konusu markanın markasal anlamda kullanılıp kullanılmadığı gibi hususlarda ise bilirkişi incelemesinin gerekli olup olmadığı hususunun tartışmalı olduğuna dikkat çekmiş, yerel mahkemelerin ve yüksek mahkemenin bilirkişi incelemelerine yönelik kararlarından örnekler sunmuştur. Bkz: **Çolak**, Uğur, Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010, (Editör Tekim Memiş) s, 133; **Kendigelen** de bir dava dosyasında sunmuş olduğu bilirkişi raporunda, taraflar arasındaki iltibas iddiasına şu şekilde açıklık getirmiştir. ‘ ‘...davalının sırf iltibas oluşturmak niyeti bulunsaydı, ‘ ‘Evita’’ sözcüğünü davacının kullandığı biçimde kullanması hayatın olağan akışına uygun olurdu. Oysa davalı, aynı kelimeyi, davacının kullandığından son derece farklı biçimde kullanmaktadır. Nitekim dosyada yer alan bilirkişi raporunda da –rapordaki incelemenin doğru mevzuat kapsamında yapılmış olmadığı hususu bir yana- bu son noktaya işaretle, iki marka arasında iltibasın bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Gerçekten de, iki marka arasında iltibasın mevcut olup olmadığı değerlendirilken, o ürünün arz edildiği toplumdaki orta düzeydeki bir kimsenin yanılmasına neden olup olmayacağına bakmak gerekir. Her ne kadar fonetik bakımdan iki sözcük aynı ise de, görsel açıdan bu iki sözcüğünün kullanıldıkları şekil itibarıyla karıştırılma ihtimali oluşturacaklarından bahsetmek fikrimizce mümkün değildir’’ **Kendigelen**, Abuzer, ‘ ‘Marka Hakkının Korunması-Korumanın Kapsamı’’ (27) Hukuki Mütalaalar C.III, İstanbul, 2006, s.227.

⁵ İltibas ihtimali üzerine verilmiş Yargıtay kararlarına uygulamadan örnekler için bkz: **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.99 vd.

Çünkü orta dikkate haiz bir tüketicinin¹ bazı temel ihtiyaç maddelerini alırken ayıracağı zaman ile pahalı ve lüks bir malın alıcısının ayıracağı zaman ve dikkat aynı değildir.

Sözcükten oluşan marka ile resimli bir marka arasında da benzerlik söz konusu olabilir. Şöyle ki; sincap resmi marka olarak kullanılırken ‘*sincap*’ kelimesinin de bir başkası tarafından kullanılması iltibasa yol açar². Diğer yandan, yabancı bir sözcükten oluşan marka ile, onun Türkçe karşılığından oluşan marka arasındada iltibastan söz edilebilir³. Fakat bu son durum için o yabancı lisanın, Türkiye’de az çok biliniyor olması gereklidir⁴.

Benzerliğin tespiti için öncelikle karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılmalıdır⁵. Bunun neticesinde, markanın bütün olarak tüketicide bıraktığı izlenim esas alınır⁶. Çünkü, marka farklı unsurlardan oluşmasına rağmen, bütünü itibariyle bıraktığı etki, diğer markayı çağrıştırabilir veya tam tersine, söz konusu markaların unsurlarındaki benzerliğe rağmen tamamen farklı etki yaratabilir⁷. Bu nedenle, benzer marka kullanmanın ilk unsuru, söz konusu markaya bakıldığında toplu olarak bıraktığı intiba

¹ Yrg. 11.HD. T: 13.11.2003 E: 2003/4003 K:2003/10839 ‘*Doktrinde halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulun bir araya gelmesi halinde irdeleneceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldanda birincisinin tescili istenen markanın tescilli marka ile aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olduğu belirtilmiştir. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü, bu işin ilgisi veya uzmanı değil, halk olmalıdır. Önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. İşitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görünüş açısından ‘umumi intiba’ olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması veya iki markanın birbirini çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli kabul edilmiştir.*’ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.454

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.101.

³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.101 : Paris Sözleşmesi’nin, 1.mük. 6.md.sinde de tanınmış markanın karışıklığa yol açabilecek tercümesinin aynı veya benzeri mallarda kullanılması yasaklanmıştır.

⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.101: Bu nedenle Almanya’da ‘*aslan*’sözcüğünün Almancası olan ‘*Löve*’ ile İngilizce karşılığı olan ‘*Lion*’ sözcüklerinin marka olarak kullanılmaları halinde iltibastan söz edilebileceği kabul edilmiştir.

⁵ **Kaya**, Marka Hukuku, s.137.

⁶ Yrg. 11 HD. T: 02.10.2000 E:2000/6447 K:2000/7287 ‘*Davalıya ait ‘Afra’ markasının harici biçim, telaffuz, kulaktaki izlenim, yazılan harflerin karakterleri itibarıyla davacıya ait ‘Afra’ markası ile iltibasa ve karışıklığa yol açacak derecede benzer olduğu ve bu şekilde kullanılması halinde ortalama müşteri çevresi ve alıcılar gözünde yanlışlıklara, iltibasa, karışıklıklara yol açacağı tartışmasıdır.*’: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.446; Yrg. 11.HD.T:02.07.1998 E: 1998/3336 K:1998/5067 : **Kaya**, Marka Hukuku, s.138; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.99; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.81; **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.91; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.93; **Camcı**, Ömer, Marka Davaları, İstanbul, 1999, s.55; **Kendigelen**, Abuzer, ‘*Marka Hakkına Tecavüz*’ Hukuki Mütalaalar C.III, İstanbul, 2006, s.264.

⁷ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.19; **Arkan**, Marka Hukuku, s.99, Ayrıca Yazar, İsviçre’de aralarında iltibas bulunduğu yönünde karar verilen markalara örnekler sunmuştur: Sadolin-Sado, Alpha-Alpha-Dara, Kamillosan-Kamillan.

itibariyle, ilk bakışta ayırt edilemeyecek derecede benzeyen bir markanın kullanılmasıdır¹. Önemle belirtmek gerekir ki buradaki benzerliği, mutlaka lafız, kaligrafik² veya fonetik benzerliğe³ özgülememek gerekir çünkü marka işlevi gereği, göze, kulağa ve düşünceye etki eder⁴. Keza sözcük markalarında da bir harf veya hece farklılığıyla ayırt edicilik sağlanmaz. Bu nedenle özellikle gözde ve kulakta bıraktığı tesire dikkat edilmelidir⁵.

Karahan⁶, benzerliğin tespitinde, korunması istenen markanın güçlü bir işarete sahip olup olmadığı hususunun önemine değinmiştir. Buna göre markanın güçlü bir işarete sahip olup olmadığı, markanın tanıtma gücü ile ilgilidir. Tanıtma gücü yüksek olan markaların, uzun yıllar kullanım ve yoğun reklam kampanyaları gibi araçlarla güçlü markalar oluşturmalarına bağlı olarak ihlale maruz kalma riskleri de yüksek olacaktır. Bu nedendir ki onlara sağlanan korumanın zayıf markalara nazaran daha kapsamlı olması gerekecektir⁷. Ayrıca yazar, bütünsel benzerlik noktasında, markanın esas unsuru

¹ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s. 93.

² Yrg. 11 HD. T: 25.01.2000 E: 1999/6765 K: 2000/317 “*Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaaya aykırı, bir yön bulunmamasına ve her ne kadar tarafların markalarına ilişkin ‘miss’ ve ‘mini’ sözcükleri gerek anlam, gerekse yazılış bakımından tamamen farklı iseler de, bilirkişi raporlarında da değinildiği gibi, davalı tarafından ürün ambalajlarında kullanılan ‘mini’ sözcüğü kaligrafik bakımdan davacının tesclli ‘miss’ markasına benzetilmek suretiyle, iltibas yarattığı, belirlenmiş bulunmasına göre davalı tarafın temyiz itirazlarının reddi ile, kararın onanması gerekmiştir.*” **Karan / Kılıç**, s.210.

³ Viyola-Viala, Tursil-Tonsil, markaları arasında biçim ve telaffuz yönünden benzerlik vardır: **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.101.

⁴ **Kaya**, Marka Hukuku, s.139. ayrıca yazar, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından iki örnek sunmuştur: (121 III 377- BOSS/BOKS kararı) “*Federal mahkeme kararında, iltibas olgusu belirlenirken markanın bütünüünün bıraktığı izlenimin önemli olduğu, markanın lafzı kadar içerik anlamının önemli olduğu, bu bağlamda kısa kelimelerde karıştırma tehlikesinin uzun kelimelere kıyasla daha az olduğu, BOSS ve BOKS kelimelerinin harf itibarıyla teşekkül tarzının benzer olduğu, buna karşın içerik anlamlarının açık bir şekilde farklı olduğu ve karıştırma tehlikesinin olmadığı sonucuna varılmıştır*” (BGE 119 E.2 d) “*Aynı şekilde Federal Mahkeme deterjan markası olarak ‘Radion’ ile ‘Radomat’ arasında da karşılaştırmalı bir fonetik tahlil yaparak iltibas tehlikesi görmemiştir.*” ; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.101; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.420.

⁵ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s. 95. Ayrıca yazarın sunduğu örnek: TD. T:02/04/1959 E: 914 K: 990 “*...mütehassıs bilirkişi raporunda ‘Aspirin’ ve ‘Asporal’ markalarının kulakta ve hafızada bıraktığı tesir ve söylenişteki benzerlik itibarıyla vasat bir müşteriden beklenmesi mümkün olan dikkat bakımından bir tefrik yapmaya elverişli bulunmadığı ve ‘Asporal’ kelimesinin kullanımının ‘Aspirin’e benzetme gayretinden ileri geldiği belirtilmek suretiyle iki marka arasında lafzi bakımdan da bir iltibas mevcut olduğu, raporda gösterilen esaslar dairesinde lafzi bakımdan mevcut olan iltibasın kaldırılmasına karar verilmesi gerekir.*”

⁶ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s. 93 vd.

⁷ Yazar’ın İsviçre uygulamasından verdiği örnekler: Dijital bilgi taşıyıcıları için “Digibau”-“Digiplan”, alkollü ve alkolsüz içecekler için “Liguid Gold”-“Swiss Gold” işaretlerinin zayıf işaretler olduğundan karıştırılmayacağına, buna karşın, tereyağı ve margarinler için, “Balkensignet”, eczacılık ve kozmetik ürünleri için “Kamillosan” _ “Kamillon”, parfüm ve kozmetikler için “Chanel, No 5, Coco”-“Chenal

itibariyle ayırt edilebilir olmasının önemine dikkat çekmiştir. Markalar arasındaki ayırt edicilik de markanın esas unsurunda (sözcük¹ veya resim² vs.) aranmalıdır. Fakat bunun yanında, markaların esas unsurları farklı (örneğin biri resim diğeri sözcük³) olsa bile sonuç itibariyle bıraktığı izlenimin aynı olması durumunda yine benzer markalardan söz edilebilecektir.

İltibas tehlikesinin⁴ belirlenmesinde kural olarak orta düzeydeki (vasat) tüketicinin ilk bakışta ürün veya hizmeti karıştırmaması veya karıştırma tehlikesinin bulunması ölçütü esastır⁵. Benzerlik ve karıştırılmanın varlığı konusunda hedef kitle halktır⁶. Karıştırılma ihtimali ‘*halk yönünden*’ değerlendirilmelidir⁷ yoksa ilgililerin

5 Chico, Coko ‘‘ işaretlerinin ise güçlü işaretler olduğuna hükmedilmiştir.

¹ Yrg.11. HD. T:11/11/1958 E:2904 K:2700 ‘‘...yazılıştaki fark, telaffuzda bir değişiklik yapmıyorsa, itibasın varlığına karar vermek gerektiğine...’’ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.93 vd.

² Dn.12 D. T: 03/11/1978 E: 2265 K:1878 ‘‘ Tescili talep edilen ‘‘Son’’ kelimesi ve bulaşuk yıkayan kadın resminden oluşan kompozisyonda resim unsuru hakim durumda olduğundan bu markadaki, ‘‘Son’’ kelimesi ile daha önce başkası adına tescil edilmiş ‘‘Sonne’’ markası arasında benzerlik bulunmamaktadır.’’ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.93 vd.

³ Dn.12 D. T:14/10/1968 E: 1972 K:1823 ‘‘...tescili talep edilen Sincap kelimesi ile evvelce tescil edilmiş bulunan –sincap resmi- arasında aynı emtia üzerinde konulacak markalar olarak söyleniş ve anlam bakımından ilk bakışta ayırt edilmeyecek bir benzerlik olduğundan ...’’ : **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.93 vd., Yazarın atfı: Sağlam, Mehmet Ali, Türk Markalar Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, Ankara 1973.

⁴ Tekinalp, iltibas tehlikesinin sık rastlantığı halleri ve unsurlarını şöyle sıralamıştır: Sık rastlanan haller 1- Alıcının almayı düşündüğü markayı taşıyan mal/hizmet yerine başka mal/hizmet alma tehlikesi 2- İşletmede (kökende) yanıltma 3- bağlantı bulunduğu zannının yaratılması tehlikesi 4- karıştırılma tehlikesinde görsel öğelerin ve kelimelerin aynı anlam etkisini yaratması. Unsurları 1- Aynı işaret ve benzer işaret 2- Aynı veya benzer mal veya hizmet 3- kullanma sorunu.: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.439 vd.

⁵ **Kaya**, Marka Hukuku, s.140.

⁶ **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.82; MarKHK 8.md.de de ‘‘halk’’ kavramına yer vererek, iltibas ihtimalinin varlığının tespitinde bir kriter ortaya koymuştur.

⁷ Yrg. 11. HD. T:13.11.2003 E: 2003/4003 K:2003/10839 ‘‘ 556 sayılı KHK'nin Marka Tescilinde Red İçin Nisbi Nedenler'i düzenleyen 8/2.b bendinin ikinci cümlesinde aynen "tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve bu karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini kapsıyorsa" ifadesi yer aldığı gibi, Markanın Korunması Kapsamı'nı düzenleyen 9/2.b maddesin de, "işaret ile tescilli marka arasında bağlantı olduğu ihtimali de dahil, karıştırılma ihtimali olan herhangi bir işaretin kullanılması"nın markaya tecavüz oluşturacağını öngörmüştür. Şu halde, burada üzerinde durulması gereken husus halk tarafından karıştırılma kavramından ne anlaşılacağıdır. Doktrinde, halk tarafından karıştırılma ihtimalinin iki koşulun bir araya gelmesi halinde irdelenebileceği kabul edilmiş ve bu iki koşuldun birincisinin tescili istenen markanın, daha önce tescilli bulunan markanın aynısı veya benzeri olması, ikincisinin ise her iki markanın aynı mal ve hizmetlerde kullanılması olacaktır. Halk tarafından karıştırılma ihtimalinde ölçü ise, bu işin ilgilisi veya uzmanı değil, tüketici olan halkın olduğu gözönünde tutulacaktır. Karıştırılma ihtimalinde önemli olan husus, halkın bu iki işaret arasında herhangi bir şekilde herhangi bir sebeple bağlantı kurmasıdır. Burada işitsel veya görsel bir benzerlik ve hatta genel görüntü açısından "umumi intiba"olmasa bile, halk tarafından iki marka arasında bir bağlantı kurulması ve hatta çağrıştırması dahi karıştırılma ihtimali için yeterli bir ölçü olarak kabul edilmelidir. Somut olayda da her iki markanın aynı emtia sınıfında kullanılması söz

veya işin uzmanlarının ya da dikkatli kişilerin söz konusu markaları birbirine karıştırmamaları yahut karıştırmayacak olmaları iltibas tehlikesini ortadan kaldırmayacaktır¹. Ayrıca marka özel bir alıcı kitlesine² hitap ediyorsa, iltibasın varlığının saptanmasında bu alıcı kitlesinin yanılma ihtimali göz önünde tutulur³. Malın hitap ettiği kitle, uzman kişilerden oluşuyorsa karıştırma ihtimalinin belirlenmesinde bu uzman grubun ortalamasının niteliği dikkate alınmalıdır⁴. Bu durumda markaları karıştırma ihtimali de azalır. Örneğin ilaç markalarında reçete ile satılan ve reçetesiz satılan ilaç⁵

konusu olup, her ikisinin de benzer olduğu iddia edildiğine göre, halk tarafından karıştırma ihtimalinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkemece, özellikle davacı vekilinin her iki markanın "karıştırılma ihtimali" bulunduğu yönündeki itirazları dikkate alınarak ve davaya konu emtianın niteliği itibarıyla alıcısı olan halk kitlesinin "ayırt etme, bağlantı kurma" durumu göz önünde tutularak bu konuda uzman bilirkişilerce inceleme yaptırılarak, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmek gerekir." **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.92.

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.437 , Ayrıca yazar, Alman öğretisinde karıştırılmanın, deneysel değil normatif bir kavram olduğunun savunulduğunu, keza karıştırılmanın deneylerle belirlenemeyeceğinin düşünüldüğünü, kendisinin de kısmen bu görüşe katıldığını, fakat bu görüşün anketlerin incelenmesine engel olmayacağını belirtmektedir.

² Yrg. 11. HD. T:30.11.1999 E: 5356 K:9805 '*Markalar farklı unsurlardan oluşsalar da bütünü bakımından bıraktıkları etkinin diğer bir markayı çağrıştırmaması gerektiği, markalar esas unsurların benzer olması halinde, markanın geneline etkisi az olan diğer unsurlardaki farklılığa rağmen iltibasa yol açabileceği, taraflara ait markalar arasında açık farklılık bulunmadığı, özel alıcı kitlesi olan çocukların yanılma ve davalı ürününün davacı ürünü ile karıştırma ihtimalinin bulunduğu sonucuna varılarak davanın kabulü ile davalı kurumun red kararı ve bu kararla tesciline, karar verilen "Ülfet Lobi" markasının iptali ile terkinine karar verilmiştir.*' : **Yasaman**, Marka Hukuku, s.446.

³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin, iltibasın tayininde esas aldığı ölçütler ve metod için bkz: **Kaniti**, Salamon, '*İsviçre Federal Mahkemesi'nin Markalar Arası İltibasla İlgili Kararları*', Batder, 1961, C.I, S.2 s.235 vd.; Mahkeme, alıcıların kim yada kimler olduğunu değerlendirecektir: **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.82.

⁴ **Kaya**, Marka Hukuku, s.141; '*Bunun sebebi, uzman kimselerin bir emtia veya markayı seçerken daha özenli hareket ettikleri varsayımdır*': **Karahan**, Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, s.56.

⁵ İlaç markalarında, son kullanıcıların da ortalama tüketici kapsamında değerlendirildiği bir örnek olarak Avrupa Adalet Divanı, 3.Daire, T:26/04/2007 K:C-412/05 P sayılı '*Trivastan*' ve '*Trivatan*' kararı şöyledir: '*Markanın kullanılacağı ürün ilaçlar olduğundan, doktor reçetesi ile alınabilmekte, eczacı tarafından son kullanıcıya satılmaktadır. Dolayısıyla ortalama tüketici kitlesi, sadece ilacı kullanan hastaları değil aynı zamanda doktor ve eczacıları (profesyonelleri) de kapsar... markanın temel işlevi tüketici ve son kullanıcıya, pazardaki bir ürünü diğer işletmelerin ürünleriyle karıştırmadan belirleyip satın alma güvencesi sağlamasıdır... bu karıştırma olasılığı ürünler arasında idari-ticari bağlantıyı da kapsar... somut olayda markalar arasında işitsel ve görsel benzerlik karıştırma ihtimalini ortaya koyacak düzeydedir.*' : **Alıca**, Türkay '*İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelleri*', Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Editör: Memiş, Tekin) 2009, s.1, dn.133.

ayrımı yapılmakta¹, reçeteli ilaçlarda doktor ve eczacıların² dikkat seviyesi; reçetesiz satılanlarda ise orta dikkat düzeyindeki alıcıların nazarı esas alınmaktadır³.

İltibas tehlikesi, iki markanın aynı veya benzer olup olmadıkları ve aynı ya da benzer mal veya hizmetleri kapsayıp kapsamadıkları dikkate alınarak saptanır⁴. Burada esas itibariyle, markanın tescil olunan şekli ve bu tescilin kapsadığı mal/hizmet listesi esas alınır⁵. Hangi mal ve hizmetlerin benzer nitelikte olduklarına ilişkin değerlendirme kural olarak, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ'e göre yapılır. Fakat bu sınıflandırma mutlak olmayıp, bazen aynı sınıfta yer alan mal veya hizmetler farklı; farklı sınıflarda yer alan mal ve hizmetler aynı olarak nitelendirilebilmektedir⁶. Marka hakkında öncelik sağlamaya elverişli işaretin , diğer marka veya marka başvurusu ile aynı veya benzer sınıf mallar için kullanılması ve tescilsiz fakat marka gibi kullanılan işaretin sahibine fiilen gösterilen faaliyet alanı

¹ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.399.

² Yrg. 11. HD. T:13.01.2003 E: 2002/7864 K:2003/48 ‘‘Bu iki ibare (LIPIDIL-LIPIDROL) arasında kulak algılaması bakımından farklılık olduğu, ayırt edici ekler nedeniyle bilgilenmiş tüketici gruplar (doktor ve eczacılar) açısından yeterli ayırt edici nitelğe sahip oldukları; doktorlar tarafından bilinçli olarak tercih edilen ve reçeteye doğru olarak hızlı ve okunaksız bir biçimde yazılan iki kelimededen birinin reçeteyi okuyan eczacı veya kalfası tarafından diğeriyle karıştırılma riskin bulunmadığı sonucuna varılmıştır’’: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.453; ‘‘Benzer formülü ihtiva eden ve piyasaya arz edilen ilaçların markaları karşılaştırmalı olarak incelendiğinde ilaç isimleri arasında az çok benzerliğin olduğu görülecektir. ...Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, konunun teknik bir tespitinin yapılmasıdır’’: **Kaya**, Marka Hukuku, s.143-144; **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.95.

³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, 103; Ayrıca ayrıntılı bilgi ve mukayeseli hukuk için bkz: **Öztek**, Selçuk, ‘‘İlaç Markaları Alanında Son Gelişmeler’’ I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu 05-06 Mayıs 2005, s.12.

⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.97.

⁵ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.101.

⁶ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.164; **Güneş**, Haksız Rekabet Davaları, s.114 : Yrg. 11. HD. T:04.10.2005 E: 2005/9108 K: 2005/9205 ‘‘...Çünkü yukarıda belirtildiği üzere, Nice anlaşmasının 2/1.maddesine göre sınıflandırma, tescil edilen herhangi bir marka için temin edilen koruma sınırlarının değerlendirilmesi konusunda bağlayıcı değildir. Sınıflandırmanın esas sistem olarak kabulü halinde dahi tescilli markanın koruma sınırı, somut uyumsuzluğun özelliğine göre belirlenecektir. Burada dikkate alınması gereken kriter halkın karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığıdır. davacı ticaret sınıfı için markanın tescilini istemiştir. Davalının markası ise, hizmet sınıfı için tescillidir. Ancak, farklı mal ve hizmetler ile ilgili olmasına rağmen davacının tescilini istediği marka ile davalı adına tescilli markanın kullanılacağı mal ve hizmetler açısından benzerlik ve bu benzerliğin halk arasında karıştırılma olasılığı bulunduğu savunmasının değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim dairemizin, 2004/9414 Esas, 2005/7885 Karar sayılı ilamında da anılan eksikliğe işaret edilerek yerel mahkeme kararı bozulmuştur. O halde mahkemece, 556 sayılı KHK’nın ve atıf yapılan uluslararası anlaşmanın hükümleri gözetilerek benzerlik, iltibas ve halk nazarında karıştırılma olasılığı açısından somut olaya ilişkin durum ve veriler birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, salt tebliğ hükümlerine dayanılarak taraf markaların farklı sınıflar için tescilli olduğu gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, davalı T.Patent Enstitüsü Başkanlığı vekilinin karar düzeltme itirazının kabulü ile Dairemizin 2994/6405 Esas, 2005/2823 sayılı onama ilamının kaldırılarak kararın davalı Enstitü Başkanlığı yararına bozulması gerekmiştir.’’

bakımından sonuç doğurması veya hak yaratması söz konusudur yani bu hakkın sınırları, kullanıldığı ticari faaliyet ve komşu alanlarıdır¹. Yargıtay bu konuda çeşitli kriterler ortaya koymuş, bunların söz konusu olduğu durumlarda müşteri çevrelerinin kesişeceği ve karışıklık meydana geleceğinden bahisle, bu doğrultuda kararlar vermiştir². Yargıtay'ın kriterlerini; Piyasa anlayışı, benzer alıcı çevresine hitap etmeleri, benzer ihtiyaçları gidermede kullanılmaları, son kullanıcıları, birbiri yerine ikame edilebilme ile rekabet etme olanaklarının bulunması, kullanım amaçları, birinin diğerini tamamlama imkanının olması, dağıtım kanallarının ortak olması, kullanım yöntemleri, hedeflenen halk kesimleri şeklinde sıralamak mümkündür.

*Karahan*³'in isabetle değindiği bir diğer husus, iltibasın varlığına, her iki markayı aynı anda göz önünde bulundurarak karar verilemeyeceğidir⁴. Çünkü alıcılar da çoğunlukla bunları aynı anda görerek karar vermemektedir. Yazarın belirttiği üzere, birbirinin aynısı veya ayırt edilemeyecek kadar benzeri olan şeyleri aynı anda ve aynı yerde görmekle, farklı anda ve farklı yerde görmek arasında ciddi fark vardır. Çünkü insanın daha önce gördüğü veya duyduğu şeyden hafızasında kaldığı kadarıyla ikincisiyle bir karşılaştırma yapar.

MarKHK 8/III md.hükmünde '*tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin*' ibaresinden, söz konusu işaretin aynısının tescilinin talep edilmesi halinde tanınan itiraz hakkının, markanın ilk bakışta ayırt edilemeyecek derecede benzerlerinin tescilinin talep edilmesi durumunda da tanınmasının uygun olacağı doktrinde belirtilmiştir⁵.

¹ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.116.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.164 (Yrg. HGK. T:07.06.2996 E: 11-338 K:338; Yrg. 11. HD.27.03.2008 E: 649 K:3957) ; Ayrıca bkz: **Karahan**, Sami, '*Markanın Tescil ve Korunmasında Sınıfsal Sınırlar*', Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi Y.2005, C.I, S.I, s.13 vd.

³ **Karahan**, Hükümzülük Davaları, s.102.

⁴ Karşı görüş: **Camcı**, s.55: '*Benzerliklerin ve farklılıkların tespitinde iki markanın yanyana tutularak değerlendirilmenin yapılması yerinde olur*'

⁵ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.109; Yrg. 11. HD. T: 06/07/1998 E:1998/359 K:1998/5121 '*Markayı ticari faaliyetinde kullanan tescilsiz markanın sahibi, başkası tarafından tescil ettirilen aynı yada benzer markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini isteyebilir*': **Yasaman**, Marka Hukuku, s.442; **Suluk/Kenaroğlu**, s.41

*Tekinalp*¹, MarKHK 8/III hükmünün uygulanma şartları arasında, tescilsiz kullanılan işaret ile tescili talep edilen marka arasında ayniyet, benzerlik ve iltibas tehlikesinin bulunması gerektiğini belirtmektedir.

*Arkan*²'a göre ticaret ünvanında yer alan ayırt edici ekin, aynı konuda çalışan bir kişinin marka olarak tescili talep edilmesi halinde iltibas tehlikesi yaratması ve bu durumun da tacirler arasında istenmeyen bağılıklar kurması söz konusu olabileceğinden bahisle ticaret ünvanının bir bütün olarak iltibas tehlikesine karşı korunması gerekliliğini, dolayısıyla MarKHK 8/III hükmünün kapsamına ticaret ünvanının haksız rekabet hükümlerine göre iltibas tehlikesine karşı korunmasının da dahil edilmesinin uygun olacağını vurgulamıştır³. Fakat bunun yanında, bir Yrg.HGK kararından⁴ hareketle, farklı konularda faaliyet gösteren –fakat markası tanınmış marka olmayan- kişiler arasında bu durumun iltibas tehlikesi yaratmayacağını da eklemiştir. Ayrıca yazar, aynı karara ilişkin olarak bir başka eserinde⁵ de , konuya temas etmiş, haksız rekabet alanında fail ile mağdur arasında rekabet ilişkisi bulunması gerekmediği noktasından hareketle, 8/III md. hükmü açısından, işaret ve başvuru sahibinin aynı alanda çalışmasına gerek olmadığını söylenebileceğine, fakat diğer yandan, bu şekilde bir yaklaşımın, 8/III md. hükmünde bahsedilen işaretlerin tanınmışlık düzeyi yüksek işaretlere tanınan geniş korumadan yararlandırılmış olacağına dikkat çekmektedir⁶.

*Şanal*⁷ da söz konusu Yargıtay kararında, bahse konu işaretin Paris Sözleşmesi'ne taraf birçok ülkede tescilli olması, Paris Sözleşmesi 1.mük. 6.md. anlamında tanınmış marka olduğunu göstermeyeceğinden bahisle, tanınmış markalara

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.423.

² **Arkan**, 556 sayılı KHK'nın 8/III maddesi İle İlgili Bir İnceleme, Batıder, C.21 S.4Y.2002 s.101 vd.

³ Ayrıca yazar, bu yönde bir karar örneği sunmuştur: (Yrg. 11. HD. T: 20/01/2001 E: 9368 K:640) Ticaret ünvanında kullanılan '*çapari*' sözcüğü, bir başkasının hizmet markası olarak tescil ettirilmesini, hükmün kapsamını genişlemiş olsa da, 7/I-b' ye aykırı bulunarak tescilin terkinine karar verilmiştir.

⁴ Yrg.HGK T: 27/02/2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115.

⁵ **Arkan**, KHK'nın 8/III maddesi İle İlgili Bir İnceleme, s.101 vd.

⁶ Ayrıca yazar, iltibas tehlikesini incelediği bir başka eserinde, MarKHK'nın 9/I-b'de düzenlenen, marka sahibinin '*...ilişkilendirme ihtimali de dahil karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılmasının*' önlenmesini talep edebileceği hükmünden hareketle, MarKHK'nın hazırlanmasında yararlanılan 89/104 sayılı Yönerge'de de bu hükmün, eski marka ile bağlantı kurulması ihtimalinin iltibas tehlikesi içinde mi yoksa ayrıca mı ele alınacağı hususunu tartışmış ve bu hususlarda ileri sürülen görüşleri irdelemiştir. Ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz: **Arkan**, Sabih, '*İşaret ile Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırılma) Tehlikesi*', Batıder, Y. 1999, C.20, S.2, s.5.

⁷ **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.94.

sağlanan farklı sınıfları da kapsayan korumanın söz konusu olamayacağını, dolayısıyla, giyim eşyası için marka olarak kullanılmasının, inşaat sektöründe faaliyet gösteren diğer marka bakımından iltibas unsuru teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Sonuç olarak, MarKHK 8/III hükmünün kapsamına aynı marka yanında, iltibas derecesinde benzeyen markalar dahildir. Bir başka deyişle, gerçek hak sahibine bu hüküm dolayısıyla tanınan haklar markanın aynısı veya iltibas yaratacak benzeri için de cari olduğu söylenebilir.

C. MARKANIN KULLANILMASI

8/III md. hükmünde ‘*tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin..*’ şeklinde yer alan ibareden hareketle, hükmün uygulanabilmesi için marka veya diğer işaretlerin kullanılması gerektiği şartı açık olup, kullanmanın niteliğinin nasıl olması gerektiği, markasal anlamda¹ kullanılma şartının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır.

Marka hukukunun, marka sahibine tanıdığı kullanma hakkı ve dolayısıyla başkalarının da markayı kullanımını yasaklama hakkı, hukuka uygun ve haksız yararlanma teşkil etmeyen kullanım şekilleri müstesna, markanın başkaları tarafından kullanımını engellemektedir².

Bir işaretin marka gibi kullanılması suretiyle tescilden önce veya hiç tescil edilmeksizin üzerinde hak elde edilebilmesi onun marka olarak işlevlerini yerine getirmesi sayesinde gerçekleşmektedir³. Bir işaretin markasal anlamda kullanımı; bir yandan, o işareti tescil ettirmeksizin kullanarak, üzerinde hak sahibi olunmasını sağlayan ve belli özellikleri içeren kullanımlar, diğer yandan, tescilli bir marka sahibinin, tescilden

¹ Yrg. 11. HD. T:03/07/2000 E:2000/5437 K: 2000/6332 ‘*Davacı, 1984 yılından bu yana kesintisiz şekilde tescilsiz olarak kullandığı Carla markasına ayırt edicilik kazandırdığı gibi, davalı adına tescil ettirdiği İnnova A.Ş. Carla markasını davanın açıldığı tarihe kadar kullandığını kanıtlayamamıştır. Bu nedenle, m.14 ve 42 uyarınca davalının markasının hükümsüzlüğüne karar verilmiştir.*’: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.443.

² **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.97.

³ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.115: ‘*Nitekim, Anglo-Sakson ülkelerinde, belli bir işaret üzerindeki hakkın sadece onun seçilmesiyle elde edilmediği, aynı zamanda kullanımından kaynaklandığı, kullanımı ile geliştiği öngörülmektedir*’

doğan hakka dayalı olarak başkalarının yasaklayabileceği nitelikteki hukuka aykırı kullanımlar anlamına gelmektedir. Daha açık bir ifadeyle, tescilli olsun veya olmasın markanın işlevlerini yerine getiren kullanımlar markasal kullanımdır¹. Önemli olan söz konusu işaretin markanın etkilerini doğuracak ve fonksiyonlarını yerine getirecek tarzda kullanılıyor olması olup, bu noktada tescilli/tescilsiz markaların farkı, yukarıda da ayrıntılı olarak aktarıldığı üzere, markanın fonksiyonları itibarıyla değil, tabii oldukları hukuki statü itibarıyla. Tersine bir söylemle, bir markanın tescilsiz oluşu –ve dolayısıyla MarKHK’nın korumasından kural olarak yararlanmaması- o markanın fonksiyonları itibarıyla marka olarak nitelenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Keza, bir işareti gören tüketici, onu bir mal ve/veya hizmetle bağdaştırıyor –ve çoğunlukla sorun olduğu üzere- başka bir işletmenin mal ve/veya hizmeti sandığı veya sanabileceği durumlar söz konusu oluyorsa markasal kullanımdan söz edilecektir². Bu durumda da işaretin, reklam, tabela, broşür, katalog, internet ortamındaki her türlü kullanımlar, klasik anlamda üretimde ve ambalajlardaki kullanımlar, sözel iletişim aracı olmanın yanı sıra, çeşitli mecralarda yapılan sesli ve görsel kullanımlar da markasal kullanım olarak değerlendirilebilir³.

Yargıtay’ın MarKHK 8/III md. hükmü anlamında hak sahibi olabilmek için söz konusu işaretin ticaret sırasında kullanılması gerektiği, bunun da markasal kullanım anlamına geldiği bu noktada 7/II anlamında ayırt ediciliğin, hükmün uygulanmasındaki yerini ortaya koyduğu Yrg.HGK kararı şöyledir⁴:

“Tescilin bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan başka bir işaretin sahibinin itiraz etmesi üzerine, tescili istenen marka şu hallerde de tescil edilemez.

a) Markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüchan tarihinden önce bu işaret için hak elde edilmiş olmalı,

b) Belirtilen işaret sahibine daha sonraki bir markanın kullanımını yasaklama hakkı vermesi halinde marka tescil edilemez. Burada davalı M.. işaretini hizmet markası olarak kullanmamış, yasadan kaynaklanan

¹ Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.97.

² Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.97: Yargıtay, davacının tescilli ‘‘Alsancak oto+şekil’’ markası ile çıkan ve gerek tabelada gerekse faturalar ile kartvizitte yer alan ‘‘Alsancak oto cam’’ şeklindeki işletme adı kullanımlarını markasal kullanma olarak nitelemiştir. Yrg. 11.HD.T:14.02.2011 E: 2009/8565 K: 2011/1649.

³ Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.98.

⁴ Yrg.HGK T:27/02/2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115 ET:04.06.2015

hakkını ileri sürüp tescil talebinde bulunmamıştır. Davalı bu işarete ayırtedici bir takım sözlerle birlikte ünvanında kullandığı için bu kullanım davacıya üstün hak sağlamamıştır. Davalının itiraz hakkının geçerli olması için, tescilsiz işaretin "ticaret sırasında kullanılmış" olması gerekir. Ticaret sırasında kullanma ise, marka hukukuna özgü kullanmayı gerektirir. Hatta ticaret sırasında kullanma, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce gerçekleşmelidir.

Dava konusu olayda, davalı ünvanında yeralan işaretin mahiyetine göre davacı haklarını etkilemediği, davacıya ait markanın Paris Sözleşmesi'ne taraf birçok ülkede tescil ettirilmiş bulunduğu anlaşıldığına göre, Türkiye'de tesciline engel bir durum bulunmamaktadır."

Arkan¹'a göre buradaki 'işaret' kavramı geniş yorumlanmalı ve ticaret hayatında kullanılan her türlü tanıtmaya işareti kapsar şekilde nitelendirilmelidir. Bu bağlamda, ticari hayatta kullanılan ses ve melodiler, tabelalarda kullanılan sözcükler, çoğu kez tacirin ticaret ünvanının bir kısmı esas alınarak oluşturulan ve marka olarak da kullanılabilen kısaltma ve vurgu sözcükleri işaret kapsamında değerlendirilebilir. Yazar burada bir Yrg.HGK kararından² hareketle şu hususlara da değinmiştir: Davalı holding bünyesindeki şirketlerin ticaret ünvanlarında yer alan ibareler şirket kurucularının adlarını ifade ediyor olsa da veya hiçbir anlamı olmasa da madde kapsamında 'işaret' olarak değerlendirilebilir. Buna bağlı olarak da ünvanını ticaret siciline tescil ettirdiği tarihten itibaren, ünvandan ayrı olarak ticaret hayatında kullanılmış olması halinde bu ibarenin başkası tarafından tescili talep edilmesi halinde, 8/III md. hükmüne dayanarak itiraz edebilecektir. Yrg.HGK'nun bu kararda "davalının itiraz hakkının geçerli olabilmesi için tescilsiz işaretin ticaret sırasında kullanılmış olması, ticaret sırasında kullanılmış olması da marka hukukuna özgü kullanmayı gerektirdiği" yönündeki beyanı da yazar tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, markasal anlamda kullanımın, sadece iş evrakı reklam ve ilanlarda kullanılması yeterli olmayıp, markanın mal veya ambalajı üzerinde konulması veya hizmetle birlikte kullanımıdır. Hükümde geçen "ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret" in ise kökeni itibariyle mal/hizmetlerden ayırt etmek amacıyla kullanılmış olması koşulunun aranmayacağını, dolayısıyla söz konusu işaretin ticaret hayatında herhangi bir şekilde kullanılmış olmasını da MarkHK 8/III md. hükmüne göre ileri sürülebilmesi için yeterli olduğunu söylemektedir.

¹ Arkan, HKH'nın 8/III maddesi İle İlgili Bir İnceleme, s.101 vd.

² Yrg.HGK T: 27/02/2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115.

*Tekinalp*¹ ise itiraz hakkının varlığı için tescilsiz işaretin hükümde geçtiği üzere ‘‘ticaret sırasında kullanılmış’’ olması şartının² varlığına dikkat çekerek; ticaret sırasında kullanımın, marka hukukuna özgü kullanım olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir³.

*Kaya*⁴ ise, hükümde geçen ‘‘ticaret sırasında kullanım’’ dan kastın, mutlak ve münhasır olmamak şartı ile, marka hukukuna özgü kullanım olduğunu ve bu kullanımın da markanın tescili için yapılan başvurudan önce gerçekleşmesi gerektiğini belirtmektedir. Bir diğer deyişle yazar, tescilsiz kullanılan işaretin sahibi lehine hak tesis etmesi ve bu hakkın aynı zamanda izinsiz kullanımı yasaklama hakkı vermesini, işaretin münhasıran marka olarak kullanılmasına bağlı olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, hakkın ihdası ile bu hakka bağlı yasaklama hakkı kullanma dışında bir sebepten de kaynaklanabilir. Şöyle ki, maddenin düzenleme biçimindeki ‘‘tescilsiz bir marka veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret’’ ibaresinden bu sonuç çıkarılabilir. Bu durumda bir kimsenin, salt bir logo veya alan adını ticarete kullanmak suretiyle ayırt edici hale getirilmesi bu duruma örnek gösterilmiştir. Yazar bu noktada, bir Yargıtay kararından hareketle⁵, aile işletmesi tarafından kullanılan bir ibarenin, birliktelik

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.423.

² Ayrıca yazar, Yargıtay’ın 8/III deki ‘‘ticaret sırasında kullanılan işaret’’ ibaresini, 8/V hükmü ile paralel yorumladığını yönündeki kararlara örnek sunmuştur: ‘‘Bu düzenlemedeki ‘‘ticaret sırasında kullanılan işaret’’ ifadesinin kapsamı içerisine ticaret ünvanları, işletme adları, isim, fotoğraf, telif hakkı vs.sokulabilir’’ (Yrg. 11. HD. T: 12/01/2004 E: 03/5034 K:04/127).

³ Aynı yönde: **Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.391; **Suluk, Cahit/Kenaroğlu**, Yasemin, Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler, İstanbul Ticaret Odası Yayın No:2011-32, İstanbul, 2012, s.42.

⁴ **Kaya**, Marka Hukuku, 155.

⁵ Yazarın sunduğu örnek karar şöyledir: ‘‘Davacı,davalı şirket ortaklığından ayrıldıktan sonra 01.10.1999 tarihinden itibaren ‘‘Zabun Elektrik’’ ticaret ünvanını kullanarak işyeri açtığını, davalı şirketin bu tarihten sonra aynı ünvanı 05.10.1999 tarihinde kötüniyetle marka olarak tescil ettirdiğini ileri sürerek, muarazanın ve haksız rekabetin men’ine, markanın sicilden terkinine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı, davanın redini istemiş, açılıp bu dava ile birleştirilen davasında ise, 1982 yılından bu yana ‘‘Zabunoğlu Elektrik’’ ünvanı altında çalıştıklarını, bu ismi maruf hale getirdiklerini, marka olarak tescil ettirdiklerini, davacı-karşı davalının ortaklıktan ayrıldıktan sonra iltibas yaratmak amacıyla aynı ismi kullandığını ileri sürerek, haksız rekabetin men’ine, ünvanın ticaret sicilinden terkinine karar verilmesini talep etmiştir. Bidayet mahkemesi, davalı şirketin haksız rekabette bulunduğuunun davacı tarafından kanıtlanamadığı, birleşen davada ise davacı şirketin 1982 yılından itibaren aynı iş kolunda çalıştığı, davalının daha sonra bu ünvanı kullanmasının iltibasa yol açtığı, TK’nun 56 ve 57/5 maddelerine aykırı olduğu, ancak davacı-karşı davalının ‘‘Zabun Elektrik’’ ticaret ünvanını kullanmasının haksız nitelikte olduğunun tespitine, bu ünvanın kullanılmasının men’ine karar verilmiştir. Temyiz üzerine yüksek mahkeme ‘‘ Dava, davacıya ait ve ticaret siciline tescilli olmayan ‘‘Zabun Elektrik’’ ünvanını davalı şirketin daha sonra marka olarak tescil ettirmesi nedeniyle muarazanın ve haksız rekabetin men’i ile markanın sicilden terkin istemi ve karşı dava olarak iltibas nedeniyle haksız rekabetin men’i istemine ilişkindir. Davalı şirket 22.01.1982 tarihinde davcının da

dağıldıktan sonra erken hareket eden biri tarafından marka veya ayırt edici işaret olarak tescil edilmesi durumunda, söz konusu işaretin taraflardan birinin tekeline verilmemesi ve aile şirketinin tüm taraflarınca ortak veya garanti markası şeklinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, bunun mümkün olmadığı durumda, tarafların hepsi markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce veya markanın tescili için yapılan başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce bu işaret için hak elde etmiş olduğu için, söz konusu işareti kullanabilmeli ve tescil ettirebilmeli, ayrıca taraflar arasında bu kullanım bir birlikte var olma ve yaşama anlaşmasına bağlanmalıdır.

*Çolak*¹ ise, 8/III hükmü uyarınca eskiye dayalı kullanım yoluyla gerçek hak sahipliği söz konusu olabilmesi için hükümde bahsi geçen kullanımın markasal nitelikli olması gerekmediğini, örneğin bir internet alan adını² kullanan ve tanıtan kimsenin de eskiye dayalı kullanım sonucunda, o alan adını marka olarak tescil ettirmek isteyen kimsenin tescil talebine karşı çıkabileceğini belirtmektedir. Yazar ayrıca, gerçek hak sahipliğine dayalı olarak bir markanın hükümsüzlüğünün talep edilebilmesi için markanın gerçek hak sahibinin tacir olup olmaması zorunluluğuna da bir Yargıtay kararından bahisle değinmiştir³: “*Yüksek mahkeme, 2008 tarihli BOĞAZİÇİ KUPASI kararında, bir kamu kuruluşu olan Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü’nün, eskiden beri düzenlediği yat yarışlarının Boğaziçi Kupası adıyla kendisi tarafından organize edilmiş olmasına*

aralarında bulunduğu bir aile şirketi olarak ticaret siciline tescil edilmiş olup, davacı, 1999 yılında şirket ortaklığından ayrılarak aynı zamanda soyadı olarak “Zabun” kelimesini kullanmak suretiyle 01.10.1999 tarihinde iş yeri açmış, davalı şirket ise 05.10.1999 tarihinde, “Zabun Elektrik” ibaresini kendi adına marka olarak tescil ettirmiştir. ..davacının 1982 yılından 1999 yılına kadar davalı şirket ortağı olarak faaliyette bulunup emek vermiş ve “Zabun” adının tanınmasına katkıda bulunmuş olmasına göre, bu ismin her iki tarafın birlikte kullanımına ait olup olmayacağının da tartışılmaması doğru görülmüştür” değerlendirmesini yapmıştır” Kaya, Arslan, Marka Hukuku, s.156

¹ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s. 286.

² *Şenocak*, marka hakkının söz konusu markanın alan adı olarak kullanılması hususunu incelemiş, MarKHK 9/2-e hükmü uyarınca marka üzerinde öncelikli ve üstün hak sahibi olan kişiye koruma sağlanabilmesi için alan adında yer alan işareti kullanan kişinin meşru bir hakkı veya bağlantısı bulunması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca yazar, MarKHK 8/III md.hükmü kapsamında da konuyu değerlendirerek, bu hüküm uyarınca koruma elde edebilmek için alan adının hükümde zikredildiği üzere “*ticaret sırasında kullanılması*” şartının gerektiğini, bu şekilde korumanın sağlanmasının da alan adı üzerinde işletme tanıtım işareti hakkının tanınmasıyla mümkün olacağını belirtmiştir: **Şenocak**, Kemal, “*Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali*” Batıder, Y.2009, C.XXV, S.3 s, 89; Ayrıca bkz: Yrg. 11. HD. T: 01.11.1999 E: 99/6674 K: 99/8598 “*Tescilli bir markanın aynısının, ticari kaygı güdülmeksizin dahi bir başkası tarafından domaine name olarak kullanılması haksız rekabet oluşturur*” **Özarmağan**, Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2008, s.20.

³ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.287.

dayanılarak, ‘‘Bosforous Cup Sailing Competition’’ ibareli markanın hükümsüzlüğüne karar veren yerel mahkeme kararını onamak suretiyle, ticari faaliyet göstermeyen kamu tüzel kişilerinin de sportif organizasyonlar nedeniyle gerçek hak sahibi olabileceğini kabul etmiştir.’’¹

G ne ², MarKHK 8/III hükmüne göre, tescilsiz olarak ticarete kullanılan işaretlerin sahiplerinin, marka korumasından yararlanabilmesi için işaretin markasal olarak kullanılması gerekliliğini belirtmi tir³. Hükümde geçen ‘‘ticaret sırasında kullanım’’ deyiminin anlamı marka işlevini görecek şekilde, tüketicilerin bilgisine sunulma, ticarete ve ilgili alanlarda kullanma şeklinde ifade edilmiştir. Markanın fiili olarak kullanımı markaya ayırt edicilik kazandırır. Böylece marka bilinir (maruf) hale gelir. Yazar, Mülga MarK.da marka hakkının kazanılmasında ihdas ve istimal etme ve piyasada maruf hale getirme şartlarının açıkça yer aldığını, MarKHK’da bunların açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen iki düzenlemenin de paralel olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda yazar, Yargıtay içtihatlarıyla yerleşen, fakat net kriterler verilmeksizin somut olaya göre çeşitli nitelemelerde bulunan, ‘‘markasal kullanma’’ deyiminin söz konusu işaretin mal ve hizmetle ilgili olarak kimlik kazanmasını ifade etti i ini, işaretin kartvizitte, ticari evraklarda baskın karakterli yazılmış olarak kullanımını; tabelalarda  ne çıkarılarak kullanılmasını, tanıtma gereçleri ve reklamlarda kullanılmasını markasal kullanma olarak kabul ettiğini belirtmektedir⁴.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen⁵ 42/I-c hükmünde markanın kullanılmaması bir iptal⁶ sebebi olarak düzenlenmiştir. Fakat hükmün iptal edilmesi,

¹ Aynı yönde : Yrg. 11. HD.T: 12/12/2007 E: 2007/11-965 K: 2007/961 ‘‘ Markayı tescil ettirenin veya markayı tescilsiz kullananın tacir olması zorunlu değildir. Marka hangi mal ve hizmet için tescil edilmiş veya tescilsiz olarak kullanılmışsa, o mal ve hizmet için hukuki koruma sa lar. Markanın izinsiz kullanımı tescilsiz marka yönünden haksız rekabet, tescilli marka yönünden ise, marka haklarına tecavüz sayılır’’: Kazancı İçtihat Bankası ET: 01/05/2015.

² Güneş,  nceye Dayalı Haklar, s.100 vd.

³ ‘‘ Yrg. 11. HD. T:02/10/2007 E: 2007/5235 K:2007/12263 sayılı kararında, markayı ilk kullanan davacının kullanım alanının değerlendirilmesi ve önceliğin belirlenmesinde Nice sınıflandırması ve TPE’nin konuyla ilgili tebli inin değil, karıştırma riskinin esas alınacağı belirtilmiştir. Ancak tebliğde belirtildiği gibi, ‘‘aynı tür mal ve hizmet’’ söz konusu olduğunda karıştırma riskinin zaten mevcut olduğunun kabul edileceği belirtilmiştir.’’ : Güneş,  nceye Dayalı Haklar, s.100.

⁴ Güneş,  nceye Dayalı Haklar, s.115: Belirtilen kararlar: Yrg. 11. HD. T:14/02/2011 E: 2009/8582 K: 2011/1520, Yrg. 11 HD.T:14/12/2011 E: 2009/8565 K:2011/1649.

⁵ AYM T:09.04.2014 E:2013/147 K:2014/75 RG T/S: 24.7.2014-29070 : <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/> ET: 19.05.2015.

⁶ 42.md.de sayılan hallerin tamamının hükümsüzlük hali olmadığı hususunda bkz: III.Bölüm/II.Dava

pratikte bir etki yaratmayacaktır. Keza, hem 14.md. dolayısıyla kullanma şartının varlığı devam etmekte hem de iptal edilen hükümde geçen ‘‘ciddi kullanım’’ hükümsüzlük davalarında aranması gerekmektedir.

Sonuç itibariyle MarKHK 8/III hükmüne dayalı olarak hak sahipliği kazanabilmek için söz konusu markayı, markasal anlamda kullanmak gerekmektedir.

D. AYIRT EDİCİLİK

Bir işaretin herhangi bir nedenle diğer işaretlerden farklı olmasını sağlayan özellikler ve ögeler, o işaretin ayırt edici niteliğini ortaya koymaktadır¹.

Ayırt edicilik markanın en önemli fonksiyonudur. Keza markanın tanımı yapılırken, *mal ve/veya hizmetleri birbirinden ayıran işaretler* olduğu vurgulanmıştır. Markanın ayırt edicilik özelliği hem yasal hem fonksiyonel bir zorunluluktur².

Ayırt edici işaretlerin hukuken korunmasının sebebi, tüketiciye bilgi sağlamak suretiyle kamu yararı işlevi görmesi ve emeğin korunması ile doğruluk ilkeleridir³.

*Tekinalp*⁴e göre *ayırt edici nitelik kazanma* kavramının kanunlarda yer almasını sağlayan özellik, marka hukukunun önlemeye çalıştığı iki tehlikeyi ortadan kaldırmasıdır. Bunlardan ilki, ticari çevrede herkes tarafından kullanılan ‘‘işaret adlandırmaları’’ ile ‘‘işaret ve adlar’’ ın herkesin kullanımına açık yani serbest işaretler olmalarıdır. Serbest alana giren bir işaret, ne kimsenin lehine kapatılmalı ne de kimseye inhisari hak sağlamalıdır. Diğerisi ise karıştırılma yani iltibastır. Her iki nedenle de MarKHK kapsamına giren bir markanın ‘‘ayırt edici nitelik kazanması’’ ile tehlike ortadan kalkacaktır. Ancak yazar, bir işaretin ayırt edici nitelik kazanabilmesi için soyutlanma ve bir işletmeye (kişiyeye) bağlanma olarak iki sürecin tamamlanması gerektiğini belirtmektedir.

Hakkı/B.Hükümsüzlük Davası

¹ **Kayihan**, Ticaret Hukuku, s.156.

² **Kaya**, Arslan, Marka Hukuku, s.32.

³ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.24.

⁴ **Tekinalp**, Ayırtedici Nitelik Kazanma, s.182.

Markanın ayırt edicilik unsuru MarKHK'nın 5.md.sinde marka olabilecek işaretlerin ilk koşulu olarak ortaya konmuştur. MarKHK 7/II md.hükmü uyarınca da, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar ve hizmetler bakımından kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmışsa a, c ve d bentlerine göre tescili reddedilemez¹.

MarKHK'nın bu hükmünde yer alan b bendi 5194 sayılı kanunla a bendi olarak değiştirilmiştir². Hükmün eski hali, Avrupa Birliği düzenlemelerine uygun olmadığı gibi, doktrinde de eleştirilmiştir³. Ayırt edicilik niteliği ve konumuz itibarıyla 8/III hükmünün uygulanmasında aranılacak bir şart olup olmadığını tam olarak ortaya koyabilmek adına hem 5194 sayılı kanun öncesi hem de sonrası durumu arz etmek uygun olacaktır. Öncelikle hükmün eski haline ilişkin değerlendirmelere yer vermek isteriz.

¹ Bir başka deyişle; 5.md. kapsamına girmeyen işaretlerden olsa da, ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içerse de, ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek, sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içerse de, tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanan markaların tescili reddedilemez.

² Yrg. 11. HD. T: 01/07/2002 E:2002/3353 K:2002/6748 "Davacı vekili, "BALSÜT" ünvanlı davacı şirketin 8.11.1993 tarihinde tescil edilerek on senedir "BALSÜT" ibaresini ünvan ve imal ettiği ürünlerde marka olarak kullandığını, "BALSÜT" markasının tescili için 1.7.1998 tarihinde yapılan başvurunun davalı tarafından reddedildiğini, müvekkilinin itirazının Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından kabul edilmediğini, davalı kararının 556 sayılı KHK'nın 7/son maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek, 21.8.2000 tarih ve M-1002 sayılı kararın iptaline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, 556 sayılı KHK'nın 7/I-c ve 7/I-f maddeleri gereğince davacının marka başvurusunun reddedildiğini savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, 556 sayılı KHK'nın 7.Maddesinin 2.fıkrasında "Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (b),(c),(d) bentlerine göre tescili reddedilemez" hükmün yer aldığı, davacının "BALSÜT" ibaresini 1993 yılından beri faturalarda, 20.03.1995 tarihinden itibaren de kutu, ambalaj ve evrak üzerinde kullandığı, kullanım süresi, ve kesintisizlik dikkate alındığında "BALSÜT" ibareli markanın kullanım yolu ile ayırt edici nitelik kazanmış olduğu, tescili istenen markanın halkı yanıltıcı nitelikte olmaması nedeniyle 556 sayılı KHK'nın 7/I-f maddesine göre de tescil alebinin reddedilemeyeceği gerekçesiyle, davalı Enstitü'nün Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 21.8.2000 tarih ve M-1002 sayılı kararının iptaline karar verilmiştir....hükmün onanmasına..." Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.118.

³ Bkz: **Yasaman**, Marka Hukuku, s.278; **Arkan**, Marka Hukuku, s.76; Ayrıca bu hükmün önceki hali yani "... (b),(c),(d) bentlerine göre" şeklindeki düzenlemenin Anyasaya aykırı olduğu hususu hakkında bkz: **Keskintürk**, Aykut, "Genel Olarak Tanınmış Markalar ve Özel Olarak 556 Sayılı KHK'nın 7/son Madde ve Fıkrası İle İlişkisi Çerçevesinde; Anılan Kararname'nin 7/Son Madde ve Fıkrası Anayasaya Aykırı mıdır?" İBD, C.73, S.7,8,9 Y:1999.

Hükmün eski halinde b bendine atıf yapılmıştır. Böylece tescilden önce ayırt edicilik kazanmış olan markanın sahibi, kendi markasıyla aynı veya benzer olan markanın terkinini istemeden kendi markasının tescilini sağlayabilmiştir¹. Fakat bu durum tescilde öncelik ilkesine aykırılık teşkil etmiştir.

Tescilde öncelik ilkesi doktrinde şöyle tanımlanmıştır²: *Daha önce tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir işaret ya da ondan ayırt edilemeyecek kadar onunla ayniyet içinde bulunan bir işaret aynı mal ve hizmetler yahut aynı türdeki mal ve hizmetler için bir kere daha başkası tarafından marka olarak tescil edilemez; önce yapılan tescil sonrakini önler''*. Yani tescilsiz bir işaret, daha önce aynısı veya benzeri daha önce tescil edilmiş olmasına rağmen, o işareti kullanarak ayırt edici nitelik kazandıran kişi tarafından tescil ettirilebilerek, tescilde öncelik ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır³. Tescilde öncelik ilkesi MarKHK'da hem mutlak red sebebi (7/I-b) hem de nispi red nedeni (8/I-a,b) olarak düzenlenmiştir. Bu durumun hem mutlak hem nispi red nedeni olarak düzenlenmesi, TPE'nin hem resen hem de itiraz üzerine nazara almasını sağlamaktadır. Kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış bir işaret, daha önce başkası adına tescil edilmiş olsa dahi, aynı veya benzer işareti hem kendi adına tescilini talep etmek hem de aynı işaretin tescili için üçüncü bir kişinin başvurusu halinde de tescili önlemek yani tescil prosedürü içinde başvuruya itiraz etmek hakkına haiz olur⁴. Tescilsiz olarak kullanılmakla ayırt edicilik kazanmış marka için tescil başvurusunda bulunulduğunda, o işaret halen başkası adına tescilli olduğu ileri sürülemeyeceği yani tescilde öncelik ilkesine dayanarak başvuru reddedilemeyeceği gibi, tescil edildikten

¹ **Noyan**, s.101; Yrg. 11. HD. T:19/02/2004 E: 2003/5445 K: 2004/1483 *“Konu ile ilgili 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 7 nci maddesinin son fıkrası, bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetler ile ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise, aynı maddenin (b)bendindeki aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar aynı olan marka bulunduğundan bahisle tescil isteminin reddolunamayacağı hükmünü içermektedir. Diğer bir deyişle,böyle bir halde yasa koyucu, ayırt edici nitelik kazanmış bir marka sahibine önceki benzer tescilli markanın terkinini istemeden bu markayı tescil ettirebileceğini öngörmüş bulunmaktadır.”* Kazancı İçtihat Bankası ET: 02/05/2015.

² **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

³ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

⁴ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.423. Ayrıca yazar örnek olarak, ayırt edici nitelik kazanmış, internet adresi olma dışında bir işaret olma kimliğine sahip, internette ticaret sırasında kullanılmış, alan adlarını (domain names) göstermektedir.

sonra da, daha önce tescilli bir marka ile aynı veya benzer olduğu gerekçesiyle hükümsüzlük davasına konu olmayacaktır (MarKHK 42/III)¹.

Markanın bir başkası tarafından tescil edilmesine, ayırt edici nitelik kazanma ve MarKHK 8/III md.hükmüne göre itiraz edebilmek için, mutlak red nedenleri arasında sayılan 7/II md.hükmüne göre ayırt edicilik nitelik kazanmış olması gerekip gerekmediği hususu 5194 sayılı kanun öncesinde de tartışma olmuştur.

*Oytaç*², marka koruması elde edebilmek için ‘‘ürünün kaynağı konusunda karakteristik unsurları bakımından işaretle ayırt edicilik’’ in aranacağı, ayırt ediciliğin de marka hakkı sağlayan işaretin kullanılmasıyla elde edileceğini belirtmektedir. Bu noktada yazar, bilhassa üç boyutlu işaretlerin bir diğer deyişle –yazarın tabiriyle- ürüne verilen sonuçsal şekilden (ticari form) ibaret markalarda ayırt edicilik özelliğın, sözcük markalarına nazaran çok daha belirgin olmak zorunda olduğuna değinmiş, dolayısıyla bir üründe var olan şeklin endüstriyel tasarım mı yoksa marka koruması mı sağlama amaçlı olduğı, marka gibi, ‘‘bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini diğer teşebbüslerinkinden ayırt edici olmak...’’ foksiyonunu mu elde etmeyi amaçladığının açıkça belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle endüstriyel tasarım hakkının marka koruması ile karıştırılmaması gerektiğini vurgulamıştır. Yazar’a göre, bu nedenle de marka tescili yaptırmamış olan kişi, kaynağıya yönelen ayırt edicilik içeren tanıtıcı bir unsur oluştıran söz konusu işaret için haksız rekabet hükümlerinden hareketle koruma isteyebilir. Ayrıca diğer yandan, üç boyutlu işaret için ‘‘ayırt edicilik’’ niteliğini taşıdığı sürece aradan uzun süre geçmiş olsa dahi, söz konusu işaret marka olarak tescil ettirilebilir.

*Arkan*³, bir Yrg.HGK kararı münasebetiyle bu hususu değerlendirmiştir: Yrg.HGK, MarKHK 8/III md.hükmüne göre itiraz hakkı olduğunu iddia eden davalının

¹ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

² **Oytaç**, Kutlu, ‘‘Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri İle Birlikte Ele Alınması’’ Ankara Barosu FMR C.3 S.2003/2 s.57.

³ **Arkan**, KHK’nın 8/III maddesi İle İlgili Bir İnceleme, s.101 vd., Karar: Yrg.HGK T: 27/02/2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115 : ‘‘İtiraz hakkının geçerli olması için, tescilsiz işaretin ‘‘ticaret sırasında kullanılmış’’ olması gerekir. Ticaret sırasında kullanma ise, Marka Hukuku’na özgü kullanmayı gerektirir. Hatta, ticaret sırasında kullanma, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce gerçekleşmelidir. Somut olayda MNG ibaresine ünvan olarak kullanılma dışında KHK’nın 7/son anlamında ayırteıcı bir nitelik kazandırıldığı kanıtlanamamıştır. Dava konusu olayda, davalı ünvanında yer alan işaretin mahiyetine göre davacı haklarını etkilemediğinin, davacıya ait markanın Paris Sözleşmesi’ne birçok ülkede tescil ettirilmiş bulunduğının anlaşılmasına göre, marka KHK

söz konusu işarete, MarKHK'nın 7/IIson md. anlamında bir ayırt edicilik kazandırması gerektiği yönünde karar vermiştir. Yazar ise, doktrine¹ de atıfta bulunmak suretiyle, 7/II md.de aranan ayırt ediciliğin, işaretin tescil edilebilmesi için aranan bir koşul olduğu, 8/III hükmünde ise işaretin ticaret sırasında kullanılmasından bahsedilmiş olup ayırt edicilik şartını aramadığını belirtmiştir. Diğer yandan yazar, MarKHK 8/III md.hükmünde her ne kadar, *'ihdas ve istimal etme ve piyasada maruf hale getirme'* şartlarının açıkça aranmasa da itiraz hakkının kullanılabilmesi için bu işaretin 7/II md.anlamında *'maruf'* hale gelmiş olma koşulunun aranmasının yerinde olacağını belirtmektedir².

*Eroğlu*³ da, MarKHK 8/III hükmünün uygulanmasında, markanın maruf hale gelmiş olma koşulunun da ayırt edici nitelik kazanmış olması koşulunun da aranmadığını, ancak itiraz hakkının kullanılabilmesi için MarKHK 7/II md. anlamında ayırt etme gücü kazanmış olması koşulunun aranmasının yerinde olacağını belirtmiştir. Ayrıca yazar, MarKHK 8/III anlamında tescilsiz işaretin ayırt edici niteliğinin bulunması halinde esasen MarKHK m.7/II nedeniyle tescilinin istenebileceğini de belirtmiştir.

*Yasaman*⁴ ise gerek 551 sayılı kanun döneminde gerekse MarKHK döneminde, tescil ilkesi öngörülmesine rağmen, Yargıtay içtihatlarında ve dahi yabancı mahkeme kararlarında mutlak hak sahipliği ilkesinin ön planda olduğunu ve bir markayı tescil ettiren kişiden daha önce tanıtan ve ayırt edici nitelik kazandıran kişinin hakkının üstün tutulduğunu ve bu noktada ayırt ediciliğin tescil ilkesinin önemli bir istisnası olduğunu belirtmiştir⁵. Hatta yazara göre, 7/II md. tescil ilkesi karşısında *'gerçek hak sahipliği'*

3.maddesi Paris Sözleşmesi'nin 4.mükerrer 6.maddesine göre Türkiye'de tescil ettirilebilir."

¹ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.110. Ayrıca yazar Alman Hukukundan bir örnek sunmuştur (175.dn.): *"Almanya'da ayırt etme gücü bulunmayan bir işaretin (Video-Rent sözcüğü) korunabilmesi için, bu işaretle ilgili çevre içinde ayırt etme gücü kazandırılmış olması koşulu aranmaktadır (Berlit:s.22,Nr.41)"*

³ **Eroğlu**, Sevilay, *"Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma"* Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi, Ocak 2002, Y.1, S.1, s.473 ve dn.56.

⁴ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.280.

⁵ Ayrıca yazar, 551 sayılı kanun döneminde Yargıtay'ın bazı kararlarının, tescilli iki markanın da geçerli olduğu ve kanun korumasından yararlandığı, bazı kararlarında ise tescilli iki markanın varlığının mümkün olmadığı yönünde kararlar verdiğini belirtmiş ve bu kararlara örnekler sunmuştur: Yrg. 11. HD. T: 30.09.1983 E: 3755 K: 4773 *"Somut olayda olduğu gibi, davalının tescilli (Damalı) markasını kullanırken, davacının (Domino) markası yönünden kendisine özgü kullanma biçimini, aynen benimseyerek iltibasa neden olması, hem haksız rekabeti oluşturur ve hem de MK 2.maddesinde*

ilkesinin kabul edildiğinin göstergesidir ve bir işareti belli bir derecede (belli bir şehir, bölge veya ülke çapında) tanıtan kişi bu işaretin gerçek hak sahibidir. 551 sayılı mülga kanun döneminde gerçek hak sahipliği için maruf hale getirme şartı aranırken, 556 sayılı KHK ayırt edicilik kazandırılmasını yeterli görmüş , böylece bilinirlik ölçüsünü maruf marka dan daha düşük seviyeye indirmiştir.

MarKHK 7/II md.nin uygulanabilmesi için, söz konusu markanın, ilk tescil edilen markanın tescil tarihinden önce kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanması gereklidir.¹ Yoksa ilk marka tescil edildikten sonra, bir başkası tarafından da kullanılarak ayırt edicilik kazanması durumu söz konusu değildir.

7/II hükmü nedeniyle ayırt edici nitelik kazanma, bazı mutlak red nedenlerini ve hükümsüzlük sebeplerini de etkisiz kılmaktadır². Ayrıca, bir markanın kullanım sonucu ayırt edicilik kazanması, öncelik hakkının kurulmasında da etkilidir³. Somut olayın haklı gösterdiği durumlarda, iki marka arasında farklılık sağlanması amacıyla, daha önce kullanılan işarete bir ek yapılmasına ilişkin bir hüküm MarKHK’da yer almamasına rağmen doktrinde önerilmiştir⁴.

5194 sayılı kanun öncesinde, tescilsiz olarak kullanılarak ayırt edicilik kazanmış markaya tanınan bu hak, Mülga MarK. ’daki 15.md.deki marka hakkının kullanım yoluyla

öngörülen iyiniyet kuralına aykırı düşer...Davalının markasının bu kullanış biçiminin haksız rekabet oluşturduğunun kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken...’’ Yrg. 11. HD. T:27.02.1989 E: 4249 K: 1126 ‘‘ Davacının markası olan (Bahlsen) sözcüğü ile davalının markasındaki (Balsen) sözcüğünün, orta seviyedeki alıcılarda davacının (Bahlsen) markalı ürünlerini altyormuş intibayı uyandırabilecek nitelikte olduğu davacı markası ile iltibas yarattığı anlaşıldığından, davacının (Bahlsen) markasına davalının (Balsen) markası vaki haksız rekabet ve marka tecavüzünün men’ine ve davalının 1983 tarihinde tescil ettirdiği (Bahlsen) markasının iptaline...’’

¹ Yrg.HGK T: 27.02.2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115: ‘‘Davalının itiraz hakkının geçerli olması için, tescilsiz işaretin ‘‘ticaret sırasında kullanılmış’’ olması gerekir. Hatta ticaret sırasında kullanma, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden önce gerçekleşmelidir. Somut olayda, davalı ünvanında diğer eklerle birlikte kullanılan M... ibaresinin davalının ifa ettiği ticaret ve hizmet alanında, ünvan dışında 556 sayılı KHK’nın 7/son maddesi anlamında ayırt edici bir nitelik kazandığı kanıtlanmamıştır’’ **Kaya**, Marka Hukuku, s.155.

² **Tekinalp**, Ünal, ‘‘Ayırtedici Nitelik Kazanma’’ Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, 2003, s.179.

³ Almanya’da ‘‘Z’’ harfinin tescili talep edilmiş fakat Alman Patent ve Marka Kurumu tarafından, ayırt etme gücünün yokluğundan bahisle başvuruyu reddetmiştir. Fakat Alman Federal Mahkemesi, başvurusu yapılan markanın tescilini mümkün görerek, marka dairesinin kararını iptal etmiş, yapılan temyiz başvurusu kabul görmemiştir. Alman Federal Mahkemesi’nin 19 Aralık 2002 Tarih, ve 21/00 Sayılı Kararı, Çevirenler: **Şenocak**, Kemal/**Hanedan**, Refik Cemal, Ankara Barosu FMR C.5, S.2005/I

⁴ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

oluşması sistemiyle karşılaştırıldığında, zayıf ve etki yönünden daha sınırlıdır. Çünkü, markayı kullanan kişi, Mülga MarK.15.md.ye dayanarak, tescilli markanın terkinini ve kendi markasının tescilini talep edebilirken; MarKHK 7/II md. gereğince marka hakkının kullanıma dayalı olarak kazanılması ve tescilli marka karşısında öncelik elde edilmesi anlamına gelmediği belirtilmektedir¹. Bir başka deyişle, Mülga MarK.daki durumda tescilli markaya karşı kullanım sonucu hak sahibi olan kişinin terkin talebi olumlu neticelenmesi halinde tescilli tek markadan söz edilecektir oysa MarKHK 7/II md.hükmünde, ayırt edicilik kazanmış olması durumunda aynı veya benzer markaların aynı anda tescilli olma durumu söz konusudur.

Hüküm, 5194 kanunla değişen halinde ise b bendine yapılan atıf a bendi olarak değiştirilmiştir. Sonuç olarak yine bazı markaların tescil tarihinden önce ayırt edicilik kazanması halinde bu bentlere dayalı olarak tescili reddedilemeyecektir. Böylece bu hüküm tescil işleminin kurucu karakterine istisna teşkil etmektedir².Hükümün sonraki haline ilişkin bazı değerlendirmeler ise şöyledir:

*Karahan*³’ın belirttiği üzere, bir markanın ayırt ediciliği, söz konusu işaretin marka olarak nitelendirilebilmesi için aranan ilk ve en önemli özelliktir. Bu istisna hükmünün uygulanabilmesi için, söz konusu işaretin, belli bir mal ya da hizmetle ilgili olarak yoğun bir reklam kampanyasıyla, uzun süre kullanılmış ve bunun sonucunda potansiyel alıcılar nezdinde karışıklığa mahal vermeyecek derecede bilinmesi ve piyasanın da mükerrer markaların varlığına karşın bu durumdan rahatsızlık duymayacağını kanıtlanması gerekir. Dolayısıyla Türkiye’de hiç kullanılmamış bir işaretin bu hükümden yararlanması mümkün değildir⁴.

¹ **Tekinalp**, Tescilsiz İşaretler, s.467 vd.

² **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.118; **Yılmaz**, MarKHK 7/son hükmünün uygulanabilmesi için, söz konusu işaretin belli bir mal ya da hizmetle ilgili olarak yoğun bir tanıtım kampanyası ile uzun süre satışının yapılması ve bu tanıtım sonucunda o mal ile ilgili çevrelerde, işaretin o işletme aidiyetinin algılanmaya başlanması gerektiğine ve kullanımın yoğunluğuna ilişkin önceden bir ölçü koymanın mümkün olmadığına dikkat çekmiş, “*ilgili çevre*” den ne anlaşılması gerektiği sorusuna ise Alman Federal Mahkemesinin “*markalı ürünü kullanan çevre*” olarak cevap verdiğini belirtmiştir. **Yılmaz**, A.Lerzan s.191-192.

³ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.157.

⁴ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.173; Ayrıca yazar bu hususun, başvuru esnasında veya başvurunun reddi üzerine gidilen itiraz aşamasında açıkça belirtilmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. Keza bu husus, TPE tarafından resen incelenmeyeceğinden, taleple sınırlı olarak inceleme yapan daire bu durumu kendiliğinden dikkate almayacaktır. Dolayısıyla, TPE nezdinde dile getirilmeyen bu iddianın, daha

*Doğan*¹, kullanım sonucu ayırt edici güç² kazanmanın şartlarını; işaretin tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak marka başvurusundan önce markasal anlamda kullanılmış olması, ilgili olduğu mal ve hizmetler bakımından ticaret hayatında kendini kabul ettirmiş ve tanıtmış olması olarak ortaya koymuştur³. Ayrıca yazar, ‘*kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanma*’ ile bunu benzer ‘*piyasada bilinir hale gelme*’ kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi gerektiğini, keza MarKHK 8/III hükmünün tescilsiz bir işaretin ilgili piyasada kullanılarak belli oranda ayırt edicilik kazanması dolayısıyla korumadan yararlanarak, sahibine sonraki başvuruları engelleme imkanı verirken, 7/II md. anlamında ayırt edicilik kazanması için ilgili piyasayı oluşturan bütün kesimlerde veya bu kesimlerin önemli bir bölümünde ayırt edici güç kazanmış olması gerektiğini belirtmiş, dolayısıyla, ayırt edici gücün bu iki hüküm bakımından hüküm ve sonuçlarının farklılık arz ettiğini vurgulamıştır. Ayrıca yazar⁴, ayırt edicilik kazanma anına ilişkin olarak, ayırt edici gücün bu hükme göre en geç başvuru tarihi itibarıyla kazanılmış olması gerektiğini belirtmiştir. Fakat, bu düzenleme, başvuru tarihinden YİDK karar anına kadar geçen zaman içinde gerçekleşen kullanımı dikkate almadığı için eksik bir düzenlemedir. Yargıtay, hükmün bu eksikliğini fark etmiş, ayırt edici gücün, YİDK’nın başvuru hakkında vereceği karar anına kadar kazanılabileceğine işaret etmiş

sonra YİDK kararı aleyhine açılan davada gündeme getirilmesi de söz konusu olmayacaktır.

¹ **Doğan**, Beşir Fatih, ‘*Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Güç Kazanma*’ Batider, Y.2009, C.24, S.1, s.219.

² Yazar, bir başka eserinde, ayırt edici güç kavramını, soyut ve somut ayırt edici güç olarak ayırmış ve farklılıklarını ortaya koymuştur. Bu fark, yazarın kendi ifadeleriyle şöyledir: ‘*Soyut ayırt edici nitelik, işaretlerin soyut olarak teşebbüslerin veya hizmetlerini diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt edebilme kabiliyeti iken, somut ayırt edici güç, tescili talep edilen işaretin, tescile konu somut mal veya hizmetler bakımından ayırt edicilik kabiliyetidir. Dolayısıyla, bir işaret, soyut ayırt edici niteliğe sahip değilse, marka olma kabiliyeti de yoktur. Ancak somut ayırt edici güce sahip olmayan işaretler, marka olma kabiliyetine sahip olduklarından, kullanım neticesi somut ayırt edici güç kazandıkları takdirde marka olarak tescil edilebilirler. Oysa soyut ayırt edici niteliğe ilişkin eksiklik markanın esasına ilişkin olduğundan kullanma neticesi kazanılacak ayırt edici güçle giderilemez.*’ **Doğan**, Beşir Fatih, ‘*Türk, Alman ve Avrupa Birliği Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescil Edilebilirliği Sorunu*’ Ankara Barosu FMR, Y.6, C.6, S.2006/3, s.17.

³ Yazar, bu noktada Yargıtay tarafından onanan bir ilk derece mahkemesi karar örneği sunmuştur: (Ankara FSHM, E:2005/110 K:2005/365, Onama: Yrg. 11. HD. E:2005/9681 K:2006/10292) Söz konusu kararda ‘*ayırt edici nitelik kazanma*’ kavramı ‘*ticaret sırasında kendisini kabul ettirmiş, kendisine bağlamış, kendisini onunla tanıtmış olma*’ anlamlarına geldiği, ayrıca ‘*kendisine ait olduğunu kabul ettirme*’ kavramının da ‘*ayırt etmeyi sağlama*’ dan daha güçlü olduğu ve tüm ülkeyi kapsadığı belirtilmiştir.

⁴ **Doğan**, Beşir Fatih, ‘*Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazanma Anı*’ Ankara Barosu FMR Y.8, C.8, S.2008/4, s11.

ve bu yönde hüküm tesis etmiştir¹. Yazara göre bu karar, temelde doğru olmakla birlikte gerçek hak sahipliği ilkesinin ihlal edilmesine sebep olacak nitelikte olduğu için de eleştiriye açıktır. Keza, YİDK karar anından önce kazanılan kullanım sonucu ayırt edici gücün dikkate alınabilmesi ve işaretin tescil edilebilmesi için, öncelik hakkının ertelenerek, başvuru tarihinin ayırt edici gücün kazanıldığı tarihe çekilmesi gerekmektedir. Öncelik hakkının ertelenmesi kurumu düzenlenmeden, başvuru tarihi ile YİDK karar tarihi, arasında geçen zamanda kazanılan ayırt edici gücün dikkate alınması ve işaretin bu sebeple tescil edilmesi halinde, hukuka aykırı bir durum meydana gelmekte, gerçek hak sahipliği ilkesi zedelenmektedir. Sonuç itibarıyla bu durum hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

*Akdeniz*² ise, MarKHK 8/III md.ye ilişkin olarak, söz konusu işaret, kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış olmasa da hak sahibinin itiraz hakkının var olduğunu belirtmektedir. Yazar, bu hükmün dayanağının haksız rekabet hükümleri olduğundan ve 8/III md.de böyle bir şart öngörülmemiş olduğundan bahisle, 7/II hükmünde tescil edilmiş bir marka söz konusu olduğundan karıştırılmaya engel olunması amaçlandığını fakat buna karşın 8/III hükmünde tescilli bir marka söz konusu olmadığını belirtmiştir.

*Tekinalp*³ 8/III hükmünün uygulanma şartlarını ortaya koyarken 5194 sayılı kanun öncesinde ayırt edicilik kazanması gerektiğine değinmiştir. Dolayısıyla hükmün sonraki halinde ayırt edicilik kazanma şartının aranmayacağına temas etmektedir. Yazar, ETTK'nın 57/I-5 hükmündeki "*başkasının haklı olarak kullandığı işaret*" ibaresine binaen, işaretin kullanma sonucu ayırt edicilik kazanmış olmasa dahi, işaret sahibinin itiraz hakkı olabileceğine değinmiştir. Ayrıca 8/III md.de her ne kadar böyle bir şart aranmasa da 7/II md.de öngörülmesinin sebebi, tescilli bir markanın varlığıdır. Fakat 8/III

¹ Yazar'ın sunduğu örnek: Yrg. 11. HD. T:19.02.2008 E: 2006/10301 K: 2008/1850 "*556 sayılı KHK'nın 7/son maddesi uyarınca bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mal ve hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici nitelik kazanmış ise anılan KHK'nın 7/c maddesi uyarınca tescili reddedilemez. Somut olayda, davalı TPE YİDK karar tarihinin esas alınması ve davacı tarafından bu hususta sunulan delillerin bu tarihe göre değerlendirilmesi gerekirken, tescil başvuru tarihi itibarıyla yapılan değerlendirme sonucunda yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olmuş ve kararın açıklanan nedenle davacı yararına bozulmasına karar verilmiştir*"

² *Akdeniz*, s.325.

³ *Tekinalp*, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.424.

de ise henüz tescilli bir marka olmadığını belirtmiş, 7/II md.de her iki markanın aynı anda tescilli oluşunu ‘ayırt edicilik’ unsurunun varlığına bağlamıştır.

Yargıtay ise, bir kararında¹, öncelik hakkının varlığı açısından ayırt edicilik kazanması gerekliliğini ararken, bir başka kararında² ‘...davacının anılan KHK’nın 8/3.maddesi uyarınca tescilsiz kullanım ile öncelik hakkına sahip olduğu ve tescile itiraz hakkı bulunduğu, davacının tescile itirazda bulunmamasının, bu davayı açmasına engel oluşturmadığı, kullanım yolu ile ayırt edicilik sağlama hususunun 7.maddesi ile ilgili olduğu ve 8/3-a bendini bertaraf edemeyeceği, davacının tanınmış marka sahibi olmadığı savunmasının da bu dava ile ilgili olmadığı gerekçesiyle...’ diyerek kullanım sonucu ayırt ediciliğin 8/III md. hükmü ile ilişkilendirilemeyeceği yönünde karar vermiştir.

Sonuç itibariyle ayırt ediciliğin MarKHK 8/III hükmünün uygulanma şartları arasında bulunup bulunmadığı hususunda şunlar söylenebilir: 7.md., tescil başvurusunda TPE tarafından, dava aşamasında mahkeme tarafından resen incelenecek halleri ortaya koymaktadır. Hükmün 5192 sayılı kanundan önceki hali haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir. Keza, hüküm b bendine atıf yapmakla mükerrer marka tescilinin önünü açmış tescilde teklik ilkesine aykırı durumlar ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Söz konusu atıf a bendine alınarak, marka olabilecek işaretlerin 5.md.de ortaya konmuş olmasına rağmen, bir markanın bu hükme uymaksızın kullanılmakla ayırt edicilik

¹ Yrg. 11. HD. T:24/01/2008 E: 2007/12416 K: 2008/548 ‘‘Davacı vekili, davalının adına tescil ettirdiği ‘‘CESA’’ markasının gerçek hak sahibinin müvekkili olduğunu, bu markanın deri ürünleri üretim ve pazarlaması yapan müvekkili şirketin ortaklarının ön adlarının kombinasyonundan yaratılarak davalının tescil başvurusundan çok önce maruf hale getirildiğini ileri sürerek, davalıya ait markanın hükümsüzlüğünü ve terkinini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, davaya konu markanın müvekkili şirketin ortaklarınca 1990 yılından bu yana kullanılmaya başlandığını ve sektörde müvekkilince tanınmış hale getirildiğini savunarak, davanın reddini istemiş, karşılık davada ise karşılık davalının ticaret ünvanındaki ‘‘CESA’’ ibaresinin terkinini talep etmiştir. Mahkemece, sunulan ve toplanan kayıtlara göre, davacının ticaret ünvanının 21/07/1995 tarihinde davalının ticaret ünvanının ise Mart 1996 tarihinde tescil edildiği, ticaret ünvanının tescil tarihine kadar ki dönemde kullanım önceliğinin davacı şirketin ortaklarına ait olduğu, ancak tarafların bu dönem faaliyetlerinin dar kapsamlı olması ve markaya korunmaya değer belli bir ayırt edicilik kazandırdıkları kanılanamadığından sonraki tescillere karşı üstün hak ileri sürme hakkı bahsetmeyeceği, ticaret ünvanı daha eski olan davacının daha sonra tescil edilen davalı markasının iptalini isteme hakkı bulunduğu, ticaret ünvanları ararsında öncelik hakkının asıl dava davacısına ait olması nedeniyle karşılık davanın yerinde olmadığı gerekçesiyle asıl davanın kısmen kabulü ile davalıya ait 13.08.2001 gün ve 15937 sayılı markanın bir kısım ürün ve hizmetler yönünden hükümsüzlüğüne ve terkinine, karşılık davanın reddine karar verilmiştir.....Hükmün onanmasına..karar verildi.’’: Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.117.

² Çolak, Türk Marka Hukuku, s.146.

kazanmış olması halinde tescilinin reddedilemeyeceği yönünde bir düzenleme olmuştur ki bu da kanaatimizce isabetlidir. Keza bu durum, hükmün önceki halindeki, bir başkasının markası ile aynı veya benzer olma durumlarından müstesna bir şekilde daha objektif bir durum ortaya koymuştur.

MarKHK 8/III hükmü ise kullanım yoluyla yani tescil ettirmeksizin marka hakkının oluşumuna dayanmaktadır. Bu ilke dolayısıyla gerçek hak sahibi hem tescile itiraz hem hükümsüzlük sebebi olarak öngörülen bu hükmün uygulanabilmesi için sağlam gerekçelere ve şartlara ihtiyaç vardır. Bunlardan birinin de ayırt edicilik olduğunu söylemek isteriz. Keza ayırt edicilik her şeyden önce tescilli tescilsiz marka ayrımı yapmaksızın marka olmanın koşuludur. İşte bu noktada ayırt ediciliğin nasıl olması gerektiği hususunda 7/II hükmünün referans alınabileceği kanaatindeyiz. 7/II de; a,b ve d bentlerine atıf yapılarak, ayırt edicilik kazanmış olmanın bu bentlerin uygulanma alanını ortadan kaldıracığını vurgulamaktadır. Bu hüküm, 7/1-b deki durumdan ziyade, kullanım sonucu ayırt edicilik kazanmış bir işaretin tescilinin reddedilememesindeki ayırt edicilik olgusudur. Diğer bir deyişle, atıf yapılan bentlerden ziyade marka olmanın, dolayısıyla marka hakkına dayanmanın temelindeki şey ayırt edicilik olgusudur. Bu nedenle 7/II deki bakış açısının 8/III hükmüne uygulanabilir olduğu ayırt ediciliğin aranması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız.

Bir sonraki aşamada, ayırt ediciliğin boyutunun ne olması gerektiği yani bu şartı ortaya koyarken ayırt ediciliği ne ölçüde aramak gerektiği sorusu akla gelebilir. Kanaatimizce buna çok kesin sınırlar çizmemek gerekmektedir. Marufiyette olduğu gibi belli bir coğrafi alan yahut piyasa ile sınırlı olmasının yeterli olacağı kanaatindeyiz. Yoksa burada sınırları aşan veya kullanmasa bile herkesin bileceği bir markadan bahsedilmemektedir.

E. MARUFİYET

551 sayılı Mülga MarK. 15.md.si tescile ilişkin bir karine ortaya koymakla birlikte, bir başka kişinin, aynı mal için aynı markayı, fiilen ihdas ve istimal etme ve piyasada maruf hale getirme durumları mevcut olduğu hallerde, ilk defa kullanıma dayalı bir hak sahipliği durumu ortaya koymakta idi. Yani gerçek hak sahibi olarak

nitelendirdiğimiz kişinin, bu sıfatı kazanması için bazı şartlar belirlenmiş ve ‘marufiyet’¹ terimi de orada yerini almıştı.

Marufiyet, ‘İlk kullanma suretiyle marka hakkının doğumunu sağlayan ve bu nedenle 8/III de temel alınan bilinirlik, markanın üzerine konulduğu emtianın hitap ettiği alıcı kitlesi tarafından tanınmaya başlanmış olması, belirli bir yer, bölge veya piyasada bilinmesi anlamındadır’². Dolayısıyla bir markanın maruf hale gelmesi için, herkesçe tanınmasına gerek olmayıp; kendi piyasasında, kendi çevresinde bilinmesi yeterlidir³.

MarKHK da ise ‘maruf hale gelmiş olma’ koşulu açıkça aranmamaktadır⁴. Bunun neticesinde de 8/III md.hükmünün uygulanmasında marufiyet yani bilinirlik şartı aranıp aranmayacağı hususu tartışma konusu olmuştur.

Arkan⁵’a göre, böyle bir durumda, işareti ilk kullanan kişinin itiraz hakkını kullanabilmesi için bu işareti, MarKHK 7/II md. hükmü anlamında –MarK- deyiimiyle ‘maruf’ hale getirme şartının aranması uygun olacaktır.

Yasaman⁶’da 8/III md.hükmü kapsamında bir hak elde edilebilmesi için, üçüncü kişinin tescil başvurusundan veya rüçhan hakkının doğumundan önce işareti kullanmak, ona belirli bir ayırt edicilik kazandırmış olmak gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca yazar’a göre⁷ 551 sayılı mülga kanun döneminde gerçek hak sahipliği için maruf hale getirme şartı aranırken, 556 sayılı KHK ayırt edicilik kazandırılmasını yeterli görmüş , böylece bilinirlik ölçüsünü maruf marka dan daha düşük seviyeye indirmiştir.

¹ Sözlük anlamı: ‘Meşhurluk, tanınmışlık’ Örnekleriyle Türkçe Sözlük, Milli Eğitim Bakanlığı, C.III, Ankara, 1996, s.1907; (Arapça ma’rûf’tan yapma mastar eki –iyyet ile ma’rûffiyet) kelime olan ‘maruf’ tan –iyyet ‘Maruf olma durumu, tanınmışlık, bilinmişlik, meşhurluk’ Ayverdi, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.II, s.1943.

² Karahan, Marufiyet, s.11.

³ Poroy/Tekinalp, Sorunlar, s.333; Aynı yönde: ‘Maruf marka’dan kastedilen Türkiye’de ya da Türkiye’nin bir bölgesinde veya kentinde tanınan markadır.’ Yılmaz, A.Lerzan, s.62

⁴ Pekdiğer, Marka Hakkı ve Korunması, s.130.

⁵ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 110.

⁶ Yasaman, Marka Hukuku, s.407.

⁷ Yasaman, Marka Hukuku, s.280.

*Karahan*¹'a göre ise, MarKHK'nın 8/III md.hükmünde, marufiyet şartı açıkça yer almıyor olsa da zımnen mündemiçtir². Bir kimsenin, bir markayı, sınırlı da olsa bir bilinirlik düzeyine getirmeksizin yalnızca ilk defa kullanıma dayalı olarak hak sahipliği iddiasında bulunması kabul edilebilecek bir durum değildir. Kaldı ki, söz konusu işaretin bir başkası tarafından tescili talep edilmesi halinde itiraz prodesürü ile tescili engellemesi ve hatta marka tescil edilse dahi dava yoluyla onu hükümsüz hale getirmesi söz konusu olacaktır. Yazar'a göre MarKHK ile, tescilsiz marka sahibinin korunmasının amacı, tescilsiz markayı sadece ilk kez kullanılması nedeniyle korumak değildir. Tam aksine, böylesine güçlü bir konum sağlayabilmek için daha temel ve önemli bir sebep olmalıdır ki bu da tescilsiz olarak kullanılagelen markanın, belirli bir yer, bölge veya piyasada bilinir hale gelmesidir. MarKHK'nın amacı, tescilsiz markanın ilk kez kullanılmasının yanında, asıl önemli olan, markayı bilinir hale getirmek için yapılan faaliyetlerin de korunmasıdır. Çünkü, tescilsiz marka sahibi, gibi markasını maruf hale getirebilmek adına, reklam kampanyaları, satış sözleşmeleri vb. bir çok faaliyette bulunmuş olabilir. Ayrıca yazar buradaki '*bilinirlik*' ile, MarKHK Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 7/I-1 ve 8/IV deki tanınmış markalarla karıştırılmaması gerektiğine özellikle dikkat çekerek farkı ortaya koymuştur³. Buna göre, 8/III md.de temel alınan bilinirliğin markanın üzerine konulduğu alıcı kitlesi tarafından tanınmaya başlanmış olması, belirli bir bölge, yer ya da piyasada bilinmiş olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla buradaki bilinmişlik tanınmışlık durumu belirli bir çevreyle sınırlıdır⁴. Diğer yandan iptal edilen 7/I-1 ve 8/IV deki durumda ise, markanın ulusal veya uluslararası alanda bir şöhret kazanmış olması kastedilmektedir. Yani yalnız o malın alıcıları tarafından değil, mal ile ilgisi olmayanlar tarafından da bilinmesi halinde tanınmış markadan söz edilir.

*Cengiz*⁵'e göre ise tescilsiz markanın maruf hale getirildikten sonra bir başkasının bu marufiyeti kullanarak, markayı kendi adına tescil ettirerek, kullanan ve piyasaya süren kişi karşısında, markayı bulan, kullanan ve piyasada maruf hale getiren kişinin korunması, hakkaniyet gereğidir.

¹ **Karahan**, Marufiyet, s.16; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.113.

² Aynı yönde: **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.100.

³ Ayrıca bkz: I.Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka

⁴ Aynı yönde: **Suluk/Kenaroğlu**, s.43.

⁵ **Cengiz**, s.49, Ayrıca yazar'a göre, bu tür istisnai durumlarda istimal kavramı geniş yorumlanmalıdır.

Güneş¹ de 8/III md.hükmünün uygulanmasında marufiyet şartının gerekli olduğu, marufiyet için de, yalnızca bir tescilsiz marka kullanımından ziyade, belirli bir yatırım yapılması, emek harcanması böylelikle ‘hak’ elde etmesi ve tescilsiz marka veya işaret sahibinin bu hakka dayanarak kendisinden sonra yapılan başvuruya itiraz ederek tescili engelleyebileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca yazar buradaki tanınma olgusunun, herkesçe bilinme keyfiyeti olmadığını, markanın maruf hale gelmesi için herkes tarafından veya ülkenin bütününde tanınmasına gerek olmadığını, kendi piyasa ya da çevresinde tanınmasının yeterli olduğunu belirtmiş, önceki kullanıma dayalı hak sahipliğinin doğması için markasal anlamda kullanım gerektiği yönünde örnek bir karar sunmuştur².

Yargıtay, bu konuda çelişkili kararlar vermektedir. Bir kararında³,

¹ Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.102

² Güneş, Önceye Dayalı Haklar, s.103: Yrg. 11. HD. T:21/05/2008 E: 2007/4967 K: 2008/6576 ‘‘Davacı vekili, müvekkili şirketin ünvanının çekirdeğini oluşturan ‘‘OKYANUS’’ ibaresini, 2000 yılından beri danışmanlık, eğitim, mühendislik ve yazılım alanlarında kullandığını, 18.10.2001 tarihinde de marka olarak tescil ettirdiğini, davalının bilgisayar yazılımı ve programlarının pazarlanması faaliyetlerinde, bu markanın aynısı ‘‘Zincir Mağaza Yönetimi Okyanus’’ ibaresi içinde kullanarak, davacının marka hakkına tecavüzde bulunduğunu, bu hususun, davalı oldukları başka bir mahkemenin yargılaması sırasında öğrenildiğini ileri sürerek, davalının eylemlerinin haksız olduğunu ve marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitini, davalının bu fiillerinin durdurulmasını, önlenmesini, basılı evrak ve dağıtıcı evrakın toplanmasını ve kararın ilanını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkilinin kullanımının davacıdan önce olduğunu, daha sonra marka tescil belgesi aldıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, dosya kapsamına göre, davacının ünvanının 21.08.2001 tarihinde, markasının ise 18.10.2001 tarihinde tescil olunduğu, davalının ise, faturalar ile, Haziran 2001 tarihinden beri anılan ibareyi kullandığı, 02/072001 ve 20/03/2001 tarihli katalog ve dergilerde ilan verdiği, 15-16 Ekim 2002 tarihinde fuara katıldığı, 06/09/2001 tarihinden beri lisans sözleşmeleri imzaladığı, web sayfası oluşturduğu, ‘‘Okyanus’’ ibaresinin her iki yan için aynı olmakla iltibas gerçekleşmiş ise de davalının kullanımının davacının ünvan ve marka tescilinden önceye dayandığı, davacının tesciline rağmen davalının kullanım devam ettiği, 556 sayılı KHK’nın 8/3 üncü maddesinin tescil ilkesinin istisnalarından birini oluşturduğu davacının tescili öncesinde, davalının kullanım ile hak elde ettiği, bunun yasal dayanağının TTK’nın 57/5 inci maddesinde yazılı ‘‘başkalarının haklı olarak kullandığı işaret ‘‘ibaresi olduğu, tescilsiz işaretin maruf hale getirilmesinin şart olmadığı, marka hukukuna kullanımın yeterli olduğu, davalının kullandığı anılan ibarenin aynısını adına bu davadan önce tescil ettirdiği, davalının tescil sonrası kullanımın zaten hukuka uygun olduğu, davacının, davalının tescil öncesi kullanımına karşı çıkmadığı, dava anına kadar beklediği, davalının kendisine karşı dava açılmayacağı yönünde güven edindiği, davalıdan kullanımına son verilmesinin istenemeyeceği, davacıyı emek ve masraf yapmadan, davalının oluşturduğu ekonomik değerden yararlanması olanağına kavuşturmamak gerektiği, davacının, davalı kullanımına katlanmak zorunda olduğu, davalı kullanımının iltibas yaratmaya yönelik bir değişime yönelmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir’’

³ Yrg. 11. HD. T:06/07/1999 E: 1998/1734 K:1998/146 : **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.113 dn.3.

“...marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden, ve piyasada maruf hale getiren kişiye aittir...”

demek suretiyle marka üzerindeki öncelik hakkının o markayı piyasada maruf hale getirmiş olma koşulunu MarKHK döneminde de aramaktadır. Başka bir kararında¹ ise;

“556 sayılı KHK’nın 8/III’üncü maddesi hükmünün tescilli markaların yanısıra tescil edilmemiş markaların korunmasına olanak sağladığı, anılan maddenin markayı tescil ettirmeden kullanan kimseyi, her şart ve halde korumayı amaçladığı, burada 551 sayılı Markalar Kanunu’nun 15/II’inci maddesinde aranılan ‘maruf hale getirme’ şartını dahi gerekli görülmeden, daha geniş bir koruma sağladığı, ‘Cyrillus’ markasının Türkiye’de davacı adına kayıtlı değilse de, 1995’ten itibaren piyasada fiilen kullanılması ve TTK’nın 57/5.maddesi uyarınca korunan bir ticaret ünvanı teşkil etmesi sebebiyle sahibi davacıya koruma hakkı sağladığı...”

demek suretiyle tescilsiz markaların marufiyet şartı aranmaksızın korunacağı yönünde karar vermiştir.

MarKHK 8/III hükmünün uygulama alanına ve özellikle marufiyet şartına ilişkin önemli olduğunu düşündüğümüz bir kararı da aktarmak ve değerlendirmek isteriz²:

“Davacı vekili, müvekkilinin bir Kore firmasının Türkiye distribütörü olarak "GRIN NICCI" markalı saatlerin yurt çapında pazarlamasını yaptığını, davalının bu markayı taklit edip "Türk Malı" ibaresi ekleyerek üretip pazarladığını ve orijinal isim ve logo altında 16.4.1993 tarihinde marka olarak adına tescil sağladığını ileri sürerek, davalı markasının hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, müvekkiline ait markanın "GRINICCI" olduğunu ve davacının dayandığı markadan farklı bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, distribütörlük ve marka tescil belgelerine, savcılık soruşturma evrakına, bilirkişi kurulu raporu ve ek raporuna dayanılarak davacının Kore’de tescilli "Grin Nicci" marka ve logolu saatlerin distribütörü olduğu, davalının aynı olması nedeniyle davacı markası ve logosu ile iltibas yarattığı, davalının "Türk Malı" ibaresi eklemesinin markaların ayırdediciliğini sağlamaya yetmediği gerekçesiyle 556 s. KHK.nin 42/a, 7/6 ve 7/İ maddeleri uyarınca davalı markasının terkinine karar verilmiştir.Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

¹ Yrg. 11. HD. T:28.05.2002 E:2002/2411 K:2002/5314 : **Yasaman**, Marka Hukuku, s.407.

² Yrg. 11. HD. T: 29/01/1999 E: 1998/5372 K: 1999/256 :Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı, ET: 23/04/2015

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK'nin marka hakkının elde edilmesini düzenleyen 6 ncı maddesinde ilke olarak bu düzenlemenin getirdiği marka korumasının ancak tescille elde edilebileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Ne varki yine aynı düzenlemenin 3 üncü maddesinde marka korumasının sadece Türkiye'de yerleşik ticari faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişilere özgü olmadığı, Paris Sözleşmesi yahut Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümleri çerçevesinde başvuru hakkına sahip kişilere de tanındığı açık bir şekilde hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Dava konusu olayda da davacı markası, davalıdan önce Paris Sözleşmesine dahil bulunan Kore'de sicile tescil ettirilmiş bulunduğu göre, yine ilke olarak davacı markası aynı sözleşmeyi imzalamış bulunan Türkiye'de olarak g556 sayılı KHK.nin 3 ncü maddesi anlamında koruma altında bulunmaktadır. Dava konusu olay açısından KHK.nin 8/III nci maddesinde de tescilsiz dahi olsa bir işaret veya markanın ticari hayatta kullanılması şartıyla daha sonra aynı markanın tescil edilmesine itiraz ve dolayısı ile aynı kararnamenin 42/b maddesine dayalı hükümsüzlük iddiasında bulunabilme imkanı tanınmış bulunmaktadır. Nitekim doktrinde de bu görüş benimsenmiş bulunmaktadır. (Bkz. Prof.Dr.S.Arkan, Marka Hukuku Cilt 1. Ank. 1997 sh. 109 vd.) Davacı markasını Kararname'nin 25 nci maddesinde öngörülen süre içerisinde Türkiye'de tescil yönünden rüçhan hakkını kaybetmiş olması, koşulları oluşan bu düzenleme açısından haklarını ileri sürmesine bir engel teşkil etmemesi gerekir.

Bütün bunların dışında davalının, davacı tarafından markasını taşıyan saatleri yine bu marka adı altında davacıdan (Kore'den) ithal edip, Türkiye'de pazarladıktan ve bu saatlerin ithalinin ve dolayısı ile Türkiye'deki satış yetkisinin elinden alınması sebebiyle bu markayı iltibasa meydan verebilecek şekilde kendi adına tescil ettirmesi hukukun temel ilkelerinden olan ve MK.nun 2 nci madesinde yer alan iyiniyet kurallar çerçevesinde hareket etme yükümlülüğüne de ters düşmekte olduğundan hukuken himayesi mümkün görülmemiştir''

Karahan¹'ın bu karar üzerine önemli tespitleri bulunmaktadır: Öncelikle, Yargıtay'ın, MarKHK 8/III hükmü ile tescilsiz markalara sağlanan korumanın, yalnızca Türkiye'de fiilen ihdas ve istimal ve maruf hale gelen markalara ilişkin olmayıp Türkiye'nin tarafı bulunduğu uluslararası sözleşmelere üye kişilerce başka ülkelerde tescil edilen fakat henüz Türkiye'de tescil edilmemiş markalara da tanınmış olduğu ve bunun için yabancı markanın, tanınmış marka niteliğinin dahi bulunması gerekmediği

¹ Karahan, Marufiyet, s.18 vd.; Karahan, Hükümsüzlük Davaları, s.117.

yönündeki görüşe katılmadığını keza bunun ülkesellik ilkesine aykırı olduğunu beyan etmektedir. Yazarın da belirttiği üzere, MarKHK ile sağlanan korumanın tescil ile elde edilmesi kural ise de bunun, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalara sağlanan koruma ile tescilsiz markalara belli şartlar altında tanınan koruma olarak önemli iki istisnası mevcuttur ki bunların arasında Türkiye’de tescilsiz ve tanınmamış marka sahipleri yoktur. Öte yandan yazar, MarKHK 3.md.sinin, Türkiye sınırları içerisindeki korumanın kimlere sağlanacağını, uluslararası antlaşmalar ve karşılıklılık ilkesince kimlerin bu haklardan yararlanacağını düzenlemekte olduğuna dikkat çekerek, bu hükme Yargıtay’ın verdiği tarzda anlam verilemeyeceğini¹, aksi halde MarKHK’nın rüçhan hakkını düzenleyen hükümlerin de, uluslararası tescil ve koruma kavramlarının da böylelikle anlamsız olacağını belirtmiştir. Tüm bu sebeplerle yazar, maddenin uygulamasına ilişkin olarak Yargıtay’ın bu kararını eleştirmiş, diğer yandan kendisinin de katıldığı görüş yönünde bir kararı örnek olarak sunmuştur².

MarKHK 8/III hükmüne paralel bir düzenleme olan Mülga MarK. 15.maddesinde, ihdas ve istimal etme ile piyasada maruf hale getirme durumları açıkça zikredilmiştir. Bir görüş³ bu durumun yani ihdas ve istimal etme ile piyasada maruf hale getirme hallerinin Türkiye’de gerçekleşmesini beklemenin dar bir yorum olacağını bu durumda Türkiye’de

¹ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.118; *Çolak*, bir başka Yargıtay kararından hareketle, gerçek hak sahipliği nedeniyle hükümsüzlük kararı verilebilmesi için, marka sahibinin mutlaka Türkiye’de bulunması ve Türkiye’de satış yapması gerektirdiğini zira, Paris Sözleşmesinin 8.maddesinin de sözleşmeye taraf yabancı bir ülkede tescilli ticaret ünvanlarının, Türkiye’de tescilsiz olsa bile korunması gerektiği yönünde düzenleme içerdiğini belirtmektedir. “*Yüksek Mahkeme 2009 yılında verdiği ‘Pussycat London’ kararında, KHK’nın 8/3 maddesinin tescilli markalar yanında, tescil edilmemiş markaların da korunmasına olanak sağladığını, bu maddenin, markayı tescil ettirmeden kullanan kişiyi her hal ve şartta korumayı amaçladığını vurgulayarak, İngiltere’de yerleşik davacının, 2000 yılından, hükümsüzlüğü istenen markanın tescil tarihi olan 2000 yılına ve dava tarihi olan 20005 yılına kadar Türkiye’de fason imalat yaptırarak ‘Pussycat London’ biçimindeki marka ile üretim yaptırıp, bu malları İngiltere’ye ithal ederek kullanan ve esasen markası OHIM nezdinde ve İngiltere’de de tescilli olan yabancı kişinin gerçek hak sahibi olmasına dayalı yerel mahkeme kararını onamıştır*” **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.286.

² Yrg. 11. HD. T:23/09/1999, E:4928 K:7026: “556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nın 3.ve 6.maddelerinde ilke olarak marka korunmasının ülkeselliği benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, bir marka tescilli ülkenin sınırları içerisinde kendi sahibine, markasının kullanılmasına, yine kendi ülkesinde engel olma hakkı tanınmıştır. İzinsiz Kullanılan markanın yurtdışında bir başka ülkede tescilli olması hali de sonucu değiştirmez.”

³ **Bıçakçı**, Levent, “Markanın Hakiki Sahibinin Korunması” İBD, C.7, S.4-5-6, Y.1996, s.200 vd.

tescil edilmemiş markaların korunması olanağının tamamen ortadan kalkacağını belirtmektedir¹.

Yukarıda sunduğumuz kararla ilgili olarak Yargıtay, kanaatimizce bir kavram kargaşası yaşamış, MarKHK'nın kararda atıf yapılan maddelerinin uygulama şartlarını ve her bir maddenin kendi içindeki özelliklerini irdelemeden yüzeysel bir yorum yaparak yanlış bir tutum ortaya koymuştur. Bu nedenle davadaki hukuki problemlerin tespiti ile eksik bulduğumuz bazı noktalarda açıklamada bulunmak isteriz. Bu noktada bir an Yargıtay'ın yaptığı yorumdan ari olarak bu markanın hukuki durumunu ve yararlanması muhtemel hükümleri inceleyelim.

Öncelikle MarKHK 3.md.si² kapsam olarak, Türkiye'de yani Türk hukukunun hakim olduğu coğrafyada markalara sağlanan korumadan kimlerin yararlanacağını düzenlemiştir. Bunların arasında Paris Sözleşmesi'ne göre başvuru hakkına sahip olanlar da sayılmıştır ki karardaki marka Paris Sözleşmesi'ne taraf olan Kore'de tescillidir.

İlk olarak; Birinci bölümde defaatle belirtildiği üzere MarKHK tescil sistemini işaret etmekle birlikte bu sistemin iki önemli istisnası vardır ki bunlar, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar ile gerçek hak sahibi olarak nitelendirdiğimiz kişilerin markalarının ilgili hükümlerin gerektirdiği bazı koşullar altında tescilsiz olarak dahi korunmalarıdır. Bu durumda öncelikle incelenmesi gereken husus, markanın bir tanınmış marka olup olmadığıdır. Yerel mahkeme hüküm verirken 7/I-1³ bendine atıfta bulunmuş

¹ Ayrıca yazar, sunduğu Yargıtay kararı örneği ile Yargıtay'ın da bu bakış açısını benimsediğini hatta Paris Sözleşmesinin 6.mükerrer maddesinde bu görüşü desteklediğini savunmaktadır.: "Yrg 11 HD.si 94/99 E. Ve 94/2013 K. sayılı kararında 'davalı vekili, müvekkili markasının 9.3.1989 tarihinde tescil ve ilan edildiğini, davanın ise 18.5.1990 tarihinde açıldığından 551 sayılı Markalar Kanununun 15.md.sinde yazılı 6 aylık hak düşürücü sürenin geçtiğini, merkezi İtalya'da olup Türkiye'de temsilci satıcısı, piyasası ve müşterisi olmayan davacının iddiasının yerinde olmadığını, dünyaca meşhur firmalardan olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, davacıya ait prizma armatürlerinin 1978 yılından beri kullanıldığını, dünyaca maruf olan bu armatürlerin davalı tarafından küçük bir değişiklik ile adına marka olarak tescil ettirildiğini, bunun iyi niyet kurallarına aykırı olduğu, ... davalı adına tescil olunan prizma markasının iptal ve terkinine karar verilmiştir. Davalının temyizi üzerine karar Dairemizce onanmıştır" diyerek, marka Türkiye'de önceden tescil edilmese bile Dünya'da maruf haldeyse ve Türkiye'deki tescil kötü niyetliyse hak düşürücü sürenin işlemeyeceğini açıkça vurgulamıştır. Markalar Hukukunun Anayasası niteliğindeki 1883 tarihli Paris İttihadı Mukavelenamesi'nin 6.mükerrer maddesi de bu görüşü desteklemektedir."

² Maddeye ilişkin olarak bkz: III.Bölüm/I.Tescil Prosedüründe İtiraz Yolu/A.Marka Tescil Başvurusu/1.Marka Tescili Talep Edebilecek Kişi/Kişiler

³ MarKHK'nın 7/I-1 hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir.

fakat Yargıtay bu hususu göz önünde bulundurmamıştır. Bu noktada öncelikle söz konusu markanın, ilgili kriterler¹ çerçevesinde irdelenerek, Türkiye’de tescilsiz dahi olsa, tescil ikesinin bir istisnası olarak korumadan yararlanıp yararlanamayacağının ortaya konulması ve hatta bu statünün varlığı halinde korumaya hak kazandığını söylemek MarKHK sistemine daha uygun bir çözüm olurdu. Ayrıca yerel mahkemenin, hükümsüzlüğe karar verirken dayandığı hukuki sebeplerin daha isabetli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

İkinci olarak, MarKHK 25.md.sine göre; söz konusu markanın olduğu gibi, Paris Sözleşmesi’ne mensup ülkelerden birinde usulüne uygun olarak yaptıkları başvurudan sonraki altı ay içinde Türkiye’de yapacakları başvurularda rüçhan hakkına sahiptirler. Bu süre içinde, bir başkası tarafından söz konusu markaya ilişkin yapılan başvuru ve hatta tescil hüküm ifade etmeyecektir. Yani Paris Sözleşmesi’ne üye herhangi bir ülkede başvuruda bulunmak, sanki Türkiye’de tescil başvurusunda bulunmak gibi bir sonuç doğurur ve hükümde belirtildiği üzere, rüçhan hakkı süresinde kullanılmaması durumunda düşer. Bu noktada şuna dikkat çekmek isteriz ki rüçhan hakkından yararlanabilmek için tanınmış marka olması koşulu aranmamakta, 25.md. koşullarını sağlamak yeterli görülmektedir. Dolayısıyla bu nedenle kullanılmaması halinde düşen bir haktan bahsediyoruz. Aksi halde tanınmış markanın süreye ve hatta tescile bağlı olmaksızın korunacağından şüphe yoktur. Bu durumda diyebiliriz ki, MarKHK, tanınmış marka dahi olmayan markaları süresiz olarak koruyacak idiyse, hem tanınmış marka olmak önemini yitirecek hem de rüçhan hakkı hükümlerinin bir amacı ve önemi kalmayacaktır. Karara konu markanın anlaşıldığı kadarıyla başvuruya dayalı bir rüçhan hakkı olmadığından hükme göre böyle bir hakka da artık sahip değildir.

Üçüncü olarak, bu davaya uygulanması muhtemel –Yargıtay bu hususları nazara almadığı için taraflar arasındaki ilişkinin niteliği tam olarak anlaşılamamıştır- MarKHK 8/II md.hükmüne dikkat çekmek isteriz. Hükme göre, bir markanın sahibinin izni olmaksızın ve haklı bir gerekçe gösterilmeksizin, ticari vekil veya temsilci tarafından kendi adına tescil ettirilmesinin, bir red ve hükümsüzlük nedeni olduğu, 11.maddede bunun yasaklanmasını talep yetkisi, 17.madde de ise bu tescilin marka sahibine devri

¹ Bkz: I.Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka

imkanı düzenlenmiştir. Bu maddenin düzenlenme amacı düşünüldüğünde, marka sahibinin, ticari vekil veya temsilcisine verdiği yetkiyi amacını aşar şekilde kullanmasını engellemektir. Bu hükümlerde geçen “*ticari vekil veya temsilci*” ibaresinin doktrinde de belirtildiği üzere¹ geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Hükmü bu amaçsal bakış açısıyla değerlendirdiğimizde olayda, Türkiye’deki kişinin, Kore’de tescilli marka sahibinin ticari vekil veya temsilcisi olabileceğini söylemekte sakınca yoktur. Dolayısıyla bu noktada, Kore’de tescilli marka sahibinin şartları oluşan bu hükme başvurusu da kanaatimizce ihtimaller arasındadır.

Dördüncü olarak, Türkiye’deki kişi, davacı vekilinin iddia ettiği gibi, malları taklit ederek orjinal isim ve logo altında piyasaya sürmesi durumunda, MarKHK 61.md. hümküne göre tecavüz sayılan fiillerin olduğu anlamına gelebilir. Dolayısıyla bu durumda asıl marka sahibinin, tecavüzden doğan talepleri gündeme gelebilecektir.

Nihayet MarKHK 8/III md.hükmü kapsamında değerlendirirsek öncelikle hükmün uygulama alanı ve şartlarını ortaya koymalıyız. Yukarıda belirtildiği üzere, hükmün uygulanabilmesi için; markanın gerçek hak sahibi tarafından daha önceki bir tarihten beri kullanılması gerekir. Söz konusu markalar arasında ayniyet, benzerlik ve iltibas tehlikesinin bulunması gerekir, sınırlı bir bölge veya piyasa açısından maruf hale getirilmesi ve ayırt edici nitelik kazanmış olması gerekir. Bu maddeyi uygulamakta bu şartların aranması gerektiğini önemle vurgulamak isteriz. Çünkü aksi bir yaklaşım maddenin amacından sapmasına neden olacaktır. Dolayısıyla bir markanın 8/III md.hükmüne göre korunabilmesi için, Türkiye’de tescilli olmaksızın kullanılmış olmasının yanında, bu kullanımın da markayı maruf hale getirmiş olması şartını aramak zorunludur. Diğer bir deyişle, 8/III md. hükmünün uygulanmasındaki marufiyet şartı,

¹ **Kaya**, Marka Hukuku, s.150; **Giray**, s.173; **Karan/Kılıç**, s.204; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.87; **Pekdiğer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.128; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.111: Ayrıca yazarın belirttiği şu hususları aktarmak isteriz: Yabancı devlet vatandaşı olan marka sahibinin 8/II ye göre itirazda bulunabilmesi için markasının daha önce Türkiye’de tescil ettirmiş veya tescil başvurusunda bulunmuş olmasına gerek yoktur. Keza Paris Sözleşmesinde, *birlişe dahil bir ülkede marka sahibi olunmasından söz etmektedir*. Diğer yandan, bu hükmün uygulanabilmesi için taraflar arasında, kullanma yetkisi tanıyan bir ilişki bulunmalıdır. Bu ilişki, vekalet sözleşmesine, tek satıcılık sözleşmesine veya hizmet sözleşmesine dayanabilir. Fakat tarafların arasında böyle bir ilişki yoksa, bir kişinin başkasına ait bir markayı kendi adına tescil ettirmek istemesine 8/II ye dayanarak itiraz olunamaz. Bu durumda marka sahibi, tescile 8/I veya 8/III hükümlerine göre itiraz edebilir. Yabancı markanın tescilinin istenmesi halinde ise, eğer marka, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka ise tescil başvurusunun 7/1 ya göre reddedilmesi söz konusudur.

yerli veya yabancı marka ayrımı yapılmaksızın aranmakta olup, maruf hale getirilmiş ise yabancılara ait ve Türkiye’de tescilsiz markaların korunmasında bir engel bulunmamaktadır. Yargıtay, tescilsiz dahi olsa bir işaretin 8/III md.hükmüne göre korunabileceğini hatta bunun bir hükümsüzlük sebebi olduğunu belirtmiştir -bu konuda doktrine atıfta bulunmuş¹- ki bu hususta zaten bir tereddüt yoktur. Fakat kanaatimizce Yargıtay’ın bu hükmü yorumlamasındaki eksiklik, söz konusu markanın Türkiye’de kullanılma şartı aranmaksızın, yurtdışında tescilli olup da Türkiye’de tescilsiz hükmünde olacağından bahisle markayı doğrudan 8/III md.hükmünden yararlandırmasıdır. Kaldı ki bunun için, markanın tanınmış olması kriterini dahi aramamaktadır². Yargıtay’ın 8/III md. hükmünün kapsamını, Türkiye’de, -551 sayılı mülga kanunun deyişiyle- ‘*füilen ihdas ve istimal edip maruf hale getiren kişi*’ den çıkarıp, 3.md.ye dayanarak, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelere üye ülkelerde tescilli ve dolayısıyla Türkiye’de tescilsiz hükmünde olan markaları da kapsar şekilde genişletmesi maddenin amacına ve ruhuna uygun düşmemektedir. Aksini kabulde, Türkiye’deki tescil aşamaları bu denli uzunken, Paris Sözleşmesine üye herhangi bir ülkede marka tescil ettirip, buna dayanarak Türkiye’de sınırsız bir korumaya sahip olunmasını beklemek hakkaniyete uygun bir sonuç olmayacaktır.

Sonuç olarak tüm bu nedenlere dayanarak Yargıtay’ın, söz konusu markanın hükümsüz kılınmasına karar verirken, ilgili hükümlerin amacına, ruhuna ve her maddenin kendi içindeki uygulama şartlarına dikkat edilmeden, varılan sonuç doğru olacak olsa dahi dayanan hukuki gerekçenin şartlarının varlığı irdelenmeden verdiği bu kararın ve bu aşamada beyan ettiği görüşünün doğru ve yeterli olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç itibariyle marufiyet ve ayırt edicilik şartlarını birlikte değerlendirecek olursak, bunların 8/III hükmünün uygulanma şartlarından olduğunu ve bir markayı markasal anlamda kullanmanın beraberinde bir bilinirlik ve ayırt edicilik getireceğini söyleyebiliriz. Hatta marufiyet 8/III hükmü kapsamında değerlendirilen bir durum iken, ayırt ediciliğin; tescilli olsun olmasın, marka hakkı tescille veya kullanım yoluyla

¹ Yargıtay’ın atıfta bulunduğu eserde (Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.109 vd) ayrıca , markasını tescil ettirmeden Türkiye’de ‘*kullanmış olan yabancının*’ da 8/III md. hükmünden yararlanabileceği belirtilmiştir.

² Tanınmış markaların da tescilsiz markaya örnek olabileceği yönünde bkz: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.422.

kazanılsın, her durumunda aranması gerektiğini keza marka olmanın ilk ve en önemli koşulu olduğunu yinelemek isteriz. Bununla birlikte gerek ayırt ediciliğin gerekse marufiyetin kısıtlı bir bölge veya piyasada sağlanmış olmasının de hükmün uygulanması bakımından yeterli olduğu kanaatindeyiz.

F. HÜKMÜN KONU İTİBARI İLE KAPSAMI

MarKHK 8/III md.de geçen *“tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin”* ibaresinden dolayı, hükmün kapsamının yalnızca markalar olarak mı değerlendirileceği yoksa diğer işaretlerin¹ de hükmün kapsamına dahil edilmek suretiyle 8/III md.ye göre korunup korunmayacağı hususunda doktrinde belirtilen görüşler şöyledir:

Arkan²’a göre, MarKHK 8/III md.deki *“ticaret sırasında kullanılan bir başka işaret”* ibaresi, haksız rekabet hükümleri dışında özel olarak korunmayan bütün işaretleri kapsamaktadır. Böylece bu hükümle yalnızca marka değil, diğer tanıtmaya işaretlerini³ de ilk defa kullanan kişinin, haksız rekabet hükümlerine göre elde ettiği hakka üstünlük tanınarak, marka veya işaretin aynısının, aynı mal ve hizmet için başkası adına tesciline itiraz etme imkanı verilmiştir. Ayrıca yazara göre özel hükümlerle korunan işaretlerin bir

¹ “...Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacının ‘hamurunda starlık var’ sloganını davalının marka tescil başvuru tarihinden evvel 29/9, 10, 30/5, 14, 15. Sınıf mallar bakımından markasal manada kullandığı, bununla ilgili birçok broşür vb. reklam faaliyetlerine giriştiği, web sitelerinde bu ürünlerini tanıttığı, bu şekilde haksız rekabet hükümlerine göre korunabilecek bir hukuki durum elde ettiği, üçüncü bir kişinin gerçekleştireceği marka tescil başvurularına 556 sayılı KHK’nın 8/3 maddesi hükmüne dayanarak itiraz edebilme hakkını edindiği, davalı şirketin davacının tescilsiz kullandığı işaret ile iltibas yaratacak, ayrıca düzenleme tarzı itibariyle haksız rekabet oluşturacak biçimde ‘ülker hamurunda sevgi var+şekil’ ve ‘ülker hamurunda mutluluk var+şekil’ ibareli marka tescil başvurularında bulunduğu, anılan başvurularda kalan 29/9, 10, 30/5, 14, 15.sınıf mallar bakımından davacının bu başvurularda 556 sayılı KHK’nın 8/3 ve haksız rekabet hükümlerine dayanarak itiraz etme hakkının olduğu gerekçesiyle asıl ve birleşen davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı, taraf vekilleri temyiz etmiştir. Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, taraf vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.” Erdil, 751.

² Arkan, Marka Hukuku, C.I, s. 109.

³ “Buna göre alan adı sahibi de alan adının ayırt edici nitelik kazanmış olması koşuluyla MarKHK m.8/III kapsamında bu adın başkası adına tesciline itiraz hakkına sahip olacaktır” Eroğlu, 474.

başkası tarafından tescilinin talep edilmesi halinde itiraz 8/III md.ye göre değil 8/V md.ye göre, yapılmalıdır¹.

*Kaya*²,ya göre ise, 8/III md.deki genel düzenleme geniş yoruma imkan verir tarzda düzenlenmiş olmasına rağmen burada esasen, Mülga MarK. 15/II md.ye paralel bir düzenleme amaçlanmıştır. Bu nedenle Yargıtay'ın ticaret ünvanı, işletme adı³, gibi unsurları 8/III hükmü kapsamında değerlendiren kararları isabetli değildir⁴.

Yasaman da 8/III md.ye, tescil edilmeden kullanılan bir marka veya ticarete kullanılan, ticaret ünvanı, işletme adı, alan adı (domain name) gibi işaretlerin konu olduğunu belirtmektedir⁵. Ayrıca yazar, *Arkan* 'ın, MarKHK'nın bir işareti ilk defa kullanan kişiye haksız rekabet hükümlerine göre elde ettiği hakka üstünlük tanıdığı ve bu hakka dayanarak tescile itiraz edebildiği yönündeki görüşe katılmamaktadır. Çünkü, markalar hukukunda tescil ilkesi benimsediği iddia edilse dahi, marka hakkı, işaretin ihdas edilmesi, kullanılması ve ona ayırt edicilik kazandırılması ile doğar. Bir hakkın ilk önce kullanılması ve ona belli bir tanınma sağlanması halinde bu ekonomik değerden bir başkasının haksız yararlanmasını önlenmesi markalar hukukunda öngörülen bir ilkedir.

Tekinalp de, 8/III md. kapsamına, marka hukuku dışında bazı hakların da girdiğini belirtmiştir⁶.

¹ Aynı yönde: “Buna göre, tescil ettirilmemesine rağmen bir markayı fiilen ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren yahut ticarete kullanmasına rağmen, haksız rekabet hükümleri dışında özel olarak korunmayan bir işaretin sahibi, tescilsiz markasının veya özel olarak korunmayan ticarete kullandığı işaretin (ticaret ünvanı gibi) başkası tarafından marka olarak tescilini önleyebilir”: **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s.243; Aynı yönde: **Şener/Uzunnalli**, s.88.

² **Kaya**, Marka Hukuku, s.155.

³ *Öçal*, bir federal mahkeme kararını konu aldığı bir eserinde kararın gerekçesini; tarafların faaliyet sahalarının farklı olduğu, bir tarafın ticaret ünvanı ve marka olarak kullandığı ibarenin diğeri tarafından ticaret ünvanı olarak kullanılmasının haksız bir şekilde zarar görmesine sebep olmayacağı, markanın ilk tescilini yaptıran kimsenin aksinin ispatına kadar gerçek hak sahibi olduğuna dair karinenin varlığını düzenleyen hükmün somut olaya uygulanamayacağı şeklinde olduğunu aktarmıştır. **Öçal**, Akar, “Marka, Ticaret Ünvanı ve İşletme Adına İlişkin Bir Federal Mahkeme Kararı” Batıder Y.1996 C.3 S.4 s.724.

⁴ Yrg. 11. HD. T: 12/01/2004 E: 03/502-34 K: 04/127.

⁵ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.405.

⁶ Ayrıca yazar Alman MK 13.maddede özel olarak düzenlenen bu hakları belirtmiştir: Bunlar, Kişinin adı üzerindeki hak, resmi üzerindeki hak, bir fikir ve sanat eseri üzerindeki hak, ıslahçı hakları, coğrafi işaretler, işletme adları, ve benzeri işaretler. : **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.423.

*Güneş*¹ ise bu noktada 8/III md. ile 8/V md.yi karşılaştırmış, 8/III md.nin, tescilsiz olarak kullanılan ve belli koşulları taşıyan işaret sahiplerine olanaklar sağladığını; 8/V hükmünün ise, telif hakkı ve diğer fikri sinai hakları içerdiği ve sinai mülkiyet hakkı kavramına, marka dışında kalan patent, tasarım, faydalı model, ticaret ünvanı, işletme adı gibi hakların girebileceğini belirtmiş, Yargıtay'ın "çaparı" kararında davacının ticaret ünvanında yer alan "çaparı"ibaresinin başkası tarafından hizmet markası ve işletme adı olarak tescilinin MarKHK 7/1-b md.sine aykırı olacağı yönünde verdiği karara karşın bu kararda, belirtilen ticaret ünvanı sahibinin faaliyet alanının göz önünde tutulması ve itiraz ettiği marka ile mal/ hizmet benzerliğine dikkat edilmesi gerektiğini ve MarKHK'nın bu noktada öncelik hakkını tescilli ticaret ünvanı ve işletme adı sahiplerine tanırken bu işaretlerin tescilsiz marka gibi ticarete kullanıldığı gerçeğinden hareket ettiğini belirtmekte ve konuya örnek bir Yargıtay kararı sunmaktadır².

*Karahan*³ ise 8/III md.de kastedilen fikri mülkiyet haklarının, ihdas ve istimal edilen ve maruf hale getirilen haklar olduğunu ve bunların 8/V md.de düzenlenen fikri mülkiyet haklarından ayıran unsurun, 8/V md.dekilerin tescilli olması olduğunu beyan etmektedir. Diğer bir deyişle 8/V md.deki haklar, ilgili sicillere tescilli iken, 8/III md.dekiler henüz tescil edilmemiş haklara ilişkindir. Bunun sonucunda, tescil edilmemiş fikri mülkiyet haklarının sahipleri, marka tescil veya tescil başvurularına karşı markasını korurken, 8/III ve 42/I hükümlerine dayanması gerekir. Tescilli diğer fikri mülkiyet hakları sahiplerinin ise marka tescil veya başvurularına karşı dayanabilecekleri hükümler 8/V md. ve 42/I md.lerdir. Bunun pratikteki sonucu ise, 8/III md.ye dayanan tescilsiz fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin söz konusu haklarını ihdas ve istimal ettiği ve piyasada maruf hale getirdiğini ispatlaması gerekirken, 8/V hükmüne dayalı korumada tescilin varlığı, koruma için yeterli olup, ayrıca bu hususları ispat etmesine gerek yoktur. Söz konusu fikri

¹ **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.106.

² Yrg. 11. HD. T:08/04/2008 E: 2007/3165 K: 2008/4652 "..."*Somut olayda, davacı adına tescilli "izola" markasının davalı tarafından internet adresinde, faturada, tabelada ve kartvizitte kullanıldığı iddiasıyla işbu dava açılmış olup, mahkemece, davalının tescilli olan ticaret ünvanını kullanmasında hukuka aykırı bir durumun olmadığı kabul edilmiş ise de, davacı iddiaları nazara alındığında davalının izola ibaresini ticaret ünvanından ayrı olarak marka şeklinde kullanıp kullanmadığı araştırılmamıştır. Bu itibarla, mahkemece, davalının izola ibaresini, davacı markasına tecavüz olacak şekilde ticaret ünvanından ayrı olarak kullanıp kullanmadığının tespit edilerek, oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir...."* **Güneş**, Önceye Dayalı Haklar, s.108

³ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s. 119.

mülkiyet hakkının bir başkası tarafından tescil edilmesi durumunda, gerçek hak sahibi, itiraz hakkının kullanmamış veya olumlu sonuç alamamış ise, YİDK kararına karşı iptal davası açabileceği gibi söz konusu tescilin hükümsüzlüğünü de talep edebilecektir. Keza Yargıtay “Çırağan” kararında bu yönde karar vermiştir¹.

Noyan² da hükümdeki “ticaret sırasında kullanılan işaret” ifadesinin kapsamına, ticaret unvanları, işletme adları, isim, fotoğraf, telif hakkı vs.nin de dahil olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak MarKHK 8/III hükmüyle esas olarak marka koruması amaçlanmakla birlikte bir başka işaretin de hüküm kapsamında değerlendirilmesinde bir sakınca yoktur.

III. ÜLKESELLİK İLKESİNİN UYGULAMA ALANI

Ülkesellik ilkesi, söz konusu fikri haklar ile bulundukları ülke arasında oluşan bağı ifade etmektedir³. Ülkesellik ilkesi gereğince her ülke, fikri mülkiyet haklarını, gerekli maddi ve şekli koşulları yerine getirmek şartıyla, kendi sınırları içinde koruyabilir ve devlet yalnızca kendi ülkesinin sınırları içindeki ihlallerde hak sahiplerinin kendi ülkesindeki hukuk yollarına başvurmasına imkan tanır⁴. Dolayısıyla her devlet, kendi sağladığı ve tanıdığı hakları koruyacak, ülkesellik ilkesi doğrultusunda kendisinden koruma talep edilen fikri hakların, ne şekilde ortaya çıktığı, ne şekilde kullanılacağı ve tasarruf konusu olacağını kendisi belirleyecektir⁵.

¹ Yrg. 11. HD. T:25/06/2000 E:2127 K:5561 “Söz konusu saray kalıntısı ve arsa için, Maliye Hazinesi tarafından davacı şirket lehine 49 yıl süreyle irtifak hakkı tesis edilmiş, davacı saray kalıntısını restore edip, yanındaki arsaya da beş yıldızlı otel inşa ederek, tamamını “Çırağan Palace Hotel Kempinski” adı altında işletmektedir. Bütün bu açıklamalardan “Çırağan” sözcüğünün “Çırağan Sarayı” ile özdeşleşmiş bulunmasına ve Milli Emlak Müdürlüğü’nce verilen irtifak hakkı tesisine ilişkin protokolde irtifak konusu taşınmazın “Çırağan” adının da davacı tarafından kullanılmak üzere devredildiğinin kabulünün gerekmesine, Çırağan adı, Çırağan Sarayı’nı çağrıştırdığına göre, bu sözcüğün öncelikli kullanma hakkının davacıda olduğu kabul edilerek, davalının 42.sınıf mal ve hizmetler için tescil ettirdiği “Çırağan” markasının hükümsüzlüğüne karar verilmek gerekirken...” **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s. 120.

² **Noyan**, Marka Hukuku, s.104, Ayrıca yazarın sunduğu karar örneği: Yrg.11.HD. T:12.1.2004 E: 2003/5034 K: 2004/127.

³ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.4.

⁴ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.9; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.431.

⁵ **Yasaman,Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.4.

Ülkesellik ilkesi¹, hukuki bir fiilin veya ilişkinin fiilen etkili olduğu yani icra edilebildiği alana ilişkin olduğu ve bu noktada mutlak ve nispi ülkesellik olarak bir ayırma gidilmesi gerektiği doktrinde belirtilmiştir². Buna göre, mutlak ülkesellik, ülke içinde yabancı hukukun tamamen devre dışı bırakılarak yalnızca o ülkenin hukuku'nun uygulanacağı, nispi ülkesellik ise, yalnızca kendi ülkesi için doğrudan etki tanımakla birlikte, diğer ülkeler için yalnızca dolaylı uygulama imkanı verileceği söylenebilir³. Fikri mülkiyet alanındaki ülkesellik prensibinin özellikleri, gayrimaddi malların korunmasının talep edildiği devletin yasaları, ilgili fikri mülkiyet hakkının varlığını, içeriğini ve kapsamını belirler. Bu devletin milli yasalarının sağladığı koruma bu devletin ülkesi ile sınırlı olup, kural olarak bu sınırlar dışında etkisi yoktur. Koruma diğer devletlerden sağlanan korumadan bağımsızdır⁴.

Hukukun ulusallığı⁵ karşısında, birçok alanda olduğu gibi, fikri mülkiyet alanında da birçok uluslararası düzenleme yapılmış, bunlar da ülkesellik ilkesine bazı istisnalar getirmiştir. AB Hukukundaki Topluluk Marka Belgesi bu anlamda marka hukuku anlamında ülkesellik ilkesine istisna teşkil etmektedir. Bu belge ile, yirmi sekiz ülkeyi kapsayan Avrupa Birliği çerçevesinde koruma elde etmek mümkündür. Bunun yanında MarKHK'da yer alan veya MarKHK'da yer almamakla birlikte, Paris Sözleşmesi ve Madrid Protokolü'nde öngörülen bazı düzenlemeler de ülkesellik ilkesinin istisnalarını teşkil etmektedir. *Yasaman*⁶, bu istisnaları şu şekilde sıralamıştır: Markanın olduğu gibi korunması, rüçhan hakkı dolayısıyla markanın tescil tarihinden önce korunması, yabancı marka sahibinin Türkiye'deki ticari vekili karşısında korunması, Madrid Protokolü

¹ Yrg. 11. HD. T: 23/09/1999 E: 4928 K:7026 '*Markaların Korunması 556 sayılı KHK'nın 3,6 ve 9. Maddelerine göre, ilke olarak Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde geçerli bulunmaktadır. Markaların korunmasının ülkeselliği adı verilen bu ilke, her ülkenin kendi sınırları içinde ve mevzuatına göre tescil edilmiş her markayı koruma siyasetinin ifadesidir.*' **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.432

² **Erdem**, B. Bahadır, Fikri Haklarda Ülkesellik Prensipleri, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999, s.39 vd.

³ **Erdem**, s.43 vd.

⁴ **Erdem**, s.39 vd.

⁵ Yrg. 11. HD. T: 23/9/1999 E:1999/4928 K:1999/7026 '*Markaların korunması mevzuatı milli (ülkesel)dir. Her ülke, kendi sınırları içerisinde ve mevzuatına göre tescil edilmiş markayı koruma durumundadır. Türkiye'de tescilli olması itibarıyla, yurt dışında tescilli olan ve fakat Türkiye'de tescilli olmayan bir markaya karşı marka haklarının korunması gerektiğine ilişkin ve markanın ülkeselliği ilkesinin benimsenmesi esas itibarıyla doğrudur. Ancak:2. Serbest bölgeye sokulan benzer markalı malın Türkiye sınırları içinde kullanılmakta olduğu veya yurda sokulabilmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığı kanıtlanmadan, Türkiye'de tescilli bir markaya tecavüz oluşturduğu kabul edilemez.*' Kazancı İçtihat Bankası ET: 05/05/2015.

⁶ **Yasaman, Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.7.

uyarınca markanın esas tescilinin yapıldığı ülkede terkin ve tanınmış markaya sağlanan koruma.

Ülkemizde marka korumasının elde edilmesinde, yukarıda ayrıntılı olarak arz edildiği üzere tescil ilkesi geçerlidir. Bir markanın Türkiye’de korunabilmesi için MarKHK uyarınca TPE nezdinde tescilli olması, tanınmış olması veya kullanılmış olması gerekmektedir¹. MarKHK’nın ‘‘Korumadan Yararlanacak Kişiler’’ başlıklı 3.maddesinde görüldüğü üzere, yabancılar da ülkemizde tescil talebinde bulunabileceklerdir². Aynı şekilde Türk vatandaşları da yabancı ülkedeki marka korumasından yararlanabilmek için ilgili ülkede tescil işlemini yaptırmak zorundadır.

Marka hangi ülkede tescil edilmiş ise kural olarak o ülke sınırları içinde korunur³. Korumanın ülkeselliği ilkesi uyarınca, Türkiye’de markasını tescil ettiren kişi, markasının izni olmaksızın kullanılmasını, ancak buradaki tescile dayanarak ve Türkiye sınırları içinde engel olabilir⁴, Türkiye dışında kullanılmasını yasaklayamaz⁵ fakat aynı işaretin birden çok ülkede, o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil edilmesi durumunda, o ülke sınırlarında da marka hakkı doğar⁶.

Bu noktada Yüksek Mahkeme’nin ilkeye bakış açısına dikkat çekmek isteriz. Yargıtay, birçok kararında ülkesellik ilkesini doktrinde belirtildiği ve yukarıda da arzedildiği şekliyle yorumlamıştır⁷. Fakat yukarıda, gerçek hak sahipliği hükmünün uygulama şartlarını arz ederken ‘‘marufiyet’’ bahsinde üzerinde durduğumuz ve

¹ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.796.

² Ayrıntılı bilgi için bkz: III.Bölüm/I.Tescil Prosedüründe İtiraz Yolu/A.Marka Tescil Başvurusu/1.Marka Tescili Talep Edebilecek Kişi/Kişiler

³ **Dirikkan**, Tanınmış Markanın Korunması, s.271.

⁴ Yrg. 11. HD. T: 26/10/2000 E: 2000/5199 K:2000/2816 ‘‘556 sayılı KHK m.3 ve 6’da, ilke olarak marka korumasının ülkeselliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke çerçevesinde, marka sahibine, markanın tescilli olduğu ülke sınırları içerisinde, markanın üçüncü kişiler tarafından izinsiz olarak, kullanılmasına engel olma hakkı tanınmaktadır. İzinsiz kullanılan markanın yurtdışında bir başka ülkede tescilli olması hali de bu sonucu değiştirmez. Bu durumda Türkiye’de tanınmış marka olarak tescilli bulunan markanın, mal ve hizmet sınırlamasına tabi olmaksızın, Türkiye’de tescilli bulunmayan markaya karşı korunması gerekir ve korunmanın kapsamına bu işareti taşıyan malların ithalini önleme hakkı da dahildir.’’
Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.11.

⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.431.

⁶ **Yasaman**, Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.5

⁷ Bkz: Yrg. 11. HD. T: 29/01/1999 E: 1999/4928 K: 1999/7026; Yrg. 11. HD. T: 26/10/2000 E: 2000/5199 K: 2000/2816

Yargıtay'ın bir kararı¹ vesilesiyle irdelediğimiz tarzda bir yaklaşımın, ülkesellik ilkesine aykırı olduğunu bu vesile ile bir kez daha vurgulamak isteriz.

Bir markanın ülkemizde korunabilmesi için kural olarak usulüne uygun şekilde tescil edilmesi veyahut tescil ilkesine istisna teşkil eden tanınmış veya kullanılmış markalardan olması gerekmektedir. Markanın tanınmış sayılabilmesi için Türkiye'de tanınmış olması gerekip gerekmediği hususunda bizimde katıldığımız doktrindeki ağırlıklı görüş, markanın Türkiye'de tanınmış olması gerektiği yönündedir². Bu görüşün temeli de ülkesellik ilkesine dayanmaktadır. Diğer yandan bazı yazarlar Türkiye'de koruma sağlanabilmesi için markanın Türkiye'de tanınmış ya da kullanılmış olması gerekmediği yönünde görüş belirtmişlerdir³.

Ülkesellik ilkesinin sonucu olarak, bir kimse, bir ülkedeki tescile dayalı olarak başka bir ülkede hak elde edemeyecek, tescilin kendisine tanıdığı hak yalnız tescil edilen ülke ile sınırlı olacaktır⁴. Bu nedenle yurt dışında tescilli olan bir marka Türkiye'de tescilli olmadığı müddetçe tescilsiz marka hükmünde olmaktan öteye gidemeyecek ve MarKHK'nın korumasından yararlanamayacaktır⁵. Bu durumda bu markaların,

¹ Bkz: Yrg. 11. HD. T: 29/01/1999 E: 1998/5372 K: 1999/256: Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı, ET: 23/04/2015

² **Dirikkan**, s.58; **Oytaç**, Tanınmış Markalar, s.91; **Kayhan**, Tanınmış Marka, s.441; **Ocak**, Nazmi, Markalarda "Tescilin Sağladığı Hukuki Korumanın Kapsamı", Prof.Dr.Ali Bozer'e Armağan, Ankara, 1998, s.284; **Kendigelen**, Abuzer, "Marka Hakkının Korunması-Yerli/Yabancı Marka" Hukuki Mütalaalar, C.III, İstanbul, 2001, s.205; **Karahan**, Marufiyet, s.20.

³ **Yasaman**, Marka Hukuku, s.272; **Çolak**, Tanınmış Markalar, s.23 vd; **Arkan**, Yabancı Markaların Türkiye'de Korunması, s.8.; **Ayoğlu**, Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma, s.117, Ayrıca yazar, markanın tanınmış olarak değerlendirilmesi noktasında Türkiye'de tanınmış olması gerektiği yönündeki ağırlıklı görüşü kabul etmenin, Türkiye'de fiilen faaliyette bulunmayan işletmelere ait markaların Paris Sözleşmesi kapsamında korunmasının mümkün olmayacağını oysa, Paris Sözleşmesi'nin amacının, başkasının emeğinden haksız yararlanmanın önlenmesi çerçevesinde, sözleşmeye taraf olan ülkelerde tanınmış olan markaların, sözleşmeye taraf diğer ülkelerde de korunmasının sağlamak olduğunu ve bu yönde bir yaklaşımın Sözleşmenin amacına ters düştüğünü belirtmektedir.

⁴ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.6.

⁵ **Kendigelen**, bir dava dosyasına sunduğu mütalaâda bu durumu kendi ifadeleriyle şöyle arzetmiştir: "...yurt dışında tescilli olmakla birlikte, Türkiye'de tescil edilmemiş olan "vitra" markasının Türk hukuku açısından sadece tescilsiz bir işaret (marka) olarak kabul edilebileceği, bu nedenle MKHKHK kapsamındaki tescile dayalı özel korumadan yararlanamayacağı, uluslararası sözleşmelerin de bu uyumsuzluğun kapsamına giren tescilsiz yabancı "Vitra" markasına özel bir koruma sağlamadığı sonucuna varılmıştır.Yerli "Vitra" markası ise 1968 yılında Türkiye'de tescil ettirilmiş ve tescil ile birlikte elde edilen markayı kullanma hakkı sürekli yenilenmiş olduğundan halen koruma kapsamındadır. Bu durum karşısında yalnızca "vitra" markasını Türkiye'de geçerli bir biçimde tescil ettiren davacı, anılan markanın sahibi sayılacak ve MKHKHK ile sağlanan özel korumadan en azından Türkiye için yararlanacaktır. Dolayısıyla marka hukukunun öngördüğü koruma açısından Türkiye'de

çalışmamıza temel teşkil eden 8/III hükmünden yararlanabilmesi, yukarıda arz edilen şartların oluşmasına bağlıdır.

tescilli yerli ‘‘Vitra’’ markası, yurt dışında tescilli yabancı ‘‘Vitra’’ markasına oranla üstün tutulacak ve korunacaktır. Hatta bu bağlamda yerli ‘‘Vitra’’ markası davacı adına Türkiye’de tescilli olduğundan, bu markanın aynının veya benzerinin artık başka bir kişi (özellikle yabancı ‘‘Vitra’’ markasının sahibi) adına, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlerle ilgili olarak tescil edilemeyeceğini (MKHKHK 7/I-b); giderek yerli ‘‘Vitra’’ markasının Türkiye’de tanınmış marka olarak kabul edilmesi karşısında, artık yabancı ‘‘Vitra’’ markasının farklı mal ve hizmetler için de tescil ettirilmesi olanağının kalmadığı (MKHKHK 8/4) ayrıca belirtelim.’’ **Kendigelen**, Marka Hakkının Korunması-Yerli-Yabancı Marka, s.205

Üçüncü Bölüm

GERÇEK HAK SAHİBİNİN HAKLARI

I. TESCİL PROSEDÜRÜNDE İTİRAZ YOLU

A. MARKA TESCİL BAŞVURUSU

Türkiye’de markaların tescili hususunda yetkili kurum Türk Patent Enstitüsü¹ olduğundan kural olarak başvuru TPE nezdinde yapılır².

556 sayılı MarKHK sisteminde marka tescili, idari ve gerektiğinde başvurulacak yargısal süreçlerin bütününden oluşur³. Marka tescil işleminin nihayetinde Marka Tescil Belgesi’nin edinilmesi, bazen TPE nezdindeki idari işlemlerin usulüne uygun bir şekilde tamamlanmasıyla mümkün iken bazen de tescil aşamasında söz konusu olan itirazlardan dolayı yargı aşamasına taşınmakta ve ancak bu sürecin sonunda mümkün olmaktadır. Diğer taraftan yargı süreci sonunda dahi tescil işleminin yapılması mümkün olmayabilir keza bu süreçte açılacak davada talep, markanın tesciline değil, TPE ‘nin yaptığı idari işlemin iptaline yönelik olacaktır⁴.

¹ Türk Patent Enstitüsünün Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (R.G. T:19/11/2003 S:25294 Kanun No:5000) 1. maddesine göre: ‘‘Türkiye’nin teknolojik ilerlemesine katkıda bulunmak, ülke içinde serbest rekabet ortamını oluşturmak ve araştırma geliştirme faaliyetlerinin gelişmesini sağlamak üzere, çeşitli kanunlarla düzenlenmiş olan patent ve markalar ile diğer kanunlarla düzenlenen sınai mülkiyet haklarının tesisi, bu konudaki korumanın sağlanması ve sınai mülkiyet haklarına ilişkin yurt içi ve yurt dışında varolan bilgi ve dokümantasyonun kamunun istifadesine sunulabilmesi amacıyla tüzel kişiliğe sahip, bu Kanunda belirtilmeyen hallerde özel hukuk hükümlerine tabi, Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bağlı, özel bütçeli Türk Patent Enstitüsü kurulmuştur. Türk Patent Enstitüsü, bir kamu kuruluşu olup kısa adı ‘‘TPE’’dir.’’

² Çağlar, s.38.

³ Kaya, Marka Hukuku, s.63.

⁴ Yrg.11.HD.T:07/11/2002 E:2002/5298 K: 2002/9908 Ankara Barosu FMR Y:3 C:3 S:2003/2 ‘‘Davacı, dergisinin adı olan ‘‘HAYAT’’ markasının tescilini istemiş ve davalı TPE de istemi mutlak red nedenlerine dayanarak reddetmiştir. ‘‘HAYAT’’ markası, ‘‘FOTO HAYAT’’ markasıyla aynı sınıfın alt grubunda bulunmamaktadır. ‘‘AL HAYAT’’ markası ile aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar aynı değildir. Bir su üreticisinin markası olan ‘‘HAYAT’’ ile de tescili istenen marka, benzer ya da aynı nitelikte değildir. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu’nun red kararının iptal edilmesi gerekir.’’: Ankara Barosu FMR Y:3 C:3 S:2003/2; Yrg.11.HD. T: 24/4/2001 E: 2001/1400 K: 2001/3499; ‘‘556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname’nin 33. maddesi hükmü uyarınca, marka tescil başvurusu üzerine, Enstitü, başvuruyu şekil ve esastan inceler. Başvuru şartları eksiksiz bir şekilde yerine getirilmiş ise, marka başvurusu ilgili bültende yayınlanır. Üçüncü kişilerin itiraz imkanlarını kullanmaları açısından öngörülen ilan aşaması henüz tamamlanmadan, marka başvurusunun tescili mümkün değildir. Dava konusu olayda, davacının marka

1. Marka Tescili Talep Edebilecek Kişi/Kişiler

MarKHK 31.md., 3.md. kapsamına girmeyen kişilerin başvurusunun reddedileceğini düzenleyerek, başvuru hakkı bakımından bir sınır ortaya koymaktadır.

MarKHK 3.md.ye dayanarak, marka tescil başvurusunda bulunabilecek kişi/kişileri şöyle sıralayabiliriz:

- Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgâhı¹ olan gerçek veya tüzel kişiler: bu şart açısından, her ne kadar *ikametgâh*² tabiri geçse de bunu geniş değerlendirerek, tüzel kişiler bakımından *idare merkezi* de bu kapsamda değerlendirilmelidir³.
- Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde sinai veya ticari faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler: Bu şart, ilk şarttan “veya” bağlacıyla ayrılmıştır. Bu demek oluyor ki Türkiye’de sinai veya ticari faaliyette bulunan gerçek kişilerin Türkiye’de ikamet etme veyahut tüzel kişiler açısından idare merkezinin bulunması koşulu aranmaksızın, sinai veya ticari faaliyette bulunması yeterlidir. Aynı şekilde Türkiye’de ikametgâhı bulunan kişilerin de sinai veya ticari faaliyette bulunma şartı aranmamıştır. Bu durumun bir sonucu olarak da, işletme sahibi olmayan kişilerin bir marka yaratıp onu tescil ettirmesi ve daha sonra başkalarına satması da mümkün olabilecektir⁴. Keza Türkiye’de

başvurusu Enstitü tarafından reddedilmiş ve anılan KHK.nin 53. maddesi uyarınca iptal davası açılmıştır. Henüz, marka başvurusu ilan edilmediğinden, tescil prosedürü tamamlanmamıştır. Mahkemece, davalı Enstitü kararının iptaline karar verilmesi ile yetinilmesi gerekir iken, sözü edilen prosedür tamamlanmadan "markanın davacı adına tesciline" de karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası ET:23/01/2015.

¹ MarKHK, gerçek kişiler açısından vatandaşlık bağıni değil de ikametgahı esas aldığı için Türkiye’de ikametgahı olmayan ve ticari ve sinai faaliyette bulunmayan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının marka başvurusunda bulunup bulunamayacakları tartışılabilir. Bunun yerine Alman Hukukundaki gibi, tüm gerçek veya tüzel kişilere marka tescil başvurusunda bulunma imkanı verilmesi bir çözüm yolu olabilir: **Çağlar**, s.37,dn.107.

² İkametgah (yerleşim yeri) , bir kişinin, bir yere bağlılığını ifade eden bir kavram olup, kanunlar gereğince bir yerle olan ilişkisidir. TMK 19.md.de “*yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. Bu kural ticari ve sinai kuruluşlar hakkında uygulanmaz.*” şeklinde açıklanmaktadır : **Kayhan**, Şaban, Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara, 2009, s.149.

³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.55 ; **Kaya**, Marka Hukuku, s.64.

⁴ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.56, Ayrıca yazar, bu durumun sakıncalara neden olabileceğini, diğer yandan MarKHK’da başvuru harcı, araştırma, inceleme ve değerlendirme ücretlerinin peşin alınmasını

ikametgahı veya idari merkezi bulunan kişiler yönünden, Türkiye’de bir ticari işletme sahibi olma şartının aranmaması, beş yılı aşan kullanmama nedeniyle hükümsüzlük yaptırımı hariç, tescil başvurusunun yapıldığı anda markayı bir mal veya hizmet üzerinde kullanması şartı yoktur¹.

Ayrıca bu hüküm dolayısıyla, başvuru için istenen belgeler arasında sayılan (MarKHK 23.md.) ‘‘başvuru sahibinin ticaretle uğraştığını gösterir belge’’ nin Türkiye’de ikametgahı bulunan fakat sinai veya ticari faaliyette bulunmayan kişilerden istenmemesi gerekecektir². Bu durumda MarKHK 23/I,h ‘‘başvuru sahibi ticaretle uğraşıyorsa, bu durumu gösterir belge ‘‘ şeklinde düzenlenmesi daha isabetli olabilirdi.

- Paris Sözleşmesine göre başvuru hakkına sahip olan kişiler³.
- Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması hükümlerine göre başvuru hakkına sahip olan kişiler.
- Türkiye Cumhuriyeti uyruğundaki kişilere kanunen veya fiilen marka koruması tanımış yabancı devletlerin gerçek veya tüzel kişileri de karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye’de marka korumasından aynı şekilde yararlanır.

Marka tescili talep eden gerçek kişilerden, ikametgâhı Türkiye’de olanlar bizzat veya marka vekilleri aracılığıyla, yurt dışında bulunanlar ise ancak marka vekili

ve markayı kullanma zorunluluğunun öngörölmüş olmasını, spekülâtif amaçlı marka tescillerinin önlenmesi açısından yararlı bulduğunu belirtmiştir (s.56,dn:3).

¹ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.91.

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.56.

³ Yrg.HGK T:27/02/2002 E: 2002/11-62 K: 2002/115 ‘‘Yabancı uyruklu olan davacının, hazır giyim sektöründe kullanılmak üzere "M..." ibarelerini marka olarak Paris Sözleşmesi'nin tarafı olan birçok Avrupa ülkesinde tescil ettirdiği anlaşılmaktadır. Davacının Türkiye'deki marka tescil başvurusunun 556 sayılı KHK hükümleri çerçevesinde inceleneyeceği muhakkaktır. Davacının marka tescil başvurusuna itiraz eden diğer davalı M... Holding A.Ş. nin genelde inşaat sektöründe faaliyet gösterdiği ve "M..." ibaresini gerek kendi ünvanında ve gerek kendi bünyesindeki diğer şirketlerin ünvanlarında ancak, ayırt edici bir takım sözcüklerle birlikte (Örneğin M... Dekim Dekorasyon İç Mimarlık Mobilya A.Ş., M... Mipaş Müessellik Müşavirlik İthalat İhracat A.Ş. gibi) kullandığı anlaşılmaktadır. Daha açık bir deyim ile, davalının henüz Türkiye'de tescilli bir "M..." markası bulunmadığı gibi öncelikli ve fiilen oluşmuş üstün marka hakları olduğu da iddia ve ispat edilmiş değildir. Bu durumda Türkiye'nin de taraf olduğu Paris Sözleşmesi'ne taraf ülkelerinde tescilli davacı markası ile davalının başkaca ayırt edici sözcükler ile birlikte yalnız ticaret ünvanında kullandığı ünvanından doğan haklar karşı karşıya geldiğinde, davacı markasının tescilinde yasaya aykırılık olmadığı kabulü zorunludur. Aksine bir anlayış ve çözüm 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin özüne aykırı düşer. ‘‘ :**Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku,s.51-55.

aracılığıyla işlem yapabilirler. Aynı şekilde, idare merkezi Türkiye’de olan tüzel kişiler yetkili organları tarafından tayin edilen kişi/kişiler aracılığıyla, idare merkezlerinin yurt dışında bulunması halinde ise yine ancak marka vekilleri vasıtasıyla işlem yapabilirler (MarKHK 80 md.) Türkler de yabancı ofisler nezdindeki işlemleri ancak marka vekilleri aracılığı ile yapabilirler¹.

MarKHK 3.md. ile ilgili olarak ayrıca şu hususa dikkat çekmek isteriz : MarKHK 3.md.si, 31.md. düzenlemesi gereğince, marka tescil başvurusu yapabilecek kişiler bakımından bir sınır çizmektedir. Diğer yandan 3.md.nin kenar başlığı ‘*korumadan yararlanacak kişiler*’ dir. Bu durumda 3.md.de sayılanlar aslında bütün itibarıyla bu KHK ‘nın koruması kapsamında olan kişilerdir. Bu noktada , 3.md.nin kapsamı ile , fikri mülkiyet hukukuna hakim ilkelerden *ülkesellik ilkesi* nin uygulanma alanı bakımından bazı karşıt görüşler olduğunu belirtmekle yetiniyor , tartışma ve örnek kararları ilgili bölüme sevk ediyoruz².

2. Başvuru Usulü

MarKHK 23. md.sinde belirtildiği üzere başvuru, gerekli belgelerin de eklendiği bir dilekçe ile yapılır. Başvuru dilekçesinin muhteviyatı ve eklenecek belgeler MarKHK Yön. 7.md. ve 8. md.lerde ayrıntılı olarak sayılmıştır. Ayrıca daha sonra Enstitüye verilecek her türlü belge de yine MarKHK Yön.’de belirtildiği üzere düzenlenmek zorundadır (MarKHK 23/4 md.)

Tescil talebinde bulunulacak her bir marka için ayrı başvuru yapılmalıdır (MarKHK 23/4, MarKHK Yön. 6.md.). Diğer bir deyişle, aynı başvuru dilekçesiyle birden çok marka için tescil talep edilemez. Diğer taraftan *tescilde teklik esası*³ gereğince aynı marka, aynı mal ve/veya hizmet için ancak bir kez tescil edilebilir.

Marka tescil başvurusunun geçerli olabilmesi için gerekli ücretin de başvuru ile birlikte ödenmesi gerekmektedir (MarKHK 23/2, MarKHK Yön.8)

¹ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.175.

² Bkz.II.Bölüm/III.Ülkesellik İlkesinin Uygulama Alanı

³ **Kaya**, Marka Hukuku, s.69.

B. BAŞVURUNUN İNCELENMESİ

1. Şekli İnceleme

TPE'nin yapacağı ilk inceleme, başvuru yapma hakkı yönündendir. MarKHK 3.md. kapsamına girmeyen gerçek veya tüzel kişilerin başvurusu reddedilir (MarKHK 31.md.).

Bunun dışında MarKHK 23.md. ve MarKHK Yön. 7.md.ve 8.md.de öngörülen belgelerin koşullara uygunluğunu¹ ve şekli açıdan herhangi bir eksiklik bulunup bulunmadığını inceler.

Başvuru için gerekli şartların yerine getirilmediği tespit edilirse, eksikliklerin giderilmesi için iki aylık süre verilir. Bu sürede eksikliklerin giderilmesi gerekir (MarKHK Yön. 10/3).

Bu eksikliklerin belirtilen süre içinde giderilmemesi halinde başvuru işleminden kaldırılır. Eksiklik, rüçhan hakkına ilişkin ise, başvuru tarihinden itibaren üç ay içinde giderilmediği takdirde, başvuru sahibi rüçhan hakkından yararlanamaz (MarKHK 28.md., MarKHK Yön.10/4 md.)

2. Başvurunun Sınıflandırılması

Mal ve hizmetlerin tescil ve korunmasına ilişkin olarak esas itibariyle iki sistem mevcut olup, bunlardan ilki olan mal ve hizmet sistemine göre, marka belirli mal ve hizmetler için tescil edilmekte, bunun dışındaki mal ve hizmetlerde kullanımı serbest bırakılmakta iken, ikinci olan sınıf sistemine göre, ilgili mal ve hizmetleri içeren sınıf itibariyle tescil edilerek, bu sınıf içinde aynı veya benzer markanın bir başkası adına tekrar tesciline izin verilmemektedir².

¹ Enstitüye verilecek her türlü belge de yine MarKHK Yön.'de belirtildiği üzere düzenlenmek zorundadır (MarKHK23/4)

² **Karahan**, Sınıfsal Sınırlar, s.13; Yrg.11.HD. T: 04.06.2002 E: 3055 K: 5770 ‘ ‘ *Mahkemece, taraflarca sunulan kanıtlar ve yaptırılan bilirkişi incelemesinde, BERİL ve BEROL markaları arasında benzerlik*

Sınıflandırmaya ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası düzenlemelerin¹ iç hukukumuzda yansımasının sonucu olarak, mal ve hizmetlerin uluslararası esaslara göre sınıflandırılacağı hususu MarKHK'da düzenlenmiş (24.md.), sınıflandırmaya ilişkin esaslar ise yönetmeliğe sevk edilmiştir (11.md.)². Markanın kullanılacağı mal ve hizmetlerin sınıflandırılması ve listesi, Nice Anlaşmasına göre, Marka Tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ³ (TPE 2014/2) hükümleri çerçevesinde⁴, markanın kullanılacağı, mal veya hizmetin esas alınarak yapılır⁵.

Aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetlere ilişkin tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış bir markanın aynısı veya benzeri olan markaların tescili yasaklanmıştır⁶

mevcut ise de, davalının M. Veysel A.'ün tescil ettirmek istediği BERİL markasının 3.sınıf emtia kapsamında çamaşırdaki, bulaşıktaki, her türlü eşya ve mekan temizliğinde kullanılan maddelere ait bulunduğu, davacıya ait BEROL markası ile farklı sınıftaki emtiada kullanıldığı, hatta malların satış noktalarının dahi farklı olduğu dolayısıyla tüketici üzerinde herhangi bir yanılgıya sebebiyet vermediği BERİL markasının davacı markasındaki aynı emtiada kullanılması halinde davacının dava hakkı bulunduğu gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve dava TPE Başkanlığı Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptali istemine ilişkindir. Davacı, davalı Veysel A.'ün marka başvurusuna olan itirazını markaların benzerliği nedenine dayandırmış olup, tanınmış marka olgusuna dayandırmış bulunmamasına ve davanın itirazın yapıldığı koşullara göre görülmesinde bir usulsüzlük olmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir. ' ' LegalBank Elektronik Hukuk Bankası ET: 16.05.2015.

¹ Markaların Tescilinde Eşyaların ve Hizmetlerin Uluslararası Sınıflandırılmasına İlişkin Nice Anlaşması, RG: 13/08/1995 S:22373, Markaların Figüratif Elemanlarının Sınıflandırılmasına İlişkin Viyana Anlaşması, RG: 13/08/1995 S:22373. Marka Kanunu Anlaşması R.G.: 23/09/2004 S:25592

² MarKHKY'nin 11.maddesine göre ' ' Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesine göre başvuru dilekçesinde bulunan mal veya hizmetler Nice Anlaşmasında yer alan esaslara göre sınıflandırılır. Tescili talep edilen mal veya hizmetlerin Nice Anlaşmasına göre sınıflara ayrılmış olarak ve mal veya hizmetlerin sınıf numaraları belirtilerek sunulması gerekir. ' ' Nice Anlaşmasına göre sınıflandırma listesi için bkz. : http://web2.wipo.int/classifications/nice/nicepub/en/fr/edition-20140101/taxonomy/?pagination=none&lang=en&mode=full&explanatory_notes=hide&basic_numbers=show

³ R.G.: 08.12.2014 S:29199

⁴ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.59.

⁵ Kaya, Marka Hukuku, s.69; Şener, Oruç Hami/Uzunnallı, Sevilay, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012, s.77.

⁶ Yrg.11.HD.T:12/10/2004 E: 2003/13267 K:2004/9678 : ' ' 556 Sayılı KHK.nin 8.1.b. maddesinde ' 'Tescil için başvurusu yapılan marka tescil edilmiş veya tescil için daha önce başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya benzer ise ve tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir markanın kapsadığı mal veya hizmetlerde aynı veya benzer ise, tescil edilmiş veya tescil başvurusu yapılmış markanın halk tarafından karıştırılma ihtimali varsa ve karıştırılma ihtimali tescil edilmiş veya tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ilişkili olduğu ihtimalini de kapsıyorsa' ' tescil başvurusunun reddedileceği öngörülmüştür. Aynı isimle yapılan tescil başvurusunun reddedilebilmesi için marka konusunda uzman bilirkişilerden oluşacak bir kurulca, davaya konu her üç sınıfta da için davalı şirketin marka başvurusunu eklediği emtia listesinin, davacının daha önce tescil ettirdiği markaya ait ürünlerle

ve bunun gerek resen gerekse itiraz üzerine inceleme görevi TPE'ne verilmiştir¹. Bu durumlar MarKHK 7/I-b md.de mutlak, 8/I-a md.de nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir. Fakat dikkat çeken husus, 7.md.nin "aynı veya aynı türdeki" mal veya hizmetler şeklinde düzenlemişken, 8.md.nin ise "aynı veya benzer" mal veya hizmetler şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Doktrinde², bu durumun anlamsız olduğu ve karışıklık oluşturduğu, mal ve hizmetlerin uluslararası düzenlemelere göre sınıflandırılacağı esası getirildikten sonra (24.md.) birbirini takip eden hükümlerde farklı ibareler kullanılmasının doğru olmadığı ve bu iki hükmün de "aynı veya aynı türdeki" mal ve hizmetler olarak anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.

Bir mal veya hizmet tescil edilirken bu markanın hangi mal veya hizmet sınıfında kullanılacağı ve korunacağı, genel tabirler kullanılmaksızın³ marka başvurusunda belirtilmelidir ki tescil yalnızca bu sınıfa ilişkin yapılacaktır. Bu sınıf dışında, tescil edilen markanın bir başkası tarafından tescil edilmesine engel olunamayacaktır⁴. Bu durumun istisnası ise, tanınmış markalara tanınan sınıf sisteminden müstesna korumadır⁵.

3. Başvurunun Kesinleşmesi

Başvuru, belgelerin TPE tarafından teslim alındığı gün, saat, dakika itibariyle kesinlik kazanır (MarKHK 29/1).

Eksik belge ile başvuruda bulunulmuş ve eksikliklerin giderilmesi istenmiş ise; MarKHK 23/1-a,b,c,d de ve MarKHK Yön'nin 10/2 de belirtilen belgeler⁶ eksik ise

orta düzeydeki tüketiciler tarafından "karıştırılma ihtimali" veya daha önce tescil edilmiş marka ile "ilişkili olduğu ihtimalini kapsayıp kapsamadığı" hususlarının araştırılması ve oluşacak sonuca göre hüküm kurulması gerekir." : Kazancı İçtihat Bankası ET:19/04/2015

¹ **Karahan**, Sınıfsal Sınırlar, s.13.

² **Karahan**, Sınıfsal Sınırlar, s.13.

³ MarKHK 23.md; Genel tabir kullanılmış ise, genel tabirlerin açıklanması için iki aylık süre verilir. Bu süre içerisinde açıklamanın Enstitüye sunulmaması halinde Enstitü açıklanması talep edilen genel tabirleri listeden çıkartır. (MarKHK Yön.11.md)

⁴ *Karahan'a göre; MarKHK ve ilgili mevzuatın benimsediği sistem saf bir sınıf sistemi olmayıp, Marka tescil Başvurularına Ait Mal ve Hizmetlerin Sınıflandırılmasına İlişkin Tebliğ ile getirilen sistemle "sınıfsal grup" sistemi olarak adlandırılabilir.* **Karahan**, Sınıfsal Sınırlar, s.13.

⁵ Bkz: I.Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka

⁶ Başvuru sahibinin kimlik bilgilerini içeren imzalı başvuru dilekçesi, markanın baskı yoluyla çoğaltmaya ve yayıma elverişli örneği, başvuruya konu malların veya hizmetlerin listesi ve başvuru ücretinin

belirtilen sürede eksikliklerin giderilmesi durumunda , eksikleri giderilen belgelerin TPE tarafından tescil alındığı gün, saat ve dakika olarak kesinlik kazanır (MarKHK Yön 10/3). MarKHK 23/e,f,g,h bendlerinde ve MarKHK Yön. gereği verilmesi gereken diğer belgelerdeki eksikliklerin tamamlanması durumunda ise başvuru, ilk yapıldığı tarih itibariyle kesinleşir (MarKHK 30/3, MarKHK 10/3).

Verilen iki aylık süre içinde eksikliklerin giderilmemesi durumunda ise başvuru işleminden kaldırılır. Rüçhan hakkına ilişkin eksikliklerin giderilmemesi halinde ise başvuran, yalnızca rüçhan hakkından yararlanamaz (MarKHK 30/4, MarKHK Yön.10/4)

Başvurunun kesinleşme anı, doğuracağı sonuçlar açısından önemlidir:

- Öncelikle başvuruda bulunan kişiye, marka tescilini talep hakkı¹ verir. Marka tescili yukarıda da belirtildiği üzere idari ve bazen de yargısal bir sürecin neticesinde mümkün olabilmektedir. İşte bu süreçte başvurunun kesinleşmesiyle ancak sonraki aşamalara geçilebilir.
- Tescilli markanın koruma süresi, başvuru tarihinden itibaren on yıldır (MarKHK 40 md.).
- Tescil başvurusu kesinleşen marka, sonraki tescil başvurularına karşı bir öncelik hakkı kazanır. Sonraki tescil başvurusu, gerekli şartların varlığı halinde MarKHK 7/1md., 8/1md., 8/4md. uyarınca reddedilebilir.
- Tescilli markanın konu olduğu hukuki işlemler marka başvurularına da uygulanır; Marka gibi marka başvurusu da , devir, lisans, haciz, rehin, intikal, marka sahibi hakkındaki değişikliklerle ilgili işlemlere konu olabilir. (MarKHK 22.md).

öndendiğini gösterir belge.

¹ *Kaya*, tescili talep etme hakkını, gerekli şartların yerine getirilmesiyle bir sonuca ulaşacak olan, süreli olan, beklenen bir hak; başvuru sahibinin amaçladığı tescil işlemi ise kanuni şartlara bağlı işlem olarak tanımlamaktadır : **Kaya**, Marka Hukuku, s.75; **Tekinalp**'e göre ; mal ve hizmet için tescil ettirmesine engel olduğu gibi, başvuru sahibine de, mirasla geçen, devredilebilen, haciz, rehin ve lisansa konu olabilen tescili hedefleyen bir bekleme hukuki durumudur.: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.386.

4. Mutlak Red Nedenleri Bakımından İnceleme

Şeklen kesinleşen marka tescil başvurusu, MarKHK 5.md ve 7.md.ler açısından resen incelemeye tabi tutulur ve bu incelemede ilkesel içtihatlar ve öğretide dikkate alınır¹. Başvuru, 7.maddeye uygun görülmeyen mal veya hizmetlerin bir kısmı veya tamamı için kısmen veya tamamen reddedilir (MarKHK 32.md).

Mutlak red nedenleri, doğrudan toplumun genel menfaatleriyle ilgili olup, bu işaretler nitelik ve özellikleri itibariyle herkese kapalı olan işaretlerdir². MarKHK’da mutlak red nedeni olarak sayılan hallerin bazılarının nitelikleri itibariyle kamudan ziyade bazı kişilerin çıkarlarının korunmasına yönelik olmasına rağmen mutlak red nedenleri arasında sayılmaları doktrinde eleştirilmiştir³:

*Kaya*⁴; Mutlak red nedenlerinin ‘herkese kapalı olma’ özelliğinin MarKHK 7.md.de sayılan hallerin tamamı için söylenemeyeceğini, örneğin meşhur markalarda olduğu gibi bir şahsın öncelikli hakkı sebebiyle korunduğunu, ancak bu halin dahi içerik olarak genel menfaati barındırdığını belirtmiştir.

*Arkan*⁵; MarKHK 7/1-b bendinde düzenlenen, aynı veya aynı türdeki mal ve hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olan markanın tescil edilememesi, yine 7/I-ı da, Paris Sözleşmesinin 1 mük.6.md.sine göre tanınmış markaların da tescil edilememesi hallerinin birer mutlak red nedeni olarak düzenlenmesinin, mutlak red nedenlerinin niteliği ile örtüşmediği gerekçesiyle eleştirmiş ve bunların nispi red nedeni olarak düzenlenmesinin daha uygun olacağını belirtmiştir. Ayrıca yazar, 7/1-b md.deki durumun mutlak olarak reddedileceğinin hükme bağlanmasından sonra bu durumun nispi red nedeni oluşturacağının da kabul edilmesini (8/1) tutarlı bulmadığını da eklemiştir.

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.388.

² **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.7.

³ MarKHK daki mutlak ve nispi red nedenlerinin büyük oranda AB 89/104 nolu Yönergeden alınmış olup 7/1-b ve 7/1-ı bentlerindeki durumlar yönergede nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir.

⁴ **Kaya**, Marka Hukuku, s.78, 11.dn.

⁵ **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.72.

Mutlak red nedenleri şunlardır:

- MarKHK 5.madde kapsamına girmeyen işaretler (MarKHK 7/1-a),
- Daha önce tescil edilmiş veya tescil başvurusunda bulunulmuş mal veya hizmetle aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markalar(MarKHK 7/1-b),
- Tasviri işaretler (MarKHK 7/1-c),
- Meslek veya sanat adlarını esas unsur olarak içeren markalar (MarKHK 7/1-d),
- Malın şeklini veya mala asli değerini, veren şekli içeren markalar (MarKHK 7/1-e),
- Halkı yanıltacak markalar (MarKHK 7/1-f),
- Paris Sözleşmesi 2.mük 6.maddesine göre, birlik ülkelerine ve bunların üye bulundukları uluslararası kuruluşlara ait işaretler (MarKHK 7/1-g),
- Halka mal olmuş işaretler içeren markalar (MarKHK 7/1-h),
- Tanınmış markalar (Paris Sözleşmesi 1.mük.6.md.)¹,
- Dini değer ve sembolleri içeren markalar (MarKHK 7/1-j),
- Kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı markalar (MarKHK 7/1-k).

MarKHK'nın 32.md.si uyarınca mutlak red nedenleri TPE tarafından resen dikkate alınır². TPE 'nin başvuruyu değerlendirmesi iki farklı sonuç doğurabilir :

¹ MarKHK'nın 7/I-ı hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin, T:27.05.2015 E:2015/33 K:2015/50 RG T/S 2.6.2015-29374 nolu kararıyla iptal edilmiştir. Fakat bu durum, tanınmış markanın, hukuki niteliği itibarıyla mutlak red nedeni ve hükümsüzlük sebebi olması durumunu değiştirmeyecektir. Keza, bu durum esasen taraf olduğumuz Paris Sözleşmesi'nin 1.mük.6.md.sine dayanmaktadır. Ayrıca karara ilişkin açıklama ve ayrıntılı bilgi için bkz: Aynı Bölüm/VI.Türk Hukuk Sistemi/C.Tescil İlkesinin İstisnaları/2.Tanınmış Marka/ iv.Anayasa Mahkemesinin, MarKHK'nın 7/I-ı Hükmünün İptaline İlişkin Kararı.

² İsviçre ve Alman Marka kanunlarına göre de durum aynıdır. Bkz: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.8.; **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.96.

Başvuruyu kabul edebilir ya da kısmen veya tamamen reddedebilir. Kabul etmesi durumunda başvuru, yayın aşamasına taşınırken, reddetmesi durumunda itiraz mekanizması devreye girebilir.

a. Başvurunun Kısmen veya Tamamen Reddedilmesi

Mutlak red nedenlerinin varlığı durumunda başvuru kısmen veya tamamen red olunur (MarKHK 32.md).

Başvuru sahibi, TPE'nin bu kararına itiraz edebilir. İtiraz, red kararının bildirimden itibaren iki ay içinde yapılmalıdır. İtirazın değerlendirilebilmesi için itiraz ücretinin ödenmiş olması gerekir. Ayrıca itiraz yazılı ve gerekçeli olmalıdır aksi halde itiraz yapılmamış sayılır (MarKHK47,48,49).

TPE tarafından işlemin sonuçlandırılmamış olması durumunda teknik olarak bir karar olmadığı için o karara itiraz da söz konusu olamayacaktır. Sonuçlanmayan kararlara itiraz edilebilmesi için ise, söz konusu karara ayrıca itiraz yapılmasına müsaade edilmelidir¹ (MarKHK47/2).

b. İtirazın İncelenmesi

Markalar dairesi itirazın haklı olmadığına kanaat getirmesi üzerine itirazı reddeder ve yorumda bulunmaksızın, YİDK'ya gönderir (MarKHK 50). YİDK'nın yaptığı inceleme sonrasında vereceği karar, TPE'nin nihai kararı hükmündedir. Bu karara karşı , kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde Fikri ve Sinai Haklar Hukuk

¹ Tekinalp'e göre ; TPE'nin başvuru sonuçlandırmadığı takdirde, Anayasa'nın 125.maddesindeki "İdarenin her türlü işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmü uyarınca dava açılabilir: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.395; Yrg.11.HD. T: 14/12/2000 E: 2000/8148 K: 2000/10034 "556 sayılı KHK. nın 53. maddesi uyarınca, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun 47 ila 52. maddelerde belirtilen itiraz işlemleriyle ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili mahkemede dava açılabilmesine, her ne kadar, itiraz için bu Enstitü tarafından cevap verilmemiş veya sonuçlandırılmamış ise, TC Anayasasının 125. maddesi uyarınca idarenin hür türlü eylemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan, Enstitü'nün, bir başvuruyu sonuçlandırmaması halinde, doğrudan dava hakkını kabul etmek gerekir ise de, dava konusu olayda, davacının marka tescil başvurusu, Enstitü'nün Markalar Dairesi Başkanlığı'na reddedilmiş ve bu karar davacıya 22.12.1999 tarihli yazı ile bildirilmesine rağmen davacının 556 sayılı KHK'nın 47. maddesi gereğince Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu nezdinde itiraz etmeyerek bu prosedürü tamamlamamış olması karşısında, davacının KHK. nın 53. maddesi çerçevesinde bir dava hakkı bulunmadığından davanın reddine ilişkin kararın bu gerekçeye nazaran onanmasına karar vermek gerekmiştir." Legal Elektronik Hukuku Bankası ET:23/01/2015

Mahkemesi'ne¹ dava açılabilir (MarKHK 53). Mahkeme, başvurunun mutlak red nedenlerine uygunluğu konusunda başvuru sahibini haklı bulursa, kararın kesinleşmesiyle artık durum yeniden tartışılmayacak şekilde açıklık kazanmış olur².

Markalar dairesinin itirazı değerlendirerek haklılığına kanaat getirmesi durumunda, başvurunun mutlak red nedenleri bakımından uygun olmadığına dair verdiği kararı düzeltebilir (MarKHK 50) .

5. Başvurunun Resmi Marka Bülteninde Yayınlanması

Gerek başvuru hakkı açısından gerekse şekli açıdan bir eksikliği bulunmayan ve mutlak red nedenleri hükümlerine uygun görülen marka tescil başvurusu ilgili bültende yayınlanır³ (MarKHK 33.md).

Başvurunun, yapılan şekli incelemeden sonra mutlak red nedenlerine uygun olmadığından bahisle reddedilmesi ile birlikte markalar dairesine yapılan itirazın kabul edilmesi halinde de başvuru, yine Resmi Marka Bülteni'nde yayın aşamasına taşınmış olur.

Başvurunun reddedilmesine başvuru yayımlandıktan sonra karar verilirse, başvurunun reddine ilişkin karar da ayrıca yayınlanır (MarKHK 33).

Marka tescil başvurusunun bültende yayınlanmasının ardından başvuru sahibi, yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller bakımından tazminat davası açmaya yetkilidir. Fakat mahkeme, bu iddianın geçerliliğine tescilin yayınlanmasından önce karar veremez (MarKHK 9/son). Yani burada tescil şartına bağlı bir yetki öngörülmüştür⁴.

6. Görüş Bildirme ve İtirazlar

¹ MarKHK 71.md. uyarınca, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir.

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.95.

³ İlanın niteliği ve içeriği içib bkz: MarKHK Yön.13.md.

⁴ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.103.

Başvurunun, mutlak red nedenleri yönünden incelendikten sonra uygun görülerek yayınlanması, bu açıdan nihai kararın verildiği anlamına gelmemektedir¹. TPE yayından sonra kararını; üçüncü kişilerin görüş bildirmesi (MarKHK 34.md) veyahut ilgili kişilerin mutlak ve nispi red nedenlerine uygun olmadığı veya başvurunun kötüniyetle² yapıldığından bahisle yayın tarihinden itibaren üç ay içinde itiraz etmeleri (MarKHK 35.md.) durumunda değiştirebilir.

a. Üçüncü kişilerin Görüş Bildirmesi

Marka başvurusunun bültende yayınlanmasının ardından üçüncü kişiler, başvurunun mutlak red nedenlerine uygun olmadığından bahisle tescil edilmemesi yönünde görüşlerini yazılı olarak TPE'ye bildirebilirler (MarKHK 34). Mutlak red nedenlerinin kamusal niteliğine uygun olarak, genişçe bir çevreye görüş bildirme olanağı tanınmış, bu sayede mutlak nitelikteki red nedenlerinin bir kez daha incelenmesi imkanı yaratılmıştır³.

Üçüncü kişiler bu yolla, TPE'nin yeniden mutlak red nedenlerine ilişkin inceleme başlatmasını ve bunun neticesinde başvuruyu reddetmesini sağlayabilirler⁴. Ancak bu kişiler TPE nezdinde işlemlere taraf olamazlar(MarKHK 34).

TPE, bu görüşleri dikkate almak zorunda olmadığı gibi, görüş bildirenler de görüşlerinin dikkate alınmadığı gerekçesiyle TPE aleyhine dava açamazlar⁵.

b. İtirazlar

i. İtiraz Edebilecek Kişiler

¹ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.177.

² Kötü niyet kavramının kapsamı net değildir, Tekinalp'e göre; gerçekte kullanılmayıp, yedekleme ve marka ticareti yapmak amacına ve şantaja yönelik başvurular ifade edilmek istenilmiştir: Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.393.

³ Arkan, Marka Hukuku, C.I, s.95, Ayrıca yazar, iki noktada MarKHK 34.maddeyi eleştirmektedir: "...herhangi bir grup..." "...üreticiler veya imalatçıları temsil eden bir organ..." ibarelerini doğru değildir, ayrıca üçüncü kişilerin görüşlerini belirtebilecekleri süre öngörülmemiştir.

⁴ Karahan, Hükümsüzlük Davaları,s.9.

⁵ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.178.

İlgili kişiler, başvurunun yayınlanmasından itibaren, başvurunun hem mutlak hem nispi red nedenleri açısından uygun olmadığı veya başvurunun kötünîyetle yapıldığı gerekçeleriyle itirazda bulunabilirler (MarKHK35).

İlgili kişilerin kimler olduğu hususu mevzuatta açık değildir. Keza doktrinde de bir görüş birliği yoktur:

Tekinalp'e göre¹; ilgili kişi markanın tescilinden zarar görebilecek olan kişidir. İtiraz edebilmek için her ne kadar MarKHK da menfaat şartı aranmadıysa da, itiraz sebepleri dikkate alındığında zaten menfaat şartına gerek olduğu açıktır².

Arkan'a göre³ ; ilgili kişiler, MarKHK'nın nispi red nedenlerini düzenleyen 8.md.sinde gösterilen, esas itibariyle daha önceki bir tarihte tescil edilmiş ya da tescil başvurusunda bulunulmuş bir markanın sahibi , tescilsiz bir markayı kullanarak bu işaret üzerinde daha eski bir tarihte hak kazanmış olan kişidir.

Karahan'a göre ise⁴ ; Arkan'ın görüşü, yalnızca, nispi red nedenlerine dayalı itirazlar açısından doğrudur. Yazara göre örneğin, mutlak red nedenlerinin varlığını ileri sürerek itiraz eden kişiler içinde, gerçek hak sahibi bulunmamalıdır. Çünkü bu durum 8/III md.de bir nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu durumda mutlak red nedenlerinin varlığı nedeniyle itirazda bulunacak kişi, 7.maddede düzenlenen ve tescil nedeniyle hakkı ihlal edilmiş olan kişilerdir. Yazar buna örnek olarak şu kişileri işaret etmektedir: Tescil edilmiş veya başvuruda bulunulmuş markanın aynısının veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin aynı mal veya hizmetlere ilişkin olarak⁵ tescil başvuru yapılması ve başvurunun yayınlanması halinde önceki tescil veya başvuru sahibi, kendisinden izin alınmadan, bir başkası tarafından tescil için başvuruda bulunulması veya

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.393.

² Bir kişinin '*ilgili kişiler*' kapsamında değerlendirilebilmesi için, rekabet ilişkisinin varlığı şart değildir fakat çoğu kez, tescil için başvuran kişi ile itiraz sahibi arasında bir haksız rekabet ilişkisinin varlığına rastlanmaktadır.: **Bilgili**, İtiraz, s.27.

³ **Arkan**, Marka Hukuku,s.96.

⁴ **Karahan**, Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, s. 10.

⁵ **Ayaz**, Abdurrahim/**Çalık**,Güven '*Türkiyede Marka Tescil Uygulamalarına Eleştirel Yaklaşımlar ve Öneriler*' Ankara Barosu FMR C.7 S.2008/1, s.99: Yazarlar; MarKHK 7/1-b hükmünün istisnasız olarak uygulanmasını eleştirmiş, burada kişisel menfaatlerle kamusal menfaatlerin yarıştığından bahisle, Avrupa Birliği hukukunda birçok Avrupa ülkesi menzuatlarında yer alan 'rıza mektubu' ile, 7/1-b kapsamındaki markaların kullanılması bakımından marka sahibinin rızasının geçerli ve yeterli olması yönünde bir öneri sunmuşlardır.

başvurunun yayınlanması halinde tanınmış marka sahibi, bayrak, arma gibi hükümlerlik alametlerinden sayılan işaretlerin marka olarak tescili için başvuruda bulunulması veya başvurunun yayınlanması halinde birlik ülkeleri ve diğer uluslararası organizasyonlar.

Kaya'ya göre ise¹ ; Mutlak red nedenleri, nitelikleri itibariyle kişisel çıkarların yanında kamusal menfaatlere de ilişkin olduğu için, doğrudan kişisel menfaatleri etkilenmiş olmayan üçüncü kişiler bu açıdan ilgili kişi sayılabilecektir. Keza 34.md. bunu doğrular niteliktedir. Diğer yandan kötüniyetli başvuru halinde itiraz hakkı tanınmış olması durumunda kişisel menfaat ilişkisinin bulunduğu açıktır. Nihayet bunun neticesinde yazar, mutlak red nedenlerinin resen gözetilecek ve üçüncü kişilerin de görüş bildirecek konumda olması nedeniyle, ilgili kişilerin çerçevesini mehaza uygun olarak, MarKHK 8.md. hükmü ile sınırlandırmanın uygun olduğunu, ayrıca kötüniyetle tescil başvurusunda bulunmanın da bir red nedeni olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.

Bu yazarların görüşlerine göre, nispi red nedenlerine dayalı olarak kişisel menfaatleri etkilenen kişilerin, *ilgili kişilerden* olduğu yönünde görüş birliği vardır. Fakat aynı aşamada mutlak red nedenlerine dayalı itiraz edilebilecek olması, başka bir deyişle, kamusal yarar gerekçesiyle itirazda bulunabilecek kişilerin de *ilgili kişiler* olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem arz etmektedir.

*Kaya*²'nın, mutlak red nedenlerinin resen gözetilmesi ve zaten üçüncü kişilerin görüş bildirebilmesi imkanından dolayı, *ilgili kişiler* olarak itiraz hakkına sahip olması gereken kişilerin, 8.md.deki sebeplerden dolayı hakkı ihlal edilen kişiler ile sınırlandırılması gerektiği yönündeki görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, mutlak red nedenlerinin, resen incelenir nitelikte olması onların tescil prosedürünün her aşamasında dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Diğer yandan üçüncü kişilere sağlanan görüş bildirme yolu her ne kadar kamusal menfaatlerin korunmasına yönelik bir hüküm ise de görüş bildiren kişilerin, TPE nezdinde işlemlere taraf olamaması hükmü karşısında, mutlak red nedenleri nedeniyle şahsi manfaati zadelenen kişilerin çıkarlarını karşılar nitelikte değildir. Keza 7.md. sayılan mutlak red nedenleri her ne kadar kamusal çıkarları

¹ Marka Hukuku, s.171.

² **Kaya**, Marka Hukuku, s.171.

korumaya yönelik ise de bazı şahsi çıkarlara yönelik durumları da içermektedir¹. Örneğin, 7.md.de düzenlenmiş tanınmış markanın sahibi veya halihazırda tescili talep edilen markanın aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini daha önceden tescil ettirmiş marka sahibinin menfaatleri, kısmen kamusal nitelik taşımakla birlikte aslen kişisel niteliktedir. Başvurunun bültende yayınlanmasının ardından, itiraz hakkı yalnızca 8.md. kapsamında tanınmış olsa idi, tanınmış marka sahibi veya daha önce tescil ettirdiği markası, halihazırdaki başvuru ile aynı ve ya ayırt edilemeyecek derecede benzer mal veya hizmetleri kapsayan marka sahibi, bu noktada itiraz hakkına sahip olan *ilgili kişiler* kategorisinde sayılmayacak , görüş bildirmekle yetineceklerdi. Fakat bu durumda da TPE nezdinde işlemlere taraf olamadıkları için TPE ‘nin inceleme ve karar aşamalarına itirazları ile etki edemeyeceklerdi. Bu nedenlerle menfaatleri zedelenen kişilerin, başvurunun yayınlanmasının ardından, gerek mutlak gerekse nispi red nedenlerine dayanarak itirazda bulunabilecek kişilerin ilgili kişiler olarak kabul edilmesinin isabetli bir görüş olduğu kanaatindeyiz².

ii. İtiraz Usulü ve Süresi

İtirazlar, marka başvurusunun, resmi marka bülteninde yayınlandığı tarihten itibaren üç ay içerisinde yapılır (MarKHK 35/1 md.). Bu süre hak düşürücü bir süredir. İtirazlar yazılı ve gerekçeli olmalıdır. TPE, itiraz sahibinden kanıt, ek belge ve gerekçeler isteyebilir³ (MarKHK 35/3 md.). Bunların, yönetmelikte öngörülen sürelerde yerine getirilmemesi durumunda itiraz yapılmamış sayılır(MarKHK35/4 md.).

¹ Bkz: Aynı Bölüm/I.Tescil Prosedüründe İtiraz Yolu/B.Başvurunun İncelenmesi/4.Mutlak Red Nedenleri Bakımından İnceleme

² İsviçve ve Alman hukuklarında ; Türk sisteminden farklı olarak, tescil başvurusu, mutlak red nedenleri açısından incelendikten sonra ilan edilir ve bu ilandan itibaren üç ay içinde yalnızca daha eski hak sahipleri itiraz haklarını kullanabilirler yani ‘ilgili kişi’lere tescilden önce, mutlak red nedenlerine dayanarak itirazda bulunma hakkı tanınmamıştır ancak markanın tescilinden sonra herkes mutlak red nedenleri dolayısıyla tescilin terkinini isteyebilir: **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.96; Ayrıca, gerçek hak sahiplerinin ‘*ilgili kişi*’ olarak itiraz prosedüründeki yeri, ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir.

³ MarKHK Yön.34.maddeye göre: İtiraz, Marka Yayına İtiraz Formu örneğine uygun olarak hazırlanmış imzalı dilekçe ile yapılır. Enstitü, itiraz sahibinden, 1 ay içerisinde gönderilmek üzere ek belge ile kanıt ve gerekçelerle ilgili açıklamalar isteyebilir.

iii. İtirazın Değerlendirilmesi

TPE, usulüne uygun itirazları incelerken¹, kural olarak dosya üzerinden inceler², gerekli görmesi halinde tarafların itiraz ve karşı görüşlerini karşı tarafa bildirir ve yazılı görüşlerini alır, uzlaşma için tarafları bir araya getirir (MarKHK 36.md.). Bu noktada TPE'nin, itirazı başvuru sahibine bildirmesi bir zorunluluk değil ihtiyarilik arz etmekte olup, görüş bildirilecek süreye dair bir açıklama hükmü de bulunmamaktadır³.

İnceleme neticesinde markalar dairesinin kararı, itirazın kabulü, reddi veya başvuruda kullanılacağı belirtilen mallar veya hizmetlerden bir kısmıyla ilgili olarak geçerli bulunursa, bu mallar veya hizmetlere ilişkin olarak kabulü yönünde olabilir (MarKHK 36.md.).

iv. Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu

Markalar dairesine yapılan itirazın neticesinde verilen karara itiraz edilebilir. İtiraza yetkili kişiler, karardan zarar görenlerdir (MarKHK 48.md.). Yani bu kişiler başvuru sahibi veya ilana itiraz eden kişilerdir. Markalar dairesinin verdiği karara itiraz edilmesi durumunda daire itirazı kabul etmezse itiraz, herhangi bir yorumda bulunmaksızın YİDK'ya gönderilir (MarKHK 50.md.).

¹ Yapılan itirazın TPE tarafından değerlendirilmesi usulünün incelendiği eserde, MarKHK 35.md. hükmünün yanlış yorumlandığı ve uygulandığından bahisle, başvuru sahibine fıkra ile tanınan karşı görüş ve delil sunma hakkının ihlal edilmekte olduğu belirtilmiş, tasarı'nın ilgili 31.md.sinin de bu sakıncaları ortadan kaldıracak biçimde düzenlenmediği, itirazların incelenmesi hususunda mevcut sakıncaların giderilmesi için , tarafların itiraz ve karşı görüşlerini sunmalarına olanak tanıyacak bir düzenlemenin yapılması gerektiği vurgulanmıştır. **Ayaz**, Abdürrahim, *“Türk Patent Enstitüsü'nün 556 Sayılı KHK'nın 35.Maddesini Uygulama Biçimine Eleştirel Bir Bakış”* Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, Y:2006, S.2, s.167.

² **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.393.

³ **Ayaz/Çalık**, s.99 vd.: 556 sayılı KHK'nın büyük oranda 40/94 sayılı AB'nin markalarla ilgili temel mevzuatı olan Konsey Kararına dayanmasına rağmen, bu hüküm farklılık arz etmektedir... Konsey Kararının 73.maddesi şöyledir: *“Ofis kararları, bu kararlara temel teşkil eden sebepleri ifade eder. Ofis kararları sadece ilgili kararların tarafların görüşlerini sunma imkanı bulunduğu sebeplere veya delillere dayanır.”* – *“Decision of the Office shall state the reasons on which they are based. They shall be based only on reasons or evidence on which the parties concerned have had on opportunity to present their comments.”*

YİDK, gerekli incelemeyi yaparak, itiraz hakkında kararını verir (MarKHK 51,52 md.). Bu karar, TPE'nin nihai kararı hükmündedir. Bu karara karşı itiraz yoluna gidilemez fakat maddi hataların düzeltilmesi istenebilir¹(YİDK Yön. 7/1 md.). Bu karara karşı, kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay² içinde Fikri ve Sinai Haklar Hukuk Mahkemesine³ dava açılabilir (MarKHK 53).

İtiraz edilmeyen ve YİDK tarafından karara bağlanmayan ve bu nedenle kesinleşmeyen TPE kararlarına karşı dava açılmaz⁴.

v. Gerçek Hak Sahibinin Başvuru Prosedüründe İtiraz Hakkı ve İzleyeceği Yol

Gerçek hak sahibi, marka hakkı kapsamına giren işaretlerin, bir başkası tarafından tescil ettirilmek istenmesi durumunda, yukarıda ayrıntılı olarak arz ettiğimiz prosedüre dahil olmaktadır.

Gerekli şartları sağlayan tescil başvurusunun kesinleşip, mutlak red nedenlerine uygunluk incelemesi yapıldıktan sonra Resmi Marka Bülteni'nde ilan edilmesinin ardından, itiraz hakkı sahibi *ilgili kişiler*⁵ den olan gerçek hak sahibi yayın tarihinden itibaren üç aylık hak düşürücü süre içinde itiraz edebilecektir.

¹ Kurul, itiraza konu maddi hataların düzeltilmesi işlemini onbeş gün içinde karara bağlar ve sonuç ilgisine tebliğ edilir. (YİDK Yön. 7/2 md.)

² Yrg.11.HD. T:09/12/2002 E: 2002/6711 K: 2002/11394: “YİDK’nun davacının itirazının reddine ilişkin karar davacıya, dava dilekçesinde açıkça kabul edildiği üzere 14/12/2000 tarihinde tebliğ edildiği halde, davanın 556 sayılı KHK’nın 53.maddesinde öngörülen iki aylık hak düşürücü süre geçtikten sonra, 23/03/2001 tarihinde açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece, hak düşürücü süresi içerisinde açılmayan davanın sırf bu nedenle reddi gerekirken, yazılı şekilde kabulü doğru olmamış ve kararın açıklanan nedenle davalı TPE yararına bozulması gerekmiştir.” **Noyan**, s.146.

³ MarKHK 71 uyarınca, görevli mahkeme ihtisas mahkemeleridir.

⁴ Yrg.11.HD. T:14/12/2000 E: 8148 K:10034 : “ 556 sayılı KHK’nın 47.maddesi gereğince Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu nezdinde itiraz etmeyerek bu prosedürü tamamlamamış olması karşısında KHK’nın 53.maddesi çerçevesinde dava hakkı bulunmadığından...” **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.11.

⁵ Bkz: Aynı Bölüm/B.Başvurunun İncelenmesi/6.Görüş Bildirme ve İtirazlar/b.İtirazlar/1.İtiraz Edebilecek Kişiler

Gerçek hak sahibinin itirazının kabul edilmesi durumunda; başvuru sahibinin kabul kararına itirazı yok ise başvuru hükümsüz olur. Başvuru sahibi kabul kararına itirazı var ise bu durumda markalar dairesi itirazı, yorumda bulunmaksızın YİDK'ya gönderir.

Gerçek hak sahibinin itirazının reddedilmesi durumunda, gerçek hak sahibi bu red kararına itiraz etmezse itiraz hükümsüz olur. Red kararına itiraz etmesi durumunda ise itiraz, markalar dairesi tarafından, yorumda bulunulmaksızın, YİDK'ya gönderilir.

YİDK'nın kararı nihai olup, bu aşamadan sonra gerçek hak sahibi ancak, dava yoluna gidebilir. Yani gerçek hak sahibinin itirazına rağmen söz konusu marka tescil edilmiş ise YİDK kararı aleyhine iptal davası açabileceği gibi tescilli marka aleyhine hükümsüzlük davası da açabilecektir¹.

C. TESCİL

Şartları eksiksiz olarak sağlamış veya eksikleri giderilmiş, hakkında itiraz yapılmamış veya itirazlar kesin olarak reddedilmiş başvurular, tescil edilerek, sicile kaydedilir ve başvuru sahibine *Marka Tescil Belgesi* verilir²(MarKHK39/1 md.). Marka tescili ile birlikte, marka sahipliği oluşur ve marka hakkı³, sahibi tarafından aslen kazanılır⁴.

Tescil edilen marka ile ilgili ayrıntılı bilgiler sicil kaydında yer alır (MarKHK39/2). Marka sicili alenidir, talep edilmesi durumunda, yönetmelikte belirtilen ücretin ödenmesi şartıyla herkese örnek verilebilir (MarKHK 39/3).

D. TABLO-TESCİL PROSEDÜRÜ

¹ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.110.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.181.

³ Marka tescilinden doğan hakların kapsamı için bkz: MarKHK 9.md.

⁴ **Ayan**, s.173.



II. DAVA HAKKI

A. TPE KARARI ALEYHİNE İPTAL DAVASI

YİDK'nın, itirazlarla ilgili kesinleşen kararlarına karşı¹, kesinleşen kararın taraflara bildirilmesinden itibaren, iki ay içinde dava açılabilir (MarKHK 53.md).

Kesinleşen YİDK kararı, söz konusu iptal davasının dinlenme şartıdır. Dolayısıyla, itiraz edilmeyen başvurular ve YİDK'nın kesin olarak karara bağlamadığı itirazlar hakkında iptal davası açılmaz². Bu durumda TPE kararına itirazda bulunulmaması, karar aleyhine dava açma hakkından vazgeçildiğini gösterir³.

Kesinleşen YİDK kararına karşı iptal davasında davacı, itiraz hakkı sahibi olan ve TPE kararına itiraz eden kişidir⁴.

Bu davada davalı, davanın kesinleşen YİDK kararı, aleyhine olması sebebiyle, TPE'dir⁵. Fakat TPE yanında, karar sonucu marka hakları etkilenecek kişilere de

¹ YİDK'nın nihai kararıyla birlikte artık idari süreç tükenmiş olup tescil sürecinde yargı yolu başlar : **Kaya**, Marka Hukuku, s.177.

² **Karahan**, Ticari İşletme Hukuku, s.182; Yrg.11.HD. T: 14.12.2000 E:2000/8148 K:2000/10034 "Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve 556 sayılı KHK. nın 53. maddesi uyarınca, Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulunun 47 ila 52. maddelerde belirtilen itiraz işlemleriyle ilgili kesinleşen kararlarına karşı, kesinleşen kararın bildirim tarihinden itibaren iki ay içinde yetkili mahkemede dava açılabilmesine, her ne kadar, itiraz için bu Enstitü tarafından cevap verilmemiş veya sonuçlandırılmamış ise, TC Anayasanın 125. maddesi uyarınca idarenin hür türlü eylemlerine karşı yargı yolu açık olduğundan, Enstitünün, bir başvuruyu sonuçlandırmaması halinde, doğrudan dava hakkını kabul etmek gerekir ise de, dava konusu olayda, davacının marka tescil başvurusu, Enstitü'nün Markalar Dairesi Başkanlığı'na reddedilmiş ve bu karar davacıya 22.12.1999 tarihli yazı ile bildirilmesine rağmen davacının 556 sayılı KHK'nın 47. maddesi gereğince Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu nezdinde itiraz etmeyerek bu prosedürü tamamlamamış olması karşısında, davacının KHK. nın 53. maddesi çerçevesinde bir dava hakkı bulunmadığından davanın reddine ilişkin kararın bu gerekçeye nazaran onanmasına karar vermek gerekmiştir." Kazancı İçtihat Bankası ET: 07/05/2015

³ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.180.

⁴ Bkz: Aynı Bölüm/B.Başvurunun İncelenmesi/6.Görüş Bildirme ve İtirazlar/b.İtirazlar/1.İtiraz Edebilecek Kişiler

⁵ Yargıtay'ın, bu davanın TPE aleyhine açılacağı fakat, marka tescil başvurusunda bulunan kişinin taraf olarak gösterilmesinin zorunlu olmadığı yönünde kararları mevcuttur: Yrg.11.HD. T: 06/03/1998 E:1998/126 K:1998/1456 "Davacı şirketin davasının 556 sayılı KHK'nın 29, 45 ve 53. maddelerine göre açılmış Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun vaki itirazın reddine dair 2.4.1996 tarih, 210 sayılı kararının iptaline ilişkin bulunduğu, böyle bir davanın Patent Enstitüsü aleyhine ikame edilip neticelendirilmesi gerektiği, müdahil (marka tescil müracaatçısı) şirketin davada taraf yapılmasının zaruri olmadığı, bu yönü ile dairemiz bozma kararının gerekçesinin yerinde olmayıp, karar düzeltme isteminin kabulü ile bozma kararının kaldırılması gerektiği, ancak, somut olayda dava

yöneltirir¹. Husumetin sadece TPE'ye yöneltilmesi durumunda ise mahkeme, davacı vekiline, bu kişilere de dava açması için önel vermeli ve açılan davalar birleştirilmeli, aksi halde açılan itiraz davası reddedilmelidir².

Davada, YİDK kararının yerinde olup olmadığı, kararın alındığı tarihe göre değerlendirilmelidir keza kararın verilmesinden sonra gerçekleşen olguları, bu davada önem arzetmez. Karar, alındığı tarihteki koşulları değerlendirmek suretiyle hüküm kurulmuştur³. Gerçek hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin, TPE'ye marka tescil başvurusu yapması ve eskiden tescil edilmiş aynı veya benzer bir marka nedeniyle, talebinin reddedilmesi durumunda açılacak YİDK kararının iptali davasında mahkeme,

ikamesinden sonra da olsa müdahil şirketin marka tescil isteminin sonuçlandırılıp markasının 2.7.1996 tarihinde 164897 no ile tescil edilmiş bulunması karşısında verilecek kararın müdahilin tescilli markasının iptali sonucunu da doğurup ihtilafla tescilli markanın hükümsüzlüğü niteliği kazanmış olduğu göz önüne alınarak, müdahile bu yönde dava ikamesi imkânı tanınması yolundaki bozma ilamı bu gerekçe ile sonuç olarak doğru bulunmuştur.” Kazancı İçtihat Bankası ET:02.06.2015

¹ Yrg.11. HD. T:18.9.2000 E: 2000/5663 K: 2000/6784 “1- 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin marka tescil işlemleri ile ilgili 29 ve onu izleyen maddelerinden sonra, itiraz koşullarını belirleyen 47 ve devam eden maddelerinde itirazların Enstitü tarafından inceleme, değerlendirme esasları belirlenmiş, keza 53. maddede Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararlarına karşı yetkili mahkemede dava açılabileceği hüküm altına alınmış bulunmaktadır. Ancak, Enstitü aleyhinde açılan dava sonucu verilecek karar, sonucu itibariyle marka başvurusuna itiraz edilen dava dışı M... Gıda San. ve Tic. Ltd. Şti'nin marka haklarını etkileyeceğinden, bu tür bir davada husumetin Enstitü ile birlikte bu tüzel kişiye de yöneltilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu durum karşısında mahkemece, davacı vekiline yukarıda adı geçen şirkete ayrı bir dava açılması için önel verilmesi, açıldığı takdirde her iki dava dosyasının birleştirilerek incelenmesi (HUMK. 39-40) ve hasıl olacak sonuca göre bir karar tesis edilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış ve kararın bozulması gerekmiştir. 2- Bozma sebep ve şekline göre, davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir. ” Kazancı İçtihat Bankası ET:07/05/2015

² **Karahan/Saraç/Suluk/Nal**, s.181; Bu hususta öğretide görüş birliği olmamakla birlikte, Yasaman ve Kayhan, husumetin yalnızca TPE'ye yöneltilmesinin yeterli olacağını belirtirken; Arkan, Tekinalp ve Ayoğlu, husumetin TPE ile birlikte marka sahibine de yöneltilmesi gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir. Bkz: **Yasaman**, Marka Hukuku, C.II, s.946, **Kayhan**, Fahrettin, “Türk Patent Enstitüsü'nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası” Ankara Barosu, FMR C.3 S.2003/4, s.25, **Arkan**, Marka Hukuku, C.I, s.161, **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.396, **Ayoğlu**, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması, Ankara Barosu FMR C.7, s.13; Yrg.HGK T: 19/11/200 E: 2003/11-578 K: 2003/703 “Ancak davadaki istemlerden bir diğeri davalı Türk Patent Enstitüsü'nün Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun 556 sayılı Markaların Korunması Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 36 ncı maddesi gereğince verdiği red kararının iptali istemine ilişkindir. Anılan kurulca itiraz tarihindeki hukuki durum değerlendirilerek 15.03.1999 tarihinde davacının itirazı reddedilmiştir. Dava dışı Tay Dış Tic. Ltd. Şti. ne ait markanın iptali kararı ise 06.10.2000 tarihinde kesinleşmiştir.Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararı tarihinde henüz 3 ncü kişi adına tescilli bir marka bulunduğuna göre, itirazın reddinde anılan kararname hükümlerine aykırılık yoktur. Bu durumda davanın bu yöne ilişkin bölümünün reddine karar verilmesi gerekir iken, yazılı gerekçeyle kabul kararı verilmesine bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.” **Orhan**, s.8.

³ **Karahan/Saraç/Suluk/Nal**, s.180.

YİDK kararının verildiği tarihteki duruma göre inceleme yaparak karar vereceğinden, bu gibi durumlarda açılan davalar, red kararı ile sonuçlanmaktadır¹.

Mutlak red nedenleri, defî değil itiraz niteliğinde olup, mahkemece resen dikkate alınır². Bu durumda, davalı TPE'nin itiraza temel teşkil eden mutlak red nedenlerini yargılama esnasında değiştirmesi, savunmanın genişletilmesi olarak kabul edilemez, hatta MarKHK'daki madde numarasının yanlış belirlenmesi de hakimi bağlamaz³. Mutlak red nedenlerinden dolayı red kararı üzerine gidilen YİDK kararına karşı açılacak dava sonucunda verilen mahkeme kararı, marka başvurusunun bu maddeler çerçevesinde kabul edilebilirliğine yönelik bir karardır. Bu kararın kesinleşmesinden sora başvurunun yayınlanması ve sonraki aşamada ilana itiraz var ise onların değerlendirilerek tescil işleminin yerine getirilmesi gerekir⁴.

Davada TPE'nin haksız bulunması durumunda, ilan aşaması da tamamlanmış sayılacağından TPE'nin tescil işlemini gerçekleştirmesi gerekecektir. Bu dava, TPE'nin kararının iptal edilmesine ilişkin olup, mahkemeden markanın tesciline karar vermesi beklenemez⁵.

TPE kararlarına karşı açılacak davalarda görevli ve yetkili mahkeme MarKHK 71.md. uyarınca Ankara Fikri Sınai Haklar Hukuk Mahkemesidir⁶.

¹ Çolak, Türk Marka Hukuku, s.287.

² Karahah/Suluk/Saraç/Nal, s.180; Arkan, Marka Hukuku, C.I, 71.

³ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.180.

⁴ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.181.

⁵ Yrg.11.HD. T: 24/4/2001 E: 2001/1400 K: 2001/3499 “Davacının marka başvurusu TPE tarafından reddedilmiş ve 556 sayılı KHK'nin 53. maddesi uyarınca iptal davası açılmıştır. Henüz, marka başvurusu ilan edilmediğinden tescil prosedürü tamamlanmamıştır. O halde enstitü kararının iptaline karar verilmesi ile yetinilmelidir.” Kazancı İçtihat Bankası ET:07/05/2015

⁶ Yrg.11.HD. T:06/03/2006 E: 2005/2507 K: 2006/2206 “Davacı, hizmet markası tescili talebinin Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu tarafından reddedildiği iddiasıyla redde ilişkin kararın iptaline ve markanın tesciline karar verilmesini talep etmiştir. 556 sayılı KHK'ya göre, davalı enstitünün bu kararnameye göre aldığı tüm kararlara karşı açılacak davalarda Ankara Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi görevlidir. Yerel mahkemece aynı gerekçeyle görevsizlik kararı verilmesi usul ve yasaya uygundur” Kazancı İçtihat Bankası ET:18/05/2015

B. HÜKÜMSÜZLÜK DAVASI

Markanın hükümsüzlüğü, hükümsüzlük sebeplerinin varlığı halinde, mahkeme kararıyla, markanın koruma süresi sona ermeden önce marka sicilinden silinmesidir¹. Hükümsüzlük kurumunun düzenlenme sebebi ise, hükümsüzlük sebebi olarak sayılan bazı hallerin varlığı durumunda, yolsuz ve/veya haksız tescillerin terkin edilerek, bir kamu sicili olan marka sicilinin düzeltilmesi, işaretin kamunun veya gerçek hak sahibinin kullanımına açılması ve böylece bu kişilerin menfaatinin korumasıdır².

Gerçek hak sahipliği, bir hükümsüzlük sebebidir³. Bir diğer deyişle, markanın gerçek hak sahibi olan kişi, markasının bir başkası tarafından tescil edilmesi halinde söz konusu marka üzerindeki üstün ve öncelikli hakkına dayanarak tescilli markanın hükümsüzlüğünü talep edebilecektir.

Hükümsüzlük davasının genel özellikleri şöyledir:

Markanın hükümsüzlüğü, bir dava⁴ şeklinde ileri sürülür (MarKHK 42.md). Bu dava, gerekli şartlar mevcut olmadığı halde, haksız yere marka tescil belgesi verildiği veya başta şartlar mevcut olmakla birlikte, tescil belgesi verilmesinden sonra gerçekleşen olaylar nedeniyle, korumanın hukuki dayanağının kaybedilmesi gerekçelerine dayanmaktadır⁵.

Hükümsüzlük hallerinin varlığı durumunda⁶, markanın, kapsadığı mal veya hizmetler bakımından tamamen hükümsüz kılınabileceği gibi; markanın tescilli olduğu

¹ “Markanın sona ermesi ise, sahibinin isteği ile –yani bir mahkeme kararı olmaksızın- marka hakkının ortadan kalkması demektir”: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.472; Ayrıca, markanın sona ermesi ile hükümsüzlüğü arasındaki farklar için bkz: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.472.

² **Kaya**, Marka Hukuku, s.322.

³ Bkz: 42/I-b

⁴ Bu dava, niteliği itibarıyla bir eda davası olup, uygulamada bazen, iptal davası veya markanın terkin davası olarak da adlandırılmaktadır:**Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.188; **Kaya**, Marka Hukuku, s.336; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.473; **Sert**, s.94; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.472, 473: “‘‘Hükümsüzlük’’ ile ‘‘iptal’’ aynı anlamdadır. ‘‘Hükümsüzlük’’ yanında, ‘‘iptal’’ ve ‘‘iptal davası’’ kavramlarına da yer verilmesinin sebebi özensizliktir. MarKHK’nın esas terimi ‘‘hükümsüzlük’’ ve ‘‘hükümsüzlük davası’’dır. ‘‘İptal davası’’ kelimesinin öngörüldüğü 42 (1) a’nın, kenar başlığı dahil olmak üzere, 5.kısım ve 1.bölüm başlıklarının ‘‘hükümsüzlük’’ olması bu görüşü kanıtlar. MarKHK’nın 42 (1) maddesi hükmü ile maddenin (ı) bendinde, ‘‘iptal davası’’ denilmiş olmasının sebebi, Paris Sözleşmesinin 6.maddesinin 2.mükerrer maddesinin etkisi altında kalınmasıdır.”

⁵ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları , s.1.

⁶ Dava açılabilmesi için itiraz hakkının kullanılmış olması gerekmemektedir. **Akdeniz**, s.357.

bir kısım mal ve hizmete ilişkin ise, yalnız o mal veya hizmetle ilgili olarak markanın kısmi hükümsüzlüğüne de karar verilebilir (MarKHK 42/II).

Hükümsüzlük davasında davacı¹, MarKHK 43.md.de belirtildiği üzere, söz konusu markanın tescilinden zarar gören kişiler², Cumhuriyet Savcıları³ veya ilgili resmi makamlardır⁴.

¹ Karahan, davacı sıfatı açısından MarKHK'nın düzenlemesini isabetli bulmadığını belirtmekte, 7.md.de gösterilen nedenler ile 42/I-c,f arasındaki bentlerde düzenlenen nedenlere dayalı hükümsüzlük davalarını, menfaatleri zedelenmiş olması nedeniyle herkesin; 8.maddeye dayanarak hükümsüzlük davası açma hakkının yalnızca itiraz hakkı sahiplerinin açabileceğinin kabul edilmesi ve mevcut hükümlerin bu şekilde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.157.

² “Zarar gören kişiler ibaresi belirsizdir. Bu terimin, fiilen zarara uğrayan kişiler yanında, zarar tehlikesine maruz bulunan veya söz konusu işareti kullanma hakkı haksız şekilde kısıtlanan yahut kısıtlama tehlikesine maruz kalan kişileri de kapsayıp kapsamadığı, Kararname metninden anlaşılmamaktadır. Ancak, zarar gören kişiler tabirinden, zarara uğrayan veya uğrama tehlikesine maruz bulunan ya da söz konusu işareti kullanabilme imkanı haksız şekilde kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişilerin anlaşılması Kararnamenin ruhuna uygundur”: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.137; “Zarar gören kişi, zarara uğrayan veya uğrama tehlikesi altında bulunan ya da söz konusu işareti kullanabilme olanağı haksız bir biçimde kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir. Bu hükme göre “zarar” haksız fiil veya sözleşme hukuku anlamında değildir. Kastedilen, bir gerçek ya da tüzel kişinin menfaatlerinin MarKHK m.7 ve 8’e göre tescili mümkün olmayan bir işaretin kısmen ve ya tamamen bir şahıs tarafından kendi adına tescil ettirilmesi suretiyle zedelenmesi, bir markanın beş yılı aşan bir süreden beri kullanılmaması yoluyla o işaretin serbest kullanımının kısıtlanması veya serbest bir sözcüğün bir kişinin inhisarına verilmesidir”: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.474; Yrg.11.HD.T: 07.12.2009 E: 2008/8153 K: 2009/12559 “Dava, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğü, davacının dava açma sıfatı bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. 556 sayılı KHK'nin 43.maddesine göre hükümsüzlük davası açabilecek kişiler, Cumhuriyet Savcıları veya ilgili resmi makamlar olarak sayılmıştır. “Zarar gören kişi”, zarara uğrayan veya uğrama tehlikesi altında bulunan ya da söz konusu işareti kullanabilme olanağı haksız bir biçimde kısıtlanan yahut kısıtlanma tehlikesi altında olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir. Bu hükme göre “zarar” haksız fiil veya sözleşme hukuku anlamında değildir. Kastedilen, bir gerçek veya tüzel kişinin menfaatlerinin 556 sayılı KHK'nin 7 ve 8.maddelerine göre kendi adına tescil ettirilmesi suretiyle zedelenmesi, bir markanın 5 yılı aşan bir süreden beri kullanılmaması yoluyla o işaretin serbest kullanımının kısıtlanması veya serbest bir sözcüğün bir kişinin inhisarına verilmesidir.”: **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.79; “Buradaki ‘zarar gören kişiler’ yerine, ‘markanın iptalinde hukuki yararı bulunan kişiler’ teriminin kullanılması daha doğru olurdu”: **Dirikkan**, Tescilli markayı Kullanma Külfeti, s.266, dn.170; Ayrıca, markanın kullanılmamasına bağlı iptal durumunda doğrudan zarar gören kimse olmayıp, ancak zarar görme ihtimalinin söz konusu olduğu hususunda bkz: **Sert**, s.97.

³ “Cumhuriyet savcılar kamu yararının söz konusu olduğu tüm durumlarda dava açma yetkisine sahiptirler”:**Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.141; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.476; “Cumhuriyet savcılarının ‘..örneğin KHK 61/A(a) anlamında suç konu oluşturan veya 7/I (f),(k) bentlerinde yer alan markaların iptaline yetkili olduğunu kabul yerinde olurdu”: **Dirikkan**, Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, s.266, dn.171.

⁴ Karahan’ın belirttiği üzere, ilgili resmi makamlar ibaresi tahdidi nitelikte olmayıp, tescili yapılan marka ile ilgili herhangi bir resmi makam anlaşılır. Fakat yazar, burada TPE’nin durumunun özellik arz ettiğine dikkat çekmekte, tescil işlemini gerçekleştiren kurum bizzat TPE olduğundan tescil işleminden sonra resen veya itiraz üzerine mevcut tescili iptal etmesi düşünülemez. Bu yönde verilecek TPE kararı hükümsüz olup, böyle bir isteği olan TPE, ancak hükümsüzlük davası açarak sonucuna göre işlem

Tescilsiz marka sahibi markanın, kendisine rağmen, başka bir kişi tarafından marka olarak tescil edilmesi halinde 8/III md.nin uygulanabilme şartlarının¹ mevcut olması halinde zarar gören sıfatıyla hükümsüzlük davası açabilir². Başka bir deyişle, bir markayı tescil ettirmeksizin kullanan kişi, bir başkasının söz konusu markayı tescil ettirmesi durumunda, buradaki ‘zarar gören kişi’ kavramına dahil olarak dava açabilecektir³.

Davalı ise, tescilli markanın sahibi veya hukuki halefidir. Markanın birden fazla kişi adına tescilli olması durumunda ise dava, bu kişilerin hepsine birden yöneltilir⁴. TPE’ye karşı hükümsüzlük davası açılmaz⁵; yani haksız olduğu iddia edilen tescilin TPE tarafından yapılmış olması, TPE’yi hükümsüzlük davasının davalısı haline getirmez ve ona husumet yöneltilmesini gerektirmez⁶. Ayrıca, rehin alan, lisans alan gibi, marka üzerinde hak sahibi olan kişilerin davaya katılabilmeleri için onlara tebliğ edilmesini öngören bir hüküm bulunmamakla birlikte, bulunmasının yararlı olacağı doktrinde belirtilmiştir⁷.

yapabilir. Ayrıca yazarın bu noktada sunduğu karar örneği şöyledir: Yrg.11.HD. T: 1.5.2000 E: 2756 K:3680 ‘...kesinleşmiş ve tescili yapılmış bir markanın her ne sebeple olursa olsun mevcut yasal düzenlemeye göre, tescili yapan kuruluşlarca re’sen iptali ve terkinin mümkün olamaz. Bu nedenle, davalı TPE nin davaya konu teşkil eden 17.2.1998 gün ve m-91 sayılı kararı dayanaktan yoksun olup, hükümsüzdür.’ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.138-139; Şanal da, mutlak red nedenlerinden birine dayalı olarak hükümsüzlük davalarında resmi makamların da dava açmalarının kabul edilebilir olduğunu fakat nispi red nedenlerine dayalı dava açmalarının mümkün olmaması gerektiğinden bahisle, resmi makamların davacı olma hak ve yetkilerinin sınırlanması gerektiği yönünde görüş beyan etmiş, ancak mevcut düzenlemede bir ayırım yapılmamış olduğundan dolayı da resmi makamların hem mutlak hem nispi red nedenlerine istinaden hükümsüzlük davası ikame edebileceklerini kabul etmek gerektiğini de belirtmiştir : **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.189.

¹ Bkz: II.Bölüm/II.İlkenin Şartları

² **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.138.

³ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.475.

⁴ Dava, lisans alana, rehin alacaklısına veya TPE’ye yöneltilemez.: **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.188.

⁵ ‘...özellikle Enstitü kararlarına itirazın reddi veya kabulü yönündeki kesinleşmiş YIDK kararlarına karşı MarkHK m.53 hükmü uyarınca açılan davaya hükümsüzlük talebinin de eklenmesi suretiyle Enstitü’nün taraf gösterilmesi yanlıştır’ **Kaya**, Marka Hukuku, s.335.

⁶ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.143; Markanın terkinin talebiyle açılacak davada, husumetin TPE’ye yöneltilip yöneltilmeyeceği hususunda ayrıntılı bilgi için bkz: **Teoman**, Ömer, ‘Marka Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Davada Husumetin Türk Patent Enstitüsü’ne Yöneltilibilip Yöneltilmeyeceği Sorunu’ Tüm Makalelerim C.I-II (1971-2001), 2012. S.1065 vd., Yazar özetle, TPE aleyhine dava açılmaması veya ikame edilmiş davada TPE’ye husumetin yöneltilmemesi yönünde görüş beyan etmiştir.

⁷ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.167.

Hükümsüzlük davasında görevli mahkeme¹, ihtisas mahkemeleridir (MarKHK 70/I). Üçüncü kişiler tarafından marka sahibi veya başvuru sahibi aleyhine açılacak davalarda yetkili mahkeme ise davalının ikametgahının bulunduğu yer mahkemesidir (MarKHK 63)².

Hükümsüzlük davasının açılmasında kural olarak bir süre öngörülmemiştir. Keza, hükümsüzlük sebebi oluşturan tescil durumu süreklilik arz etmektedir³. Yalnız tanınmış markaların hükümsüzlüğünün talep edilmesi durumunda davanın, tescil tarihinden

¹ Yrg.11.HD. T: 10.03.2005 E: 2004/4228 K: 2005/2362 “Görev hususu, kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle yargılamanın her aşamasında ve re’sen nazara alınacağından 20.11.2003 tarih ve 537 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararı gereğince mahkemece görev hususunun değerlendirilmesi” **Kaya**, Marka Hukuku, s.337.

² “...Davacı bu davayı marka sahibi sıfatıyla değil, marka tescil başvurusu reddedilen üçüncü kişi sıfatıyla açmıştır. Bir an için davacının ayakkabı ve çanta emtiaları ile ilgili olarak “Antre Line” markasının sahibi olarak bu davayı açtığı düşünülebilirse de, anılan emtialar yönünden bir uyumsuzluk bulunmaması, davacının bu emtialar dışında kalan emtialar için yaptığı başvurunun reddedilmesi nedeniyle davalı markasının terkinini istemesinden dolayı marka sahibi değil, üçüncü kişi sıfatı taşıdığı kabulü zorunludur. Bu durumda, davalı tarafın yerinde olan yetki itirazının kabulü gerekirken...” **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.149; Tekinalp’e göre ise, meslek oda ve birliklerinin veya oda ya da birlik olmamakla birlikte mesleki derneklerin açıp açamayacakları belirsiz olup, “zarar gören kişi” kavramına üyelerinin menfaatleri zedelenen, dernek ve birlikleri de kapsayabilecek genişlik tanınmalıdır. Çünkü, yazar’a göre, “zarar gören” ibaresi mesleki menfaatlerin zarar görmesini de kapsamaktadır. Ayrıca tüketicilerin de bu hüküm anlamında zarar görmüş olmaları durumunda bu davayı ikame edebilmelidirler: **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.475 ; Aynı yönde: **Kaya**, Marka Hukuku, s.333.

³ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.188; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.144.

itibaren beş yıl içinde açılması gereklidir¹. Fakat bu durumda dahi markanın tescili kötü niyetli ise², hükümsüzlük davası süreye bağlı değildir (MarKHK 42.md.)³.

Buradaki kötüniet, markanın tanınmış olduğunun bilinmesi veya bilinmesinin gerekli olması şeklinde olmalı ve subjektif değil objektif kriterlerle belirlenmelidir⁴. Bir kişinin Türkiye’de tescilli olmadığını bildiği ve ithalatını yaptığı markayı kendi adına tescil ettirmesi veya bir kişinin ticaret unvanının asli unsurunu marka olarak tescil ettirmeye hazırlandığını bilen birinin (mesela çalışanının) erken harekete geçerek

¹ Yrg.11.HD. T:25.12.1997 E: 1997/5417 K: 1997/9676 ‘‘...KHK’nin 42.maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açması gerekeceğinin belirtilmesi ve bu hususta dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile de bağdaşmayacağı nazara alındığında, bu husustaki yasal boşluğun, yukarıda sözü edilen tanınmış sayılan markalar için öngörülen 5 yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak doldurulması...’’ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.868; Yrg.11. HD. T: 08.04.2002 E: 2001/11860 K: 2002/3270 ‘‘Dava konusu olayda; davacının markası davalının markasından daha önce kullanılıp, ayırt edici hale geldiği gibi daha önce tescil de edilmiştir. O halde, davacının dava konusu ‘‘MERİÑOS’’ markası üzerinde marka hakkının davalıdan önce doğduğunun kabulü gerekir. Ancak, davanın hak düşürücü süreye bağlı olmadan açıldığının ispatı gerekmektedir. Mehkemece alınan bilirkişi raporunda ve mahkeme kararının gerekçesinde davacının, davalının kötü niyetle tescil yaptırdığı iddiası üzerinde durulmamıştır. Bu durumda, davalının yalnızca ‘‘DEMİÑERİÑOS’’ markası yönünden 5 yıllık süre geçmesi nedeniyle ve MK 2.maddesinden hareket ederek davanın REDDİNE karar verilmesi doğru görülmemiştir. Bu itibarla mahkemece, bilirkişi kurulundan ek rapor ya da yeni bir bilirkişi heyetinden yukarıdaki açıklamalar dikkate alınmak suretiyle açılıp açılmadığı hususunda rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir. ‘‘ **Güneş, İlhami**, Marka Tescilinin Rolü, s.49.

² Yrg.11.HD. T: 8.4.2002 E: 2001/10860 K: 2002/3275 ‘‘Paris Konvansiyonu’nun bu hükmünün kapsamına giren ve dolayısıyla Türkiye’de de tanınmış olan markanın bir başka kişi tarafından kendi adına tescilinin istenmesi halinde kötünietin varlığı asıldır. Bu anlamda kötünietten kasıt; iyiniyetli olmamak, yani tanınmış markanın varlığını bilmek veya öğrenebilecek durumda bulunmaktadır. Yoksa bir hilenin, aldatmanın veya dolanmanın varlığını veya TPE’nin kusuru bulunup bulunmadığını aramaya gerek yoktur. TPE’nin tanınmış markanın varlığını bilmesi tanınmış markayı tescil ettirenin kötünietini ortadan kaldırmaz’’ Kazancı İçtihat Bankası ET: 14.05.2015

³ Hükümsüzlük davasının süreye bağlı olmaması hususu ve bu konudaki görüşler için bkz: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.157; **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.851; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.198;

⁴ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.145, Ayrıca yazar bu hususta bir karar örneği sunmuştur: Yrg.11. HD T: 6.7.1999 E: 1998/1734 K: 1999/5146 ‘‘...Dolce Vita markasının İspanya’da 24.5.1998 tarihinde parfümeri, esansal yağlar, losyonlar, sabunlar vs. İçin Don Jarne ve Don Jesus Garcia adına tescil edildiği, markanın davacıya devir edildiği ve davacının bu markayı Paris’te 11.10.1983 tarihinde adına tescil ettirdiği, bu tarihten sonra dünyanın değişik 22 ülkesinde daha davacı adına tescil ettirildiği, Madrid Anlaşması uyarınca 23 Ekim 1995 tarihinde Fikri Haklar Dünya Örgütü Bürosuna Uluslararası Markalar Siciline tescil edildiği, davalının ise aynı cins emtialar için 11.2.1993 tarihinde Türkiye’de marka tescil belgesi alındığı anlaşılmaktadır.... hüküm uyarınca birçok yabancı ülkede tescilli bulunan hele somut olayda Fikri Mülkiyet Bürosuna tescilli davacı markasının korunmasının gerekmesine, davalının parfüm buluşlarını, gelişmelerini ve bununla ilgili marka tescillerini takip etmek zorundadır. Bu basiretli bir tacir olmanın zaruri sonucudur. O halde aynı sahada çalışan davalının 22 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesi MK’nun 2.maddesine göre mümkün görülmemiştir.Şu halde Paris Sözleşmesi’nin mükerrer 6.maddesi 3.bendi anlamında suiniyetli bir tescil vardır ve bu tescilin terkini talep edilebilir ‘‘

markayı daha sonra satmak amacıyla tescil ettirmesi durumları, kötüniyete örnek olarak gösterilebilir¹. Yargıtay, buradaki bilme unsurunun varlığı için, markanın dünyaca tanınmış olmasını², yaygın tescil durumunu³, tescil başvurusunda bulunanın da aynı sektörde faaliyet göstermesini⁴ yeterli görmüştür⁵.

Hükümsüzlük halleri MarKHK 42.md.de düzenlenmiştir. Doktrinde de belirtildiği üzere⁶, MarKHK 42. madde hükümündeki hallerin tamamı hükümsüzlük sebebi olarak

¹ **Kaya**, Marka Hukuku, s.340.

² Yrg.11.HD. T:14.06.1988 E: 1998/1918 K: 1998/3940 ‘‘Paris Sözleşmesinin taraflar arasındaki uyumsuzlukta uygulanacağı hususunda uyumsuzluk yoktur. Dosya kapsamına göre, davacı söz konusu markayı davalıdan çok evvel dünya çapında tanıtıp meşhur hale getirmiştir. Her ne kadar dava konusu markanın Türkiye'deki tescili davalı tarafından davacıdan daha evvel gerçekleştirilmiş ve Markalar kanunun 15. maddesinde sözü edilen hak düşürücü süre olayda gerçekleşmiş ise de olayda bu madde hükmünün değil Paris Sözleşmesi'nin uygulanması gerekmesine ve davalının tescilinin suiniyete müstahit bulunduğu açık olmasına göre, sözleşmenin 6. (mükerrer) 3. fıkrası uyarınca davacının süreye tabi olmadan, davalı markasının sicilden terkinini her zaman için talep etmeye hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemenin açılan davayı hak düşürücü sürenin geçtiğinden bahisle reddetmesi isabetli bulunmamıştır.’’ Hukuk Türk Hukuk Veri Tabanı ET: 15.05.2015

³ T: 19.4.2002 E: 2001/9903 K: 2002/3699 ‘‘... O halde, aynı sahada çalışan davalının 15 ülkede tescilli bir markayı bilmediğini ve o nedenle Türkiye’de tescil ettirdiğini ileri sürmesi, TTK.nun 21/2 nci maddesinde aykırı olduğu gibi, MK.nun 2.maddesine göre de mümkün görülemez. Şu halde, Paris Sözleşmesinin mükerrer 6.maddesi 3.bendi anlamında kötüniyetli bir tescil vardır ve bu şekilde oluşturulan tescilin terkinin gerçek marka sahibince talep edilebilir....’’ Kazancı İçtihat Bankası ET:14.05.2015

⁴ Yrg.11.HD. T: 23.06.2000 E: 2000/5459 K: 2000/5902 ‘‘Davacıya ait The Cockpit markasının genellikle havacıların kullandığı giyim eşyaları, ceketler, pantolonlar, ayakkabılar, botlar, yağmurluklar ve şapkalar üzerinde kullanıldığı, davalıya ait markaların da konfeksiyon, elbise, ceket, gömlek, pantolon palto, manto, pardesü, yağmurluk, şapka, montgomeri, rüzgarlık, trençkot gibi tescil belgesinde yazılı eşyalar için tescil edildiği, davacıya ait ürünler ile davalıya ait ürünlerin aynı ve aynı türdeki mal oldukları uyumsuzluk konusu değildir. Davalı şirketin piyasada tekstil işi yapan tanınmış bir firma olduğu, 1996 ve 1997 yıllarında Almanya, İsviçre, Avusturya, Hollanda, İtalya, İspanya, Romanya, Mısır gibi ülkelere geniş çaplı konfeksiyon ürünü ihraç ettiği anlaşılmaktadır. Meslekten olan ve basiretli bir işadamı özeni göstermekle yükümlü olan davalının kendisine ait markayı ihdas ve tescil ettirirken, aynı işkolunda çalışan maruf ve meşhur olan davacıya ait markayı bilmesi gerekmesi nedeniyle iyiniyetli olamayacağı sonucuna varılmalıdır. Meslekten bir bilirkişinin davacı markasını duymadığını beyan etmesi yeterli görülemez. O halde bu gerekçelerle davacının davasının kabulü gerekirken, yerel mahkemece davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın Dairemiz’ce onanması doğru bulunmadığından, davacı vekilinin karar düzeltme talebinin kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.’’ Hukuk Türk Hukuk Veri Tabanı ET: 14.05.2015

⁵ **Kaya**, Marka Hukuku, s.340-341.

⁶ **Kaya**, Marka Hukuku, s.322; **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.739; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.157; **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.850; **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.155; **Bilge**, ‘‘Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi’’ Batıder, Y.2005, C.23, S.1, s.125; Yrg.11.HD. T: 12.06.2008 E: 2007/579 K: 2008/7798 ‘‘Davacı vekilinin temyiz itirazlarına gelince; dava dilekçesinde davalının 79871 sicil numaralı markasını 556 sayılı KHK’nin 14.maddesi gereğince kesintisiz olarak 5 yıl süre ile kullanmadığı ve bu nedenle hükümsüzlüğü, 1999/0011567 numaralı markanın ise davacı markası ile itibas yaratacak şekilde haksız ve kötü niyetli olarak kullandığından bahisle 556 sayılı KHK’nin 8.maddesi gereğince hükümsüzlüğü istenmiştir. Mahkemece, her iki markanın da 556 sayılı KHK’nun 14.maddesi kapsamında hükümsüzlüğü istendiği gerekçesiyle sonuca gidilmiş ve 1999/0011567 nolu davalı markasının tescil tarihinden itibaren 5 yıllık süre dolmadan davanın açıldığı gerekçesiyle red kararı verilmiştir. Mahkemenin anılan gerekçesi dava dilekçesindeki hukuki nedene

düzenlenmiş olsa da özellikle sonradan ortaya çıkan haller bakımından markanın hükümsüzlüğü değil iptalinin söz konusu olması gerektiği keza hükümsüzlüğün etkileri ile iptalin etkilerinin karıştırılmaması gerektiği¹ kanaatindeyiz.

MarKHK 42.md.de sayılan haller sınırlı sayıda olup, örnekseme yoluyla çoğaltılamayacağından, bu hallerin dışında kalan, sonradan ortaya çıkan haller nedeniyle markanın hükümsüzlüğüne karar verilemez². MarKHK 42.md.de sayılmamasına rağmen, dürüstlük kuralına açıkça aykırılık teşkil eden kötünietli marka tescili halinin de, MarKHK'nın amacına ve ruhuna uygun olduğundan bahisle hükümsüzlük sebebi

uygun bir gerekçe olmayıp, 556 sayılı KHK'nun 8.maddesi gereğince davalının 1999/001567 numaralı markasının hükümsüzlük koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekirken, başka bir hukuki nedene dayanarak yazılı gerekçeyle red kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir. " : **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.740

¹ "İptal" deyimi, iki değişik anlama gelir: iptal yenilik doğurucu hakkının kullanılması suretiyle, ya zaten daha baştan geçersiz bir hukuksal işlemin geçersizliği kesinleştirilir ya da baştan tüm geçerli bir hukuksal işlem sonradan geçmişe etkili yoldan geçersiz kılınır." **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s.144; "Bir işlem, hukuk kurallarının öngördüğü şekil ve şartlara uygun olarak yapılmamışsa, bunun yaptırımı geçersizlik (hükümsüzlük) tir." **Dural**, Mustafa/ **Sarı**, Suat, Türk Özel Hukuku, C.I. Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2013, s.8; "'Hükümsüzlük" ve "geçersizlik" gibi deyimler, gerçekte bütün hükümsüzlük ihtimallerini içeren bir üst kavramı ifade eder. Hangi çeşit hükümsüzlüğün söz konusu olduğu, ancak "kesin hükümsüzlük" (butlan) "iptal edilebilirlik", "eksik ya da askıda hükümsüz işlemler", "nisbi hükümsüzlük" gibi deyimlerle açıklığa kavuşturulabilir" **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı** Borçlar Hukuku Genel Bölüm I.C. (Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem-Sözleşme) İstanbul, 2014, s.580.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.189.

olabileceği hususu Yargıtay tarafından da kabul edilmekte¹, doktrinde de uygun görülmektedir².

Nispi red nedenlerinin varlığı kural olarak itiraz şeklinde ileri sürülmekte, itirazda bulunan gerçek hak sahibi, itirazını yerinde bulmayan YİDK'nın kesinleşmiş kararına karşı, iptal davası açabilmektedir. Diğer yandan, markanın tesciline itirazda bulunmamış veyahut itiraza rağmen marka tescil edilmiş ise, bu durumda nispi red nedenlerine aykırılık, bir hükümsüzlük sebebi olduğundan bu yolla da markanın terkinin sağlanabilir³. Dolayısıyla bu iki dava da, aynı sonuca yönelmiş olup, her ikisinde de gerçek hak sahibinin, marka üzerindeki üstün hakkından bahisle, tescil veya başvurunun

¹ Yrg. HGK T: 16.07.2008 E: 2008/11-501 K: 2008/507 “...556 sayılı KHK'nin 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK'nin amacına uygundur. Çünkü, KHK'nin 35/1. ve 42/1- (a) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen, MK.nun 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 sayılı KHK'nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK.nun 2. maddesi uyarınca kötü niyetin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması KHK'nin ruhuna da uygundur. Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetildiğinde; davalı markasının kötü niyetle tescil ettirildiğinin anlaşılmasına göre, MK.nun 2. maddesi hükmünün uygulanması suretiyle dava konusu markanın hükümsüz kılınmasına ilişkin yerel mahkemenin direnme kararı yerinde görüldüğünden kararın onanması gerekmiştir...” Kazancı İçtihat Bankası ET:17.05.2015; Yrg.11.HD. T: 30.6.2014 E: 2014/5773 K: 2014/12538 “Dava; markanın hükümsüzlüğü istemine ilişkindir. Davacı davalının yönetim kurulu üyesi ve ortağı olduğu şirketlerin ortakları arasında müvekkilin distribütörlüğünü yapan şirketin ortaklarının da yer aldığını, bu nedenle davalının markanın müvekkiline aidiyetini bilmemesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Mahkemece, tescil edilen markanın davacı tarafından uzun zamandan beri tescilsiz olarak kullanıldığı, davalının bu kullanımdan ve markadan haberdar olduğu, buna rağmen kötüniyetli olarak markayı adına tescil ettirdiği, kötüniyetin varlığı nedeniyle markanın tescilli olduğu tüm emtialar yönünden hükümsüz olacağı gerekçesiyle davalı adına TPE nezdinde kayıtlı markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinin kararında bir isabetsizlik yoktur. ” Kazancı İçtihat Bankası ET:18.05.2015

² “...kötü niyetli tescillerin mutlak red sebebi olması, sessiz kalmayla hak kaybı ve yine, hükümsüzlük davalarında dava açmaya ilişkin hak düşüm süresinin yasada açıkça düzenlenmesi; uyum konusundaki eksikliklerin giderilmesine ve uygulama paralelliğinin hukuki çerçeve içinde kalarak çözümüne katkı sağlayacaktır” **Güneş**, İlhami, “Türkiye’de Marka Verilmesi Usulü, Mutlak ve Nispi Ret Nedenleri” Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2012, Editör, Memiş, Tekin, s.161.

³ Yrg.11.HD. T: 05/03/2013 E: 2012/4221 K: 2013 /3985 “Davacı, markanın gerçek hak sahibi olduğunu ileri sürerek, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğü ile terkinini talep etmiştir. Davacının kullandığı ibare de davalının markasının kayıtlı olduğu 04 ve 39. sınıf mal ve hizmetlere ilişkin olup davacının eylemli kullanımının kömür ticareti olduğu, dosyaya sunduğu faturalar ile bir kısım müşterileri olan şirketlere nakliyat işi yaptığı hususunu ve markasını 1994 yılından beri kullanımını kanıtladığı, davalı tarafın kullanımının ise 2008 tarihi ve sonrasına ait bulunduğu, önceki tarihlerde bu ibareyi marka olarak kullandığını kanıtlamadığı, davalı şirket başvurusundan daha önceki bir tarihte davacı şirketin bu ibareyi kullanmaya başladığı ve kullanımının ilgili sektörde uzun süredir devam ettiği ve ibare üzerinde gerçek hak sahibi olduğu kullanımının aynı sınıfta yer alan yakacak maddeleri üzerinde olduğu gerekçesiyle, davalı adına tescilli ibareli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hukuka uygundur.” Kazancı İçtihat Bankası ET:10/05/2015

silinmesi amaçlanmaktadır. Bu iki dava arasında amaç bakımından benzerliğin yanında usuli bazı farklılıklar vardır¹.

Hükümsüzlük kararının sonuçları kural olarak geçmişe etkilidir². Başka bir deyişle, söz konusu markanın hükümsüz kılınmasıyla birlikte, marka üzerinde tescille kazanılan hak son bulur³ markaya sağlanan koruma tescil anından itibaren ortadan kalkar⁴ ve herkese karşı hüküm doğurur (MarKHK 44)⁵. Diğer yandan, “önceye dayalı hak sahibi olan kişi, markanın tesciline itiraz etmemiş ve yapılan tescil aleyhine hükümsüzlük davası açmamış olsa bile, tescilli marka hakkı sahibi, bu işareti önceden beri marka veya sair bir tanıtma işareti olarak kullanan kişiyi, bu tanıtma işaretini önceki kapsamı ile kullanmaktan men edemez”⁶.

¹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.190: YİDK’nın kesinleşmiş kararı, iptal davasının dinlenme şartı olduğundan, hak sahibi olan kişinin, itirazını usulüne uygun olarak ileri sürmesi gereklidir. Hükümsüzlük davasının ise böyle bir ön şartı yoktur. Süre açısından, iptal davası, YİDK kararının ilgili kişilere bildiriminden itibaren iki aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerekirken, hükümsüzlük davası için kural olarak bir süre öngörülmemiştir. İptal davasında davacı sıfatı, TPE işleminden zarar gören itirazda bulunan kişidir. Hükümsüzlük davasında ise, zarar gören kişilerin dışında, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar da davacı sıfatına haizdir. İptal davasında davalı, işlemi gerçekleştiren TPE ve söz konusu işlemde menfaati etkilenen kişilerdir. Hükümsüzlük davasında ise davalı, tescilli markanın sahibi veya hukuki halefleridir.

² “Hükümsüzlük kararının etkileri bakımından Tophuluk Tüzüğü ile Alman Markalar Kanunu KHK/556’dan farklı bir çözüm benimsemişlerdir. Şöyle ki, markanın iptali ve markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi hali için ayrı ayrı çözümler öngörülmüştür. Gerçekten markanın iptaline karar verilmesi halinde, bu karar OHIM’e yöneltilen iptal başvurusu tarihinden itibaren geçerli olacak iken; markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde hükümsüzlük kararı tescil tarihinden başlayarak geçerli olacaktır. (Tüzük m.54 Alm.MarK.52)’’: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.150. Ayrıca yazara göre “Tüzük ve Alman Markalar Kanunu ile getirilen düzenleme şekli hakkaniyete daha uygundur. Yukarıda ifade edildiği üzere, hükümsüzlük halleri markanın tescili anında mevcut olan ve fakat dikkatten kaçan sebeplerdir. Bu nedenledir ki, hükümsüzlük kararının tescil anından itibaren geçerli olması isabetlidir. Buna karşılık iptal sebepleri, markanın tescili anında mevcut olmayan daha sonra ortaya çıkan sebeplerdir (KHK/556 m.42/I-c-f). Bu nedenle, daha sonra ortaya çıkan bir sebep dolayısıyla, marka hakkının sona erdirilmesi halinde hükümsüzlük kararını, tescil anına kadar geçmişe etkili kılmak hakkaniyete aykırıdır. Bu nedenle örneğin kullanmama nedeniyle markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde, hükümsüzlük kararı beş yıllık sürenin bitimi anından itibaren hüküm ifade etmeli veya diğer bir deyişle beş yıllık sürenin bitimine kadar geriye etkili olmalıdır.”

³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.166.

⁴ **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.150; MarKHK 44.md. uyarınca; Markanın hükümsüz sayılmasından önce, bir markaya tecavüz sebebiyle verilen hukukun kesinleşmiş ve uygulanmış kararlar ile markanın hükümsüzlüğüne karar verilmeden önce, yapılmış ve uygulanmış sözleşmeler (Ancak hal ve şartlara göre, haklı sebepler ve hakkaniyet düşüncesi ile sözleşme uyarınca ödenmiş bedelin kısmen veya tamamen iadesi mümkündür), hükümsüzlüğün geriye dönük etkisinden müstesnadır. Fakat bu durumda dahi kötüniyetin varlığı halinde yine hükümsüzlük geriye dönük etkisini gösterecektir.

⁵ Hükümsüzlük kararının geçmişe etkili oluşunun katı bir şekilde uygulanması bazen adil olmayan durumlara sebep olacağından, bazı istisnalar öngörülmüştür: **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.193; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.487.

⁶ Yrg.11.HD.T:27.2.2014 E: 2013/13243 K: 2014/3679 Kazancı İçtihat Bankası ET:13.06.2015

Yargıtay'ın bazı kararlarındaki görüşüne göre, bir marka hükümsüz kılınıncaya kadar geçerli olacak, geçerli bir belgenin kullanılması da meşru olacağından haksız rekabet teşkil etmeyecektir¹. Fakat bu görüşün kabul edilmesi, kötünietli kişilerin, incelemesiz sistemden yararlanarak markaları adlarına tescil ettirip, hükümsüz kılınıncaya kadar, bunları rakiplerinin üretimlerini durdurma aracı olarak kullanmalarını mümkün kılmaktadır ki buda oldukça sakıncalı bir durumdur². Diğer yandan başka kararlarında kötünietli tescilin varlığının tartışılmaksızın verilen kararların doğru olmadığı yönünde karar vermiştir³.

Sonuç olarak gerçek hak sahibi, markasının bir başkası tarafından tescil edilmesi durumunda tescil prosedürü içinde itiraz etmiş olsun veya olmasın hükümsüzlük davası açma hakkına sahiptir. Tescilli marka sahibinin kötünietli olması durumunda ise, gerçek hak sahibinin açacağı hükümsüzlük davası süreye tabi olmayacaktır. Ayrıca gerçek hak sahibi, hükümsüzlük davası açmamış olsa dahi, söz konusu markayı önceki kapsamıyla kullanmaktan men edilemeyecektir.

¹ **Karaha/Suluk/Saraç/Nal**, s.195: Yrg.11.HD.T:12.0.2004 E: 2003/13394 K:2004/9665

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.195.

³ Yrg.HGK T: 5/5/2011 E: 2011/1562 K: 2011/5464 “*Davacı dava dilekçesinde aynı zamanda davaya konu markanın kötünietli olarak tescil ettirildiği gerekçesiyle de hükümsüzlük talebinde bulunmuştur. 556 Sayılı K.H.K.nin 35/1. maddesi uyarınca marka tescil başvurusu sırasında kötünietin başlı başına bu itiraz sebebi olarak öne sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı sebeple hükümsüzlük davasının açılabilmesi de K.H.K.nin amacına uygundur. Çünkü, K.H.K.nin 35/1. ve 42/1- (a), (b) maddelerindeki düzenlemeler de, esasen MK'nun 2. maddesinin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri gözönüne alınarak açıkça kötünietle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir. Bu husus 556 Sayılı K.H.K.nin 42. maddesinde başlı başına bir hükümsüzlük nedeni olarak düzenlenmemiş olsa dahi, genel hüküm ve temel prensip niteliğindeki MK'nun 2. maddesi uyarınca kötünietin korunması söz konusu olamayacağından dolayı aynı sonuca ulaşılması K.H.K.nin ruhuna da uygundur. Mahkemece reddedilen hizmetler bakımından davaya konu markanın davalı tarafından kötünietle tescil ettirildiğine dair iddiasının da tartışılarak olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi de doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.* “ Kazancı İçtihat Bankası ET: 07/05/2015

C. MARKAYA TECAVÜZ DAVASI

Marka hukuku anlamında, bir kimsenin hak alanına izinsiz girilmesi¹ olarak tabir edilen ve hukuken hatalı sayılan bir davranış olduğundan ‘*haksız fil*’ olarak nitelendirilen tecavüz eyleminin unsurları şöyle sıralanabilir²:

- Tescil edilmiş bir marka olmalıdır. Fakat, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar veyahut 8/III hükmü anlamından tescilsiz maruf markalar da MarkHKH hükümlerinin korumasından yararlanabileceklerdir.
- Söz konusu marka, sahibinin izni olmaksızın yani yetkisiz olarak kullanılmış olmalıdır³.
- Markanın bu yetkisiz kullanımı⁴, tescilin yapıldığı ülke sınırları içinde gerçekleşmiş olmalıdır⁵.

¹ Bu noktada, tescilli bir markanın sahibinin izni olmaksızın fakat dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olmak şartıyla üçüncü kişiler tarafından kullanılmaları MarkHKH 12.md. gereğince mümkün olup, marka sahibi tarafından engellenemeyecektir. *Tekinalp*, bu hükmün, Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü’nün 6.maddesinden Türk hukukuna alınırken başarısız bir aktarımla, başkasının markasının ‘marka’ olarak kullanımına imkan veren kısmının alınmadığını fakat MarkHKH’nın mevcut şeklinin de markanın marka olarak kullanılmasına engel oluşturmadığına dikkat çekerek bu şekilde yorumlanabildiğinden bahisle Yargıtay’ın bu olumlu boşluğu doldurabileceği yönündeki görüşünü belirtmiştir: **Tekinalp**, Ünal, ‘*Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması*’ Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul, 1998, s.633.

² **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.195.

³ ‘*marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet açısından, tescil edilmiş markanın bir başka markada esas unsur olarak kullanılması şart olmayıp, tamamlayıcı unsur olarak da kullanılması yeterlidir*’: **Kendigelen**, Abuzer, ‘*Marka Hakkına Tecavüz-Tescilli Markanın Ürün Adı Haline Gelmesi*’ (Bilirkişi Raporu), Hukuki Mütalaâlar C.III, İstanbul, 2006, s.241

⁴ ‘*İşaretin, markaya özgü kullanılması durumunda, marka hakkının ihlal edildiği hususunda herhangi bir tartışma yoktur. Ancak bu ihtimal dışındaki haller için, iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, markanın ancak markaya özgü kullanım niteliğindeki kullanımlara karşı korunduğunu; diğer görüş ise, markanın korunma kapsamını, markaya özgü kullanım ile sınırlandırmaksızın her türlü kullanıma karşı genişletmektedir.*’ **Çiçekçi**, s.72.

⁵ *Saraç*, bir eserinde transit geçen malların da marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmayacağı hususunu ele almış, Türk hukukundaki durumu gerek yargı kararları gerekse doktrinel görüşler bazında incelemiş, ayrıca uluslararası anlaşmalar ve yabancı hukuk sistemlerindeki duruma da değinmiştir. Sonuç olarak yazar, MarkHKH 9.madde hükmünün tahdidi nitelikte oluşundan hareketle, transit malların marka hakkına tacavüz oluşturmayacağını, markanın özellikle ayırt edici niteliği dikkate alındığında iç piyasaya sürülmemiş taklit malın, orjinal malın ayırt edici niteliğini etkilemeyeceği, taklit dahi olsa serbest bölgede bulunan transit malın serbest dolaşıma sokulma riski transit geçişin tecavüz sayılması için yeterli olmadığını, bu durumun gerek iç hukuk gerekse uluslararası hukuk bakımından çok zorlamalı şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir: **Saraç**, Tahir, ‘*Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?*’ *Batıder* 2007 C.XXIV S.2 s.443; ‘*...Türkiye’nin kara, deniz ve hava sahasındaki fiiller tecavüz sayılacaktır. Serbest bölgeler de ülke sınırları içerisinde olduğundan bu bölgeler de ülkesellik ilkesi kapsamında değerlendirilir*’ **Erdil**, s.577.

- MarKHK'nın markalara tanıdığı koruma süresi sınırlı olup (40.md.), söz konusu yetkisiz kullanım bu süre içinde gerçekleşmiş olmalıdır. Fakat bazı istisnai durumlarda (8/son) koruma süresi dolan markalar¹ da sınırlı bir süre için korumadan yararlanabilmektedir.
- Söz konusu marka, MarKHK 61.maddesinde düzenlenen tecavüz fiillerinden herhangi birine maruz kalmalıdır^{2,3}.

¹ Marka hakkının yenilenmesi, hukuki niteliği ve sonuçlarına dair ayrıntılı bilgi için bkz: **Bilge**, Marka Hakkının Yenilenmesi, s. 1023.

² MarKHK'nın markaya tecavüz hakkında aynı konuda farklı düzenlemeler (9.ve 61.maddeler) yer alması hususunda getirilen eleştiri için bkz: **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.209; Ayrıca, Marka hakkına tecavüzden söz edebilmek için, markanın 'markasal' olarak kullanılmış olması koşulunun aranıp aranmayacağı hususunda bkz: **Arkan**, Sabih, 'Marka Hakkına Tecavüz, İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?' , Batider, Y:2000 C.XX S.3 s.5-13, Yazar'a göre, MarKHK yönünden tescilli bir markaya tecavüzün, benzer bir işaretin yalnızca markasal anlamda kullanılmasıyla değil, 12.madde anlamında 'dürüstçe ve kullanan kişinin ticari ve sinai konularıyla ilgili olarak' olmadıkça aynı veya benzeri bir işaretin ticaret sırasında kullanılması marka hakkına tecavüz oluşturur.; Yrg.11. HD.T: 02.05.2011 E: 2009/9172 K: 2011/5230 'Dava; marka hakkına tecavüz ve haksız rekabetin tespiti, önlenmesi ile maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Davalı firmanın "şekil+SFS S. Fiş-Piriz Sanayi" markası sanayi tipi fiş ve prizler için tescillidir. Bu marka tescilinin davacıya ait markadan farklı bir emtia grubuna ilişkin olduğu açık olduğu gibi "SPS" harflerinden oluşan davalıya ait bir marka tescili de mevcut değildir. Her ne kadar davalının ticari unvanı S... Plastik ve Metal San. Tic. Ltd. Şti" ise de bu ibareler davalı işletmesini diğer işletmelerden ayıran bir unsur olup, unvanın kısaltılmış halini davacının markasıyla iltibas oluşturacak şekilde kullanılması davacıya ait marka hakkına tecavüz oluşturacaktır. Davalıya ait işyerinde yapılan aramaya ilişkin tutanakta, satışa sunulan emtialar ile davalı araçlarının üzerinde "SPS" harflerinin yazılmış olduğu ve davalı faturalarında da bu harflerin yer alması karşısında bu ibarenin markasal olarak kullanıldığı ve bu durumun davaya ait marka haklarına tecavüz oluşturduğunun kabulü gerekir. Ayrıca, davalının kendi markasını ve ticaret unvanını da haksız rekabet oluşturacak şekilde farklı formatta kullandığı da sunulan kanıtlardan anlaşılmaktadır. Mahkemece; davalı kullanımının davacının marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturduğunun kabulüyle davaya konu tazminat talepleri açısından yapılacak değerlendirme sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. ' Kazancı İçtihat Bankası ET:18.05.2015 ; 'Yargıtay'ın 12.04.2001 tarihli yayımlanmamış kararında (Yrg.11. HD. E: 2001/2189 K: 2001/3079), anılan düzenlemede belirtilen hallerden biri olmaması dolayısıyla, marka sahibinin, markanın 3.kişiler tarafından işletme adı olarak kullanımını önleyebileceği belirtilmiştir'' **Özarmağan**, s.20 ; Yrg.11.HD. T:02.11.2009 E: 6843 K: 11265 'dürüstçe ve ticari veya sanayi konularla ilgili olarak kullanmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal ve hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretime sunulmuş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamalar, 556 sayılı KHK.m.12'ye göre engellenemez. ' **Eriş**, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 2013, s. 1531.; MarKHK 12.madde anlamında kullanım, kullanmanın iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturmaması hali olarak tanımlanmıştır: **Pekdiğer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.153.

³ MarKHK 61.maddede belirtilen tecavüz hallerinin tahdidi nitelikte olduğu, maddede sayılanların dışında bir tecavüz halinin söz konusu olmadığı hususunda ve tecavüz hallerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: **Şanal**, Osman, 'Marka Hakkına Tecavüz' Legal Fikri ve Sinai Haklar Dergisi 2/2005.

Tecavüzün gerçekleşmesi¹ için kusur şartı aranmadığı gibi², tecavüz edenin iyiniyeti de onu sorumluluktan kurtarmayacaktır³.

Yargıtay, bir nispi red nedeni ve hükümsüzlük hali oluşturan 8/III hükmüne dayanarak, tescilsiz markalara, söz konusu markayı tescil ettirerek kullanılmak suretiyle tecavüz edilebileceğini kabul etmektedir:

Yrg.11.HD. T: 06/07/1998 E: 359 K: 5121⁴

“ 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK’nın 8/3.madde ve fıkrasında tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin sahibinin marka tesciline itiraz hakkı düzenlenmiş olup, burada itiraz hakkına dayanak olarak tescilli hak sahibi olma zorunluluğu getirilmediği açıktır. Ancak KHK’nın 42/I-b madde, fıkra ve bendinde ise 8.maddede sayılan hallerde yetkili mahkemeden markanın hükümsüzlüğünün istenebileceği öngörülmektedir. Bu hükmü takip eden 43.maddede ise markanın hükümsüzlüğünü isteyebilecek kimseler arasında zarar gören şahıslar da sayılmıştır. Açıklanan bu durum karşısında mahkemece, yukarıda belirlenen esaslar çerçevesinde marka terkin talebine ilişkin davanın esasına girilerek, taraf delillerinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken salt tescilli marka kullanılmasının tescilsiz markaya tecavüz teşkil etmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir ”

Yukarıda belirtildiği üzere tescilsiz markalar, gerek MarKHK’nın sınırlı hükümlerine gerekse haksız rekabet hükümlerine göre korunmaktadırlar. Keza tescilsiz

¹ Korkut, bir eserinde incelediği Hukuk Genel Kurulu kararı (T:12.12.2007 E: 2007/11-965 K: 2007/96) üzerine sonuç olarak şu değerlendirmede bulunmuştur : “Bir işareti isim ve tescilsiz marka olarak kullanmaya başlayan kişinin, işareti daha sonra ticaret unvanı olarak tescil ettiren kişiye karşı öncelik hakkı vardır. Markanın tescil tarihi, ticaret unvanının tescilinden daha sonraki bir tarih olmasına rağmen, Üniversite’nin marka üzerindeki üstün hakkı dikkate alınarak marka hakkına tecavüzün varlığına hükmedilmesi isabetlidir....Sonuç olarak bir işaretin ticaret ünvanı olarak kullanılması yöntemiyle de marka hakkına tecavüz mümkündür; bu tür kullanımlar haksız rekabet hükümleri yanında marka hakkını koruyan hükümler aracılığıyla da engellenebilir.”: **Korkut**, Ömer, “Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme” Batider 2008 C.XXIV S.3, s.389.

² “...Haksız rekabetin oluşması için failin kastının veya kusurunun bulunması gerekmez. Kusur sadece haksız rekabete dayalı olarak açılacak maddi veya manevi tazminat davaları açısından bir unsur olarak aranır.” **Kendigelen**, Marka Hakkına Tecavüz, s.237, **Kendigelen**, Abuzer, “Marka Hakkına Tecavüz” Hukuki Mütalaalar C.III, İstanbul, 2006, s.254; “ ...aynı sektörde çalışan davalıların, davacının markasının tescilli olduğunu bildikleri veya en azından bilebilecek konumda olduklarından, markaya tecavüz ve haksız rekabet açısından kusurlu kabul edilmeleri gerekir.” **Kendigelen**, Marka Hakkına Tecavüz-Tescilli Markanın Ürün Adı Haline Gelmesi, s.241

³ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.196.

⁴ **Karahan**, Marufiyet, s.18 : FMR. C.I S.2001/2, s.183; **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, S.116.

olsa dahi marka sahibinin öncelikli ve üstün marka hakkı mevcuttur. Her hak gibi tescilsiz marka hakkının dahi ihlali muhtemeldir. Tescilsiz markanın, bir başkası tarafından tescil ettirilmesi halinde gerçek hak sahibinin, kullanıma dayalı öncelikli ve üstün hakkı söz konusu olduğundan markanın hükümsüzlüğünü talep edebilecektir. Yukarıda arz ettiğimiz kararda Yargıtay, söz konusu markayı tescil ettirmek suretiyle tescilsiz markaya tecavüz edilebileceği yönünde karar vermiştir. Fakat diğer yandan Yargıtay'ın, tescilli markayı kullanmanın haksız rekabet teşkil etmeyeceği yönünde kararları mevcuttur¹. Bu durumda gerçek hak sahibi tecavüz davası ile birlikte hükümsüzlük davası da açmalıdır. Pratikte bu davanın yararı, tescilin kötü niyetli olması ihtimalinde kendini gösterir. Kötüniyetli tescilin varlığı halinde gerçek hak sahibi bu durumdan mütevvelit uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir². Fakat tazminat talep edilmeyecekse, yalnızca hükümsüzlük davası açmak yerinde olacaktır.

MarK'ya göre, tecavüz halinde³ hak sahibinin talebiyle, ihtiyati tedbir kararı verilebilir, ihtiyati tedbir niteliğinde gümrük idareleri tarafından mallara el konulabilir⁴. Bunun yanında MarKHK'da öngörülen, delillerin tespiti davası⁵ (75.md.), marka hakkına tecavüzün mevcut olmadığı hakkında dava (74.md.), tecavüz fiilinin durdurulması, tecavüzün giderilmesi, maddi ve manevi zararın tazmini, marka hakkına tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyayı üretmeye yarayan araç, cihaz makine gibi malzemelere el konulması, el konulan ürünler

¹ Yrg.11.HD. T:24/06/2002 E:02/2823 K:02/6478 "... bir kişinin ve haklı da olmasa (yolsuz tescil) yasaya uygun surette tescil ettirdiği bir markayı tescilli olduğu sürece kullanmasının, bir hakkın kullanılması olduğundan haksız rekabete konu teşkil etmeyeceği gerekçeleriyle..." **Kaya**, Arslan; Marka Hukuku, s.47; "...tescilli bir markanın kullanımı haksız rekabet oluşturmaz." **Karan / Kılıç**, s.244.

² Bkz: Yrg.HGK T: 22.01.2014 E:2013/11-1830 K. 2014/31: Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 13.01.2015

³ **Arkan**, MarKHK 76.maddesindeki "dava konusu markanın marka haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde kullanılmasından" ifadesinden, tecavüzün, markanın aynının veya benzerinin sadece marka olarak kullanılması yoluyla gerçekleşebileceği şeklinde anlaşılmasına müsait olduğunu, oysa MarKHK'nın 61.ve 9.maddeleri çerçevesinde tecavüz kavramının, markanın, başkasının iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasını da kapsayacak şekilde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.: **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.225, dn.5.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz: **Pekdinçer**, R.Tamer/**Tüzün**, Işıl, Taklit Marka ve Gümrüklerde El Koyma, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2010 Editör:Tekin Memiş, s.475-510.

⁵ "MarKHK m.75 hükmünden hareketle, yine aynı Kararname'nin 61.maddesinde sayılan fiillerin markasına tecavüz oluşturduğunun tespitini müstakil bir tespit davası ile isteyebilecektir. Bu halde mahkemelerin, eda davası açılabilir iken tespit davası açılmayacağı veya ancak bir hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğunun tespitinin istenebileceği gerekçeleri ile bu talebi reddetmesi olanaklı değildir" **Kaya**, Arslan, "Marka Hukukunda Delillerin Tespiti Davası" Makalelerim C.I, s.380.

üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, el konulan ürünler ve araçlar üzerindeki markaların silinmesi, marka hakkına tecavüzün önlenmesi kaçınılmaz ise malların imhası, mahkeme kararının ilgililere tebliği ve kamuya duyurulması talep edilebilir¹.

Tecavüz nedeniyle açılacak davada davacı, öncelikle marka sahibi olmak üzere, markayı devralan², rehin alan³, lisans alan⁴ olabilir. Davalı ise, marka hakkına tecavüz eden kişidir.

Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süreleri için Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır⁵ (MarKHK 70).

Görevli mahkeme, MarKHK 71.md. uyarınca ihtisas mahkemeleri; yetkili mahkeme ise, MarKHK 63.md. uyarınca, davacının ikametgahının olduğu veya suçun işlendiği veya tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yerdeki mahkemedir⁶.

D. HAKSIZ REKABET DAVASI

Marka hukuku esas itibariyle haksız rekabet hukukunun bir dalı olması sebebiyle marka sahibinin haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde de korunabileceği kabul edilmektedir⁷. MarKHK'nın amacı tescilli markaları korumak olduğundan (6.md.) tescilsiz markaların korunması haksız rekabet hükümlerine göre istenebilecektir. Fakat

¹ Davalar ve talepler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.223 vd.; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.491 vd.; **Kaya**, Marka Hukuku, s.277 vd.

² Devir, sicile tescil ettirilmeden önce tecavüz söz konusu olursa dava açmaya, sicilde hak sahibi olarak görünen devreden kişidir: **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.253; Ayrıca markanın devrine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz: **Giray**, s.1 vd., **Pekdiğer**, R.Tamer, "Marka Hakkının Devredilmesi", I.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, İstanbul, 05-06 Mayıs 2005, s.164.

³ Rehnin, işletme üzerinde kurulması durumunda, aksine bir sözleşme yoksa marka da rehne dahil olur.(1447n.Ticari İşletmenin Rehni Kanunu, 3.md.). Ayrıca işletmeden bağımsız olarak da rehnedilebilir (MarKHK 15.md/MarKHKYn. 22.md.)

⁴ Tescilli bir markanın kullanım hakkı, tescil olunan mal ve hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için lisans sözleşmesine konu olabilir (MarKHK 20.md). Aksi kararlaştırılmadıkça, inhisari lisansa sahip olan kişi, markaya tecavüz edilmesi halinde kendi adına dava açabilirken, inhisari olmayan lisans sahiplerinin dava açma hakkı yoktur. (MarKHK 21.md.)

⁵ BK 72.madde uyarınca, "Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar."

⁶ **Arkan**'a göre, MarKHK 63.md.hükmü, davanın genel yetkili mahkeme açılmasına engel olmamalıdır keza amaç, yetkili mahkeme sayısının artırarak, mağdura kolaylık sağlamaktır. **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.260.

⁷ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.225.

yukarıda da belirtildiği üzere, MarKHK asıl olarak tescilli markaları korumakla birlikte tescilsiz markalar tamamen koruma dışı kalmamış bazı şartların varlığı halinde koruma sağlanmıştır¹.

MarKHK'nın markalara sağladığı özel koruma sayesinde, markaların korunması bakımından haksız rekabet hükümlerine başvurulmasına duyulan ihtiyaç azalmıştır fakat diğer yandan marka tescil edilmiş olsa dahi haksız rekabet hükümlerine başvurma hakkının kaçınılmaz olduğu durumlar da yok değildir². Örneğin, tescilli marka veya benzerinin, tamamen farklı bir mal ve ya hizmet için kullanılması durumunda, söz konusu marka eğer, 8/IV anlamında tanınmışlık düzeyi yüksek bir marka değilse, marka hakkına tecavüz oluşturmayacak ve marka sahibi ancak, koşulların oluşmasına bağlı olarak haksız rekabet davası açılabilir³. Yani, tecavüz iddiasıyla hukuk davalarında, söz konusu

¹ Bkz: II.Bölüm/II.İlkenin Şartları

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.225; Tescilli markaların da haksız rekabet hükümlerince korunabileceği yönünde: Yrg.11.HD. T: 30.09.1983 E: 1983/3755 K: 1983/4773 "...hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiş ve dairemizce onanmıştır. Davacı vekili karar düzeltme isteminde bulunmuştur. TTK'nun 56.maddesi uyarınca, haksız rekabet aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadi rekabetin her türlü suistimalidir. Aynı yasanın 57/5 maddesine göre de, başkasının emtiası, iş mahsulleri, faaliyeti veya ticaret işletmesiyle iltibaslar meydana getirmeye çalışmak, hüsnüniyet kaidelerine aykırı bir hareket olarak kabul edilmiştir. Davacının bir tür iplikler üzerinde, (Domino) isim ve resim ile dantela deseninden ibaret markayı ve davalı da aynı emtia için (Damalı) isim ve resim ile dantela deseninden oluşan markayı kullandığı, bu iki markanın açıklandığı biçimde tescilli olduğu, tarafların bu markalar için sicilden terkin davası açmadıkları hususunda uyumsuzluk yoktur. Adı geçen markaların her iki tarafın adına tescil edilmiş olmasına ve markaların, sicilden terkin için herhangi bir dava açılmamış bulunmasına göre, tarafların bu markalarını, 551 sayılı Markalar Kanunu'nun öngördüğü biçimde kullanmak hakkına sahip oldukları açıklamaya gerek duyulmayacak kadar belirgindir. Ne var ki, davacı, kendisine ait (Domino) isminden ibaret markasını, özel biçim, renk ebat ve ambalaj kompozisyonu içinde kullandığını ve davalının markası için bu özel biçim, renk, ebat ve ambalaj kompozisyonunu aynen kullanmak suretiyle iltibas yarattığı, dolayısıyla davalının haksız rekabette bulunduğunu ileri sürmüştür. Gerçekten, davacının ibraz ettiği deliller ile mehkemece alınan 15.05.1982 günlü bilirkişi kurulu raporundan, davalının (Damalı) isim ve resimden ibaret markasının kullanma biçiminin davacının markası bakımından kullanıla gelen kendisine özgü, biçim, renk, ebat ve kompozisyonuna benzetildiği, davalının böylece, davacının, davacının emtiası, iş mahsulleri ve faaliyetiyle iltibas yarattığı hususu açık ve kesin olarak anlaşılmıştır. Her ne kadar davalının tescilli markası yasanın himayesi altında ise de davalının bu tescilli markasını başkalarının markaları ile iltibasa neden olmayacak biçim, renk, ebat ve ambalaj kompozisyonu içinde kullanmalıdır. Somut olayda olduğu gibi davalının tescilli (Damalı) markasını kullanırken, davacının (Domino) markası yönünden kendisine özgü kullanma biçimini, aynen benimseyerek iltibasa neden olması, hem haksız rekabet oluşturur hem de Medeni Kanunun 2.maddesinde öngörülen iyiniyet kuralına aykırı düşer. Açıklanan bu duruma göre,, davalının tescilli markasını kullanma biçimine, (marka isimlerinin ve yazılarının aynı yer, renk ebat ve ambalaj) benzeterek kullanması yasaya aykırı bulunduğundan, davalının markasının bu kullanım biçiminin haksız rekabet oluşturduğundan kabulü ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu biçimde mahkemece davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve her nasılsa hükmün onandığı anlaşılmakla, bu onama kararının kaldırılması suretiyle isteminin kabulü gerekmektedir." **Avci**, Adnan, En Son Değişikliklerle Patent-Marka (Sinai Mülkiyet Hukuku) Mevzuat ve Uygulaması *Emsal Yargıtay Kararları*, 2000, s.909.

³ **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.225.

eylem marka hakkına tecavüz oluşturmamakla birlikte, haksız rekabet olarak kabul edilebildiği hallerde her ne kadar MarKHK kapsamında koruma sağlanamayacak ise de marka hakkı sahibinin genel hükümlere göre talepte bulunma hakkı söz konusu olacaktır¹.

Tescilsiz markalar foksiyonları itibariyle tescilli markalardan farklı olmayıp, asıl farkın tabi oldukları koruma itibariyle olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu durumda tescilli markalar MarKHK'nın sağladığı özel hükümlerle korunurken tescilsiz markalara TTK'nın 54 vd. hükümlerince koruma sağlanacaktır. Buna bağlı olarak da MarKHK'da düzenlenen davalar, ihtisas mahkemelerinde görülürken, tescilsiz markaların, haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak açılan davalarda genel mahkemeler görevli olacaktır².

6102 sayılı TTK'nun 54 vd. hükümlerinde haksız rekabet kurumu düzenlenmiş olup *"bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması"* şeklinde hükümlerin amacı ortaya konmuştur. 55.maddede ise, *"Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır"* demek suretiyle hükümde sayılan hallerin tahdidi nitelikte olmadığı dolayısıyla burada sayılanların dışında da haksız rekabet oluşturan hükümlerin mevcut olabileceği kabul edilmekte, tescilsiz markalar da bu hükümler kapasamında korunmaktadır³.

Haksız rekabet hükümlerine dayalı olarak açılacak davalar TTK 60.md. uyarınca, *"davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her halde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrar"*

¹ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.454; Markalar sınıf esasına göre korunmakla birlikte tanınmışlık düzeyi yüksek markalar bu duruma istisna teşkil etmektedir.

² **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.455, Ayrıca yazar, bir karar örneği sunmuştur: Yrg.11.HD. T:01.01.2012 E: 2010/9605 K: 2012/1131 *"Davada, daha önce davacı şirkette çalışan davalının kendi adına düzenlediği web sayfasında, davacı tarafın tasarımı yapılan web sayfalarını kendisi tasarlamış gibi göstermek suretiyle haksız rekabette bulunduğu iddia edilmiştir. Davada, davacı taraf tescilli tasarımları olduğunu iddia etmemiş, 554 sayılı KHK'ye dayanmamıştır. 554 sayılı KHK'nin 1/2 maddesinde tescilsiz tasarımların genel hükümlere tabi olduğu düzenlendiğine göre, davanın Türk Ticaret Kanunu'nun 56 vd. maddelerine dayanılarak açılan haksız rekabet davası olduğu anlaşılmakla, yazılı gerekçe ile görevsizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın, temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir "*

³ Yargıtay'ın, tescilli markayı kullanmanın haksız rekabet teşkil etmeyeceği yönündeki bazı kararları şöyledir: Yrg.11.HD. T:24/06/2002 E:02/2823 K:02/6478 *"... bir kişinin ve haklı da olmasa (yolsuz tescil) yasaya uygun surette tescil ettirdiği bir markayı tescilli olduğu sürece kullanmasının, bir hakkın kullanması olduğundan haksız rekabete konu teşkil etmeyeceği gerekçeleriyle..." Kaya*, Arslan; Marka Hukuku, s.47; *tescilli bir markanın kullanımı haksız rekabet oluşturmaz."* **Karan / Kılıç**, s.244; Ayrıca bkz: Aynı Bölüm/II.Dava Hakkı/C.Markaya Tecavüz Davası

E. MARKANIN DEVRİ DAVASI

Markaya etkin bir koruma sağlamak için, TPE nezdinde tescil ettirilmesi gerekmektedir birlikte, gerek uzun süren tescil süreci nedeniyle, gerekse piyasayı tanımak, markayı tanıtmak amacıyla özellikle yabancı marka sahipleri, markalarını öncelikle Türkiye’de temsilciler aracılığıyla piyasaya sunmayı tercih etmektedirler¹.

Ticari vekil veya temsilci, marka sahibinin verdiği yetki ile markayı kullanma hakkına sahip olan kişidir². Marka sahibinin, ticari vekili veya temsilcisinin, marka sahibinin izni olmadan ve geçerli bir gerekçe göstermeden, markanın kendisi adına tescili talebiyle TPE’ye başvurması durumunda, marka sahibinin MarKHK 8/II’ye dayanarak itiraz etme, bu kişiler tarafından markanın tescil edilmesi durumunda MarKHK 11.maddeye³ dayanarak markanın kullanılmasına itiraz etme ve MarKHK 17.maddeye⁴ dayanarak söz konusu tescilin kendi lehine devredilmesini isteme yetkisi vardır⁵. Bu durumda ticari vekil veya temsilci tarafından; söz konusu markayı tescil ettirmeksizin kullanan gerçek hak sahibinin izni ve haklı bir gerekçe olmaksızın markanın tescil

¹ **Giray**, s.168.

² **Giray**, s.168.

³ Hükümün eleştirisi ve ayrıntılı bilgi için bkz: **Pekdiğer**, R.Tamer, “*Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sinai Hak İhlali*”, Fikri ve Sinai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayını, 2008, s.31.

⁴ Marka sahibinin, bu hükme dayanarak markanın devrinin hangi merciden isteyebileceği hususu MarKHK’da açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde, devrin talep edilebileceği merciin aynı zamanda tescilde haklılık yargılaması da yapacağı ve bunun ise ancak mahkemelerce yapılabileceği belirtilmiştir: **Giray**, s.169, Ayrıca yazar, bu görüşe katılmakla birlikte bunun gerekçesinin, haklılık yargılamasının yalnızca mahkeme tarafından yapılacağı hususu olmadığını belirtmiştir. Keza yazar’a göre, ticari vekil veya temsilci tarafından yapılan başvuruya gerçek hak sahibinin 8/II hükmüne dayanarak itiraz etmesi durumunda, TPE, başvurunun haklı gerekçe ile yapıp yapılmadığını inceleme yetkisine sahiptir. Fakat diğer yandan 17.md.ye dayanarak markanın devri, farklı ilkelere bağlıdır. Burada artık tescilli bir marka söz konusu olduğundan, TPE’nin tescilli marka üzerinde incele yapması veya resen terkin etmesi artık mümkün olmayıp bu noktada görevli merci ihtisas mahkemeleri olacaktır.

⁵ MarKHK, 8.maddeye aykırılık, hükümsüzlük nedenidir. Fakat 8/II hükmüne benzer 17.madde, bir hükümsüzlük sebebi olmayıp, gerçek hak sahibi, bu maddeye dayanarak markanın, mahkeme kararıyla kendisine devrini talep edebilecektir. Benzer bir diğer hüküm olan 11.madde ile ise hak sahibi, hükümsüzlük veya devir davası açmaksızın markanın temsilci tarafından kullanılmasına engel olabilecektir. **Giray**, s.172; Ayrıca, devrin talep edileceği merci, tasarıda “*mahkeme*” olarak belirtilerek durum netleştirilmiştir: 43.md: “*Marka sahibinin izni olmadan, ticari vekili veya temsilcisi adına marka tescilinin yapılması halinde, ticari vekil veya temsilcinin haklı bir gerekçesi yoksa, marka sahibi, söz konusu tescilin kendisine devredilmesini yetkili mahkemeden talep edebilir.*” şeklindedir.

ettirilmesi durumunda gerçek hak sahibi, dava açarak markanın kendisine devrini istemesi de mümkün olacaktır¹.

MarKHK 8/II deki bu nispi red nedeninin uygulanabilmesi için marka hakkı sahibi ile markayı kendi adına tescil ettirmek isteyen kişi arasında bir ilişkinin varlığı zorunludur². Bu ilişki, vekalet sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi, tek satıcılık veya hizmet sözleşmesine de dayanabilir³. MarKHK da her ne kadar “*ticari vekil veya temsilci*” olarak belirtilmekte ise de bu ibarenin doktrinde belirtildiği üzere⁴ geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

¹ Yrg.11.HD. T: 04.04.2011 E: 2009/9836 K: 2011/3827 “*Davacı vekili, asıl ve birleşen dosyalarda, ... TPE YİDK kararının iptaline, davalı şirket adına tescilli markanın 556 sayılı KHK 11 ve 7 maddeleri gereği müvekkiline devrine veya davalı şirket adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Mahkemece, davalı şirkete ait tescilli marka ile davacının tescili için başvuruda bulunduğu marka arasında benzerlik bulunduğu, aynı mallara ilişkin sınıflarda tescilin talep edildiği TPE YİDK kararının KHK 7/I-b ve 8/I-b maddeleri anlamında doğru olduğu, davalı şirketin davacıya ait “DROSTE” markalı ürünleri 1998 yılında aralarında yaptıkları sözleşmeye göre ürünleri Türkiye’ye ithal ederek pazarlamaya başladığı, nitekim davalı şirketin değiştirilmeden önceki unvanının Dem İthalat İhracat Pazarlama Mümessilik Tic. Ltd.Şti. olduğu bu anlamda davalı şirketin davacının Türkiye’deki ticari temsilcisi olduğu, davacı markasının menşe ülkesi 1927 yılından beri ve bir çok ülkede tescilli olduğu, markanın gerçek hak sahibi davacının davalı şirket adına TPE nezdindeki tescilden çok daha önce markayı kullandığı ve kullanımdan kaynaklanan hakkının bulunduğu, KHK 17.maddesi gereği markanın devri koşullarının oluştuğu, hükümsüzlük istemi bakımından ayrıca değerlendirilmeye gerek kalmadığı gerekçesiyle, asıl ve birleşen 2007/110 esas sayılı dosyalar yönünden davanın reddine, birleşen 2005/612 esas, 2006/148 karar sayılı dosyasındaki davanın kabülü ile davalı Dem İth.İhr.Müm.Ltd.Şti. adına tescilli markanın davacıya devrine karar verilmiştir. Kararı, davalı Dem Dış Tic.A.Ş. vekili temyiz etmiştir. tüm temyiz itirazları yerinde değildir. “**Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.725; Yrg. 11. HD. T: 03.12.2007 E: 2006/12684 K: 2007/15215 “*...Davacının 556 sayılı KHK’nın 8/III’üncü maddesindeki düzenlemeye dayanabileceği, aynı KHK gereği ticari vekil ve ya temsilciliğin kanıtlanmadığı, kötü niyetli bir tescilin olduğu birleşen davacıların distribütör oldukları, aktif dava ehliyetlerinin bulunmadığı gerekçesiyle, asıl davanın kısmen kabulüne, davalı adına tescilli markanın hükümsüzlüğüne, devir talebi ile birleşen davaların redine karar verilmiştir....hükümün onanmasına ...*” **Meran**, s.169-179.*

² **Kaya**, Marka Hukuku, s.150.

³ **Pekdiğer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.128.

⁴ “*ticari vekil veya temsilci*” kavramlarının geniş yorumlanması gerektiği hususunda bkz: **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s.111; **Kaya**, Marka Hukuku, s.150; **Karan/Kılıç**, s.204; **Giray**, s.173; **Şanal**, Hükümsüzlük Davaları, s.87; Ayrıca, markayı kullanma yetkisi veren bu sözleşmeye de taraf olma koşulu da dar yorumlanmamalıdır aksi halde MarKHK 8/II hükmünün kolaylıkla dolanılması mümkün olacaktır. Bununla birlikte de markanın, yalnızca sözleşmeye taraf olan acente ya da atek satıcının değil müstahdemleri adına tescil ettirilmesi de bu maddenin kapsamına dahil olduğu kabul edilmelidir. **Pekdiğer**, Marka Hakkı ve Korunması, s.128.

Bu hükmün uygulanabilmesinin diğer şartı ise başvurunun “marka sahibinin izni olmadan ve¹ geçerli bir gerekçe gösterilmeden” yapılmış olmasıdır. Haklı sebebin varlığı, her somut olayın özellikleri dikkate alınarak irdelenecektir².

Markanın devri talebiyle açılacak bu davada hukuki sebep, gerçek hak sahipliği ve kötünietli tescil³ olacağından, markanın ticari vekil veya temsilci tarafından tescil ettirilmesinde haklı bir gerekçe olmadığının ve tescilin de kötünietli olduğunun ortaya konulması halinde bu dava süreye bağlı olmaksızın açılabilir⁴.

F. DAVALARIN/TALEPLERİN YARIŞMASI

Bir işareti tescil ettirmeksizin kullanan kişiler, sonraki tescillere karşı, haksız rekabet hükümlerine dayanabilecekleri gibi, MarKHK çerçevesinde hükümsüzlük davası da açabilirler⁵. Gerçek hak sahipliği, hem bir hükümsüzlük sebebi hem de tescilli marka sahibinin açacağı davalarda defî sebebidir⁶.

Gerçek hak sahibi, tescil sahibinin açtığı davada, kendisinin markanın gerçek sahibi olduğu ve eskiden beri bu markayı kullandığı savunmasını ispatlayarak davanın

¹ Hükümdeki, marka sahibinin izni olmaması ile geçerli sebep gösterilmemesi durumlarını “ve” bağlacıyla bağlanmasının doğru olmadığı, keza iznin açıkça veya zımnen verilmiş olması başlıbaşına başvuruyu haklı gösteren bir neden olduğu belirtilmiştir. : **Kaya**, Marka Hukuku, s.151.

² “Bu anlamda geçerli gerekçe, uzun ve zahmetli bir çalışma sonucunda markayı ilgili piyasaya tanıtan, ona itibar kazandıran ticari vekil veya temsilcinin haklarının etkin biçimde korunması ihtiyacı olabilir. Özellikle marka sahibi yabancı üreticinin, ticari vekil veya temsilcinin faaliyette bulunduğu piyasa ile ilgisinin kalmadığını açıkça veya davranışlarıyla gösterdiği hallerde bu husus önem kazanır. Yabancı marka sahibinin, ticari vekilin faaliyet gösterdiği piyasada satış yapılan mallarda kullanıldığı markanın koruma süresinin yenilenmesi hususunda hiçbir teşebbüste bulunmaması,; bu marka hakkından vazgeçmesinde olduğu gibi. Bu gibi, hallerde marka sahibi, markasının acente, tek satıcı, adına tesciline itiraz edememelidir” **Arkan**, Marka Hukuku, s.112.

³ Temsilci tarafından yapılmış bu işlemin “kötünietli bir tescil” dir ve tescilin kötünietle yapılması hali bir hükümsüzlük nedenidir. **Giray**, s.172, Ayrıca yazar’ın sunduğu karar örneği şöyledir: Yrg. HGK. T.16.7.2008 E:2008/11–501 K.2008/507 “...556 Sayılı KHK’nın 35/1. maddesi uyarınca tescil başvurusu sırasında kötü niyetin başlı başına bir itiraz sebebi olarak öne sürülmesi mümkün olduğu gibi, sonradan aynı nedenle hükümsüzlük davasının açılabilmesi de KHK’nın amacına uygundur. Çünkü KHK’nın 35/1. ve 42/1-a maddelerindeki düzenlemeler de esasen MK.m.’nin özel bir uygulamasından ibarettir. Bu bakımdan her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak açıkça kötü niyetle gerçekleştirildiği belirlenen marka tescilinin hükümsüzlüğüne karar verilebilmelidir.”

⁴ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.724.

⁵ Yrg.11.HD. T:06.05.2010 E: 9193 K: 5012 “Bir marka üzerindeki öncelik hakkı, o markayı ihdas ve istimal eden ve piyasada maruf hale getiren kişi, gerçek hak sahipliğine dayalı olarak bu markayı haksız rekabet hükümlerine göre koruyabileceği gibi, 556 sayılı KHK’nın 42/I-b maddesi uyarınca hükümsüzlük davası da açabilir.” **Eriş**, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 2013, s. 1527.

⁶ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.287.

reddini sağlayabileceği gibi, karşı dava veya ayrı dava olarak açacağı davada tescilli markanın hükümsüzlüğünü de talep edebilir¹. Bu durumda ise gerçek hak sahibinin yapması gereken, markanın tescile dayalı (şeklen) hak sahibine karşı MarKHK 8/III ve 42/I-b hükümlerine dayanarak hükümsüzlük davası açmaktır.

Değınmek istediğimiz bir diğer husus, marka sahibinin açacağı tecavüz davasında, davalının, markanın red nedenlerine aykırılıktan bahisle hükümsüzlüğünü ileri sürmesinin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde sınırlı olarak değinilmiş bu konuda aktarabildiğimiz kadarıyla şu değlendirmeler yapılmıştır:

*Arkan*², hükümsüzlük iddiasının marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan davada zarar gören kişi tarafından da savunma olarak ileri sürülebileceğini, bu durumda tecavüzle ilgili davaya bakan mahkemenin hükümsüzlük iddiasını ön sorun olarak değlendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca yazar, davacı olabilecek kişilerin, hükümsüzlük nedenlerinin türlerine göre bir ayırım yapılmaksızın genel bir şekilde belirlendiğini, oysa 7.madde açısından kamu yararı ön planda iken, 8.madde açısından ise esas itibarıyla önceki hak sahiplerinin çıkarlarının korunması amaçlandığı, dolayısıyla 8.madde anlamında itiraz hakkının sadece ‘‘ilgili’’ kişilere tanındığı, hükümsüzlük davasının davacılarını da bu durumu dikkate alarak belirlemek gerektiğini belirtmiştir.

*Yasaman/Ayoğlu*³ ise, marka hakkına tecavüz davalarında, davalının, söz konusu markanın, nispi red nedenlerine dayalı olarak hükümsüzlüğünü ileri süremeyeceğini fakat mutlak red nedenlerine aykırı olarak yapılan tescil işleminin hukuka aykırılığını ileri sürebileceğini belirtmektedir.

*Ayoğlu*⁴, bu hususu özellikle incelediği bir diğer eserinde de yukarıdakine paralel görüş ortaya koymuştur. Yazar öncelikle, davalının tecavüz davasına karşı, MarKHK 7.ve 8. hükümlerindeki red nedenlerinden birine dayanarak markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi talebiyle karşı dava ikame edebileceğini, hükümsüzlük davasının bir menfi tespit davası niteliğinde değıl, yenilik doğuran dava niteliğinde olduğu, MarKHK 74/IV

¹ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.287.

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, s. 165.

³ **Yasaman/Ayoğlu**, Marka Hukuku, C.II, s.1024.

⁴ **Ayoğlu**, Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Hukuka Aykırılık, s.13.

de öngörülen menfi tespit davası ikame yasağına da tabi olmayacağından hükümsüzlük ve tecavüz davalarının birleştirilerek görüleceğini belirtmiştir. Ancak yazar, davalı tarafından, hükümsüzlük talebiyle bir karşı dava ikame edilmemiş olduğu ihtimalde tescil işleminin hukuka aykırılığının savunma olarak ileri sürülebilirliği noktasında bir ayırım yapmıştır. Tescil işleminin MarKHK 8.maddedeki nispi red nedenlerine aykırı olduğunun ileri sürülemeyeceğini keza, bunların, TPE tarafından resen gözetilmesi gereken haller olmayıp, hak sahibinin itirazı üzerine incelenecek hususlar olduğuna, tescil aşamasında itiraz etmeyen, tescilden sonra dahi hükümsüzlük davası açma hakkı olmasına rağmen dava açmayan ve dahi, kendisine açılmış tecavüz davasında da bu durumu karşı dava açmak suretiyle ortaya koymayan kişinin artık bu noktada bu savunmaya dayanamayacağına dikkat çekmiştir. Diğer yandan, MarKHK 7.maddedeki mutlak red nedenlerinin, resen gözetilecek hususlar olduğundan, bunlara aykırı olarak tescil işlemi yapıldığının ileri sürülmesinin teknik anlamda itiraz olarak nitelenmesi ve davaya bakan hakim tarafından da resen gözetilmesi gerektiğinden bahisle, tecavüz davasında davalının, söz konusu tescilin MarKHK 7.maddedeki mutlak red nedenlerine aykırı olduğunu savunma olarak ileri sürülebilmesi gerektiğini belirtmiştir¹.

*Kaya*²'da, markanın kullanılmamasının gerçekte bir iptal sebebi olduğunu, bu sebeple iptal talebinin yalnızca ayrı veya karşı dava biçiminde ileri sürülebileceği, defi olarak ileri sürülemeyeceğini, dolayısıyla marka hakkına tecavüz nedeniyle açılan bir davada, davalının markanın kullanılmadığı yönündeki beyanları ayrıca bir karşı dava açılmadığı müddetçe hükme esas alınmayacağını belirtmiştir.

Görüldüğü üzere, tecavüz davasında, hükümsüzlük iddiasının ileri sürülebilirliği noktasında mutlak red nedenleri bakımından bir beis yoktur. Keza mutlak red nedenleri, nitelikleri itibariyle kamu yararı için öngörülen sebepler olduğu, gerek TPE gerekse mahkeme tarafından resen incelenmesi gerektiği için idari ve yargısal incelemenin her aşamasında ileri sürülebilmektedir. Dolayısıyla tecavüz davasında dahi, ileri sürülmesinde hukuki nitelikleri itibariyle bir engel yoktur. Diğer yandan nispi red nedenleri de MarKHK 42.md.dolayısıyla bir hükümsüzlük nedenidir ve hükümsüzlük

¹ Yazar, bu görüşüne temel teşkil eden gerekçelerini de eserinde ayrıntılı olarak ortaya koymuştur.

² Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.405.

davası açılması için kural olarak bir süre öngörülmemiştir. Bu durumda tescil aşamasında itiraz edilmemiş olsa dahi hükümsüzlük iddiasının ileri sürülmesinde hem zamansal hem teknik anlamda bir engel yoktur. Fakat *Ayoğlu*'nun da isabetli bir şekilde belirttiği üzere, nispi red nedenlerine dayalı olarak hak sahibi olan kişilerin, tescil başvurusuna itiraz etmemiş, sonrasında hükümsüzlük davası açmamış olan kişinin, davalısı olduğu bir davada bu iddiasını ileri sürmesi artık hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz. Fakat bu durum elbette, nispi red nedenlerinin nitelikleri dikkate alınarak her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini de ayrıca vurgulamak isteriz.

*Yargıtay*¹ ise, tescil işlemindeki hukuka aykırılığın, tecavüz davasında savunma olarak ileri sürülemeyeceği, bu talebin ayrı bir terkin davasında tartışılması gerektiği yönünde karar vermiştir.

Bu noktada değinmek istediğimiz son husus ise, gerçek hak sahibinin MarKHK'nın tamamen koruması dışında kalmamakla birlikte kısıtlı bir düzenlemeye sahip olması nedeniyle ihlal halinde tazminat talep edip edemeyeceğidir². Gerçek hak sahibinin, tescil başvurularına itiraz ve tescil gerçekleşmişse hükümsüzlük talep etme hakkı dışında, MarKHK'ya dayalı olarak kullanımının önlenmesi, men ve tazminat talep

¹ Yrg.11.HD. T: 11.10.2004 E: 2004/385 K: 2004/9524 '*Dava, marka, unvan haklarına tecavüz ve haksız rekabetin önlenmesine, "VİP" sözcüğünün ticaret ünvanından terkinine ilişkindir. Dairemizin 14.5.2002 gün ve 2002/3892-4773 sayılı bozma kararında davalının ünvanında yer alan ve vurgu sözcük olan VİP kelimesinin davalı tarafından kullanılmasının orta seviyedeki halkı yanıltacak nitelikte olup, haksız rekabet oluşturacağının kabulü gerektiği, davacının ünvanındaki VİP kelimesinin anlamı veya beynelminel olması gibi hususların ancak davacı aleyhine açılacak terkin davasında tartışılabilir hususlardan olduğu belirtilmiştir. Mahkemece, bozma kararından sonra yapılan yargılamada gerekçe gösterilmeksizin terkin davasının ayrılmasına karar verilmiş, bu kararı davacı taraf temyiz etmemiştir.*

Getirtilen ticaret sicili kayıtlarına göre, davacı tarafın eski, "VİP TURİZM PİRİÇÇİOĞLU TİCARET LİMİTED ŞİRKETİ" olan ticaret ünvanını "VİP TURİZM PİRİÇÇİOĞLU TİCARET ANONİM ŞİRKETİ" olarak değiştirip 3.10.1983 tarihinde tescil ve 5.10.1983 tarihinde de ilan ettirdiği ve yine "VİP" sözcüğünü 5.9.1995 tarihinde marka olarak tescil ettirdiği, buna karşılık davalı tarafın "VİPTEKS TEKSTİL VE SANAYİ LİMİTED ŞİRKETİ" şeklindeki ünvanını 17.01.1995 tarihinde, "VİPTEKS" markasını da 10.03.1998 tarihinde tescil ettirdiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalının yasaların tanıdığı haklara dayanarak tescilli ticaret unvanı ve markasını kullanmasında bir usulsüzlük bulunmamakta olup, terkin davası ayrıldığına göre, haksız rekabetin önlenmesine ilişkin istemin bu itibarla reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.'

Kazancı İçtihat Bankası ET: 24.05.2015

² Ayrıca, MarKHK 66.madde uyarınca, marka hakkının ihlali halinde marka sahibinin zararının, yalnızca fiili kayıptan ibaret olmayıp yoksun kalınan kazancı da kapsadığı belirtilmiştir. Hükmün uygulanma şartları ve ayrıntılı bilgi için bkz: **Gönen**, Coşku, Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, İstanbul, 2011, s.47 vd.

etme hakkı düzenlenmemiştir. Bu durumda tazminat talep etme hakkı kural olarak, markasını tescil ettiren marka sahiplerine ait olmakla birlikte, 9/III hükmü uyarınca marka başvurusunun yayını ile, başvuru sahipleri de şartların varlığı halinde tazminat davası açabilecektir¹. Bunların yanında, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış marka sahipleri de Türkiye’de tescilli olmasalar da 3.madde hükmü dolayısıyla korumadan yararlanarak şartların varlığı halinde tazminat talep edebileceklerdir². Sonuç olarak gerçek hak sahibinin tazminat talep etme hakkı, gerek MarKHK’nın kısıtlı hükümleri gerekse genel hükümler çerçevesinde değerlendirilerek gerekli şartların varlığı halinde mümkün olabilecektir³.

G. SESSİZ KALMA NEDENİYLE HAK KAYBI İLKESİNİN DAVA HAKKINA ETKİSİ

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı kurumu, fikri mülkiyet hukuku mevzuatımızda düzenlenmemiş olmakla birlikte, temelde hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına dayanmaktadır⁴. Buna göre marka sahibi, markanın başkası tarafından kullanılması karşısında dava yoluyla irade ortaya koymamış, sessiz kalmış ise, artık bu markanın başkası tarafından kullanılmasına karşı çıkamayacağı gibi, hükümsüzlük davası da açamayacaktır keza marka sahibinin zamanında dava açması durumunda markayı kullanan veya tescil ettiren kişi de başka türlü davranacaktır⁵. İlke, tecavüz davaları ve

¹ **Uzunallı**, Sevilay, Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, 2012, s.27.

² **Uzunallı**, s.28.

³ Bkz: Yrg.HGK T: 22.01.2014 E:2013/11-1830 K. 2014/31: Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı ET: 13.01.2015; Ayrıca bkz: Aynı Bölüm/II.Dava Hakkı/C.Markaya Tecavüz Davası

⁴ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.18, Ayrıca yazar, Alman Federal Mahkemesi’nin verdiği bir kararı örnek alarak sunarak, Alman hukukunda da aynı ilkenin benimsenmiş olduğunu göstermektedir: ‘‘Davalı iltibasa elverişli ünvan üzerinde iyi niyetli bir zilyetlik durumu kazanmışsa ya da hak düşümü itirazına başarıyla dayanabilirse ticaret ünvanının korunmasını artık ileri süremez. İltibasa elverişli bir ünvanın davalının itiraza uğramaksızın uzun süre yararlanmasıyla yararlanan için önemlice değeri olan bir durum (korunmaya layık zilyetlik durumu) yaratılmış olup da objektif iyiniyet kuralına göre bu durumun korunması gerekiyorsa ticaret ünvanının korunması hak düşümüne uğramıştır. Ticaret ünvanı ihlale uğrayan kişi bu zilyetlik durumunu kendi davranışıyla mümkün kılınca bundan yararlanana karşılık bu zilyetlik bu zilyetlik durumunu tartışma konusu yapamaz.’’: **Karahan**, Sami, ‘‘Haksız Relabet Davalarında Dava Zamanasımları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybedilmesi İlkesi’’, Prof. Dr. Hayri Domaniç’ e 80. Yaş Günü Armağanı’ 1, C.I İstanbul, 2001 s.297.

⁵ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.693, Ayrıca yazar bir karar örneği sunmuştur: Yrg.11.HD. T: 14.06.2012 E: 2010/8788 K: 2012/ 10516 ‘‘...ilke olarak hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zimnen müsaade ettiği takdirde, davalının senelerden beri kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez. Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin, MK’nun 2. Maddesinde anlamını bulan dürüstlüğü

hükümsüzlük davalarında, her somut olaya göre değerlendirilecek şartların varlığı halinde uygulama alanı bulmaktadır.

Her hak gibi dava hakkının da kötüye kullanılması söz konusu olabilir¹ keza devam eden tecavüze karşı uzun süre sessiz kalındıktan sonra dava açılması, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir².

Önceki hak sahibinin, dürüstlük kuralı uyarınca, belli bir davranışta bulunması gerekirken sessiz kalması sonucu, markayı daha sonra iyiniyetli olarak tescil ettiren kişiye karşı hükümsüzlük davası açma hakkını veya sonraki tarihli bir markanın kullanımını men etme hakkını kaybetmesine sessiz kalma yoluyla hak kaybı denilmektedir³.

aykırı davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Zira haklı başka bir gerekçe olmadığı sürece, uzun süre tecavüze sessiz kalarak üçüncü kişiler nezdinde güven yaratan kişilere hükümsüzlük davası açma hakkı tanınmaması gerekmektedir... her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere, 556 sayılı KHK'nın 42/1-a bendi uyarınca kötüniyetli tescil halinde hükümsüzlük davası süreye bağlı değil ise de bu hakkın kullanılmasının sınırı da MK'nun 2.maddesidir. Davacı-davalı şirketin ayakkağı emtiası yönünden yaptığı marka tescilinden itibaren 23 yıl gibi bir zaman boyunca bu markaya yatırımlar yapmasına sessiz kalarak davalı şirketin markası üzerinde emek sarfedip masraf ve yatırımlar yaparak ticari çevrelerde tanıtmak suretiyle kendisine ait yeni bir değer oluşturduktan sonra söz konusu değer yok edilmesi sonucuna yol açacak şekilde davacının tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek hükümsüzlük talep etmesi, yukarıda açıklanan şekilde hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edip, MK 2.maddesi hükmü uyarınca korunması mümkün değildir "

¹ **Battal**, Ahmet, "Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Dava Hakkının Kötüye Kullanılması" Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 22 Haziran 2001, s.27; Yazar'a göre, dava hakkının kötüye kullanıldığı iddiası; davacının ileri sürdüğü bir talebin kanuna uygun olmasına rağmen, haklı olmaması hali ve davanın kanuna göre süresinde fakat gerçekte hakkaniyete uygun olmayan bir zamanda ve çoğunlukla gecikmek suretiyle açılmış olması halleri olmak üzere iki şekilde ortaya çıkabilir. Devam eden tacavüz hallerinde, tecavüzün tespiti, önlenmesi veya tazminat talep edilebilmesi için süre öngörülmemiştir keza yazar'a göre de süre öngörülmesi doğru olmayacaktır ancak devam eden bir tecavüz haline karşı uzun süre sessiz kaldıktan sonra dava açmak, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.34.

² **Arkan**, Marka Hukuku, C.II, 257: Yazar'a göre, MarKHK 70.md. uyarınca, marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Ancak markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi yönündeki talep hakkında zamanaşımı söz konusu olmaz. Keza, KHK hükümlerine aykırı tescil, (tecavüz fiili) devam ettiği sürece zamanaşımı işlemez. Diğer yandan, hükümsüzlük talebinin, tescilden çok sonra ileri sürülmesi durumunda, dürüstlük kuralına aykırılıktan reddolunması istenebilir.

³ **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.856; "Sessiz kalarak hak kaybı, markası üzerindeki hakkına tecavüz edilmesine rağmen sahibinin MarKHK ile diğer mevzuatta bulunan hakları kullanmaması, ihlallere karşı sessiz kalarak markasını koruma hakkını yitirmesi demektir." **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.454 , ayrıca yazar, AT'ın 89/104 sayılı yönergenin 9.maddesinde kesintisiz beş yıl süre ile bir marka sahibinin kendi markasının başkası tarafından, bilgisi dahilinde kullanılmasına sessiz kalması halinde marka sahibinin hükümsüzlük davası açamayacağı ve söz konusu kullanmayı önleyemeyeceğini öngördüğünü, bu hükmün Türk hukukuna alınmadığını fakat bu hükmün yokluğuna rağmen bu tür taleplerin TMK 2.md. dolayısıyla başarıya kavuşmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.

Bu ilkenin, mutlak red nedenlerine dayalı bir hükümsüzlük davasında uygulama alanı bulup bulamayacağı hususunda Yargıtay bir kararında¹, yerel mahkemenin gerekçesi yerine, bu ilkeyi uygulamak suretiyle onama kararı vermiştir. Fakat bu karar haklı olarak doktrinde eleştirilmiş², mutlak red nedenlerine dayalı olarak açılacak bir hükümsüzlük davası için süre öngörülmesi, kamusal yarar temeline dayalı mutlak red nedenlerinin hukuki niteliğine aykırı olduğu, ayrıca 2008/95 sayılı AB direktifinin³ 9.maddesinde “*önceki markanın sahibi*” yönünden bir sınırlama getirdiğinden bahisle bu ilkenin yalnız nispi red nedenlerinin varlığı halinde tanınacağı, dolayısıyla yalnızca tescilli veya tescilsiz “*önceki marka sahibi*” bakımından söz konusu olacağı belirtilmiştir⁴.

¹ Yrg. 11.HD. T: 06.11.2007 E: 2006/7877 K: 2007/15429 “*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, her ne kadar dava konusu "N..." ibaresinin çikolata ürünü için cins adı olmadığına dair mahkeme görüşünün yetersiz inceleme ve araştırmaya dayalı olmasına, dava konusu markaların uzun süredir kullanımı sonucu ayırt edicilik vasfı kazandığı yolunda bir savunma ve delil ibraz edilmemesine ve hükümsüzlük davası açma hakkının zamanaşımına tabi olmayıp bu sürenin hak düşürücü nitelikte olması ve kötüniyet iddiasının öne sürülmesi ve ispatı halinde ise hak düşürücü süreden yararlanmanın mümkün olmaması nedenleriyle mahkeme kararında açıklanan bu hususlara ilişkin gerekçenin yerinde bulunmamasına karşın; dava konusu markaların tescilinden itibaren dava tarihine kadar geçen uzunca bir süreden sonra, aynı sektörde faaliyet gösteren davacı tarafından hükümsüzlük davası açılmasının MK.nun 2 nci maddesinde yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık oluşturmaya göre, mahkeme kararında açıklanan bu gerekçe itibarıyla davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.*” Kazancı İçtihat Bankası ET: 16.05.2015

² **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.706, Ayrıca yazar, bu vesileyle, Cumhuriyet Savcıları ve ilgili resmi makamlar tarafından açılacak hükümsüzlük davalarında, bu kişilerin yalnız mutlak red nedenlerine dayalı olarak talepte bulunabileceklerinden bahisle bu ilkenin, bu kişiler yönünden uygulanmaması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir.

³ Türk marka hukuku ile Avrupa Topluluğu marka hukuku arasındaki uyumsuzlar hk.ayrıntılı bilgi için bkz: **Dursun**, s.143 vd.

⁴ **Karahan**, bir karar tahlilinde, yerel mahkeme ve onun kararını onayan Yargıtay kararını hakkaniyete aykırı bulmuş ve eleştirmiştir. : **Karahan**, Sami, “*Gerçek Kişi Ünvanlarının Korunması ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi –Karar Tahlili-*”, Batıder, C.21 S.1 Y.2001 s.271 vd., Söz konusu karar şöyledir: Yrg.11.HD. T: 15.06.2000 E: 2287 K:5550 “*...Davacı vekili, müvekkili ünvanında yer alan “Libas” sözcüğünün 14.2.1974 tarihinden itibaren şirket ortaklarınca kullanıldığı ve şahıs firmasının 1.3.1985 tarihinde Ltd. Şirkete dönüşerek tescil ve ilan edildiğini, müvekkilinin Türkiye çapında bayilikleri bulunduğu gibi, AB. Ülkeleri çapında maruf hale geldiğini, davalının aynı sözcüğü unvan olarak 19.4.1999 tarihinde tescilinin müvekkilinin unvan haklarına tecavüz ve haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek, davalının “Libas” sözcüğünü işletme ve davasında kullanmasının önlenmesine, bu sözcüğün sicilden silinmesine, ilana karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili cevabında, müvekkilinin 15.6.1984 tarihinden beri gerçek kişi ünvanının bir parçası olarak bu sözcüğü de tescil ettirerek kullandığını, tescillerin, tescil belgesi ile sınırlı korunacağını, giysi anlamına gelen bu sözcüğün herkesçe kullanıldığını, ayırt edici ibarelerin eklendiğini, davacının bu kadar tanınmış olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, davacının gerçek kişi ünvanı olarak “Libas” sözcüğünü 14.02.1974 tarihinde tescil ettirip, 1.3.1985 tarihinde Ltd. Şirkete dönüştüğü, davacının yurt çapında bayilerinin bulunduğu davalının aynı sözcüğü unvan olarak kullanmasının davacının öncelikli ve üstün unvan haklarına tecavüz oluşturduğu,*

Uzun süre sessiz kalınması nedeniyle hakkın ileri sürülememesi, hak kaybı olarak nitelendirilmektedir¹. Fakat buradaki durum, feragat yoluyla hakkın sona ermesi² anlamında olmayıp, tecavüz edenin fiiline, sessiz kalmak yoluyla izin verme şeklinde anlaşılmalıdır³. Bu açıdan bakıldığında hak, tam anlamıyla sona ermemekte, fakat tecavüz eden ve bu eylemine sessiz kalınan kişiler bu durumdan yararlanmaktadır⁴.

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesi, hukuki niteliği itibariyle defi mi yoksa itiraz mı olduğu husus tartışmalıdır. *Tekinalp*⁵ ve *Çolak*⁶, ilkenin, hukuki niteliği itibariyle defi olduğu dolayısıyla resen gözetilmeyeceği yönünde görüş beyan etmesine karşın *Karahan*⁷ ve *Battal*⁸'a göre ise ilkenin hukuki niteliği defi değil itiraz olup, mahkemece resen incelenecektir⁹.

unvanlardaki vurgu kelimenin "Libas" sözcüğü olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir."

¹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.18;

² "Marka sahibi, marka hakkından vazgeçebilir (feragat edebilir). Vazgeçme, markanın kullanılacağı malların ve/veya hizmetlerin tamamı veya bir kısmı için olabilir. Vazgeçme, hukuken bozucu yenilik doğurucu bir sonuç vücuda getireceği için muhataba (Enstitü) bildirilmesi gerekir. Bildirimin Enstitü'ye yazılı olarak yapılması MarkHK'nın 46/II maddesinin amir hükmüdür. Yazılı bildirimin vazgeçme iradesini göstermesi yeterlidir; ayrıca gerekçe gösterilmesi zorunluluğu yoktur. Bozucu yenilik doğurucu irade beyanları esas itibariyle muhataba ulaşmakla hüküm doğurmakla birlikte; KHK'nın 46/II hükmü uyarınca vazgeçme marka sicilinde kayıt tarihi itibarıyla hüküm doğurur. Feragat esas itibariyle marka hakkı sahibinin yetkisinde olan bir tasarruf olmakla birlikte; bu hak, marka sicilinde kayıt edilmiş lisans ve sair hak sahipleri ile, marka üzerinde hak sahipliği iddia eden üçüncü kişilerin izni ile sınırlanmıştır. Buna göre; marka sahibi, marka sicilinde kayıt edilmiş hakların sahiplerinin (lisans, rehin...) izni olmadıkça marka hakkından vazgeçemez (MarkaHK m.46/3,4). Üçüncü kişinin hak sahipliği iddiası muğlak bir düzenlemedir. Üçüncü kişinin iddiasının dinlenmesi, mahkemeye müracaat ile şekillenmeli, marka hakkı sahibinin vazgeçme imkanı mahkeme kararı doğrultusunda hüküm ifade etmelidir." **Kaya**, Marka Hukuku, s.320; **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, s.442.

³ **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.53.

⁴ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.1.

⁵ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.456-457.

⁶ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.709.

⁷ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.19; **Karahan**, Zamanaşımı s.303.

⁸ **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz , s.51.

⁹ Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir: Yrg.11.HD. T: 02.10.2012 E: 2011/7104 K: 2012/14860 "‘...Ne varki somut uyumsuzlukta marka hakkı sahibi davalının sessiz kalma suretiyle davacının KRAL ibaresini tanıtıcı işaret (tescilsiz marka) olarak kullanımı aleyhine dava açma hakkını yitirip yitirmediği hususu, ancak marka sahibi, davalı tarafından açılacak bir tecavüzün önlenmesi davasının yargılanması sırasında ve MK'nın 2.maddesi uyarınca mahkemece de re'sen dikkate alınması gereken bir itiraz mahiyetinde olup...' **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.709; Yrg.11.HD. T: 18.10.2012 E: 2010/12137 K: 2012/16604 "‘Ayrıca kötüniyet halinde beş yıllık hak düşürücü süre uygulanmaz ise de, hükümsüzlük davasının açıldığı tarih itibariyle, söz konusu beş yıllık sürenin geçmesinden sonra uzunca bir süre sessiz kalındığının anlaşılması ve koşulların varlığı halinde MK 2.maddesi uyarınca hükümsüzlük davası açma hakkının yitirilip yitirilmediğinin mahkemece re'sen dikkate alınması mümkün olabilecektir." **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.709.

Yargıtay, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesini benimsemiş ve uygulamıştır¹. Başkasının hakkına el atan iyiniyetli kişinin, söz konusu marka üzerinden büyük ölçekte harcamalar ve yatırımlar yapıp emek sarfettiği durumlarda², uzun süre sessiz kalan kişinin, oluşan bu durumdan faydalanmak istemesinin³, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini, dolayısıyla uzun süre sessiz kalmayı zımnen icazet olarak kabul etmektedir⁴. Bu durumda, markayı kullanan veya tescil ettiren kimsenin iyiniyetle yaptığı yatırımlar nedeniyle, bu kişinin söz konusu markayı kullanımına engel olunması veya tescil ettirdiği markanın hükümsüzlüğüne karar verilmesi durumunda uğrayacağı zarar ile, marka

¹ **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.19; **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.39: Fakat bazı kararlarında da sessiz kalmanın hak kaybına neden olmayacağını kabul etmektedir: Yrg.11.HD. T:03/04/1987 E: 1852 K: 1933 *''Davacı tarafın uzun süre davalının davranışı karşısında suskun kalmasının daha sonra hukuka başvurmalarını engellememesi gerekir''*; *''Yargıtay, durdurma davalarında zamanaşımının işlemeyeceğini benimsemiş olmasına rağmen, sessiz kalmanın dava hakkının kaybına yol açacağını kabul etmekte ve sorunu MK 2 çerçevesinde ele almakta ve sonuca ulaşmaktadır''*: **Karahan**, Zamanaşımı s.298, Ayrıca yazar şu karar örneklerini sunmuştur: TD. T: 30.04.1968 E: 3837 K: 2562, Yrg.HGK 19.02.1969 E: 485 K: 130, Yrg.11.HD. 10.03.1997 E: 1996/9094 K:1997/1587

² Yrg.HGK T:19.02.1969 E: 485 K:130 *''Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girilerek yeni mal varlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan uzun süre geçtikten sonra açmış olduğu (dava ile) hakkın sınırları dışına çıkarak, yarattığı mal varlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse bu takdirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı MK m.2 göre himaye görmeyebilir''* **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.47.

³ Yrg.11.HD. T: 17.09.2001 E: 4321 K: 6860 *''Üç yıl boyunca markanın distribütörlüğünü yapan bir kişim daha sonra markaya çok benzer bir ibareyi ticaret unvanı olarak tescil ettirmesi ve bu ibareyi marka olarak yaklaşık altı yıl kullanması; bu kişinin markaya büyük değer kazandırması ve marka sahibinin bundan yararlanması olgusunu gerçekleştirmediği için, MK.m.2 uygulama alanı bulamayacak ve ticaret unvanının ticaret sicilinden terkinin sonucunu doğuracaktır''* **Yasaman/Yusufoğlu**, Marka Hukuku, s.889.

⁴ Yrg.11.HD.T:03/02/2000 E: 99/8169 K:00/1726 *''Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, zamanaşımı savunmasının yersiz olduğu gibi, aynı mal ve hizmetler alanında faaliyette bulunan taraf ünvanlarında yer alan ''telsim'' ibaresinin aynı olup yine davacının bu sözcüğü marka olarak tescili karşısında diğer savunma ve itirazlara itibar edilmeyecek ise de, davalı hallinin, dava açılmasının MK'nun 2.maddesine aykırı olup olmadığının açıklığa kavuşturulmasına bağlı olduğu, davacının davalı tarafın ticaret ünvanından haberdar olduğu halde uzun süre (sessiz A.B.) kalınmasının zımnen icazet anlamında olduğu, davalının dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığının tüm kamuoyunca bilindiği (HUMK 238/2), şayet kuruluştaki karşı çıkılrsa idi davalının belki de başka hareket tarzı seçmesinin muhtemel olduğu, dava konusu olay bakımında uzunca bir süre sonra böyle bir dava açılmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir.''* Aynı davanın 30.06.2000 tarihli karar düzeltme aşamasında Yargıtay, yine benzer ifadeleri kullanmıştır: *''Mahkemece zamanaşımı itirazı reddedilmiş, davacının üstün hakkı varsa da davalının dava dışı PTT Genel Müdürlüğü ile sözleşmeler yaptığının tüm kamuoyunca bilindiği, davacının uzun süre davalının ünvanından haberdar olduğu halde sessiz kalmasının zımni icazet olduğu, davacı başta karşı çıkıyadı belki de davalının başka bir hareket tarzı seçeceğinin muhtemel olduğu, uzunca bir süre sonra böyle bir dava açılmasının hakkın kötüye kullanımını oluşturup MK'nun 2.maddesine aykırı bulunduğu gerekçesiyle dava reddedilmiştir''* **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz , s.46 ; 551 sayılı mülga kanun döneminde de bu yönde karar vermiştir: TD. T:30.4.1968 E: 13837 K: 2562 *''...hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde, davalının senelerden beri hüsnüniyetle kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez. Bu şekildeki dava bir hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimali olup kanun himaye etmez''* : **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.454.

sahibinin markasını korumadaki menfaati arasında bir çatışma olacaktır¹. Diğer yandan, başka kararlarında markayı kullanma ve markaya yatırım yapma durumu itibariyle tarafların birbirine üstün olmamasına karşın, bu durumu kötünîyetin var olup olmamasının tespitinde önemli görmemiş², sessiz kalma süresi içinde önemli yatırımlar yapıldığı yönündeki bir savunmayı dikkate almamıştır³.

Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde zamanaşımı süreleri için Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanır⁴ (MarKHK 70). Haksız rekabet davalarında ise, bir ve üç yıllık süreler öngörülmüştür (MarKHK 60). Sessiz

¹ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.694.

² Yrg.11.HD. T: 23.01.1998 E: 97/7937 K: 98/158 : **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.45; Yrg.11.HD. T:14.06.2012 E: 2010/8788 K: 2012/10516 ‘...öte yandan hak sahibi olan davacı, hareket tarzı ile hakkın ihlaline zımnen müsaade ettiği takdirde, davalının senelerden beri kullandığı ve tanıttığı markanın iptalini talep edemez. Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin, MK'nun 2. Maddesinde anlamını bulan dürüstlüğe aykırı davranıp davranmadığının değerlendirilmesi gereklidir. Zira haklı başka bir gerekçe olmadığı sürece, uzun süre tecavüze sessiz kalarak üçüncü kişiler nezdinde güven yaratan kişilere hükümsüzlük davası açma hakkı tanınması gerekmektedir. ’’ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.695, Ayrıca yazar, Yargıtay'ın bu noktada, markayı sonradan tescil ettiren kişinin kötünîyetli olup olmamasının önemli olmadığı yönündeki görüşüne katılmadığını, ‘kötü niyetli tescil edilen veya kullanılan markaların kullanılmasının yasaklanmasını veya iptalini istemek için süre tespit edilmeyecektir’’ şeklindeki Paris Sözleşmesi'nin 1.mükerrer 6.maddesinin 3.bendinin, Anayasamızın 90/son hükmü gereğince öncelikle uygulanması gerektiğini belirtmekte, hukukun hiçbir alanında ve hiçbir halde kötünîyet korunmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır.

³ Yrg.11.HD. T: 03.02.2000 E: 99/8169 K: 00/1726 : **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz s.46; **Karahan**, haksız rekabet fiilinin başladığı tarih ile davanın açıldığı tarih arasında geçen sürede, haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin tecavüz fiiline konu olan tanıtma işaretleri ile ilgili olarak zaman , emek ve para sarfederek yatırımlar yapması ve böylece bunları tanıtarak, korunmaya değer ekonomik bir konum oluşturması halinde, dava açma hakkı bulunan kişinin aradan uzun zaman geçmiş olmasına rağmen dava açmak suretiyle diğer kişinin oluşturduğu ekonomik değeri yok etmeye çalışması hatta ondan yararlanmaya çalışmasının hakkaniyete aykırılık, böyle durumlarda açılan davanın da hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceğini belirtmektedir: **Karahan**, Zamanaşımı, s.298 ; **Battal**, ise, dava hakkının kötüye kullanılmış sayılabilmesi için tecavüzde bulunanın mutlaka büyük yatırımlar yapmış olması, davacının da bu yatırımların markanın tanınmışlığına katkısından yararlanma amacı gütmüş olması gerekmediği, keza önemli olan hususun davacının neden sessiz kaldığı değil, davalı tarafından sessiz kalmanın nasıl algılandığıdır. Ayrıca yazar, marka hakkı sahibinin markasına şöhret ve itibar kazandırma amacıyla ciddi yatırımlar yapmış olması ve davalının da buna karşılık ciddi bir harcama yapmaksızın bu markayı ya da benzerini kendi adına kullanması durumunda zaten davalının iyi niyetli olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır: ise, dava hakkının kötüye kullanılmış sayılabilmesi için tecavüzde bulunanın mutlaka büyük yatırımlar yapmış olması, davacının da bu yatırımların markanın tanınmışlığına katkısından yararlanma amacı gütmüş olması gerekmediği, keza önemli olan hususun davacının neden sessiz kaldığı değil, davalı tarafından sessiz kalmanın nasıl algılandığıdır. Ayrıca yazar, marka hakkı sahibinin markasına şöhret ve itibar kazandırma amacıyla ciddi yatırımlar yapmış olması ve davalının da buna karşılık ciddi bir harcama yapmaksızın bu markayı ya da benzerini kendi adına kullanması durumunda zaten davalının iyi niyetli olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamıştır: **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.49.

⁴ BK 72.madde uyarınca, ‘Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.’’

kalma durumunda ise, hak kaybına uğrayacak olmanın zamansal bir sınırı yoktur diğer bir deyişle sessiz kalma süresinin ne kadar olduğu konusu açık değildir¹. Fakat ülkemiz mevzuatında bu ilkenin düzenlenmemiş olması marka hakkına tecavüz iddiasına dayalı davaların veya hükümsüzlük davalarının her zaman açılabileceği anlamına gelmemektedir². Doktrinde, iki ve beş yıllık sürelerin yanında, MarKHK 70.md.hükmünün de burada uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir³. Yargıtay ise,

¹ Yrg.HGK T:04.05.2011 E: 2011/11-59 K: 2011/271 “TTK hükümlerinden de anlaşılacağı üzere başkasının haklı olarak kullandığı tanıtıcı işaretlerle kullanmak veyahut iltibasa meydan verecek eylemlerde kullanmak haksız rekabet olarak nitelendirilmiştir. Davalının “K...” ibaresini ticaret unvanında ayırt edici unsur ve aynı ibareyi tescilsiz marka olarak kullandığı 1979-1998 tarihleri arasında; davacı tarafından 1993 yılından itibaren açılan davalarda “K...” ibaresi üzerinde tanıtıcı işaret olarak öncelik ve üstün hak sahipleri olduğundan bahisle davalı eyleminin haksız rekabet oluşturduğu da iddia edildiğinden, söz konusu uyuşmazlıklarda ileri sürülen bu iddiaların TTK’nun 57/5 maddesi anlamında haksız rekabeti de içerdiği kuşkusuzdur. Bu bakımdan, taraflar arasındaki önceki davalarda davacı tarafça verilen dava dilekçelerinin sonuç bölümünde haksız rekabet iddiasına dayalı olarak sadece ticaret unvanının terkin talebinin bulunduğu ve verilen terkin kararının bu bakımdan kesinleştiği gerekçesiyle, davacının önceki uyuşmazlıklarda “K...” ibaresinin tescilsiz marka olarak kullanımına sessiz kaldığı, dolayısıyla eldeki 556 sayılı KHK’nın 42.maddesine dayalı hükümsüzlük davasında da, aynı KHK’nın 8.maddesinde sayılan öncelik ve üstün hak iddiasından yararlanmasının hakkın kötüye kullanılması yasağını oluşturduğundan söz edilemez. Ayrıca somut uyuşmazlıkta 1979-1998 tarihleri arasında davalının “K...” ibaresi üzerindeki tescilsiz kullanımı devam ettiğinden, haksız kullanım devam ettiği sürece zamanaşımı işlemeyeceğinden mahkemenin TTK’nun 62. Maddesi uyarınca zamanaşımına uğradığına ilişkin gerekçesi de yerinde değildir.” Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 26/2011

² Çolak, Türk Marka Hukuku, s.693.

³ Karş. : **Karahan/Suluk/Saraç/Nal**, s.19; **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.51,53; **Karahan**, Zamanaşımı s.303; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.477, ayrıca yazar, hükümsüzlük davasının, niteliği itibariyle bir eda davası olduğuna ve bu nedenle de belli bir süre içinde ikame edilmesi gerektiğine de dikkat çekmiştir; **Karahan**, hükümsüzlük davalarının nitelik itibariyle haksız rekabet hukukundaki men davalarıyla benzeştiğini, men davalarında ise, kural olarak zamanaşımı işlemeyeceğinden dolayı her zaman açılacak davalar olarak mütalaa edildiğini, ancak, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesine göre dava hakkının hiçbir zaman sınırlaması olmaksızın, sınırsız olarak tanınması hukuki güvenlik ve iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağını belirtmektedir. Yazar, bu benzerlik nedeniyle ilkenin, hükümsüzlük davalarına da uygulanabileceğine dikkat çekmiş, hukuka aykırılık halinin bilinmesine rağmen uygun bir süre dava açmayarak kendi rızasıyla sessiz kalan ve bu hareketi dürüstlük kuralı uyarınca zımni icazet ve aksine hareket edilmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilen durumlarda dava hakkının zamanaşımına uğradığı ve artık hükümsüzlük davasının açılmayacağı sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir. Son olarak Yargıtay’ın, benzer gerekçelerle aynı görüşte olduğunu, hükümsüzlük davasında süre öngörülmemiş olmasının yasal bir boşluk anlamına geldiğini, marka sahibinin markasının başkası tarafından uzun süre kullanılmamasına sessiz kaldıktan sonra dava açmanın hakkın kötüye kullanılması olduğunu keza dava açma hakkı için sınırsız süre öngörülmesinin yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı ve sessiz kalmanın zımni icazet anlamına geldiği, hükümsüzlük davası açısından öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin diğer markalar yönünden açılacak davalar içinde uygulanması gerektiği yönünde karar verdiğini belirtmiştir: **Karahan**, Hükümsüzlük Davaları, s.147 -148, Ayrıca yazar’ın sunduğu karar örneği şöyledir: Yrg.11.HD. T:11.09.2000 E: 5607 K: 6604 “556 sayılı KHK’de marka tescilinin hükümsüz sayılması için dava açma olanağı tanınmasına rağmen, bu davanın hangi sürede açılacağı hususunda bir düzenleme getirilmemiş ise de yine anılan KHK’nın 42. maddesinde Paris Konvansiyonuna göre tanınmış marka sayılan marka sahiplerinin hükümsüzlük davasını, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde açması gerektiği belirtilmiş dava açma hakkının sınırsız sürede kullanılmasının da yasanın ruhu ve hukuk mantığı ile bağdaşmayacağı gözetilerek bu yasal boşluğun yukarıda sözü edilen tanınmış markalar için

somut olayın özelliklerine göre bir aylık süreyi dahi sessiz kalma sayarken¹, yirmi üç aylık süreyi hakkın kaybedilmesi için yeterli saymamıştır².

Somut olayın özelliklerine göre³, tecavüzün üzerinden uzun süre geçmiş olması, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir fakat burada hak sahibinin, hakkı ileri sürmede gecikmesine sebep olacak haklı bir nedeni var ise, hak kaybından da söz edilemeyecektir⁴. Bu durumda hakkın ihlaline iyiniyetle sebep olan kimse, karşı tarafın sessiz kalmadaki gecikmesinin haklı bir nedeni olmadığını ve gecikmeden dolayı kendisinin de ciddi zarar gördüğünü ispatlaması gerekecektir⁵.

öngörülen beş yıllık sürenin, en azından diğer markalar yönünden açılacak davalar için de uygulanarak yasal boşluğun doldurulması dairemizce uygun görülmüştür. Nitekim Avrupa Topluluğu Anlaşması'nın 189 uncu maddesi uyarınca kabul edilen 89/104 sayılı Yönerge'de tanın(ma)mış markalar markalar için de, 5 beş yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür. ‘; Yasaman/Yusufoğlu ise, sessiz kalma yoluyla hak kaybının söz konusu olabilmesi için önce tescil olunan markanın sahibi, ikinci tescili öğrendiği tarihten itibaren belli bir süre içinde dava açmamış olabileceğini, Türk ve İsviçre uygulamasında herhangi bir süre öngörülmezken AT Tüzük ve Yönergesinde, öğrenme tarihinden itibaren beş yıl olarak düzenlendiğini belirtmektedir. Fakat diğer yandan yazar, tanınmış marka sahibinin hakkının, üçüncü kişilerce yaptırılan tescil tarihinden itibaren beş yıl süreyle korunurken, alelade bir markanın sahibi için bu sürenin tescil tarihinden itibaren değil de markanın kullanıldığının öğrenildiği tarihten itibaren işlemeye başlamasının marka hakkı sahibi aleyhine bir durum oluşturduğuna, tanınmış markalar bakımından dava açma süresini beş yıl ile sınırlandırmanın haksız sonuçlara yol açacağına dikkat çekmektedir. Bu nedenle yazara göre, markanın tanınmış olup olmadığına bakılmaksızın, önceki hak sahibinin dava açması, sessiz kalma yoluyla hak kaybı ilkesine göre belirlenmelidir, aksi halde alelade marka sahibi, tanınmış marka sahibinden daha çok korunmuş olacaktır. Ayrıca beş yıllık süre, ikinci tescil tarihinden itibaren değil, korumanın öğrenildiği tarihten itibaren başlamalıdır keza tanınmış markalara, alelade markalardan daha az koruma sağlamak MarkHKH'nın ruhuna uygun düşmeyecek, Türk hukuku açısından dürüstlük kuralı çerçevesinde sessiz kalma yoluyla hak kaybının uygulanabilmesi için geçmesi gereken sürenin somut olayın şartlarına göre belirlenmesi gerekecektir: Yasaman/Yusufoğlu, Marka Hukuku, s.869-870.

¹ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.19: Yrg.11.HD. T:21/11/2000 E: 2000/9012 K: 2000/9189.

² Yrg.11.HD. T:23/01/1998 E: 97/7937 K: 98/158 ‘‘Davacının, daha sonra kurulan davalı şirketin kurucu ortağı olması ve dolayısıyla bu sözcükleri marka gibi kullanmasına zımnî muvafakati olup olmadığı meselesine gelince; Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, marka sahibinin markasının bir başkası tarafından uzun süre kullanımına sessiz kaldıktan sonra dava açmasının hakkın kötüye kullanımı olduğu benimsenmiş ise de somut olayda, davacının şahıs firması olarak aynı ile iştigal ettiği (davalı şirketin A.B.) 31.03.1992 tarihinde tescil ve ilan işlemlerini yaparak kuruluşunu tamamladığı, davacının daha kuruluş aşaması tamamlanmadan 11.08.1983 tarihinde davalı şirketteki kurucu hisseleri haricen ve 25.01.1994 tarihinde de noter vasıtasıyla devrederek, 15.12.1995 tarihinde markanın kullanılmaması hususunda ihtarname gönderdiği ve davacının marka haklarını devretmediği de nazara alındığında davacının uzun süre markasının kullanımına muvafakat ve zımnî izin verdiğinden söz edilemez. ‘‘ Battal, Marka Hakkına Tecavüz s.45.

³ 89/104 sayılı yönerge ile Alman hukukunda beş yılın geçmiş olması şartı aranıyorsa da Türk hukukunda somut olayın özellikleri dikkate alınarak daha kısa veya daha uzun sürelerde hakkın yitirildiği sonucuna varılabileceği doktrinde de belirtilmiştir: Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.456.

⁴ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.19.

⁵ Karahan/Suluk/Saraç/Nal, s.19.

Dava hakkını kötüye kullanılmış sayılabilmesi için, marka hakkı sahibinin sessiz kalışı, bilerek ve isteyerek mi olmalıdır yoksa iradi olmayan bir durumun söz konusu olması durumunda da hak kaybı söz konusu olacak mıdır? Bu konuda Yargıtay, bir kararında¹ ‘‘davacının davalı tarafın ticaret ünvanından haberdar olduğu halde uzun süre sessiz kalmasının zımnen icazet anlamında olduğu’’ demek suretiyle hakkın kötüye kullanılmış sayılması için davacının sessizliğinin bilinçli olması gerektiğini vurgulamıştır.

Dava hakkının kötüye kullanılmış sayılabilmesi için davalının iyiniyetli olması gerekli midir veya iyiniyet başlangıçtan itibaren aranması gereken bir şart mıdır? Bu konuda Yargıtay, bir HGK kararında², marka hakkına tecavüzde bulunanın başlangıçtan itibaren iyi niyetli olması gerektiği yönünde karar vermiştir³.

Bu ilkenin uygulanması kapsam itibariyle, bir markanın tamamı yönünden olmayıp, tescil olunan mal ve/veya hizmet sınıflarının bazıları bakımından da söz konusu olabilecektir⁴. Örneğin bir kişi markasını dört farklı sınıfta tescil ettirmiş, bir başka kişi

¹ Yrg.11.HD. T:03/02/2000 E: 99/8169 K: 00/1726: **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz s.46.

² Yrg.HGK T:19.02.1969 E: 485 K:130 ‘‘Hukuka aykırı davranışın önlenmesine veya hukuka aykırı duruma son verilmesine ilişkin talebin kullanılmasını çok geciktiren kimsenin MK m.2’de anlamını bulan dürüstlüğü aykırı davranıp davranmadığı ayrı bir sorundur. Başkasının hakkına iyiniyetle el atan kimse büyük masraflara girilerek yeni mal varlığı değerleri meydana getirmiş olabilir. Aradan çok uzun süre geçtikten sonra açmış olduğu (dava ile) hakkın sınırları dışına çıkarak, yarattığı mal varlığı değerlerinin yok olması veya sökülüp bozulması sonucuna yol açmak hakkaniyete aykırı görülebilirse bu takdirde el atanın gayretiyle elde ettiği bu durumdan istifadeye kalkışmak isteyen hak sahibinin bu hakkı MK m.2’ye göre himaye görmeyebilir’’ : **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.40.

³ **Cengiz**, s.49, Yazar, tacevüzde bulunan davalının başlangıçta iyi niyetli olmasa dahi, davacının uzun süre sessiz kalması sebebiyle, eylemine rıza gösterildiğini ve artık hukuka aykırı olmadığını düşünmeye başlamışsa sonradan iyi niyetli hale geleceğinin kabulü gerektiğini savunmaktadır; **Battal**, Marka Hakkına Tecavüz, s.48, Yazar’a göre, davalının baştan kötü niyetli olsa dahi, eyleminin hukuka aykırı olmadığını düşünmeye başladığı durumda, marka hakkı sahibinin uzun süre sessiz kalması kötünietli kaldırmaya yeterli olabilecektir. ; **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.456, Yazar da, bu ilkenin uygulanabilmesi için defide bulunan davalının iyiniyetli olması gerektiğini belirtmiştir.

⁴ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.704, Ayrıca yazarın sunduğu karar örneği şöyledir: Yrg.11.HD. T: 19.01.2010 E: 2009/11096 K: 2010/495 ‘‘...Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalının kullanımının işletme adı yahut mağazacılık hizmeti sunma biçiminde olduğu, davalının ‘LİBAS’ ibaresini 1969 yılından bu yana unvan ya da işletme adı olarak kullandığı, davalının davacıya karşı, 24 yıl boyunca haksız rekabet hukukuna dayalı haklarını kullanmamasının davacıya karşı hükümsüzlük davası açmaması sonucunu doğurabileceği, bu hareketsizliğinden önceye dayalı hakkını ileri sürme yetkisinden vazgeçtiği sonucunun çıkarılamayacağı, davacının davalının önceye dayalı işletme adı ya da mağazacılık hizmeti biçiminde kullanımına katlanması gerektiği, bu nedenle marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet davasının reddi gerektiği ‘mağaza yönetimi ve mağaza zincirleri oluşturma, kurma’ alanlarında davalının kendi faaliyetini yürüttüğü, diğer hizmetlerde (iş yönetimi için danışmanlık, distribütörlük hizmetleri, reklam ve tanıtım hizmetleri, pazar araştırma, Pazar oluşturma-artırma, vitrin düzenleme, halkla ilişkiler) davalı kullanımının bulunmadığı, davacının

ise yalnızca bir sınıfta markayı –ilkenin diğer şartlarını da karşılar şekilde- kullanmış veya tescil ettirmiş ve önceki tescil sahibi bu kullanıma sessiz kalmış ise yalnızca, sonraki kişinin kullandığı ve ilk tescil sahibinin bu kullanıma sessiz kaldığı sınıf açısından ilke uygulanır yoksa markanın tescilli olduğu tüm sınıflar bakımından ilkenin uygulanması söz konusu değildir.

Bu ilkenin söz konusu davada uygulama alanı bulması halinde¹, hükümsüzlük davasında ileri sürülmüş ise dava reddedilerek ikinci markanın varlığı tanınır ve ikinci markanın sahibi markadan doğan haklarını, birinci markanın sahibi dışında tüm üçüncü kişilere karşı kullanır fakat bu durumda markanın iki sahibi olur ki bu da MarKHK'nın ruhuna aykırıdır. Hükümsüzlük davasıyla birlikte veya ayrı olarak tecavüz davası açılmış ise, buradaki talepler de geri çevrilir, ceza davaları ise düşer. İkinci markanın sahibinin, kendisinin marka üzerinde daha eski bir hakka sahip olduğu iddiası ile karşı dava açmış ve bu iddiayı kabul ettirememiş olması şartıyla, ilk markanın sahibi, ikinci markanın sahibi dışındaki üçüncü kişilere karşı markadan doğan tüm haklarını kullanır².

Sonuç olarak, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesi, mevzuatımızda düzenlenmemiş olmasına rağmen, gerek tecavüz gerekse hükümsüzlük davalarında uygulama alanı bulmaktadır. Bu ilke, yukarıda da belirtildiği üzere, önceye dayalı hakların mevcut olduğu hallerde uygulama alanı bulacak bir ilkedir. Bu kapsamda gerçek hak sahibi, söz konusu markaya ilişkin öncelikli ve üstün hakkına dayanarak, tescile itiraz etme, tescili hükümsüz kılma, markanın kullanımına engel olma haklarına sahiptir. Bu haklarını kullanma yönünde bir irade ortaya koymaması halinde ise, söz konusu davalarda bu ilkenin muhatabı olması muhtemeldir. Gerçek hak sahibinin, markasının başkası tarafından kullanılmasına sessiz kalması durumunda açılacak davada bu ilke uygulama

'mağaza yönetimi ve mağaza zincirleri oluşturma, kurma' alanlarındaki davalı kullanımına uzun yıllar bıyü sessiz kaldığı, hükümsüzlüğünü istemesinin TMK'nun maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulü ile davalı markasının 'iş yönetimi için danışmanlık, distribütörlük hizmetleri, reklam ve tanıtım hizmetleri, pazar araştırma, pazar oluşturma-artırma, vitrin düzenleme, halkla ilişkiler' hizmetleri bakımından hükümsüzlüğüne, diğer istemlerin reddine dair verilen kararın taraf vekillerince temyizi üzerine karar Dairemizin 2008/1941 E, 2009/6856 sayılı ilamıyla onanmıştır''

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.457, Yazar ilkeyi, hukuki niteliği itibarıyla defi olarak kabul etmektedir.

² **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.710, Yazar, bu ilkeye dayalı olarak markayı kullanabilen kimse markanın gerçek sahibi olmayıp –böylece herkese karşı ileri sürebileceği mutlak anlamda hak sahibi değildir-, yalnızca markanın tescil sahibine karşı bir defi ileri sürme yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir.

alanı bulabileceği gibi¹, markanın başkası tarafından tescil ettirilmesinin ardından açılacak hükümsüzlük davasında da -somut olaya göre şartların varlığı halinde- söz konusu olabilecektir². Bu noktada, tescilsiz kullanıma sessiz kalınan sürenin, söz konusu markanın tescili halinde hükümsüzlük davası açılincaya kadar geçen süre ile birleştirilerek değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu; tescilsiz kullanıma sessiz kalınması ile tescile rağmen sessiz kalınması aynı statüde olmayıp, ilkinde, tescilsiz kullanıma kayıtsız kalma durumu söz konusu olduğundan, şartların varlığına bağlı olarak haksız rekabet davası açılabilirken, ikinci durumda tescilli bir markaya karşı başvurulabilecek yol hükümsüzlük davası olduğu şeklinde yorumlanmıştır³.

¹ **Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.456-457.

² Yrg.11.HD. T:13.07.2010 E: 2478 K: 8309 ‘‘Marka tescilinde öncelik ilkesi geçerlidir. Davalı 556 sayılı KHK. m.8/3’üncü maddesi anlamında üstün hak sahibi olmadığından, markaya tecavüze ses çıkarmaması icazet olarak yorumlanamaz.’’ **Eriş**, Gönen, Ticari İşletme ve Şirketler, 2013, s. 1524.

³ **Çolak**, Türk Marka Hukuku, s.709, Ayrıca yazar, şu Yargıtay kararını örnek olarak sunmuş ve kararın isabetli olduğunu belirtmiştir. Yrg.11.HD. T: 18.10.2012 E: 2010/12137 K: 2012/16604 ‘‘Somut uyumsuzlukta, dava konusu marka 27/01/2009 da TPE nezdindeki marka siciline tescil edildiğine ve işbu hükümsüzlük davası da 12/03/2009 da açıldığına göre, 556 sayılı KHK’nin 42.maddesi ve Dairemizin yukarıda tarih ve no’su bildirilen kararı ile benimsenen 5 yıllık hak düşürücü süre henüz geçmemiştir. Ayrıca, dava konusu markanın tescilsiz olarak kullanıldığı dönem için davacı tarafından 556 sayılı KHK’nin 9 ve 61.maddelerine dayalı bir davanın açılması halinde tescilsiz kullanım süresi bakımından dikkate alınacak olan MK 2.maddesinin; uyumsuzluk konusu markanın davalı tarafından tescil ettirilmesinden sonra ve süresinde açılmış işbu 556 sayılı KHK’nin 42.maddesine dayalı hükümsüzlük davası bakımından da önceki tescilsiz kullanıma karşı sessiz kalındığından bahisle hak kaybı oluşturacağı şeklinde değerlendirilmesi mümkün değildir. O halde mahkemece davalı markasının sicile tescil edildiği tarihe göre hükümsüzlük davasının esası incelenmek suretiyle çözümü gerekirken, yazılı gerekçeyle MK 2.maddesine dayalı olarak davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir. ‘‘

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Çalışmamız neticesinde ulaştığımız sonuçlar ve bu sonuçlara ilişkin değerlendirmelerimiz bölümler halinde ele alınacaktır:

1. Marka hakkının hukuki niteliğine ilişkin olarak görüş birliği yoktur. İlgili bölümde arz edildiği üzere, marka hakkı, özellikleri itibariyle tam olarak ne mülkiyet hakkının ne zilyetliğin ne de şahıs haklarının konusunu oluşturur. Bu durumda marka hakkını, nitelendirmek adına hak kategorileri içine yerleştirmeye çalışmak zorlama bir yaklaşımdan öteye gidemeyecektir. Bu nedenle marka hakkını kendine özgü özellikleri olan bir hak olarak nitelemek en doğru yaklaşım olacaktır. Bunun neticesinde marka hakkını; “sahibine münhasır yetki tanıyan, herkese karşı ileri sürülebilen, sınırsız süreli koruma sağlamamakla birlikte mevzuatın öngördüğü sürelerde yenilendiği müddetçe koruma sağlayan, sağlararası hukuki işlemler veya miras yoluyla el değıştirebilen, sunulduğu mal veya hizmetle bir bütünlük içinde olmasına rağmen ondan bağımsız bir yapıya sahip, somut bir varlığı olmamakla birlikte ekonomik değere sahip, para ile ölçülebilen bir haktır.” şeklinde, özelliklerini ve hukuki kapsamını ihtiva eden bir açıklama ile tanımlamak yerinde olacaktır.

2. Marka hakkının kazanılması ve korunmasına ilişkin sistemler bakımından ülkelerin ulusal mevzuatları farklılık arz etmektedir. Keza markalara ilişkin uluslararası düzenlemelerde genel geçer tanımlamalar yapılmaktan kaçınıldığı gibi, marka hakkının kazanılması ve korumasına ilişkin hükümler her ülkenin ulusal mevzuatında bırakılmıştır. Bazı ülkeler, marka hakkının kazanılmasında ilk kullanım sistemini benimseyen ve dolayısıyla marka hakkının kullanım yoluyla oluşacağı hükümler getirirken; bazı ülkeler de tescil sistemini öngörmüşlerdir. Diğer bazı hukuk sistemleri ise tescil sistemine getirilen istisnalar yoluyla yumuşatılmış tescil sistemleri öngörerek karma bir çözüm benimsemişlerdir.

3. Türk hukukunu değerlendirdiğimizde; MarKHK'nın 1.md. ve 6.md. leri birbirini tamamlar niteliktedir ve açık bir şekilde tescil sistemini öngörmüşlerdir. Fakat bu sistem mutlak anlamda bir tescil sistemi değildir. Keza tanınmış marka ve gerçek hak sahipliği gibi yadsınamaz iki önemli istisnası vardır ki bunlardan ikincisi çalışmamızın asıl konusunu oluşturmaktadır. Tescilsiz bir markanın gerçek hak sahibi, yukarıda incelediğimiz şartların varlığı halinde, kendi markasının aynısı veya benzerinin bir başkası tarafından tescili talep edilmesi durumunda tescile itiraz etmek ve hatta tescil edilmiş olması halinde söz konusu markayı hükümsüz kılmak hakkına haizdir. Bu demek oluyor ki MarKHK bir yandan koruma kapsamı bakımından tescil şartını öngörmüşken, diğer yandan kullanım yoluyla elde edilen marka hakkını da tanımaktadır. Keza yukarıda defaten belirtildiği üzere, bir işaret marka olmanın gerektirdiği fonksiyonları yerine getiriyorsa *marka* dır. Tescilli veya tescilsiz olması, onu bu niteliğinden alıkoymayacaktır. Keza bir markanın tescilli veya tescilsiz oluşu hakkın oluşması noktasında önemli değildir. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen sistemler de aslında hakkın oluşmasına değil hakkın korunmasına ilişkin düzenlemelerdir.

Sonuç olarak marka hakkının korunmasına ilişkin, Türk hukuk sisteminin katı bir tescil sistemi olmadığı, önemli istisnalarla yumuşatılmış bir tescil sistemi veya karma sistem olduğu söylenebilir. Bu durumda, marka hakkı kullanım yoluyla kazanılmış ise, yapılacak tescil açıklayıcı etkiyi haizdir. Diğer yandan marka kullanılmadan önce tescil ettirildiyse tescile bağlı hak sahipliği söz konusu olacağından, tescil de kurucu etkiyi haizdir.

4. MarKHK markalar için tescil sistemini öngörmekle birlikte, marka hakkının devamı için kullanım şartı öngörmüş, markanın kullanılmamasını hükümsüzlük nedeni olarak düzenlemiştir. Hükümde bahsi geçen kullanım markasal kullanımdır. Markanın kullanımını hükümsüzlük hali olarak düzenleyen hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Fakat iptal gerekçesi maddenin içeriğine ilişkin olmayıp, '*mülkiyet hakkının KHK ile sınırlandırılmayacağı*' noktasında toplanmaktadır. Dolayısıyla kanaatimizce de markanın ciddi kullanımı halen hükmün uygulanma şartları arasındadır.

Bu durumda, tescil yoluyla elde edilen korumaya kullanım şartı ile bir sınır öngörülmüştür.

5. MarKHK'nın öngördüğü tescil sisteminin iki önemli istisnası vardır. Bu iki önemli istisna; tanınmış marka ve gerçek hak sahipliği ilkesidir. Tanınmış markalar MarKHK'da red nedenleri arasında düzenlenmiştir.

Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış markalar, Türkiye'de tescil edilmemiş olsalar da MarKHK kapsamında korunarak tescil sistemine istisna teşkil etmektedirler. MarKHK 7/I-ı hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi de, tanınmış markanın bu özelliğini değiştirmeyecektir. Diğer yandan Türkiye'de tescilli olup da ulaştıkları tanınmışlık nedeniyle marka hakları ihlale uğrayabilecek markalara, mal ve hizmetlerin korunmasındaki sınıf sisteminden müstesna bir koruma sağlanmaktadır. Yani bu ikisi arasındaki farklılık; birincisinin tescil edilmeksizin korunmak suretiyle tescil sistemine istisna teşkil etmesi; diğerinin ise Türkiye'de tescil edilmiş olup, tanınmışlık düzeyi nedeniyle daha üstün bir koruma ile sınıf sistemine istisna teşkil etmesidir.

Tanınmışlık seviyesine göre marka türlerini; maruf marka, tanınmış marka ve dünya markası olarak ayırabiliriz. Maruf marka, doktrinde de tabir edilen anlamıyla belirli bir bölge ya da piyasada sınırlı olan markalardır. Dünya markası ise, bir ülkede fiili olarak kullanım şartına bağlı olmaksızın, o mal ve/veya ürünle ilgili olan ya da olmayan herkes tarafından bilinen markadır. Görüldüğü üzere bunların her ikisi de tanınmış markanın tanınmışlık seviyesi ile tam olarak örtüşmemektedir. Tanınmış markanın ise ne ulusal ne uluslararası mevzuatlarda tanımı yapılmamış olmakla birlikte, bir markanın tanınmış olup olmadığına dair her somut olaya göre incelenecek bazı kriterler ortaya konmuştur.

Tanınmış markanın tespitinde Yargıtay, bazı kararlarında, markanın Paris Sözleşmesine üye birçok ülkede tescilli olmasını yeterli bularak Türkiye'de tanınmışlık aramamış, bazılarında ise, tanınmışlık olgusunun Türkiye'de aranmasının önemini vurgulamıştır. Aynı husus doktrinde de tartışma konusu olmuştur. Bizimde katıldığımız görüşe göre, bir markanın tanınmış marka olarak nitelendirilebilmesi için tanınmışlık

olgusunun Türkiye’de gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca bunun için Türkiye’de fiili kullanım şartı da aranmamalıdır. Diğer yandan bir çok ülkede tescilli olmak da tanınmışlığa dalalet etmeyecektir. Keza tescil süreçleri her ülkede aynı değildir. Diğer yandan, marka hakkının kazanılması hususu, ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Bu durumlarda tescilin tanınmışlık üzerindeki belirleyiciliği zayıflamaktadır.

6. MarKHK’nın kullanım yoluyla marka hakkına ilişkin temel düzenlemesi 8/III md.dir. Bu hükümle MarKHK, gerçek hak sahibinin kullanım yoluyla elde ettiği hakka üstünlük tanımıştır. Markasının veya benzerinin bir başkası tarafından tescil edilmesi durumunda tescil prosedürüne itiraz etme hatta marka tescil edilmiş olsa dahi markayı hükümsüz kılma hakkı sahip olan gerçek hak sahibinin bu güçlü konumu elbette ki bazı şartların varlığına bağlı olarak oluşacaktır.

7. Söz konusu hükme bakıldığında ilk husus, bir başka kişinin, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden veya başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce hak elde edilmesi ve markanın, sahibine sonraki markanın kullanımını yasaklama hakkı vermiş olması şartının aranmasıdır. Yukarıda arz edildiği üzere; 8/III madde hükmünde belirtilen bu iki şartın birlikte mi yoksa ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekip gerekmeyeceği hususu tartışmalıdır. Kanaatimiz bu iki bendin birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Keza hükümdeki iki bent değerlendirildiğinde, gerçek hak sahibinin önceki hakkının varlığına dayalı ve buna bağlı olarak sonraki tescillere müdahalede bulunabilme hakkı veren durumlar söz konusudur. Hatta b bendindeki yasaklama hakkı, ancak a bendindeki durumun varlığına dayalı olacaktır. Dolayısıyla iki bendin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

8. İkinci husus, gerçek hak sahibinin, markasının aynısının tescilinin talep edilmesi durumunda haiz olduğu hak ve yetkileri, iltibas tehlikesi yaratacak derecede benzerinin tescili talep edilmesi durumunda da cari olmasıdır. Bu şart, hükümde açıkça öngörülmemiş olmasına rağmen, görüş birliği olduğu üzere, hükmün kapsamına dahildir. Keza bu durum hükmün amacına ve ruhuna da uygundur. Şöyle ki; tescili talep edilen markanın, daha önceden tescil edilmiş bir marka ile ayniyet, benzerlik ve iltibas tehlikesi olmaması gerektiği hükmü hem mutlak hem nispi red nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu

nedenle, bir markanın tescili talep edildiğinde bu durum hem resen hem de itiraz üzerine incelenecektir. Burada amaç tescilli bir marka ile aynı, benzer ve iltibas tehlikesi oluşturacak bir başka markanın tesciline engel olmak suretiyle tescilli markayı korumaktır. O halde, önceki kullanıma dayalı olarak hak elde etmiş kişinin bu hakkı da yalnızca aynı marka için değil, benzer veya iltibas tehlikesi altındaki marka için de geçerli olmalıdır.

9. Üçüncü husus, hükümde geçen “*ticaret sırasında kullanım*” ibaresinden mütevellit gerçek hak sahipliğinin oluşumunda markanın kullanım şartının aranıp aranmayacağı hatta bu kullanımın niteliğinin nasıl olması gerektiğidir. Kullanım şartı hem hükümde açıkça aranmaktadır hem de hükmün amacı düşünüldüğünde aranması kaçınılmaz bir koşuldur. Keza kullanım koşulunun aranması gerektiği hususunda beis yoktur. Fakat, asıl husus bu kullanmanın niteliğinin nasıl olması gerektiğidir. Yukarıda ayrıntılı olarak arz edildiği üzere ve kanaatimizce de burada bahsi geçen kullanma, söz konusu işaretin *markasal kullanımı* dır. Keza bir markayı kullanmak suretiyle hak elde edebilmek için o işareti *marka* gibi, diğer bir deyişle markanın kullanım alanlarında ve markanın fonksiyonlarını yerine getirir şekilde kullanmak gereklidir. Aksi halde alelade bir kullanım veya yalnızca bir kez kullanıma bağlı olarak gerçek hak sahipliği oluşmayacak, dolayısıyla markanın haklarından yararlanılamayacaktır. Markasal anlamda kullanmanın nasıl olacağı hususunda ise, MarKHK’nın 14.md.si esas alınabilecek bir hükümdür. Keza bu md. kullanım sayılan fiilleri ve kullanmamaya bağlı iptal sebebini düzenlemiştir.

10. Dördüncü husus kullanıma dayalı marka hakkının oluşmasında marufiyet koşulunun aranıp aranmayacağıdır. Doktrinde marufiyete verilen anlam itibarıyla tanınmış marka gibi ulusal veya uluslararası bir boyutta olmamak üzere, belirli bir piyasada, bölgede bilinir olma durumu olarak algılandığında, tanınırlık olgusunun, coğrafi alan veya faaliyet alanıyla sınırlandırıldığını görüyoruz. Dolayısıyla bu durumda, gerçek hak sahipliğinin oluşumunda marufiyet şartının aranıp aranmaması noktasında, bu sınırlılık halinin özellikle dikkate alınması gerekecektir. Bu durumda, gerçek hak sahibinin, bu güçlü konumu kazanması, yalnızca sınırlı kullanım koşulu neticesinde mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, bir markanın bulunduğu çevre yada piyasada tanınmaya

başlanması yukarıda belirtildiği üzere bir markayı ‘marka’ gibi kullanmanın doğal sonucu olacağı kanaatindeyiz.

11. Beşinci husus, gerçek hak sahipliği ilkesinden yararlanabilmek için söz konusu markanın ayırt edicilik kazanmış olması gerekip gerekmediği noktasındadır. Ayırt edicilik her şeyden önce markanın ilk ve en önemli fonksiyonudur. Keza marka en genel haliyle, mal ve/veya hizmetleri birbirinden *ayırt eden* işaretler olarak tanımlanmaktadır. Ayırt edici nitelik kazanma hususu o denli ödemlidir ki, mutlak red nedenlerini düzenleyen 7.md.ye göre bir marka tescil edilemeyecekken, ayırt edicilik kazanmış olduğu bazı durumlarda tescili reddedilememektedir. MarKHK 7/II hükmü 5194 sayılı kanunla değiştirilmeden önce a bendi yerine b bendine atıf yapılmış olup bu durum doktrinde de haklı olarak eleştirilmiştir. Keza, tescilli bir markanın aynısı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak bir mutlak red nedeni iken, ikinci bir markanın kullanım yoluyla ayırt edicilik kazanması halinde, bu hüküm sebebiyle tescilinin reddedilememesi uygun bir sonuç olmayacaktır. Hükmün, 5194 sayılı kanunla değişen son halinin daha isabetli olduğunu belirtmek isteriz. 7/II de, bir markanın kullanım neticesinde, bazı mutlak red nedenlerini dahi etkisiz kılacak bir hak elde etmesindeki dayanak, ayırt edicilik kazanmış olmasıdır. Başka bir deyişle ayırt edicilik olgusu, marka olamayacak bazı işaretlere dahi marka hakkı tanınmasını sağlamaktadır. Bu nedenle gerçek hak sahipliğinin oluşması noktasında ayırt edicilik unsurunun aranması gerektiği kanaatindeyiz. Fakat ayırt ediciliğin ölçütüne ilişkin olarak, marufiyet bahsinde arz edildiği üzere, bir bölge veya piyasa ile sınırlı bir şekilde aranmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

12. Altıncı husus, hükümde geçen ‘*tescilsiz bir markanın veya ticaret sırasında kullanılan bir başka işaretin*’ ibaresi nedeniyle, hükmün yalnızca markalar hakkında mı uygulanacağı yoksa diğer işaretlerin de hükme göre korunup korunmayacağıdır. Yukarıda arz edildiği üzere, doktrinde ağırlıklı görüşe göre bu hüküm kapsamına marka dışında diğer fikri mülkiyet hakları da girmektedir. Kanaatimizce hükmün yeri ve amacı itibarıyla, asıl korunmak istenen markadır. Keza bu hükümle MarK. 15.md.deki koruma amaçlanmıştır. Fakat diğer yandan, marka dışındaki fikri mülkiyet haklarının da bu

kapsamda değerlendirilmesinde bir engel yoktur. Hatta 8/V md.de diğer haklardan bahsedilmiştir.

13. Gerçek hak sahipliğinin oluşabilmesi için gerekli şartları elbette her somut olayın özellikleri dikkate alınarak incelemek gerekir. Ancak konuya açıklık getirmek adına, şartlar şöyle sıralanabilir: Öncelikle 8/III md.de iki bent halinde belirtilen şartların bulunması gerekir. Yani, bir başka kişinin, markanın tescili için yapılan başvuru tarihinden veya başvuruda belirtilen rüçhan tarihinden önce hak elde edilmesi ve markanın, sahibine sonraki markanın kullanımını yasaklama hakkı vermiş olması gerekir. Tescilsiz markalara sağlanan bu koruma, markanın aynısının yanında iltibas tehlikesi yaratacak derecede benzeri içinde caridir. Söz konusu işaretin markasal anlamda kullanılmış olması gerekir. Markanın bu kullanım dolayısıyla ilgili piyasa veya bölgede en azından tanınmaya başlamış olması gerekir ki bu da markasal kullanımla paralel bir durumdur. Markanın en temel ve önemli fonksiyonu olan ayırt edicilik, sınırlı bir çevre yada piyasa ile de olsa ilkenin şartlarından biri olarak aranmalıdır. Son olarak, MarKHK 8/III md.si asıl olarak tescilsiz markaları korumakla birlikte bunun dışındaki tescilsiz fikri mülkiyet haklarının da md.kapsamında değerlendirilmesinde bir beis yoktur.

14. Ülkesellik ilkesi, bir ülkenin mevzuatıyla sağlanan hukuki korumanın yine o ülke sınırları içerisinde, başka bir deyişle o mevzuatın hakimiyet alanıyla sınırlı olması anlamına gelmektedir. Yani bir ülke mevzuatıyla yapılan düzenlemeler etki ve sonuçlarını o ülke sınırları içinde doğurur. O ülkenin coğrafi kapsamı itibariyle hüküm ifade ederler. Dolayısıyla bir marka hangi ülkede tescil edildiyse o ülke kapsamı itibariyle korunur. Diğer yandan MarKHK'nın korumadan yararlanacak kişileri 3. maddede düzenlemiştir. Fakat bu hüküm, yine Türkiye'de kimlerin bu KHK'dan yararlanacaklarını düzenlemiş olup, yurtdışında tescilli markalara Türkiyede koruma sağlanamacağı şeklinde algılanmamalıdır. Yargıtay da bir çok kararında ülkesellik ilkesini bizce doğru yorumlamıştır ancak, yukarıda arz ettiğimiz üzere bazı kararlarında da ülkesellik ilkesine yönelik değerlendirmelerini doğru bulmadığımızı tekrar belirtmek isteriz

15. Gerçek hak sahibi, markasının aynısı veya iltibas yaratacak derecede benzerinin, bir başkası tarafından tescili talep edilmesi halinde tescil prosedüründe itiraz etme hakkına sahiptir. Tescil prosedüründeki esaslar yukarıda ayrıntılı biçimde arz edilmiştir. MarKHK, ilana itiraz edebilecek kişileri *ilgili kişiler* olarak düzenlemiş olup, gerçek hak sahibi'nin bu ilgili kişilerden olduğu noktasında aksi bir görüş yoktur. Keza bizce de uygun olan gerçek hak sahibinin, söz konusu markanın tescil edilmesi halinde, bundan zarar gören kişilerin başında gelmesi hasebiyle ilgili kişiler kavramına dahil olması kaçınılmazdır.

16. Gerçek hak sahibi, söz konusu tescile itiraz etmiş fakat itirazı kabul edilmemiş ise, kesinleşen YİDK kararı aleyhine iptal davası açılabilecektir. Fakat bu davada talep yalnızca YİDK'nın itirazın reddine ilişkin kararının iptaline yönelik olup, mahkemeden markanın tescili talep edilemez.

Kanaatimizce bu davada husumet TPE'nin yanında karardan etkilenecek kişi, yani gerçek hak sahibinin kullanıma dayalı önceki hakkının varlığına rağmen tescil talep eden kişiye de yöneltilmeli hatta bu kişilere karşı açılan davalar ile birleştirilmelidir.

17. Gerçek hak sahibinin itirazına rağmen, markanın aynısı veya iltibas tehlikesi yaratacak derecedeki benzerinin bir başkası tarafından tescil edilmesi halinde gerçek hak sahibi, tescil dolayısıyla marka hakkını kazanan kişiye '*zarar gören kişiler*'den olarak dava açmak suretiyle markayı hükümsüz kılabilir.

Hükümsüzlük davasında kural olarak süre öngörülmemiş, tanınmış markalar bakımından öngörülen beş yıllık sürenin de kötü niyetin varlığı halinde uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu durum haklı olarak doktrinde de eleştirilmiştir. Bazı yazarlar, süre öngörülmediğinden sınırlama getiren hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasının doğru olmayacağını savunurken, bizim de katıldığımız görüşü benimseyen yazarlara göre, hükümsüzlük davasında süre öngörülmemiş olmasına rağmen sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesinin bu noktada uygulanması gerekmektedir.

Hükümsüzlük halleri MarKHK 42.md.de düzenlenmiştir. Bu hüküm, doktrindeki bir çok yazar tarafından, tüm sebeplerin hükümsüzlük başlığı altında toplanması nedeniyle eleştirilmiştir. Bizce de gayet isabetli olan bu eleştiriler, 42.md.de sayılanların tamamının hükümsüzlük sebebi olmayıp, tescilden sonra ortaya çıkan durumlar için iptal teriminin kullanılması gerektiği yönündedir. Keza hükümsüzlük ve iptal teknik anlamda etki ve sonuçları itibariyle farklı olan kavramlardır. Tescilden sonra ortaya çıkan durumlar için de markayı geriye dönük yani, tescilden itibaren hükümsüz kılmak doğru olmayacaktır.

Hükümsüzlük halleri 42.md.de tahdidi nitelikte sayılmış olup, örnekseme yoluyla artırılması mümkün değildir. Fakat kötü niyetli tescil halinin hükümsüzlük sebebi olarak sayılması kanaatimizce de uygun olacaktır keza bu durum, hem doktrinde kabul gören ve de Yargıtay tarafından uygun bulunan bu durum, MarKHK'nın ruhuna ve amacına da uygun düşmektedir.

18. Yargıtay'ın; tescilli markayı kullanmanın haksız rekabet oluşturmayacağı yönündeki kararlarına karşın, tescilsiz markalara, söz konusu markayı tescil ettirerek kullanmak suretiyle tecavüz edilebileceği yönünde kararı mevcuttur. Keza tescil edilmemiş olsa da marka hakkının varlığından söz edilebiliyorsa, söz konusu marka hakkının ihlal edilmesi de olasıdır. Bu durumda, markanın tescil edilmemiş olması, marka hakkının hukuki korumadan faydalanmasına engel olmamalıdır. Yalnız, bu noktada tecavüz veya hükümsüzlük davası açılmasının pratikteki sonucu, tescilin kötüniyete dayandığı noktada kendini göstermektedir. Gerçek hak sahibinin, yalnızca tescilin hükümsülüğüne yönelmiş bir irade ortaya koyması durumunda hükümsüzlük davası açması yerinde olacaktır. Diğer yandan, kötüniyetli tescile dayalı olarak zararın tazmini talep edilecek ise, tecavüz davası açmak da mümkün olacaktır.

19. Gerçek hak sahipliği ilkesinin şartlarını ve markanın kullanıma dayalı hak sahibi olan kişiye rağmen bir başkası tarafından tescil edilmesi halinin muhtemel olduğunu yukarıda belirttik. Söz konusu markayı tescil ettiren kişinin, gerçek hak sahibinin ticari vekili veya temsilcisi olması durumunda ise, MarKHK'nın 8/III md.si yanında, şartları varsa, 8/II md. 11.md. ve 17.md.ler de uygulama alanı bulacaktır. 8/II

hükümünün uygulanabilmesi açısından marka hakkı sahibi ile markayı kendi adına tescil ettiren kişi arasında bir ilişkinin varlığı zorunludur ki hükümde geçen ‘*ticari vekil veya temsilci*’ kavramı doktrinde de isabetli olarak belirtildiği üzere geniş yorumlanmalıdır. Keza dar bir yorum, maddenin amacına aykırılık teşkil ederek kötü niyetli tescillerin önünü açacaktır. Her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmek üzere, ticari vekil veya temsilcinin, gerçek hak sahibinin izni ve kendisinin haklı bir gerekçesi olmaksızın markayı tescil ettirmesi hali açıkça kötü niyetli tescil teşkil edeceğinden, açılacak dava da süreye bağlı olmayacaktır.

20. MarKHK’nın koruma kapsamı esas olarak tescilli markalara yönelik olmakla birlikte tescilsiz markalar tamamen koruma dışı bırakılmamıştır. Gerek MarKHK’nın ilgili hükümleri gerekse haksız rekabet hükümlerince tescilsiz markalar korunmaktadır. Kaldı ki tescilli markalar bile bazen genel hükümler kapsamında korunmaya muhtaçtır. Örneğin, 8/IV anlamında tanınmış marka olmayan bir markanın, aynısı veya benzerinin tecavüze maruz kalması durumunda, ancak genel hükümlere göre korunabilecektir. Keza markanın korunmasında sınıf sistemi esas olup, mal ve/veya hizmetler tescilli oldukları sınıf itibarıyla korunmaktadırlar.

21. Gerçek hak sahipliği, hükümsüzlük sebebi olmasının yanında, tescilli marka sahibinin açacağı davalarda defî sebebidir. Bu yolla davanın reddini sağlayabileceği gibi karşı dava açmak suretiyle tescilli davanın hükümsüzlüğünü talep edebilecektir.

Marka sahibinin açacağı tecavüz davasında davalının, davacının markasının hükümsüzlüğünü ileri sürüp süremeyeceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen görüşlerin ortak noktası, mutlak red nedenleri bakımından bu durumun mümkün olduğu yönünde olup, nispi red nedenlerine dayalı hükümsüzlüğün ileri sürülmesi noktasında görüş birliği yoktur. Kanaatimiz, tecavüz davaların dahi hükümsüzlüğün ileri sürülebileceği yönünde olmakla birlikte, burada hakkaniyet ilkesi ve dürüstlük kuralına vurgu yapmak isteriz. Keza nispi red nedenlerine hak sahibi olan bir kişi, tescile itiraz etmemiş, tescilden sonra dahi hükümsüzlük davası açmamış ve hatta aradan uzun süre geçmiş ise artık, kendisine yöneltilen tecavüz davasında hükümsüzlük iddiasını ileri sürmesi hakkaniyete uygun bir tutum olmayacaktır.

22. Gerçek hak sahibinin tazminat talep etme hakkı MarKHK da düzenlenmemiştir. Fakat markaya tecavüz eylemlerinin bir haksız fiil olması ve gerekli şartların varlığı halinde tecavüze maruz kalan kişinin tazminata hak kazanabileceğinden bahisle, gerçek hak sahibinin de ihlaller karşısında şartların varlığı halinde tazminat talep edebileceği kanaatindeyiz.

23. Fikri mülkiyet hukukunda düzenlenmiş olmamakla birlikte, temelde dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesine dayanan, sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesi, kanaatimizce de üzerinde özellikle durulması gereken, etki ve sonuçları itibariyle oldukça önemli bir kurumdur.

Marka hakkı sahibi, -konumuz itibariyle markanın gerçek hak sahibi- markasının bir başkası tarafından tescil edilmesine sessiz kalmış, aradan uzun süre geçmesine rağmen markanın hükümsüz kılınması yönünde bir irade ortaya koymamış olması durumunda artık, ne markanın başkası tarafından kullanılmasına karşı çıkabilecek ne de hükümsüzlük davası açabilecektir.

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybının hukuki niteliği tartışmalıdır, kanaatimizce itiraz niteliğinde olan bu ilkenin mahkemece resen gözetilmesi yerinde olacaktır.

İlkenin uygulama alanına ilişkin olarak, haksız rekabeti gerçekleştiren kişinin, tescilli markaya dayanarak yaptığı maddi ve manevi yatırımlar ile gerçek hak sahibinin öncelik hakkı çatışmaktadır. Bu noktada önemli olan husus, tecavüz iddiasında bulunan davacının iyiniyetli olması gerekmesinin yanı sıra, diğer yandan da davalının uzun süre sessiz kalmasına rağmen bu davada hakkını öne sürmesinin, hakkın kötüye kullanımını teşkil etmesidir.

Sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesinin uygulanması için zamansal bir sınır yoktur. Doktrinde belirtilen sürelerin davalara uygun düştüğü ölçüde uygulanabilirliğine katılmakla birlikte her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerektiğini özellikle vurgulamak isteriz.

İlkenin uygulanabilmesi için sessiz kalmanın iradi olması gerekip gerekmediği noktasında; Yargıtay sessiz kalma halinin bilinçli olması gerektiğini belirtmiştir. Sessiz kalma, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiş olup haklı nedenin varlığı sonucunda bu durumun meydana gelmesi halinde ise, bu ilkenin yine de uygulanması hakkaniyete aykırılık teşkil edeceğinden artık uygulanmamalıdır.

Bu ilke her ne kadar tecavüz davalarında ilişkin olarak gündeme gelse de hükümsüzlük davalarına da uygulanabilir olduğu görüşüne katıldığımızı da belirtmek isteriz. Bunun en önemli sebebi, hükümsüzlük davası için kural olarak süre öngörülmemiş olmasıdır. Hükümsüzlük davasının süreye bağlı olmaması pratikte hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmakta, tescilli marka sahipleri süresiz bir şekilde, markanın hükümsüz kılınacağı ihtimalini düşünmek zorunda kalmaktadır. Dolayısıyla süreye ilişkin çeşitli görüşler öngörülmeyle birlikte kanaatimizce bunun en önemli sınırı sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesidir.

Bulunduğumuz nokta itibariyle ilkeyi gerçek hak sahibi yönünden değerlendirecek olursak, kullanım yoluyla üzerinde üstün hakkı olduğunun iddia eden gerçek hak sahibi, bu iddiasını öncelikle itiraz yoluyla, sonrasında dava yoluyla ortaya koymalıdır. Aksi halde, sonrasında açacağı hükümsüzlük davasında veya tecavüz iddiasıyla açacağı davada sessiz kalma nedeniyle hak kaybı ilkesine dayalı itiraza muhatap olabilecektir.

24. Çalışmanın geneli itibariyle ulaştığımız sonuç şudur: MarKHK tescil şartının yanında kullanım yoluyla marka hakkının oluşmasına cevaz vermiştir. Yukarıda arz ettiğimiz şartların oluşması halinde, gerçek hak sahibi olarak nitelendirdiğimiz kişi, önceki kullanıma dayalı üstün hakkının korunması amacıyla, söz konusu markanın bir başkası tarafından tescil/tescili talep edildiği durumda, gerek idari gerekse yargısal aşamalarda ihlallere karşı irade ortaya koyabilir ve koymalıdır.

KAYNAKÇA

- ALICA, Türkay.** *“İlaç Sektöründe Marka Tercihi ve Tescil Engelleri”* Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı (Editör, Memiş, Tekin), İstanbul, 2009
- ALPASLAN, Mustafa/KAYA, Eda.** *“Ticari nvan İşletme Adı ve Marka Konuları Hakkında Bilinmesi Gereken Hususlar”*, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 23/2010
- AKDENİZ , Murat.** Marka Hukukunda Tescil Engelleri, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007
- AKGLEN, Alper Tunga.** *“Haksız Rekabet ve Markalar Kanunu zerine Yargıtay İçtihatları”*, Türkiye’de ve Dünyada Sınai Mülkiyet Koruması Uluslararası Konferansı, 24-25 Haziran 1997, İstanbul, Bildiriler (TPE)
- AKTEKİN,Uğur.** *“Marka hukukunda Tescil Engeli Olarak nceki Tescilli Markaya yada Marka Başvurusuna Benzerlik”*, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi Y.5 S.18
- ANSAY, Tuğrul.** *“Yabancı Makaların Türkiyede Himayesi (Bir Yargıtay Kararı Münasebetiyle)”*, Batıder C.2 S 2 Y.1963
- ARKAN, Sabih.** *“556 sayılı KHK’nın 8/III maddesi ile ilgili bir inceleme (HGK’nın 27/02/2002 kararının değerlendirilmesi)”* Batıder, Y.2002, C.XXI, S.4
- ARKAN, Sabih.** *“Marka Hakkına Tecavüz - İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu”*, Batıder, Y.2000, C.XX S.3
- ARKAN, Sabih.** *“Yabancı markaların Türkiye’de Korunması”*, Y.1999 Batıder, C.20.S.1

- ARKAN, Sabih.** *“İşaret ve Marka Arasında Bağlantı İhtimali ve İltibas (Karıştırma) Tehlikesi”*, Batıder, C.20 S.2 Y.1999
- ARKAN, Sabih.** *“Markayı Kullanma Yükümlülüğü”*, Marka Koruması Uluslararası Sempozyumu, 24-25 Haziran 1998, İstanbul (TPE)
- ARKAN, Sabih.** Marka Hukuku, C.I, Ankara, 1997
- ARKAN, Sabih.** Marka Hukuku, C.II, Ankara, 1998
- ARKAN, Sabih.** Ticari İşletme Hukuku, 15.Baskı
- ARSEVEN, Haydar.** Nazari ve Tatbiki Alameti Farika Hukuku, İstanbul, 1951
- ARSLANOĞLU, M.Anıl / DAĞCI, Aksu.** *“Tanınmış Marka”*, Legal Fikri ve Sinai Haklar Dergisi 6/2006
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen.** Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara, 2010
- AVCI, Adnan.** En Son Değişikliklerle Patent-Marka (Sinai Mülkiyet Hukuku) Mevzuat ve Uygulaması *Emsal Yargıtay Kararları* , 2000
- AYAN, Özge.** *“Marka Hakkının Kazanılmasında İyiniyetin Rolü”*, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006
- AYAZ, Abdurrahim.** *“Türk Patent Estitüsü’nün 556 sayılı KHK’nın 35. Maddesini Uygulama Biçimine Eleştirel Bir Bakış”*, Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi Y:2006 Sayı 2
- AYAZ, Abdurrahim / ÇALIK, Güven.** *“Türkiye’de Marka Tescil Uygulamalarına Eleştirel Yaklaşımlar ve Öneriler”*, Ankara FMR C.7 S.2008/1
- AYBAY / HATEMİ.** Eşya Hukuku, 2009
- AYHAN, Rıza / ÖZDAMAR, Mehmet / ÇAĞLAR, Hayrettin.** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012

AYOĞLU, Tolga. *“Türk Hukukunda Tanınmış Markalara Sağlanan Koruma”*, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009 Editör Memiş, Tekin

AYOĞU, Tolga. *“Marka Hakkına Tecavüz Davalarında Tescil İşleminin Hukuka Aykırılığı Savunması”*, Ankara Barosu FMR Y.7 S.7 2007/1

AYVERDİ, İlhan. Misalli Büyük Türkçe Sözlük C.II

BAHTİYAR, Mehmet. Ticari İşletme Hukuku, 2013

BATTAL, Ahmet. *“Tanınmış Marka Pratiği Hakkında Bazı Düşünceler”* Batıder, C.XXV S.4 Y.2009

BATTAL, Ahmet. *“Türk Patent Enstitüsü’nün Markalarda İltibasın Önlenmesine İlişkin Yetkisi Yönünden Mutlak ve Nispi Red Nedenleri”*, Gazi Üniversitesi HFD C.4 S.1-2 (Haziran-Aralık, 2000)

BATTAL, Ahmet. *“Marka Üzerinde Yargı Kararı ile Ortaklık Tesisi Mümkün müdür?”*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 10-11 Aralık 2010 BTHAE

BATTAL, Ahmet. *“Marka Hukukunda Tecavüz Davalarında Hakkın Kötüye Kullanılması”*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler-Tartışmalar 22 Haziran 2001 BTHAE (Marka Hakkına Tecavüz)

BATTAL, Ahmet. Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2005

BERZEK, Ayşe Nur. *“556 sayılı KHK’da Markaların Düzenlenmesi”*, Oğuz İmregün’e Armağan İHF yy. No:715 1998 İstanbul

BERZEK, Ayşe Nur. *“Tescilli Markaların Korunmasına İlişkin Sorunlar”*, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan, İstanbul, 1995 (Sorunlar)

BERZEK, Ayşe Nur. Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul, 1995

- BIÇAKÇI, Levent.** ‘‘Markanın Hakiki Sahibinin Korunması’’ , İBD 1996 C.7 S.4-5-6, Y:1996
- BİLGE, Mehmet Emin.** ‘‘Markanın Yaygın Bir Ad Haline Gelmesi’’ , Batıder C.23 S.1 Y.2005
- BİLGE, Mehmet Emin.** ‘‘Marka Hakkının Yenilenmesi’’ , Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007
- BİLGİLİ, Fatih.** ‘‘Türk Marka Hukukunda Kötü Niyetli Marka Tescili Başvurusuna Karşı İtiraz’’ , Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 200/70 (İtiraz)
- BİLGİLİ, Fatih,** Mark Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006 (Hakkın Kötüye Kullanılması)
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan.** Ticari İşletme Hukuku, Bursa, 2013
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan.** Ticaret Hukuku Bilgisi, 2013
- BOZER, Ali / GÖLE, Celal.** Ticari İşletme Hukuku, 2013
- BOZGEYİK, Hayri.** ‘‘Markalarda Rüçhan hakları’’ , Ankara Barosu FMR Y.7 C.7 S.2007/1
- BOZGEYİK, Hayri.** ‘‘Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar’’ , Prof. Dr. Fırat Öztana’a Armağan, Ankara, 2010
- BÜREN, Roland von.** ‘‘İsviçre’de Markalar Hukuku’’ Markalar Hukukunun Avrupa Birliğine Uyum ve Sorunları Semineri, İstanbul, 6 Temmuz 1995, İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 1995-39
- CAMCI, Ömer.** Marka Davaları, İstanbul, 1999
- CENGİZ, Dilek.** Türk Hukukunda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz, İstanbul, 1995
- ÇAĞLAR, Hayrettin.** Marka Hukuku, Temel Esaslar, Ankara, 2013

- ÇAMLİBEL TAYLAN, Esin.** Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara, 2001
- ÇEKER, Mustafa.** Ticaret Hukuku, Adana, 2011
- ÇELİK, Aytekin.** Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2013
- ÇETİNER, Selma / BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru.** Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, Ankara, 2013
- ÇİÇEKÇİ, Çiğdem.** Markaya Özgü Kullanım Kavramı ve Tecavüz Fiilleri, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora tezi, 2007
- ÇİYİLTEPE, Hamdi.** Ticaret Hukuku, 2013
- ÇOLAK, Uğur.** Türk Marka Hukuku, İstanbul, 2014
- ÇOLAK, Uğur.** *“Paris Sözleşmesinin 6.maddesi Anlamında Tanınmış Markalar ve Bu Tanınmışlığın Nasıl Belirleneceği Sorunu ve WIPO Kriterleri”* Ankara Barosu FMR Y.4 C.4 S.2004/2 (Tanınmış Markalar)
- ÇOLAK, Uğur.** *“Fikri Mülkiyet Davalarında Bilirkişi Raporlarının Değerlendirilmesi ve Bağlayıcılığı Sorunu”* Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 (Editör: Tekin Memiş)
- DERDİMAN, Cengiz.** Hukuk Başlangıcı, 2009
- DERYAL, Yahya.** Ticaret Hukuku, Trabzon, 1997
- DİNÇKOL, Abdullah.** Temel Hukuk Bilgisi, 2007
- DİRİKKAN, Hanife.** Tanınmış Markanın Korunması, Ankara, 2003
- DİRİKKAN, Hanife.** *“Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”* Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan İHF Yayınları No:715, 1998, İstanbul

- DOĞAN, Beşir Fatih.** *“Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanma”* Batıder C.24 S.1 Y.2007
- DOĞAN, Beşir Fatih.** *“Marka Hukukunda Kullanım Sonucu Ayırt Edicilik Kazınma Anı”* Ankara Barosu FMR Y.8 C.8 S:2008/4
- DOĞAN, Beşir Fatih.** *“Türk, Alman ve AB Hukukuna Göre Marka Olamayacak İşaretlerin Kullanım Sonucu Ayırt Edici Nitelik Kazanarak Tescik Edilebilirliği Sorunu”* Ankara Barosu FMR Y.6 C.6 S:2006/3
- DURAL, Ali.** *“Yargıtay 11.HD.’nin Tanınmış Markaya İlişkin 8/6/2000 Tarihli Kararı Hakkında Düşünceler”* Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan GSÜHFD 2002/1 S.1 İstanbul, 2002
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat.** Türk Özel Hukuku, C.I. Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2013
- DURSUN, Hasan.** Marka Hukuku, Ankara, 2008
- EPÇELİ, Sevgi.** Marka Hukukunda Karıştırılma İhtimali, 2006
- ERDEM, B.Bahadır.** *“Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi”* Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İÜHF, 1999, İstanbul
- ERDİL, Engin.** Haksız Rekebet Hukuku, İstanbul, 2012
- EREL, Şafak N.** Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 1988
- EREM, Turgut S.** Ticaret Hukuku Prensipleri, C.I Ticari İşletme, İstanbul, 1973
- ERGÜN, Mevci.** Tanınmış Markalar, Bursa, 2000
- ERİŞ, Gönen.** Ticari İşletme ve Şirketler, 2013
- EROĞLU, Sevilay.** *“Marka Hakkını Kurucu ve Koruyucu Olarak İnternette İşaretten Yararlanma”* Prof.Dr.Kemal Oğuzman’a Armağan Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2002 Y.1 S.1

ERTAŞ, Şeref. Eşya Hukuku, 2012

ESENER, Turhan. Hukuk Başlangıcı, 2001

ESENERs, Turhan / GÜVEN, Kudret. Eşya Hukuku, 2012

EYÜBOĞLU, Samiye. ‘‘Tanınmış Marka ‘‘ Ankara Barosu FMR, Y.1. C.1 S.2001/2

GİRAY, Rabia Eda. Markanın Devri ve Devir Hükümü Doğuran Diğer İşlemler,
Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010,
Yayınlanmamış Doktora Tezi

GÖNEN, Coşku. Marka Hakkının İhlalinde Yoksun Kalınan Kazancın Talebi, 2011

GÖZLER, Kemal. Hukuka Giriş, 2012

GÖZÜBÜYÜK, Şeref. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 2006

GÜNEŞ, İlhami. Uygulamada Fikri Mülkiyet Hakları ve Haksız Rekabet Davaları, 2013

GÜNEŞ, İlhami. Ayırt Edici İşaretler ve Marka Hukukunda Önceye Dayalı Haklar, 2013

GÜNEŞ, İlhami. ‘‘Türkiye’de Marka Verilmesi Usulü, Mutlak ve Nispi Red Nedenleri’’
Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, 2012, Editör Memiş, Tekin

GÜNEŞ, İlhami. ‘‘ Marka Tescilinin Rolü’’ Terazi Hukuk Dergisi Şubat 2010, S.42

GÜRİZ, Adnan. Hukuk Başlangıcı, 1999

GÜRZUMAR, Osman Berat. ‘‘Yeni Markalar Kanunu Işığında İsviçre Marka
Hukukunda Meydana Gelen Gelişmeler’’ Yargıtay Dergisi,
C.XX, Ocak-Nisan 1994, S.4 s.517

HATEMİ, Hüseyin. Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2004

HIRSCH, Ernst E. Ticaret Hukuku Dersleri C.I. Genel Prensipler - Ticari İşletme,
İstanbul, 1939

İNAL, Tamer. Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004

KANİTİ, Salamon. *“İsviçre Federal Mahkemesinin Markalar Arasında İltibasla İlgili Kararları”* Batıder Y.1961 C.1 S.2

KARAHAN, Sami. *“Gerçek Kişi Ünvanlarının Korunması ve Sessiz Kalmak Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”* -karar tahlili- , Batıder c.21 s.1 Y.2001

KARAHAN, Sami. *“Haksız Rekabet Davalarında Dava Zamanaşımaları ve Sessiz Kalma Nedeniyle Hakkın Kaybı İlkesi”*, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.I İstanbul, 2001 (Zamanaşımı)

KARAHAN, Sami. Marka Şekilleri, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1987

KARAHAN, Sami. *“Markanın Tescil ve Korunmasında Sınıfsal Sınırlar”* Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi Y.2005 C.I S.1 (Sınıfsal Sınırlar)

KARAHAN, Sami. *“Tescilsiz Markaların Korunmasında Marufiyet (Bilinirlik) Şartı”* Ankara Barosu, FMR Hukuku Dergisi Y.4 C.4 S: 2004/2

KARAHAN, Sami. Ticari İşletme Hukuku, 2013

KARAHAN, Sami. *“Ticaret Ünvanında iltibas”* I.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu 05-06 Mayıs 2005

KARAHAN, Sami. Marka Hukukunda Hükümsüzlük Davaları, Konya, 2002 (Hükümsüzlük Davaları)

KARAHAN, Sami. Yeni Marka Hukukumuz ve İlgili Mevzuat, 2000

KARAHAN, Sami / SULUK, Cahit / SARAÇ, Tahir / NAL, Temel. Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Ankara, 2011

KARAKUZU BAYTAN, Dilek. Fikir Mülkiyeti Hukuku, Kavramlar, 2005

KARAN, Hakan / KILIÇ, Mehmet. Markaların Korunması 556 sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara, 2004

KARAYALÇIN, Yaşar. Ticaret Hukuku I.Giriş-Ticari İşletme, Ankara, 1968

KAYA, Arslan . *“Kullanılmama Nedeniyle Markanın İptali”* Makalelerim C.I 2012

KAYA, Arslan . Marka Hukuku, İstanbul, 2006

KAYA, Arslan . *“Marka Hukukunda Delillerin Tespiti Davası”* Makalelerim C.I 2012

KAYAR, İsmail. Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012

KAYHAN, Fahrettin. *“Türk Patent Enstitüsü’nün Marka Hakkının Tescili Sürecinde Aldığı Kararların İptali Davası”* Ankara Barosu FMR C.3 S.2003/4

KAYIHAN, Şaban. Medeni Hukuk Bilgisi, Ankara, 2009

KAYIHAN, Şaban. *“Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Marka”* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.VII S.1-2

KAYIHAN, Şaban. Ticaret Hukuku, Ankara, 2009

KAYIHAN, Şaban / YASAN, Mustafa. Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012

KENDİGELEN, Abuzer. *“Marka Hakkının Korunması- Yerli Yabancı Marka”* Hukuki Mütalâalar C.III İstanbul 2006

KENDİGELEN, Abuzer. *“Marka Hakkının Korunması- Tanınmış Marka/Koruma Alanı”* Hukuki Mütalâalar C.III İstanbul 2006

KENDİGELEN, Abuzer. *“Marka Hakkının Korunması-Korumanın Kapsamı”* Hukuki Mütalâalar C.III İstanbul 2006

KENDİGELEN, Abuzer. *“Marka Hakkına Tecaviüz”* Hukuki Mütalâalar C.III İstanbul, 2006

KENDİGELEN, Abuzer. ‘‘Marka Hakkına Tecavüz- Tescilli Markanın Ürün Adı Haline Getirilmesi’’ Hukuki Mütalâalar C.III 3.bası İstanbul 2006

KENDİGELEN, Abuzer. ‘‘Marka Hakkına Tecavüz’’ Hukuki Mütalâalar C.III İstanbul, 2006

KENDİGELEN, Abuzer. ‘‘Marka Hakkına Tecavüz’’ Hukuki Mütalâalar C.III İstanbul, 2006

KESKİNTÜRK, Aykut. ‘‘ Genel Olarak Tanınmış Markalar ve Özel Olarak 556 sayılı KHK'nin 7/son Madde ve Fıkrası İle İlişkisi Çerçevesinde; Anılan Kararname'nin 7/son Madde ve Fıkrası Anayasaya Aykırımıdır?’’ İBD C.73, S.7,8,9 Y:1999

KILIÇOĞLU, Ahmet M. Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara, 2013

KIRCA, İsmail. Markaların Milletlerarası Tescili (Madrid Sistemi), 2005

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, (Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş - Hukuki İşlem-Sözleşme) Borçlar Hukuku Genel Bölüm C.I, İstanbul, 2014

KORKUT, Ömer. Ticaret Unvanı Kullanımıyla Marka Hakkına Tecavüz Hakkında Bir İnceleme, Batıder 2008 C.XXIV s.3

KÜÇÜKALİ, Canan. Marka Hukukunda Karıştırma Tehlikesi, Ankara, 2009

MEMİŞ, Tekin. ‘‘Türk Hukukunda Kötüniyetli Marka Tesciline Bağlanan Sonuçlar - İlk Derece Mahkemesi ve HGK Kararı Üzerine Bir Değerlendirme’’ Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2009

MERAN, Necati. Marka Hakları ve Korunması, Ankara, 2008

MİLLİ EĞİTİM BAKANLIĞI. Örnekleriyle Türkçe Sözlük C.III Ankara 1996

- NOMER, N.Fusun.** *“Tanınmış Marka : Nike (İsviçre Federal mahkemesi’nin 24 Mart 1998 tarihli kararı)”* Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı İstanbul 1999
- NOYAN, Erdal.** Marka Hukuku, 2009
- OCAK, Nazmi.** *“Markalarda Tescilin Sağladığı Hukuki Korumanın Kapsamı”* Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998
- OĞUZMAN, Kemal/BARLAS, Nami.** Medeni Hukuk, İstanbul, 2008
- OMAĞ, Merih Kemal.** *“Marka Hukuku İle Rekabet Hukuku Açısından Marka ve Korunması”* MÜ Hukuk Araştırmaları 1991 C.6 S.1-3
- ORHAN, Ali.** Yargıtay Kararları Işığında Tanınmış Markalar, Ankara, 2007
- OYTAÇ, Kutlu.** *“Marka Hukuku Korumasının Endüstriyel Tasarım ve Haksız Rekabet Hükümleri ile Birlikte Ele Alınması”* Ankara Barosu FMR C.3 S.2003/2
- OYTAÇ, Kutlu.** Karşılaştırmalı Markalar Hukuku Endüstriyel Tasarımlar İçerikli, 2002
- OYTAÇ, Kutlu.** *“Tanınmış Markalarda Uluslararası ve Ulusal Kavram Kargaşasına Son”* Ankara Barosu FMR Y.1 C.1 S.2001/3 (Tanınmış Markalar)
- ÖÇAL, Akar.** *“Marka, Ticaret Ünvanı ve işletme Adına İlişkin Bir Federal Mahkeme Kararı”* Batıder C.3 S.4 Y:1966
- ÖÇAL, Akar.** Türk Hukukunda Markaların Himayesi, (İsviçre ve Fransız Hukuklariyle Mukayeseli Olarak) Ankara, 1967
- ÖZARMAĞAN, Müge.** Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul, 2008
- ÖZDAL, Şule.** 556 sayılı KHK’nın 5.Maddesi Çerçevesinde Marka Olarak Tescil Edilebilecek İşaretler, İstanbul, 2005

ÖZTEK, Selçuk. *“İlaç Markaları Alanında Son Gelişmeler”* I. İstanbul

Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005

PASLI, Ali. Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul, 2014

PEKDİNÇER, Remzi Tamer. Marka Hakkı ve Korunması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2001

PEKDİNÇER, Remzi Tamer. *“Marka Hakkının Devredilmesi”* I. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu: 05-06 Mayıs 2005

PEKDİNÇER, Remzi Tamer. *“Ticari Vekil veya Temsilci Tarafından Sınai Hak İhlali”*, Fikri ve Sınai Haklar, İhlaller&Davalar, İstanbul Barosu Yayını, 2008

PEKDİNÇER, Remzi Tamer / TÜZÜN, Işıl. *“Taklit Marka ve Gümrüklerde El Koyma”* Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2010 Editör: Tekin Memiş

POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal. *“Marka Hakkına İlişkin Bazı Sorunlar”* Prof. Dr. Haluk Tandoğan 'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) Ankara 1990 (Sorunlar)

POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi. Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2012

PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali. Türkçe Sözlük, 2008

SARAÇ, Tahir. *“Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur mu?”* Batıder 2007 C.XXIV S.2

SEKMEN, Orhan. Markanın Hükümsüzlüğü ve Hukuki Sonuçları, Ankara, 2013

SEROZAN, Rona. Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007

SERT, Selin. Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, 2007

SİRMEN, Lale. Eşya Hukuku, 2013

SULUK, Cahit / KENAROĞLU, Yasemin. Türk Fikri Mülkiyet Hukukunda Güncel Gelişmeler İstanbul Ticaret Odası Yayın No: 2011-32 İstanbul 2012

ŞANAL, Osman. “Marka Hakkına Tecavüz” Legal Fikri ve Sinai Haklar Dergisi 2/2005

ŞANAL, Osman. Markanın Hükümsüzlüğü, Ankara, 2004

ŞANAL, Osman. Markalarda Hükümsüzlük Davaları, 2006

ŞENOCAK, Kemal. “*Tescilli Markanın Aynısının veya Benzerinin Alan Adı (domain) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali*” Batıder, Y.2009 C.XXV S.3

ŞENOCAK, Kemal. “*Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal ve Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK md. 8/IV)*” Batıder, C.25 S.2 Y 2009 (Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Korunması)

ŞENOCAK, Kemal/ HANEDAN, Refik Cemal (Çevirenler). Alman Federal Mahkemesi’nin 19 Aralık 2002 Tarih, ve 21/00 Sayılı Kararı, Ankara Barosu FMR C.5 S.2005/1

ŞENER, Oruç Hami / UZUNNALLI, Sevilay. Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2012

TEKİL, Fehiman. Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1997

TEKİNALP, Ünal. “*Ayırt Edici Nitelik Kazanma*” Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armagan, İstanbul, 2003

TEKİNALP, Ünal. Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 2012

TEKİNALP, Ünal. “*Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Kullanılması*” Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan İHF yy. No:715, İstanbul, 1998

- TEKİNALP, Ünal.** *“Yeni Markalar Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”* Prof.Dr. Kemal Tunçomağ’a Armağan, İstanbul, 1997. (Tescilsiz İşaretler)
- TEOMAN, Ömer.** *“Markanın Terkinini Sağlamak İçin Açılacak Bir Davada Husumetin TPE’ ne Yöneltilip Yöneltilmeyeceği Sorunu”* Tüm Makalelerim, C. II, 2012
- ULUSLU, Çağrı.** *“Tescilsiz markaların korunması”* İstanbul Barosu Dergisi, C.88 S.2 Y.2014
- UZUNNALLI, Sevilay.** Markanın Korunması Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara, 2012
- ÜLGEN, Hüseyin / TEOMAN, Ömer / HELVACI, Mehmet / KENDİGELEN, Abuzer / KAYA, Arslan / NOMER ERTAN, N.Füsün.** Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2006
- ÜNAL, Mücahit.** Marka Tescilinden Doğan Haklarla İlgili Hukuki İşlemler, Ankara, 2007
- YALÇINER, Uğur G. / KARAAHMET, Erdoğan.** Marka Tescilinin Temel İlkeleri ve Uygulamaları , 1999, TPE Yayınları No:19
- YASAMAN, Hamdi.** *“Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında 11.HD'nin Kararı Üzerine Düşünceler”* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yıl.1. S.2 2002
- YASAMAN, Hamdi.** *“Paris Anlaşması Anlamında Tanınmış Markalar”* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul, Ocak 2002, Y.1, S.1
- YASAMAN, Hamdi.** *“Tanınmış Marka Kriterleri ve İspatı Sorunu”* Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan I.Cilt Ticaret Hukuku

YASAMAN, Hamdi. *“Marka Olabilecek İşaretler”* I.İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005, s.135.

YASAMAN, Hamdi/ AYTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan. Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, C:I

YASAMAN, Hamdi/ AYTAY, Sıtkı Anlam/ AYOĞLU, Tolga/ YUSUFOĞLU, Fülürya/ YÜKSEL, Sinan. Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, İstanbul, 2004, C:II

YILMAZ, Alper Çağrı. Türk Marka Hukuku ve Avrupa Birliği Hukukunda Mutlak Tescil Engelleri, 2008

YILMAZ, A.Lerzan. Marka Olabilecek İşaretler ve Mutlak Tescil Engelleri, 2008

YAVUZ, Levent. *“Marka Hukukuna İlişkin Yargıtay Uygulamasındaki Son Gelişmeler”* Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, Ankara, 2013 Editör Memiş, Tekin

Elektronik Kaynakça

<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi/>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://www.tpe.gov.tr>

http://web2.wipo.int/classifications/nice/nicepub/en/fr/edition-20140101/taxonomy/?pagination=no&lang=en&mode=full&explanatory_notes=hide&basic_numbers=show

Hukuk Türk, Hukuk Veri Tabanı

Kazancı İçtihat Bankası

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası