



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK
LİSANS
TEZİ**

**TESCİLLİ BİR MARKANIN İZİNSİZ OLARAK
GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTULMASI**

NİL SIZIR SAKALLIOĞLU

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

EKİM 2019



**TESCİLLİ BİR MARKANIN İZİNSİZ OLARAK GÜMRÜK İŞLEMLERİNE
TABİ TUTULMASI**

NİL SİZİR SAKALLIOĞLU

**YÜKSEK LİSANS
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

EKİM 2019

NİL SIZIR SAKALLIOĞLU tarafından hazırlanan “TESCİLLİ BİR MARKANIN İZİNSİZ OLARAK GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTULMASI” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Ticaret Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak ~~Doktora~~ Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~
Yüksek Lisans

Başkan : Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Çelebi CAN

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak ~~Doktora~~ Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~
Yüksek Lisans

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Nurdan ORBAY ORTAÇ

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak ~~Doktora~~ Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum~~
Yüksek Lisans

Tez Savunma Tarihi: 03/10/2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

.....
Prof. Dr. Egen ZAİF

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Nil SIZIR SAKALLIOĞLU

TESCİLLİ BİR MARKANIN İZİNSİZ OLARAK GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTULMASI

(Yüksek Lisans Tezi)

Nil Sızır SAKALLIOĞLU

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ekim 2019

ÖZET

Sınaî mülkiyet haklarının gümrük idareleri nezdinde etkin bir şekilde korunması uluslararası ticaretin gelişmesi ile önem kazanmıştır. 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu ile tescilli bir markanın izinsiz olarak ithalat ve ihracat işlemlerine tabi tutulması marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmiştir. Mülga 556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’de ise, gümrükçe onaylanmış bir işlem olarak yer alan ifadenin ithalat ve ihracat olarak değiştirilmesi neticesinde önceki uygulamalardan farklı bir uygulamanın gündeme gelip gelmediği tartışılmıştır. Bu nedenle de çalışmamızda, ifade değişikliği nedeniyle uygulamada bir farklılık bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir. Gümrük idarelerinin sinaî haklarının korunmasındaki yeri ve idarenin takdir yetkisi ile yapılan işlemler ve talep üzerine gerçekleştirdiği işlemler değerlendirilmiştir. Ayrıca ihlal oluşturan eşyalar yönünden uygulanan tedbirler ve bu tedbirler nedeniyle tarafların yükümlülükleri detaylı bir şekilde incelenmiştir. Söz konusu izinsiz kullanımların gümrük idareleri nezdinde oluşan hak ihlallerinden sorumlu kişilerin tespiti ile bu kişilerin tazminat sorumluluğunun bulunup bulunmadığı ve ihlal sebebiyle açılacak davalar ele alınmıştır.

Bilim Kodu : 51501
Anahtar Kelimeler : Gümrük İşlemleri, Marka Hakkına Tecavüz, Gümrük
Tedbirleri, Taklit Marka.
Sayfa Adedi : 113
Tez Danışmanı : Prof.Dr Hayrettin ÇAĞLAR

RESULTS OF USING A REGISTERED TRADEMARK WITHOUT PERMISSION
BEFORE CUSTOMS ADMINISTRATIONS

(Master's Thesis)

Nil Sızır SAKALLIOĞLU

GAZI UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

October 2019

ABSTRACT

The effective protection of industrial property rights before the customs administrations has gained importance with the development of international trade. With the Industrial Property Law no. 6769 unauthorized importations and exportations of the goods which carry a trademark were accepted as violation of trademark rights. Through this legal arrangement, expression as a customs approved transaction In the Decree Law No. 556 were abolished. It was discussed whether a different practice from the previous practices was brought to the agenda as a result of the legal modification. Therefore, in this study, it was evaluated whether there is a difference in practice due to change of expression. In addition the place of customs administrations in the protection of their industrial property rights and the transactions carried out with the discretionary authority of the administrations and the transactions carried out upon request were evaluated. The measures applied for the infringing goods and the obligations of the parties due to these measures were examined in detail. With the determination of the persons responsible for the violations before the customs administrations of these unauthorized uses, the cases that can be opened due to the violation and whether these persons have the responsibility of compensation were handled.

Science Code : 51501
Key Words : Customs Procedure, Trademark Infringement, Caution,
Injunction Procedure before Customs Administration,
Counterfite Trademark.
Page Number : 113
Supervisor : Prof.Dr Hayrettin ÇAĞLAR

TEŞEKKÜR

Tez çalışmam sürecinde desteklerini esirgemeyen ve zaman ayıran Prof. Dr. Hayrettin Çağlar'a, ayrıca çalışmalarım sürecinde zaman ayıramadığım aileme, eşime ve dostlarıma teşekkürlerimi sunarım.



İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
ŞEKİLLERİN LİSTESİ.....	xii
KISALTMALAR.....	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKADAN DOĞAN HAKLAR

1.1. Marka	3
1.2. Tescil Durumuna Göre Marka Türleri.....	4
1.2.1. Tescilli Marka	4
1.2.2. Tescilsiz Marka	6
1.3. Tanınmışlık Derecelerine Göre Marka Türleri.....	8
1.3.1. Alelade Marka	8
1.3.2. Tanınmış Marka.....	8
1.3.1.1. Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Marka	10
1.3.1.2. Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) Kapsamında Tanınmış Marka	11
1.4. Marka Korumasından Yararlanacak Kişiler.....	12
1.5. Markanın Korunmasına Etki Eden İlkeler.....	12
1.5.1. Ülkesellik İlkesi ve Kapsamı	12
1.5.1.1. Uygulanacak hukuk yönünden.....	12
1.5.1.2. Hakkın varlığı yönünden	13
1.5.1.3. Marka hakkının korunmasının etki alanı yönünden.....	13
1.5.2. Marka Sahibinin Tekliği İlkesi	15

1.5.3. Markadan Doğan Hakkın Tükenmesi İlkesi	17
1.5.3.1. Coğrafi bakımdan uygulama alanları	18
1.5.3.1.1. Uluslararası tükenme	18
1.5.3.1.2. Ulusal (Ülkesel) tükenme	21
1.5.3.1.3. Bölgesel tükenme	21
1.5.3.2. Tükenme ilkesinin istisnaları	22
1.6. Marka Sahibinin Hakları	23
1.6.1. Kullanma Hakkı	23
1.6.1.1. Markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması	25
1.6.1.2. Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ve ambalajlarında kullanılması	26
1.6.1.3. Markanın marka sahibinin izni ile kullanılması	26
1.6.2. Tasarrufta Bulunma Hakkı	27
1.6.3. Koruma Hakkı	27
1.6.3.1. Marka ibaresi ile aynı veya benzer ibarelerin izinsiz olarak üçüncü kişiler tarafından kullanımını engelleme	28
1.6.3.2. Suç duyurusunda bulunma hakkı	31
1.6.3.3. Gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkı	31

İKİNCİ BÖLÜM

TESCİLLİ MARKAYI TAŞIYAN EŞYANIN İZİNSİZ OLARAK GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTULMASI VE UYGULANACAK TEDBİRLER

2.1. Gümrük Kanunu Kapsamında Marka Hakkı İhlali Doğuran Eşya Kavramı	33
2.1.1. Taklit Marka Kavramı	34
2.1.2. Taklit Eşya Kavramı	35
2.2. Gümrük İşlemleri ve Denetimi	36
2.2.1. Eşyanın Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem Veya Kullanıma Tabi Tutulması Kavramı	36
2.2.2. Gümrükçe Onaylanmış İşlem ve Kullanımlar	38
2.2.2.1. Eşyanın serbest bölgeye girmesi	38

2.2.2.2. Eşyanın yeniden ihracı	39
2.2.2.3. Eşyanın imhası ve gümrüğe terki	40
2.2.2.4. Eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulması	41
2.2.3. Gümrük Denetimi	41
2.2.3.1. Gümrük denetim yöntemleri	45
2.2.3.2. Gümrük denetimi ile yetkili kişiler	47
2.3. Sınaî Mülkiyet Kanunu ile Marka Hakkını İhlal Ettiği Kabul Edilen Gümrük İşlemleri	48
2.3.1. İşareti Taşıyan Malın İthal İşlemine Tabi Tutulması	49
2.3.1.1. İthalat kavramı	49
2.3.1.2. İthalat türleri	49
2.3.1.2.1. Bedelli ithalat	49
2.3.1.2.2. Bedelsiz ithalat	50
2.3.1.2.3. Geçici ithalat	50
2.3.1.2. İhracat kavramı	51
2.4. Marka Hakkını İhlal Eden Fiiller Dolayısıyla Uygulanan Gümrük Tedbirleri	52
2.4.1. Gümrükte El Koyma	52
2.4.1.1. Resen el koyma işlemi	52
2.4.1.2. Talep üzerine el koyma işlemi	54
2.4.1.2.1. Ticaret Bakanlığı'na gerçekleştirilen koruma başvurusu	55
2.4.1.2.2. Geçerli bir başvuru için aranan şartlar	55
2.4.1.2.3. Başvurunun kabul edilmesi	60
2.4.1.2.4. Başvurunun reddedilmesi	62
2.4.2. El koyma veya Gümrük İşlemlerinin Durdurulması Kararından Sonra Yapılacak İşlemler	63
2.4.2.1. Gümrük idarelerince yapılacak işlemler	63
2.4.2.1.1. Hak sahibine bildirim	63
2.4.2.1.2. Numune alımı ve tahlil yapılması	64

2.4.2.1.3. Kolaylaştırılmış imha	64
2.4.2.2. Marka hakkı sahibince yapılacak işlemler	66
2.4.2.2.1. İhtiyati tedbir kararı alınması	66
2.4.2.2.2. Dava açılması	70
2.5. Gümrükte Ele Geçirilen Mallar Bakımından Hukuki Sorumluluk	70
2.5.1. Tescilli Markayı Taşıyan Ürünü İzinsiz Üreten Kişilerin Sorumluluğu	70
2.5.2. Tescilli Markayı Taşıyan Ürünü İzinsiz Gümrüğe Sevk Eden, İthal veya İhraç Eden Kişilerin Sorumluluğu	71
2.5.3. Gümrük Müşavirlerinin ve Acentelerin Sorumluluğu	71
2.5.4. Taşıyıcı Firmaların ve Dış Ticaret Şirketlerinin Sorumluluğu	74

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAK SAHİBİ TARAFINDAN MARKA HAKKI İHLALİ DOĞURAN GÜMRÜK İŞLEMLERİ NEDENİYLE AÇILABİLECEK DAVALAR VE USUL

3.1. Dava Açma Hakkına Sahip Kişiler	75
3.2. Tecavüzün Tespiti Davası	75
3.3. Tecavüzün Men'i ve Ref'i Davaları	77
3.3.1. Tecavüzün men'i davası	77
3.3.2. Tecavüzün ref'i davası	77
3.4. Tazminat Davaları	78
3.4.1. Manevi tazminat davası	78
3.4.2. İtibar tazminatı	79
3.4.3. Maddi tazminat	79
3.5. El Konulan Mal Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Davası	82
3.6. Marka İhlalinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yargılama Usulü	84
3.6.1. Yetkili ve Görevli Mahkeme	84
3.6.2. Dava Şartı Arabuluculuk	84
3.7. Öne Sürülebilecek Defiler ve Savunmalar	86
3.7.1. Defiler	86

3.7.1.1. Kullanmama def'i	86
3.7.1.2. Zamanaşımı def'i	89
3.7.2. Savunma Argümanları	90
3.7.2.1. Muvafakatnamenin mevcudiyeti	90
3.7.2.2. Lisans sözleşmesinin mevcudiyeti	93
3.7.2.3. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının mevcudiyeti	94
3.7.2.4. Marka hakkının tükenmesi	96
3.7.2.5. Tescilli markanın cins adı haline gelmesi	97
3.7.2.6. Kullanımın tescilli bir markaya dayanarak gerçekleştirilmesi	98
SONUÇ	101
KAYNAKLAR	107
ÖZGEÇMİŞ	113

ŞEKİLLERİN LİSTESİ

Şekil 2.1. Gümrük işlemlerinde özet beyanı ekran görüntüsü	43
Şekil 2.2. Gümrük koruma başvuru sahibine ilişkin bilgilerin sisteme girildiği ekran görüntüsü	56
Şekil 2.3. Başvuru sahibine ilişkin iletişim bilgileri ekran görüntüsü	57
Şekil 2.4. Gümrük başvuru konu edilebilen ürün listesi	58
Şekil 2.5. Orijinal ürünlere ilişkin görsellerin dahil edildiği sistem ekran görüntüsü	59
Şekil 2.6. Sahte ürünlere ilişkin görsellerin dahil edildiği sistem ekran görüntüsü.....	59
Şekil 2.7. Gümrük başvurusunda lisans sahibi bilgilerinin sisteme dahil edildiği ekran görüntüsü	60

KISALTMALAR

Kısaltmalar	Açıklamalar
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
E.	Esas
EUIPO	European Union Intellectual Property Office
GK	Gümrük Kanunu
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HÜHFD	Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	Madde
MK	Medeni Kanun
MÖHUK	Milletler Arası Özel Hukuk Usul Kanunu
RG	Resmi Gazete
S.	Sayı
s.	Sayfa
SMK	Sınai Mülkiyet Kanunu
Şti.	Şirketi
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TFM	Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi
THD	Terazi Hukuk Dergisi
TRIPS	Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TL	Türk Lirası
TÜRKPATENT	Türk Patent ve Marka Kurumu
YLT	Yüksek Lisans Tezi
UIİİD	Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi

Kısaltmalar**Açıklamalar****UYAP**

Ulusal Yargı Ağı Projesi

vd.

ve devamı



GİRİŞ

Gün geçtikçe artan uluslararası ticaret ve küreselleşme ile özellikle gümrük idareleri nezdinde markaların korunması gerek marka hakkının korunması, gerekse insan sağlığı açısından önem kazanmıştır. Zira Avrupa Birliği'nin açıkladığı verilere göre, 2017 yılında sınaî haklar yönünden en çok ihlal teşkil eden ürünlerin %24'ünü gıda ürünleri, %11'ini oyuncaklar, %9'unu tütün mamulleri, %7'sini de giyim ürünleri oluşturmaktadır¹. Dolayısıyla, marka ibareleri taklit edilerek gümrük idarelerine sunulan ürünlerin güvenilirliği kalmamaktadır. Türkiye'den ihraç edilen ve sınaî hak ihlali doğuran ürünlerin çoğunluğu giyim ürünleridir. Eski adı Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, yeni adı Ticaret Bakanlığı ile AB'nin işbirliği çerçevesinde “*Fikri ve Sınaî Haklarının Gümrüklerde Korunması Projesi*” kapsamında seminerler düzenlenmiş ve ilgili idari birimler gümrük korumaları hakkında bilgilendirilmiştir. Düzenlenen çalışmalar da göstermektedir ki, gerekli düzenlemeler yapılsa dahi, uygulamada hak ihlallerinin sona erdirilmesi gelişen uluslararası ticaret nedeniyle gün geçtikçe güçleşmektedir. Bu nedenle, gümrük nezdinde gerçekleştirilen denetimin kapsamı, uygulanan usul ve yaptırımlar ile özel düzenlemeler ayrıntılı olarak çalışmamızda değerlendirilmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde çalışmamıza yön veren temel kavramlar ele alınmıştır. Özellikle 6769 sayılı Sınaî Mülkiyet Kanunu ile kabul edilen uluslararası tükenme ilkesi sebebiyle gümrük idarelerince dikkat edilmesi gereken hususlar değişmiştir. Aynı şekilde, “*muvafakatname*” kavramının kabul edilmesi ile gündeme gelen ve tartışılan markanın tekliği ilkesi birinci bölümde değerlendirilmektedir. İlk bölümün son kısmında ise marka hakkı sahibinin hakları ve markanın kullanılmasına ilişkin benimsenen hak ve yükümlülükler ele alınmaktadır.

Temel kavramların markadan doğan haklar çerçevesinde izah edilmesinden sonra, ikinci bölümde ise, gümrük idareleri nezdinde ihlal olarak değerlendirilen işlemler ve bu işlemlerin hangi eylemler ile başladığı tespit edilmektedir. Yapılan tespit ile birlikte marka hakkı ihlali doğuran gümrük işlemleri değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, gümrük işlemlerinin her biri ayrı ayrı çalışmamız kapsamında değerlendirilmemektedir. İkinci

¹Intellectual Property Rights Infringements: Facts and figures
https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-controls/counterfeit-piracy-other-ipr-violations/ipr-infringements-facts-figures_en

bölüm kapsamında, ihlal gerçekleştirdiği tespit edilen ürünlerin niteliği ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamında kavramsal karşılığı çerçevesinde “tecavüz teşkil eden”, “taklit marka” ve “taklit eşya” kavramları ele alınmaktadır. Uygulanan usul ve işlemler ile gümrük idarelerinin takdir yetkisi ve idare tarafından uygulanan tedbirler izah edilmektedir. Ayrıca, ihlal oluşturan fiil nedeniyle sorumlu tutulacak kişiler bakımından uygulamada karşılaşılan farklı durumlar Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin kararları çerçevesinde ele alınmaktadır.

Üçüncü bölümde ise, marka hakkı ihlali doğuran gümrük işlemleri nedeniyle marka hakkı sahibinin hakları ve açabileceği davalar ile bu davalarda ileri sürülebilecek muhtemel savunma argümanları ele alınmaktadır. Bu kapsamda, 6769 sayılı SMK ile ilk defa uygulama bulan kavramların, tescilli bir markanın izinsiz olarak gümrük işlemlerine konu ürün üzerinde kullanılması sonrasında hukuki olarak etkisi ve bu etkinin uygulamada ne gibi sorunlar yaratacağı ve dava aşamasında hangi etkileri doğurabileceği tartışılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKADAN DOĞAN HAKLAR

1.1. Marka

Marka, genel bir ifadeyle, tüketiciye sunulan ürün veya hizmet ile bu ürün veya hizmeti tüketiciye sunan işletme arasında bir bağ kurulmasını sağlayan ve ayırt ediciliği bulunan ibarelerdir². 6769 sayılı SMK kapsamında markanın açık bir tanımına yer verilmemiştir. Ancak marka olabilecek işaretlere yer verilerek, marka kavramı açıklanmaktadır. Şöyle ki; 6769 sayılı SMK m. 4 uyarınca; *“Marka, bir teşebbüsün mallarının veya hizmetlerinin diğer teşebbüslerin mallarından veya hizmetlerinden ayırt edilmesini sağlaması ve marka sahibine sağlanan korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılmasını sağlayabilecek şekilde sicilde gösterilebilir olması şartıyla kişi adları dâhil sözcükler, şekiller, renkler, harfler, sayılar, sesler ve malların veya ambalajlarının biçimi olmak üzere her türlü işaretten oluşabilir.”*. Alman Marka Kanunu ve İsviçre Markanın Korunması Hakkında Kanunda da, marka, benzer şekilde ifade edilmektedir³.

6769 sayılı SMK ile mülga 556 sayılı KHK’da belirtilmeyen, seslerin ve renklerin marka olarak tescil edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak marka olabilecek ifadeler olarak sayılan işaretler dışında yeni nesil sıra dışı işaretler olarak tanımlanan ve klasik marka türlerine tamamen yabancı, sınıflandırılması güç olan, dokunsal markalar, pozisyon ve

² Kaya, A. (2006). Marka Hukuku, s.13; Suluk, Cahit/ Karasu, Rauf/ Nal, Temel; Fikri Mülkiyet Hukuku, Eylül 2018, s.160; Arkan, S. (2018). Ticari İşletme Hukuku, 24.Bası, s.293; Çağlar, H. (2015); Marka Hukuku, 2.Baskı, s.11.

³ Alman Marka Kanununda marka olarak, bir işletmenin diğer bir işletmeye ait mal ve hizmetlerden ayırmaya yarayan şahıs isimleri dâhil kelimelerin, çizimlerin, harflerin, sayıların, seslerin, bir ürünün ambalajı ve ürünün şekli dâhil üç boyutlu şekillerin, renk ve renklerin birleşimi ile elde edilen görsellerin marka olabileceği belirtilmektedir. İsviçre Markanın Korunması Hakkında Kanunda marka, yine benzer şekilde düzenlenmiştir.

Alman Marka Kanunu kısım 2 bölüm 1 m.3; *“Als Marke können alle Zeichen, insbesondere Wörter einschließlich Personennamen, Abbildungen, Buchstaben, Zahlen, Hörzeichen, dreidimensionale Gestaltungen einschließlich der Form einer Ware oder ihrer Verpackung sowie sonstige Aufmachungen einschließlich Farben und Farbzusammenstellungen geschützt werden, die geeignet sind, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden.”*

“İsviçre Markanın Korunması Hakkında Kanun, kısım 1, başlık 1, bölüm 1, m.1; *“1) Die Marke ist ein Zeichen, das geeignet ist, Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden. 2) Marken können insbesondere Wörter, Buchstaben, Zahlen, bildliche Darstellungen, dreidimensionale Formen oder Verbindungen solcher Elemente untereinander oder mit Farben sein.”*

hareket markaları, desen kalıbı, hologram ve ticari formlar da bulunmaktadır⁴. Gelişen teknoloji ile markaların farklı şekillerde gündeme gelebileceği ve markaların korunmasının da farklı tedbirler ile sağlanacağı bir dönemin çok da uzak olmadığı görülmektedir. Tüketicilerin de takip edebileceği ve denetleyebileceği akıllı telefonlara indirilen uygulamalar ile ürün üzerindeki barkod okutularak elde edilen bilgiler ve ürün üzerinde yer alan bilgiler kontrol edilebilmektedir. Ayrıca, “Dna Barkod” uygulaması ile özellikle insan sağlığını, askeri güvenliği ilgilendiren ürünlerde, ürünlerin üreticiden nihaî tüketiciye dek takibi teknik anlamda mümkün hale gelmiştir⁵. Ancak bu sistem, ek bir mali yükümlülük yarattığından her alanda zorunlu hale getirilmesi mümkün gözükmemektedir. Özellikle ithalat-ihracat işlemleri ve ülkemizde kabul edilen uluslararası tükenme ilkesi sebebiyle marka sahiplerinin devlet otoritesi dışında barkod sistemi ile kendi ürünlerinin ve markalarının güvenliğini ve güveninirliğini sağlamak yönünde hareket etmeleri ileriki dönemde mümkün gözükmemektedir.

1.2. Tescil Durumuna Göre Marka Türleri

Bir marka, tescil edilmeksizin de kullanılabilir. Dolayısıyla, bir ibarenin marka olarak seçilmesi ve kullanılmasında bir engel olmadığı gibi, bir ibarenin marka olarak kullanılmasının temel şartı tescil edilmesi de değildir. Tescil işlemi, markanın hangi hükümler çerçevesinde korunacağını tespitinde önem arz etmektedir.

1.2.1. Tescilli Marka

Bir markanın, 6769 sayılı SMK kapsamında ülkemizde koruma altına alınması için öngörülen kurallar çerçevesinde, TÜRKPATENT⁶ nezdinde öncelikle bir marka tescil başvurusunun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Marka koruma süresi, başvurunun tescil edilmesi halinde, başvuru tarihinden itibaren on yıl olarak belirlenmiştir. Markanın devri söz konusu olduğunda, devir işlemi koruma süresine etki etmez. Devralan, marka korumasından devraldığı tarihten itibaren kalan süre ile faydalanır. Marka tescili 6769

⁴ Bkz. Memişoğlu, S. Ö. (2019). Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Şubat, s.324-343.

⁵ Ülkemizde şu anda uygulandığı şekli ile 25.04.2017 tarihli RG’de yayımlanan “Beşeri Tıbbi Ürünlerin Ambalaj Bilgileri, Kullanma Talimatı ve Takibi Yönetmeliği”, 04.04.2017 tarihli RG’de yayımlanan “Piyasaya arz edilen gübrelerin izlenmesine yönelik tebliğ (Tebliğ Numarası: 2017/17)” ile belirtilen ürünlerin “Dna Barkod” sistemiyle takibi zorunlu hale getirilmiştir.

⁶ 6769 sayılı SMK m.188 uyarınca Türk Patent ve Marka Kurumu’nun kısaltması “TÜRKPATENT” olarak değiştirilmiştir.

sayılı SMK m. 23/2 uyarınca; koruma süresinin bitiminden önceki altı ay içinde veya koruma süresinin dolmasından sonraki ilk altı ay içinde yenilenebilmektedir. Ancak koruma süresinin dolmasından sonra gerçekleştirilecek olan yenileme talepleri ek ücrete tabi tutulmaktadır. Koruma süresinin dolmasından sonra tanınan altı aylık süre içerisinde yenileme talebi gerçekleştirilmeyen marka tescilleri “*müddet*”⁷ durumuna düşer.

Marka, TÜRKPATENT nezdinde olabileceği gibi uluslararası kuruluşlar nezdinde de tescil altına alınmış olabilir. Bu halde, ülkesellik ilkesi uyarınca Türkiye’de doğrudan tescilli marka olarak kabul edilmez. Türkiye dışında herhangi bir ülkede veya uluslararası kuruluşlar nezdinde tescilli markalar, ülkemizde tescilli olan bir marka dolayısıyla marka sahibinin elde ettiği haklardan faydalanmaz. Paris Sözleşmesi hükümleri uyarınca, tanınmış olduğu tespit edilen veya ülkemizde bilinen, kullanılan bir marka aynı şekilde tescilli marka gibi 6769 sayılı SMK hükümleri uyarınca marka haklarının korumasından faydalanır. Ancak bu haklar, tescilli marka sahibine ait olan hakların hepsini kapsamamaktadır.

6769 sayılı SMK m. 7/1 uyarınca marka koruması, tescil yoluyla elde edilmektedir. Bu nedenle, Türkiye’de tescili bulunmayan bir markanın tanınmış olduğu iddiası ile ülkemizde üçüncü kişi aleyhine marka hakkına tecavüz davası açılması mümkün değildir. Aynı şekilde, marka hakkı ihlali nedeniyle, Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış bir markanın hak sahibi, suç duyurusunda bulunma, tazminat davası açma hakkını haiz değildir. Ancak, herhangi bir marka tescili bulunmadığı takdirde Türkiye’de kullanım söz konusu ise haksız rekabet hükümleri uyarınca suç duyurusunda bulunma veya hukuk davası açma hakkı bakidir.

Türkiye’de tescil edilmemiş bir marka 6769 sayılı SMK uyarınca koruma altında olmaması sebebiyle de gümrük korumasından da yararlanamamaktadır. Uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ise, 6769 sayılı SMK’nın kabul ettiği tescil ilkesinden farklı bir uygulama kabul edilmiştir. Uluslararası anlaşmalar çerçevesinde yapılan değerlendirme çalışmanın devamında detaylı olarak ele alınmaktadır.

⁷ Tescil kaydı resen silinir.

1.2.2. Tescilsiz Marka

Tescilsiz marka, herhangi bir tescil işlemine konu edilmemiş, 6769 sayılı SMK hükümleri kapsamında koruma altında olmayan, ancak ürün üzerinde veya hizmet sektöründe kullanılan ibarelerdir. Tescilsiz marka kullanımı, küçük sermayeli şirketlerin sıklıkla gerçekleştirdiği şekli ile ticaret unvanının marka olarak kullanılmasıyla gündeme gelmektedir. Nitekim 6102 sayılı TTK m. 39 ve m. 40 kapsamında, ticaret unvanlarının kullanılması zorunluluğu vardır. Bu nedenle de, çoğu şirket, ticaret unvanını aynı zamanda marka olarak kullanmaktadır. Söz konusu kullanımlar, yalnızca ticaret unvanı ile sınırlı olmayıp, kendine özgü bir kelime veya şekil ibaresinin marka olarak tercih edilmesi ve kullanılması ile de gündeme gelmektedir. Marka olarak kullanılsa dahi TÜRKPATENT nezdinde tescil edilmediğinden, yalnızca 6102 sayılı TTK hükümleri uyarınca, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma altında sayılmaktadır. Ancak, 6769 sayılı SMK m. 6/3 hükmü uyarınca, TÜRKPATENT nezdinde gerçekleştirilecek olan üçüncü kişiye ait marka başvurularına itiraz hakkı bakidir.

Mülga 556 sayılı KHK'nın sistemi incelendiğinde, tescilde öncelik ilkesinin esas alındığı görülmektedir. Tescilde öncelik ilkesi, marka olarak tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış bir ibarenin, daha sonra aynı mal veya hizmetler için başkası tarafından marka olarak seçilip tescil edilememesini ifade etmektedir. Söz konusu ibareyi daha önce tescil ettiren kişi, markanın sahibi olarak değerlendirilir. Bu şekilde markayı kullanma konusunda bir tekel hakkın varlığından söz edilmektedir. Nitekim daha sonra bir üçüncü kişinin söz konusu ibareyi marka olarak tescil ettirmesinde de önceki hak sahibinin itiraz hakkı mevcuttur⁸. 6769 sayılı SMK m. 7/1 hükmünde tescil ilkesinin benimsendiği ve korumanın tescil yoluyla elde edildiği belirtilmektedir. Her ne kadar marka korumasının tescil ile kazanıldığı belirtilmekteyse de 6769 Sayılı SMK m. 27/1 uyarınca markanın koruma süresinin başvuru tarihinden itibaren başladığı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla teorik olarak başvurusu yapılmasına karşın henüz tescil edilmeyen bir marka, tescilsiz bir marka olarak değerlendirilmektedir. Nitekim henüz başvuru aşamasında bulunan bir markanın gümrük idareleri nezdinde korunması da mümkün değildir. Ancak başvuruya konu marka ibaresine dayalı bir tecavüz davası açılması mümkün olduğu gibi dava ile ihtiyati tedbir talep edilmesi de mümkündür. Ancak bu halde, 6769 sayılı SMK m. 7/4

⁸ Tekinalp, Ü. (1997). "Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu", Kenan Tunçomağ'a Armağan, s.451 vd..

uyarınca tescilin yayımlanmasından önce mahkemenin karar veremeyeceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla marka tescil işlemlerinin veya Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptali yönünde açılan davanın sonuçlanması beklenmelidir. İhtiyati tedbir yönünden ise, her ne kadar etkin korumanın sağlanması bakımından önem arz etse de, somut koşullar ve başvuru yönünden varsa Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu'nun kararı aleyhine açılmış iptal davalarının içeriği de göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Zira henüz tescilli bir marka olmaması sebebiyle tescil koruma süresi de başlamamaktadır. Bu nedenlerle ihtilaflı bir başvuru söz konusu ise, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde ve tescilsiz bir marka statüsünde bulunan bir marka gibi 6102 sayılı TTK hükümleri çerçevesinde talepte bulunularak, yargılama sürecinin daha kısa sürede neticelendirilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyim.

6769 sayılı SMK çerçevesinde, tescilsiz marka herhangi bir koruma altında olmasa dahi, tüketici nezdinde, işletmenin ticari bir faaliyette bulunduğu ve bu faaliyetini marka ibaresini taşıyan ürün veya hizmetler bakımından sürdürdüğü izlenimi uyandırmaktadır. Tescilsiz markanın 6769 sayılı SMK m. 6/3 ile düzenlenen özel hükümler kapsamında korunması mümkün olmasa da, üçüncü kişinin marka başvurusuna, tescilsiz marka dayanak gösterilerek itiraz edilebilmektedir. Ancak bu halde, başvuru veya rüçhan tarihi var ise bu tarihten önce tescilsiz marka kullanımının mevcut olması ve bu kullanımın ispat edilmesi gerekmektedir.

Dirikkan, söz konusu itiraz hakkı bakımından koşulsuz bir itiraz hakkından bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Zira tescilsiz bir markanın veya ticari faaliyet alanında kullanılan işaretin bir başka markanın tescilinde nispi ret sebebi teşkil edebilmesi için sadece yöresel ve bölgesel değil, ülke genelinde bilinir olması, tescil talebinde bulunan marka ve kullanılacağı mallar itibarıyla karıştırılma tehlikesi veya benzer malların söz konusu olmaması gerektiği görüşündedir⁹. *Dirikkan*'ın görüşüne katılmakla birlikte, değerlendirme yapılırken tescilsiz markanın Türkiye'nin önemli bir bölümünde bilinir olmasının da beklenmesi, her somut olayın gerekliliğine göre değerlendirilmelidir. Zira her mal veya hizmet bakımından bilinirlik, farklı biçimlerde gündeme gelebilmektedir.

⁹ Dirikkan, H. (1998); "Tescilli Markayı Kullanma Külfeti", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, 219-280, s.230.

Tescilsiz bir markanın söz konusu olması halinde, uyuşmazlığa bakmakla görevli olan mahkeme yönünden ise 6102 sayılı TTK hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiğinden Asliye Ticaret Mahkemeleri nezdinde davanın görülmesi gerekmektedir. Zira, yukarıda da izah edildiği üzere, tescilsiz marka 6102 sayılı TTK'nın 4. maddesinde düzenlenen "*haksız rekabet*"e ilişkin hükümleri çerçevesinde korunduğundan, anılan Kanunda düzenlenen hususlardan doğan uyuşmazlıklar ticari dava sayıldığından görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi'dir. Ancak, Yargıtay önceye dayalı kullanım hakkına sahip olan davacı iddiasının tescilsiz marka hakkına dayanarak açmış olduğu haksız rekabet davasında, davalı yanın kullanımlarını devralmış olduğu tescilli markaya dayandırması neticesinde uyuşmazlığın çözümünde 556 sayılı KHK'nın da değerlendirilmesi gerektiğinden uyuşmazlığın Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi'nin görev kapsamında olduğunu değerlendirmiştir¹⁰. Dolayısıyla her somut olayda iddia ve savunmaların nitelendirilmesine göre uyuşmazlığın çözümünde 6769 sayılı SMK hükümlerinin uygulanabilir, tartışılabilir görülmesi halinde özel görevli mahkemelerce etkin inceleme sağlanması ve sorunun çözüme ulaştırılması bakımından önemli olduğu kanaatindeyim.

1.3. Tanınmışlık Derecelerine Göre Marka Türleri

1.3.1. Alelade Marka

Alelade marka, 6769 sayılı SMK m. 4/1 hükmündeki şartları taşımakla birlikte, yalnızca tescil kapsamında yer alan ürün veya hizmetler bakımından korunabilen markalardır¹¹. Nitekim alelade markalar ilgili sektörde, hitap edilen tüketici nezdinde bilinirliği bulunmayan markalardır¹².

1.3.2. Tanınmış Marka

Bir şahsa veya teşebbüse sıkı bir şekilde bağlı, tüketici nezdinde coğrafi sınır, kültür, yaş fark etmeksizin güçlü reklam ve tanıtımlar nedeniyle veya markanın tüketici nezdinde güçlü bir garanti fonksiyonunun mevcudiyeti nedeniyle, aynı çevrede yer alan insanlar tarafından refleks olarak bir çağrışım uyandıran bir marka, tanınmış marka olarak

¹⁰ Yargıtay 11. HD 2016/13699 E ve 2018/8118 sayılı Kararı (Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası)

¹¹ Kaya, s.56;

¹² Suluk C./ Rauf K. / Nal T. (2018); s.172.

nitelendirilmektedir¹³. Nitekim tanınmış markalarda, alelade markalara nazaran markanın fonksiyonlarının çok daha güçlü olması tüketici nezdinde kalite ve garanti ile özdeşleştirilmesini sağlamaktadır.

Tanınmış markalar, günümüzde bir statü olarak da tercih edilebilmektedir. Nitekim marka ibaresini taşıyan ürünlere sahip olmanın sosyal çevrede saygınlık uyandıracığı inancına sahip birçok kişi tarafından tercih sebebi olması nedeniyle sosyal etkisi de mevcuttur. Toplumun birçok kesimi tarafından bilinmesinde sosyal etkinin rolü de oldukça yüksektir¹⁴. Dolayısıyla tanınmış markalar, bu sosyal etki sebebiyle taklit edilme riskine diğer alelade markalardan daha çok sahiptir.

Tanınmış markanın mevcudiyeti, markanın koruma alanını kısmen genişletmektedir. Nitekim gerek benzerlik değerlendirilmesinde gerekse iltibas tehlikesi, yalnızca tanınmış markanın tescilli olduğu sınıflar çerçevesinde değil, benzer veya tüketicilerin tanınmış marka güveni ile temin edebilecekler benzer olmayan fakat ilişkilendirilen mallar bakımından da söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde marka ibarelerinin benzerliği incelenirken, tanınmış markanın mevcudiyeti halinde, ilişkilendirilme veya tanınmış markanın sulandırılması gibi tüketici nezdinde oluşacak izlenim bakımından daha hassas bir değerlendirme yapılmaktadır¹⁵. Dolayısıyla tanınmış markanın tespiti uyumsuzluklarda önem kazanmaktadır. Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün Ortak Tavsiye Metni'nde¹⁶ birçok kriter ele alınmıştır. Ancak tavsiye niteliğinde olduğundan bu kriterler, üye ülkeleri doğrudan bağlayıcı olmayıp, belirleme için bir kılavuz olarak nitelendirilebilir. Ortak Tavsiye Metni'nde, hitap edilen tüketici nezdinde tanınma düzeyi, markanın kullanım süresi ve kullanımın gerçekleştiği bölgenin genişliği, reklam ve tanıtım faaliyetlerinin yaygınlığı ve bu faaliyetlere yapılan yatırım miktarları, markanın değeri, markanın bilinirliğini ve kullanım süresini gösterir nitelikte başvuru ve tescil kapsamı bir markanın tanınmış olup olmadığını gösteren kriterler olarak kabul edilmektedir.

¹³ Yargıtay 11. HD 1997/5647 E. Ve 1998/1704 sayılı Kararı (Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası)

¹⁴ Yasaman, H./ Altay, S. A./ Ayoğlu, T./ Yusufoglu, F./ Yüksel, S. (2004). Marka Hukuku-556 sayılı KHK Şerhi, s.251.

¹⁵ Çolak, U. (2018); Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı İstanbul, s.362 vd.

¹⁶ Bkz. https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_833-accessible1.pdf

1.3.1.1. Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Marka

Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesi, tanınmış marka kavramına dayalı olarak markaları sınıflandırmakta ve herkesçe bilinen markalara ayrıcalıklı bir koruma sağlamaktadır. Bu koruma için koruma talep edilen ülkede marka kullanımı veya marka tescili şartı aranmamaktadır¹⁷. Paris Sözleşmesi kapsamında üye ülke veya ülkelerde tescilli olup, koruma talep edilen ülkede tescili olmasa dahi o ülkede ilgili toplum nezdinde belirli bir bilinirliğe sahip olması sebebiyle tanınmış bir markanın korunması mümkündür.

Tescile bağlı olmaksızın korunma sağlanan tanınmış bir markanın, gümrük idaresi nezdinde korunmasına ilişkin özel bir uluslararası sözleşme mevcut olmamakla birlikte, Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış olarak kabul edilebilecek markaların taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilerek iltibas uyandıracak biçimdeki kullanımların engellenmesi mümkündür. Buna karşılık, 6769 sayılı SMK uyarınca kabul edilen tescil ilkesi kapsamında, ülkemizde tescili bulunmayan bir markanın hak sahibi tarafından 6769 sayılı SMK kapsamında tanınan haklardan yararlanamamaktadır. Oysa Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka olduğu iddiası ile ülkemizde gümrük idareleri nezdinde dahi koruma talep etmesinin mümkün olması gerekir. Gümrük idaresi nezdinde başvuru gerçekleştirecek olan marka hakkı sahibinin, ülkemizde görülmüş bir davada Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka olduğunun tespit edildiği hallerde tespitinin yer aldığı ilamla, bu şekilde bir karar mevcut değilse de, tanınmışlığı kanıtlar nitelikteki belgelerle koruma talep edebilmesi yerinde olacaktır. Nitekim hak sahibi Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6.maddesi kapsamında¹⁸ kötü niyetli tescil edilen, kullanılan markalar bakımından kullanımın yasaklanmasını talep edebilmektedir. Ancak, tescilsiz tanınmış bir markaya dayalı olarak ülkemizde tecavüzün önlenmesi, durdurulması ve

¹⁷ Büyükkılıç, G. (2019). Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, İstanbul 1.Baskı, s.76.

¹⁸ Paris Sözleşmesinin 1. Mükerrer 6.maddesi; Tanınmış Markalar;

“(1) Birlik ülkeleri, tescilin yapıldığı ülkenin yetkili makamınca söz konusu ülkede bu sözleşmeden yararlanacağı kabul olunan bir kişiye ait olduğu, aynı veya benzeri mallar için kullanıldığı iyi bilinen tanınmış bir markanın herhangi bir karışıklığa yol açabilecek bir şekilde yeniden reproduksiyonunu, taklit edilmesini veya aslına yakın bir şekilde değiştirilmesini içeren bir markanın kullanılmasını gerek mevzuat izin verdiği takdirde re'sen gerekse ilgilinin isteği üzerine yasaklamayı ve tescilini reddetmeyi veya iptal etmeyi taahhüt ederler. Markanın elzem bir bölümünün tanınmış bir markanın reproduksiyonundan oluşması veya bu tanınmış markayla karıştırılabilecek bir taklitten ibaret olması durumunda da, bu hükümler geçerli olacaktır. (2) Böyle bir markanın iptalinin istenmesi için tescil tarihinden itibaren en az beş yıllık bir sürenin tanınması gerekecektir. Birlik ülkeleri, kullanmanın yasaklanması talebinin yapılması için gerekli süreyi tanıyabilirler.

(3) Kötü niyetli tescil edilen veya kullanılan markaların kullanımının yasaklanmasını veya iptalini istemek için süre tespit edilmeyecektir”.

tazminat davalarının açılması hususu tartışmalıdır. Nitekim 6769 sayılı SMK m. 7/1 uyarınca, markanın tescili halinde marka hakkından doğan hakların kullanılabilceğı belirtilmektedir. Dolayısıyla kullanım mevcut ise ancak haksız rekabet hükümleri çerçevesinde dava açılabilceğı kabul edilmektedir. Buna karşılık, sözleşmeye taraf bir ülke olarak, Anayasa m. 90 uyarınca, Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka dayanak gösterilerek kötü niyetli üçüncü kişi kullanımlarının yasaklanmasını talep etme hakkının mevcut olduğunun kabulü gerekmektedir. Bu kapsamda tescilsiz bir tanınmış markaya dayalı olarak tazminat talebi olmaksızın kullanımın durdurulması, yasaklanması, önlenmesi davaları açılabilceğı gibi gümrük koruma tescili de gerçekleştirilmesine imkân tanınmalıdır. Her ne kadar uygulamada Paris Sözleşmesi anlamında tanınmış bir markanın varlığının ispatı ve tespiti yargılamaya bağı ise de, söz konusu tespitin mahkeme aracılığıyla gerçekleştirilerek alınan tespit kararı ile birlikte gümrük nezdinde korunma sağlanmasını talep etmenin mümkün olması yerinde olur kanaatindeyim. Zira ülkemizde, Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış markanın, tescil olmaksızın gümrük idareleri nezdinde koruması durumunda, yalnızca gümrük işlemlerini denetlemek maksadıyla tescil ettirilen ve Paris Sözleşmesi uyarınca tanınmış marka olarak değerlendirilebilecek markaların, kullanmama def'i ile karşılaşmasının da önüne geçilmesi mümkündür. Bu durumda da, Paris Sözleşmesi ile düzenlendiğı üzere kötü niyetle gerçekleştirilen taklit malların ithalat ve ihracatının da engellenebilmesi yönünde hak sahibi lehine bir düzenleme sağlanabilir kanaatindeyim.

1.3.1.2. Ticaretle Bağılantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS) Kapsamında Tanınmış Marka

TRIPS ile Paris Sözleşmesi kapsamında kabul edilen ve tanınmış markanın korunmasına ilişkin hükümlerin kapsamı genişletilmiştir. Paris Sözleşmesi, tanınmış markanın farklı mal veya hizmetlere ilişkin tescillerde koruma sağlanması hususunda bir düzenleme içermemektedir. TRIPS m. 16 hükmünde markanın sahibi ile üçüncü kişiye ait kullanımlarda yer alan marka ibaresinin kullanıldığı mal veya hizmetler arasında bir bağlantı bulunduğu izlenimi uyandıran kullanımlar yönünden ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme ile üçüncü kişinin kullanımı sonucunda tescilli markanın sahibinin menfaatlerinin zarara uğraması ihtimalinin tespiti koşuluyla Paris Sözleşmesi'nde sağlanan koruma kapsamının markanın tescil edildiğı mal ve hizmetlerden farklı mal ve hizmetler için de geçerli olması kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Paris Sözleşmesi kapsamında

tanınmış bir markanın tescil şartı aranmaksızın, korunmak istendiği ülkede tanınmış olduğu mal ve hizmetler dışında, ilişkilendirilebildiği ölçüde diğer mal ve hizmetler bakımından da korunması sağlanabilmektedir.

1.4. Marka Korumasından Yararlanacak Kişiler

Marka tescil sürecine ilişkin olarak 6769 sayılı SMK m. 3 hükmünde marka korumasından yararlanacak kişiler; Türkiye’de ikametgâhı olmasa veya Türkiye’de sınai veya ticari faaliyette bulunmasalar da “*Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları*” olarak belirlenmiştir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ikametgâhı olan veya ticari, sınai faaliyette bulunan gerçek ve tüzel kişiler, Paris Sözleşmesi uyarınca başvuru hakkına sahip kişiler ile Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması¹⁹ uyarınca başvuru hakkına sahip kişiler olarak belirlenmiştir. Bu kapsamda karşılıklılık ilkesi uyarınca Türkiye’de marka korumasından yararlanacak kişiler de yer almaktadır.

1.5. Markanın Korunmasına Etki Eden İlkeler

1.5.1. Ülkesellik İlkesi ve Kapsamı

*“Kural olarak, mülkiyet hakkı coğrafi sınırların ötesinde bir hâkimiyet sağlamamakla birlikte, bu durum fikri mülkiyet haklarının konusu olan gayri maddi mallarda değişmektedir”*²⁰. Özellikle fikir ve sanat eserleri yönünden, günümüz toplum yapısı göz önünde bulundurulduğunda, doğrudan doğruya ülkesellik ilkesinin varlığını kabul etmek, gelişen teknoloji ve internet ortamında yer alan ihlaller ile mücadelede problem olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle de, somut olayın gereklilikleri göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.5.1.1. Uygulanacak hukuk yönünden

Bir ülkenin siyasi sınırları, aynı zamanda uygulanacak hukukun belirlenmesinde önem arz etmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu m. 23/1

¹⁹ Anlaşmaya taraf olan ülkeler için Bkz. <http://www.oaib.org.tr/tr/sirkuler-2018-1.pdf>

²⁰ Karaman, F. (2008). Marka Hukukunda Ülkesellik İlkesi, Yayınlanmamış YLT, İstanbul, (Çevrimiçi Kaynak: Tez Merkezi) s.45

uyarınca marka hakkının tescili, hükümsüzlüğü ve sona ermesi konularında, marka hakkı hangi ülkede tescil edilmiş ise, o ülke hukukunun uygulanması söz konusudur. Ülkemizde, markaların korunmasına ilişkin uygulamalarda ve açılan davalarda Türk mahkemelerinin yetkisi kamu düzenine ilişkindir. Nitekim marka hakkının devri, miras yoluyla intikali, lisans sözleşmesi ve markanın rehni mümkün olup, bu hukuki işlemlerle ilgili davalarda da markanın tescil edildiği ülke hukuku uygulanmaktadır²¹.

1.5.1.2. Hakkın varlığı yönünden

Ülkesellik ilkesinin “hakkın varlığı” açısından etkisi, hangi ülke hukukunun uygulanacağı değil, markanın varlığının ve bu markanın sahibinin tespiti açısından ülkesel olgularının esas alınmasıdır²². Marka hakkının varlığı, ülkesellik ilkesinin etkisi neticesinde sadece ilgili ülkede doğmaktadır. Dolayısıyla marka hakkının ilgili ülke sınırlarının dışında da söz konusu olabilmesi için her ülkede yeniden tescil ile hak sahipliğinin elde edilmesi gerekmektedir²³.

1.5.1.3. Marka hakkının korumasının etki alanı yönünden

Marka hakkına ilişkin olarak ülkesellik ilkesinin etkilerinden bir diğeri de, hak sahibinin mevcut tescile dayanarak markasının ancak tescil ettirdiği ülke sınırları içerisindeki üçüncü kişiler tarafından kullanımına engel olabilmesidir. Diğer bir deyişle, kural olarak, hak sahibi tescilin bulunduğu ülke sınırları dışında markasının kullanımını engelleyememektedir²⁴.

Paris Sözleşmesi m. 2 ve m. 3²⁵ hükümlerinde, üye ülke vatandaşları veya üye olmayan ülke vatandaşları bakımından koruma istenen ülkede uygulanan kanun ve usuller

²¹ Erdem, B. (2005); Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs, (Fikri Haklar), s.177.

²² Paşlı, A. (2014). Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul 2014 s.185

²³ Paşlı, (2014). s.186.

²⁴ Yasaman/ Altay/ Ayoğlu/ Yusufoglu/ Yüksel (2004), s.5.

²⁵ Paris Sözleşmesi;

Madde 2 Birlik Ülkeleri Vatandaşlarına Tanınan Haklar

1) Birlik üyesi ülkelerden birinin vatandaşları, sınai hakların korunmasıyla ilgili hususlarda, diğer Birlik ülkelerinin kanunlarına kendi vatandaşlarına tanınan veya bundan sonra tanıyabileceği bütün menfaatlerden bu sözleşme ile özel olarak sağlanmış olan haklara hâlel gelmemesi kaydıyla yararlanacaktır. Sonuç olarak,

gereğince korumadan faydalanma hakkına sahip kişiler belirtilmektedir. Bu anlamda, ülke sınırının belirlenmesi önem arz etmektedir. Çalışma konumuz kapsamında gümrük bölgeleri ve bu bölgelerin ülkenin coğrafi sınırları ve siyasi sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Yerleşik içtihatlarla serbest bölgenin ülke sınırı olarak kabul edildiği görülmektedir. Zira serbest bölgede ticari amaçla bulundurma fiilinin olduğu ve serbest bölgelerin de gümrük sınırı içerisinde olduğu kabul edilmektedir²⁶.

Gümrük mevzuatı, eşya ve araçların tabi olacağı işlemleri düzenlemekte olup, her ülkenin kendi gümrük sınırlarında kendi kanunları çerçevesinde işlemler yürütülmektedir. 4458 sayılı Gümrük Kanunu m. 2 hükmünde gümrük bölgesi, Türkiye kara suları, iç suları ve hava sahası olarak belirtilmektedir. Ancak anılan Kanunun 152. Maddesi nazara alındığında serbest bölgelerin, Türkiye Gümrük Bölgesi olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu, her ne kadar serbest bölgelere ilişkin uygulama ve esasları düzenlemekteyse de “*Serbest Bölge*” kavramına “*Tanımlar*” başlığı altında yer verilmediği ancak anılan Kanunun “*Muafiyet ve Teşvikler*” başlığı altında “*Serbest Bölge*” kavramının 4458 sayılı GK’de yer verilen tanıma benzer, fakat daha anlaşılması güç bir biçimde tanımlandığı görülmektedir. Tüm bunların yanı sıra, 4458 sayılı GK m.152’de serbest bölgenin bahsedilirken “*Türkiye Gümrük Bölgesinin Parçasıdır*” şeklinde tanımlanması dikkat çekmektedir.

Serbest bölgeler, “*Türkiye Gümrük Bölgesi*” kavramıyla ilişkilendirilen hemen her türlü kuraldan müstesna tutulmuş olmasına karşın, ilgili maddesinin başında, bu bölgelerin Türkiye Gümrük Bölgesi’nin bir parçası olduğuna yer verilmesi, serbest bölgelerle ilgili bu kadar özerklik tanınması karşısında, kamu otoritesinin, serbest bölgelerde olup bitene müdahale etme hakkını koruma maksadında olduğunun bir göstergesidir. Nitekim 4458 sayılı GK m. 153 hükmü uyarınca, gümrük idaresinin gerek görmesi halinde serbest bölge

bu kişiler haklarına herhangi bir şekilde tecavüz edilmesine karşı, o ülke vatandaşlarına yüklenen kural ve işlemlere uymak şartıyla, onların sahip olduğu aynı koruma ve kanuni yollardan yararlanacaktır.

2) Ancak, sınai hakların herhangi birinden yararlanmak hususunda, birlik ülkelerinin vatandaşlarından, korumanın istendiği ülkelerde ikamet etme veya bir kuruluş tesis etme gereksinimi şart koşulmayacaktır.

3) Birlik ülkelerinden her birinin adli ve idari muhakeme usulüyle ve yargı yetkisiyle ve sınai haklar hususundaki kanunlarca gerek duyulabilen ikametgâh seçimiyle veya bir vekil tayiniyle ilgili hükümleri kesinlikle mahfuzdur.

Madde 3 Bazı Kişilere Birlik Ülkeleri Vatandaşlarıyla Aynı Hakların Tanınması

Birliğe dâhil olmayan ülkelerin vatandaşları olup Birlik ülkelerinden birine ait topraklar üzerinde ikamet eden veya burada gerçek veya fiili ticari müessese sahibi olanlar, Birlik ülkeleri vatandaşları ile aynı muameleye tabi olacaklardır.

²⁶ Yargıtay 11. HD’nin 13.02.2004 tarih, 2003/13968 E., 2004/1201 sayılı Kararı (Çevrim içi kaynak: Kazancı İçtihat Bankası)

kullanıcılarının yaptıkları faaliyetleri veya serbest bölgelerde bulundurdıkları eşyayı denetleme yetkisine sahip olduğu hususu da ayrıca düzenlenmiştir²⁷.

4458 sayılı GK kapsamında; serbest bölgeler, dış ticaret mevzuatı açısından üçüncü ülke statüsünde tescil edilen alanlar olup, bu alanlara eşya giriş ve çıkış işlemlerinde 4458 sayılı GK uygulanmaktadır²⁸. Gümrük işlemleri bakımından, İnegöl'den Gemlik Serbest Bölgesi'ne eşya göndermenin, herhangi bir ülkeye yapılan ihracattan farkı bulunmamaktadır. Benzer şekilde, Eskişehir Organize Sanayi Bölgesi'nde bir fabrikada kullanılmak üzere Trabzon Serbest Bölgesi'nden eşya girişinin, herhangi bir ülkeden yapılan ithalattan farkı bulunmamaktadır²⁹.

Bu anlamda, serbest bölgeler ülke sınırları dâhilinde sayılmamakta ve uluslararası ticaret kurallarına göre şekillenen ve çoğunlukla ulusal ekonomilerin ve çevrenin korunmasını amaçlayan ticaret politikası önlemlerinin uygulanması bakımından, eşya serbest bölgede kaldığı sürece Türkiye'nin ulusal düzeyde izlediği ticaret politikası önlemleri uygulanmamaktadır³⁰. Dolayısıyla, serbest bölgede yer alan ve ülkeye giriş yapmadan, serbest dolaşımda yer alan mallar bakımından da aynı şekilde marka tecavüzünden bahsedilemeyeceğinin kabulü gerekir. Ancak bu hususta 6769 sayılı SMK'nın yasalaşmasından önce uygulamada olduğu gibi doktrinde de tartışmalar yer almaktadır. Bu tartışmalar, diğer bölümlerde ayrıntılı şekilde ele alındığından bu başlık altında kısaca değerlendirilmektedir.

1.5.2. Marka Sahibinin Tekliği İlkesi

6769 Sayılı SMK m. 7/2; "*Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir.*" hükmünü havidir. İlgili hüküm uyarınca, markadan doğan hakkın yalnızca marka hakkı sahibine ait olduğu belirtilmektedir. Bu hükmün tek istisnası, markanın inhisari lisans sözleşmesi ile bir üçüncü kişi tarafından kullanılmasıdır. Zira 6769 sayılı SMK m. 158 uyarınca, marka hakkı sahibinin markadan doğan hakları çerçevesinde

²⁷ Kani, C. (2007). Türkiye'de Serbest Bölge Uygulamaları Sorunları ve Avrupa Birliği Uygulamalarıyla Karşılaştırma, YLT, Ankara -2007, s.86-87.

²⁸ Selen, U. (2015). Gümrük İşlemleri ve Vergilendirilmesi, Ekin Yayınevi, s.29.

²⁹ Selen, 2015, s.29.

³⁰ Selen, 2015, s.29.

üçüncü kişiler aleyhine gerçekleştirilecek işlemler yönünden, inhisari lisans sahibi, marka hakkı sahibi gibi yetkilidir.

Anılan hükümler çerçevesinde marka sahibinin izni olmadan gerçekleştirilen kullanımların hukuka aykırı olduğu kabul edilmektedir. Aynı şekilde tescil edilmiş bir markanın birebir aynısı olan bir ibarenin üçüncü kişi adına tescil edilmesi kamu düzenine aykırı kabul edilerek 6769 sayılı SMK m. 5/1-ç hükmünde bu hususa ilişkin denetimin de TÜRKPATENT tarafından resen gerçekleştirileceği düzenlenmektedir. Benzer şekilde, marka hakkı sahibine, markası ile benzer veya iltibas uyandıran markalar yönünden itiraz hakkı tanınmıştır³¹. Bahsi geçen düzenlemeler, marka sahibinin tekliği ilkesinin bir gereğidir.

Mülga 556 sayılı KHK ile de mutlak ret nedenleri arasında sayılan ve 6769 sayılı SMK kapsamında da yine mutlak ret nedenlerinin yer aldığı 5.maddenin ç bendinde aynı şekilde korunmuş ve bir marka başvurusuna konu ibarenin, önceki tarihli marka başvurusu veya tescili ile aynı olması ve aynı ürün veya hizmet için yapılmış olması halinde reddedileceği kabul edilmiştir. Bu halde 6769 sayılı SMK ile kabul edilen “muafakatname” kavramının bu ilke çerçevesinde nasıl değerlendirileceği tartışma yaratmaktadır. Zira sonraki tarihli marka başvurusuna konu ibare için önceki tarihli marka sahibinin muafakat vermesi halinde, aynı mal veya hizmet için aynı ibarenin marka olarak tescili mümkün hale getirilmiştir.

Dolayısıyla, 6769 sayılı SMK ile mülga 556 sayılı KHK döneminde kabul edildiği üzere yine marka üzerindeki mülkiyet hakkının tekliği ilkesinin benimsenmiş olup olmadığı hususunda tartışma gündeme gelmektedir. *Tekinalp*, söz konusu uygulamanın tanınmış bir marka bakımından marka sahibinin varisleri arasında yaşanan sorunların çözümü açısından getirilen bir düzenleme olduğunu³², *Yasaman* ise 6769 sayılı SMK m. 5/3 hükmü gerekçesinde de belirtildiği üzere, başvuru sahiplerinin birlikte var olma iradelerini ortaya koyabilmelerine imkân tanındığını belirtmektedir³³. Ancak, markada tek sahiplik ilkesinin önemi, mülkiyet hakkından da ziyade, markanın köken gösterme

³¹ Eminoğlu, C. (2016). “Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anayasa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK’nın m.16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi C:1 S:1, s.231, (Çevrimiçi Kaynak: 17.03.2017, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/145041>)

³² Tekinalp, Ü. (2019). 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, s.5-84, s.18.

³³ Yasaman, H. (2019); 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, s.125-172, s.134-135.

işlevinin korunması hususundadır. Zira marka korumasının sağlanması bakımından da teklik ilkesinin benimsenmemiş olması, uygulamada gümrükte korunma da dâhil olmak üzere diğer koruma hallerinde de korumanın nasıl gerçekleştirilebileceği, kimler aleyhine gerçekleştirilmeyeceği gibi birçok sorunu gündeme getirmektedir.

Memişoğlu, esas sorunun 6769 sayılı SMK m. 5/1-ç bendinin mutlak ret nedenlerinden biri olarak belirlenmesinden kaynaklandığını ifade etmektedir. Zira önceye dayalı hakları koruyan AB düzenlemeleri nispi ret nedeni olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla hak sahibinin rızasının bulunduğu hallerde, nispi ret nedenlerinin marka tescilini engelleyemeyeceği kabul edilmiştir³⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, Yargıtay’ın önceki tarihli içtihatlarında “öncelik ve teklik” ilkesinin geçerli olması ve bu ilkenin kamu düzeni ile ilgili olması gerçeği karşısında, piyasada mükerrer markaların var olması kabul edilemez³⁵. Nitekim “*teklik ilkesi*”ne hizmet eden “*öncelik ilkesi*” gereği, tescil için önce başvuran ve tescil sonucuna önce ulaşan kişi, marka üzerinde hak sahibi olarak kabul edilmelidir. Önce yapılan başvuru veya tescil, sonraki tescilleri önleyeceğinden, markanın tekliği ilkesi de korunmuş olacaktır. Öncelik ilkesine ilişkin Paris Sözleşmesi 4. mükerrer m. 6/1 hükmünde ise markaların, korunma talep edilen ülkelerdeki üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını ihlal etmesi durumunda tescil edilemeyeceği öngörülmüştür. Anılan madde hükmündeki kazanılmış haklar ifadesi ile daha önce tescil edilmiş veya başvurusu yapılmış markalar kastedilmektedir³⁶. Dolayısıyla marka sahibinin tekliği ilkesine aykırı olarak değerlendirilen muvafakatnamenin aynı zamanda Paris Sözleşmesi’ne de aykırı olduğu kanaatindeyiz. Nitekim *Suluk/ Karasu/ Nal*’a göre de; muvafakatnamenin kabul edilmesi ile teklik ilkesi terkedilmiştir³⁷.

1.5.3. Markadan Doğan Hakkın Tükenmesi İlkesi

Tükenme ilkesi ile esasen serbest ticaret ve marka tescilinden doğan hakların korunması, kamu yararı ile kişisel kullanımlar arasında bir denge oluşturulması

³⁴ Memişoğlu, (2019). s.519.

³⁵ Arkan, S. (2017). “Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5.3.Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.33, S.3, s.5-11, s.7.

³⁶ Memişoğlu, (2019). s.470.

³⁷ *Suluk/ Karasu/ Nal*; s.178.

hedeflenmektedir. Aksi durum, marka hakkı sahibine sınırsız bir yetki tanınması anlamına gelmektedir³⁸. Dolayısıyla marka hakkı sahibinin haklarının bir anlamda ticari ilişkiler ve kişisel kullanımlar da öngörülerek sınırlandırılması açısından tükenme ilkesi kabul edilmektedir.

Marka tescilinden doğan hakkın tükenmesi, bir malın bir kez piyasaya sürüldükten sonra, marka sahibinin malların dağıtımında itirazda bulunamaması anlamını taşımaktadır. Hakkın tükenmesi kavramı, esasen marka sahibi tarafından marka ibareli ürünlerin piyasada satışa sunulmasında uygulanır. Buna göre, marka sahibi tarafından marka ibareli malların toptancısına satıldıktan sonra, satış sözleşmesinde hüküm olmadıkça marka sahibinin malların perakendeciye satışını engellemek ya da perakendeci tarafından halka satışını önlemek için marka hakkına dayanması söz konusu olamaz³⁹. Markadan doğan hakkın tükenmesi bazı koşulların varlığına bağlıdır. İlk olarak markayı taşıyan ürünlerin piyasaya sürülmüş olması gerekir. İkinci olarak da piyasaya sürme işleminin marka sahibi tarafından veya onun izniyle gerçekleşmiş olması gerekir⁴⁰.

1.5.3.1. Coğrafi bakımdan uygulama alanları

Markadan doğan hakkın tükenmesi ilkesi, birçok ülkede farklı coğrafi sınırlar için kabul edildiğinden, marka tescilinden doğan hakkın tükenmesinde tercih edilen sistemlerin coğrafi olarak sınıflandırmak yerinde olacaktır. Buna göre; uluslararası, ulusal ve bölgesel tükenme ilkeleri mevcuttur.

1.5.3.1.1. Uluslararası tükenme

Malların hak sahibi veya onun izni ile bir başka üçüncü kişi tarafından uluslararası herhangi bir pazara sunulduktan sonra, markanın marka sahibine sağladığı hakların malların piyasaya sunulduğu ülkeden başka hiçbir ülkede ileri sürememesidir. Bir başka deyişle, marka sahibinin malları piyasaya sunulduktan sonra, dünyanın hiçbir ülkesinde

³⁸ Tekdemir, Y. (2003); “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi Bir Yaklaşım”, Rekabet Kurumu Dergisi, C.4 S.1, s.3-33, s.10.

³⁹ Dalkıran, M. (2003). Avrupa Topluluğu Hukuku Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Haklarında Hakkın Tüketilmesi, Türk Patent Bülteni İlkbahar, Ankara, s.20.

⁴⁰ Çağlar, 2015, s.163.

pazarlamadan sonraki aşamalara müdahale edememesidir⁴¹. Bu sebeple artık markayı taşıyan malın ihracı, ithalatı, geri ithalatı, paralel ithalatı da dâhil olmak üzere her türlü tedavülü mümkün hale gelmektedir. Japonya bu ilkeyi benimsemiştir⁴².

Mülga 556 sayılı KHK m. 13/1 ile marka sahibinin izni ile veya marka sahibi tarafından piyasa sunulma eyleminin açıkça Türkiye’de gerçekleşmesi halinde, marka tescilinden doğan hakların tüketildiği düzenlenmiştir. Ancak 6769 sayılı SMK m. 152 ile “Türkiye”, ibaresi ilgili hükümden çıkarılmıştır. Dolayısıyla anılan madde hükmünde bir coğrafi sınırlama yapılmadığı görülmektedir. Nitekim ilgili madde hükmünün gerekçesinde mülga 556 sayılı KHK m. 13/1’de yer verilen “Türkiye’de” ibaresine Kanunda yer verilmeyerek uluslararası tükenme ilkesinin tercih edildiği belirtilmektedir⁴³.

Uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmesi ile “paralel ithalat” ve “gri pazar” kavramları gündeme gelmektedir. Paralel ithalat, ülkeler arasında ticaret unsurunu içinde taşıyan bir kavramdır. Bu çerçevede paralel ithalattan söz edebilmek için, daha önce piyasasında aynı malın bulunduğu ülkeye ithalatın yapılması ve aynı mallar arasında bir mal-içi rekabet doğmalıdır. Bu kavram da dilimizde marka-içi rekabet olarak adlandırılmaktadır⁴⁴.

Paralel ithalat, marka hakkı sahibinin izni ile satın alınan ürünlerin, hak sahibinin izni olmaksızın bir başka ülkede satışa sunmak maksadıyla gerçekleştirilen ithalattır⁴⁵. Dolayısıyla birden fazla ülkede satışa sunulan bir ürünün her ülkede farklı fiyatlandırılması sonucu, ürünün daha ucuza piyasaya sürülen bir ülkeden daha pahalı satışa sunulan bir diğer ülkeye satılmak maksadıyla ithal edilmesi ile gündeme gelmektedir. Bu nedenle de uluslararası tükenme ilkesinin özellikle ürünlerin fiyatlarına etki edeceği öngörülebilmektedir. Zira paralel ithalat yoluyla markalı ürünlerin ithalat ülkesinde piyasaya sunulması ile tüketicinin aynı ürünü daha ucuza alma imkânı ortaya

⁴¹ Meran, N. (2015). Marka Hakları ve Korunması, 4. Bası, Ankara, s.362-363.

⁴² Çağlar, 2015, s.163.

⁴³ İlgili kanun maddesinin gerekçesi için Bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=198111&pkanunnumarasi=6769>

⁴⁴ Arıkan, Ayşe Saadet; Hakkın Tükenmesi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017), s.643.

⁴⁵ OECD, “Synthesis Report On Parallel Imports”, Joint Group on Trade and Competition, 2002 s.4. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/DAFFE/COMP/TD\(2002\)18/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/DAFFE/COMP/TD(2002)18/FINAL&docLanguage=En)

çıkmaktadır⁴⁶. Bu halde de, aynı ürünün daha düşük fiyat ile piyasada yer alması mümkün hale geldiğinden şirketler rekabet edebilmek için fiyat düşüşüne gitmek mecburiyetinde kalacağı öngörüsü oluşmakta ise de, piyasada fiyat düşüşü etkili bir şekilde hissedilmez. Yapılan araştırmalar ile uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi durumunda ortaya çıkan fiyat farkının %2'yi aşmadığını ortaya çıkarmıştır⁴⁷. Dolayısıyla uluslararası tükenme ilkesi ile marka hakkından doğan hakların oldukça sınırlandırıldığı ve buna karşılık ekonomik etkinin de beklenildiği kadar yüksel olmayacağı kanaatindeyim.

Paralel ithalatın gündeme gelmesi yönünden örnek verilecek olursa; *“Türkiye’de ve malın ithal edildiği ülkede, aynı şahıs adına tescilli veya lisanslı ise, markanın sahibi veya lisans sahibi ithal işlemini marka hukukuna dayanarak yasaklayamaz. Şöyle ki; “Southstar” markası, bir ABD firması olan “S....” adına, televizyonlar için Türkiye’de ve yine aynı firma adına İtalya’da tescil edilmiş olsun. Bu durumda bu marka altında televizyonları ABD’den Türkiye’ye ithal etmek ve Türkiye’de “Southstar” markası altında üretim yapmak hakkını münhasıran “A....” şirketine tanımış ise, farklı bir firmanın aynı televizyonları üretimin yapıldığı İtalya’dan ithal etmesi paralel ithalattır. Paralel ithalat marka hukuku yönünden haksız kullanımı oluşturmaz. Bu noktada tek satıcılık sözleşmesine dayanılarak ürünlerin gümrükte durdurulması sağlanamaz”*⁴⁸. Dolayısıyla ulusal tükenmenin kabul edildiği sistemlerde, paralel ithalat marka tescilinden doğan haklara dayanılarak durdurulabilmekte veya engellenebilmekteyken, uluslararası tükenme ilkesinin kabul edildiği sistemde marka tescilinden doğan hakların söz konusu ticari işlemlere etkisi bulunmamaktadır⁴⁹. 6769 sayılı SMK ile getirilen uluslararası tükenme ilkesi uyarınca, bu anlamda bir tartışma kalmamıştır. Zira uluslararası tükenme ilkesinin mevcudiyeti ile dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürülmüş bir ürün üzerinde kullanılmış bir markanın varlığı, hakkın tükenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda, farklı ülkelere farklı kalitelere ürün sağlayan markalar yönünden, daha düşük kalitede bir ürünün, daha kaliteli ve pahalı üretim yapılan bir ülkede üçüncü kişi tarafından satımını mümkün kılmaktadır. Oluşan fiyat farklılıklarının, iç piyasa yönünden rekabetin artarak, ekonomik anlamda fiyatların düşmesine sebebiyet vermesi beklenmektedir. Ancak

⁴⁶ Bosse, A./ Madsen, K. S. Trademark Protection and Parallel Trade Within The EEA, European Trademark Law Module 2A, s.9.

⁴⁷ Gülpınar, M. K. (2004). 556 sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, İstanbul 2014, s.71

⁴⁸ Tekinalp, Ü. (2004). Fikri Mülkiyet Hukuku, s.413.

⁴⁹ Yasaman, 2017, s.150.

uygulamada daha çok, düşük kalitedeki ürünlerin de iç piyasaya dâhil olmasını sağlamaktadır.

Gri ithalat ile paralel ithalat her ne kadar aynı amaca hizmet etseler de birbirinden farklı kavramlardır. Paralel ithalat, ülke içinde hak sahibinin izni ile veya hak sahibi tarafından yurt içinde sunulan mallar ile paralel ithalatı yapılan mallar arasında bir fark mevcut değildir. Ancak yurtdışında piyasaya sunulan mallar ile yurtdışında piyasaya sunulan mallar arasında herhangi bir farklılık bulunması halinde gri ticaretten bahsedilmektedir⁵⁰. Gri ticarete konu ürünler de “gri mal” olarak nitelendirilmektedir. Gri mal deyimi önceden, meşru olmayan malları nitelendirmek maksadı ile kullanılmaktayken, günümüzde gri mal ile belirtilmek istenen taklit veya korsan mal olmayıp, aynı markalı iki mal arasında küçük farklılıklarla gündeme gelen ürünlerdir⁵¹.

1.5.3.1.2. Ulusal (Ülkesel) tükenme

Ulusal (Ülkesel) tükenme ilkesi, marka sahibinin hakkını tükettiği alanı ulusal sınırlarla sınırlamaktadır. Ulusal tükenme ilkesi, bir ülkede mallar piyasaya sunulduktan sonra marka sahibinin bu mallar bakımından o ülke sınırları içinde marka hakkını tüketmiş olmasıdır⁵². Ayrıca ülkesel tükenme ilkesinin tipik sonucu olarak ülkenin farklı bir bölgesinde yapılan piyasaya sunum işlemi sadece o bölgede değil, tüm ülke sınırları içerisinde markalı malların tükenmesine yol açacaktır. Bu sebeple de marka hakkı sahibinin ülke içerisinde farklı fiyat politikaları ya da farklı ihtimaller doğrultusunda piyasaya sunum işlemi yapması mümkün olmayacaktır⁵³.

1.5.3.1.3. Bölgesel tükenme

Marka üzerindeki hak, sadece malın piyasaya sürüldüğü ülkede değil, belirli bir bölge açısından sona ermektedir. Bölgesel tükenmeye en güzel örnek AB’dir⁵⁴.

⁵⁰ Aslan Düzgün, Ü. (2010). Marka Hakkının Tükenmesi, s.220.

⁵¹ Güllü, E. (2001). Marka Hakkının Tükenmesi ve Paralel İthalat, Ankara 2001, Uzmanlık Tezi, s.72 (Çevrimiçi Kaynak: Erişim 23.10.2019) <https://docplayer.biz.tr/18823333-Marka-hakkinin-tukenmesi-ve-paralel-ithalat.html>

⁵² Meran, 2015, s. 363.

⁵³ Gülpınar, 2014, s.52

⁵⁴ Çağlar, 2015, s.162.

1.5.3.2. Tüklenme ilkesinin istisnaları

Tüklenme ilkesinin istisna hükmünü içeren, 6769 sayılı SMK m. 152 hükmünde, Mülga 556 sayılı KHK m. 13 kapsamında kabul edilen istisna hükmü aynen benimsenmiştir. Dolayısıyla marka sahibinin izni ile piyasaya sunulan ürünlerin varlığı ile hak sahibinin kendi izni ile piyasaya sürülen ürünler bakımından hakkın tükendiği kabul edilmektedir. Bu durumun istisnasını ise, piyasaya hak sahibinin izni ile sürülen ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek ve kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasıdır. Söz konusu kullanımların varlığı halinde, marka sahibi, marka tescilinden doğan haklarını bu üçüncü kişilere karşı kullanabilmektedir. Kötüleştirek veya değiştirilerek gerçekleştirilen kullanımlar bakımından her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁵.

Hakkın tüketilmesi ile marka sahibinin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen haksız ve marka ibaresini taşıyan ürünlerin değiştirilerek ve kötüleştirilerek kullanılmasını engelleme hakkı bulunmaktadır. Ürünlerin değiştirilmesinden, hak sahibi lehine iyileştirme yönünde bir eylem de söz konusu olabilir. Bu durumda iyileştirmenin, marka ibaresini taşıyan ürüne yüklenen işlev ile iyileştirme eyleminin bu işlevden ne ölçüde uzaklaştığının tespiti gerekmektedir. Ciddi bir işlev farklılığı söz konusu ise, marka hakkı sahibinin söz konusu kullanımlara da müdahale hakkı bulunmaktadır⁵⁶.

⁵⁵ Yargıtay 11. HD 2016/11969 E, 2018/5029 sayılı Kararda; “Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı uyarınca davalılardan ... Gıda San. Ltd. Şti'nin davacıya ait ... markalı orijinal ürünleri yurt dışından ithal ederek Türkiye'de satışını yaptığı, diğer davalı ... Paz. Ltd. Şti.'nin ise ithal edilen bu ürünlerin ...'daki satış noktalarına dağıtımını yaptığı, ürünler üzerindeki seri numaralarının ürünü izlemek, üründen sorumlu olan kişiyi bilebilmek amacı taşıdığı, davaya konu ürünlerin orijinal ürünler olduğu, hakkın tükennesi ilkesi gereği paralel ithalat ile ürünlerin ülkeye sokulabileceği ancak Türk mevzuatı uyarınca ürünler üzerine Türkçe etiket ve kod numaralarının bulunması gerektiği, davaya konu ürünlerin 3 adedi dışında bu yükümlülüklerin yerine getirildiği, 3 adet ürün bakımından ise "seri numarası arkadadır." yazısına rağmen ürünler üzerinde seri numaranın bulunmadığı gerekçesiyle ... markalı olup gümrükte el konulan ürünlerden ithalatçı firmanın etiketi üzerinde parti seri numarası yazılı olan ürünler bakımından davanın reddine, yedieminde ve gümrükte bulunan ürünlerin iadesine, ... markalı olup gümrükte ve yedieminde el konulan viskiler üzerinde bulunan ithalatçı firmanın etiketi üzerinde parti seri numarası şişenin arkasındadır yazısı bulunan ancak seri numarası bulunmayan ürünler bakımından, marka haklarına tecavüz ve haksız rekabetin tespitine, ürünlerde davacı markasının silinmesine ve çıkarılmasına, mümkün olmayanların içindeki içki davalı tarafından alınarak şişelerin masrafi davalı taraftan alınarak imhasına, masrafi davalılardan alınarak hüküm özetinin ilanına, tedbirin hüküm kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiştir.”

⁵⁶ Kaya, s.259.

1.6. Marka Sahibinin Hakları

1.6.1. Kullanma Hakkı

Marka sahibi, adına tescil ettirmiş olduğu markayı, tescil ettirmiş olduğu sınıflar yönünden ticari faaliyetlerinde kullanma hakkı elde etmiş olmaktadır. Ancak, marka sahibinin bu hakkı aynı zamanda, marka sahibinin bir yükümlülüğü niteliğindedir. Zira 6769 sayılı SMK m. 9 uyarınca tescil tarihinden itibaren beş yıl süre ile markanın kullanılmaması veya kullanıma ara verilmesi halinde üçüncü kişiler tarafından markanın iptali talep edilebilmektedir.

Mülga 556 sayılı KHK m. 14 ile kullanma kabul edilen haller; markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması, markanın marka sahibinin izni ile kullanılması, markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarda kullanılması, markayı taşıyan malın ithali olarak belirtilmişti. Ancak 6769 sayılı SMK ile markayı taşıyan malın ithali kullanım olarak belirtilen hallerde yer almamaktadır. Avrupa ülkeleri yasal düzenlemelerinde olduğu gibi ülkemizde de kullanma olarak üç hal düzenlenmiş olup, AB mevzuatı ile uyumlu hale getirilmiştir.

Marka sahibinin yükümlülüğü anlamında markanın kullanılması eyleminin ciddi kullanım ile gerçekleşmesi gerekmektedir. “*Ciddi kullanım*” kavramı, 40/94, 89/104 ve 2008/95, 2015/2436 sayılı AB direktiflerinde de yer bulmuş olmasına karşın, kavramın net bir şekilde tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla “*ciddi kullanım*” kavramının her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerektiği düşünülmelidir. Bir markanın ciddi kullanılmaması halinde markanın iptali menfaat sahipleri tarafından dava yoluyla talep edilebilmektedir. Markanın iptali işlemi bakımından 6769 sayılı SMK ile 10.01.2017 tarihinden yedi yıl sonra yürürlüğe girecek olan bir uygulama kabul edilmiştir. Bu uygulama ile TÜRKPATENT, üçüncü kişilerin başvuruları ile kullanılmayan markaların iptalini gerçekleştirme yetkisine sahip olmaktadır. Her ne kadar iptalin koşullarının mevcut olup olmadığı TÜRKPATENT tarafından incelemeye alınacaksa da, TÜRKPATENT tarafından alınan kararların yargıya intikali kaçınılmazdır. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin hayata geçmesi, başvuru süreçlerinin uzamasına sebebiyet vereceği gibi yargıya da ek bir yük olması muhtemel görünmektedir. Geçiş sürecinde ise, iptal yetkisi 6769 sayılı SMK geçici madde 4 hükmünde yetkili mahkemelere bırakılmıştır. Diğer yandan, 6769 sayılı

SMK m.29/2 hükmünde tecavüz davalarında olduğu gibi hükümsüzlük davalarında da kullanmama def'i hakkı kabul edilmiş ve bu uygulama kanun ile birlikte yürürlüğe girmiştir.

6769 sayılı SMK ile yürürlüğe giren kullanmama nedeniyle iptal ve kullanmama def'i kavramları, Anayasa Mahkemesi'nin 2016/418 E. ve 2016/189 sayılı kararı⁵⁷ uyarınca 556 sayılı KHK m.14/1 hükmünün iptal edilmesi ve yeni kanunun dört gün sonra yürürlüğe girmesi sebebiyle tartışmalara sebep olmuştur⁵⁸. Ancak 11. HD'nin 14.06.2019 tarihli 2019/1765 E. ve 2019/4421 sayılı kararı⁵⁹ ile söz konusu dört günlük yasal boşluğun bir boşluk olarak değerlendirilemeyeceği ve yasa koyucunun amacının geçmişe etkili bir yasalaşma sağlamak olduğu gözetildiğinden bahisle, markanın kullanma yükümlülüğünün uygulanması bakımından tereddütler yargı önünde giderilmiştir. Ancak, kanunların geriye yürümezliği ilkesi karşısında alınan kararın gerekçesinin⁶⁰ yerinde olup olmadığı tartışmaya açıktır.

⁵⁷ 06.01.2017 tarihli RG.

⁵⁸ Bkz. Çağlar, H. (2017). "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK M.14 Hükmünü İptal Eden Kararının Etkileri", GÜHFD C.11, 2017, S.1. s.3-19.

⁵⁹ Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası

⁶⁰ Anılan kararın gerekçesi; "...Kural olarak kanunlar geriye yürümez ve ileri etkili olarak sonuç doğurur ise de, TBMM'nin geçmişe etkili olacak şekilde kanun çıkarmasına da bir engel bulunmamaktadır. Her ne kadar 6769 sayılı SMK'da kullanmama nedeniyle iptal ve def'i haklarını düzenleyen Kanun maddelerinin yürürlük tarihi konusunda özel bir düzenleme yapılmadığı için Resmi Gazetede yayını tarihi itibarıyla yürürlüğe girdiği anlaşılmakta ise de, Kanunun Resmi Gazetede yayın tarihinin 10.01.2017, kabul tarihinin 22.12.2016 olduğu dikkate alındığında, mülga 556 sayılı Marka KHK'nın 14.maddesinin iptaline dair AYM kararının 06.01.2017 tarihinde RG'de yayımlanması ve bu tarihte yürürlüğe girmesi nedeniyle, 14.maddenin bu tarihe kadar hukuki varlığını sürdürüyor olması karşısında, SMK'nın kabul tarihi konusunda kanun koyucunun iradesi 22.12.2016 tarihinde ortaya çıktığından, Kanun Koyucunun asıl amacının geçmişe etkili olacak şekilde kullanmama sebebiyle markanın iptalini öngördüğünün kabulünün gerektiği, Kanunun kabulünden sonra ve henüz yürürlüğe girmesinden önce, yürürlük konusunda öngörülmeleyen AYM kararı ile ortaya çıkan kanun boşluğunun bu şekilde doldurulması gerektiği (Numan Sabit Sönmez; 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Markanın Kullanılmaması Neticesinde Ortaya Çıkan Sonuçlar (İHFM, S.76(1), s.283 vd.) nitekim ilk derece mahkemesince de 10.07.2017 tarihinde açılan davada 6769 sayılı SMK'nın yürürlük tarihinden önceki dönemi de kapsayacak şekilde kullanmama değerlendirmesi yapılarak, markanın tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından marka sahibi tarafından dava tarihinden geriye doğru beş yıllık süre içerisinde Türkiye'de ciddi biçimde kullanılmadığının tespitine ve markanın kullanmama nedeniyle iptaline dair kararda ve bu karara yönelik yapılan istinaf başvurusu üzerine yapılan inceleme sonucunda Bölge Adliye Mahkemesince temyiz isteminin esastan reddine ilişkin kararda, saptanan somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hukuk kuralları ve yapılan yargılama gözetildiğinde bir isabetsizlik olmadığının anlaşılmasına, kararın usul ve yasaya uygun olmasına, HMK'nın 369/1 ve 371.maddelerinin uygulanmasını gerektirici nedenlerin de bulunmamasına göre Bölge Adliye Mahkemesi kararının ONANMASINA karar vermek gerekmiştir."

1.6.1.1. Markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması

Kural olarak, markanın tescil edildiği şekilde kullanılması esastır. Ancak, gelişen sektör ve piyasalar gereğince, marka sahipleri, markanın özünü değiştirmeden, görsel veya şekil mahiyetinde değişikliklere gidebilmektedir. Bu takdirde, markanın temel işlevi olan ayırt edicilik karakterinin ortadan kaldırılmadan, başka bir marka ile ve başka bir teşebbüs ile karıştırılma ihtimali uyandırmayacak şekilde, tescil edildiği mal veya hizmet yönünden kullanılması mümkündür.

Uygulamada, marka sahipleri, aynı marka üzerinde ufak değişiklikler yapmış olsalar dahi, yeni bir marka tescili için müracaat etme gereksinimi duymaktadırlar. Bu durum da, mükerrer birçok markanın, marka sicilini işgal etmesi anlamına gelmektedir. Oysa marka üzerinde ufak değişikliklerin yapılması, yine marka kullanım hakkı kapsamını aşmamakta ve belirtilen kıstaslara uyulması halinde de yine kullanım yükümlülüğünün yerine getirildiği hususunda tereddüt uyandırmamaktadır.

Kullanımlar bakımından markanın ayırt edici karakterinin değişip değişmediği veya kullanımın haklı olup olmadığı, her somut olayda yer alan duruma göre değerlendirilmesi gerekir. Kullanıma konu markanın kelime markası, şekil markası, renk markası olup olmadığı ya da birden fazla unsurun bir arada kullanılması sebebiyle oluşan genel izlenimin de değerlendirilmesi gerekir⁶¹.

Teknolojinin gelişmesi ve küreselleşme neticesinde birçok marka sahibi, markasını modernleştirerek kullanmaya devam etmektedir. Bu şekilde markada yapılan değişikliklere “tacking” adı verilmektedir⁶². Markanın tasarımında gerçekleştirilen değişiklikler tüketici nezdindeki etkisine göre değerlendirilmektedir. Nitekim kısaltmaların gündeme geldiği bir dönemde “OPTIMIST INTERNATIONAL” ibaresinin “OI” kısaltması ile kullanılması tamamen farklı bir marka olarak kabul edilmiştir⁶³. Günümüzde “minimalizm” akımı ile

⁶¹ Çağlar, Hayrettin; “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, Ankara Barosu FMR Hukuk Dergisi Y:7, C:7 S:2, 2007, s.11-27.

⁶² Durham, A. L. (2017). “The Trouble With Tracking”, Houston Law Review, 2017, s.1037. Çevrimiçi Kaynak Erişim 13.04.2019) <https://houstonlawreview.org/article/3939>.

⁶³ Durham, s.1037.

markaların minimal bir şekilde tasarlandığı görülmektedir. Bu tür sadelik getiren hususlar yine genel izlenim değerlendirilerek incelenmelidir.

1.6.1.2. Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ve ambalajlarında kullanılması

Alman Marka Kanununda ilgili hükümde açıkça⁶⁴ ihracat işlemi esnasında mal üzerinde ve ambalaj üzerine marka basımının ülke içinde gerçekleştirilmiş olması aranmaktayken, 6769 sayılı SMK m. 9-b hükümde bu konuda bir açıklık getirmemiştir. Ancak, ihracat amacıyla, markanın mal ve ambalajlarda kullanılmasından, ihracat için gümrük işlemine tabi tutulana dek geçen süreçte ambalajlanması anlaşılmalıdır. Zira ihraç edilen ülkede markanın mal ve ambalaj üzerine konulması, ihracat amacı ile değil yurtdışında satış için gerçekleştirilmiş sayılır. Bu durum da ülkesellik ilkesine aykırıdır.

1.6.1.3. Markanın marka sahibinin izni ile kullanılması

Marka sahibinin izni ile gerçekleşen kullanımlar, 6769 sayılı SMK m.9/3 hükmünde marka sahibi tarafından gerçekleştirilen kullanım olarak kabul edilmektedir. Ancak bu izin, herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla lisans verilmiş olabileceği gibi, sözlü olarak da marka sahibinin izin vermesi mümkündür. Şöyle ki, şirket ortağı olan bir şahsın kendi adına almış olduğu marka ibaresini, ortağı olduğu şirket tarafından kullanılmasına yazılı ya da sözlü olarak izin vermiş olması aranmayacaktır. Marka ibaresi bu halde, şirket mal varlığından sayılmaz. Ancak kullanım hakkının söz konusu şirkete verildiği kabul edilir. Bu ve benzeri hallerde, izin verildiği hususunun belgelendirilmesi gerekmemektedir. Ancak doktrinde marka sahibinin zımnen izin veremeyeceği kabul edilmektedir. Nitekim *Arkan*, marka kullanılmaya başlanmadan önce ve açık bir şekilde kullanıma izin verilmiş olmasını, aksi halde, örneğin kullanmama nedeniyle iptal davası açılması halinde kullanıma sonradan verilmiş bir “icazet”in kabul edilemez olduğunu belirtmektedir⁶⁵. Marka sahibinin izninden bahsedilmesi ile esasen

⁶⁴ Bkz. MarkenG Art.26/4 “*Als Benutzung im Inland gilt auch das Anbringen der Marke auf Waren oder deren Aufmachung oder Verpackung im Inland, wenn die Waren ausschließlich für die Ausfuhr bestimmt sind.*”

⁶⁵ Arkan, S. (1998). Marka Hukuku, C2, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, s.152; Aynı görüşte Kargın, V. (2005). “Kullanılmayan Markalar Sorunu”, Hukuk Gündemi Dergisi, S 2, Ankara, s.44-45,s.45; Sert, S. (2007). Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara, s.72; Oral, S. (2008), “Markayı Kullanma Yükümlülüğü”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C 4, S 16, s.847-864, s. 855; Öztürk, E. (2009). “Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C 5, S. 20, s.777-812, s.798.

marka sahibinin kontrolü altında kullanımın gerçekleştirildiğinin kabul edilmesi anlamını ifade etmektedir. Bu halde, tamamen bağımsız gerçekleştirilen kullanımın, izin kapsamında düşünülerek, marka sahibi tarafından gerçekleştirilen kullanım olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir⁶⁶.

1.6.2. Tasarrufta Bulunma Hakkı

Tescilli bir marka sahibi, markasını üçüncü bir kişiye devredebileceği gibi, lisans sözleşmesi ile üçüncü kişilerin, markayı kullanmasını sağlayabilmektedir. Marka, kişi malvarlığı olarak kabul edildiği için, malvarlığına ilişkin hükümler uygulanmaktadır⁶⁷. Bu halde, şahıs, kendisine ait bir markayı, değeri oranında ortağı olduğu bir şirkete de sermaye olarak devredebilir⁶⁸.

Şirket devrinde ise, şirkete ait tescilli bir marka, şirket malvarlığı olarak kabul edilir. Ancak şirket devri söz konusu olduğunda, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, marka haklarının da devredildiği 6102 sayılı TTK m. 11/3 hükmü ile kabul edilmiştir. Bu halde, taraflar marka hakkını ayrı tutarak devir gerçekleştirebilirler.

1.6.3. Koruma Hakkı

Marka sahibi, 6769 sayılı SMK m. 159 uyarınca markasının üçüncü kişilerce izinsiz kullanılmasını engelleme hakkına sahip olduğu gibi, marka tecavüzünün şartlarının oluşması halinde, markasının korunmasını isteme hakkına da sahiptir. Aynı şekilde, 6769 sayılı SMK m.30 uyarınca yalnızca hukuki değil cezai yaptırımların uygulanmasını da ilgili makamlardan talep edebilme hakkına sahiptir.

Marka sahibinin koruma hakkı, 6769 sayılı SMK m.29 hükmünde düzenlendiği üzere, yalnızca markanın aynısının taklit edilerek kullanılması için değil aynı zamanda, iltibas halinde de söz konusudur. İltibasın değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulacak olan hususlar, marka ibaresinin şekli unsurları ile birlikte bir bütün olarak

⁶⁶ Arkan,1998, s.152; Aynı görüşte Kargın, 2005, 44-45,s.45; Sert, 2007, s.72; Oral, 2008, s. 855; Öztürk, 2009, s.798.

⁶⁷ Kara, E.(2018). Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği, İstanbul 1. Baskı, On İki Levha Yayınları s.14, Uzunallı, S (2012), s.12 vd., Yasaman/ Ayoğlu/ Yusufoglu/ Yüksel; 2004, s.175.

⁶⁸ Akdağ Güney, N. (2014). Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul, s.98-99.

değerlendirilmesi ile tescil kapsamında yer alan ürün veya hizmetlerin aynı veya ilişkilendirilebilir olmasıdır.

1.6.3.1. Marka ibaresi ile aynı veya benzer ibarelerin izinsiz olarak üçüncü kişiler tarafından kullanımını engelleme

Tescilli bir markanın tescil kapsamında yer alan mallar ve hizmetler konusunda kullanım hakkı, kural olarak marka sahibine aittir. Marka hakkı sahibi, daha önce tescil ettirmiş olduğu markanın kapsamış olduğu mal ve hizmet ile aynı malın hizmetin marka olarak kullanılmasını önleme hakkına sahiptir. Yukarıda da ele alındığı üzere marka hakkının tekliği ilkesi ile paralel olarak değerlendirilmektedir. Mülga 556 sayılı KHK m. 8/4 ile yer aldığı şekli ile marka, tescil edilmiş veya tescil için başvurusu daha önce yapılmış bir markanın aynı veya benzeri olmakla birlikte, üçüncü kişiler tarafından bu ibareler farklı mallar veya hizmetlerde kullanılabilir. 6769 sayılı SMK'da ise, açık bir hüküm yer almamaktadır.

Mülga 556 sayılı KHK m. 8'de düzenlendiği gibi 6769 sayılı SMK m. 6/1 hükmünde de tescil edilmiş veya önceki tarihte başvurusu yapılmış marka ile aynılığı ya da benzerliği ve kapsadığı mal veya hizmetlerin aynılığı ya da benzerliğinin mevcut olmasını açıkça nispi ret nedenleri olarak belirtilmektedir. Dolayısıyla nispi ret nedeni olarak ileri sürülebilen benzer ürünler veya hizmetlerin varlığının aynı zamanda bir marka hakkına tecavüz fiilini oluşturması, her ne kadar 6769 sayılı SMK'da açık bir hüküm bulunmasa da, mümkün değildir. Nitekim TRIPS'te de kabul edildiği üzere, alelade markalar bakımından tescil kapsamında bulunan ürün veya hizmet bazında sınırlı bir korumadan bahsedilebilmektedir⁶⁹.

Gerçekleşen izinsiz kullanımların varlığı halinde, marka hakkına tecavüz oluşturan eylemlerin engellenebilmesi için öncelikle tescilli bir markanın mevcut olması ve ihlal eylemlerinin tescilli markanın koruma süresi içerisinde hak sahibinden izinsiz olarak gerçekleştirilmiş olması gerekir. Belirtilen hususlar, ön şart olmakla birlikte 6769 sayılı SMK ile düzenlenen kullanmama def'i ile kanun koyucunun tescil edilmiş markanın aynı zamanda ülkemizde kullanılmakta olduğu şartını aradığını belirtmek yanlış olmayacaktır.

⁶⁹ Paslı, A. (2018) Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul, s.28.

Ancak, kullanım şartı bir ön şart olmayıp def'i olarak ileri sürülebilir nitelikte düzenlenmiştir. Dolayısıyla marka tescilinin marka sahibine doğrudan doğruya ihlal hükümlerinden faydalanmasını sağlasa da herhangi bir def'i halinde, kullanımı ispat etmesi beklenmektedir. Bu durum, 6102 sayılı TTK m. 54 vd. hükümlerinde düzenlenen haksız rekabet hükümleri ile benzerlik göstermektedir. Nitekim Türkiye'de kullanılmayan bir işaret veya amblem için nasıl ki haksız rekabetten söz edilemeyeceği kabul edilmişse, marka için de kanun koyucunun iradesi de bu yöndedir. Ancak belirtmek gerekir ki, marka hakkının ihlali durumunda ülkemizde kullanılmasa da uluslararası tanınmış ve bilinen markalar bakımından taklit ürünlerin üretimi, satımı ve farklı ülkelere sevki durumunda uluslararası ticari ilişkiler yönünden ağır sonuçlar doğurabilecektir.

Ön şartların varlığı halinde, ayrıca tescile konu marka ibaresi ile aynı, benzer nitelikte bir ibarenin yine tescilli marka kapsamında yer alan ürün veya hizmetler kapsamında kullanılması neticesinde ticari bir menfaat elde edilmiş olması şartları yer almaktadır. Tecavüz fiilini gerçekleştiren bir üçüncü kişi olabileceği gibi lisans sahibi de olabilir. Lisans sahibinin tecavüz fiili, taraflar arasında sözleşmeye aykırı bir şekilde yetkinin genişletilmesi veya sözleşmeden doğan hakların izinsiz olarak üçüncü kişilere devredilmesi halinde gündeme gelmektedir. Bu kapsamda lisans sahibinin kullanmama def'i ileri sürmesinin 4721 sayılı MK m. 2 hükmü kapsamında dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Nitekim marka hakkı sahibinin izni ile kullanılması, marka tescilinden doğan kullanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi olarak kabul edilmektedir. Ancak lisans sahibi, tarafına verilen yetkileri genişleterek, lisansa konu ürün yerine farklı bir ürün üzerinde markanın kullanımını gerçekleştirdiği takdirde, kullanmama def'ini ileri sürmesinin taraflar arasındaki ticari ilişkiye ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Marka hakkına tecavüz olarak değerlendirilen fiiller yönünden, 6769 sayılı SMK m. 29 hükmünün atıf yapmış olduğu 7. madde hükümlerinde yer alan fiiller de aynı şekilde izinsiz kullanım olarak değerlendirilmektedir. İlgili madde hükmünde, marka sahibinin izinsiz kullanım halinde önlenmesini talep edebileceği fiillere yer verilmiştir. Buna göre marka sahibi tarafından; tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve tescilli markanın kapsadığı mal veya hizmetlerle aynı veya benzer mal veya hizmetleri kapsayan ve bu nedenle halk tarafından tescilli marka ile ilişkilendirilme ihtimali de dâhil

karıştırılma ihtimali bulunan herhangi bir işaretin kullanılması, aynı, benzer veya farklı mal veya hizmetlerde olmasına bakılmaksızın, tescilli marka ile aynı veya benzer olan ve Türkiye’de ulaştığı tanınmışlık düzeyi nedeniyle markanın itibarından haksız bir yarar elde edecek veya itibarına zarar verecek veya ayırt edici karakterini zedeleyecek nitelikteki herhangi bir işaretin haklı bir sebep olmaksızın kullanılması engellenebilmektedir. Bu gibi durumlarda marka sahibi, işaretin, mal veya ambalajı üzerine konulmasını, işareti taşıyan malların piyasaya sürülmesini, teslim edilebileceğinin teklif edilmesini, bu amaçlarla depolanmasını veya işaret altında hizmetlerin sunulmasını ya da sunulabileceğinin teklif edilmesini, işareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesini, işaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılmasını, işareti kullanan kişinin, işaretin kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bağlantısı olmaması şartıyla işaretin aynı veya benzerinin internet ortamında ticari etki yaratacak biçimde alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük ya da benzeri biçimlerde kullanılmasını, işaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılmasını, işaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılmasını yasaklayabilmektedir. Söz konusu fiillerin önlenmesi, durdurulması talep edilebilmesi nedeniyle, sayılan fiillerin aynı zamanda marka hakkına tecavüz oluşturduğunun kabulü gerekir.

Markanın izinsiz kullanılmasına ilişkin olarak mülga 556 sayılı KHK m. 9/1-c hükmünde *“İşareti taşıyan malın gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması.”* hükmü düzenlenmişken, 6769 sayılı SMK m. 29/1-c hükmünde *“Markayı veya ayırt edilemeyecek derecede benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde tecavüz yoluyla kullanılan markayı taşıyan ürünleri satmak, dağıtmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek, ticari amaçla elde bulundurmak veya bu ürüne dair sözleşme yapmak için öneride bulunmak.”* markanın izinsiz kullanımı olarak belirlenmiştir. Mülga 556 sayılı KHK döneminde gümrükçe onaylanmış bir işlem kavramının marka hukuku bakımından ne ifade ettiği açık bir şekilde değerlendirilmemiştir.

Oysa bir eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması; serbest dolaşımda olmayan, gümrüğün gözetimindeki eşyanın, gümrüğün bilgisinde veya gümrüğün onaylandığı uygun gördüğü veya uygun göreceği çerçevede işlem veya kullanıma tabi tutulmasıdır. Diğer bir deyişle; eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulması veya bir serbest bölgeye girmesi veya Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracı veya

imhası veya gümrüğe terk edilmesidir⁷⁰. Görüldüğü üzere, daha kapsamlı olan bu işlemlerin koruma kapsamında tutulmasından vazgeçilmiş, bunun yerine yeni düzenleme ile ithalat ve ihracat işlemlerine tabi tutulan ürünler yönünden izinsiz kullanımın mevcut olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ancak, 6769 sayılı SMK m. 29 hükmünde açık bir şekilde tanımı yapılmamış olan *“başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak”* fiilinn de yine marka hakkına tecavüz teşkil edeceği düzenlenmiştir. Bu noktada, ürünleri satmak, dağıtmak fiilleri haricince, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak fiilinden ne anlaşılması gerektiği tam olarak izah edilebilmiş değildir. Söz konusu düzenlemenin etkisi, gümrük mevzuatı açısından bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

1.6.3.2. Suç duyurusunda bulunma hakkı

Marka hakkının ihlali yalnızca hukuk uyumsuzluğu olmayıp, aynı zamanda 6769 sayılı SMK m. 30 ile suç olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, marka hakkı sahibi, ihlal halinde suç duyurusunda bulunma ve arama el koyma gibi işlemlerin gerçekleştirilmesini talep etme hakkını haizdir. Suçun niteliği bakımından marka hakkına tecavüz suçlarının ekonomik suçlar kategorisinde mütalaa edilebileceği ve ticari amaçla ve bilerek gerçekleştirilme şartlarının mevcudiyeti nedeniyle anayasaya aykırılık oluşturulduğu iddia edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi söz konusu iddiaların Anayasa’nın 2., 13. ve 38. maddesine aykırılık iddiasıyla gerçekleştirdiği inceleme neticesinde yapılan itirazı reddetmiştir⁷¹. Dolayısıyla ceza uygulamasındaki tereddütler giderilmiştir.

1.6.3.3. Gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkı

Marka sahibi 6769 sayılı SMK m. 159/2 uyarınca; haksız marka kullanımlarının durdurulmasını, ilgili ürünlerin üretiminde kullanılan malzemelerin, makinelerin imhasını talep edebilmekte olduğu gibi, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest bölgelerde ihlal teşkil eden ürünlerin durdurulmasını, el konulmasını ve bunların saklanmasını talep etme hakkına sahiptir.

⁷⁰ Nural, A. (2015). 4458 Sayılı Gümrük Kanunu-Açıklamalı, Ankara, Şubat, s.11.

⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin 2017/172 E, 2018/32 K. 06.04..2018 tarihli ve 30383 sayılı RG.

Ticaret Bakanlığı tarafından uygulamaya konulan elektronik başvuru işlemleri ile fikri ve sınaî hakların gümrüklerde korunmasına ilişkin önlemler alınmaktadır. Elektronik başvuru, marka sahibi tarafından veya yetkili kıldığı kişilerce, başvuru yapmaya yetkili olduklarını gösterir bir vekâletname ile çevrimiçi olarak gerçekleştirilebilmektedir. Söz konusu başvuru, ancak markanın tescili halinde ve tescil belgesinin örneği de ibraz edilerek gerçekleştirilmektedir.

Başvuru gerçekleştirilirken şüpheli görülen gerçek veya tüzel kişi bilgileri ile ürün menşeleri bilgi olarak verilebilmektedir. Aynı şekilde ihlal oluşturduğu bilenen veya ihlal oluşturduğundan şüphe edilen ürünlerin görselleri de sistem üzerinden yüklenebilmektedir. Uygulama olarak öncesinde yazılı olarak başvuru yapılan hususların çevrimiçi gerçekleştiriliyor olması çok daha hızlı ve kullanışlı bir elektronik sistem oluşturulmak istendiğini göstermektedir.

Gelişen teknoloji ile birlikte günümüzde, taklit markaların gerçek markalardan ayrılmasının, üreticiler için bile, oldukça zorlaşması ve izinsiz marka kullanımının bu anlamda her geçen gün daha da artması, gerçek hak sahiplerinin bu konuda daha farklı tedbirler almasını gerektirmektedir⁷². Gümrük görevlileri tarafından da aynı şekilde, taklit markaların tespiti oldukça güç hale gelmiştir. Bu nedenle marka sahipleri, ürünlerinde, markalarında, marka kullanımında veya ambalajlarında, doğrudan tespit edilemeyen farklılıklar gerçekleştirerek, izinsiz kullanımların tespitini kolaylaştırma yoluna gitmiştir. Dolayısıyla, marka sahibinin temsilcileri, gerçek ürün ile taklit ürün ambalaj farklarını ve tespiti için dikkat edilmesi gereken hususları ilgili gümrük görevlilerine kısa bir eğitimle sunabilmektedir. Görsellerin ibrazı esnasında da elektronik ortamda yüklenen görsellerin özellikle hangi hususların değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görsel olarak ibraz edilebilmektedir. Ancak video veya ses kaydı gibi materyaller sistem üzerinden ibraz edilememektedir.

⁷² Pekdinçer, T./ Tüzün, I. (2010). “Taklit Marka ve Gümrüklerde El Koyma” s.475-510, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, XII Levha Yayıncılık, s.486.

İKİNCİ BÖLÜM

TESCİLLİ MARKAYI TAŞIYAN EŞYANIN İZİNSİZ OLARAK GÜMRÜK İŞLEMLERİNE TABİ TUTULMASI VE UYGULANACAK TEDBİRLER

2.1. Gümrük Kanunu Kapsamında Marka Hakkı İhlali Doğuran Eşya Kavramı

Marka hakkını ihlal eden fiiller, kanunumuzca marka hakkına tecavüz teşkil eden fiiller olarak belirtilmiştir. Çalışmamızın birinci bölümünde izah edildiği üzere, birçok fiil marka hakkına tecavüz kapsamında değerlendirilmektedir. Gümrük idareleri nezdinde gerçekleştirilen denetim ile gümrük işlemlerine tabi tutulan eşyalar yönünden ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yapılmaktadır.

Gümrük işlemine konu edilen bir “eşya” olduğundan, eşyalar bakımından somut bir değerlendirme ambalaj ve ürün üzerinde kullanılan markanın incelenmesi ile mümkündür. Dolayısıyla yapılacak değerlendirme ancak tescil kapsamında gerçekleştirilen birebir kullanımın var olması halinde dikkate alınmaktadır. İltibas tehlikesinin de marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinden hareketle, benzer ibareli markaların aynı sınıf kapsamında veya benzer veya aynı markanın tescil kapsamında olmayan fakat benzer bir ürün için kullanılmasının da ihlal olarak değerlendirilmesi gündeme gelmektedir. Ancak bu değerlendirmenin yapılabilmesi için mevcut bir iddia üzerine mahkemeler nezdinde dahi görülmekte olan davalar yönünden, tecavüzün mevcut olup olmadığı hususunda bilirkişi incelemesi yapılmaktayken, gümrük idaresinin iltibası tespit ederek, başvuru üzerine veya resen işlem yapmasının ne derece doğru olduğunun tartışılması gerekmektedir. Diğer yandan da bu değerlendirmenin yapılmaması halinde, hak sahibi aleyhine bir durumun doğacağı açıktır.

Örnek olarak; ülkemizde tescilli bulunan “KUPA” kelime markasının 25.sınıf kapsamında “*Koruyucu amaçlı olanlar hariç her türlü malzemeden yapılmış iç-dış giysiler, çoraplar, fularlar, şallar, bandanalar, eşarplar, kemerler.*” bakımından tescilli olduğunu ve gümrük idaresinde de geçerli bir koruma başvurusunun olması halinde, gümrük işlemine tabi tutulmak üzere, gümrük birimlerine sunulan eşyanın ise 18.sınıfta yer

alan “Derilerden, deri taklitlerinden veya diğer malzemelerden mamul taşıma amaçlı başka sınıflarda yer almayan eşyalar: çantalar, cüzdanlar, deri veya kösele kutular ve sandıklar, anahtar muhafazaları, bavullar, valizler.” kapsamında olduğu düşünüldüğünde gümrük idaresinin uygulamasının tartışılması gerekir. Aynı şekilde yine 25.sınıf kapsamında yer alan bir ürünün “KUPPA+şekil” veya “KUPPA” veya “KUPA+şekil” markasını taşıdığını fark eden gümrük idaresinin nasıl bir yol izlemesi gerektiği de tartışmaya açıktır.

Bu anlamda 4458 sayılı GK m. 57 uyarınca, “*Fikri ve sınai haklar mevzuatına göre korunması gereken haklar ile ilgili olarak hak sahibinin yetkilerine tecavüz teşkil eder mahiyette eşya*” olarak tanımlanan eşyanın ihlal oluşturup oluşturmadığı noktasında, idarenin nasıl bir değerlendirme yapma yetkisinin mevcut olduğu belirtilmemiştir. Oysa “tecavüz teşkil eder” nitelikteki eşya kavramı çalışmamızın ilk bölümünde de izah edildiği gibi birçok şekilde gündeme gelmesi mümkündür. Buradaki sorun, idarenin bu tespiti yapabilecek nitelikte olup olmadığı veya tespiti yapmakta yetkili olup olmadığıdır. Çalışmanın devamında bu hususlar da göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmaktadır.

2.1.1. Taklit Marka Kavramı

Marka sahibinin izni olmaksızın, “*markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek*” 6769 sayılı SMK m. 29/1-b hükmü uyarınca marka hakkına tecavüz hallerinden biri olarak belirlenmiştir. Burada, taklit marka, markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin izinsiz kullanılması kastedilmektedir. Dolayısıyla, taklit marka taşıyan ürünlerin kalitesi, asıl ürün kadar kaliteli olması veya olmaması bu durumda önem arz etmemektedir. Önemli olan, markanın veya benzerinin izinsiz kullanılmasıdır⁷³. Buna karşılık 6769 sayılı SMK m. 29/1-a’nın atfı ile m. 7’de yer alan fiillerin de marka hakkına tecavüz olduğu belirtilmektedir. Bu hüküm çerçevesinde “*marka ile aynı veya benzer olan*” ifadelerine yer verilmektedir. Aydın’a göre, iki tür benzerlik kıstasının yanına bir de “*ayırt edilemeyecek kadar benzer*” kıstasını

⁷³ Pekdincer/ Tüzün, 2010; s.70

getirmek kavramlar arasında ve tespit bakımından tereddütler oluşturmaktadır⁷⁴. Nitekim konumuz yönünden tartışılması gereken “taklit eşya” tanımı gündeme gelmektedir. 6769 sayılı SMK kanunu kapsamında ve 4458 sayılı GK kapsamında söz konusu tanımlar yönünden birlik oluşturulması gerekmektedir.

2.1.2. Taklit Eşya Kavramı

Taklit eşya, Gümrük Yönetmeliği m. 100/1-c hükmünde tanımlanmıştır. Tanıma göre, korunmakta olan bir markanın “*tescilli olduğu sınıf kapsamında*” yer alan aynı tip eşya için “*aynı markayı veya esas yönleriyle ayırt edilemeyecek nitelikte*” bir marka ibaresini taşıyan eşya taklit ürün olarak belirlenmektedir. Taklit ürün ile birlikte veya ayrı bir şekilde sahte ürün ile aynı koşullarda gümrüğe sunulan logo, etiket, stiker, broşür, kullanım kılavuzu, garanti belgesi gibi her türlü marka ibaresini barındıran materyaller de taklit ürün statüsündedir.

Gümrüklerde ele geçen taklit eşyanın serbest bırakılmasının ertelenmesine dair TRIPS’in 51.maddesinin dipnotunda “sahte markalı mal” ifadesi ve tanımı yer almaktadır. Tanıma göre, söz konusu mallar için geçerli olarak tescil edilmiş bir markaya benzer veya esas unsurları ile bu markadan ayırt edilemeyen bir markayı izinsiz olarak taşıyan ve bu nedenle ithalat yapılan ülkenin yasaları kapsamında söz konusu markanın sahibinin haklarını ihlal eden mallar ile bu malların ambalajlar, sahte markalı mal olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla “*taklit marka taşıyan eşya*” ile “*taklit eşya*” kavramlarının ayrı ayrı kullanılması yine kavramsal bir yanılgı ortaya çıkarsa da, temelde aynı kavramlardır.

Ancak, 4458 sayılı GK m. 57 kapsamında “*tecavüz teşkil eder*” mahiyetteki eşya kavramı ile Gümrük Yönetmeliği m. 100/1-c kapsamında değerlendirilen “*bir markanın tescilli olduğu sınıf kapsamında yer alan aynı tip eşya*” kavramları uygulamada farklı değerlendirilmektedir. Zira tecavüz değerlendirmesinde tescil kapsamında bulunan mal veya hizmetlerin benzer mahiyette ve aynı tüketici kitlesine hitap eder nitelikteki mal veya hizmetler bakımından tecavüzün varlığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, “*korunmakta*

⁷⁴ Aydın, F. (2017). “*Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat*”, TBBD C.30, S.133, Kasım-Aralık, s.517-576, s.522-523.

olan markanın tescil kapsamı ile aynı tip eşya” ancak koruma kapsamındaki mallar bakımından kullanımda geçerli olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla yalnızca “*taklit marka*” ve “*taklit eşya*” kavramları bakımından değil, bu eşyaların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği hususunda da kanun ve yönetmelik düzenlemelerinde birlik söz konusu değildir. Gümrük Yönetmeliği düzenlemesi kanun hükmüne aykırı olmamakla birlikte, kanun tarafından tespit edilen taklit eşya kavramının nitelendirmesini daraltmaktadır. Uygulamada çevrimiçi sistem üzerinden yapılan başvuru kapsamında Gümrük Yönetmeliğinde belirtildiği üzere, birebir tescil kapsamında yer alan ürünler yönünden koruma başvurusuna başvurulamamaktadır. Zira çevrim içi sistemde gerçekleştirilen sınıflandırma, çok daha kısıtlı bir sınıflandırmadır. Çalışmanın devamında ilgili sınıflandırma şekli, 2.4. numaralı şekilde yer almaktadır

2.2. Gümrük İşlemleri ve Denetimi

2.2.1. Eşyanın Gümrükçe Onaylanmış Bir İşlem Veya Kullanıma Tabi Tutulması

Kavramı

Malın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması; serbest dolaşımda olmayan, gümrüğün gözetimindeki malın, gümrüğün bilgisinde veya gümrüğün onayladığı, uygun gördüğü veya uygun göreceği çerçevede işlem veya kullanıma tabi tutulmasıdır. Yani; malın, bir gümrük rejimine tabi tutulması veya bir serbest bölgeye girmesi veya Türkiye Gümrük Bölgesi dışına yeniden ihracı veya imhası, gümrüğe terk edilmesidir⁷⁵.

Mülga 556 sayılı KHK ile eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması marka hakkının ihlali olarak kabul edilmişti. Bir malın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması deyiminden 4458 sayılı GK m. 14 uyarınca; malın bir gümrük rejimine tabi tutulması, bir serbest bölgeye girmesi, Türkiye Gümrük Bölgesi dışında yeniden ihracı, imhası, gümrüğe terk edilmesi anlaşılmaktadır. Ancak malın bir gümrük rejimine tabi tutulması deyimine ise 4458 sayılı GK m. 15 uyarınca, malın serbest dolaşıma giriş, transit, gümrük antrepo, dâhilde işleme, gümrük kontrolü altında işleme, geçici ithalat, hariçte işleme ve ihracat rejimlerinden herhangi birine tabi

⁷⁵ Nural, 2015, s.11.

tutulması anlamına gelmektedir. Bu anlamda ihlal olarak belirlenen işlemlerin esasen oldukça kapsamlı olduğunun kabulü gerekir.

Malın niteliğine, miktarına, menşesine, yükleme veya varış ülkesine bakılmaksızın, bir mal, belirlenmiş şartlar altında her zaman gümrükçe onaylanmış işleme veya kullanımlardan birine tabi tutulabileceği 4458 sayılı GK m. 55'te düzenlenmiştir. Ancak, aynı maddenin devamında, ithalat ve ihracat yönetmelikleri kapsamında düzenlenen ithali ve ihracı yasak mal ve hizmetler için gümrükçe onaylanmış işlem ve kullanımların uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bu çerçevede, Bakanlar Kurulu Kararı doğrultusunda; kamu ahlakı, kamu düzeni, kamu güvenliği, insan, hayvan ve bitki sağlık ve hayatlarının korunması, sanatsal, tarihi veya arkeolojik değeri olan ulusal hazinelerin korunması, fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması gerekçeleri ile malın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına yasaklama veya kısıtlamalar getirilebilir. Bunlar dışında gümrük idareleri ile muhatap olan bütün eşyalar gümrükçe onaylanmış işlem ve kullanıma tabi tutulur⁷⁶. Zira 4458 sayılı GK m. 46 hükmü uyarınca, gümrüğe sunulan eşyaya gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanım belirlenmesi zorunluluğu mevcuttur. Nitekim 4458 sayılı GK m. 46/2 hükmünde denizyolu ile gelen eşya bakımından kırk beş gün, diğer hava ve kara taşımacılığı ile ulaşan eşyalar bakımından özet beyanın verilmesinden itibaren yirmi gün içerisinde belirlenen işlemlerin uygulanacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla sınırları belirlenmiş süreler zarfında işlemlere başlanması zorunludur.

Kanun maddesinde yer verilen “Özet Beyan”, gümrük işlemlerinin doğmak üzere olduğu konusunda gümrük idaresinin bilgilendirilmesi işlemidir. İkinci bilgilendirme konusu ise daha önce bildirim yapılan özet beyan kapsamı eşyanın gümrük bölgesine girdiğinin bildirilmesiyle ilgilidir ki, bu bildirim “Sunum İşlemi” ile yapılmaktadır. Bu iki bildirim yapılmadan gümrük beyan işlemleri başlatılamamaktadır⁷⁷.

Her ne kadar mülga 556 sayılı KHK hükümleri çerçevesinde oldukça kapsamlı bir düzenleme söz konusu ise de, uygulamada özellikle ithalat ve ihracat işlemleri ve transit geçiş sağlayan ürünler yönünden ihlalin var olup olmadığının tartışıldığı görülmektedir.

⁷⁶ Selen, 2015, s.27-28.

⁷⁷ Selen, 2015, s.33.

Nitekim 6769 sayılı SMK ile de, ihlal olarak sayılan gümrük işlemleri ithalat ve ihracat ile sınırlandırılmıştır.

Bununla birlikte, 6769 sayılı SMK m. 30/1 hükmünde yer alan seçimlik hareketler arasında “ithal, ihraç, ticari amaçla bulundurma, nakletme veya depolama” da yer almaktadır. Aynı şekilde 6769 SMK m. 159/2-b uyarınca; tecavüz ürünlerine gümrüklerde veya serbest bölgelerde, limanlarda, bulundukları her yerde el koyma talep edilebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, transit işlemi ve eylemi de nakil veya ticari bulundurma olarak nitelendirilebilecektir⁷⁸.

Gümrük Yönetmeliği m. 110 hükmü uyarınca; Fikri ve sınai hakları ihlal ettiği gerekçesiyle işlemleri durdurulan veya alıkonulan eşyanın, Türkiye Gümrük Bölgesine girişine, Serbest dolaşıma girişine, Türkiye Gümrük Bölgesini terk etmesine, ihracına, yeniden ihracına, şartlı muafiyet düzenlemesine tabi tutulmasına, serbest bölgeye konulmasına izin verilmez. Bu anlamda her ne kadar 6769 sayılı SMK kapsamında ithalat ve ihracat fiilleri tecavüz halleri olarak belirtilmişse de esasen gümrükçe onaylanmış bir işlem kapsamında değerlendirilen tüm fiillerin marka hakkını ihlal olarak değerlendirilebileceği görülmektedir. Zira gümrüğe her ne sebeple olursa olsun sunulan bir eşyanın işleme alınması gerekmektedir. İşleme alınan eşyanın da Gümrük Yönetmeliği kapsamında, transit rejimde de uygulanan, serbest dolaşıma girme veya serbest bölgeye konulmasına izin verilmeyeceği kabul edilmiştir.

2.2.2. Gümrükçe Onaylanmış İşlem ve Kullanımlar

2.2.2.1. Eşyanın serbest bölgeye girmesi

Serbest bölgeler, dış ticaret mevzuatı açısından üçüncü ülke statüsünde olup, bu alanlara eşya giriş ve çıkış işlemleri de gümrük mevzuatı hükümlerine göre yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla bu alanlara eşya gönderilmesi ihracat, buralardan Türkiye gümrük bölgesine eşya getirilmesi ise ithalat olarak görülmektedir. Yani, gümrük mevzuatı açısından İnegöl'den Gemlik Serbest Bölgesi'ne eşya göndermenin, Çin'e yapılan ihracattan farkı yoktur⁷⁹.

⁷⁸ Güneş, İ. (2017). Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları, Ankara, s.291.

⁷⁹ Selen, 2015, s.29.

Dolayısıyla izinsiz kullanılan marka ibaresini taşıyan malların serbest bölgeye getirilmesi de marka hakkına tecavüz teşkil eder. Zira Türkiye Cumhuriyeti sınırlarının içinde yer alan serbest bölgeler de 6769 sayılı SMK hükümleri uygulanacaktır⁸⁰. Yargıtay 11. HD 1999/4928 E ve 1999/7026 sayılı “BAHMAN” marka ibareli sigaraların Mersin serbest bölgeye getirilmesi üzerine açılan dava yönünden, ürünlerin hiçbir şekilde Türkiye’ye ithal işlemlerinin gerçekleşmemiş olduğu, yani ürünlerin Türkiye pazarına dâhil olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca ürünlerin menşei olan Bulgaristan’da davalı adına marka tescilinin mevcudiyeti göz önünde bulundurularak davanın niteliği itibariyle ülkesellik ilkesinin uygulanma amacının gerçekleşmediği gerekçesi ile Yerel Mahkeme kararını bozmuştur⁸¹.

Ancak Yargıtay bu görüşünü zamanla değiştirerek serbest bölgeler bakımından ülkesellik ilkesi uyarınca ilgili hükümlerin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Yargıtay 11 HD 2003/5128 E 2004/1432 sayılı Kararı ile marka hakkından doğan hakların kapsamının madde hükmünde kazuistik olarak belirlenmediği, ithal ve ihrac eylemleri belirtilmişse de taklit malların transit geçişinin de tecavüz teşkil edeceğinin doktrinde kabul edildiği belirtilmektedir. Bu anlamda ülkesellik ilkesi uyarınca, gümrük hattı dışı eşya satış mağazalarının ülke sınırları içerisinde olduğu ve bu bölgelerde faaliyet gösteren işletmeler bakımından da ilgili yasal marka hakkının kullanılması ve korunması bakımından muafiyetin söz konusu olmadığı kararda açıkça belirtilmiştir⁸².

2.2.2.2. Eşyanın yeniden ihracı

Eşyanın yeniden ihracı, serbest dolaşımda bulunmayan eşya için geçerlidir. Serbest dolaşımda olmayan eşyaların yeniden ihracı, ihracat rejimine uygun olarak gerçekleştirilir. Burada ihracatta uygulanan ticaret politikası önlemleri bu eşyalar için de gerekirse işletilebilir⁸³.

⁸⁰ Uzunallı, S.(2012). “Marka Korumasının Kapsamı ve Tazminat Talebi”, 2012, Adalet Yayınevi Ankara, s.289.

⁸¹ Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası

⁸² Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası

⁸³ Selen, 2015, s.31.

2.2.2.3. Eşyanın imhası ve gümrüğe terki

Serbest dolaşımda bulunmayan eşyanın gümrük idaresine hiçbir mali yükümlülüğü olmaksızın gümrük idarelerinin kontrolünde imhası veya gümrüğe terki mümkündür. Ancak bunun için önceden ilgili gümrük idaresine bilgi verilmesi gerekmektedir. İmhası veya gümrüğe terki istenen bir eşya için gümrük beyannamesi verilmiş ve onaylanmış ise gümrük idaresi tarafından ilgili beyanname üzerinde gerekli değişiklikler yapılarak eşyanın imhasına veya gümrüğe terkine izin verilebilir. İmha sonucu açığa çıkan ürünler, gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma sokuluncaya kadar gümrük gözetiminde tutulur⁸⁴.

İmha ve terk uygulaması bakımından uygulamanın anlaşılabilmesi açısından şu şekilde bir örnek verilebilecektir; yurt dışından teneke kutular içinde balık konservesinin ithal edilmesi durumunda, numune alınması ve Gıda Araştırma Merkezine kimyasal analize gönderilmesi mümkündür. Analiz sonuçları balıkların ithaline imkân vermeyecek ölçüde olumsuz çıkması halinde iki işlem söz konusu olabilmektedir. Bunlardan ilki, balıkların ihracatçı firmaya iadesi veya başka bir ülkeye gönderilmesidir. Bu durumda yapılacak olan işlem eşyanın mahrece iadesi veya yeniden ihracıdır⁸⁵.

İkinci olası işlem ise balıkların imhasıdır. Bu durumda, gümrük idaresinden, imha masrafları ithalatçıya ait olmak üzere, ithalatçının imha talebinin olumlu karşılanması halinde, balıklar tekneye yüklenerek gümrük idaresinin gözetiminde, kavanozlarından çıkarılarak denize dökmek suretiyle veya farklı şekillerde imha edilebilecektir⁸⁶. Dolayısıyla, bu ve benzeri olaylarda imha kavramının ne derece etkin ve zararsız olduğunun tartışılması da mümkündür.

İmha işleminden sonra açığa çıkan teneke kutular ise, yan ürün olarak değerlendirilir ve gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması gerekmektedir. Yan ürün olarak açığa çıkan teneke kutuların gümrüğe terki istenebilmektedir. Gümrüğe terk edilen eşyanın tasarruf hakkı devlete geçmiş olur ve devlet bu eşyaların tasfiyesinden elde ettiği geliri devlet bütçesine irat olarak kaydeder⁸⁷.

⁸⁴ Selen, 2015, s.31.

⁸⁵ Selen, 2015, s.31.

⁸⁶ Selen, 2015, s.31.

⁸⁷ Selen, 2015, s.32.

2.2.2.4. Eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulması

Gümrük rejimine tabi tutulmak istenilen eşya yönünden uygulanacak rejimin öngördüğü şekilde, yetkili gümrük idaresine beyanda bulunulması gerekir. Gümrük rejimleri; serbest dolaşıma giriş, ihracat, transit, antrepo, dâhilde işleme, gümrük kontrolü altında işleme, hariçte işleme, geçici ithalat rejimidir. Bunlardan antrepo, dâhilde işleme, gümrük kontrolü altında işleme, hariçte işleme, geçici ithalat rejimleri ekonomik etkili rejimlerdir⁸⁸. Ekonomik etkili rejimler, vergilerin tahsil edilmeden teminata bağlanması (dâhilde işleme rejiminin geri ödeme sistemi hariç, bu sistemde tahsil edilip rejim ibrasında iade edilmektedir.) ve uygulamaları itibarıyla vergisel yönü dışında, ekonomik sektörleri de etkileyebilecek rejimler olarak tanımlanabilmektedir⁸⁹. Bir de şartlı muafiyet düzenlemesi deyimi mevcuttur. 4458 sayılı GK m. 79 hükmü uyarınca, transit, antrepo, şartlı muafiyet sistemi kapsamında dâhilde işleme, gümrük kontrolü altında işleme ve geçici ithalat şartlı muafiyet düzenlemesi olarak yer almaktadır. Düzenlemenin kapsamında bakıldığında “*şartlı muafiyet düzenlemesi*” ile “*ekonomik etkili rejim*” kavramı ayırımına gidilmesinin genel mahiyette konumuz yönünden bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu ayırım daha ziyade vergilendirme ile ilgilidir.

Vergilerin tahsil edilmemesi bir şarta bağlanan her rejim bir şartlı muafiyet düzenlemesi, yine vergilerin tahsil edilmeden teminata bağlandığı her rejim de ekonomiyi doğrudan etkileyecek haller olduğu için ekonomik etkili bir rejimdir⁹⁰. Dolayısıyla eşyanın bir gümrük rejimine tabi tutulması esasen vergi sorumluluğu ile ilgili bir kavram olup fikri ve sınai hakların korunması kapsamında ayrı ayrı fiiller olarak değerlendirilmemesi gerekir. Zira tüm gümrük işlemleri özet beyanın sunulması ile başlar ve gümrük denetimi de yine bu beyanın bildirilmesi ile başlamaktadır.

2.2.3. Gümrük Denetimi

Gümrük denetim süreci, gümrük işlemleri sırasında ve gümrük işlemleri sonrasında yapılan denetim faaliyetlerinden oluşmaktadır. Gümrük işlemleri sırasında yapılan gümrük denetimi, ağırlıklı olarak, beyanın doğruluğunun kontrolünü kapsamaktadır. Bunun

⁸⁸ Nural, 2015 s.203.

⁸⁹ Nural, 2015, s. 276.

⁹⁰ Nural, 2015, s.276.

yanında, eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulması öncesinde, elektronik ortamda verilen özet beyan üzerinden risk yönetimi temelinde yapılan kontroller ile özet beyan eksiklik ve fazlalığına ilişkin takibat da gümrük işlemleri sırasında yapılan denetim kapsamındadır. Gümrük işlemleri sonrasında yapılan gümrük denetimi ise, sonradan kontrol, ikinci kontrol ve ihbar üzerine yapılan olağanüstü denetimlerden oluşmaktadır⁹¹.

Ülkemizde Ticaret Bakanlığı tarafından yürütülen gümrük işlemleri, gümrük idareleri aracılığı ile denetime tabi tutulmaktadır. Gümrük işlemleri, beyanname ve özet beyan sunumu elektronik ortamda sorumlu kişinin elektronik imzası ile gerçekleştirilmektedir. Özet beyanında taşınan ürünün türü, hangi vasıta ile taşındığı, nereden geldiği gibi bilgilerin doldurulması gerekmektedir. Bu şekilde, elektronik ortam üzerinden bildirilen bilgiler, ürün geldiğinde hızlı bir şekilde denetimden geçebilmektedir. Dolayısıyla, denetimin özet beyanın sunumu ile başlamaktadır. Ticaret Bakanlığı tarafından toplanılan bilgiler, aynı zamanda marka sahibi veya vekili tarafından gerçekleştirilen çevrimiçi başvuru kapsamını da içermektedir. Bir marka sahibinin, yeterli ve detaylı bilgi ile gümrük idaresine başvurusu halinde, gümrük özet beyanları ile eşleştirilerek, izinsiz kullanımın tespiti oldukça pratik bir şekilde tespit edilmektedir. Ancak genel bir gümrük koruma başvurusunun, gümrük idaresi tarafından denetimi oldukça zordur. Bu halde, her özet beyanı verilen ürünün denetlenmesi gibi bir sonuç çıkar ki, oldukça zaman alan denetimler ve bürokrasi nedeniyle işlemlerin sürdürülebilir olması sağlanamaz. Ancak ortak bilgi ağının daha da genişletilmesinin özellikle e-devlet sistemi üzerinde toplanan hizmet de göz önünde bulundurulduğunda, yargı kararlarının da sisteme dâhil edilmesi ile çok daha farklı uygulamaların gündeme gelmesi mümkündür. Bu yöndeki değerlendirmeler üçüncü bölümde detaylı olarak ele alınacaktır.

Diğer yandan, gümrük idaresinin denetim yetkisinin nasıl kullanılması gerektiği hususunda, “tecavüz teşkil eder” mahiyette bir kullanımın veya “taklit eşya” olarak belirtilen kullanımların idarece takdir yetkisi kullanılarak durdurulmasının yerindelik denetiminde tereddüt uyandırmaktadır. Zira gümrük denetimi ile resen olduğu gibi talep üzerine de ilgili eşyalar bakımından işlem uygulanmaktadır. Resen bir eşya, marka hakkına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle durdurulabileceği gibi, talep olmasına karşın gümrüğe

⁹¹ Üyümez E. M./ Gültekin, R. (2016). “Gümrük Denetimi: Türkiye Uygulamalarının Analizi” Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi C.8 S.14, Mart, s.343-365), s.350.

kazanılmış bir hakkın varlığının gümrük idareleri nezdinde kanıtlanması oldukça güçtür⁹². Koruma altında bulunan fikri ve sınai hakların genişletilmiş olmasına karşın paralel ithalat ve seyahat eden kişilerin şahsi eşyaları bu korumadan muaf tutulmuştur. Bir diğer değişiklik ise tüm AB ülkeleri bu Tüzüğe uyum sağlamak zorundadır. Zira gümrük koruması için AB genelinde bir korumanın gerçekleştirilmesi planlanmaktadır. 608/2013 sayılı Konsey Tüzüğü kapsamında gümrük koruma başvurusunun ulusal yapılabileceği gibi, AB’de yer alan tüm ülkeler nezdinde de yapılabileceği kabul edilmiştir. Aynı zamanda, AB içerisinde bulunan tüm gümrük idarelerinin bilgi ve belgeleri paylaşabileceği yasal bir altyapı oluşturulmuştur. Yasal olarak yapılan düzenlemelerin ardından da merkezi bir bilgi bankası oluşturulmuştur. Bu merkezi bilgi bankası “COPIS” olarak adlandırılmaktadır ve 01.01.2014’ten beri bilgi bankası yinelenerek kullanımdadır⁹³. COPIS kapsamında elde edilen veriler yer yılın Eylül ayında bir önceki yılın verileri ile ilan edilmektedir. 2017 yılına ait veriler Eylül 2018’de ilan edilmiş ve açıklanan verilere göre, en çok ihlal oluşturan eylemlerin %24’ü gıda, %11’i oyuncak, %9’u tütün mamulleri ve %7’si ise giyim ürünleri olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı zamanda toplanan veriler çerçevesinde ihlal oluşturan ürünlerin menşei %73,04’ünü Çin, %10,29’unu Hong Kong ve %4,26 ile en çok ihlal oluşturan ürünlere sahip üçüncü ülke ise Türkiye olarak belirlenmiştir⁹⁴. 2015 yılına ait verilere göre ise ihlal teşkil eden ürünlerin menşei olarak Çin’in %58,37, Türkiye’nin ise %4,07 oranında listede yerini aldığı görülmektedir⁹⁵. Çin, ekonomik ve sosyal yapısı, ucuz işgücü dolayısıyla Dünya Ticaret Örgütü’ne 11 Aralık 2001’de kabul edilmiştir. Bu tarihin dünya genelinde oluşan ekonomik bunalımın son dönemine denk gelmesi de, esasen Çin’in mevcut işgücünün küresel anlamda, olumlu ekonomik etkisinin görüleceği düşünüldükten kabul edildiğini göstermektedir. Ancak Çin her ne kadar TRIPS’e taraf olsa da, Dünya Ticaret Örgütü nezdinde fikri ve sınai haklara ilişkin verilen taahhütlerin yerine getirilmemesi ve dünya standartlarına dâhil olmayı kabul

⁹² Rinnert, Sandra, “New European Regulation 608/2013 Concerning Combating Counterfeit Goods”, World Customs Journal, s.37-42, s.37.

⁹³ Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Verordnung (EU) Nr. 608/2013 des Rates. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0233&qid=1494943012513&from=EN> erişim 14.06.2019

⁹⁴ IPR Infringements: Facts and figures; https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-controls/counterfeit-piracy-other-ipr-violations/ipr-infringements-facts-figures_en

⁹⁵ Report on EU customs enforcement of intellectual property rights- Result at the EU border 2015; https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2016_ipr_statistics.pdf

etmiş olmasına karşın, gerçekleşen ihlallerin büyük bir çoğunluğunu yine Çin'den ihraç edilen ürünler olduğu açıkça görülmektedir⁹⁶.

Uygulamalarda tespit edilen fikri ve sınaî hakları ihlal eder nitelikteki kullanımlar bakımından her ne kadar ulusal ve uluslararası kanunlar mevcut olsa da, gümrük nezdinde yapılan denetimin tam anlamıyla ihlal fiillerini caydırıcı bir neticesi bulunmamaktadır. Bu nedenle de, daha ziyade devletler, gümrük işlemlerine tabi tutulacak olan ürünün menşesine göre vergilendirme yöntemine gitmektedir. Çin'in mevcut ekonomik gücü ve ihlal olarak belirlenen ürünlerin çoğunun Çin menşeli olması, bu ürünlerin vergilendirme oranını arttırmaktadır. Bu şekilde, Çin'den gerçekleştirilecek ithalatın engellenmeye çalışıldığı gibi aynı zamanda, transit rejimlerde dahi, Çin'den gelen ürünler farklı vergilendirilmektedir⁹⁷. Son gelişmeler çerçevesinde, Amerika Birleşik Devletleri'nin Çin'den gelen ürünler yönünden uyguladığı vergi oranını artırma politikasına karşılık olarak, Çin de kendi parasını değersizleştirerek, ithalatçıların oluşan vergi yüküne karşı koruma ve tercih sebebi olma çabasıdadır. Bu nedenle, uygulanan gümrük tedbirlerinin daha ziyade ekonomik ve siyasi tedbirleri de barındırdığını belirtmek gerekir.

Ülkemizde markalar bakımından uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi ve kullanmama def'inin tanınmış markalar bakımından uygulanabilir olması sebebiyle, veriler çerçevesinde ihlal içeren ürünler yönünden %4 civarında bir paya sahip olan Türkiye bakımından bu oranın artması mümkündür. Bu artışın her geçen yıl, söz konusu uygulamaların ticari anlamda da yer edinmesi halinde hızlı bir artışa sebebiyet vermesi ihtimal dâhilindedir.

2.2.3.1. Gümrük denetim yöntemleri

Şekli ve maddi yönü ağır basan belge kontrolünde gümrük beyannamesi ile beyan edilen eşyanın tarifesi, kıymeti, menşe ülkesi, cinsi ve miktarı gibi veriler ile beyannameye ekli olup, vergilemeye ve dış ticaret politikasına ilişkin belgeler gümrük denetimine tabi tutulmaktadır. Belge kontrolü, bu amaçla gümrük idarelerinde görevlendirilen personel

⁹⁶ Detaylı bilgi için bkz. Simayi, A. (2014). "Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlıkların Çözüm Sistemi ve Çin'in Taraf Olduğu Uyuşmazlıklar, Akademik Bakış Dergisi, S.41, Mart-Nisan. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/383829>

⁹⁷ Bkz. Palacıoğlu, T.; "Dünya Ticaret Örgütü'nde Türkiye'nin Taraf Olduğu Anlaşmazlıkların Çözümü Mekanizması" (Çevrimiçi Kaynak: <https://www.istda.org/Upload/pdf/dto-rapor.pdf>)

tarafından yerine getirilmektedir. Beyanın kontrolüyle görevlendirilen personel tarafından denetime tabi tutulan beyanname kapsamı eşya ile beyanname ve eki belgeler arasında ciddi bir uyumsuzluk tespit etmesi ve muayenenin gerekli görmesi halinde durum idare amirine bildirmekte ve idare amirince de uygun görülmesi halinde beyanname, muayeneyle görevli personele havale edilerek eşyanın muayenesi sağlanmakta ve işlemler muayeneyle görevli personel tarafından sonuçlandırılmaktadır. Muayenenin uygun görülmemesi halinde ise, belge kontrolüyle görevlendirilen memur tarafından işlemlere kaldığı yerden devam edilmektedir⁹⁸.

Fiziki muayenede, muayene memuru kendisine teslim edilen beyannameyi inceler ve kaplardan bir veya birkaç tanesini açmak suretiyle eşyayı muayene eder. Buna kısmi muayene denir⁹⁹. Bu kontrolün etkin ve verimli olması için, muayeneye tabi tutulacak eşyanın belirlenmesi önemlidir. Mevzuat ile söz konusu yetkinin kullanımı idare amirinin takdirine bırakılmıştır. Ancak uygulama bakımından risk yönetiminin etkin olarak kullanımı, risk kriterlerinin belirlenmesinde ülke geneli ve yöresel risklerin dikkate alınması ve bilgisayar yardımıyla da yürütülen bu değerlendirmeye uygun olarak havale şeklinin belirlenmesi gerekir¹⁰⁰.

Kısmi muayene sırasında bir farklılık tespit edilmesi veya muayeneyle görevli personel tarafından gerekli görülmesi halinde eşyanın tam muayenesi yoluna gidilebilmektedir. Muayenenin ne şekilde olacağı esas olarak elektronik ortamda risk kriterlerine göre belirlenmekle birlikte, işlemlerin kâğıt ortamda yapıldığı gümrük idarelerinde doğrudan doğruya veya gerekçesi belirtilmek şartıyla beyanın kontrolüyle görevlendirilen personelin talebi üzerine idare amiri tarafından belirlenmektedir¹⁰¹.

Gümrük Yönetmeliği m. 186 uyarınca; beyanın kontrolü ile görevli memurlar, gümrük vergileri ile gümrük idaresince tahakkuku gereken diğer vergileri tahakkuk ettirmek veya muaflık hükümlerini uygulamak, gümrük mevzuatı, dış ticaret mevzuatı ile diğer mevzuat hükümleri bakımından yapılacak işlemleri yürütmekle

⁹⁸ Üyümez/ Gültekin 2016, s.357.

⁹⁹ Yıldırım, M. (2006). Gümrük İşlemlerine Özgü Muhasebe Denetim Modeli, Ankara 2006, Doktora Tezi, s.50.

¹⁰⁰ Yıldırım, 2006, s.50, 51.

¹⁰¹ Üyümez/ Gültekin, 2016, s.350.

görevlidir. Dolayısıyla söz konusu inceleme kapsamında 6769 sayılı SMK ve 6102 sayılı TTK kapsamında inceleme ve değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Yapılan denetimler kapsamında, Gümrük Yönetmeliği uyarınca laboratuvar tahlili yapılabileceği gibi, eşyanın ekspertize gönderilmesi de mümkündür. Ancak bu gibi denetim yöntemleri toplum sağlığı ile ilgili hususlar ve kültür mirası olabilme ihtimali olan eşyalar bakımından uygulanmaktadır. Zira söz konusu işlemler, aynı zamanda depolama masrafı ile diğer tahlil ve ekspertiz masraflarını gündeme getirmektedir. Ayrıca, zaman alan denetimlerdir.

2.2.3.2. Gümrük denetimi ile yetkili kişiler

Ticaret müfettişleri, gümrük memurları, muhafaza memurları ve bakanlığa bağlı olmayan meslek mensupları gümrük denetiminde yer almaktadırlar. Ticaret müfettişleri, bütün nakil vasıtalarını, bunların yük ve eşyasını, personel ve yolcularını muayene etmeye, bakanlığın denetimine tabi gümrük ambar, antepoları ve serbest bölgelerdeki mevcut eşya ile bunların kayıtlarını incelemeye, teftiş etmeye ve gerektiğinde bakanlığın ve hazinenin haklarını koruyacak tedbirlerin alınmasını sağlayıcı önerilerde bulunmaya, acil ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bakanlığın ve hazinenin haklarını koruyacak tedbirler almaya yetkilidirler. Ticaret müfettişleri, görevleri sırasında tüm resmi daire, kurum, kuruluş ve kamuya yararlı derneklerle, gerçek ve tüzel kişilerden gerekli yardım, bilgi, evrak, kayıt ve belgeleri istemeye yetkilidirler ve kanuni bir engel olmadıkça bu isteklerinin yerine getirilmesi zorunludur¹⁰². Dolayısıyla 6769 Sayılı SMK kapsamında gerçekleştirilen bir denetimde muayene gerçekleştiren memurlarına verilen yetkiler ile denetimin verimli gerçekleştirilmesi de oldukça mümkün gözükmektedir.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (Ticaret Bakanlığı) Taşra Teşkilatı Çalışma Yönetmeliği kapsamında gümrük muayene memurlarının da gümrükçe onaylanmış bir işleme tabi tutulacak eşyanın muayenesi ve diğer işlemler ile yetkili olduğu muhafaza memurunun da deniz ve hava limanlarıyla kara sınırlarındaki gümrük kapılarında ve diğer gümrüklü yer ve sahalarda giriş ve çıkış yapan kişi, eşya ve taşıtları kontrol ve muhafaza yetkisi bulunmaktadır. Bakanlıktan bağımsız gerçekleştirilen denetim esasen, gümrük

¹⁰² Üyümez/ Gültekin, 2016, s.359.

müşavirlerini de kapsamaktadır. Zira Gümrük Yönetmeliği m. 563 uyarınca gümrük müşavirleri imzaladıkları beyanname ile ilgili cezai hükümlerin uygulanması açısından beyannamede belirtilen bilgiler ile beyannameye ekli belgelerin doğruluğundan ve ilgili rejimin gerektirdiği bütün yükümlülöklere uyulmasından sorumludur.

2.3. Sinaî Mülkiyet Kanunu ile Marka Hakkını İhlal Ettiğı Kabul Edilen Gümrük İşlemleri

Marka hakkını ihlal eden fiiller birçok şekilde gündeme gelebilmektedir 6769 sayılı SMK m. 29/1-c uyarınca ihlal teşkil eden gümrük işlemleri ile “*ithal işlemine tabi tutmak, ihraç etmek*” ifadesi ile yer almaktadır. Mülga 556 sayılı KHK kapsamında bu ifade yerine “*Gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanım*” deymi kullanılmıştır. Söz konusu ifade daha kapsamlı bir ifadeyken, 6769 sayılı SMK ile marka hakkına tecavüz fiilinin kapsamının daraltıldığı düşünölebilir. Ancak Alman Marka Kanunu kapsamında da, marka hakkına tecavüz olarak belirlenen fiiller arasında yine ithalat ve ihracat ifadeleri yer aldığı görölmektedir¹⁰³. Bu anlamda, AB ve Avrupa Hukuku terminolojisi ile aynı terimlerin kullanılarak yeniden bir düzenlemeye gidildiğı anlaşılmaktadır. Nitekim mülga 556 sayılı KHK’nın yürürlükte olduğı dönemde de gerçekleşen her gümrükçe onaylanmış işlem ve kullanım, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmemiştir. Yeni düzenleme ile kabul edildiğı şekliyle “ithalat, ihracat işlemleri” her ne kadar sınırlı olarak belirtilmişse de, gümrüğe sunulan eşyanın ticari amaçla elde bulundurulduğı ve ticari amaçla gümrük işlemine tabi tutulmasının istendiğı anlaşılmaktadır.

Tükenme ilkesinin ulusal tükenme ilkesinin terk edilerek uluslararası tükenmenin benimsenmiş olması nedeniyle, değeriendirmenin de bu değışiklik göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Nitekim dünyanın herhangi bir yerinde piyasaya sürölmüş olması halinde, marka hakkının tükenmiş olmasından bahsedilecektir. Bu nedenle de ürünlerin orijinal olup olmadıklarının tetkiki önem arz etmektedir. Zira bu durumda ürün Türkiye’den veya bir başka ölkeden orijinal olarak temin edilmiş ve yeniden ithalat veya ihracat rejimine konu edilmiş olabilir Dolayısıyla, ürünlerden örnek temin edilmesi ve orijinal ürün olup olmadığının incelenmesi önem kazanmaktadır. Bu anlamda

¹⁰³ Alman Marka Kanunu kısım 8 bölüm 1 m.143 “...entgegen § 14 Abs. 4 Nr. 1 ein Zeichen anbringt oder entgegen § 14 Abs. 4 Nr. 2 oder 3 eine Aufmachung oder Verpackung oder ein Kennzeichnungsmittel anbietet, in den Verkehr bringt, besitzt, einführt oder ausführt, soweit Dritten die Benutzung des Zeichens.”

transit geçişe, ithalat, ihracat rejimine tabi tutulan eşyanın doğrudan marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinin gümrük idaresince tespiti, uluslararası tükenme ilkesinin benimsenmesi ile oldukça tartışmalı sonuçların doğmasına sebebiyet vermesi muhtemeldir.

Mülga 556 sayılı KHK'nın uygulandığı dönem zarfında gümrük işlemleri bakımından alınan kararlarda, izinsiz kullanım vurgusu yapılmıştır. Nitekim Yargıtay 11 HD 2005/5247 E. ve 2006/5336 sayılı kararında ürünün lisans sahibi olmayan tarafından yurtdışından sipariş edilmiş olmasını markaya tecavüz olarak değerlendirmiştir¹⁰⁴. Söz konusu değerlendirme, markanın izinsiz kullanılması ve ticari amaçla bulundurulması ve ihlal içeren ürüne dair sözleşme yapılması fiillerinin değerlendirilmesi halinde, kanun koyucunun asıl amacının sayılan eylemler ile ihlal fiilini gerçekleştirenin maddi bir kazanç elde etme amacında olup olmadığının tespiti açısından fiilleri belirlediği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, söz konusu fiillerden kazanç elde edip etmemesini bir şart olarak belirlememiştir.

2.3.1. İşareti Taşıyan Malın İthal İşlemine Tabi Tutulması

2.3.1.1. İthalat kavramı

Dış alım da denilen ithalat, başka ülkelerde üretilmiş malların ülkedeki alıcılar tarafından satın alınmasıdır. Bir başka ifadeyle ithalat, bir malın yürürlükteki mevzuata uygun olarak gerçek veya tüzel kişiler tarafından yurt dışından alınması ve bedelinin yurt dışına transfer edilmesidir¹⁰⁵.

2.3.1.2. İthalat türleri

2.3.1.2.1. Bedelli ithalat

Bir malın veya ekonomik değerin ithalattaki ödeme şekillerinden biri ile yurt dışına döviz transferi gerçekleştirilerek ithal edilmesidir. İthalat bedelleri; banka kaynaklarından,

¹⁰⁴ Yargıtay 11 HD 2005/5247 E. ve 2006/5336 sayılı kararında (Çevrimiçi kaynak: Kazancı İhtihat Bankası)

¹⁰⁵ Yurdakul, Elif Merve; “Türkiye’de İthalatın Gelişimi ve İthalatın Yapay Sinir Ağları Yöntemi ile Tahmin Edilebilirliğine Yönelik Bir Analiz” Aydın-2014, s.14 (Çevrimiçi kaynak: http://adumilas.adu.edu.tr/web/catalog/file_download.php?file_id=2848 01.04.2018)

ithalatçıya ait döviz tevdiat hesaplarından, kredi kartından, kredilerden karşılanmak suretiyle ödenebilir¹⁰⁶.

2.3.1.2.2. Bedelsiz ithalat

Bedeli için döviz transferi yapılmadan yurtdışından elde edilen yurda getirilmesi mecburi olmayan dış kazanç ve tasarruflarla satın alınan bazı şahsi ve ticari mahiyette eşyanın yurda ithalidir. İthalat esnasında ödenmesi zorunlu gümrük vergileri bulunmaktadır. Özel eşyalar, hediyeler bedelsiz ithalat kapsamındadır¹⁰⁷.

2.3.1.2.3. Geçici ithalat

Geçici ithalat rejimi, 4458 sayılı GK m. 128 hükmünde; “...serbest dolaşıma girmemiş eşyanın ithalat vergilerinden tamamen ya da kısmen muaf olarak ve ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın, Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın yeniden ihracına olanak sağlayan hükümlerin uygulandığı rejimdir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

Bu nedenle geçici ithalat, ihraç etme amacıyla yapılan ithalat olarak tanımlanabilmektedir. Serbest dolaşıma girmemiş malların ithalat vergilerinden bütünüyle veya kısmen muaf olarak ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın yeniden ihracına olanak sağlar¹⁰⁸. Geçici ithalat, transit rejimine benzer olarak değerlendirilebilir. Zira ticaret politikası önlemlerine tabi tutulmaksızın yeniden ihraç edilmektedir. Dolayısıyla, geçici ithalat işlemine tabi tutulan ürünlerin marka ihlali oluşturması halinde, gümrük idaresi tarafından tedbir uygulanması ya da ithalatçı açısından marka hakkına tecavüz eyleminin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Yargıtay 11. HD’nin 2003/13968 E., 2004/1201 sayılı Kararında¹⁰⁹; “.....ülkesellik prensibi bakımından serbest bölgelerin de ülke sınırları içinde olduğu ve burada faaliyet gösteren işletmeler bakımından tescilli markaların kullanılması ve korunması bakımından

¹⁰⁶ Yurdakul, 2014, s.14

¹⁰⁷ Yurdakul, 2014, s.16

¹⁰⁸ Yurdakul, 2014, s.17

¹⁰⁹ Yargıtay 11. HD’nin 2003/13968 E., 2004/1201 sayılı Kararı (Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İctihat Bankası <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2003-13968.htm&kw=2003/13968`#fm>)

bir muafiyet tanınmadığı açıktır. sahte ürünleri serbest bölgede ticari amaçla elde bulunduran davalının eylemi suç ve markaya tecavüz teşkil ettiğinden, iç piyasaya sürüleceğinin kanıtlanmadığı gerekçesiyle reddine dair yerel mahkeme kararının bozulması gerekmektedir. ...’’ hükmü incelendiğinde, uygulamada ihlal için aranan temel eylemin marka ibaresini taşıyan ürünlerin iç piyasaya sürüleceği şartı olmasa da ticari amaçla elde bulundurulması fiilinin gerçekleştiği kabul edilmektedir.

Her ne kadar serbest bölgenin özerk yapısı nedeniyle serbest bölgede bulunan mallar yönünden ülkesellik ilkesi uyarınca marka hakkına tecavüz fiilinin kabul edilmesi mümkün görülme de, ihracat maksadıyla gerçekleştirilen ithalatın esasen hem ithalat hem de ihracat fiilleri sebebiyle, hem de ticari amaçla bulundurma, depolama fiillerinin mevcudiyeti nedeniyle marka hakkına tecavüz teşkil ettiğinin kabulü gerekir. Zira 4458 sayılı GK m. 128’de de kabul edildiği üzere, “...Türkiye Gümrük Bölgesi içinde kullanılması ve bu kullanım sırasındaki olağan yıpranma dışında...” ifadeleri ile açıkça söz konusu fiillerin Türkiye gümrük bölgesinde yani ülkesellik prensibi uyarınca Türkiye sınırlarında gerçekleştiği kabul edilmektedir.

2.3.1.3. İhracat kavramı

İhracat, yasalara uygun olarak yurt dışına mal satmak amacıyla gerçekleştirilen ticari işlemdir. Bu tanıma göre, yurt dışına her mal satışını ihracat olarak kabul etmek mümkün değildir. Yurt dışına mal satış işlemlerinin ihracat olarak kabul edilmesi için ihracı izne tabi mallar için ilgili makamlardan gerekli izinlerin alınması, prosedürlerin tamamlanması ve ihraç edilen eşyasının gümrük kanununa uygun olarak Türkiye gümrük bölgesi dışına çıkarılması gerekmektedir¹¹⁰.

Marka hakkına tecavüz fiilinin bir malın ihracat rejimine tabi tutulması ile gündeme geleceği 6769 sayılı SMK düzenlemesinden anlaşılmaktadır. Ancak, ihracat rejiminde, ihraç onayı ve fiili ihracat olmak üzere iki önemli ihracat kavramıyla karşılaşılmaktadır. İhraç onayı eşyanın Türkiye gümrük bölgesi dışına çıkarılmasında dış ticaret mevzuatı açısından bir sakınca bulunmadığı yönündeki olurun beyanname üzerinde verilmesini ifade etmektedir. Fiili ihracat ise beyanname üzerinde ihraç onayı almış eşyanın Türkiye

¹¹⁰ Selen, 2015, s.79.

gümrük bölgesi sınırları dışına çıkarılması anlamına gelmektedir¹¹¹. Tüm bu bilgiler değerlendirildiğinde, marka hakkına tecavüz fiilinin tespiti açısından beyanname sunma eylemi aşamasında denetimin mevcut olduğu da göz önünde bulundurulduğunda haksız eylemin beyannamenin sunulması ile gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla fiili bir ihracatın mevcut olması aranmamaktadır.

2.4. Marka Hakkını İhlal Eden Fiiller Dolayısıyla Uygulanan Gümrük Tedbirleri

2.4.1. Gümrükte El Koyma

Marka hakkı sahibinin tescilli markasına karşı tecavüzlerle ilgili olarak karşılaştığı en büyük problemlerden biri, taklit markalı eşyanın gümrüklerden geçmek suretiyle birden fazla ülkeye girmesidir¹¹². Ülkesellik ilkesinin ile hak sahibi bakımından gümrük nezdinde gerçekleştirilecek koruma uygulanırlık kazanmış ve gümrük idarelerince de daha etkin bir şekilde marka hakkının korunması sağlanmaya başlanmıştır.

2.4.1.1. Resen el koyma işlemi

Resen el koyma işlemi, hak sahibi tarafından herhangi bir talep bulunmamasına karşın, gümrük işlemine tabi tutulmak üzere gümrüğe sunulmuş eşyanın açıkça fikri ve sınai mülkiyet haklarını ihlal ettiği anlaşıldığı durumlarda, hak sahibinin geçerli bir başvuru yapabilmesi adına, söz konusu eşyaya üç işgünü resen el konulabilir veya eşyanın gümrük işlemleri durdurabilir.

4458 sayılı GK m. 57/1-b hükmünde düzenlenen resen el koyma işlemi için madde hükmünde yer alan “*geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen*” ifadesinden anlaşılması gerekenler açık bir şekilde düzenlenmiş değildir. Ancak resen el koyma işleminin marka sahibinin herhangi bir talebi olmaksızın yapılmış olduğundan hareketle, resmi olarak marka sahibinin markasının gümrük idareleri nezdinde korunmasının talep

¹¹¹ Selen, 2015, s.80.

¹¹² Karan, G. (2003).”Transit veya Serbest Bölgedeki Sahte Eşyaya Tedbiren El Konulması ve Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası veya Ticaret Kanallarının Dışına Çıkarılması, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C:3 S:1, s.86.

edilmesi, yani gümrük nezdinde korumanın sağlanması için geçerli bir başvuruda bulunmasının anlaşılması gerekir.

Dolayısıyla marka hakkı sahibinin üç iş günü içinde gümrük idaresinden, usulüne uygun şekilde söz konusu eşyanın gümrük işlemlerinin durdurulması veya eşyanın alıkonulmasını talep etmemesi halinde durdurma veya alıkoyma kararı resen hükümden kalkacak ve eşya hakkında beyan sahibinin talepte bulunduğu gümrük rejimi hükümlerine göre işlem yapılacaktır¹¹³. Gümrük idareleri, bu madde uyarınca, “ihtiyati tedbir niteliğinde” el koyma işlemi yapabilmektedir. Gümrük idarelerinin yaptığı durdurma işlemi, yargısal değil, idari bir işlem olup işlemin tamamlanması ve denetimi mahkeme kararları ile gerçekleşir¹¹⁴.

Uygulamada ise, markanın gümrük idareleri nezdinde korunması yönünde yapılacak olan başvurunun neticelendirilme süresi yasal olarak azami otuz gündür. Dolayısıyla bu maddedeki ifadeden “*geçerli bir başvuruda bulunabilmesini teminen*” ifadesi yönünden ivedi olarak ihtiyati tedbir kararı alınması gerektiği de düşünülebilir. Zira resen alınan el koyma kararı üç iş günü ile sınırlıdır.

Ancak Gümrük Yönetmeliği m. 107 uyarınca bu süre on gün kadar uzatılabildiğini düzenlemekle birlikte, resen alınan durdurma ve el koyma kararı sonrasında da marka hakkı sahibinin tedbir kararı alması ve tedbir kararı sonrasında da on gün içerisinde dava açması gerekmektedir. Aksi halde, tedbir kaldırılmaktadır.

Söz konusu süreler, ülkemizde faaliyet gösteren kişiler yönünden uygun olsa da, yurt dışı menşeli tüzel kişi olan bir marka sahibinin veya yurt dışında ikamet eden bir gerçek kişi açısından oldukça sınırlı sürelerdir. Nitekim hak sahibinin şayet marka vekili dışında bir vekilinin yani avukatının bulunmadığı durumlarda, tedbirin alınması vekâletsiz mümkün olmayacaktır. İvedi durumlarda vekâletsiz dava açılabilmesinin mümkün olması sebebiyle doğrudan doğruya dava yolu ile birlikte tedbir talep edilmesi mümkündür. Ancak bu durumda el konulan malların ihlal unsuru içerip içermediğini bilmeden doğrudan doğruya bir dava açılması gündeme gelebilecektir.

¹¹³ Pekdiñer/Tüzün, 2010, s.502.

¹¹⁴ Güneş, İlhami, 2014, s.421.

Gümrük tedbiri talep etmiş olan marka hakkı sahibi kişiler şayet Türkiye’de ikameti yok ise, kendilerini Türkiye’de mukim olan biri tarafından temsil ettirmek zorundadırlar¹¹⁵. Dolayısıyla bu halde, herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Ancak resen el koyma işleminde yaşanabilecek sorunlardan biri de Türkiye’de ihtiyati tedbir talep etmeye veya gümrük idarelerinde başvuru gerçekleştirmeye yetkili bir temsilcisinin olmaması durumunda yaşanabilecek sorunlardır.

Diğer yandan, gümrük idaresince gerçekleştirilen resen el koyma işlemine veya durdurmaya ilişkin olarak hak sahibine muhtemel hak ihlali hakkında bir tebliğde bulunmadan önce, eşyanın fikri ve sınaî haklarını ihlal eder nitelikte olduğuna dair şüphe duyulan hususları desteklemek için gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri hak sahibinden isteyebilir. Eğer hak sahibi eşya hakkında bilgi isterse, kendisine ancak eşyanın miktarı ve niteliği hakkındaki bilgiler açıklanabilir. Bunun dışındaki bilgiler açıklanmaz¹¹⁶. Dolayısıyla söz konusu uygulamalar hak sahiplerini tereddütte bırakmaktadır. Nitekim ürünün taklit ürün olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Aksi halde hak sahibi haksız bir dava açmak veya tedbir almak durumunda bırakılmaktadır.

2.4.1.2. Talep üzerine el koyma işlemi

Resen el koyma işleminin aksine, hak sahibinin çevrimiçi sistemden gerçekleştirmiş olduğu başvuru ile gümrük koruma talebinin kabul edilmesi halinde, fikri ve sınaî hakları ihlal eden ürünlere el konulur ve gümrük işlemleri de durdurulur. Bu işlem hak sahibine veya temsilcisine bildirilir. Dolayısıyla talep üzerine el koyma işlemi için geçerli bir başvurunun daha öncesinde yapılmış olması ve bu başvurunun bakanlıkça kabul edilmiş olması gerekmektedir.

Ancak, her ne kadar talep üzerine gerçekleştirilse de hak sahibi ihlal oluşturan eşyayı veya izinsiz kullanım gerçekleştirilen kişi bilgilerini paylaşa da, gümrük idareleri bu bildirilen kullanımlar dışında kendi tespitleri doğrultusunda üçüncü bir kişinin eşyalarını gümrükte durdurabilmektedir. Dolayısıyla hak sahibinin talebi üzerine de olsa üçüncü kişilerin kullanımlarını bir anlamda resen denetlemektedir.

¹¹⁵ Gümrük Yönetmeliği m.103.

¹¹⁶ Pekdiğer/ Tüzün s.501.

2.4.1.2.1. Ticaret Bakanlığı'na gerçekleştirilen koruma başvurusu

Markanın gümrük idareleri nezdinde korunmasının sağlanması talebi “Fikri ve Sınaî Hakların İhlali İle İlgili Olarak Gümrük İdaresinin Harekete Geçmesine İlişkin Başvuru Formunun” elektronik ortamda doldurularak, Ticaret Bakanlığı'na çevrimiçi sistem üzerinden gönderilmesi ile gerçekleştirilir. Söz konusu form, çevrimiçi olarak gerekli bilgilerin doldurulması ile ilerleyen bir ara yüz vasıtasıyla işlem görmektedir. İstenilen bilgiler ise; marka tescil numarası ve koruma süresi, tescil kapsamında kalan ürünler, Türkiye’de tescil edildiğini kanıtlayan bir belgenin de eklenmesi gerekir, eşyanın tam ve ayrıntılı teknik tanımı, varsa ihlal ettiği düşünülen ürünlerin görselleri, bilgileri de Ticaret Bakanlığı'na bildirilebilmektedir. Söz konusu başvuru için herhangi bir ücret, harç söz konusu değildir. Ticaret Bakanlığı elektronik ortamda yapılan başvuruyu talebini otuz iş günü içerisinde olumlu veya olumsuz olarak yanıtlamak zorundadır.

Her ne kadar Gümrük Yönetmeliği'nde talep edilen koruma süresinin bildirilmesi gerektiği belirtilmişse de, Bakanlığa yapılan maktu bir başvuru söz konusu olduğundan bir yıl süre ile koruma sağlanmaktadır. Bu süre, tekrar oluşturulacak bir yenileme talebi ile yeniden bir yıl süre ile uzatılmaktadır. Ancak talep edilen süre, marka hakkının koruma tarihini geçmekte ise, bu süre yalnızca koruma tarihi sonlanana dek verilmektedir. Örneğin; 11.01.2019 tarihinde yapılan bir başvuru ile bir yıl koruma talep edilmesi halinde markanın koruma süresi 26.04.2019 tarihinde dolmakta ise ve henüz yenileme de yapılmamışsa, bu takdirde koruma süresi başvuru tarihinden 26.04.2019 tarihine dek geçerli olacaktır.

2.4.1.2.2. Geçerli bir başvuru için aranan şartlar

Gümrük idaresinden, gümrük işlemlerinin durdurulmasını ve taklit eşyaya geçici olarak el konulmasını talep yetkisi “hak sahibi” ne aittir. Bu madde anlamında hak sahibi, tescilli markanın sahibi veya onun adına dava açma ve hukuki başvurularda bulunma hakkına sahip gerçek ya da tüzel kişiyi ifade eder. Bu kimseler, inhisari lisans sahibi olabileceği gibi, inhisari olmasa bile, özel olarak dava açma, hukuki başvurularda bulunma yetkisi verilen inhisari olmayan lisans sahibi veya bu kişilerin temsilcileri de olabilir¹¹⁷.

¹¹⁷ Çolak, Uğur, Türk Marka Hukuku 2. Baskı 2014, s.678.

Bir markanın gümrük idaresi nezdinde korunmasının sağlanması için öncelikle Türkiye’de geçerli bir marka tescilinin bulunması gerekmektedir. Gümrük korumasına ilişkin başvuru, eğer Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan bir kişi veya tüzel kişi adına gerçekleştirilmekte ise, Türkiye’de daimi adresi bulunan bir vekil aracılığı ile başvurunun gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu anlamda; eşyanın tam ve ayrıntılı teknik tanımı, hak sahibince sahteciliğin tür ve şekline ilişkin olarak verebileceği her türlü bilgi ile hak sahibince belirlenen irtibat sağlanacak kişinin isim ve adres bilgisinin yer alması zorunludur.

BAŞVURULARIM				BAŞVURU EKLE		YENİLEME BAŞVURUSU		GÜVENLİ ÇIKIŞ	
2. Başvuru Sahibine İlişkin Bilgiler									
Adı-Soyadı	NİL SIZIR SAKALLIOĞLU			Tc Kimlik No					
Vergi No				Firma Ünvanı					
Adresi				Telefon					
Şehir	Seçiniz			Cep Telefonu					
Posta Kodu				Fax					
Ülke	TÜRKİYE			E-Mail					
				İnternet Adresi					
Başvuru Sahibinin Durumu									
☐ Hak Sahibi ☐ Hak Sahibinin Temsilcisi									
☐ Hakkı Kullanmaya Yetkili Kişi ☐ Hakkı Kullanmaya Yetkili Kişinin Temsilcisi									
Başvuru Sahibinin Durumunu Kanıtlayan Belge						Ekle		Eklenen Belge Sayısı 0	
Geri		İleri							

Şekil 2.2. Gümrük koruma başvuru sahibine ilişkin bilgilerin sisteme girildiği ekran görüntüsü

BAŞVURULARIM		BAŞVURU EKLE		YENİLEME BAŞVURUSU		GÜVENLİ ÇIKIŞ	
--------------	--	--------------	--	--------------------	--	---------------	--

3. İrtibat Kurulacak Kişi Bilgileri (İdari Konular)				İrtibat Kurulacak Kişi Bilgileri (Teknik Konular)			
☐ Başvuru Sahibi İle Aynı ise Tıklayınız.				☐ İrtibat Bilgileri Aynı ise Tıklayınız.			
Adı-Soyadı				Adı-Soyadı			
Adresi				Adresi			
Telefon				Telefon			
Cep Telefonu				Cep Telefonu			
Fax				Fax			
E-Mail				E-Mail			
İnternet Adresi				İnternet Adresi			
Geri İleri							

Şekil 2.3. Başvuru sahibine ilişkin iletişim bilgileri ekran görüntüsü

Başvuruya konu marka ibaresinin ve marka tescil kapsamının ve koruma sağlanacak olan ürünlerin belirtilmesi gerekmektedir. Ancak çevrimiçi yapılan başvuru bakımından ürün seçiminde belirtilen ürünler esasen Nis Sınıflandırması ile eşdeğer olmayıp farklı bir sınıflandırmaya tabidir. Ancak bu sınıflandırmanın genişletilmesi ve Nis Sınıflandırmasına paralel bir biçimde belirlenmesi ve aynı zamanda, elektronik ortamda bildirilen özet beyanın da benzer sınıflandırma ile yapılması halinde denetim birimlerinin daha sağlıklı bir denetimin gerçekleştirmesini sağlayacağı kanaatindeyim. Zira yapılan bir başvuruda aşağıdaki şekilde yer aldığı biçimde bir seçim, Nis Sınıflandırmasında yer alan bir takım ürünleri kapsamamaktadır. Bu durumda “diğer” seçeneğinin tercih edilmesi halinde nasıl bir denetim sağlanacağını tespit etmek güçtür. Bunun yerine Nis Sınıflandırmasında yer alan ve birbirleri ile de ilişki kurulabilen sınıflandırmaların bir grup şeklinde kodlanması ve özet beyanda bu kodun aynı şekilde seçilmiş olması halinde, veri tabanından eşya henüz gümrük idaresine gelmeden gerçekleştirilen özet beyan sunumu ile dahi şüpheli bir kullanım tespit edilebilecektir. Bu nedenle özet beyanda yer verilen kodların, gümrük denetim talebinde bulunan tarafından da tercih edilebilir hale getirilmesi, bir diğer değişle ortak bir sınıflandırma oluşturulması gerekmektedir.

BAŞVURULARIM	B. Seçiniz
Alkollü ve Diğer İçecekler	
Ayakkabılar (Aksam ve Parçalar Dahil)	
Bitki Çeşitleri	
CD, DVD, Kaset, Oyun Kasetleri	
Cep Telefonu	
Cep Telefonu Aksam ve Aksesuarları	
Çanta ve Cüzdan	
Deri Ürünleri	
Elektrikli / Elektronik ve Bilgisayar Ekipmanı	
Elektronik Ürünler ve Piller	
Gıda Maddeleri	
Giyim ve Aksesuarlar	
Güneş Gözlükleri ve Diğer Gözlükler	
İlaçlar	
Kitaplar	
MP3 Player	
Oto Yedek Parçaları ve Aksesuarları	
Oyuncaklar, Oyunlar (Elektronik Oyun Konsolları Dahil) ve Spor Malzemeleri	
Saatler ve Mücevherler	
Siğara ve Tütün Ürünleri	
Tekstil	
Vücut Bakım Malzemeleri (Parfümler, Kozmetikler ve Diğer)	
Diğer - Araçlar (Aksam ve Parça Dahil)	
Diğer - Büro Malzemeleri	
Diğer - Çakmaklar	
Diğer - Etiketler, Stickerlar	
Diğer - Paketleme Malzemesi	
Diğer	

GTİP

Cins

Ekle

Şekil 2.4. Gümrük başvurusuna konu edilebilen ürün listesi

Başvuru esnasında markanın kullanımlarına ilişkin görsellerin sunulması ve varsa ihlal teşkil eden kullanımlara ilişkin görseller de sisteme yüklenebilmektedir. Ayrıca, ihlal oluşturan eşya yönünden işlem yapan kişi veya tüzel kişilerin bilgileri ve mevcut ise konişmento bilgileri dahi sisteme kaydedilebilmektedir. Bu durumda gümrük idareleri çok daha etkin bir şekilde geçici koruma tedbirlerini uygulayabilecektir. Hatta bu bölümler doldurulması gereken alanlar olarak yer almaktadır. Ancak uygulamada, bu bilgilerin detaylı bir biçimde sağlanması oldukça güçtür. Yapılan başvuru ile sahte ürün görselleri ile orijinal ürün görsellerinin detaylı anlatımı veya orijinal ürünün anlaşılmasını sağlayan teknik detayların gümrük idarelerine bildirilmektedir. Aynı şekilde ürün ambalajları ve görsellerinin de bildirilmesinde fayda bulunmaktadır. Gümrük Yönetmeliği m. 103/4 uyarınca bunların dışında orijinal eşyanın başvurunun yapıldığı ülkenin piyasasındaki vergi öncesi kıymeti, sevkiyata ilişkin bilgiler, planlanmış olan varış veya yola çıkış tarihi, taşıyıcı firma ve taşımada kullanılan araca ilişkin bilgi, ithalatçı, ihracatçı veya eşyanın zilyedine ilişkin bilgiler, eşyanın üretildiği ülke veya ülkeler, eşya sevkiyatında kullanılan güzergâhlar bilgi olarak verilebilmektedir.

BAŞVURULARIM	BAŞVURU EKLE	YENİLEME BAŞVURUSU	GÜVENLİ ÇIKIŞ
6. Orijinal Eşya İle İlgili Bilgiler			
Orijinal Eşyaya İlişkin Teknik Bilgiler İçeren Dökümanlar	<button>Ekle</button>	Eklenen Belge Sayısı	0
Orijinal Eşyaya Ait RESİMLER	<button>Ekle</button>	Eklenen Resim Sayısı	0
Eşya İle İlgili Diğer Yararlı Dökümanlar	<button>Ekle</button>	Eklenen Belge Sayısı	0
← Geri İleri →			

Şekil 2.5. Orijinal ürünlere ilişkin görsellerin dahil edildiği sistem ekran görüntüsü

BAŞVURULARIM	BAŞVURU EKLE	YENİLEME BAŞVURUSU	GÜVENLİ ÇIKIŞ
7. Sahteciliğin Tür ve Şekline İlişkin Olarak Verilebilecek Her Türlü Bilgi			
Sahte Eşyanın Üretim Ülkesi/Ülkeleri	Seçiniz ▼	<button>Ekle</button>	
Üretilen Ülkeler			
Orijinal ve Şüpheli Eşya Arasındaki Teknik Farklılıklar İle İlgili Dökümanlar	<button>Ekle</button>	Eklenen Belge Sayısı	0
Orijinal ve Şüpheli Eşya Arasındaki Teknik Farklılıklar İle İlgili RESİM	<button>Ekle</button>	Eklenen Belge Sayısı	0
Diğer Yararlı Dökümanlar	<button>Ekle</button>	Eklenen Belge Sayısı	0
← Geri İleri →			

Şekil 2.6. Sahte ürünlere ilişkin görsellerin dahil edildiği sistem ekran görüntüsü

Ancak, 6769 sayılı SMK ile uygulamaya giren “*muvafakatname*” ile ilgili olarak gümrük idaresi nezdinde gerçekleştirilen başvuru formunda herhangi bir bilgi sorulmamaktadır. Ancak lisans sahiplerinin bildirildiği formda, “*muvafakatname*” verilen bir marka var ise, marka ve muvafakat verilen mal veya hizmet listesinin de bildirilmesi uygulamada yaşanabilecek sorunların önüne geçmek açısından önem arz etmektedir. Bunun yanı sıra, daha önce adli olarak işlem gören eşyaların ve bu eşyalara ilişkin bilgilerin de verilebileceği bir sistem oluşturulabilir kanaatindeyim. Nitekim daha önce açılmış bir davada marka hakkına tecavüz teşkil ettiği tespit edilmiş ibareler ile aleyhinde dava açılmış ve tecavüz gerçekleştirdiği tespit edilen kişilerin de bu sisteme eklenmesinin mümkün olması gerekir. Bunlara ek olarak, her nasıl ki, marka hükümsüzlüğüne karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi halinde yerel mahkeme TÜRKPATENT’e hükümsüzlük kararının kesinleştiği ve bu nedenle terkin işlemlerinin gerçekleştirilmesi için bildirimde bulunmaktaysa, benzer şekilde tecavüzün önlenmesi, durdurulması yönünde alınan bir kararın mevcut olması ve kesinleşmiş olması halinde de gümrük birimlerine bildirim yapılması gerekmektedir. Ticaret Bakanlığı’nın çevrimiçi sistemi ile Ulusal Yargı Ağı

sisteminin de birbirine entegre edilmesi halinde, alınan ve kesinleşmiş karar gümrük idarelerinin bilgisine sunulabileceği gibi mahkemece alınan tedbir kararının da bu sistem üzerinden gümrük idarelerine bildirilmesinin uygulamada kolaylık sağlayacağı kanaatindeyim. Mevcut sistemde benzer bir uygulama olmamasına karşın, orijinal ürünün üretim yeri ile yetkili üretici bilgileri sisteme dâhil edilebilmektedir. Söz konusu uygulama ile yetkili üretici ve lisans sahipleri dışında yer alan ürünlerin durdurulması talep edilmektedir. Ancak küreselleşme neticesinde ve uluslararası tükenme ilkesi ile birçok kişinin orijinal eşyayı kendi adına veya başkası adına gümrüğe sunması mümkündür. Bu nedenle her ne kadar etkili bir sistem olduğu düşünülse de, uygulamada aynı netice alınamamaktadır.

Şekil 2.7. Gümrük başvurusunda lisans sahibi bilgilerinin sisteme dâhil edildiği ekran görüntüsü

2.4.1.2.3. Başvurunun kabul edilmesi

Başvurunun kabul edilmesi halinde, başvuru esnasında bildirilen elektronik posta adresine, korumanın geçerli olduğu süre ile birlikte, başvurunun kabul edildiğine ilişkin yazı gönderilmektedir.

Başvurunun kabul edilmesi halinde hak sahibinin sorumlulukları

Fikri ve sınaî hakların ihlal edildiği gerekçesi ile gümrük idaresine yapılan başvurunun gümrük idaresi tarafından kabul edilmesi; eşyanın, gümrük idaresince gereği gibi muayene edilmeden bırakıldığı veya eşyanın alıkonulması için herhangi bir önlem alınmadığı sebebi ile hak sahibine tazminat hakkı doğurmayacaktır. Yine bu çerçevede fikri ve sınaî hakları ihlal eden eşya ile mücadele kapsamında, gümrük idaresi tarafından başvuru üzerine veya resen hareket edilmesi nedeniyle ilgili kişilerin zarara uğramasından gümrük idaresi ve gümrük idaresi yetkilileri sorumlu tutulamayacaktır¹¹⁸.

Ayrıca başvuru sahibinin, yani hak sahibinin el konulan eşyaya ilişkin olarak elde edilen bilgileri gizli tutma yükümlülüğü bulunmaktadır. Gümrük Yönetmeliği m. 106 uyarınca ihtiyati tedbir alınması için gerçekleştirilen ve temin edilen tahliller veya ekspertiz raporları alınması ile edinilen bilgilerin amacının dışında kullanıldığının tespit edilmesi halinde, geri kalan başvuru geçerlilik süresi boyunca hak sahibinin başvurusu askıya alınabilmekte ve ihlalin tekrar etmesi halinde talebin yenilenmesi reddedilebilmektedir.

Güvence altına alınan eşya üzerindeki hak sona ererse veya hakkın koruma süresinin bitmesi halinde, bu durum hak sahibi tarafından gümrük idaresine bildirilmek zorundadır. Bundan başka eşyanın gümrük idaresince tanınmasına ilişkin olarak gümrük idaresine verilen yanlış veya eksik bilgilerden ya da mevcut verilerin güncellenmemesinden dolayı ortaya çıkabilecek yanlış uygulamalardan da hak sahibi sorumlu olacaktır¹¹⁹. Bu kapsamda, 6769 sayılı SMK ile düzenlenen “*muafakatname*” kavramına değinilmesi doğru olacaktır. Zira bir marka sahibi, gümrükler nezdinde markasının korunmasını talep ettikten sonra, muafakatname ile bir üçüncü kişinin benzer veya aynı ibareli bir marka üzerinde hak sahibi olmasına müsaade etmiş, muafakat etmiş olabilir. Söz konusu muafakatin gümrük idaresine bildirmesi gerekmektedir. Aksi halde, hak sahibinin oluşacak zararlardan sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir.

Gümrük Yönetmeliği m. 109 uyarınca hak sahibi tarafından gerçekleştirilen ve Ticaret Bakanlığı nezdinde gerçekleştirilen başvuru için herhangi bir ücret söz konusu

¹¹⁸ Pekdincer-Tüzün; s.500.

¹¹⁹ Pekdincer-Tüzün s.500.

değildir. Ancak, durdurulan veya alıkonulan eşya, risk ve mali yükümlülüklerinden hak sahibi sorumludur. Söz konusu denetimin devamlılığı için de gümrük idaresinde uygulanan tedbirin devamı için yetkili ve görevli mahkemeden bir tedbir kararı alınması gerekir, bu karar ile hak sahibinin bir miktar parayı veya teminat mektubunu tedbirin sebebiyet verebileceği zararlar nedeniyle teminat olarak yatırması veya bildirmesi gerekir.

Başvurunun kabulü halinde işlem masraflarının karşılanması

Eşyanın, fikri ve sınai hakların korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerini ihlal ettiğinin tespiti için yapılan tahlil ücreti, ekspertiz ücreti ve fazla mesai ücreti hak sahibi veya temsilcisi tarafından karşılanır. Ancak başvurunun işleme konulması sırasında ortaya çıkan idari masraflar hak sahibi tarafından karşılanmaz; bunların hak sahibi tarafından karşılanması talep edilmez¹²⁰.

2.4.1.2.4. Başvurunun reddedilmesi

Başvurunun reddedilmesi halinde, ret sebepleri ile birlikte, bildirmiş olunan elektronik posta adresine yazı gönderilmektedir. Bu yazıda, koruma istenen emtialar yönünden açıklayıcı olunmadığı ya da tescil kapsamı dışında yer alan malların mevcudiyeti veya koruma süresinin veya marka ibaresinin hatalı girilmesinden kaynaklı olarak ret kararı verilmektedir. Söz konusu ret kararının yerinde olmadığı düşünülmesi halinde Yönetmelik m. 103/9 atfı ile 4458 sayılı GK m. 242 uyarınca; otuz beş gün içerisinde bir üst makama, üst makam yoksa aynı makama verecekleri bir dilekçe ile itiraz edilebilmektedir. Bu durumda itirazlar yine otuz gün içerisinde değerlendirilerek karara bağlanır ve ilgililere tebliğ edilir. Şayet itiraz süresi içinde yanlış makama gerçekleştirilirse, itiraz süresinde yapılmış sayılır ve yetkili makama ulaştırılır. İtirazın reddi kararlarına karşı işlemin yapıldığı yerdeki idari yargı mercilerine başvurulabilmektedir.

Görüldüğü üzere yasal olarak belirlenen süreler bir yıl koruma sağlanan bir işlem için oldukça uzun sürelerdir. Zira bir yıl koruma istemi ile gerçekleştirilen başvuru otuz gün içerisinde değerlendirilmekte ve bu değerlendirme olumsuz neticelendiği takdirde

¹²⁰ Pekdincer-Tüzün s.500.

hak sahipleri tebliğden itibaren derhal itirazda bulunsalar dahi, itirazın değerlendirilmesi için yine otuz günlük bir süre mevcuttur. Tüm bu itiraz aşamasından sonra uyuşmazlığın idari yargıya taşındığı takdirde ise daha uzun bir süreç başlamaktadır.

Nitekim başvuru belgelerinin eksik veya yetersiz olması sebebiyle reddedilmesi halinde, bir itiraz olanağı bulunmamakla birlikte, başvuru sahibi aynı tescilli marka veya sair haklar için yeni bir başvuru yapabilmektedir¹²¹. Uygulamada da çoğunlukla eksik veya yetersiz belgeler nedeniyle ret kararı verildiği görülmektedir. İtiraz hükümleri yer alsa da, gerekli belgelerin ve bilgilerin sunulması halinde zaten Bakanlıkça ret kararı verilmemektedir. Uygulamada da itiraz hakkının kullanılması yerine, yeniden başvuru yapılması tercih edilmektedir.

2.4.2. El koyma veya Gümrük İşlemlerinin Durdurulması Kararından Sonra Yapılacak İşlemler

2.4.2.1. Gümrük idarelerince yapılacak işlemler

2.4.2.1.1. Hak sahibine bildirim

Gümrük işlemlerine tabi tutulmak üzere gümrük idaresine sunulan eşyanın durdurulması ve el konulması işlemlerini takip eden ilk iş günü içerisinde hak sahibine bildirim gerçekleştirilir. Bu anlamda hak sahibine “sır niteliğindeki” bilgiler hariç olmak üzere, alıcı, gönderici, beyan sahibi ve eşyanın zilyedine ilişkin isim ve adres bilgileri ile söz konusu eşyanın menşe ve kaynak ülkesi gibi bilgiler, yetkili yargı birimlerine müracaatta kullanılmak üzere talepte bulunan hak sahibine bildirilir. Uygulamada gümrük idaresi, ihlal gerçekleştiğine ilişkin bildirimini yerine getirmekle birlikte, durdurulan eşyayı fotoğraflayarak dahi, durdurulan eşya hakkında resen delil toplamamaktadır. Bu durum, sonradan ihtiyati tedbir talebi ile açılan davalarda sorun gündeme getirmektedir. Zira süresinde ihtiyati tedbir kararı verilemediği takdirde, aleyhinde dava açılan ve tedbir talep olunan husus ortadan kalkmaktadır. Nitekim tedbir kararı zamanında getirilmediği takdirde, gümrük idaresi, ürünlerin geçişine izin vermektedir. Aynı şekilde, bu gibi risklerin bulunduğu durumlarda, ek süre talep edildiğinde de ek süre talebinin gümrük

¹²¹ Güneş, 2014, s.436.

idaresinin takdiri ile reddedilmesi mümkündür. Bu halde de, gümrük idaresince resen hiçbir delil toplanmaması sebebiyle görülmekte olan davalar konusuz kalmaktadır. Zira ürünün takip edilebilir bir durumu kalmadığı gibi, gümrük işlemlerine tabi tutulan eşyanın ihlal barındırıp barındırmadığının tespiti mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla, gümrük idarelerince durdurulan ürünlerin en azından görsellerinin alınması ve gümrük idarelerince bu görsellerin saklanması hususunda bir düzenleme yapılması yerinde olur kanaatindeyim.

2.4.2.1.2. Numune alımı ve tahlil yapılması

Gümrük idaresi, Gümrük Yönetmeliği m. 104/3 uyarınca gümrük işlemlerinden herhangi birinde yer alan kişilerin yani gümrük müşaviri, taşıyıcı firma gibi işlemleri yürüten kişiler ile eşya sahibine olduğu gibi başvuru sahibine de gümrük işlemleri durdurulan veya el konulan eşyayı kontrol etmesine izin verilir. Ayrıca gümrük idaresi, hak sahibinin talebi üzerine eşyanın muayenesi sırasında yalnızca tahlil edilmek maksadıyla ve sonrasında gerçekleştirilecek işlemleri kolaylaştırmak amacıyla hak sahibine teslim etmek için söz konusu eşyadan numune alabilir. Söz konusu şartlara uygun olarak alınan numuneler, tahlilin sonuçlanmasının ardından ve eşyanın gümrük işlemlerinin tamamlanmasından önce gümrük idaresine geri gönderilir. Numunelere ilişkin her türlü tahlil hak sahibinin sorumluluğu altında gerçekleştirilir.

2.4.2.1.3. Kolaylaştırılmış imha

Marka hakkını ihlal ettiğinden şüphe edilen eşya mahkemede dava açılmaksızın veya mahkeme kararı beklenmeksizin Gümrük Yönetmeliği m. 105 ile belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde imha edilebilir. Ancak söz konusu imha prosedürü, 6769 sayılı SMK kapsamında yer alan imha işlemleri ile benzer nitelikte değildir.

Hak ihlali halinde, açılacak hukuk ve ceza davaları bulunmaktadır. Bu anlamda marka hakkı sahibi, taklit veya marka tecavüzü oluşturan malların mülkiyetlerinin kendisine devrini isteme veya imhasını isteme hakkına da sahiptir. Ancak bu talebin gerçekleşmesi mahkeme kararının kesinleşmesine bağlı olup, yargılama oldukça uzun bir süreye yayılabilmektedir. Bu durumda da depolama ve saklama masrafları oluşmaktadır¹²².

¹²² Güneş, 2014, s.440.

İmha işlemi Gümrük Yönetmeliği m. 105/2-a uyarınca, gümrük idaresince eşyanın gümrük işlemlerinin durdurulduğunun veya alıkonulduğunun tebliğ edilmesini takip eden; bozulabilir eşya için üç iş günü, bunun dışındaki eşya için on iş günü içerisinde, yani hak sahibinin ihtiyati tedbir ve sonrasında dava açması gereken süre içinde, hak sahibi tarafından;

a. Eşyanın fikri ve sınai hakları ihlal eder nitelikte eşya olduğunun ve bu eşya tanımına uyduğuna ilişkin olarak hazırlanmış ve fikri ve sınai hakları ihlal eden unsurlarına detaylı şekilde yer veren bir dilekçenin,

b. Eşyanın imha edilmek üzere gümrüğe terk edildiğine ilişkin eşya sahibi veya eşya sahibince yetkilendirilen ve bu konuda resmi makamlarca onaylanmış bir belge ibraz eden beyan sahibi tarafından verilmiş bir muvafakatnamenin gümrük idaresine ibraz edilmesi halinde uygulanır.

Bu uygulamanın yapılabilmesi için yukarıda belirtilen süreler içerisinde eşya sahibi veya beyan sahibi tarafından itiraz edilmemesi gerekmektedir. Burada eşya sahibine verdiği muvafakatnameyi, - süresi içinde itiraz etmek koşuluyla- hükümsüz kılabilmek hakkı tanınmıştır. Eğer gümrük idaresi kabul ederse, eşyanın imha edilmek üzere gümrüğe terk edildiğine ilişkin olarak hazırlanan muvafakatname, eşya sahibi veya yetkili beyan sahibi tarafından doğrudan gümrük idaresine sunulabilir. Kolaylaştırılmış imha talebinin yapılması öngörülen sürelerden –bozulabilir eşyalar dışında kalanlar için öngörülen- on iş günlük süre, haklı bir mazeretin olması halinde on iş günü daha uzatılabilmektedir¹²³.

Gümrük Yönetmeliği ile öngörülen kolaylaştırılmış imha, 6769 sayılı SMK m. 163 hükmünde düzenlenen “hızlı imha” sürecinden farklıdır. Zira hızlı imha, suç teşkil eden ürünler bakımından öngörülmüştür. Bu nitelikte eşyanın numuneler alındıktan ve bilirkişi incelemesi yapıldıktan sonra soruşturma aşamasında, hâkim kararı veya yargılama başladıysa ilgili mahkemece karar verilerek imhası sağlanmaktadır. Cumhuriyet savcısı başkanlığında, Maliye yetkililerinden oluşan üç kişilik bir heyet, imha işlemini tutanak ile belgeler¹²⁴. Ancak Gümrük Yönetmeliği kapsamında kolaylaştırılmış imha, eşya sahibinin rızası ile gerçekleştirilmektedir.

¹²³ Pekdiğer/ Tüzün, 2010, s.503.

¹²⁴ Güneş, İ. (2017) 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart), s.537.

2.4.2.2. Marka hakkı sahibince yapılacak işlemler

2.4.2.2.1. İhtiyati tedbir kararı alınması

Sanayinin ve tekniğin paralel gelişmesi günümüzde iletişim ve hızlı dolaşımı kolaylaştırmış, bu durum da ticaretin hızlı bir biçimde geliştirilmesine neden olmuştur. Fikri ve sınaî hakların etkin bir şekilde korunmasının sağlanması ise ancak ihtiyati tedbirlerin uygulanması ile mümkün hale gelmiştir. Hem 6100 sayılı Hukuk Muhakemesi Kanunu, hem de fikri ve sınaî haklarının korunmasına ilişkin özel mevzuatta yer bulduğu görülmektedir¹²⁵.

Genel anlamıyla ihtiyati tedbir, dava sırasında davalının, dava konusunu başkasına devretmesi mümkün olduğundan, davacının davayı kazanması halinde dava konusu şeye kavuşması tehlikeye girebilir. Davacının bu anlamda, davayı kazanması halinde dava konusuna kavuşmasını, daha dava sırasında (hatta davadan da önce) güvence altına almaya yarayan geçici hukuki korumadır¹²⁶. Gümrükte el konulan eşyalar yönünden alınan ihtiyati tedbir, eşya üzerinde uygulanan el koyma işleminin devamı içindir. Ancak, el koyma işlemi gerçekleştirilen eşyaların bozulma tehlikesi mevcut ise, bu tedbirin eşyanın satımı gerçekleştirilir ve satımı halinde elde edilen gelir de saklanır¹²⁷.

Gümrükte gerçekleştirilen el koyma işleminden sonra yasal süresi içerisinde marka hakkı sahibi tarafından ihtiyati tedbir kararı alınması gerekmektedir. İhtiyati tedbir kararı, dava ile talep edilebileceği gibi görevli ve yetkili mahkemeden de münhasıran talep edilmesi mümkündür. Ancak dava konusu aynı zamanda bir tazminat talebini de içermekte ise, arabuluculuk müessesesinin dava şartı olarak getirilmiş olması sebebiyle, hak sahibinin öncelikle arabulucuya müracaatı gerekeceğinden hak kaybına sebep olmaması adına, dava ile tedbir talebi mevcut ise tazminat talebi olmaksızın davanın açılması yerinde olacaktır.

Yalnızca tedbir alınması ile hukuki işlemlerin başlatılması halinde de hak sahibinin tedbir kararından iki hafta sonra dava açması beklenmektedir. Bu hususta getirilen dava şartı arabuluculuk ile oluşan hukuki durumda, bu iki haftalık süre içerisinde

¹²⁵ Can, O. (2009). “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kavramı”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan C.1, s.503-518, s.504, İstanbul.

¹²⁶ Arslan, R./ Yılmaz E./ Taşpınar Ayvaz, S. (2016). Medeni Usul Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2016, s.567.

¹²⁷ Arslan/ Yılmaz / Taşpınar, 2016, s.567.

arabuluculuğa başvurulması halinde süreler işlememektedir. Nitekim Arabuluculuk Kanunu m. 18/A-16 kapsamında, dava açma süresinin arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe dek işlemeyeceği düzenlenmektedir.

İhtiyati tedbirin uygulanması yönünden, pasif bir eylemsizlik hali, marka sahibince marka hakkını kullanmasının tedbir süresince engellenmesi söz konusu olduğundan, kararın icra yoluyla infazı gerekmektedir. Ancak mahkemelerce 6100 sayılı HMK m. 393 uyarınca kararın icrası için icra dairelerinin yetkili olduğu belirtilmekte ve tedbiri talep eden tarafından kanuna uygunluk açısından m. 393/2 uyarınca karar mahkemesinin bulunduğu yerdeki icra dairesinde işleme konulabilmektedir. Ancak usul açısından bu kararın bir etkisi yoktur, zira bu pasif bir eylemsizlik halidir¹²⁸.

Gümrükte el konulan eşya yönünden alınan ihtiyati tedbir kararının da 6100 sayılı HMK m. 393 uyarınca icrasının talep edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumun değerlendirilmesi bakımından tedbir kararının icra yolu ile uygulanmasının, pratik anlamda nasıl bir sonuç verdiği irdelenmelidir. Gümrük idarelerinde alınan el koyma kararının konusu, yeri ve muhatabı belli iken bu kararın ayrıca icraya konulmasının gerek olup olmadığının tartışılmasına gerek olmadığı kanaatindeyim. Nitekim uygulamada da, alınan ihtiyati tedbir kararı gümrük idaresine gönderilmekte, ayrıca icraya konulmasına gerek kalmamaktadır.

Teminat verilmesi

Teminat, 6100 sayılı HMK m. 392 kapsamında düzenlenmiş olup, teminat gösterilmesinin amacı ihtiyati tedbirin yol açması muhtemel zarar bakımından taraflara bir güvence oluşturmaktır. Nitekim ihtiyati tedbir talep edenin, dava sonunda haksız olduğu ve karşı tarafın da bir zararının mevcut olduğu durumda, doğan zarar teminattan karşılanır.

Kanun, teminat açısından haksız çıkılması durumunda karşı taraf ve üçüncü kişilerin bu sebeple uğrayacakları zararı güvence altına alma amacından söz etmektedir. Yukarıda da vurgulandığı üzere, yaklaşık ispat ölçüsü ile yetinilmesi sebebiyle dava

¹²⁸ Özdiller, Filiz; 6769 sayılı Kanundaki Değişiklikler Uyarınca Kötüniyetli Tescil Nedeniyle Markanın Hükümsüzlüğünün EUIPO Kararları ile Birlikte İncelenmesi”, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, C.14 Sayı.55, s.583.

neticesinde haksız çıkma ihtimali mevcuttur. Tedbir talep edenin haksız çıkması durumunda, bu defa karşı tarafın söz konusu tedbir kararının içeriğine göre dava konusu edilmiş eşya üzerinde gerçekleştirebileceği işlemler haksız olarak sınırlanmış olur ve bir zarar gündeme gelebilir. Dolayısıyla ihtiyati tedbir kararı için aranan teminat şartının meşru bir amacı olduğu şüphesizdir. Ancak, söz konusu teminat şartının aynı zamanda orantılı bir sınırlamada olması gerekir¹²⁹.

6769 sayılı SMK m. 159/2-c hükmü, 6100 sayılı HMK m. 392 içeriğinden farklı olarak, aleyhine ihtiyati tedbir istenilen yani konumuz yönünden gümrükte el konulan malların sahibi ya da malları gümrük işlemlerine tabi tutan kişi tarafından ödenmesi talep edilen teminatı düzenlendiğine ilişkin görüşler mevcuttur. Dava ile talep edilen bir tazminatın mevcut olması halinde, tazminat alacağının karşı tarafça gösterilecek teminat ile garanti edilmesi sonucunu doğurur. Dolayısıyla para alacağına ilişkin taleplerin ihtiyati haciz ile karşılanacağı esasına bir istisna oluşturan bu tedbir türüne hâkim tarafından ölçülülük ilkesine göre karar verilmesi yönünde görüşler mevcuttur¹³⁰.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD'nin 2018/3261 E., 2018/2312 sayılı kararında¹³¹ “..., davacı vekilinin, *"tasarıma ve patente tecavüz teşkil eden eylemlerin durdurulması, taklit ürünlere el konulması, internet sitelerine erişimin engellenmesi yönünde ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebinin "* kabulü halinde uğrayabileceği zararların önüne geçilebilmesi, davacının da olası zararlarının önüne geçilerek, tarafların menfaatleri arasında ciddi bir denge kurulması bakımından, 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu 159/2-c bendinde düzenlenen *"ters teminat"* tedbirine karar verilmesi gerektiği..” belirtilerek davacı tarafından ödeneceğine karar verilen teminatı, “*Ters Teminat*” tedbiri olarak değerlendirilmiştir. Söz konusu karar her ne kadar marka hakkı ile ilgili olmasa da uygulama alanı bakımından “*Ters Teminat*” tedbirinin amacını dile getirmektedir. Nitekim bu tedbirin taraflar arasında menfaat dengesinin oluşmasında önem arz ettiği görülmektedir. Dolayısıyla hangi taraf yönünden teminatın istenebileceği veya hangi taraf

¹²⁹ Erdoğan, E. (2017). “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler”, TFM, C.3, S.2017/1, s.47-65, s.60.

¹³⁰ Kavlak, B. (2013). “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi”, Prof. Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, C II, s.1525-1553, s.1550; Aynı görüşte Bkz. Deren-Yıldırım, N. (2002). Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul s.92, Yasaman, / Ayoğlu / Yusufoglu/ Yüksel (2004). s.1213, Saraç, T. (2003). Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s.229.

¹³¹ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD'nin 2018/3261 E., 2018/2312 sayılı kararı (Çevrimiçi kaynak: Kazancı İçtihat Bankası)

aleyhine teminat kararı verilebileceği somut olay bakımından yapılacak değerlendirme ile menfaat dengesinin sağlanması açısından önem taşıdığı açıkça görülmektedir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD'nin 2018/2006 E., 2018/1600 sayılı kararında benzer şekilde ancak "Ters Teminat" kavramına değinilmeden *"..Davacının ihtiyati tedbir talebinin kısmen kabulü ile; davacının markaya tecavüz ve haksız rekabet iddialarına karşılık tedbiren her bir davalı tarafından ayrı ayrı 100.000,00'er TL nakdi veya süresiz banka teminat mektubunun yatırılmasına..."* karar verilmiştir¹³². Anılan karar kapsamından anlaşıldığı üzere, 6769 sayılı SMK m. 159/2-c kapsamında düzenlenen ve *"Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi."*ni içeren hüküm ile aleyhinde dava açılan tarafça da ödenecek bir tazminat ile taraf menfaatlerinin korunması sağlanmaktadır. Bu anlamda aynı dairenin almış olduğu kararların birinde "ters teminat" ifadesine yer verilmesi diğerinde ise bu şekilde bir ifadenin kullanılmamış olması dikkat çekmektedir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16. HD'nin 2018/2006 E., 2018/1600 sayılı Kararında hiçbir şekilde "ters teminat" ifadesinin yer almaması, 6769 sayılı SMK m. 159/2-c kapsamının, tazminat talepli davalarda, davalı yanca teminatın ödenmesi gerektiği şeklinde yorumlanabilir.

İhtiyati tedbir kararının uygulanmasına ilişkin emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kimse, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır hükmünü içeren 6100 sayılı HMK m. 398/1, Anayasa Mahkemesi'nin 2018/1 E, 2018/83 sayılı Kararı¹³³ ile iptal edilmiş ve yürürlüğü ilandan itibaren dokuz ay sonra olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla 20.02.2019 tarihinde resmi gazetede ilan edilen karar ile 20.11.2019 tarihinden itibaren ilgili hükmün iptaline ilişkin karar uygulamaya girecektir. Söz konusu kararda özetle disiplin hapsi suç karşılığı uygulanan hapis cezası niteliğinde bulunmadığı ve ceza yargılamasının konusunu oluşturan suç kavramının dışında kaldığına değinilmiştir. Buna karşın düzenlenen disiplin hapsinin bir mahkeme tarafından verileceği ve kişi hürriyetini kısıtlayan bir uygulama olduğu belirtilmektedir. Anılan kararda ihtiyati tedbire muhalefet dolayısıyla verilecek disiplin hapsi yönünden yapılacak yargılamadaki usul ve esaslar ile verilecek karara karşı başvurulacak kanun yollarındaki belirsizliğin kişilerin hukuki güvenliği ile hak arama özgürlüklerini zedeleyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

¹³² İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 16.HD'nin 2018/2006 E., 2018/1600 sayılı kararı (Çevrimiçi kaynak: Kazancı İçtihat Bankası)

¹³³ RG 20.02.2019 tarih ve 30692 sayı.

Dolayısıyla her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki görüşü yerindeyse de tedbire aykırılığın yaptırımını ortadan kaldırmıştır. Bu alanda oluşan boşluğun kararda yer verilen hususlar göz önünde bulundurularak yapılacak bir düzenleme ile tamamlanması gerekmektedir.

İhtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılması

İhtiyati tedbirin uygulanmasında, kural olarak yeni olay veya delil ortaya çıkmadığı müddetçe mahkeme almış olduğu tedbir kararını kaldıramaz veya değiştiremez¹³⁴. Ancak 6100 sayılı HMK m. 395 uyarınca; aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen veya hakkında bu tedbir kararı uygulanan kişi, mahkemece kabul edilecek teminatı gösterirse, mahkeme, duruma göre tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar verebilir. Aynı şekilde 6100 sayılı HMK m. 396 uyarınca ise, durum ve koşulların değişmesi halinde, talep üzerine ihtiyati tedbirin değiştirilmesine veya kaldırılmasına teminat aranmaksızın karar verilebilir.

2.4.2.2.2. Dava açılması

İhtiyati tedbir talebi bir dava ile birlikte talep edilmemişse, ihtiyati tedbir kararının talep edilme tarihinden itibaren iki hafta içerisinde dava açılmış olması gerekir. Gümrükte el konulan marka hakkını ihlal eden mallar bakımından açılacak davaların değerlendirilmesi üçüncü bölümde ayrıca ele alınacağından, bu bölümde kısaca değinilmektedir.

2.5. Gümrükte Ele Geçirilen Mallar Bakımından Hukuki Sorumluluk

2.5.1. Tescilli Markayı Taşıyan Ürünü İzinsiz Üreten Kişilerin Sorumluluğu

Markanın mal veya ambalaj üzerinde kullanılması, marka hakkına tecavüz teşkil etmekte olup bundan dolayı gümrükte ele geçen taklit malı üreten kimse her hâlükârda sorumludur. Üreticinin bu sorumluluktan kurtulması, en azından ref ve men talepleri bakımından mümkün değildir. Tazminat talepleri bakımından ise, kusura bağlı olarak

¹³⁴ Deren Yıldırım, N. (2003). "Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar", Ünal Alptekin'e Armağan, İstanbul, C.II, s.199-207, s.205.

sorumluluk söz konusudur. Fason üretim savunması, sipariş üzerine üretim yapıldığı ve taklit mallardan dolayı sorumluluğun malın üretimi için sipariş veren iş sahibine ait olduğu yönündeki savunmalar somut olayın özelliklerine bağlı olarak değerlendirilmekle birlikte genellikle sonuca etkili olmamaktadır¹³⁵.

2.5.2. Tescilli Markayı Taşıyan Ürünü İzinsiz Gümrüğe Sevk Eden, İthal veya İhracat Eden Kişilerin Sorumluluğu

Marka hakkına tecavüz sayılan fiillerin belirtildiği 6769 sayılı SMK m. 29/1-c hükmü ile ithal ve ihracat fiilleri açıkça tecavüz olarak belirlenmiştir. Tescilli markayı taşıyan ürünü izinsiz gümrüğe sevk fiili esasen, ilk bölümde detaylı şekilde incelendiği gibi gümrükçe onaylanmış bir işlem olarak değerlendirilen fiilleri içermektedir. Dolayısıyla bu anlamda işlemin transit geçiş dışında diğer işlemlerin ithalat ve ihracat rejiminin bir parçası olduğu düşünüldüğünde yalnızca transit geçiş rejimi hariç, diğer işlemler bakımından tecavüzün gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira 6769 sayılı SMK ile gümrükçe onaylanmış işlemleri değil, ihracat ve ithalat fiilleri marka hakkına tecavüz olarak belirlenmiştir.

Nitekim 6769 sayılı SMK m. 7/3-c maddesi uyarınca, işareti taşıyan malın ithal ya da ihracı, marka hakkına tecavüz olarak kabul edilmekte ve söz konusu fiillerin durdurulması talep edilebilmektedir. Bu nedenle taklit malı üreten veya yurt dışında ihracat etmek maksadıyla, gümrüğe sevk eden, ihracat işlemlerini yürüten, izinsiz kullanılan marka ibareli ürünleri yurtdışından Türkiye'ye ithal eden kimse veya kimseler, taklit malların Türkiye'deki alıcıları, marka sahibine karşı sorumludurlar¹³⁶.

2.5.3. Gümrük Müşavirlerinin ve Acentelerin Sorumluluğu

Eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına ilişkin faaliyetler, gümrük müşavirleri tarafından doğrudan veya dolaylı temsil yoluyla takip edilir ve sonuçlandırılır. Aynı şekilde gümrük işlemlerini üstlenen acenteler de mevcuttur.

4458 sayılı GK m. 5 hükmü ile ilk defa doğrudan ve dolaylı temsil ayrımına yer verilmiştir. Önceki düzenlemelerde gümrük komisyonculuğu mesleği, yetki ve

¹³⁵ Çolak U. (2018). Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı İstanbul, s.499.

¹³⁶ Çolak, 2018 s.500.

sorumlulukları, 4458 sayılı GK ile gümrük müşavirliği mesleğine dönüştürülmüştür. Yapılan önemli değişiklik ile gümrük müşavirinin dolaylı temsilci olarak anılması ve dolaylı temsilcilerin beyan sahibi olarak tıpkı temsil edilen gibi sorumluluk altında olduğu benimsenmiştir¹³⁷. Dolayısıyla gümrük müşavirleri bakımından doğrudan ve dolaylı temsil bakımından farklı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Dolaylı temsilde gümrük müşaviri, işlemleri kendi nam ve hesabına yürütmesi sebebiyle, yapılan işlemler bakımından da doğrudan sorumluluğunun mevcut olduğu kabul edilmelidir.

Nitekim doğrudan temsilde, gümrük beyanları temsil edilenin bildirdiği bilgi ve belgelerle gerçekleştirilmektedir. Bu durumda, gümrük müşavirinin kendisine bildirilmeyen bir bilgi veya bildirilen yanlış bilgi bakımından sorumlu tutulması ancak, bu durumu bilerek hareket ettiğinin kanıtlanması halinde mümkündür. Aksi halde, gümrük müşavirinin sorumluluğuna gidilemeyecektir¹³⁸.

Dolaylı temsil halinde ise, gümrük özet beyannamesi verilirken temsilci sıfatıyla beyannamenin verildiğinin açıkça belirtilmemesi halinde, bunu veren kimsenin beyanı kendi adına yapmış sayılacağına ve bu nedenle husumet itirazının da yerinde olmayıp bu beyanname sahibinin de hukuken sorumlu kimseler arasında olduğuna karar vermiştir¹³⁹. Bu anlamda uygulamanın istikrarlı olmadığı gibi bir kanaat mevcutsa da¹⁴⁰ somut olaylar incelendiğinde Yargıtay tarafından önemle irdelenen husus, gümrük müşaviri tarafından gerçekleştirilen temsilin dolaylı veya doğrudan olup olmadığıdır. Dolayısıyla kararlar arasında tutarsızlık olmadığı, kararların bu anlamda değerlendirilmesi halinde kararlar arasında kendi içinde tutarlılık bulunduğu görülmektedir.

Acente, ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru ve hizmetli gibi, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli bir şekilde, bir ticari

¹³⁷ Baş, M. N. (2016). “Gümrük Müşavirlerinin Mesleki Faaliyetleri Kapsamında Dolaylı Temsil Yetkileri ve Hukuki Sorumlulukları”, HHFD 6(1), 193-212, s.196-197.

¹³⁸ Uygulama için bkz. UYAP İçtihat Bankası, Yargıtay 11 HD 2010/ 114 E. ve 2011/ 7446 sayılı Kararı da bu görüşü destekler niteliktedir; “*Mahkemece, toplanan delillere dayanılarak, Erenköy Gümrük Müdürlüğü kayıtlarından ihracatçı firmanın davalı P..... Şti. nakliye firmasının davalı M..... Şti., gümrük işlemlerini icra edenin davalı Ö..... Şti. olduğunun anlaşıldığı, tır aracında yapılan aramada sıvı sabun kutularının altında dava konusu taklit parfüm kutularının bulunduğu, nakliye sırasında nakliyecinin gümrük beyanlarına aykırı olarak yükletilen ürünleri görmemiş olmasının düşünülemeyeceği, gümrük işlemlerini gerçekleştiren Ö..... Şti'nin olaya fiilen katıldığına ilişkin herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesiyle davalı Ö..... Şti hakkındaki davanın husumetten reddine, diğer davalıların davacının markasına tecavüz ve haksız rekabetlerinin tespitine ve önlenmesine, gümrükte el konulan taklit parfümlerin imhasına, 10.000 TL manevi tazminatın M..... Şti ile P..... Şti'den müştereken ve müteselsilen dava tarihinden itibaren yasal faiziyle tahsiline karar verilmiştir*”.

¹³⁹ Çolak, 2018, s.504. Yargıtay 11HD 2008/11884 E, 2010/6694 sayılı K.

¹⁴⁰ Çolak, 2018 s.501.

işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları tacir adına yapmayı meslek edinen kişidir¹⁴¹. 6102 sayılı TTK m. 105/ 1 uyarınca acente; aracılıkta bulunduğu veya yaptığı sözleşmelerle ilgili her türlü ihtar, ihbar ve protesto gibi hakkı koruyan beyanları müvekkili adına yapmaya ve bunları kabule yetkilidir. Aynı hükmün ikinci fıkrasına göre ise; acentelerin taraf olduğu sözleşmelerden doğacak sorumlulukları müvekkilleri ile aynıdır. Dolayısıyla, acente müvekkili adına dava açabileceği gibi kendisine de aynı sıfatla dava açılabilir. Bu hükme aykırı olarak yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkında aksinin kararlaştırılması da geçersizdir. Acente 6102 sayılı TTK m. 107 uyarınca; özel ve yazılı bir yetki almadan, müvekkili adına sözleşme yapmaya yetkili değildir.

Yargıtay içtihatlarında yapılan işlemlerin tarafı olan kişi veya tüzel kişilerin sorumlu tutulması bakımından acenteler yönünden de aynı yönde kararlarının bulunduğu görülmektedir. Bu anlamda, 11.HD 2009/9076 E ve 2011/ 2086 sayılı Kararında; F... Gemi Acenteliği A.Ş.'nin ise malın alıcısına teslim edilmek üzere gemiden toplatılmasını sağlayan özet beyanı gümrükte tescil ettiren ve imzalayan olarak taklit ürünün Türkiye'ye girişine yardımcı olduğu ve 556 sayılı KHK m. 61 uyarınca tecavüz eylemini kolaylaştıran davalının da sorumlu olduğuna karar verilmiştir¹⁴². Netice olarak karara katılmak ile birlikte karar gerekçesinin temelinde yatan unsurun işlemi yapan gerçek veya tüzel kişinin temsil yetkisine bakılarak ve her somut olayın kendine özgü somut olguları ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Marka hakkının ihlali sebebiyle ileri sürülebilecek taleplerden özellikle tazminat için, tecavüz edenin kusurlu olması gereklidir. Kusur, fiilin bilerek ve isteyerek gerçekleşmesinde olduğu gibi gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesine ilişkin olarak da gündeme gelebilmektedir. Kusurun varlığı, durumun özelliklerine ve gereklerine göre gerekli dikkat ve özeni gösterip göstermediğine bakılarak, objektif kriterlere göre tespit edilmelidir¹⁴³. Bu bakımdan önemli olanın aynı zamanda tecavüz edenin tacir sıfatına haiz olup olmadığıdır.

¹⁴¹ Kayıhan, Ş. (2011). Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2011, s.36.

¹⁴² Çolak, 2018, s.502-503.

¹⁴³ Polater, S. (2016). "Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü", Terazi Hukuk Dergisi, S.116, Nisan 2016, s.41-52, s.49.

2.5.4. Taşıyıcı Firmaların ve Dış Ticaret Şirketlerinin Sorumluluğu

Bir gönderinin bir yerden bir başka yere taşınması işini meslek edinen kimseler bakımından ticaret sadece taşıma işinden ibarettir. Hayatın olağan akışına göre bu iş, gönderilerin içerdiği mallar ve bunların taşıdığı markalardan bağımsız bir şekilde gerçekleşir. Bu anlamda malların taşınması, malların kullanılması veya söz konusu malların ticarete sunulması anlamına gelmez¹⁴⁴.

Taşıyıcı firmalarının ve bu firmalarda çalışan şoförlerin sorumluluğu bakımından *Bozgeyik*'e göre; taşımacılık işi gerçekleştiren firmaların, taşıdıkları ürünlerin veya bunlar üzerindeki markaların gerçek veya taklit olup olmadığını kontrol etmek gibi bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bu anlamda yükümlülüklerinin bulunduğu ilişkin herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Ancak taşıyıcının, mal ve markaların taklit olduğunu bilerek taşıma işini üstlenen firma bakımından hem hukuki hem de cezai sorumluluktan bahsedilebilecektir¹⁴⁵. Nitekim Yargıtay kararlarında da benzer şekilde değerlendirilme yapıldığı görülmekle birlikte, somut olay nezdinde tarafların haksız eylemi bilme ve bilebilecek durumda olma halini yine somut olaya göre farklı şekilde değerlendirdiği görülmektedir¹⁴⁶.

Dış ticaret şirketlerinin sorumluluğu bakımından ise, taklit malların yurt dışında ihracına aracılık eden dış ticaret şirketleri ile ihracatı yapan şirket arasında yapılacak olan sorumluluk anlaşmalarının da sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereği sonuca etkisi yoktur. Aynı şekilde, Dış Ticaret Müsteşarlığı Tebliği'nin de dış ticaret şirketlerini sorumluluktan kurtarma gücü bulunmamaktadır¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Bozgeyik, H. (2015); Marka Hukuku, Görüşler ve Kararlar C.3, Ankara 2015, s.1608.

¹⁴⁵ Bozgeyik, 2015, s.1608.

¹⁴⁶ Yargıtay 11 HD 2014/17794 E, ve 2015/3091 sayılı Kararında; “..davalı taşıyıcı firmanın taşıma işlemine aracılık ettiği, ürünleri kapalı kutu içerisinde teslim aldığı, bu kapalı kutuları açmak ve içindekileri denetlemek gibi bir sorumluluğunun bulunmadığı” belirtilerek taşıyıcı firma hakkında hukuki sorumluluğu olmadığından husumet yokluğu sebebiyle davanın reddine karar verilmiştir. Aynı yönde; Yargıtay 11 HD 2017/1641 E. Ve 2018/7029 sayılı Kararı. Yargıtay 11. HD 2011/10356 E ve 2012/16387 sayılı Kararı

¹⁴⁷ Çolak, 2018, s.507-508.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAK SAHİBİ TARAFINDAN MARKA HAKKI İHLALİ DOĞURAN GÜMRÜK İŞLEMLERİ NEDENİYLE AÇILABİLECEK DAVALAR VE USUL

3.1. Dava Açma Hakkına Sahip Kişiler

Kural olarak markadan doğan haklar, marka hakkı sahibince kullanılır. Bu anlamda marka tecavüzüne ilişkin davalarda taraf olarak tescilli marka sahibi dava ehliyetine sahiptir. Ancak 6769 sayılı SMK m. 158 uyarınca aksine hüküm bulunmadıkça inhisari lisansa sahip olan kişi, üçüncü bir kişi tarafından sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hak sahibinin açabileceği davaları kendi adına açabilmektedir.

İnhisari olmayan lisan hakkı sahibi ise, dava hakkı açıkça sınırlandırılmadıkça, yapacağı bildirimle, hak sahibinden gereken işlemlerin başlatılmasını ihtar eder, buna karşın üç ay içerisinde hak sahibi tarafından herhangi bir girişimde bulunulmadığı takdirde, kendi adına ve kendi menfaatlerinin gerektirdiği ölçüde dava açma hakkına sahiptir.

3.2. Tecavüzün Tespiti Davası

Tecavüzün tespiti davası, 6100 sayılı HMK m. 106 hükmünde düzenlenen tespit davasına benzer bir dava olup, bu anlamda gerçekleştirilen inceleme ile mahkeme bir kanaat doğrultusunda karar vermektedir. Uygulamada, daha ziyade tecavüzün tespiti, men'i, ve ref'iine ilişkin davalar ile tazminat talepli davalar birlikte görülmektedir.

6769 sayılı SMK m. 149 ile düzenlenen ve hak sahibinin mahkemeden talep edebileceği hususlar arasında yer alan “..fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti” ifadesi ile 556 sayılı KHK m. 75, “Marka hakkına tecavüzü ileri sürmeye yetkili olan kişi, bu haklara tecavüz sayılabilecek olayların tespitini mahkemeden isteyebilir” hükmü ve 6769 sayılı SMK m. 150/3 uyarınca; “Hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili

belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.” hükmü farklı uygulamaları düzenlemektedir. Zira tecavüzün tespiti davası, bir delil tespiti davası değildir.

Bu anlamda, 6769 sayılı SMK ile delil tespitine yer verilmediğinin belirtilmesi yerinde değildir¹⁴⁸. Zira 6769 sayılı SMK’nın ortak hükümleri kapsamında, delil tespiti 556 sayılı KHK hükümlerine göre daha amacına uygun düzenlenmiştir. Nitekim, arabuluculuk müessesesinin uygulamada yer edinmesi ile tespit davalarının ve delil tespiti işlemlerinin daha önem kazandığı kanaatindeyim. Bu anlamda, delil tespiti ile Mahkemenin bir kanaate ulaşmasından ziyade, delillerin hızlı bir şekilde toplanması sağlanmaktadır. Sonrasında açılacak eda davasında, söz konusu tespit dosyasında elde edilen deliller de göz önünde bulundurularak daha hızlı bir şekilde yargının görevini ifa etmesi sağlanabilecektir.

Diğer yandan, dava şartı arabuluculuk müessesesi ile tazminat talepli davanın derhal açılmasının önüne geçilmiş durumdadır. 6769 sayılı SMK m. 150/3 uyarında, *“tazminat davası açmadan önce”* de hak sahibinin *sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini* isteyebildiği görülmektedir. Bu da, arabuluculuk aşamasında çözüme ulaşılması için delil tespit aşamasında talep edilmesi gereken hususlardandır. Nitekim arabuluculuk aşamasında tarafların birbirleri hakkında hiçbir veriye sahip olmaksızın maddi bir tutar üzerinde anlaşmaları mümkün gözükmemektedir. Oysa bu şekilde, hak sahibi, ihlal edenin muhtemel elde etmiş olduğu kazancı tespit edebileceği gibi, ihlal edenin de bu anlamda hak sahibinin talep edebileceği tazminat tutarı hakkında bilgi sahibi olması sağlanabilmektedir. Ancak bahsi geçen inceleme, bir tazminatın belirlenmesinden daha çok kullanım yoğunluğunun tespiti ile muhtemel kazancın veya oluşan zararın tespiti bakımından taraflara bir ön bilgi niteliğinde değerlendirilebilir.

Tespit bakımından da menfaatin mevcut olması ve eda davası ile talep olunabilecek hususların tespit davası ile talep edilemeyeceği göz önünde bulundurulduğunda, hak sahibinin tazminat talebi olmaksızın zararın tespitini istemek gibi bir hakkı

¹⁴⁸ Ege, Ö. (2018). 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları”, Nisan, s.64.

bulunmamaktadır¹⁴⁹. Dosyaya sunulan delil, belge ve defterler kapsamında mahkeme dışında bir inceleme yaparak veya bu alanda uzman birine inceleme yaptırarak yargıyı bağlayıcı olmayan, ancak arabuluculuk sürecinde göz önünde bulundurulabilecek bulguların elde edilmesi sağlanabilir.

3.3. Tecavüzün Men'i ve Ref'i Davaları

3.3.1. Tecavüzün men'i davası

Tecavüzün önlenmesi, durdurulması veya men'i davası, devam eden bir tecavüz eylemini sonlandırmak için açılan, sadece hukuki bir olguyu tespit etmeyip, kazanan kişinin sınai mülkiyet hakkı sahibi olduğunu belirleyen bir eda davasıdır¹⁵⁰. Ancak önleme mahiyetinde de olması sebebiyle, henüz ihlal fiili gerçekleşmemiş ancak gerçekleşme ihtimali mevcut ise veya sonlanan ihlal fiilinin tekrarlanması tehlikesinin mevcut olması halinde de tecavüzün men'i talebi gündeme gelebilecektir¹⁵¹.

3.3.2. Tecavüzün ref'i davası

Hak sahibi, marka hakkını ihlal eden aleyhine tecavüzün kaldırılması davası yoluyla tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasını mahkemeden talep edebilmektedir. Konumuz bakımından markanın izinsiz olarak gümrük işlemlerine tabi tutulması neticesinde ürünlerin Türkiye'ye giriş yapması veya yurt dışına ithal edilmesi neticesinde, tecavüzün kaldırılması söz konusudur. Zira ticari olarak gerçekleştirilen ithal ve ihraç işlemleri, tecavüz fiillerinin sonuçlandığı anlamını da taşımamaktadır. Nitekim ürünler ilgili sektörde piyasaya sürülmüş olabileceği gibi, tecavüz fiilinin etkilerinin halen devam etmesi de mümkündür.

Tecavüzün kaldırılması davası, tecavüzün sona ermesi ile konusuz kalmamaktadır. Davanın konusuz kalması için tecavüzün etkilerinin ortadan kalkmış olması gerekir¹⁵². Dolayısıyla gümrük işlemlerine tabi tutulan ürünlerin hızlı imhası gibi, tecavüzün etkisinin ortadan kaldırılmış olduğu izlenimi uyandırır da, örneğin ihraç işlemine tabi tutulan

¹⁴⁹ Kuru, B. / Budak, A. C. (2010); Tespit Davaları, Haziran, s.80 vd.

¹⁵⁰ Tekinalp, Ü. (2012), Fikri Mülkiyet Hukuku, 2012, s.497.

¹⁵¹ Kaya, 2006, s.283.

¹⁵² Çağlar, 2015, s.123.

ürünlerin üretiminin henüz durdurulmamış olması söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda somut olayın ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.

3.4. Tazminat Davaları

Marka hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu anlamda kusur, marka hukukunda tazminat yükümlülüğünün doğması için koşul olmakla birlikte, kusurun derecesi bu açıdan belirleyici değildir. Diğer bir ifadeyle, marka hakkına tecavüzün kasta veya ihmale dayalı olması, tazminat yükümlülüğünün doğması konusunda belirleyici değildir. Bununla birlikte kusurun derecesi de yine tazminatın belirlenmesinde etkili değildir¹⁵³. Bu anlamda davacının kusurun varlığını, özen yükümlülüğünün yerine getirilmediğini, ihmalin varlığını ispat etmesi gerekir. Herhangi bir tereddüt doğmadığı takdirde, ihlal edenin tazminat yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Tazminat talebi, yalnızca maddi değil manevi tazminat yönünden de gerçekleştirilmiş olabilir. Bu noktada, gümrükte ele geçirilen ürünler bakımından maddi ve manevi zararların nasıl tespit edileceği önem kazanmaktadır. Zira gümrükte ele geçirilen ürün Türkiye piyasasına henüz dâhil olmuş ve sektörde satımı veya dağıtımını gerçekleştirmemiş ürün olarak kabul edilebilir.

3.4.1. Manevi tazminat davası

Manevî zarar, sorumluluk hukukunun tartışmalı kavramlarından biridir. Bir taraftan manevî zarara yol açan fiille ihlal edilen değerın elle tutulabilir, gözle görülebilir olmayışı, diğer taraftan da “zarar” terimiyle ifade edilen eksilmenin, maddi zarardaki gibi kolayca ölçülebilir ve ispatlanabilir bir eksilme niteliği taşımaması, manevi zararın kabulünü ve giderilmesi gerekliliğinin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Sorumluluk hukukunun bugün ulaştığı, zararın zarar gören üzerinde bırakılması esasının artık neredeyse geçerliliğini kaybetmiş olması, manevi zarara ve manevi zararın giderilmesine ilişkin çözüm henüz mevcut değildir¹⁵⁴.

¹⁵³ Uzunallı, 2012, s.335.

¹⁵⁴ Keskin, D. (2016). Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Zarar, Yetkin Basımevi, Ankara, s.21.

Manevi zarar nedeniyle tazminata hükmedilmesinin şartları ise, hukuka aykırı bir fiilin mevcudiyeti, kusur, manevi zarar ve illiyet bağıdır. Bu anlamda bir markanın izinsiz olarak gümrük işlemine tabi tutulması, 6769 sayılı SMK uyarınca hukuka aykırı bir fiil olarak kabul edilmektedir. Ancak buradaki temel sorun, gümrük nezdinde el konulmuş ürün bakımından manevi zararın ortaya çıkıp çıkmadığıdır. Kusur ise, fiili gerçekleştiren kişi ve aleyhine dava açılan kişi bakımından değerlendirilmelidir. Örneğin nakliye firmasının gerçekleşen fiil bakımından değerlendirildiğinde kusurunun bulunup bulunmadığının tartışılması gerekir. Şayet somut olay bakımından kusurunun bulunmadığı öngörülebiliyor ise maddi veya manevi tazminat sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Ancak bu durum, nakliye firması aleyhine tecavüzün kaldırılması, durdurulması ve önlenmesi davalarının açılmayacağı anlamına gelmemektedir.

3.4.2. İtibar tazminatı

İtibar, markaya yapılan yatırımlarda, markanın kalitesi, toplumda edindiği güvenilirlikten ve reklam değerinden meydana gelir¹⁵⁵. 556 sayılı KHK m. 68 ile markanın itibarı başlığı altında bir düzenleme yapılmışken, 6769 sayılı SMK m. 150 ile genel tazminat başlığı altında düzenleme yoluna gidilmiştir. Önceki düzenlemede yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında markanın itibarı bakımından zararın ne ölçüde etki ettiği önem taşırken, yeni düzenlemede bu şekilde bir sınırlandırmaya gidilmemiştir¹⁵⁶.

3.4.3. Maddi tazminat

Henüz Türkiye'ye giriş yapmamış bir ürün bakımından, ürünü ithal eden kişinin henüz bir maddi yarar sağlamadığı veya bu fiili ile ekonomik anlamda marka hakkı sahibinin zararına neden olabilecek bir fiili henüz gerçekleştirmediği düşünüldüğünde tazminat hesabı bakımından hak sahibinin seçimlik hakkının mevcut olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yapılacak tercihin somut olayın gerekliliğine göre belirlenmesi önem arz etmektedir.

Yargıtay 11. HD 2016/10549 E ve 2018/3401 sayılı ve 09.05.2018 tarihli kararında, yerel mahkeme tarafından alınan; “*Davalı satışa sunamadan kargodan aldıktan sonra*

¹⁵⁵ Çolak; 2018 s.820.

¹⁵⁶ Aydın, 2017, s.524.

el konulduğunu, dolayısıyla, satılmayan mallar sebebiyle marka sahibinin maddi zararı bulunmadığını, malların imha edilmeyip, tekrar satışa çıkarılması ihtimalinde kendilerinin kusurlu olmayacağını, manevi tazminat şartlarının bulunmadığını savunarak açılan davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre; marka hakkının ihlal edildiği, taklit ürünlerin tescilli markanın ayırt edici gücünü zayıflatacağı, itibarını zedeleyeceği gerekçesiyle” davanın kabulüne ilişkin karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Kararda açıkça bir inceleme gerçekleştirilmemiş olsa da, davalının, ürünlerin piyasaya sürülmemesi nedeniyle maddi bir zararın mevcut olmayacağı yönündeki iddia ve savunmalarının Yargıtay 11 HD tarafından yerinde görülmediği anlaşılmaktadır.

Ancak Yargıtay 11. HD’nin eski tarihli kararlarında uygulamada çelişki bulunmaktaydı. 10.11.2008 tarihli ve 2007/9271 E ve 2008/12618 sayılı kararı ile mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve dosya kapsamına göre, davalının ithalini yaptığı emtianın taklit olduğu gerekçesiyle, marka hakkına tecavüzün tespiti ile men’ine, imhaya, ilana, gümrükten içeriye girmeyen ürünler nedeniyle davacının zararının oluşmadığı gerekçesiyle de maddi-manevi tazminat talebinin reddine dair karar onanmıştır. Oysa bu karardan yaklaşık dört ay evvel alınan 30.06.2008 tarihli 2007/7063 E. ve 2008/8673 sayılı kararı ile mahkemece, iddia, savunma ve dosya kapsamına göre, benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda davacının ithalatını gerçekleştirdiği ürünlerin taklit olduğunda tereddüt bulunmadığı, basiretli tacir gibi davranma zorunluluğu bulunan davalının ne ithal ettiğini bilmesi gerektiği, ele geçen taklit ürünler nedeniyle davacının imaj kaybına uğradığı, potansiyel alıcıların bu markanın taklit çıkması nedeniyle markadan uzak durma ihtiyacı hissedeceği, bu nedenle davacının manevi zararının da bulunduğu gerekçesiyle, davacının maddi tazminat isteminin feragat nedeniyle reddine, markaya tecavüzün önlenmesine, 5.000.-TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline dair kararın da onanmasına karar verilmiştir. Her ne kadar aralarında dört aylık bir süre mevcutsa da Yargıtay 11. HD’nin üç üyesinin bu sürede değiştiği görülmektedir.

12.02.2019 tarihli RG’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi’nin 22.01.2019 tarihli kararı ile 2015/17453 sayılı başvuru dosyası kapsamında Yargıtay’ın aynı dairesinin farklı yönde olan kararlarının hukuki belirsizlik yaratması sebebiyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelediği gerekçesiyle Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan hakkaniyete

uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir¹⁵⁷. Zira bu şekilde çelişkili kararlar, talep hakkı sahibi yönünden de zarara yol açmaktadır. Bu karar sonrasında Yargıtay 11. HD'nin güncel içtihatlarını aynı tutarlılıkla sürdüreceğini düşünmek de yanlış olmayacaktır.

Maddi zararın belirlenmesinde davacının seçimlik hakkını kullanarak bir hesap yönetimini belirlemesi gerekmektedir. 6769 sayılı SMK m. 151 uyarınca hak sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsamaktadır. Bu anlamda tazminatın hesabında üç seçimlik yöntem mevcuttur. Buna göre oluşan zarar, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir üzerinden veya sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç veya sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli üzerinden hesap edilmektedir.

Diğer yandan, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir üzerinden veya sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç üzerinden hesap edilmesi istendiği takdirde, mahkeme ürüne ilişkin talebin oluşmasında sınai mülkiyet hakkının belirleyici olduğu kanaatine varırsa, kazancın hesaplanmasında hakkaniyete uygun bir payın daha eklenmesine karar verebilir.

Bu anlamda, gümrük nezdinde el konulan ürünler bakımından yoksun kalınan kazanç başlığını taşıyan 6769 sayılı SMK m. 151 kapsamında; hak sahibinin uğradığı zarar, fiili kaybı ve yoksun kalınan kazancı kapsar denilse de, üç farklı hesap yöntemi bulunmaktadır.

Bu hesap yöntemlerine göre; tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir veya tecavüz edenin elde ettiği net kazanç veya tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması halinde ödemesi gereken lisans bedeli üzerinden tazminat belirlenebilmektedir. Dolayısıyla bir markanın

¹⁵⁷ İlgili kararda; “somut olayda görülen davada Yargıtayın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar verilmesi söz konusu olup makul bir gerekçe de ortaya konulmadan ve sonrasında istikrarlı bir şekilde uygulanmadan benzer nitelikteki uyuşmazlığın zıttı olacak şekilde davanın neticelenmesi hukuki belirsizliğe yol açmıştır. Başvurucu için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşılmıştır.” İfadelerine yer verilmektedir.

izinsiz olarak gümrük işlemlerine tabi tutulması kapsamında, ürünlerin gümrükte durdurulması ile ürünlerin piyasada yer edinmediği göz önünde bulundurulduğunda, aslında bu hesap yöntemlerinin uygulanabilirliği bakımından tereddüt oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira benzer olaylarda fiili bir zararın bulunmadığı ve bu nedenle de tazminat talep edilemeyeceği savunma argümanları olarak ileri sürülmektedir. Nitekim, Yargıtay 11 HD 24.11.2007 tarihli 2006/11276 E. ve 2007/14587 sayılı kararında¹⁵⁸ “..mahkemece davacının yoksun kaldığı kazançtan kaynaklanan maddi tazminat istemi dışında ayrıca, fiili zarar karşılığı olarak da 556 sayılı KHK’nin 62/I-b) bendi uyarınca 500 TL tazminata hükmedilmiştir. Söz konusu maddede açıklanan fiili zarar, mal veya hizmet piyasasında Pazar payı kaybı ile bunun telafi edilmesi için yapılan masrafları (promosyon, kalıp, ambalaj değiştirme, imaj yenileme, imajı hatırlatma, karışıklığı kaldırma masrafları vb. ifade eder (Ünal Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, Dördüncü Bası, s.465). Somut uyuşmazlıkta davacının fiili zararını kanıtlayan herhangi bir delil ibraz edilememesine karşın kadri maruf olduğu gerekçesiyle fiili zarar karşılığı olarak maddi tazminata da hükmedilmesi doğru görülmemiş ve davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle, yerel mahkeme kararının fiili zarara ilişkin kısmının bozulmasına, sair itirazların reddine” karar vermiştir.

3.5. El Konulan Mal Üzerinde Mülkiyet Hakkı Tanınması Davası

Marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, el konulan ürünler üzerinde kendisine mülkiyet tanınmasını isteyebilir. Bu talep söz konusu işaretin malların değil de ambalajın üstüne konulması veya teşebbüsün iş evrakı ile ilan ve reklamlarda kullanılması halinde de yapılabilir¹⁵⁹. Bu anlamda, madde hükmü kapsamında yer alan “ürün, cihaz ve makineler” ifadesinin yalnızca “cihaz ve makineler” ile sınırlandırma amacıyla olmadığı, hükümde “gibi araçlar” ifadesine yer verilmemiş olmasının bilinçli bir sınırlama olmadığı da savunulmaktadır¹⁶⁰. Dolayısıyla genel itibarıyla tecavüze neden olan fiilin konusunu oluşturan ürünler kavramının geniş bir şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Ancak bu durum “cihaz ve makineler” ile sınırlı olmadığı yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Zira bu anlamda kanunun terminolojisi kapsamında yalnızca tecavüz fiillerinin oluşmasına ve ürünün üretilmesini sağlayan “cihaz ve makineler” sınırlı sayıda

¹⁵⁸ Çevrimiçi Kaynak: Lexpera İçtihat Bankası

¹⁵⁹ Tekinalp; s.469.

¹⁶⁰ Büyükkılıç, 2019, s.559.

belirtilmiştir. Yalnızca, teknolojinin gelişmesi sebebiyle “cihaz ve makineler” ifadelerinin muadillerinin mevcut olması halinde bu şekilde bir yorum yapılabileceği kanaatindeyim.

6769 sayılı SMK m. 149/2 uyarınca; el konulan ürünler, cihazlar ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması talebinin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer kabul edilen tazminat miktarını aşması halinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir. Söz konusu hükümden mallara el konulmasının, mülkiyet hakkı tanınmasının ön şartı olduğu gibi bir anlam oluşsa da, el koyma talebi ile birlikte mülkiyet hakkı tanınmasının talep edilmesi de mümkündür¹⁶¹.

Madde hükmünde, açıkça mülkiyet hakkı tanınan ürün, cihaz ve makinelerin değerinin tazminat miktarından düşüleceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme aynı zamanda, mülkiyet hakkı tanınması talebinin ancak, tazminat isteminin mevcut olması halinde geçerli olacağını göstermektedir. Bu takdirde, tazminat talep edilmemesi halinde, el konulmuş ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması da mümkün olmayacaktır¹⁶². Ancak söz konusu düzenleme ile ürün, cihaz ve makinelerin değerinin hangi tazminattan düşürüleceği açıkça düzenlenmemiş olup, *Tekinalp* ve *Yasaman/ Yüksel* tarafından savunulan görüş, mülkiyet hakkı tanınması halinde mahsup işleminin yalnızca maddi tazminat bakımından geçerli olacağı bu şekilde bir uygulama yapılabileceği savunulmaktayken,¹⁶³ *Tüzüner* ise geniş bir kavram olarak tazminat ifadesinde manevi ve itibar tazminatlarının da, kanunda belirtilen “tazminat” kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve mülkiyet hakkı tanınan ürünlerin değerinin toplam tazminat tutarından düşürülmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶⁴.

¹⁶¹ Tekinalp; s.469.

¹⁶² Çolak, 2018, s.855.

¹⁶³ Bkz. Tekinalp, s.560; Yasaman, Altay, Ayoğlu, Yusufoglu, Yüksel (2004), s. 1136.

¹⁶⁴ Bkz.Tüzüner, Ö. (2011). “Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk”, s.316.

3.6. Marka İhlalinden Doğan Uyuşmazlıklarda Yargılama Usulü

3.6.1. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Marka hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak, tek hakimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığı'nca gerekli görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun hükümlerine göre belirlenir. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, o yerdeki asliye ceza mahkemesince bakılır¹⁶⁵.

Yetkili mahkeme ise, 6769 sayılı SMK m. 156/3 uyarınca, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Ancak davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse TÜRKPATENT merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir. Dolayısıyla, izinsiz olarak gümrük işlemlerine tabi tutulan ürünler bakımından açılacak dava yönünden, ürünlerin ele geçirildiği, durdurulduğu yer mahkemesinde dava açılabileceği gibi, davacının yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilmektedir.

3.6.2. Dava Şartı Arabuluculuk

Bir işin, adi veya ticari iş olarak nitelendirilmesi, bu işe hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemesi açısından büyük öneme sahiptir. Ticari hükümler, ticari hayatın gerekleri dikkate alınarak, genel hükümlerden farklı ilkelere dayandırılmıştır¹⁶⁶. 19.12.2018 tarihli RG yayımlanan 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para

¹⁶⁵ Poroy, R./ Yasaman, H. (2018). Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 17. Bası, s.117.

¹⁶⁶ Arkan, 2018, 24.Bası, s.71.

Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile 6102 sayılı TTK'ye 5/A maddesi eklenmiştir. Yeni düzenleme ile konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat taleplerine ilişkin ticari davalarda dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı haline getirilmiştir. Bu şart, düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ilk derece mahkemeleri ve Bölge Adliye Mahkemeleri ile Yargıtay'da görülen davalar hakkında uygulanmayacaktır.

Öncelikle, dava şartı olarak belirlenen ve ticari alacak ve tazminat talepleri bakımından dava şartı getiren düzenlemenin “*Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun*“ ile 6102 sayılı TTK m. 5/A maddesinin eklenerek gerçekleştirilmesinin yasalasma bakımından eleştiriye muhtaç olduğu aşikârdır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile düzenlenen işçi alacaklarında dava şartı arabuluculuk düzenlemelerine kıyasen, *Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun*'u çerçevesinde yapılan bir düzenleme ile 6102 sayılı TTK hükümlerinde yapılan değişikliğin kanunlaşma terminolojisi ile bağdaşmadığı açıktır¹⁶⁷.

Düzenleme ile 6102 sayılı TTK'nın 4.maddesine ve belirsiz birçok kanuna atıf gerçekleştirilmektedir. Atıf yapılan 4.maddede mutlak ticari davalar düzenlenmektedir, konumuz bakımından fikri mülkiyet hukukuna dair mevzuatta öngörülen hususlardan doğan uyuşmazlıklar ticari dava olarak nitelendirilmektedir. Her ne kadar maddede sınâî mülkiyet hukukuna açıkça yer verilmeksizin fikri mülkiyet hukuku ifadesi kullanılmışsa da, madde hükmünün gerekçesinde “*fikri mülkiyet*” ifadesinin tüm fikri ve sınâî mülkiyetten doğan hukuku temsil ettiği açıkça görülmektedir¹⁶⁸. Dolayısıyla markanın izinsiz olarak kullanılması sonucunda talep edilecek olan tazminat bakımından arabuluculuğa başvuru dava şartıdır. Ancak burada çelişkide kalınabilecek husus, madde hükmünün yalnızca alacak ve tazminat talepleri bakımından dava şartı getirmesi neticesinde alınacak tedbirler ve diğer imha veya el konulan mal üzerinde mülkiyet hakkı

¹⁶⁷ Söz konusu değişiklik ile 6102 sayılı TTK'ye eklenen m.5/A şu şekildedir;

“(1)Bu Kanunun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticari davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

(2) Arabulucu, yapılan başvuruyu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içinde sonuçlandırır. Bu süre zorunlu hâllerde arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilir.”

¹⁶⁸ Bkz. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanun m.4/1-d gerekçesi.

tanınması talepleri bakımından dava şartı olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususudur.

El konulan mal üzerinde mülkiyet hakkı tanınması talebinin, tazminat istemli bir davada gündeme geleceği göz önünde bulundurulduğunda, bu talep bakımından da arabuluculuğa başvurunun şart olduğu ve dolayısıyla arabuluculuk görüşmeleri sonunda düzenlenen son tutanağa da mülkiyet hakkı tanınması talebi bakımından taraflarca bir uzlaşma sağlanamadığının tutanak ile belirlenmesi gerektiği kanaatindeyim. Aksi durum arabuluculuk faaliyetinin, alternatif çözüm oluşturma amacına aykırı olacaktır.

3.7. Öne Sürülebilecek Defiler ve Savunmalar

3.7.1. Defiler

3.7.1.1. Kullanmama defi

Markalar, tescil edildiği mal veya hizmetler bakımından koruma altındadır. Uluslararası düzeyde mal ve hizmetler Nis Antlaşmasına uygun şekilde 45 sınıf olarak gruplandırılmıştır. Ülkemizde pek çok kişi, kullanmadığı ve hatta hiçbir zaman da kullanmayacağı mal ve hizmetlerde marka tescili gerçekleştirmektedir¹⁶⁹. Ancak gümrük nezdinde koruma başvurusu tescilli bir markaya dayalı olması gerektiği gibi, hukuki sorumluluk için aynı zamanda kullanımın mevcut olması gerekmektedir. Kullanımın mevcut olup olmadığı resen araştırma ilkesi kapsamında olmayıp, itiraz üzerine incelemeye konu edilebilecektir.

Türk hukukunda yeni bir uygulama olan kullanmama defi 6769 sayılı SMK m. 29/2 hükmüne göre marka hükümsüzlüğüne dayalı açılan davalarda olduğu gibi tecavüz nedeniyle açılan davalarda da defi olarak ileri sürülebilmektedir. Ancak kullanımın mevcut olduğuna ilişkin temel alınacak tarih bakımından dava tarihinden itibaren geriye dönük beş yıl boyunca kullanımın kanıtlanması gerekmektedir¹⁷⁰. Hükümsüzlük talebi ile açılan davalarda ise bu süre mesnet markanın beş yılı aşkın süredir tescilli olması halinde

¹⁶⁹ Suluk, C. (2018). “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler”, TFM 2018 4(1).

¹⁷⁰ Karaca, U. (2017). Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2017, s.53.

hükümsüzlüğü talep edilen markanın başvuru veya rüçhan tarihinden itibaren geriye dönük beş yıl boyunca kullanımın ispatı aranmaktadır. Bu anlamda tecavüz fiillerinin başlangıç tarihinin belirsiz olması sebebiyle bu şekilde bir düzenlemeye gidilmesi de uygulama açısından belirleyici olmuştur¹⁷¹.

Ayrıca, tecavüz davası ile birlikte talep edilen ihtiyati tedbir talebi bakımından veya yalnızca ihtiyati tedbir talebi ile yargı önüne gelen uyuşmazlıklarda, kullanmama def'inin ne şekilde uygulanması gerektiğinin de tartışılması gerekir. Ancak özellikle, gümrük nezdinde uygulanan tedbirler ile gümrük işlemlerinin durdurulması mahiyetinde alınacak olan tedbir kararlarının süresinde ve yetkili ve görevli mahkemece sağlanması gerektiği düşünüldüğünde, marka kullanımının ayrıca bir incelemeye alınması uygulama bakımından sorun doğurabilecektir.

Kaplan, davacı bakımından önemli olan, bu hususları tam ispatlaması değil; hâkimde tedbire karar verebilecek kanaatin yaratılmasıdır. Davacının fatura, katalog veya fiyat listesi, ürün örneği ya da reklam gibi, niteliği itibarıyla güçlü ancak esasa ilişkin bir incelemeyi de gerektirmeyen bu ispat vasıtaları ile markayı ciddi biçimde kullandığını kolaylıkla ortaya koyulabileceği görüşündedir¹⁷². Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre fiili olarak ihtiyati tedbir uygulamaları bakımından, talep edenin tedbir talep ettiği dilekçe ile aynı zamanda kullanıma ilişkin delillerini sunması beklemek yanılı olacaktır¹⁷³. Nitekim çoğu ihtiyati tedbir kararı, davalıya tebligat yapılmadan, karar alınmasının gecikmesi halinde hak kaybı doğurması nedeniyle talep üzerine verilmektedir. *Kaplan*'ın belirtmiş olduğu uygulama aslında aynı zamanda yargılamayı gerektiren, inceleme yapılmadan karar verilemeyen durumlarda taraflara yapılan tebligat sonrasında davalı yanın kullanmama def'i ileri sürmesi halinde gündeme gelebilir. Diğer bir şekli ise, derhal alınan tedbir kararı sonrasında davalının tedbirin kaldırılmasını talep ederek kullanmama def'i ileri sürmesi halinde somut olaya göre tedbirin kaldırılmasına karar verilebilir. Aksi bir durum, tedbirin hukuki faydasını ortadan kaldırabilecektir.

Bu anlamda, kullanmama def'i davalı tarafından ileri sürülmesi halinde, davacı taraftan söz konusu markayı kullandığına veya kullanmadığına ilişkin sebeplerin varlığına

¹⁷¹ Karaca, 2017, s.54.

¹⁷² Kaplan, M. B. (2018); Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler, Ekim, Oniki Levha Yayıncılık, s.77.

¹⁷³ Erişir, E. (2013). Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, s.191.

dair delil sunması beklenir. Davacının bu hususları ispatlayamaması halinde dava esastan reddedileceği için, daha önceden verilmiş bir tedbir de ortadan kalkmış olur. Uyuşmazlık konusu ortadan kaldıracak bu savunmanın, tedbir yargılamasının niteliği ile bağdaştığı ölçüde ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir¹⁷⁴.

Yargıtay 11. HD'nin 2016/11795 E ve 2018/5009 sayılı kararında; "...birleşen hükümsüzlük davasında davacı K.... Şirketi tarafından, ortağı G .. adına "GOLD MONT" ibareli Birleşik Arap Emirlikleri ülkesindeki tescilli markası ve AB'ye dair 28 ülkede geçerli olan topluluk markası ile Suudi Arabistan ülkesindeki "GOLD MONT" ibareli marka başvurusunun kötü niyetli tescil edildiği ileri sürülerek hükümsüzlük talebinde bulunulmuştur. Mahkemece, hem birleşen dosya davacısı G....., hem de davalı K...'nin asıl dosya davacısı K... firmasının Birleşik Arap Emirlikleri uyruklu olması davalı K... tescilli markası olmasına rağmen Türkiye'den transit olarak geçerken G..... tarafından menşe ülkede hukuka uygun olarak üretilen malların ticaretine engel olması eyleminin kötü niyetli marka tescili olarak değerlendirilmesi ve 556 sayılı KHK'nın 42/1-a uyarınca bu tür markalara karşı dava açma süresinin 5 yıl ile sınırlandırılmayacağı hususu gözetilerek bir karar verilmesi gerekirken bu hususlarda bir değerlendirme yapılmaksızın yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve hükmün birleşen dosya davacısı lehine bozulmasına karar verilmiştir."¹⁷⁵ Anılan kararda, markanın kullanılmaması bir def'i olarak ele alınmasa da, somut olayın gerektirdiği şekilde değerlendirilmiştir. Her ne kadar mülga 556 sayılı KHK kapsamında açıkça kullanmama bir def'i olarak düzenlenmemişse de, her somut olaya özgü bir şekilde farklı değerlendirilerek def'i olarak olmasa da, kötü niyetin mevcut olup olmadığı da önem kazanmaktadır. Söz konusu kararda ele alınan kriterlerden biri, her iki şirket menşeinin aynı olması ve markaların birlikte var olmasından yola çıkılarak marka hakkı sahibinin kötü niyetli davrandığı sonucuna varılmıştır.

Oysa kullanılmayan yabancı markalar bakımından Türkiye üzerinden taklit markalı ürünlerin Avrupa'ya veya Orta Doğu'ya sevkiyatını önlemek açısından ülkemizde marka tescil edilebilmektedir. Bu durumda, marka tescili sebebiyle kullanılmayan bir markanın gümrüklerde korunması sağlanmaktadır. Kullanmama def'i hakkının somut olaya göre ele alınması gerektiği düşünülmelidir. Bir örnek verilecek olursa, ülkemizde tescilli bulunan

¹⁷⁴ Kaplan, 2018, s.77.

¹⁷⁵ Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İçtihat Bankası

bir “X” markası ülkemizde kullanılmamakta, ancak Orta Doğu’da oldukça bilinen bir içecek markasıdır. Bu durumda ülkemizde “X” markası ile aynı hatta iltibas uyandıracak derecede benzer bir “XX” markasının Türkiye’de üretildiği ve Orta Doğu’ya ihraç edildiği bir durumda, marka hakkına ihlalin kötü niyetli ve fayda sağlama amacı ile gerçekleştirildiği açıktır. Ancak buna rağmen, marka hakkına tecavüz edenin kullanmama def’i ileri sürerek bu faaliyetlerini sürdürmeye devam etmesinin ne derece hukuki ve ticari ahlaka uygun olduğunun tartışılması gerekir. Aynı şekilde Orta Doğu’ya ihraç edilmese ve ülkemizde üretim ve satım gerçekleştirilse dahi, kötü niyetin ve mevcut haksız gelir temin etme amacının araştırılması gerekir. Zira, 4721 sayılı MK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralının ve tacir olma nedeniyle tarafların sahip olduğu dikkat ve özen yükümlülüğü bulunmaktadır. İzinsiz gerçekleştirilen üretimin mevcut olabileceği bir coğrafyada kullanmama def’i hakkının yol açabileceği marka ihlalleri, ülkemiz bakımından da gerek AB gerekse Orta Doğu pazarında kötü bir intiba uyandıracığı kanaatindeyim.

Diğer yandan, def’i olarak kullanılmadığı bir durumda dahi, markanın kullanılması aynı zamanda bir marka iptali nedenidir. Bu açıdan ülkemizde kullanılmayan ama Paris Sözleşmesi kapsamında tanınmış bir marka yönünden nasıl bir çözüm üretilmesi gerektiğinin irdelenmesi gerekir. *Özkök*, tanınmış markanın kısmen iptali bakımından, iptali talep edenin hukuki yararının mevcut olabildiği durumlar sebebiyle iptalin mümkün olmasını isabetli görmektedir¹⁷⁶. Ancak konumuz bakımından tartışılması gereken farklı bir durum olarak esasen tanınmış bir markanın ülkemizde hiçbir şekilde kullanılmaması neticesinde tüm haklarını kaybedeceği gibi ülkemizde gerçekleştirilecek olan haksız kullanımlar karşısında da tedbir talep etme veya gümrüklerde koruma talep etme haklarının elinden alındığı gibi bir sonuç elde edilmektedir.

3.7.1.2. Zamanaşımı def’i

Marka hakkına tecavüzden doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, zamanaşımı süresi için 6098 sayılı TBK m. 72 gereğince kural olarak marka sahibinin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu

¹⁷⁶ Özkök, B. (2015). Tanınmış Markanın Kullanılmaması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali, Ankara, s.216.

zamanaşımı uygulanır. Böylece marka hakkına tecavüz hallerinde iki ve on yıllık genel zamanaşımı söz konusudur. Buna göre marka sahibinin, marka hakkına tecavüz nedeniyle açacağı davaları, marka hakkına tecavüz eylemini ve mütecavizi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararın meydana geldiği tarihten itibaren on yıllık zamanaşımı süreleri içinde açması gerekmektedir¹⁷⁷. Aksi halde, aleyhine dava açanın zamanaşımı def'i ileri sürme hakkı gündeme gelebilecektir. Gümrük nezdinde el konulmuş eşya bakımından açılan dava yönünden esasen tecavüz fiil tarihi gümrük işlemlerine tabi tutulan eşya bakımından inceleme yapılması gerekir. Bu noktada, gümrük idarelerinin marka hakkı sahibini bilgilendirdiği tarihten itibaren hak sahibinin hukuki veya cezai anlamda işlemleri başlatması beklenir. Aksi durumda, hak kaybının gündeme geleceğinin kabulü gerekir. Dolayısıyla eşya sahibinin de, hak sahibine yapılan bildirimin ne zaman tebliğ edildiği hususunda bilgilendirilmelidir.

3.7.2. Savunma Argümanları

3.7.2.1. Muvafakatnamenin mevcudiyeti

Mutlak ret nedenleri kapsamında getirilen en önemli yenilik muvafakat uygulamasıdır. 6769 sayılı SMK m. 5/1-ç uyarınca, aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetlerle ilgili olarak tescil edilmiş ya da daha önceki tarihte tescil başvurusu yapılmış marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretler, bakımından önceki marka sahibinin muvafakatname vermesi halinde, tescil edilebilmektedir. Madde gerekçesinde ilgili düzenlemenin, ekonomik veya diğer yönlerden bağlı olanlar başta olmak üzere hak sahiplerinin piyasada birlikte var olma yönünde ortaya koydukları iradenin korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir¹⁷⁸.

Ayrıca, önceki marka veya başvuru sahiplerinin sonraki bir başvuru sahibi ile piyasada aynı veya benzer markanın coğrafi alan, pazar, mal veya hizmet ayrışmasına gidilerek kullanımı konusunda uzlaşması halinde de muvafakate dayalı tescilli markaların oluşması beklenmektedir. Bu kapsamda, herhangi bir ilde “*Elif Pastanesi*” markasını kullanmak ve tescil ettirmek isteyen bir firma, başka bir ilde faaliyet gösteren “*Elif Lokantası*” markasını 43.sınıfta yer alan yiyecek ve içecek sağlanması hizmetleri için

¹⁷⁷ Çolak, U. (2014). Türk Marka Hukuku 2.Baskı İstanbul, s.827

¹⁷⁸ Akın, E. B. (2017). 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart), s.181.

anlaşarak muvafakat verilmesi halinde, tescilin mümkün olduğu anlaşılmaktadır¹⁷⁹. Her ne kadar, oluşabilecek durumun, marka sahipleri bakımından olumlu olarak değerlendirildiği anlaşılmaktaysa da markalaşma anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Zira markanın bir işletme veya teşebbüs ile özgülmesi asıl amaçken ve birbirine benzer birçok markanın mevcudiyeti halinde dahi, marka değeri yüksek ibareler yaratamamışken, Türkiye’de muvafakatnamenin bilinçsiz kullanılması hâlinde hem tüketiciyi, hem üreticiyi farklı durumda bırakabilir. Bahsedilen örnekte, şayet markanın bu anlamdaki koruma ve diğer haklarından yararlanmak istemeyen bir kitle, yani yerel işletmeler mevcut, o halde, aynı düşünce yapısı ile bu yerel işletmelerin marka korumasına da sahip olmasının bir anlamı yoktur. Kaldı ki, marka, haczedilebilen, devredilebilen ve miras bırakılabilen bir malvarlığıdır. Bu şekilde bir değerlendirme ile kısa vadeli bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Oysa her ufak işletmenin gelişen teknoloji sebebiyle, bulunduğu ilçe dışında faaliyet göstermesi mümkündür. Bu durum tamamen göz ardı edilerek, var olan marka tescillerine konu ibarelerin de marka değerinin düşürülmesinin yolunu açmaktadır.

Diğer yandan, 2015/2436 sayılı AB Direktifi’nin nispi ret nedenlerine ilişkin m. 5/5 uyarınca; *“Üye ülkeler; uygun durumlarda, önceki bir marka veya diğer bir hak sahibinin sonraki markanın tesciline izin vermesi halinde, sonraki markanın tescilinin reddedilmeyeceğini veya markanın hükümsüz ilanamayacağını temin eder”* hükmü ile uyum sağlandığı belirtilmekte ise de¹⁸⁰, ülkemizde düzenleme ile kabul edildiği şekli ile nispi ret nedenleri bakımından değil, mutlak ret nedenleri bakımından bu uygulamaya gidilmiştir. Zira AB hukukunda ülkemizde mutlak ret sebebi olarak kabul edilen 6769 sayılı SMK m. 5/1-ç hükmü, nispi ret nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda mülga 556 sayılı KHK’de gerek 6769 sayılı SMK’de AB düzenlemeleri mehz olsa da, Türk hukuku bu konu bakımından farklılık göstermektedir. Neredeyse aynı şekilde muhafaza edilen madde hükmü, kanun koyucunun bu konuda ısrarcı olduğunu göstermektedir¹⁸¹.

Bilindiği üzere mutlak ret nedenleri, kamu düzenindendir. Ancak uygulamada birçok tartışmaya yol açan “ayrıt edilemeyecek derecede benzer markalar” ve “aynı tür mal/ hizmetler” ifadelerinin madde hükmünde aynen korunduğu görülmektedir. Oysa uygulamada ilgili madde bakımından Yargıtay 11. HD 2016/9252 E. Ve 2018/2079 sayılı

¹⁷⁹ Akın, 2017, s.182-183.

¹⁸⁰ Akın, 2017, s.181.

¹⁸¹ Oğuz, A./ Özkan Z. (2019). “Yargıtay Kararları Işığında Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 5/1-ç Maddesi Anlamında Ayrıt Edilemeyecek Kadar Benzer İşaretler”, THD C. 13 S.141 Mayıs 2019 s. 39-50, s.41.

Kararında¹⁸² da, “556 sayılı KHK’nın 7/1-b maddesi uyarınca ret kararı verilebilmesi için markalar arasında herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeyecek ve ilk bakışta aynı veya ayırt edilemeyecek ölçüde benzerlik bulunması ve tescil kapsamlarının aynı olması gerekmektedir.” ifadeleri ile TÜRKPATENT’in inceleme ve mutlak ret nedeni bakımından göz önünde bulundurabileceği kriterlerin nispi ret nedeni gibi değerlendirme yapılamayacağı belirtilmiştir. İlgili kararda uyuşmazlık “UYKU VADİSİ” ile “UYKU VADİSİ+ŞEKİL” ibaresinden oluşan markalar için yapılan bir değerlendirmedir. Görüldüğü gibi kelime ibareleri aynı olsa da, sonraki marka başvurusunda mevcut olan şekil ibaresi nedeniyle mutlak ret nedeni olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Teklik ilkesine de aykırılığın tartışıldığı durumda, açıkçası mutlak ret nedeni olarak TÜRKPATENT’in yetkisinin içtihatlarla da desteklendiği şekli ile daraltılması, yani yalnızca sonraki tarihli aynı markanın aynı emtialar için tescilinin TÜRKPATENT tarafından denetlenmesi daha doğru olacaktır. Bu durumda muvafakatnamenin de mutlak ret nedeni kapsamında yer alan sonraki tarihli aynı markanın aynı emtialar için mümkün olmaması halinde, ancak markanın tekliği ilkesi korunabilecektir.

6769 sayılı SMK m. 19/4 kapsamında, yayıma itiraz gerçekleştirildiği takdirde, TÜRKPATENT’e verilmiş olan uzlaşmaya teşvik etme yetkisinin kullanılarak, uzlaşma sağlanması halinde muvafakatname sunulmasının yolunun açılması, hem tüketicilerin yanılgıya düşmesini engelleyeceği, hem de marka hakkının tekliği ilkesinin korunmasını sağlayacağı kanaatindeyim. Zira 2015/2436 sayılı AB Direktifi’nin amacı da budur. Dolayısıyla bu direktife uyum sağlanması amaçlanmakta ise, öncelikle 6769 sayılı SMK m. 5/1-ç kapsamının daraltılması gerekmektedir. Ayrıca, İmamoğlu’nun belirttiği üzere, spesifik bir konu ve ticari uyuşmazlık alanı olması sebebiyle de, “*Marka Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yönetmeliği*”nin oluşturularak uygulamaya alınması gerekmektedir¹⁸³. Zira, özellikle kullanmama nedeniyle iptal hükümleri çerçevesinde iptal işleminin TÜRKPATENT tarafından gerçekleştirilmesi uygulamasının başlaması ile TÜRKPATENT’in oldukça büyük bir iş yükü altında kalacağı açıktır. Bu gibi, tescil ve devamında veya iptal işlemleri hakkında işlemlerin taraflarca uzlaşma sağlanarak

¹⁸² Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İctihat Bankası

¹⁸³ İmamoğlu, M. (2014). Marka Hukuku’nda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü’ndeki Uygulama Alanı”, Uzmanlık Tezi, s.72 (Çevrim içi kaynak : <https://docplayer.biz.tr/18249520-Marka-hukuku-nda-tahkim-ve-arbuluculugun-yeri-ve-turk-patent-enstitusu-ndeki-uygulama-alani.html> Erişim 26.04.2019)

çözümlemesi hem usul ekonomisi hem de alternatif çözüm yöntemlerinin amacına uygun olacağı kanaatindeyim.

Konumuz açısından değerlendirme yapıldığı takdirde, tescilli bir markanın gümrük birimleri nezdinde korunması için gerçekleştirilen başvuru kapsamında, tescilli marka veya benzeri veya taklit ürün olduğu şüphesi uyandırması halinde gerekli tedbirler, gümrük birimlerince alınmaktadır. Tescilli marka sahibi, marka korumasını, tescilli olduğu tüm sınıf ve alt sınıfları kapsayacak şekilde belli kategorileri belirleyerek başvuruyu gerçekleştirmektedir. Sonraki tarihli başvuru veya tescilin muvafakat ile elde edildiğini bilmeyen gümrük idareleri, ilgili ürün bakımından işlemlerini yürüttüğü esnada, ürünleri durdurulan kişinin 6769 Sayılı SMK m. 155, *“Marka, patent veya tasarım hakkı sahibi, kendi hakkından daha önceki rüçhan veya başvuru tarihine sahip hak sahiplerinin açmış olduğu tecavüz davasında, sahip olduğu sınai mülkiyet hakkını savunma gerekçesi olarak ileri süremez.”* uyarınca, bir marka tescil belgesi veya işlemde olan marka başvurusunu gümrük birimlerine bildirirse, tedbirlerin uygulanmasına engel olamayacaktır. Başvuru aşamasında TÜRKPATENT’e sunulan muvafakatnamenin de TÜRKPATENT sisteminde açık bir şekilde yer almadığı ve belge aslının da TÜRKPATENT’e ibraz edildiği de düşünüldüğünde, uygulanan tedbir esnasında, ürün sahibinin veya işlemleri yürüten temsilcinin elinde gümrük idaresine sunabileceği hiçbir veri bulunmadığı durumda, doğacak zararlara katlanmak zorunda kalabilir. Gümrük birimlerinin erişim sağlayabileceği bir sistem kapsamında veya çevrimiçi sistemde, muvafakatnamenin mevcudiyetinin denetlenebilir olması gerekmektedir. Tüm bunların yanı sıra, muvafakatnamenin mevcut olmasına karşın, ürünleri durdurulan kişinin muvafakatname dâhilinde izin verilen sınıf veya alt sınıf kapsamı dışında bir ürün üzerinde markanın kullanması da gündeme gelebilecektir. Bu nedenle uygulamada çok farklı sonuçların elde edilmesi ve hukuki uyuşmazlıklara sebebiyet verebilecek bu uygulamanın değerlendirmeye alınması gerektiği kanaatindeyim.

3.7.2.2. Lisans sözleşmesinin mevcudiyeti

Marka lisansı sözleşmesi, marka sahibinin marka üzerindeki mülkiyet hakkını devretmeksizin, markanın kullanılması hakkını üçüncü bir kişiye devredildiği bir

sözleşmedir¹⁸⁴. Marka lisansı ile devredilen kullanım hakkı, üretim, satım, dağıtım gibi birçok işlemi bünyesinde barındırmaktadır¹⁸⁵. Marka lisansı sözleşmesi belli bir süre, alan, bölge ile sınırlı olabileceği gibi lisans verilen markanın tescilli olduğu belirli bir emtia veya hizmet yahut sınıf ile de sınırlı olabilir.

Marka lisansı sözleşmesi, 6769 sayılı SMK m. 148/4 uyarınca yazılı şekil şartına tabidir. Marka lisans sözleşmesi ancak sicile kayıt edildikleri takdirde, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla sicile kaydedilmemiş bir lisans sözleşmesinde, lisans alanın mutlak bir hakkı olduğunu söylemek mümkün değildir¹⁸⁶.

6769 sayılı SMK m. 29/1-ç; “*Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek*” marka hakkına tecavüz hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Bu anlamda, marka hakkı sahibinin, marka lisansı sözleşmesi ile kullanım hakkını ekonomik fayda sağlamak adına üçüncü kişilerle sözleşme yapması en doğal hakkıdır. Buna göre, lisans alan tarafından lisans sözleşmesine uygun olarak üretilerek piyasaya sunulan markalı mallar üzerindeki haklar da tükenecektir. Ancak, lisans sözleşmesine aykırı davranılması halinde marka sahibinin hakkının tükenmesi söz konusu olmayacaktır¹⁸⁷. Aynı şekilde, markanın kötüleştirilerek kullanılması halinde de marka hakkı sahibi bakımından da istisna mevcuttur. Zira markanın kötüleştirilerek kullanılması, marka hakkının kullanılması bakımından yetki sahibi kişilerce, marka itibarını zedeleyici ve kendilerine devredilmemiş olan mülkiyet hakkını ihlal olarak değerlendirilir. Dolayısıyla bu halde de, marka lisansı sözleşmesinin mevcudiyeti savunma olarak kullanılamaz.

3.7.2.3. Sessiz kalma yoluyla hak kaybının mevcudiyeti

Sessiz kalma yoluyla hak kaybının temelinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 2 kapsamında düzenlenen dürüstlük kuralı yer almaktadır. Zira bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzeni tarafından korunması beklenemez. Bu çerçevede 6769 sayılı SMK m. 25/6; “*Marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya*

¹⁸⁴ Schechter, R./ Thomas, J. (2003). Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, Minnesota, s.779.

¹⁸⁵ Kaya, 2006, s.226.

¹⁸⁶ Bilginoğlu, N. E. (2018) “Marka Lisansı Sözleşmesi”, THD, C.13, S.140, Nisan, s.82.

¹⁸⁷ Aslan Düzgün, Ü. (2012). “Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, GÜHFD C XVI, S.3 s.62.

bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötü niyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.” hükmünü içermekte olup, kullanımı bildiği halde, herhangi bir işlem yapmayan hak sahibi bakımından beş yılın sonunda dava açılmış olması diğer bir açıdan hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir.

Sessiz kalma yoluyla hak kaybı her ne kadar hükümsüzlük hükümleri çerçevesinde düzenlenmiş olsa da, sessiz kalma yoluyla hak kaybının önemli diğer bir sonucu da ihlale ilişkin hukuka aykırılığın ortadan kalkmasıdır¹⁸⁸. İhlal oluşturan ve bu sebeple hükümsüz kılınması gereken, hukuka aykırılık yaratan sonraki markanın, sessiz kalma yoluyla hak kaybının gerçekleşmesi sonucu hükümsüz kılınmaması, ihlale ilişkin hukuka aykırılığın son bulması anlamına gelir. Dolayısıyla sonraki marka, hukuk düzeninin hükümsüz kılmadığı bir markadır ve bu markanın sonraki marka sahibi tarafından kullanılmaya devam edilmesi, hukuka aykırı kabul edilmez¹⁸⁹.

Büyükkılıç, belirlenen beş yıllık sürenin yerinde olmadığını savunmuştur. Zira, söz konusu hak kaybının belirli bir süreye bağlanmasının her somut olay bakımından farklı değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir¹⁹⁰. Ancak 6769 sayılı SMK’nın açık hükmü karşısında bir yorumun mümkün olmadığını belirterek, süre şartının gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁹¹.

İzinsiz olarak gümrük işlemlerine tabi tutulan ürünler bakımından, eserin ikinci bölümünde belirtildiği gibi izinsiz bir kullanım ihtimali hak sahibine veya bildirilen temsilcisine en geç işlemde bir sonraki gün bildirilmektedir. Buna karşın herhangi bir işlem yapmayan hak sahibi bakımından sessiz kalma eyleminin bildirim tarihinden itibaren başladığı gibi bir sonuç elde edilebilir. Bu anlamda, ürünleri sınırda durdurulan kişiye de, gerçekleştirilen resmi bildirim ve tarihine ilişkin yazılı bir belge verilmesi yerinde olacaktır. Bu durumda, sessiz kalma eyleminin hak sahibine bildirim yapıldığı tarihten itibaren beş yıl kesintisiz olarak hiçbir eyleme geçmeyen hak sahibi bakımından bu süre sonunda gerçekleştireceği eylemler hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir kanaatindeyim. Zira tacir, özen ve dikkat yükümlülüğüne sahiptir. Dolayısıyla, kendisine

¹⁸⁸ Çolak, U. (2016). Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş 3.Baskı İstanbul, s.807.

¹⁸⁹ Işık, E. (2017). Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, İstanbul 1 Baskı, s.218.

¹⁹⁰ Büyükkılıç, 2019, s.638.

¹⁹¹ Büyükkılıç, 2019, s.638.

bildirim yapılan hak sahibinin gümrük işlemleri bakımından herhangi bir eyleme geçmemesine karşın, geçen zamanda ürünleri ithal veya ihraç eden aleyhinde araştırma gerçekleştirebileceği açıktır. Nitekim kendisine durdurulan ürünün niteliği, taşıdığı marka ve ithal veya ihraç işlemi gerçekleştiren kişinin bilgileri verilmektedir. Buna rağmen beş yıl boyunca gerçekleştirilen eylemsizlik hak kaybına neden olacaktır.

Ancak, bu durumda gümrük nezdinde gerçekleştirilen koruma başvurusunu vekil ile gerçekleştiren hak sahibi bakımından ilgili bildirim alma yetkisinin vekile verilmiş olması şartının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle de, yapılan başvurularda, vekil ile gerçekleştirilen işlemlerde tebellüğ yetkisinin aranması gerekmektedir. Diğer yandan, vekilin avukat olduğu halde, TK m. 7/a kapsamında gerçekleştirilen değişiklik ile kendisine elektronik tebligat yapılması zorunlu olan kişi olarak kendisine elektronik tebligat ile bilgi verilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, halen faks veya başvuruda bildirilen elektronik posta adresine bildirim yapılmaktadır. Bu noktada, dikkat edilmesi gereken husus, elektronik tebligatın muhatabın elektronik tebligat adresine bildirimin ulaştığı tarihten beş gün sonra tebliğ edildiğinin düzenlenmiş olması ve bu tebliğ tarihinden itibaren yasal sürelerin başladığı kabul edildiğinde, gümrükte talep üzerine el konulan ürünler bakımından ek depolama masrafının doğacağı ve bozulabilecek bir ürün ise bu durumun daha büyük bir zarara sebep olması mümkündür. Dolayısıyla, öncelikle elektronik tebligat bakımından tebliğ edilme tarihinin ve elektronik bildirimin açıldığına ilişkin bilgi paylaşımı içeren bir alt yapının oluşturulması ve tebliğ tarihinin sistem üzerinden taraflarca görünür hale getirilmesi gerekmektedir. Ardından da Ticaret Bakanlığı'nın internet adresi üzerinden gerçekleştirilen başvuru bakımından, vekilin avukat olarak bildirilmesi halinde elektronik tebligat adresinin sisteme eklenebilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu hususlarda teknik ve hukuki düzenlemenin kısa sürede gerçekleştirilmesi yerinde olacaktır.

3.7.2.4. Marka hakkının tükenmesi

Marka hakkının ulusal tükenme ilkesinin terk edilmesi neticesinde 6769 sayılı SMK ile uluslararası tükenme ilkesi kabul edilmiştir. Uluslararası tükenme ilkesi kapsamında, yurtdışında, herhangi bir ülkede marka sahibi veya marka sahibinin yetkili kıldığı kişilerce piyasaya sürülen ürünlerin ülkemize, marka sahibinin izni olmaksızın ithal edilmesi veya benzer şekilde yeniden ihraç ve ithal rejimlerine tabi tutulması halinde, marka hakkı

sahibinin 6769 sayılı SMK uyarınca marka hakkına tecavüz iddiasının dinlenmesi mümkün değildir.

Bu nedenle gümrük idareleri nezdinde ele geçirilen ürünlerin orijinal olması halinde, marka hakkı sahibinin bu ürünler bakımından gümrük tedbirlerine tabi tutulmasını isteme hakkı mevcut değildir. Bu nedenle gümrük idareleri tarafından orijinal ürün olup olmadığı hususunun denetlenmesi önem arz ettiği gibi, uygulanan haksız tedbirler neticesinde, aleyhine tedbir uygulanan kişi tarafından haksız tedbir nedeniyle, marka hakkı sahibine dava açma hakkı da gündeme gelmektedir.

Oysa 556 sayılı KHK döneminde, ürünlerin izinsiz olarak gümrük işlemlerine tabi tutulması ve Türkiye’de yetkili satıcı olmaması nedeniyle dahi orijinal ürünü ithal eden kişi hakkında marka hakkına tecavüz hükümleri uygulanmaktaydı. Zira 11.HD 08.05.2006 tarihli 2005/5247 E. ve 2006/5336 sayılı Kararında da; *"...davalının davacıya ait tescilli markanın kullanılması konusunda lisans sahibi olmadığı halde ürün siparişi vererek Türkiye'ye getirttiğine göre markaya tecavüz teşkil ettiğini bilmesi gerektiğinden, bu ürünlerin yurt içine satılmayacak olmasının markaya tecavüz edildiği gerçeğini değiştirmedikten, ürünlerin ülke sınırlarına girdiği anda markaya tecavüz fiilinin gerçekleşmiş olacağından, davalının amacının para kazanmak ve kendine fayda sağlamak olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile davalının davacının markasına vaki tecavüzün refine ve men'ine karar verilmiştir."* şeklindeki Yerel Mahkeme kararı onanarak kesinleşmiştir¹⁹². Ancak uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmesi ile bu uygulamanın yalnızca taklit ürünler için geçerli olduğu kanaatindeyim.

3.7.2.5. Tescilli markanın cins adı haline gelmesi

İptal nedenleri arasında yer alan ve marka sahibinin fiillerinin veya gerekli önlemleri almaması sonucu markanın, tescilli olduğu mal veya hizmetler için yaygın bir ad haline gelmesinin de sonuçlarından biri, ilgili markanın marka olma özelliğini yitirmiş olmasıdır. Dolayısıyla bu şekilde iptali talep edilebilecek olan markaların da marka korumasından faydalanmasının yerinde olmayacağı kanaatindeyim.

¹⁹² Çevrimiçi Kaynak: Kazancı İctihat Bankası

Bu anlamda, iptal hükümlerinin etkisinin geriye yürümeyeceği düşünüldüğünde, kullanmama def'i gibi dayanak markanın marka olma özelliğini yitirmiş olması iddiasının da bir def'i olarak değerlendirilmesi, haksız uygulamaların da önüne geçeceği kanaatindeyim. Jenerik marka haline gelen markaların ayırt edicilik vasfını yitirdiği ve bu sebeple de yargılama bakımından, söz konusu markanın jenerik bir ibare haline geldiği savunması yapıldığı takdirde, bu iddianın ön sorun haline getirilerek öncelikle tespiti gerekmektedir. Nitekim, jenerik markalar bakımından örneğin “Oralet”, “Permatik”, “Uhu”, “Walkman” gibi markalar genel kullanımda cins ismi olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla dayanak markanın tescil edilmiş olduğu mal veya hizmetler bakımından yaygın bir ad olarak kullanıldığına iddia edilmesi halinde bu iddianın def'i olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu iddianın değerlendirilmesi bakımından marka sahibinin fiillerinin neticesinde veya gerekli önlemleri almaması nedeniyle gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması gerekmektedir. Bu durumda, kullanmama def'inde olduğu gibi ispat yükümlüsü dayanak marka sahibi olarak kabul edilmelidir.

3.7.2.6. Kullanımın tescilli bir markaya dayanarak gerçekleştirilmesi

Tescilli bir markaya dayanılarak gerçekleştirilen kullanımların önceki tarihli üçüncü kişiye ait marka hakkına ihlal oluşturması halinde, ihlal gerçekleştirdiği iddia olunan marka sahibinin kullanımlarının haksız olduğunun iddia edilememesi gerekir. Bu anlayışın temeli Roma Hukuku'ndan gelen ve mülkiyet hakkının özünü teşkil ettiği kabul edilen “*Kendi hakkını kullanan, kimseye zarar veremez.*” genel ilkesine dayanmaktadır¹⁹³. Mülga 556 sayılı KHK döneminde oluşturulan Yargıtay içtihatları da bu nedenle marka tescilinin hükümsüz kılınmadığı takdirde, tecavüz fiilinden de bahsedilmesinin mümkün olmadığı yönünde oluşturulmuştur. Ancak diğer yandan markada öncelik hakkının zedelendiği bir durumun ortaya çıktığı gibi, sonraki tarihli tescillerin bir marka tescilinden faydalanarak fillerini meşrulaştırma çabası üzerine 6769 sayılı SMK ile getirilen açık bir düzenleme ile sonraki tarihli bir marka tescili, marka ihlalinden doğan uyumsuzluklarda ileri sürülememektedir.

Ancak 6769 sayılı SMK ile getirilen yenilikler arasında yer alan kullanmama def'i ve kanun koyucunun marka tanımındaki değişikliği ile markanın yalnızca ayırt edici

¹⁹³ Gül, İ. (2017) “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.13, s.81-115, s.85.

olmasının yanı sıra tüketiciler veya diğer teşebbüsler tarafından marka koruma kapsamının anlaşılabilir olması kriterlerinin de benimsendiği açıkça görülmektedir. Bu nedenle de *Gül*, önceki tarihli marka sahibinin açtığı marka hakkına tecavüz davasında sonraki tarihli marka sahibinin kullanmama def'i ileri sürmesi neticesinde reddedilen marka hakkına tecavüz davasının varlığı halinde. Söz konusu ret kararından sonra yeniden bir marka hakkına tecavüz davası açan önceki tarihli marka sahibi karşısında, sonraki tarihli marka sahibinin hakkında açılan tecavüz davasında tescilli marka savunmasının kabul edilmesi gerektiği görüşündedir¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Gül, 2017, s.108, 109.



SONUÇ

Marka hakkında tecavüz olarak belirlenen eylemler bakımından 6769 sayılı SMK her ne kadar izinsiz kullanım olarak ithalat ve ihracat işlemlerini tasnif edilmişse de, 556 sayılı KHK ile kabul edilen gümrükçe onaylanmış işlemler ile uygulamada aynı neticeleri doğurmaktadır. Zira söz konusu değişikliğe karşın 4458 sayılı GK’da idarenin denetim yetkisinin halen gümrükçe onaylanmış işlemler bakımından devam ettiği görülmektedir. Ayrıca, her ne kadar ithalat ve ihracat işlemleri olarak belirtilmişse de ticaret alanına dâhil edilmesi de marka hakkına tecavüz olarak belirtilmektedir. Dolayısıyla, serbest bölgeye dâhil olan eşyalar bakımından, ticaret alanına dâhil olma sonucu elde edilmekte ve benzer şekilde, gümrük idaresi nezdinde depolanması da neticede ürünün ticari maksatla depolandığını göstermektedir. Burada ifade olarak yapılan değişiklik AB mevzuatı ile kavramsal bir bütünlük sağlanması amacıyla gerçekleştirilmiştir. Nitekim gümrükçe onaylanmış bir işlem kavramı daha ziyade işlemlerin vergilendirilmesi yönünden ele alınan işlemlerdir. Bu nedenle kavramsal bir bütünlük sağlanmışsa da, bu hususta 4458 sayılı GK kapsamında herhangi bir değişikliğe gidilmemiş olması da bunun bir göstergesidir.

Marka hakkının korunmasında gümrük nezdinde gerçekleştirilen, uluslararası sözleşmeler ve AB Direktifleri ile de önem kazanan idari bir denetimin uygun düzenlemeler ile etkin bir şekilde sağlanması hedeflenmektedir. Dolayısıyla gümrük idareleri nezdinde gerçekleştirilen denetiminde hiçbir tereddüt oluşturmayacak şekilde düzenlemelerin sağlanması gerekmektedir. Bu düzenlemelerin en başında, “taklit eşya”, “taklit marka” ve “tecavüz teşkil eden” kullanımlar olarak yer alan tanımların belirlenmesi ve bu ifadeler yönünden birlik sağlanması gerekmektedir. Kanunlar arasında kavram birliğinin sağlanması ile gümrük idaresinin yetkisinin de buna göre belirlenmesi yerinde olacaktır.

Taklit eşya ve taklit marka kavramları ile aynı tip eşya için aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer marka kullanımları ifade edilmektedir. Gümrük idaresinin takdir yetkisinin “tecavüz teşkil eden” kullanımlar yönünden gerçekleştirilmesi halinde sınırsız bir denetim yetkisi gündeme gelmektedir. Gümrük idaresi tarafından alınan durdurma veya el koyma işlemleri yönünden idarenin sorumluluğuna gidilemediği

düşünüldüğünde, denetim yetkisinin sınırlandırılması yerinde olacaktır. Dolayısıyla Gümrük Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere denetimin yalnızca taklit eşya veya 6769 sayılı SMK'da yer aldığı üzere taklit marka yönünden gerçekleştirilmesi yerindedir. Aksi halde, idarenin işlemlerinin yerindeliği ve kanuniliğinin denetlenmesi gerekir. Diğer yandan uluslararası tükenme ilkesinin kabul edilmesi ile gümrüğe sunulan eşyaların orijinal ürün olup olmadığının tespiti ile bir işlem yapılması gerekmektedir. Ancak gümrük idaresinin orijinal ürün ile sahte ürün yönünden bir inceleme gerçekleştirmesini beklemek gerçekçi değildir. Bu nedenle orijinal ürün olup olmadığına bakılmaksızın denetimin gerçekleştirilmesi ancak marka hakkı sahibinin söz konusu ürünleri tetkik edebilmesi için imkân sağlaması veya gümrük idaresince, maliyeti hak sahibine ait olmak üzere bir inceleme gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, uluslararası tükenme ilkesi nedeniyle, orijinal ürün olup olmadığı hususunda bir tespit yapılmaksızın, hak sahibinden yargı yoluna başvurusu beklenemez.

Gümrük idareleri nezdinde sınırsız bir denetim sağlanması için, denetimde yer alan gümrük memurlarının veya müfettişlerinin yanı sıra, marka hukukunda uzman kişilerin de idare nezdinde görevlendirilmesi gerekir. Ancak bu şekilde bir yaklaşım, idarenin somut olay üzerinde yerinde bir inceleme ve yargılama yapması gibi bir netice gündeme getirmektedir. Oysa marka hakkı şahıs malvarlığı olarak kabul edilmektedir. Yerinde bir inceleme yapılması bu anlamda da mümkün olarak değerlendirilememektedir. Dolayısıyla, gümrük idaresinin denetim yetkisinin “taklit eşya” ile sınırlandırılması yani, aynı tip eşya yönünden aynı veya ayırt edilemeyecek derece benzer markanın kullanımı halinde, ürünün orijinal ürün olup olmadığına bakılmaksızın gerekli tedbirlerin resen gerçekleştirilmesi yönünde hukuki alt yapının sağlanması gerekmektedir. Ayrıca 4458 sayılı GK ve Gümrük Yönetmeliği çerçevesinde ele alınan ürün kodları ile Nis Sınıflandırmasının da sistemde karşılığını bulması halinde, dijital ortamda sunulan özet beyan ile sistem üzerinden denetimin gerçekleşmesi sağlanabilecektir. Özet beyanın sunumu ile sistemde kayıtlı aynı sınıflar yönünden gümrük koruma başvurusu olduğu takdirde, sistemin doğrudan şüpheli bir eşya işleminin varlığı hususunda uyarı vermesi sağlanabilir. Ancak yapılan başvuru çerçevesinde belirli bir üretici, marka, taşıyıcı bilgileri, şüpheli kullanım olarak rapor edilmişse, bu ürünlerin doğrudan durdurulması gerekir. Bu hususta, idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır. Zira bu şekilde bir talep sonrasında durdurma ve el koyma işlemi gerçekleştirildiğinde, işlemin haksız olduğu tespit edildiği takdirde, oluşan zararlardan

talep sahibinin sorumlu olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak, aleyhinde işlem uygulanan kişiye de bu yönde açık bir bilgilendirmenin yapılması gerekir.

6769 sayılı SMK ile kabul edilen “muvafakatname”nin de gümrük idareleri nezdinde bildirilmesi gereken bilgiler arasında yer alması, lisans sahibi bilgileri gibi, muvafakatname sahibinin de bilgilerinin sisteme girişinin sağlanması gerekir. Ancak, gerek lisans sahibi, gerekse muvafakatname sahibinin hangi sınıflar yönünden kullanım hakkına sahip olduğu veya muvafakat edildiğinin de yine sistem üzerinde bildirilmesi gerekmektedir. Nis sınıflandırmaları ve gümrük nezdindeki sınıflandırmalarında bir birlik sağlanması bu açıdan da önem arz etmektedir. Zira bu şekilde bir başvuru ile hak sahibi, lisans alanın ve muvafakatname sahibinin diğer kullanımlarına izin verilmemesini bildirmiş olarak kabul edilecek ve başvuru sahibinin talebi üzerine idare tarafından diğer eşyalar yönünden el koyma veya durdurma işlemi uygulanabilecektir.

Uygulama ve yargı birimlerinin kararlarının etkinliği bakımından, ilamların ve alınan tedbir kararlarının gümrük birimlerine doğrudan bildirilmesinin yine çevrimiçi sistemden gerçekleştirilmesi ve aynı şekilde marka hakkına tecavüz iddiası ile açılmış olan davaların reddi yönündeki kararların sistem altyapısında yer alması sağlanmalıdır. Bu şekilde, tescilli bir markaya dayalı olarak gümrük koruması talep edilmesi halinde, talep eden tarafından daha önce marka hakkına tecavüz davasında alınmış bir ret kararı bulunması halinde, aleyhinde dava açtığı kişi yönünden bu tedbirin uygulanmaması sağlanmalıdır. Aksi halde, özellikle kullanmama def'i nedeniyle reddedilecek olan davalar bakımından aleyhinde dava açılan kişi yönünden kullanımın devam etmesi halinde, hak sahibinin markasının iptal edilmemesi nedeniyle, marka hakkına dayalı olarak gümrük koruması talep etmesi mümkündür. Aynı şekilde, arabuluculuk ile alınan kararlar bakımından da alınan icra edilebilirlik şerhi ile taraflar arasında varsa kullanma veya kullanmama yönünde bir karar, bu alınan kararın da ortak sisteme dâhil edilmesi gerekir.

Çevrimiçi sistemler ile birçok alanda kolaylık sağlanmaktadır. Bunlardan bir diğer ise e-tebligattır. Tebligat Kanunu ile kendisine e-tebligat ile bildirim yapılması zorunlu olan kişiler belirtilmektedir. Bunlardan biri de avukatlardır. Gümrük koruma talebinde şayet bir yabacı tüzel kişi adına başvuru gerçekleştiriliyorsa, Türkiye’de ikameti bulunan bir vekil ile başvurunun gerçekleştirilmesi zorunludur. Vekil ile gerçekleştiren bu ve benzeri durumlarda, gümrük idaresi tarafından gerçekleştirilen bildirimler bakımından

halen faks kullanılmaktadır. Süre de bu faksın gönderildiği tarihten itibaren başlatılmaktadır. E-tebligat yönünden ise bildirim takip eden beşinci gün sonunda tebliğin yapıldığı kabul edilmektedir. Gümrük idaresince yapılması gereken, avukat ile gerçekleştirilen başvurular yönünden e-tebligat adresinin sisteme kaydedilmesidir. Zira aksi bir uygulama esasen Tebligat Kanunu'na da aykırıdır. Yasal bir bildirim olarak da kabul edilmemelidir. Ancak gümrükte durdurulan veya el konulan eşya bakımından depolama masrafı benzer masrafların oluşması sebebiyle sürenin derhal başlatılması gerekmektedir. Bu nedenle de, gümrük koruma başvuru sistemi içerisinde bir de bildirim yapılabilecek bir sistem geliştirmesi yerindedir. Bu şekilde e-tebligat benzeri bir sistemin oluşturulması mümkündür. Buna ek olarak, e-tebligat ile yapılan tebligatların da tebliğ tarihi bakımından kabul edilen beş günlük sürenin oldukça uzun olduğu gözetilmelidir. TÜRKPATENT çevrimiçi sistemde de uygulandığı üzere, sisteme girildiği tarihin tebliğ tarihi olarak kabul edilmesi, sisteme girilmemesi halinde ise beş gün sonra tebliğ edilmiş kabul edileceği hususunda ayrı bir düzenleme yapılmasında da yarar vardır.

Şahıs varlığı olarak kabul edilen marka hakkına dayalı davaların kesinleşmeden icrası mümkün değildir. Bu nedenle Bölge Adliye Mahkemelerinin kararlarının da temyize açık olması sebebiyle ve yerel mahkeme karar süresi ile Bölge Adliye Mahkemeleri'nin ve Yargıtay'ın karar süresinin oldukça uzun olduğu bir sistemde, etkin bir işlemin sağlanması oldukça güçtür. Bu nedenle de, marka hakkı yönünden doğan uyuşmazlıklarda, istinaf yolunun değil, Yargıtay yolunun açık olması ve Yargıtay tarafından incelemenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, her ne kadar yenilenmesi mümkünse de on yıl koruma süresi olan bir hak yönünden alınan kararların daha kısa sürede kesinleştirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Nitekim markanın iptali yetkisinin TÜRKPATENT'e tanındığı da göz önünde bulundurulduğunda, iptal işlemi yönünde alınan kararın iptali için yargıya taşınan uyuşmazlıklarda da benzer şekilde bir düzenleme getirilmesi gerekmektedir. Zira kullanmamanın sonuçları 6769 sayılı SMK ile genişletilmiş olmakla, gümrük idareleri nezdinde de uygulanacak tedbirler veya bu işlemler nedeniyle açılan davalarda da kullanmama def'inin gündeme gelmesi sebebiyle, bu hususta da yargı yolunun kısaltılması gerekmektedir.

Markanın izinsiz olarak gümrük işlemlerine tabi tutulması sebebiyle doğacak olan tazminat yönünden, Yargıtay içtihatlarında olduğu gibi ilgili markanın Türkiye’de satışa sunulmaması veya herhangi bir ekonomik fayda sağlanmaksızın gümrük idaresinde el koyulması sebebiyle, bir tazminat hakkının doğmadığı iddiasının yerinde olmadığı kabul edilmelidir. Diğer yandan, taşıyıcı veya gümrük işlemlerini gerçekleştiren kişiler yönünden somut olay değerlendirilecek tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Ancak bu kişiler aleyhine marka tecavüzünün durdurulması ve önlenmesi davasının açılmasına engel bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, gerçekleştirilen kanunlaşmaların ve uygulamaların yalnızca tek bir kanun değil, ona etki eden diğer kanunlar ve yönetmelikler ile birlikte değerlendirilmesi ve buna uygun biçimde kanuni bir altyapının sağlanması gerekmektedir. Aynı şekilde, elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemler yönünden de idare ile yargı sistemini de içine alan bir birliğin sağlanması, hem bürokrasinin azaltılmasında, hem de kararların uygulanmasının etkinliğinde büyük öneme sahiptir.



KAYNAKLAR

- Akdağ G. N. (2014). Anonim Şirketlerde Kuruluş, İstanbul.
- Akın, E. B. (2017). 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017).
- Arıkan, A. S. (2017). Hakkın Tükenmesi, 6769 sayılı Sınâî Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart 2017).
- Arkan, S. (2018). Ticari İşletme Hukuku, 24.Bası.
- Arkan, S. (2017). “Sınâî Mülkiyet Kanunu’nun 5.3.Maddesiyle İlgili Bazı Düşünceler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.33, S.3, s.5-11.
- Arkan, S. (1998). Marka Hukuku, C2, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Arsalan, R./ Yılmaz E./ Taşpınar Ayvaz, S. (2016). Medeni Usul Hukuku, 1.Baskı, Ankara.
- Aslan Düzgün, Ü. (2010). Marka Hakkının Tükenmesi.
- Aslan Düzgün, Ü. (2012). ”Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi”, GÜHFD C XVI, S.3 s.62 vd.
- Aydın, F. (2017). “Sınâî Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat”, s TBBD, 2017 Kasım-Aralık, s.517-576.
- Baş, M. N. (2016). “Gümrük Müşavirlerinin Mesleki Faaliyetleri Kapsamında Dolaylı Temsil Yetkileri ve Hukuki Sorumlulukları”, HHFD 6(1) 2016, 193-212.
- Bilginoglu, N. E. (2018). “Marka Lisansı Sözleşmesi”, THD, C.13, S.140, s.78-89, Nisan.
- Bosse, A., Madsen, K. S. Trademark Protection and Parallel Trade Within The EEA, European Trademark Law Module 2A.
- Bozgeyik, H. (2015). Marka Hukuku, Görüşler ve Kararlar C.3, Ankara 2015.
- Büyükkılıç, G. (2019). Marka Hukukunda Tanınmış Markanın Sulandırmaya Karşı Korunması, İstanbul 1.Baskı.
- Can, O. (2009). “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir Kavramı”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan C.1, s.503-518, s.504, İstanbul.
- Çağlar, H. (2007); “Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması”, Ankara Barosu FMR Hukuk Dergisi Y:7, C:7 S:2, s.11-27.
- Çağlar H. (2015). Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı.
- Çağlar, H. (2017). “Sınâî Mülkiyet Kanunun Marka Hukuku Alanında Getirdiği Önemli Yenilikler”, BÜHFD C3, S1, Ocak.

- Çağlar, H. (2017) “6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Tescilli Markanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları ve Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı KHK M.14 Hükümünü İptal Eden Kararının Etkileri”, GÜHFD C.11, S.1. s.3-19.
- Çolak, U. (2014). Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş 2.Baskı İstanbul.
- Çolak, U. (2016). Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş 3.Baskı İstanbul.
- Çolak U. (2018). Türk Marka Hukuku, Güncellenmiş 4.Baskı İstanbul.
- Dalkıran, M. (2003) .Avrupa Topluluğu Hukuku Çerçevesinde Sınai Mülkiyet Haklarında Hakkın Tüketilmesi, Türk Patent Bülteni İlkbahar, Ankara, s.20.
- Deren-Yıldırım, N. (2002). Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul.
- Deren-Yıldırım, N. (2003). “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar” , Ünal Alptekin’e Armağan, İstanbul, C.2, s.199-207.
- Dirikkan, H. (1998). Tescilli Markayı Kullanma Külfeti Manisa Barosu Dergisi, C.17, S.65, Manisa, s.7-47.
- Dirikkan, H. (1998). “Tescilli Markayı Kullanma Külfeti”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul. 219-280.
- Ege, Ö. (2018). 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Hakkına Tecavüz ve Hukuksal Koruma Yolları, Seçkin Yayınevi, Nisan.
- Erdoğan, E. (2017). “6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler” , TFM, C.3, S.2017/1, s.47-65.
- Erdem, B. (2005). Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, 1. İstanbul Fikri Mülkiyet Hukuku Sempozyumu, 05-06 Mayıs 2005.
- Erişir, E. (2013). Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık.
- Gül, İ. (2017). “Marka Hakkına Tecavüz Davasında Tescilli Marka Savunması”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.13, s.81-115.
- Gülpınar, M. K. (2014). 556 sayılı KHK Hükümleri Çerçevesinde Marka Hakkının Tüketilmesi İlkesi, İstanbul, s.52
- Güneş, İ. (2014). “Gümrüklerde Fikri Mülkiyet Hakkının Korunması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.18 s.419-442, s.421.
- Güneş, İ. (2017). Uygulamada Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları Haksız Rekabet Davaları, Ankara.
- Güneş, İ. (2017). 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu (9-10 Mart), s.537.

İşık, E. (2017). Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, İstanbul 1 Baskı, 2017.

İnternet: Yurdakul, E. M. (2014). “Türkiye’de İthalatın Gelişimi ve İthalatın Yapay Sınır Ağları Yöntemi ile Tahmin Edilebilirliğine Yönelik Bir Analiz” Aydın-2014, (Çevrimiçi kaynak: http://adumilas.adu.edu.tr/web/catalog/file_download.php?file_id=2848 01.04.2018)

İnternet: Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Umsetzung der Verordnung (EU) Nr. 608/2013 des Rates. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0233&qid=1494943012513&from=EN> erişim 14.06.2019

İnternet: IPR Infringements: Facts and figures; https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/customs-controls/counterfeit-piracy-other-ipr-violations/ipr-infringements-facts-figures_en

İnternet: Report on EU customs enforcement of intellectual property rights- Result at the EU border 2015; https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2016_ipr_statistics.pdf

İnternet: Simayi, A. (2014). “Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlıkların Çözüm Sistemi ve Çin’in Taraf Olduğu Uyuşmazlıklar, Akademik Bakış Dergisi, S.41, Mart-Nisan, <https://dergipark.org.tr/download/article-file/383829>

İnternet: Palacıoğlu, T. “Dünya Ticaret Örgütü’nde Türkiye’nin Taraf Olduğu Anlaşmazlıkların Çözümü Mekanizması” (Çevrimiçi Kaynak: <https://www.istda.org/Upload/pdf/dto-rapor.pdf>)

İnternet: Durham, A. L. (2017); “The Trouble With Tracking”, Houston Law Review, 2017, s.1037. Çevrimiçi Kaynak Erişim 13.04.2019) <https://houstonlawreview.org/article/3939>.

İnternet: Eminoğlu, C. (2016). “Marka Sahibinin Tekliği İlkesi ve Bu İlkenin Markanın Devri Bağlamında İncelenmesi (Anaysa Mahkemesi’nin 556 Sayılı KHK’nın m. 16/5 Hükmünü İptal Eden Kararı Bağlamında Bir Değerlendirme” Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi C:1 S:1, s.231, (Çevrimiçi Kaynak: 17.03.2017, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/145041>)

İnternet: İmamoğlu, M. (2014). Marka Hukuku’nda Tahkim ve Arabuluculuğun Yeri ve Türk Patent Enstitüsü’ndeki Uygulama Alanı”, Uzmanlık Tezi, s.72 (Çevrim içi kaynak: Erişim 26.04.2019) <https://docplayer.biz.tr/18249520-Marka-hukuku-nda-tahkim-ve-arabuluculugun-yeri-ve-turk-patent-enstitusu-ndeki-uygulama-alani.htm>

İnternet: Karaman, F. (2008); Marka Hukukunda Ülkesellik İlkesi, YLT, İstanbul, (Çevrimiçi Kaynak: Tez Merkezi)

İnternet: OECD, “Synthesis Report On Parallel Imports”, Joint Group on Trade and Competition, 2002 s.4. (Çevrimiçi Kaynak: Erişim 23.10.2019) [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/DAFFE/COMP/TD\(2002\)18/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=COM/DAFFE/COMP/TD(2002)18/FINAL&docLanguage=En)

- Karan, G. (2003). “Transit veya Serbest Bölgedeki Sahte Eşyaya Tedbiren El Konulması ve Bunların Tasfiye Rejimi Hükümlerine Göre İmhası veya Ticaret Kanallarının Dışına Çıkarılması, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi, C:3 S:1, s.86.
- Kani, C. (2007). Türkiye’de Serbest Bölge Uygulamaları Sorunları ve Avrupa Birliği Uygulamalarıyla Karşılaştırma” Yüksek Lisans Tezi, Ankara -2007.
- Kaplan, M. B. (2018). Sınaî Mülkiyet Kanunu’nda İhtiyati Tedbirler, Ekim, Oniki Levha Yayıncılık.
- Kara, E. (2018). Marka Hukukunda Gerçek Hak Sahipliği, İstanbul 1. Baskı, On İki Levha Yayınları.
- Karaca U. (2017). Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, Ankara.
- Kargın, V. (2005). “Kullanılmayan Markalar Sorunu, Hukuk Gündemi Dergisi, S 2, Ankara.
- Kavlak, B. (2013). “Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi” , Prof. Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, C II, s.1525-1553.
- Kaya, A. (2006). Marka Hukuku.
- Kayıhan, Ş. (2011). Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara.
- Keskin, D. (2016). Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Zarar, Yetkin Basımevi, Ankara.
- Kuru, B./ Budak, A. C. (2010). Tespit Davaları, On İki Levha Yayıncılık, Haziran.
- Memişoğlu, S. Ö. (2019). Marka Hukukunda Mutlak Ret Sebepleri, Şubat.
- Meran N. (2015). Marka Hakları ve Korunması, 4. Bası, Ankara.
- Noyan, E., Güneş İ. (2015). Marka Hukuku, Ankara, 5.Baskı.
- Nural, A. (2015). 4458 Sayılı Gümrük Kanunu-Açıklamalı, Ankara, Şubat.
- Oğuz, A., Özkan Z. (2019). “Yargıtay Kararları Işığında Sınaî Mülkiyet Kanunu’nun 5/1-ç Maddesi Anlamında Ayırt Edilemeyecek Kadar Benzer Benzer İşaretler”, THD C. 13 S.141 Mayıs, s. 39-50.
- Oral, S. (2008). “Markayı Kullanma Yükümlülüğü”, Legal Fikri ve Sınaî Haklar Dergisi, C 4, S 16.
- Özdiller, F. (2018). 6769 sayılı Kanundaki Değişiklikler Uyarınca Kötü niyetli Tescil Nedeniyle Markanın Hükümsüzlüğünün EUIPO Kararları ile Birlikte İncelenmesi”, Legal Fikri ve Sınaî Haklar Dergisi, C.14 Sayı.55.

- Özkök, B. (2015). Tanınmış Markanın Kullanılmaması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali, Ankara.
- Öztürk, E. (2009), “Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük”, Legal Fikri ve Sinaî Haklar Dergisi, C 5, S 20.
- Paslı, A. (2014). Uluslararası Antlaşmaların Türk Marka Hukukunun Esasına İlişkin Etkileri, İstanbul.
- Paslı, A. (2018). Marka Hukukunda Ürün Benzerliği, İstanbul 2018.
- Pekdinçer, T., Tüzün, I. (2010). “Taklit Marka ve Gümrüklerde El Koyma” s.475-510, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı, XII Levha Yayıncılık.
- Polater, S. (2016). Marka Hukukunda Dikkat ve Özen Yükümlülüğü, Terazi Hukuk Dergisi, s.41-52.
- Poroy, R., Yasaman, H. (2018). Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2018, 17. Bası.
- Rinnert, S. “New European Regulation 608/2013 Concerning Combating Counterfeit Goods”, World Customs Journal, s.37-42.
- Saraç, T. (2007). “Transit Geçen Mallar Marka Hakkına Tecavüz Oluşturur Mu?” , Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.24, s.443-470.
- Selen U. (2015). Gümrük İşlemleri ve Vergilendirmesi 2015.
- Sert, S. (2007). Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara.
- Schechter, R., Thomas, J. (2003). Intellectual Property The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, Minnesota.
- Suluk, C. (2018). “6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanununun Getirdiği Yenilikler”, TFM 4(1).
- Suluk C., Karasu, R., Nal, T. (2018). Fikri Mülkiyet Hukuku, Eylül.
- Tekdemir, Y. (2003). “Marka Hakkının Tükenmesi İlkesi ve Paralel İthalat Sorununa İktisadi Bir Yaklaşım”, Rekabet Kurumu Dergisi, C.4 S.1, s.3-33.
- Tekinalp, Ü. (2004). Fikri Mülkiyet Hukuku.
- Tekinalp, Ü. (2012). Fikri Mülkiyet Hukuku.
- Tekinalp, Ü. (1997). “Yeni Marka Hukukunda Tescil İlkesi ve Tescilsiz İşaretlerin Hukuki Durumu”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, s.451 vd.
- Tekinalp, Ü. (2017). 6769 Sayılı Sinaî Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, s.5-84,
- Tüzüner, Ö. (2011). Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk.

Uzunallı S. (2012). “Marka Korumasının Kapsamı ve Tazminat Talebi”, Adalet Yayınevi Ankara,

Üyümez E. M., Gültekin, R. (2016). “Gümrük Denetimi: Türkiye Uygulamalarının Analizi” Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi C.8 S.14 Mart, s.343-365.

Yasaman, H., Ayoğlu, T., Yusufoglu, F., Yüksel, S. (2004). Marka Hukuku 556 Sayılı KHK Şerhi, C.1, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

Yasaman, H. (2017). Marka Hukukuna İlişkin Temel Yenilikler, 6769 sayılı SMK Sempozyumu 9-10 Mart, s.125-172.

Yıldırım, M. (2006). Gümrük İşlemlerine Özgü Muhasebe Denetim Modeli, Ankara. Doktora Tezi.

Şekillere erişim : Ticaret Bakanlığı’nın resmi web sitesi

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : SIZIR SAKALLIOĞLU, NİL
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 19/01/1988 ANKARA
Medeni hali : Evli
Telefon : 05344690170
Faks :-
e-mail : nil.sizir@gmail.com



Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet Tarihi
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi	2019
Lisans	Gazi Üniversitesi	2010
Lise	Yıldırım Beyazıt Anadolu Lisesi	2006

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2013- devam ediyor.	Nil Sızır Avukatlık Bürosu	Avukat/ Marka Vekili

Yabancı Dil

İngilizce- İyi
Almanca- İyi

Yayınlar

-

Hobiler



GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR...

