

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMI

Yüksek Lisans Tezi

Sümeyye Büşra YELMEN

Ankara-2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMI

Yüksek Lisans Tezi

Sümeyye Büşra YELMEN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Burçak YILDIZ

Ankara- 2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMI

Yüksek Lisans Tezi

Sümeyye Büşra YELMEN

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Burçak YILDIZ

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Doç. Dr. Burçak YILDIZ
- 2- Doç. Dr. Bülent ALGAN
- 3- Doç. Dr. Bahar ÖCAL APAYDIN

Tez Savunması Tarihi

13.10.2022

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Doç. Dr. Burçak YILDIZ'ın danışmanlığında hazırladığım “Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe Kullanımı (Ankara 2022)” adlı yüksek lisans tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

13.10.2022

Sümeyye Büşra YELMEN

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMI

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN SUNUMU.....	1
II. İNCELEME YÖNTEMİ.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

MARKA VE MARKANIN KULLANILMASI

I. MARKA HAKKININ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	5
II. MARKANIN SAĞLADIĞI HAKLAR.....	9
A. KAPSAMI.....	9
B. SINIRLARI.....	11
1. Zamanaşımı.....	11
2. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı.....	12
3. Markadan Doğan Hakkın Tüketilmesi.....	14
a. Genel Olarak.....	14
b. Coğrafi Alana Göre Hakkın Tüketilmesi.....	17
aa. Tükenme Türleri.....	17

bb. Ülkemizde Uygulanan Uluslararası Tükenme.....	18
4. Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçerisinde Kullanılması.....	19
III. MARKANIN KULLANILMASI	20
A. KULLANMA KAVRAMI VE KAPSAMI.....	20
B. KULLANMA SAYILAN FİİLLER.....	22
1. Ayırt Edici Karakteri Değiştirilmeden Farklı Unsurlarla Kullanılması.....	24
2. Markanın Sadece İhracat Amacıyla Mal ya da Ambalajlarda Kullanılması....	30
3. Markanın Marka Sahibinin İzni ile Kullanılması.....	33

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMININ KAPSAMI

I. DÜRÜSTÇE KULLANIM İLKESİ	35
A. GENEL OLARAK.....	35
1. TMK m. 2 Anlamında Dürüstçe Kullanım Kavramı.....	36
2. Ticari Hayatın Olağan Akışı Kavramı.....	40
3. Marka Hukukunda Ticari Hayatın Olağan Akışı İçerisinde Dürüstçe Kullanım Kavramı.....	43
B. İLGİLİ DÜZENLEMELER.....	46
1. Uluslararası Metinlerde.....	46

a. TRIPS Sözleşmesi'nde.....	46
b. AB Hukuku'nda.....	47
2. Türk Hukuku'nda.....	49
II. MARKANIN TİCARİ HAYATIN OLAĞAN AKIŞI İÇERİSİNDE DÜRÜSTÇE KULLANIMI SAYILAN HALLER.....	52
A. KİŞİLERİN KENDİ AD VEYA ADRESİNİ BELİRTMESİ.....	52
1. Adın Belirtilmesi.....	52
a. Gerçek Kişilerde.....	52
aa. Ad Kavramı ve Ticaret Unvanı Olarak Kullanılması	52
bb. Adın Marka Olarak Tescili.....	54
cc. Gerçek Kişi Tarafından Adın SMK m. 7/5 Kapsamında Kullanılması..	55
b. Tüzel Kişilerde	57
aa. Tüzel Kişilerin Ticaret Unvanı Hakkında.....	57
bb. SMK m. 7/5 Uyarınca Durum.....	60
2. Adresin Belirtilmesi.....	61
B. MALLARIN VEYA HİZMETLERİN BİRTAKIM NİTELİKLERİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALARDA BULUNULMASI.....	64
1. Ürün veya Hizmetlerin Türüne İlişkin	66
2. Ürün veya Hizmetlerin Kalitesine İlişkin	75
3. Ürün veya Hizmetlerin Miktarına İlişkin	77
4. Ürün veya Hizmetlerin Kullanım Amacına İlişkin	77

5. Ürün veya Hizmetlerin Değerine İlişkin	82
6. Ürün veya Hizmetlerin Coğrafi Kaynağına İlişkin	83
7. Ürün veya Hizmetlerin Üretim veya Sunuluş Zamanına İlişkin	86
8. Ürün veya Hizmetlerin Diğer Niteliklerine İlişkin	87
C. ÖZELLİKLE AKSESUAR, YEDEK PARÇA VEYA EŞDEĞER PARÇA ÜRÜNLERİNDE MARKANIN KULLANILMASI.....	91
1. Aksesuar Olarak Kullanım	91
2. Yedek Parça Olarak Kullanım.....	92
3. Eşdeğer Parça Olarak Kullanım.....	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜRÜSTÇE KULLANIMA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

I. DÜRÜSTÇE KULLANIMIN SINIRLARININ AŞILMASI: MARK HAKKINA TECAVÜZ.....	100
II. HUKUKİ SONUÇLARI	100
A. GENEL OLARAK.....	100
B. TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR.....	102
1. Fiilin Tecavüz Olup Olmadığının Tespiti Davası.....	102
2. Muhtemel Tecavüzün Önlenmesi Davası.....	103
3. Tecavüz Fiillerinin Durdurulması Davası.....	105
4. Tecavüzün Kaldırılması Davası.....	106
5. Tazminat Davası.....	107
a. Şartları	108

aa. Tecavüzü Meydana Getiren Fiil	108
bb. Kusur.....	109
cc. İliyet Bağı.....	110
dd. Zarar.....	110
b. Tazminat Talebinin Türleri.....	111
aa. Maddi Tazminat Davası.....	111
aaa. Fiili Zarar.....	112
bbb. Yoksun Kalınan Kazanç.....	112
aaaa. Marka Hakkı Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelir.....	116
bbbb. Tecavüz Edenin Elde Ettiği Net Kazanç.....	117
cccc. Lisans Örneksemesi.....	119
bb. Manevi Tazminat Davası.....	122
cc. İtibar Tazminatı Davası.....	123
C. TECAVÜZ HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK DİĞER TALEPLER..	126
1. Delillerin Tespiti Talebi	126
2. İhtiyati Tedbir Talebi.....	128
3. Tecavüzü Oluşturan Ürünlere El Konulması Talebi.....	133
4. El Konulan Ürünler Üzerinde Marka Hakkı Sahibine Mülkiyet Hakkı Tanınması Talebi.....	136
5. Tecavüzün Devamının Önlenmesi İçin Tedbirlerin Alınması Talebi...	139
6. Elkonulan Ürünlerin İmha Edilmesi Talebi.....	140
7. Mahkeme Kararının İlanı Talebi.....	144
D. TECAVÜZ SONUCU AÇILACAK DAVALARDA TARAFLAR.....	145
1. Davacı	145
2. Davalı.....	147

3. Dava Açılmayacak Kişiler.....	149
E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	149
1. Görevli Mahkeme.....	149
2. Yetkili Mahkeme.....	152
F. ZAMANAŞIMI.....	152
III. CEZAİ SONUÇLARI.....	153
A. SUÇ TÜRLERİ.....	153
1. İktibas veya İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz (SMK m. 30/1)	155
a. İktibas Suretiyle Tecavüz.....	155
b. İltibas Suretiyle Tecavüz.....	156
2. Tecavüze Konu Malı Üretilmesi veya Hizmete Sunulması, Satışa Arz Edilmesi ya da Satılması, İthal veya İhraç Edilmesi, Ticari Amaçla Satın Alınması, Bulundurulması, Nakledilmesi ya da Depolanması.....	159
a. Mal Üretme.....	160
b. Hizmet Sunma.....	161
c. Satışa Arz Etmek.....	161
d. Satmak.....	162
e. İthal veya İhraç Etmek.....	164
f. Satın Almak.....	165
g. Bulundurmak.....	165
h. Nakletmek.....	166
i. Depolamak.....	167
3. Marka Koruması Olan İşaretin Kaldırılması (SMK m. 30/2)	167
4. Yetkisi Olmadığı Halde Tasarrufta Bulunma (SMK m. 30/3)	170
B. MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇUNDA DİĞER HUSUSLAR.....	171
C. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN HUKUKA AYKIRI OLMASI.....	175

SONUÇ.....	176
KAYNAKÇA.....	189
ÖZET.....	215
ABSTRACT.....	217



KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
ANÜHFDS	: Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Yayınları
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BÜHFD	: Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Hukuk Fakóltesi Dergisi
DTÖ	: Dünya Ticaret Örgütü
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
E.	: Esas
ESBD	: Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
FHD	: Fasikül Hukuk Dergisi

FMR	: Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi
FSHG	: Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
GAÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.D.	: Hukuk Dairesi
HKÜHFD	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HVAEHD	: Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İNÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KÜHFD	: Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
LFVSHD	: Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N.	: Number
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı

SMK	: Sınai Mülkiyet Kanunu
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazî Hukuk Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TRIPS	: Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜRKPATENT	: Türk Patent ve Marka Kurumu
UİİİD	: Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamında
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YÜED	: Yaşar Üniversitesi E-Dergisi
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

I. KONUNUN SUNUMU

Marka hukuku ile ilgili ana düzenlemeler 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda (SMK) yer almaktadır. Marka hakkı, mutlak bir hak olup marka sahibine doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamakta ve de herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Markanın sağladığı bu hak ve yetkiler kural olarak marka sahibine sağlanmakta olup, üçüncü kişilerin marka üzerinde doğrudan bir hakları bulunmamaktadır. Ancak marka sahibinin hak ve yetkileri sınırsız olmayıp kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Üçüncü kişilerin marka sahibinin izni olmadan da, belirli şartlar altında markayı kullanması mümkündür. Marka hakkı sahibinin bu kullanımı engelleme hakkı kanun koyucu tarafından sınırlandırılmıştır. Tezin konusunu içeren bu kullanım SMK m. 7/5'te düzenlenmiştir. Buna göre üçüncü kişilerin markayı kullanması dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde olması ve kullanımın markasal nitelikte olmaması şartıyla hukuka uygun kabul edilebilecektir. Aynı zamanda üçüncü kişilerin hangi durumlarda marka sahibinin izni olmadan markayı kullanabileceği Kanun'da üç bent halinde düzenlenmiştir.

Markayı kullanan üçüncü kişinin kullanımının Kanun'da belirtilen şekilde olmaması ya da kullanımın sınırlarını aşması halinde marka hakkına tecavüz gündeme gelmektedir. Markaya tecavüz halinde marka sahibinin talep edebileceği haklar ise, SMK m. 149'da ayrıca belirtilmiştir. Marka hakkı sahibi, üçüncü kişinin dürüst kullanımı aşan tecavüz fiilini gerçekleştirmesi halinde bu fiilin tespiti, durdurulması, önlenmesi, kaldırılması gibi taleplerle birlikte aynı zamanda tecavüzü oluşturan ürünlere elkoyma ve bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, elkonulan ürünlerin ve araçların imhası, tecavüzün önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını, mahkeme kararının ilanını ve -bir zarar ve failin kusurunun bulunması halinde- tazminat talep edebilmektedir.

Başkasına ait bir markanın kullanılması halinde aynı zamanda SMK m. 30 kapsamında marka hakkına tecavüz suçu gündeme gelmektedir. İktibas veya iltibas suretiyle markaya tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi hakkında ceza hükümleri uygulanmaktadır. Ayrıca marka koruması olduğunu belirten işaretin mal ve ambalaj üzerinden yetkisiz olarak kaldırılması, başkasına ait markanın yetkisiz olarak devredilmesi, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunulması halinde failler hakkında hapis ve adli para cezasına hükmedilmektedir. Marka hakkına tecavüz suçu şikâyetle bağlı bir suç olup, sadece Türkiye’de tescilli markalar için uygulanmaktadır. Aynı zamanda marka suçlarına ilişkin olarak etkin pişmanlık hükümleri de belirli şartların varlığı halinde uygulanabilmektedir.

II. İNCELEME YÖNTEMİ

Çalışma üç ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde markaya ve markanın kullanımına ilişkin olarak temel bilgilere yer verilmiştir. Burada öncelikle markanın hukuki niteliği ele alınmıştır. Sonrasında marka sahibinin sahip olduğu hak ve yetkilere yer verilmiş olup, genel olarak bu hak ve yetkilerin sınırları ayrı bir başlık halinde incelenmiştir. Markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması şeklindeki sınırlama da bunlardan birisi olduğu için konu genel olarak da ele alınmıştır. Markanın kullanımı sayılan haller bu kısımda incelenmiştir.

İkinci bölümde, markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe kullanımının kapsamı ele alınmıştır. Burada ilk olarak dürüstçe kullanım kavramının ne olduğu, diğer kanunlarda düzenlenme şekilleri ve marka hukukunda uygulama alanının nasıl olduğu izah edilmiştir. Sonrasında dürüstçe kullanım sayılan haller ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Kanun maddesinde üç bent halinde sayılan, dürüst kullanım olarak kabul edilebilecek hallerin ilki markayı kullanan üçüncü kişinin gerçek kişi olduğu ve kendi ad

veya adresini belirtmek amacıyla markayı kullanmasıdır. İkincisi, üçüncü kişinin markayı kullandığı malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunmak amacıyla kullanmasıdır. Son olarak ise, üçüncü kişinin markayı özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanması olarak belirtilmiştir. Sayılan bütün bu hallerde kullanımın nasıl olması gerektiği ve SMK m. 7/5 kapsamında sayılıp sayılamayacağı örnek Yargıtay kararları ve ABAD kararları ile somutlaştırılarak anlatılmıştır.

Çalışmanın son bölümü olan üçüncü bölümde ise, üçüncü kişinin markayı dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı çerçevesinde kullanmamasının sonuçları anlatılmıştır. Üçüncü kişinin Kanun'un belirlediği sınırları aşarak markayı kullanması halinde markaya tecavüz söz konusudur. SMK'da marka sahibine marka hakkına tecavüz edilmesi halinde üçüncü kişiden talep edebileceği birtakım haklar verilmiştir. Bunlar, tecavüz fiilinin tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiilinin durdurulması, tecavüz fiilin kaldırılması, tazminat talebi, delillerin tespiti, ihtiyati tedbir talebi, tecavüzü oluşturan ürünlere ve araçlara elkoyma ve bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, elkonulan ürünlerin ve araçların imhası, tecavüzün önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını mahkeme kararının ilanı talebidir. Anılan bu taleplere ilişkin verilen hükümler örnek Yargıtay kararları ile anlatılmıştır. Çalışmanın devamında talepte bulunmak için başvurulması gereken görevli ve yetkili mahkemeler ve marka sahibinin haklarını kullanabileceği zamanaşımı süreleri açıklanmıştır. Son olarak ise marka hakkına tecavüzde bulunanın cezai sorumluluğu anlatılmıştır. Marka hakkına tecavüz suçu SMK m.30'da düzenlenmiştir. Buna göre, marka suçları ve bu suçlara verilecek cezalar düzenlenmiştir. Aynı zamanda marka suçlarına ilişkin diğer unsurlar olan suçun şikâyeteye bağlı olması, etkin pişmanlık hükümleri, görevli ve yetkili mahkemeye de yer verilmiştir.

İncelemelerimiz neticesinde edindiğimiz kanaatlere ise “Sonuç” kısmında topluca yer verilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM

MARKAYA VE MARKANIN KULLANIMINA İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

I. MARKA HAKKININ TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Marka hukuku ile ilgili ana düzenlemeler 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda¹ (SMK) yer almaktadır. Kanun'da markanın tanımı yapılmamıştır. Ancak SMK m. 4'te *“Markanın 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 tür işaretten oluşabildiği”* yönünde bir açıklama yapılmıştır. Öğretide ise markanın tanımı *“Bir işletmenin ürettiği yahut ticaretini yaptığı malları ya da sunduğu hizmetleri diğer işletmelerin ürettiği veya ticaretini yaptığı mal veya hizmetlerden ayırt etmeye yarayan sicilde gösterilebilir işaret”* şeklindedir². Bu açıklamalardan yola çıkarak, markanın işaret, ayırt edicilik ile açıklık ve kesinlik olmak üzere üç temel unsura sahip olduğu anlaşılmaktadır³.

Marka hakkı ise; devir, lisans, rehin, teminat gibi hukuki işlemlere konu olabilen, koruma süresi on yıl olan ve on yıllık sürelerle sınırsız olarak yenilenebilen, sahibine

¹ 6769 sayılı SMK 10.01.2017 tarihinde 29444 sayılı R.G'de yayımlanmıştır.

² Çağlar, Hayrettin: Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2015, s. 11. Aynı doğrultudaki tanımlar için bkz. Yasaman, Hamdi / Ayoğlu, Tolga/ Yusufoglu Bilgin, Fülürya/ Memiş Kartal, Pınar / Yüksel, Sinan / Yasaman, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021, s. 50; Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Yıldız, Burçak / İmirlioğlu, Dilek: Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara: Adalet Yayınevi 2021, s. 26; Çolak, Uğur: Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları 2018, s. 10; Noyan, Erdal: Marka Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2009, s. 45.

³ Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021, s. 152; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 1, s. 50.

tekel hakkı veren gayrimaddi bir hak olarak tanımlanabilir⁴. Marka soyut olup, bir eşya niteliğinde değildir⁵. Ancak para ile ölçülebilir bir değeri olduğundan gayrimaddi⁶ bir mal niteliğindedir⁷.

Marka sahibinin markası üzerindeki hakkı, mutlak bir hak olup doğrudan doğruya marka üzerinde sahibine hâkimiyet sağlamak ve de herkese karşı ileri sürülebilmektedir⁸. Marka sahibine tanıdığı yetkiler inhisari niteliktedir⁹. Bu inhisari yetki müspet yönü ile sahibine tasarruf yetkisi vererek marka hakkı üzerinde dilediği gibi hukuki tasarruflarda bulunma yetkisidir¹⁰. Menfi yönüyle de sahibine üçüncü kişilerin haksız kullanımlarını engelleme ve önleme yetkisi vermektedir¹¹. Markadan doğan haklar taahhüt ve tasarruf işlemlerine konu olabilmektedir¹². SMK m. 148 gereğince, marka hakkı devrolunabilir (işletmeyle beraber yahut bağımsız olarak), lisans sözleşmesine konu edilebilir, miras yoluyla intikal edebilir, üzerinde intifa hakkı tesis edilebilir, bir şirkete sermaye olarak konulabilir, bağışlanabilir yahut haczedilebilir¹³. Yargıtay da bir kararında, “marka hakkının hukuki işlemlere konu olup olamayacağına gelince; gayri maddi mallar üzerindeki marka hakkı mutlak haklardan olup, taşıdığı

⁴ Kart, Aslıhan: Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Ankara: Adalet Yayınevi 2019, s. 38.

⁵ Uzunallı, Sevilay: Marka Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2021, s. 30.

⁶ Anayasa Mahkemesi’nin T. 27.05.2015, E. 2015/33, K. 2015/50 kararında taşınır ve taşınmaz mallar maddi mallar kapsamında sayılırken, fikri ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında değerlendirilmiştir.(<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/b11f9733-bb4e4061a13490f7ad28aa21?exclude=Gerekce=False&wordsOnly=False>, Erişim Tarihi: 15.02.2020).

⁷ Alhas, Zeynep Seda/ Dernekoğlu, Umut: Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, FMR 2014, C.15, S. 1, s. 20; Uzunallı, Marka, s. 30. Gayrimaddi mal kavramı cisimlenmiş bir nitelik arz etmeyen ve kişinin dışında bulunan şeyler olarak açıklanabilir. Özel, Çağlar: Marka Lisansı Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2015, s. 35.

⁸ Çolak, Marka, s. 11.

⁹ Çolak, Marka, s. 11.

¹⁰ Uzunallı, Marka, s. 30-31.

¹¹ Uzunallı, Marka, s. 31.

¹² Çağlar, Marka, s. 35.

¹³ Bu konuda bkz. Çağlar, Marka, s. 35.

ekonomik değerdan ötürü şirket malvarlığına dahildir. Ayrıca marka hakkı çeşitli hukuki işlemlere de konu oluşturabilir¹⁴” ifadesiyle bu hususu ortaya koymuştur.

Marka süreye bağlıdır¹⁵. Marka tescilinin sağladığı koruma süresi, tescil başvuru tarihinden itibaren 10 yıldır ve bu süre her 10 yılın bitiminden itibaren başlayarak 10’ar yıllık dönemler halinde yenilenebilir¹⁶. Bu yenileme süresinin sınırsız sayıda olması yönüyle marka hakkı diğer sınai haklardan (patent, faydalı model, tasarım vs.) ayrılır¹⁷.

Marka hakkının kazanılması için geçerli olan iki sistem, “tescil sistemi” ve “kullanma sistemi”dir¹⁸. Marka hakkı kural olarak tescille elde edilmektedir¹⁹.

SMK kapsamında, tescil sistemi temel alınmıştır. Nitekim SMK m. 7/1’e göre “*Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir.*” hükmü yer almaktadır.

¹⁴ Yarg. 11. HD., T. 9.4.2001, E. 2001/844, K. 2001/3429, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 15.02.2020).

¹⁵ Çolak, Marka, s. 11.

¹⁶ Çolak, Marka, s. 11.

¹⁷ Çağlar, Marka, s. 35.

¹⁸ Vatansever, Erman: Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamı, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Ankara 2010, s. 23, <https://teknolojitransferi.turkpatent.gov.tr/TeknolojiTransferPlatformu/resources/temp/0BF24212-6CE2-4EF2-AC74-327177069A2C.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.04.2021).

¹⁹ Ensari, Dilan: Marka Hakkı ve Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019, s. 27. SMK m. 5/2 gereği tescil ettirmeden önce ayırt edicilik kazandırarak da bu hakkın elde edilmesi mümkündür. Bu konuda bkz. Ensari, s. 27. İstisnai olarak tescil edilmemiş markaların da koruma altına alınması mümkündür. Marka sahibi markasını tescil ettirmediği takdirde, SMK kapsamında bir korumaya sahip olamaz. Ancak marka hakkı sahibi, bu gibi durumlarda, Türk Ticaret Kanunu’nun (TTK) 54 ve devamındaki (vd.) maddelerinde düzenlenen haksız rekabet hükümlerinden yararlanabilecektir. Ayrıca tanınmış bir marka, sahibinin izni olmadan, farklı mal veya hizmetler için başka birisi adına tescil olunamaz. SMK m. 6/5. Bu konuda bkz. Çolak, Marka, s. 11. Yargıtay da marka hukukundaki öncelik hakkının, o markayı ortaya çıkaran, kullanan ve piyasada tanınmış hale getiren kişiye ait olduğunu belirtmiş ve “gerçek hak sahibinin” o markayı ilk defa kullanan kişi olduğunu belirtmiştir. Yasaman, Hamdi: Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD’nin Kararı Üzerinde Düşünceler, GÜHFD 2004, C. 3, S. 2, s. 155.

SMK m. 6/1 gereği marka hakkının kapsamını, kural olarak tescil kapsamına giren mal ve hizmetler oluşmaktadır²⁰. *Tekinalp* bu durumu, “*korumanın tescilin yapıldığı mal veya hizmetlerle ve benzeri mal ve hizmetlerle sınırlı olması ilkesi*” şeklinde ifade etmektedir²¹. Bu kuralın istisnasını ise tanınmış markalar²² oluşturmaktadır²³. Koruma, tanınmış marka söz konusu olduğunda SMK m. 6/5’teki şartların da sağlanması halinde, tescil edilmemiş farklı mal ve hizmetler için de geçerli olmaktadır. Tanınmış markalar, SMK m. 7/2’de markanın izinsiz kullanımına karşı korunması, SMK m. 6/4’te nispi tescil engeli, SMK m. 25/1’de ise markanın hükümsüzlük sebebi olarak Kanun kapsamında korunmaya alınmıştır²⁴.

²⁰ Kart, s. 33; Suluk / Karasu / Nal, s. 206; Arslan, İbrahim: Tescilsiz Markaların Korunması, SÜHFD 2008, C. 16, S. 1, s. 31.

²¹ Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2012 s. 429.

²² Tanınmış marka SMK m. 6/4’te düzenlenmiştir. Ancak söz konusu hükümde tanınmış markanın tam olarak bir tanımı yapılmamıştır. Bununla birlikte, tanınmış marka öğretide bazı yazarlar tarafından tanımlanmıştır. Bunlardan *Arkan’a* göre, tanınmış marka reklam gücü yüksek ve kalite sembolü olan bir markanın o markayı taşıyan mal ve hizmetler ilgilenen ya da ilgilenmeyen kişilerin tamamınca bilinen markadır. Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. 1, AÜHFY, Ankara 1997, s. 93. *Tekinalp* ise, tanınmış markayı, bir ülkenin bir veya birkaç yerinde değil, yurt içi ve yurt dışında bilinen Paris sözleşmesine üye devletlerden birinin vatandaşına yahut o ülkelerden birinde yerleşik olan veya ticari veya sınai işletmeye sahip kişilere ait markalar olarak tanımlamıştır. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 411. Dolayısıyla bir markanın tanınmış bir marka olması, onun geniş bir kitle tarafından bilinmesi ve belirli bir değere ulaşmasını ifade etmektedir. Şenocak, Kemal: Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK m.8/IV), BATİDER 2009, C. 25, S. 2, s. 145; Yörem, Yılmaz: Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin Uygulamadaki Sorunlar, DÜHFD, C. 20, S. 33, s. 130. Bir markanın tanınmış marka olduğunun kabulü ise, somut olaya, hal ve şartlara göre belirlenmektedir. Adıgüzel, Burak: Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi), DEÜHFD 2014, C. 15, s. 1024.

²³ Kart, s. 33.

²⁴ Ercan, Tayfun / Teke Akbulut, Nebile: Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, Ankara: Adalet Yayınevi 2020, s. 71; Gürbüz Güngör, Esin: Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Markaların Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Korunması, 16. Ulusal İşletmecilik Kongresi, UİVİİD 2017, Özel Sayı, s. 304.

II. MARKANIN SAĞLADIĞI HAKLAR

A. KAPSAMI

Tescil edilmiş bir markada, marka sahibinin birtakım hak ve yetkileri mevcuttur²⁵. En temelde, marka hakkı sahibinin, markasını, tescil ettirdiği mallar ve hizmetlerde tekel olarak kullanma ve yararlanma hakkı vardır²⁶. Aynı zamanda marka sahibinin, geniş ve münhasır bir tasarruf yetkisi de bulunmaktadır²⁷. SMK m. 148 gereğince marka hakkı sahibi hem sahibi olduğu markayı usulüne uygun surette dilediği gibi kullanma, hem de marka hakkı üzerinde devir, rehin, lisans verme, hacze konu edebilme, teminat olarak gösterme gibi hukuki işlemleri gerçekleştirebilme hak ve yetkisi bulunmaktadır.

SMK m. 7/2’de, markanın tescille birlikte bu Kanun kapsamında koruma altına alındığı ve markanın izinsiz kullanılması durumunda marka sahibinin önleyici yetkilerinin neler olduğu ve bu yetkileri hangi durumlarda kullanacağını belirtilmektedir.

Kanun maddesi ile tescilli marka sahibine haksız kullanımları önleme hakkı tanınarak, onun markayı tekeli kullanma yönündeki menfaatinin korunması amaçlanmıştır²⁸. Marka sahibinin önleyici yetkilerini kullanabileceği durumlar Kanun’da 3 bent halinde sayılmıştır. Bunları SMK m. 7/2’ye göre sıralanacak olunursa,

“a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması.

²⁵ Arkan, C. 1, s. 124; Kaya, Begüm: Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmamasına Bağlı Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 5.

²⁶ Mutlu, Ahmet: Marka Hakkı ve Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 85.

²⁷ Kart, s. 34.

²⁸ Yaman, s. 21.

b) 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.

c) 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.” dır.

SMK m. 7/3’de ise, marka sahibi tarafından markasının üçüncü kişiler tarafından kullanılmasının yasaklanabileceği durumlar belirtilmiştir. Bu hususlar ise söz konusu düzenlemede yedi bent halinde sayılmıştır. Bunlar;

“a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması.

b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi.

c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi.

ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması.

d) İşareti 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 kullanılması.

e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması.

f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması.” dır.

Kanun'da yazılı bu durumlar 2015/2424 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönetmeliği'nin²⁹ 9. maddesi dikkate alınarak örneksene yoluyla sayılmıştır³⁰.

B. SINIRLARI

Marka hakkı sahibinin, markadan doğan haklarıyla ilgili ileri sürebileceği talepler sınırsız değildir. Marka sahibinin yetkileri SMK ile belirlenmiş ve sınırları çizilmiştir. Bu hak ve yetkileri sınırlandıran durumlar; zamanaşımı, sessiz kalma suretiyle hak kaybı, markadan doğan hakkın tüketilmesi ve markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması olmak üzere dört başlıkta incelenecektir.

1. Zamanaşımı

SMK m. 157 gereğince, *“sınai mülkiyet hakkı veya geleneksel ürün adından doğan özel hukuka ilişkin taleplerde, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri uygulanır.”*. SMK'nın bu hükmü gereğince zamanaşımına ilişkin olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³¹ (TBK) hükümlerine gönderme yapılmıştır. Marka hakkının ihlalinden doğan taleplerde zamanaşımı ile ilgili olarak TBK'nın 72. maddesinde düzenlenen haksız fiillere ilişkin hüküm uygulanır³². Zamanaşımı başlığı ve kural alt başlıklı olan TBK m. 72'ye bakıldığında ise ilgili düzenleme, *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın*

²⁹ Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015, *OJ, L* 341, 24.12.2015, s. 21–9, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424&qid=1652268210937>.

³⁰ 1/699 Esas Numaralı Sınai Mülkiyet Kanunu Tasarısının Genel Gerekçesi, TBMM Yasama Dönemi 26, Yasama Yılı 1, Sıra Sayı 341, s. 12. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss341.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.05.2022).

³¹ 6098 sayılı TBK, 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı RG.'de yayımlanmıştır.

³² Çağlar, Hayrettin / Yıldız, Burçak / İmirlioğlu, Dilek: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2021, s. 161.

geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” şeklinde olup zamanaşımı süresi 2 ve 10 yıl olarak belirlenmiştir. Maddenin devamında ise fiilin hukuka aykırı hali dışında bir de cezayı gerektirmesi durumunda ve Türk Ceza Kanunundaki (TCK) zamanaşımının süresinin daha uzun olması halinde uzun olan zamanaşımının uygulanması gerektiği belirtilmiştir³³.

Marka hakkı sahibi, zamanaşımı geçtikten sonra bu talepleri ileri sürerse, karşı tarafın zamanaşımı def'i ile karşılaşılabilir³⁴. Bu itibarla zamanaşımı süreleri ile marka sahibinin marka hakkından doğan hakları sınırlı hale gelmiş olmaktadır³⁵.

2. Sessiz Kalma Suretiyle Hak Kaybı

SMK m. 25/6'da marka sahibinin hükümde yer verilen durumlara belli bir süre sessiz kalması halinde sonrasında bu kullanımı engellemeye ilişkin bir hak iddia etmesinin önüne geçecek bir düzenleme getirilmiştir. SMK m. 25/6 gereğince, “*marka sahibi, sonraki tarihli bir markanın kullanıldığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde bu duruma birbirini izleyen beş yıl boyunca sessiz kalmışsa, sonraki tarihli marka tescili kötüniyetli olmadıkça, markasını hükümsüzlük gerekçesi olarak ileri süremez.*”. Görüleceği üzere marka sahibi, markasının başka bir kişi tarafından kullanılmasına kesintisiz olarak beş yıl boyunca ses çıkarmazsa, artık hükümsüzlük davası açamaz ve bu kullanımı engelleyemez³⁶. Sessiz kalmadan kastedilen hak sahibinin hukukun kendisine

³³ Marka hakkında tecavüz devam ettiği müddetçe, zamanaşımı işlemeyeceğinden, tecavüzün durdurulması talebi için zamanaşımı söz konusu olmayacaktır. Mutlu, s. 107; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 481.

³⁴ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 161.

³⁵ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 161.

³⁶ Köroğlu, Emre: Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden Zamanaşımı, Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı ve Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Cilt I, MÜHFHAD 2016, C. 22, S.3, s. 1896.

tanındığı hukuki çareleri kullanmamasıdır³⁷. Başka bir deyişle sessiz kalma, marka sahibinin, marka hakkının gerçekleşen ihlali karşısında, kendisinden beklenen davranışı göstermeyip, bu ihlale katlanmasıdır³⁸. Yargıtay kararlarında ise sessiz kalma “...öncelik hakkı sahibinin sonraki kullanıma bir süre katlanmış olmasıdır.” şeklinde katlanma kavramını kullanılmaktadır³⁹. Marka sahibi ihlali sona erdirmek için aktif bir davranış göstermesi, ihlale katlanması, sessiz kalması olarak yorumlanmasına ve hukuki sonuçlar doğurmasına yol açmaktadır⁴⁰.

Kanun maddesinde belirtilen beş yıllık süre kesintisiz olmalıdır⁴¹. Kesinti olması halinde, kesintilerin toplamı beş yılı aşsa dahi şart sağlanmamış olacağından marka sahibine karşı hükümsüzlük davasının açılması söz konusu olamaz⁴².

Yargıtay’ın 1969 yılında henüz pozitif hukukta böyle bir düzenleme olmamasına rağmen 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’unun⁴³ (TMK) 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük ilkesine dayanarak SMK m. 25/6 ile uyuşan bir kararı mevcuttur. Karara göre “*Tecavüze sessiz kalan kişinin, sahip olduğu dava açma hakkını yitireceği, marka hakkı sahibinin, uzun süre sessiz kaldıktan sonra tecavüzün önlenmesi talebinin, TMK’nın m. 2*

³⁷ Şahin, Mehmet: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 80; Yanlı, Veliye: İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXI, 9- 10 Aralık 2005, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 2006, s.298.

³⁸ Işık, Egemen: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017, s. 136.

³⁹ Yarg., 11. HD., T. 14.02.2019, E. 2017/1790, K. 2019/1209, <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 22.10.2021).

⁴⁰ Işık, s. 136.

⁴¹ Uçar, Ali: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Mahrumiyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014, s. 45; Şahin, s. 79.

⁴² Şahin, s. 79.

⁴³ 4721 sayılı TMK, 08.12.2001 tarihinde 24607 sayılı RG.’de yayımlanmıştır.

uyarınca himaye görmeyeceği sonucuna varılmıştır.”⁴⁴. Sessiz kalma yoluyla hak kaybı, medeni hukuktaki dürüstlük kuralının ve hak kaybı kavramının özel bir görünümü olup bunun uygulama alanı nispeten daha dardır⁴⁵.

Sessiz kalma sebebiyle hak kaybının iddia edilebilmesi için, marka sahibinin markasının aynısının veya bir benzerinin aynı ya da benzer mal ve/veya hizmetler için tescil ettirildiğinden veya başkaları tarafından kullanıldığından haberdar olması ve bu duruma karşı sessiz kalmış olması gereklidir⁴⁶.

Marka sahibi, markasının üçüncü bir kişi tarafından kullanıldığını yahut tescil edildiği öğrendiği durumda, hükümsüzlük ya da markanın kullanımını men davası açmalıdır⁴⁷.

3. Markadan Doğan Hakkın Tüketilmesi

a. Genel Olarak

Markadan doğan hakkın tükenmesi ilkesine, SMK m. 152’de yer verilmiştir. Buna göre, markayı taşıyan bir malın marka sahibinin izni doğrultusunda piyasaya sunulmasından sonra, markanın dolaşımına ve dağıtımına marka hakkı sahibinin engel

⁴⁴ Mutlu, s. 105; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, (YHGK) T. 19.02.1969, E. 1969/1966, K. 1969/130 <https://www.kazancı.com.tr> (Erişim Tarihi: 11.03.2020).

⁴⁵ Efendioğlu, Ezgi: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 20; Yanlı, s. 294; Yurtoğlu Can, Mücella: Marka Hukukunda Sessiz Kalmak Suretiyle Hak Kaybı, Ankara: Turhan Kitabevi 2016, s. 68.

⁴⁶ Köroğlu, s. 1898; Çolak, Marka, s. 872; Şahin, s. 79; Efendioğlu, s. 37; Uçar, s. 50; Yurtoğlu Can, s. 72. Öğretide bir görüşe göre, markasının başkası tarafından kullanıldığından haberdar olan marka sahibinin hareketsiz kalması durumunda bu halinin ne kadar devam etmesi gerektiği konusunda genel bir kural getirilemez. Bu sürenin somut olaya göre dürüstlük kuralı çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir. Üstelik belirlenecek bu sürenin olaya göre beş yıldan uzun yahut kısa olması da mümkündür. Uzunallı, Marka, s. 242; Efendioğlu, s. 37. Sessiz kalma suretiyle gerçekleşecek olan hak kaybına ilişkin süresinin belirlenmesinde kesin olarak bir süre belirtmenin yanlış olduğunu ve bu sonuç için belirlenecek sürenin mevcut somut olaya göre değerlendirilerek saptanmasının doğru olacağı ifade edilmektedir. Mutlu, s. 106; Arkan, Sabih: Marka Hukuku, C. 2, AÜHFY, Ankara 1997, s. 147; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 425.

⁴⁷ Köroğlu, s. 1896.

olamaması ve itirazda bulunamamasıdır⁴⁸. Marka sahibi, malları piyasaya sunan üçüncü kişilere karşı denetim hakkını öne süremeyecektir⁴⁹. Piyasaya sunma kavramı, malın marka sahibinin onayı ile ticarete ve tedavüle sokulmasıdır⁵⁰.

Hakkın tükenme ilkesine ilk satış doktrini de denilmektedir⁵¹. Bu ilke markalı malın yeni sahiplerinin korunmasını sağlamakla birlikte, serbest ticaretin korunması açısından da önem arz etmektedir⁵².

Marka hakkı sahibi malını bir kez satışa sunmasıyla malın piyasadaki dolaşımı üzerindeki kontrolünü kaybetmektedir⁵³. Tükenen şey, malın ilk satış hakkıdır yoksa marka sahibinin markası üzerindeki hakları (lisans verme, devretme vb.) devam etmektedir⁵⁴. Örneğin, Yeşil Kundura ayakkabı markasının teşebbüsünden ayakkabı satın alan toptancının, bu ayakkabıları perakendecilere, onların da tüketicilere satmasında Yeşil Kundura teşebbüsünden izin almalarına gerek yoktur⁵⁵. Çünkü hak sahibi olan Yeşil Kundura teşebbüsü malın satışına bir kez izin vermesi ile bu malın piyasadaki dolaşımı üzerindeki hâkimiyetini kaybetmiştir.

⁴⁸ Meran, Necati: Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2015, s. 362; Aslan Düzgün, Ülgen: Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi, GÜHFD, 2012, C. 16, S. 3, s. 52.

⁴⁹ Pınar, Hamdi: Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul: Beta Basım Yayın 2000, s. 856.

⁵⁰ Çolak, Marka, s. 609. Sunumun yapıldığı hukuki sebep (satım, kiralama vb.) ve ücret karşılığının olup olmaması önem taşımaz. Malın vitrinde teşhir edilmesi dahi bu anlamda piyasaya sunulması demektir. Arkan, C. 2, s. 135.

⁵¹ Suluk / Karasu / Nal, s. 11.

⁵² Aslan Düzgün, s. 52.

⁵³ Karakurt, Yasemin: Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007, s. 10.

⁵⁴ Kart, s. 34.

⁵⁵ Çolak, Marka, s. 609.

⁵⁵ Karasu / Suluk / Nal, s. 11.

Tükenme ilkesinin geçerli olabilmesi için önem arz eden bir diğer husus da markalı malların Türkiye’de piyasaya sunulmuş olmasıdır⁵⁶. Türkiye’den başka bir yerde piyasaya sunulan markalı mal, Türkiye açısından tüketilmiş olmaz⁵⁷.

Markanın piyasaya sunulması ile tükenmesinin bir istisnası mevcut olup SMK m.152/2’ de bu hususa yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre bir malın marka sahibinin izni doğrultusunda piyasaya sürülmesinden sonra, üçüncü kişilerce değiştirilerek yahut kötüleştirilerek ticari amaçla kullanılması halinde marka hakkı sahibinin bu kullanımı engelleme hakkı bulunmaktadır⁵⁸. Bu durum, markalı malın değiştirilmesi ya da kötüleştirilmesi sonucu ortaya çıkabileceği gibi aynı zamanda markanın bizzat kendisinin değiştirilmesi, kötüleştirilmesi yahut malın ambalajının değiştirilmesi şeklinde de açığa çıkabilir⁵⁹. Yapılan değişikliklerin esaslı olup olmadığı ve tükenmenin istisnası kapsamında sayılıp sayılamayacağı hususu somut olaya göre belirlenir⁶⁰. Örneğin piyasaya sunulan blue jeanların sonradan paçalarının kesilip şort haline getirilip renginin değiştirilmesi, malın özgün niteliğinin değişmesine yol açtığından SMK m. 152/2 kapsamında sayılmıştır⁶¹.

Tükenme ilkesine marka türleri açısından bir sınırlama getirilmiştir. Marka hakkının tüketilmesi ilkesi yalnızca ticaret malları bakımından geçerli olup bunun hizmet markaları açısından uygulama alanı yoktur⁶². Hizmet markalarının tüketilmesi, hizmetin

⁵⁶ Arkan, Sabih: Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 203

⁵⁷ Arkan, Markanın Tüketilmesi, s. 203.

⁵⁸ Eyigün, Ece: Marka Hakkının Sınırları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 65.

⁵⁹ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 167.

⁶⁰ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 163.

⁶¹ Arkan, C. 2, s. 139.

⁶² Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 165; Karakurt, s. 11.

bir kere verildikten sonra sona ermesi ve tedavüle uygun olmaması nedeniyle geçerli değildir⁶³.

Coğrafi alana göre seçilecek sistem ile bu bölge haricinde piyasaya sunulan yahut o bölgede bulunmasına rağmen marka sahibinin henüz piyasaya sürmediği ürünler üzerinde marka hakkının tükenmesi söz konusu değildir⁶⁴. Tükenme ilkesinin uygulama alanı, soyut olarak markalı malların tamamına ilişkin değil, birtakım şartların bir araya gelmesi sonucu piyasaya sunulan markalı malları konu alarak sınırlandırılmıştır⁶⁵.

b. Coğrafi Alana Göre Hakkın Tüketilmesi

aa. Tükenme Türleri

Ticarette Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Antlaşması'nın (TRIPs) Tükenme başlıklı 6. maddesinde; *“Bu anlaşma kapsamında ihtilafların çözümü amacıyla ve yukarıdaki 3 ve 4. maddelerin şartlarına tabi olmak üzere, bu anlaşmada yer alan hiçbir husus, fikri mülkiyet haklarının tükenmesi meselesini ele almak amacıyla kullanılmayacaktır.”* ifadesi bulunmaktadır⁶⁶. Dolaylı olarak tükenme ilkesine değinen bu hükümde anlaşmaya taraf olan ülkelere tükenme türlerinden birini seçme imkânı sunulmuştur⁶⁷. Marka hakkının tükenmesinde, hakkın tükendiği coğrafi alana göre ulusal, bölgesel ve uluslararası tükenme şeklinde üç ayrı sistem kabul edilmektedir⁶⁸. Marka hakkının tükenmesi yalnızca bir ülkenin sınırları için kabul edilmişse ülkesel tükenme, birden fazla ülkenin sınırları için kabul edilmişse bölgesel tükenme, tüm ülkeler için

⁶³ Karakurt, s. 11.

⁶⁴ Ayoğlu, Tolga: Marka Hakkının Tükenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, s. 13.

⁶⁵ Ayoğlu, s. 13.

⁶⁶ Bkz. <https://fikrimulkiyet.com/mevzuat/ticarette-baglantili-fikri-mulkiyet-haklari/>, (Erişim Tarihi: 12.04.2020).

⁶⁷ Eyigün, s. 64.

⁶⁸ Mutlu, s. 102.

kabul edilmişse uluslararası tükenme söz konusudur⁶⁹. Bizim ülkemizde benimsenen tükenme uluslararası tükenmedir.

bb. Ülkemizde Uygulanan Uluslararası Tükenme

Bu sistem, markayı taşıyan bir malın marka sahibinin izniyle piyasaya sürülmesi sonrası, tüm ülkeler açısından marka sahibinin marka üzerindeki hakkının sona erdiği sistemdir⁷⁰. Ayırt edilmeksizin dünyanın herhangi bir ülkesinde bir malın, marka sahibinin izniyle piyasaya sürüldükten sonra, her yerde alımı, satımı, piyasaya sürülmesi, paralel ithalatı ve tekrar ithalatı gibi her türlü tedavülü mümkündür⁷¹. Bu sistemde yalnızca markalı malların piyasaya sürülmesinde marka hakkı sahibinin izninin olup olmadığına bakılır, coğrafi alanına bakılmaz⁷². Dolayısıyla hem uluslararası ticarete en çok destek veren hem de tüketicilerin menfaatlere uygun olan sistem uluslararası tükenme sistemidir⁷³.

Ülkemizde yukarıda ifade edildiği üzere uluslararası tükenme sistemi uygulanmaktadır. SMK m. 152’de markadan doğan hakkın tüketilmesine ilişkin bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, “(1) Sınai mülkiyet hakkı korumasına konu ürünlerin, hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından piyasaya sunulmasından sonra bu ürünlerle ilgili fiiller hakkın kapsamı dışında kalır. (2) Marka sahibi, birinci fıkra hükmü kapsamına giren ürünlerin üçüncü kişiler tarafından değiştirilerek veya kötüleştirilerek ticari amaçlı kullanılmasını önleme hakkına sahiptir.”. Kanun maddesi emredici hukuk

⁶⁹ Kayhan, Fahrettin: Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, FMR 2001, C. 1, S. 1, s.61; Pınar, s. 856.

⁷⁰ Çağlar, Marka, s. 163; Arı, Zekeriya: Marka Hakkının Tüketilmesi, EÜHFD 2015, C. 11, S. 1-2, s. 284.

⁷¹ Çolak, Marka, s. 537; Çağlar, Marka, s. 163.

⁷² Ayoğlu, s. 20; Dalkıran, Mustafa: Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Açısından Marka Hukukunda Hakkın Tüketilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, s. 35.

⁷³ Ayoğlu, s. 19, Çolak, Marka, s. 610.

kuralı niteliğindedir⁷⁴. Nitekim madde hükmünde “*hakkın kapsamı dışında kalır*” ve “*önleme hakkına sahiptir*” denilerek kesin ve emredici bir ifade kullanılmıştır. Tarafların kendi aralarında farklı bir karar alması mümkün değildir⁷⁵.

SMK m. 152 hükmü gereğince markadan doğan hakkın tükenmesi için birtakım şartlar öngörülmüştür. Bunlar, markanın türünün mal markası olması (hizmet markası olmaması), markanın Türkiye’de tescil edilmiş olması, malın dünyada herhangi bir yerde piyasaya sunulmuş olması ve malın hak sahibi veya onun izni ile üçüncü kişiler tarafından sunulmasıdır⁷⁶.

4. Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçerisinde Kullanılması

Çalışmanın konusu olan markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması marka sahibinin markadan doğan hak ve yetkilerinin sınırlarından biridir. Söz konusu husus SMK m. 7/5’te düzenlenmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar çalışmanın devamında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

⁷⁴ Kayhan, s. 67.

⁷⁵ Mülga 556 sayılı KHK m. 13’te de markanın tükenmesine yer verilmiş olup buradaki düzenleme “Türkiye’de piyasaya sunulması” şeklindeydi. Ancak SMK ile “Türkiye” ibaresi çıkartılarak marka sahibinin marka hakkının, malı Türkiye pazarında piyasaya sunmakla tükeneyeceği ifade edilirken; sadece piyasa kavramı kullanıldığından piyasaya sürüldüğü yere ilişkin olarak belli bir yer nitelemesi yapılmamıştır. SMK m. 152 gerekçesinde de bu husus açıkça vurgulanmış olup, “Türkiye” ibaresinin kullanılmamış olmasının sebebi olarak uluslararası tükenme biçiminin kabul edilmesi gösterilmiştir. Bu nedenle markalı mal, Türkiye dışında piyasaya sürüldüğünde, marka sahibinin bu mal üzerindeki marka hakkı tükenmiş olacaktır. Yakın, Emir: Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 118; Özer, Fatma: Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?, Ankara: Seçkin Yayınevi 2017, s. 25; SMK Tasarısının Genel Gerekçesi, s. 67.

⁷⁶ Yakın, s. 122.

III. MARKANIN KULLANILMASI

A. KULLANMA KAVRAMI VE KAPSAMI

Bir teşebbüse ait mal ve hizmetlerin diğer teşebbüslerdeki aynı veya benzer mal ve hizmetlerden ayırt edilebilmesi için ticari olarak piyasaya sürülmesine markanın kullanılması denir⁷⁷. Bu kullanıma ise markasal kullanım adı verilmektedir⁷⁸. Markasal kullanımda markanın kapsadığı mal ve hizmetin niteliğine uygun şekilde piyasada kullanılması gerekmektedir⁷⁹. Markasal kullanıma ilişkin bir diğer tanım, bir markanın, piyasaya sunulan malların veya ambalajların üzerine basılması veya bir hizmet markasının, hizmetlerin sunulmasında kullanılmasıdır⁸⁰. Marka olmayı sağlayan unsur, işaretin niteliğine bağlı olmayıp, ayırt edici fonksiyona sahip olmasıyla ilgilidir⁸¹. Avrupa Topluluğunun 20 Aralık 1993 tarihli ve 40/94 sayılı “Topluluk Markası Hakkında Konsey Tarafından Çıkarılan Topluluk Tüzüğü’nün 4. maddesinde *“bir teşebbüsün mal ya da hizmetlerini öteki teşebbüslerden ayırt edici olmak şartıyla ... ürünlerin ve ambalajlarının biçimlenmesi markası oluşturabileceği”* ifade edilmiştir⁸².

Markanın kullanılmasından kasıt, markanın hitap ettiği çevredeki kişilerin zihinlerindeki marka (işaret) ile tescil belgesinde yazılı olan markanın örtüşmesidir⁸³. Bir

⁷⁷ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 459; Özkök, Başak: Tanınmış Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle Kısmen İptali, Ankara: Seçkin Yayınevi 2015, s. 97; Bayram, Muhammed Enes: Marka Hukukunda Kullanılmama Savunması, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2021, s. 48.

⁷⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 459; Özkök, s. 97.

⁷⁹ Karaca, Osman Umut: Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanılmamanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Ankara: Lykeion Yayınevi 2018, s. 35.

⁸⁰ Özdamar Doğan, Emine: Markanın Kullanılmaması Sebebiyle Hükümsüzlüğü, TBBD 2014, C. 27, S. 114, s. 208.

⁸¹ Meran, s. 330; Öztürk, Ezgi: Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük, LfVSHD 2009, C. 5, S. 20, s. 778.

⁸² Bu konuda bkz. Meran, s. 330; Öztürk, s. 778.

⁸³ Arkan, C. 2, s. 146; Özarmağan, s. 29.

başka deyişle markanın hedeflediği çevre tarafından, tescil edilen mal veya hizmetin ayırt edilmesini sağlaması önem arz etmektedir⁸⁴.

Markanın tescil edildiği mal veya hizmetle, kullanımı arasında bir bağıllık olmaması durumunda Kanun'a uygun bir kullanımdan bahsedilemez⁸⁵. Ancak bu durumlarda markanın tescil edildiği mal veya hizmetle bağlantı kurulabilecek şekilde kataloglarda, reklamlarda ve işletmenin evrakında kullanılması halinde kullanım şartının gerçekleştiği kabul edilmektedir⁸⁶.

Aynı zamanda bir marka ortalama seviyede dikkate sahip bir kişinin markanın belirli bir teşebbüsteki mal ve hizmetlerin benzer diğer teşebbüslerdeki mal ve hizmetlerden ayırt edebileceği biçimde kullanılmalıdır⁸⁷.

Kural olarak, tescilli olan mal ve hizmetlerin, tescil belgesindeki yazılı şekle ve görsele uygun şekilde markanın kullanılması, piyasada ayırt edilmesi ve tanınması gerekmektedir⁸⁸. Kullanma kavramı, aktif bir biçimde, markanın tescil edildiği mal ve hizmetlere özgü, tescil amacına yönelik, sürekli ve ciddi kullanımı ifade etmektedir⁸⁹. Ciddi kullanım ile kastedilen, marka sahibinden beklendiği şekilde, şüphe yaratmayacak şekilde, düzenli, sürekli, hukuka uygun bir kullanımdır⁹⁰. Bir başka deyişle ciddi kullanım, markanın ayırt etme, reklam, garanti ve kaynak gösterme fonksiyonuna uygun olacak şekilde piyasada veya piyasayı etkileyen mecralarda kullanılmasıdır⁹¹. Kanun

⁸⁴ Türk Patent ve Marka Kurumu: Kullanım İspatı Kılavuzu, Ankara 2017, s. 14.

⁸⁵ Arkan, C. 2, s. 146.

⁸⁶ Türk Patent, s. 15.

⁸⁷ Bayram, s. 65; Öztürk, s. 786-787.

⁸⁸ Tamer, Elanur: Marka Hukukunda Kullanım İspatı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021, s. 91; Özkök, s. 104.

⁸⁹ Oral, Sıla, Markayı Kullanma Yükümlülüğü, LfVSHD 2008, C. 4, S. 16, s. 849; Özdamar Doğan, s. 205; Öztürk Akkartal, Hanife: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Buna Bağlı Hukuki Sonuçlar, İKÜHFD 2019, C. 18, S. 1, s. 18.

⁹⁰ Türk Patent, s. 15.

⁹¹ Karaca, s. 45.

koyucu sembolik şekilde kullanımlarla marka hakkının haksız biçimde devamını ve rekabet açısından işletmelerin hareketlerini kısıtlayıcı tavırları engellemek istemiştir⁹².

SMK m. 9/2' de markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanımının da markanın kullanılması kapsamında kabul edilebileceğini belirtmiştir⁹³. Ancak bu husus istisnai bir durum olup, kural, markanın tescil edildiği şekilde kullanılmasıdır⁹⁴. Aynı zamanda bu hüküm ile markanın ayırt edici karakterinin markanın tescil edildiği mal ve hizmetlerde kullanılmasının önemi de vurgulanmaktadır⁹⁵.

Kullanım fiziki açıdan incelendiğinde; ticaret mallarında markanın mal ve ambalaj üzerinde olması gerekmektedir⁹⁶. Hizmet markalarında ise ticari belgelerde, iş evrak ve faturalar, servis aracı ya da hizmet sunan çalışanların iş kıyafetlerinin üzerinde markanın bulunması halinde bir kullanımdan bahsedilebilir⁹⁷.

B. KULLANMA SAYILAN FİİLLER

Markanın kullanılmasının nasıl olması gerektiği SMK m. 9/1'de açıklanmıştır. SMK m. 9/2'de ise markanın kullanılması olarak kabul edilebilecek durumlar iki madde halinde sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılması ve markanın sadece ihracat amacıyla mal veya

⁹² Türk Patent, s. 15.

⁹³ Özkök, s. 104; Çağlar, Hayrettin: Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması, FMR 2007, C. 7, S. 2, s.12; Özarmağan, Müge, Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2008, s. 209.

⁹⁴ Güneş, İlhami: Kullanılmayan Markanın İptali Sorunu, FMR 2015, C. 1, S.1, s. 45; Özkök, s. 104; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması, s.12; Özarmağan, s. 209.

⁹⁵ Özarmağan, s. 29.

⁹⁶ Özkök, s. 104; Öztürk, s. 787.

⁹⁷ Özkök, s. 105; Öztürk, s. 787. markanın kitap, ansiklopedi, sözlük gibi eserlerde ya da bir resmi evrakta (örneğin marka tecavüzüne ilişkin ihtar çekilmesi) bulunmasını kullanımdan saymamıştır. İşletme evrakları hususunda ise, ancak malın niteliği gereği marka ile arasında bir fiili bağlantı kurulamaması ve ticari hayatta bulunamaması sonucu aralarında bir düşünsel bağlantının işletme evrakı ile kurulduğundan bahisle kullanımdan saymaktadır. Ancak kullanım sayılmasına bir şart olarak bu işletme evraklarının piyasaya sürülmesi gerektiğini belirtmiştir. Bir dergi kapağının ise bu duruma bir örnek olmayacağını da eklemiştir. Öztürk, s. 787.

ambalajlarında kullanılmasıdır. Bir de SMK m.9/3’de markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması olmak üzere kullanma sayılan haller belirtilmiştir.

Mülga 556 sayılı KHK m.14’te⁹⁸ ise SMK kapsamındaki kullanma sayılan eylemlerden farklı olarak bir eyleme daha yer verilmişti. Bu eylem ise “markayı taşıyan malın ithalatı”dır. Bu eyleme yeni düzenlenen SMK’da yer verilmemesinin birçok sebebi bulunduğu ifade edilmektedir. SMK m. 9’un gerekçesinde maddenin 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün m. 15, 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifinin m. 16 ile uyumlu olduğu belirtilmektedir⁹⁹. Söz konusu Tüzük ve Direktif’te ise markayı taşıyan malın ithalatı kullanma sayılan eylemler arasında sayılmamıştır¹⁰⁰.

⁹⁸ Mülga 556 Sayılı KHK m. 14 Anayasa Mahkemesi’nin T. 14/12/2016, E. 2016/148, K. 2016/189 sayılı Kararı, R.G. 06.01.2017 T., 29940 S. ile iptal edilmiştir. Madde içeriği ise; “Markanın, tescil tarihinden itibaren beş yıl içinde, haklı bir neden olmadan kullanılmaması veya bu kullanıma beş yıllık bir süre için kesintisiz ara verilmesi halinde, marka iptal edilir. Aşağıda belirtilen durumlar markayı kullanma kabul edilir: a) Tescilli markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden markanın farklı unsurlarla kullanılması, b) Markanın yalnız ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarında kullanılması, c) Markanın, marka sahibinin izni ile kullanılması, d) Markayı taşıyan malın ithalatı.” şeklindedir. Maddenin iptal gerekçesi ise, 14. maddenin marka hakkını düzenlediği, marka hakkının bir mülkiyet hakkı olduğu, mülkiyet hakkının Kanun Hükmünde Kararnameler ile düzenlenemeyeceği, bu bağlamda anılan hükmün Anayasa’ya aykırı olmasıdır. <https://iprgezgini.org/2017/01/06/556-sayili-khk-nin-14-maddesi-de-anayasa-mahkemesi-tarafindan-iptal-edildi-karar-ve-kisa-degerlendirme/>, (Erişim Tarihi: 28.01.2022).

⁹⁹ SMK Tasarısının Genel Gerekçesi, s. 13.

¹⁰⁰ “Markayı taşıyan malın ithalatı” hükmünün getiriliş nedeni tam olarak anlaşılmamakla birlikte hükmün amacının Türkiye’de tescil edilmiş olan yabancı marka mallarının Türkiye’ye ithal edilmesi durumunda, bu mallar piyasaya sunulmasa dahi, markanın kullanılmaya başlanmış sayılması olabileceği görüşü ileri sürülmektedir. Bu görüşte malın ithal edildikten sonra piyasaya sunulmayıp, sunulmak üzere hazırlık hareketlerinin bulunmasının markanın kullanımı sayılacağı savunulmaktadır. Ancak bu durumun kullanımdan sayılması için, hazırlık hareketlerinin gerçek olması gerekmekte olup hazırlık kapsamında yapılan ilanların, reklamların sıklığı ve sayısı gözetilerek gerçek olup olmadığına karar verilmektedir. Yurtdışında üretilen malların bu nedene dayanılarak kullanılmadığının kabulünü engellemek amacıyla bu hükme yer verildiği savunulmaktadır. Markayı taşıyan malın ithalatı’nın Kanun’da yer almasını eleştiren bir görüş, markayı taşıyan malların üretim yerinin önemli olmadığını, zaten bu hüküm olmasa da markayı taşıyan bir malın Türkiye’ye ithali halinde markanın kullanılmakta olacağının kabulü gerektiğini savunmaktadır. Aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş ise, markanın kullanıldığı malın Türkiye’de üretiminin şart olmadığı önemli olanın bu malın ithal edilip dağıtımının yapılması, piyasaya sürülmesi ve satılması olduğunu, bu durumda gerçek bir kullanımdan bahsedilebileceğini belirtmektedir. Markanın kullanılmış

SMK kapsamında kullanma sayılan eylemlerin tamamı ve kapsamı aşağıda ayrı ayrı açıklanacaktır.

1. Ayırt Edici Karakteri Değiştirilmeden Farklı Unsurlarla Kullanılması

Markanın kullanımında esas olan markanın tescil edildiği biçimde kullanılmasıdır¹⁰¹. SMK m.9/2’de markanın kullanılması olarak kabul edilebilecek durumlar arasında a bendinde sayılan sınırlı hallerden biri de markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanılmasıdır.

Markanın ayırt edici karakterinin değiştirilmeden kullanılması hususuna bir tanımda şöyle yer verilmiştir: Markanın asli ve ayırt edici unsurunda, önemli olmayan eklemeler, şekiller yapılması ya da eksiklikler içermesi, söz konusu unsurun farklı renkte yahut boyutta olması, bir motifin değiştirilmesi kullanma sayılmaktadır¹⁰². Belirtmek gerekir ki, markanın ayırt edici karakteri değişmeden farklı unsurlarla kullanımı somut olaya göre değişkenlik göstermektedir. Önemli olan husus tüketicilerin markanın yeni kullanımını ayırt etmeleri ve aynı marka olduğunu anlayabilmeleridir¹⁰³. Örneğin, “Starbucks” markasının ambleminde yer alan ayırt edici özelliği yeşil zemin üzerine beyaz olarak çizilen kuyruğunu eline alan deniz kızı figürüdür. Yıllar içinde bu ambleme değişiklikler yapılmasına karşın ayırt edici özelliği korunduğundan, müşteri çevresi amblemi görünce markayı kolaylıkla tanıyabilmektedir¹⁰⁴.

sayılması için somut olayın özellikleri değerlendirilerek kullanımın ciddi olup olmadığının saptanması gerekmektedir. Arkan C. 2, s. 152-153; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 245, 483; Özkök, s. 143; Çolak, Marka, s. 961; Menteşe, Mehtap: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Markanın İptali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2019, s. 74; Coşgun, s. 73.

¹⁰¹ Arkan, C. 2, s. 150; Çolak, Marka, s. 961; Türk Patent, s. 15.

¹⁰² Bozgeyik, Hayri: Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, Ankara: Turhan Kitapevi 2010, s. 469; Özkök, s. 134; Türk Patent, s. 16; Tamer, s. 91.

¹⁰³ Türk Patent, s. 16; Gül Özmen, Tuğçe Didem: Markanın İptali, THD 2022, S.186, s. 88.

¹⁰⁴ Gül Özmen, s. 88.



Asli unsurların bölünerek bir kısmının tali unsurlarla birlikte kullanılması durumunda bu kullanımın markanın kullanılması olarak sayılıp sayılamayacağı ile ilgili bir Yargıtay kararına yansıyan olaya göre¹⁰⁵, markanın tescil edildiği şekil “Saray Penguen” olmasına karşın marka sahibi, markasını faturalarda, reklamlarda, ürün ambalajlarında ve mahkemeye sunulan birtakım belgelerde “Penguen Meyveli Kek”, “Meyveli Kek Penguen” biçimlerde kullanmıştır. Bu durumda Yargıtay, esas markanın tescil adı olan “Saray” ibaresinin kullanılmaması nedeniyle marka sahibince yapılan kullanımların markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden farklı unsurlarla kullanımı sayılmayacağını belirtmiştir. Söz konusu kararda, Yargıtay somut olayda markanın ayırt edici karakterini değiştirmeden farklı unsurlarla kullanılması durumunun söz konusu olmadığı ifade ederek uyumsuzluğa ilişkin görüşünü net bir biçimde belirtmiştir.

Söz konusu hükmün getirilmesindeki amaçlardan biri marka sahiplerinin markasını modernize etmesi ve güncel ihtiyaçlara göre değiştirerek gereksinimleri karşılamasına imkân tanınmasıdır¹⁰⁶. Aynı zamanda marka sahipleri gelecek zamanlarda

¹⁰⁵ Yarg., 11. HD., T. 07.05.2013, E. 2011/6823, K. 2013/9240, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 01.05.2022).

¹⁰⁶ Özkök, s. 135; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 251; Sert, s. 64-65; Özarmağan, s. 54.

markalarını çeşitli biçimlerde kullanarak rakiplerinin benzer markaları tescil ettirmesinin önüne geçebilmektedirler¹⁰⁷.

Markanın ayırt edici karakterinin değişmeden kullanılması, hitap ettiği çevrede farklı kullanımın o markaya ait olduğunun algılanabilmesine bağlıdır¹⁰⁸. Başka bir deyişle yeni kullanımın o markaya ait olduğunun ortalama bir tüketici tarafından anlaşılabilmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Ayırt edici karakter değiştirilmeden markada değişiklik yapılması halinde tüketici kitle ve markanın kullanıldığı ticari sektör birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin tescilli bir sigara markasına “Long” ibaresinin eklenmesi sigara tüketicileri tarafından sigaranın uzunluğunu belirttiği, rahatlıkla anlaşıldığından markanın ayırt edici karakterini zedelememektedir¹¹⁰. Aynı şekilde tescilli bir kahve markasına “Decaf” ibaresinin eklenmesi kahvenin kafeinsiz olduğu kahve tüketicileri tarafından kolaylıkla anlaşılabilirdiğinden yine markanın ayırt edici karakterinin zedelenmediği sonucu çıkarılabilmektedir.

Farklı unsurlarla kullanıma ilişkin örnek olarak “Jeanette” tescilli markası “Jeannette” şeklinde kullanıldığında¹¹¹, “Ainhua” tescilli markası “Ainhua B10” ya da “Ainhua Spa World” ya da “Ainhua Chocolate” şeklinde kullanıldığında¹¹² aynı markaya ait olduğu anlaşılabilir. Bir diğer örnek ise, Oyak Bank’ın logosundaki dairenin kırmızı dışında başka bir renkte kullanılması halinde de aynı markaya ait kullanım olduğu

¹⁰⁷ Özkök, s. 135; Yasaman, Hamdi / Ayoğlu, Tolga/ Yusufoglu Bilgin, Fülürya/ Memiş Kartal, Pınar / Yüksel, Sinan / Yasaman, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt II, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021, s. 2027.

¹⁰⁸ Arkan, C. 2, s. 150; Özkök, s. 135; Arkan, Sabih: Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Türk Patent Enstitüsü, Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, Ankara 1998, s. 293; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması s. 13-14; Oral s. 853.

¹⁰⁹ Alhas / Denekoğlu s. 26; Özkök, s. 135; Çolak, Marka, s. 899; Tamer, s. 91.

¹¹⁰ Tamer, s. 92.

¹¹¹ Özkök, s. 135; Arkan, C. 2, s. 150.

¹¹² Türk Patent, s. 17.

anlaşılabilir¹¹³. Bir başka örnek ise, “Marley Coffee” tescilli markasının “Marley Coffee One Love” şeklinde kullanılması ya da aşağıdaki görselde olduğu gibi bir şekil unsuru eklenmesi halinde kullanım olarak kabul edilebilecektir¹¹⁴.



Rengi, şekli, kelimeleri değiştirilerek kullanılan markaların tüketici bakımından yeni bir marka olarak algılanması durumunda markanın kullanılmadığı sonucuna ulaşılabilir¹¹⁵. Markanın kullanımında ticari alandaki uygulamalar önem taşımaktadır. Örneğin, sigara markalarında bir sözcük ve şekil unsuru yer almaktadır. Tüketiciler tarafından sigara alımlarında ambalajda bulunan sözcük dikkate alındığından kullanım sayılabilmesi için bu sözcüğün kullanılması yeterli kabul edilmektedir¹¹⁶. Bir diğer örnek ise, “Captain” tescilli markasının “Captain Birds Eye” olarak kullanılması, “YILDIZ” tescilli markasının “AYYILDIZ” olarak kullanılması, “TONY HAWK” tescilli markasının “HAWK” olarak kullanılması, markanın kullanılması olarak kabul edilmemektedir¹¹⁷.

Bitişik biçimde iki sözcükten oluşan bir markanın sözcüklerinden birinin kullanımı da hitap ettiği çevrede ayrı bir marka izlenimi yaratmadığı sürece markanın

¹¹³ Özkök, s. 135; Karan, Hakan/ Kılıç, Mehmet: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara: Turhan Kitapevi 2004, s. 317.

¹¹⁴ Türk Patent, s. 18.

¹¹⁵ Bozgeyik, s. 469; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması s. 14; Sert, s. 65.

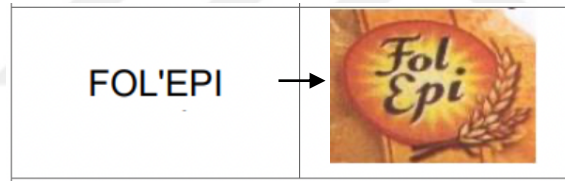
¹¹⁶ Dirikkan, s.251-252.

¹¹⁷ Türk Patent, s. 24.

kullanımı sayılmaktadır¹¹⁸. Örneğin, “GarantiBank” tescilli markasının “Garanti” şeklinde kullanımı, “evaGROUP” tescilli markasının “EVA” şeklindeki kullanımı markanın kullanımı olarak kabul edilmektedir¹¹⁹.



Markadaki sözcüklerin aralarında bulunan tire, kesme işareti, nokta, virgül gibi noktalama işaretlerinin çıkarılması yahut küçük harfle tescil edilen markanın büyük harfle kullanımı veya tersi markanın ayırt edici karakterini değiştirmeyecektir¹²⁰. Yine tescil edildiği şekilden farklı yazı karakteri ile kullanımda markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden kullanım sayılmaktadır¹²¹. Örneğin; “FOL’EPI” tescilli markasının farklı bir yazı tipi ve küçük harflerle kullanımı, markanın kullanılması olarak kabul edilmektedir¹²².



Bir markaya ait ürünün yaş grupları için ayrı renklerde ya da genç, çocuk, yetişkin gibi adlandırılmalar yapılması ve bu şekilde satışa sunulması bu kapsamda olup markanın ayırt edici karakteri değiştirilmeden kullanım sayılmaktadır¹²³. Bir diğer örnek ise farklı

¹¹⁸ Özkök, s. 135; Dirikkan, s. 252; Sert, s. 66.

¹¹⁹ Türk Patent, s. 20.

¹²⁰ Tamer, s. 92; Özkök, s. 136; Arkan, C. 2, s. 150-151; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması, s. 15-17; Çolak, Marka, s. 962.

¹²¹ Özkök, s. 136; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması, s. 17; “Örneğin, “Times New Roman” yazı tipi ile tescil edilen bir markanın “Calibri” yazı tipiyle kullanılması”; naklen, Özarmağan, s. 55.

¹²² Türk Patent, s. 22.

¹²³ Özkök, s. 137;

mevsimler için bahar, yaz gibi adlandırılmalar veya mevsimi anlatan renkler kullanılması aynı doğrultudadır¹²⁴.

Sözcük ve resimle birlikte oluşan markalarda, resmin marka için sıradan ve basit bir şekilden ibaret olması durumunda şeklin çıkarılarak sadece sözcüğün kullanılması markanın ayırt edici karakterini etkilemez¹²⁵. Örneğin Selin marka limon kolonyasında limon desenin kullanılmaması markanın ayırt edici karakterini etkilememektedir¹²⁶. Ancak sadece şekilden oluşan bir markada bu şekil yerine o şekli anlatan bir sözcüğün kullanılması markanın ayırt edici karakterini etkiler ve kullanımdan sayılmaz¹²⁷. Aynı şekilde sadece sözcükten oluşan bir markada sözcüğün çıkarılarak o sözcüğü anlatan şeklin kullanımı da ayırt edici karakteri etkileyen değişiklik anlamına gelmektedir¹²⁸.

Markanın ayırt edici karakterinin değiştirecek biçimde farklı unsurlarla kullanımında somut olay değerlendirilirken haklı sebeplerin varlığı da gözetilmelidir¹²⁹.

¹²⁴ Özkök, s. 137;

¹²⁵ Özkök, s. 137; Arkan, C. 2, s. 151; Oral s. 853; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 2, s. 2028.

¹²⁶ Özarmağan, s. 54-55.

¹²⁷ Özkök, s. 137; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 253; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması, s. 18.

¹²⁸ Özkök, s. 137; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması, s. 18. Markanın renkli yahut renksiz kullanılmasıyla ilgili olarak ise, renksiz olarak tescil edilen bir markanın renkli kullanılmasında kullanım sonucunu değiştirmeyeceği belirtilmektedir. Ancak bu durumun tam tersinin başka bir deyişle, renkli tescil edilen bir markanın renksiz kullanımının kullanımdan sayılmayacağı kural olarak tescil edildiği hali olan renkli kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Özkök, s. 138; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 252. Bu husustaki bir diğer görüş ise markanın kullanım yerine göre değişkenlik gösterebildiğini belirtmektedir. Örneğin renkli tescil edilen bir markanın işletmeye ait evraklarda ya da renkli olmayan bir gazete yahut dergideki kullanımda renkli olmamasının bir problem arz etmeyeceğini savunmaktadır. Ancak ürünün ambalajlarında, reklamlarında, tanıtımlarında tescil edildiği şekil olan renkli biçimde kullanımının gerektiği, renksiz, farklı renkte veya farklı tonlarda kullanımının uygun olmayacağı belirtilmiştir. Özkök, s. 138; Çağlar, Farklı Şekilde Kullanılması, s. 21. Aksi görüşe göre ise, markanın tescil edildiği renkten başka renkte veya tonlarda olan kullanımının yahut renksiz kullanımının sorun teşkil etmeyeceğini çünkü bu tarz değişikliklerin markayı daha cazip hale getirmeyi amaçladığını savunmaktadır. Özarmağan, s. 565; “Örneğin gıda ürünlerinde çocuklara özel markanın farklı renklerde kullanımı”; naklen, Özkök, s. 138.

¹²⁹ Özkök, s. 139; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 254; Sert, s. 67.

Haklı bir sebep olmadan söz konusu şekilde bir kullanım olması durumunda markanın kullanılması sayılan hallerden sayılamayacaktır¹³⁰.

2. Markanın Sadece İhracat Amacıyla Mal ya da Ambalajlarda Kullanılması

SMK m.9/2’de markanın kullanılması olarak kabul edilebilecek durumlar arasında b bendinde sayılan sınırlı hallerden biri markanın sadece ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarda kullanılmasıdır.

SMK m. 9/1 gereğince kural markanın Türkiye’de kullanılmasıdır¹³¹. Ancak Türkiye’de üretilen bazı malların hitap ettiği tüketici kitlesi ülke sınırları içerisinde bulunmamaktadır¹³². Söz konusu mallar yurtdışına ihraç edilmekte olup, hitap ettiği çevre tamamen yurtdışındadır¹³³. Bu durumda marka sahibi markasını dış pazarda, sadece mal ve ambalajda kullanması halinde gerçek bir kullanımdan bahsedilebilmektedir¹³⁴. Başka bir deyişle bu markalar ihracat ile kullanmakta olup, markanın reklamı, ilanı gibi tanıtımlarla marka kullanılmamaktadır¹³⁵. Hükmün getiriliş amacı, markanın Türkiye dışındaki ülkelerde kullanılması ve tanıtımının yapılmasıdır¹³⁶.

Marka SMK m. 9/2-b ile birlikte belirli bir amaca yönelik olarak ciddi biçimde kullanılmalıdır¹³⁷. Bu durumun hukuken kullanım sayılması için markanın kullanıldığı malın yabancı ülkeye götürülmesi, taşıyıcıya teslim edilmesi, ülke içerisinde dağıtım

¹³⁰ Sert, s. 67; Özkök, s. 139; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 254.

¹³¹ Tamer, s. 100.

¹³² Tamer, s. 100; Özkök, s. 139.

¹³³ Özkök, s. 139.

¹³⁴ Sert, s. 69; Özkök, s. 139; Oral, s. 854; Özarmağan, s. 57.

¹³⁵ Özarmağan, s. 57; Özkök, s. 139; Sert, s. 69; Oral, s. 854.

¹³⁶ Tamer, s. 101.

¹³⁷ Oral, s. 854; Özkök, s. 139; Sert, s. 69; Özarmağan, s. 57.

yapılması gibi şartlar bulunmamaktadır¹³⁸. Markanın ihraç edilecek mallarda bulunması, markanın kullanılmış sayılması yeterli görülmüştür¹³⁹.

Markanın SMK m.9/2-b kapsamında kullanılmış sayılması için, ihraç edilen markanın mallarının sayısının ciddi olması, nitelik ve nicelik olarak yeterli sayılması önemlidir¹⁴⁰.

Markanın sadece ihracat amacıyla mal ya da ambalajlarda kullanılmasına ilişkin tartışılan nokta ise, markanın kullanılmasına ilişkin işlemlerin, malın henüz Türkiye sınırlarından çıkmadan önce yapılmasının gerekli olup olmadığıdır¹⁴¹.

Birtakım yazarlar¹⁴² bu işlemin mal Türkiye sınırlarından çıkmadan yapılmasının zorunlu olduğu görüşündedir. *Türk Patent*'e göre, markanın mal veya ambalaj üzerine Türkiye'de konulması halinde ihraç edilen mallar üzerinde marka için kullanımın varlığı kabul edilmektedir¹⁴³. Aynı görüşteki *Alhas / Dernekoğlu*'na göre ise, ihracatta kullanılan markayı taşıyan mal veya ambalaj üzerine markanın Türkiye'de koyulması gerekmektedir, aksi durumda, söz konusu mallar Türkiye'den markasız olarak ayrılacak ve bu durumda markanın kullanıldığının ispatı zor olacaktır¹⁴⁴. Örneğin, bir Türk şirketinin markasını taşıyan mallarını Türkiye'de değil de Amerika'da (ABD) markalayarak ABD'ye ihraç etmesi halinde markanın kullanımı gerçekleşmemiş olacaktır¹⁴⁵. Ancak bu hususta bir istisna olarak markayı taşıyan etiketlerin kolaylıkla birleştirilebilecek durumda olması ancak birleştirilmeden Türkiye sınırlarından

¹³⁸ Arkan, C. 2, s. 151-152; Özkök, s. 140; Dirikkan, s. 255.

¹³⁹ Özkök, s. 140.

¹⁴⁰ Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 256; Özkök, s. 141; Sert, s. 70; Özarmağan s. 5.

¹⁴¹ Özkök, s. 140.

¹⁴² Çolak, Marka, s. 968; Alhas / Dernekoğlu, s. 27.

¹⁴³ Türk Patent, s. 30.

¹⁴⁴ Alhas / Dernekoğlu, s. 27.

¹⁴⁵ Özkök, s. 140.

ıkarılmasının SMK m. 9/2 b bendi gereğince kullanma kabul edileceği görüşü mevcuttur¹⁴⁶.

Birtakım yazarlar¹⁴⁷ ise, markalama işleminin ülke sınırları dışında yapılmasının bir önemi olmadığı görüşünü savunmakta ve bu halin yine kullanma sayılabileceğini kabul etmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlar, SMK m. 9/2 b bendinin getiriliş amacının markanın hitap ettiği vrenin yurt dışında olmasından dolayı marka sahibine hakkın devamı için kolaylık sağladığını dřunmaktadırlar¹⁴⁸. Bu doğrultuda marka sahipleri maliyet ve iş gücü açısından daha uygun bulduğu için markaya ait malları yurt dışında retebilmektedir¹⁴⁹. Bu sebeple Türkiye’de markalama zorunluluğunun bu hükmün amacına ters düştüğünü ve bu hükmü baltaladığı ileri srlmektedir¹⁵⁰. Aynı görüşte olan bir başka yazar ise, hükmün getirilmesinin sebebinin markanın kullanılmasını arttırmak olduğunu, ülke ekonomisi ya da diğer gerekçeler ileri sürülerek markalamanın Türkiye’de yapılması zorunluluğunun kabul edilmesinin ise amaca aykırı olduğunu ifade etmektedir¹⁵¹. rnlerin yurt dışında üretilip orada markalanması kullanım sayılması için yeterlidir¹⁵². Aynı görüşteki bir diğer yazar ise, yurtiçinde markalama şartının herhangi bir hukuki yararının olmadığı, hükmün lafzında ya da yorumundan bu sonucun çıkarılması mümkün olmadığından uygulanmasının da hukuka aykırı olacağını savunmaktadır¹⁵³. Burada önemli olanın ihracat anında markanın mal ya da ambalaj üzerine kullanılması olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁴.

¹⁴⁶ olak, Marka, s. 968.

¹⁴⁷ Sert, s. 70; Özarmağan, s. 58-59; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusuflu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 2, s. 2031-2032; Gül zmen, s. 88; Tamer, s. 101.

¹⁴⁸ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusuflu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 2, s. 2032.

¹⁴⁹ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusuflu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 2, s. 2032.

¹⁵⁰ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusuflu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 2, s. 2032.

¹⁵¹ Sert, s. 70.

¹⁵² Sert, s. 70.

¹⁵³ Özarmağan, s. 58-59.

¹⁵⁴ Özarmağan, s. 58-59.

3. Markanın Marka Sahibinin İzni ile Kullanılması

Yukarıda da ifade edildiği üzere, markanın kullanımında esas olan markanın tescil edildiği şekilde ve marka sahibi tarafından kullanılmasıdır. Ancak Kanun'da markanın marka sahibi dışında başka biri tarafından kullanılması halinde de kullanımdan sayılabileceği ilişkin bir hüküm düzenlemiştir. Buna göre, SMK m. 9/3'te markanın, marka sahibinin iznine dayanılarak üçüncü bir kişi tarafından kullanılması, onun bizzat marka sahibi tarafından kullanılması gibi görülmektedir.

Markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması için marka sahibi ile üçüncü kişi arasında geçerli bir hukuki ilişkinin bulunması gerekmektedir. Söz konusu hukuki ilişki lisans, alt lisans, intifa hakkı tanınması, franchising vb. diğer sözleşmeler ile kurulabilmektedir. Markanın, sahibi tarafından kullanılması, markanın kullanılması için zorunlu değildir¹⁵⁵. Markanın doğrudan üçüncü kişinin kullanımına izin verilerek üçüncü kişi tarafından kullanılması halinde de markanın kullanımının varlığı kabul edilmektedir¹⁵⁶. Önemli olan husus üçüncü kişinin markayı SMK m. 9'a uygun biçimde kullanmasıdır.

Marka kullanım izninin, markanın üçüncü kişi tarafından kullanılmaya başlanmasından önce verilmesi gerekmektedir¹⁵⁷. Üçüncü kişinin kullanımından sonra marka sahibi tarafından kullanıma ilişkin verilen icazet kabul edilmemektedir¹⁵⁸. Kanun maddesinde kullanılan "izin" kelimesine ilişkin farklı anlamlar ortaya çıkmaktadır. *Tamer ve Dirikkan'a* göre, TRIPS m. 19 hükmünden hareketle burada marka sahibinin izninden anlaşılması gereken marka sahibinin bilgisi ve kontrolünde gerçekleşen bir

¹⁵⁵ Tamer, s. 103.

¹⁵⁶ Tamer, s. 103.

¹⁵⁷ Türk Patent, s. 13; Tamer, s. 104; Arkan, C. 2, s. 152; Sert, s. 72; Oral, s. 855.

¹⁵⁸ Arkan, C. 2, s. 152; Türk Patent, s. 13; Tamer, s. 104.

kullanımdır¹⁵⁹. Yazar bu durumu bir örnekle açıklamıştır. Buna göre, markanın tecavüzü ile markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına rağmen marka sahibinin bu kişiye dava açmaması halinde burada bir zımni izin gündeme gelmektedir ancak söz konusu kullanım SMK m. 9/3 anlamında bir kullanım teşkil etmemektedir¹⁶⁰. Bu durumda marka sahibinin markasını kullanmaması nedeniyle markanın iptali sonucu meydana gelebilmektedir¹⁶¹. Ancak *Yasaman ve Yüksel'e* göre burada izin sözcüğü bilinçli olarak kullanılmıştır. Verilen iznin geçerli bir nedene dayanması halinde, sözde izin savunmaları ile iptal davalarının reddedilmesinin önüne geçilecektir¹⁶². *Sert'e* göre ise, marka sahibinin izni ve marka sahibinin kontrolü ile kullanım arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁶³. Burada önemli olan, marka sahibi ile üçüncü kişi arasındaki kullanıma ilişkin yapılan sözleşmenin geçerli olmasıdır¹⁶⁴.

Markayı, marka sahibinin izni doğrultusunda kullanan üçüncü kişinin kullanımı bağımsız olup marka sahibinin hiçbir etkisi yok ise bu durumda SMK m. 9/3 kapsamında bir kullanımın varlığından bahsedilemez¹⁶⁵.

Markanın üçüncü kişi tarafından kullanılması halinde, markasal kullanım izninin somut belgelerle ispatı gerekmektedir¹⁶⁶.

¹⁵⁹ Tamer, s. 102; Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 257.

¹⁶⁰ Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 258.

¹⁶¹ Dirikkan, Kullanma Külfeti, s. 258.

¹⁶² Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 2, s. 2033.

¹⁶³ Sert, s. 72-73.

¹⁶⁴ Sert, s. 72-73.

¹⁶⁵ Özkök, s. 142.

¹⁶⁶ Türk Patent, s. 14.

İKİNCİ BÖLÜM

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMININ KAPSAMI

I. DÜRÜSTÇE KULLANIM İLKESİ

A. GENEL OLARAK

Dürüst kelimesi TDK'da “*Sözünde ve davranışlarında doğruluktan ayrılmayan, doğru (kimse)*” olarak tanımlanmıştır¹⁶⁷. Dürüst kelimesinin genel tanımı bu şekilde olmakla birlikte dürüstlük ilkesinin kullanımı ve şeklini tanımlayan birtakım kanunlar bulunmaktadır. Bu tanımlar somut olayların yorumunda birbirleriyle bağlantılı olup, sonuç açısından önem arz etmektedir.

Dürüst davranış, makul, normal, orta zekalı bir kişiden, namuslu ve dürüst birisi olarak beklenen davranışlardır¹⁶⁸. Bir davranışın dürüstlük kuralı içinde olup olmadığı o toplumda hakim olan ahlâki kurallara, âdetlere ve hakkın amacına göre belirlenir¹⁶⁹. Dürüstlük kuralı ise taraflar arasındaki hukuki ilişkilerde kişilerin doğrulukla, sadakatli ve uygun bir davranışla, karşılıklı menfaatlerin ve taraflar arasındaki güvenin korunması için öngörülen kurallardır¹⁷⁰. Dürüstlük kuralları, bir kimsenin âhlak, namus hakkındaki

¹⁶⁷ <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi 01.03.2022).

¹⁶⁸ Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami: Medeni Hukuk, 14. Baskı, İstanbul: Arıkan Yayınevi 2007, s. 193; Erdoğan, İhsan / Keskin, Dilşad; Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku), Ankara: Gazi Kitabevi 2018, s. 134; Dural, Mustafa / Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 15. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi 2020, s.244.

¹⁶⁹ Oğuzman / Barlas, s. 193; Dural / Sarı, s. 244-245.

¹⁷⁰ Baygın, Cem / Nar, Ahmet: Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları 2021, s. 253; Akipek, Jale: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Şahsın Hukuku, Ankara: İstiklal Matbaası 1960, s. 137.

görüşlerinden, ruhi davranışlarından tamamen ayrı toplum tarafından kabul edilen objektif nitelikte olan anlayışlar ve kurallardan oluşur¹⁷¹.

6769 sayılı SMK m. 7/5'te marka sahibinin markasının üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını belirli şartların varlığı halinde engelleyemeyeceğinden bahsedilmektedir. Bu şartlar, üçüncü kişilerin markayı dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde kullanmasıdır. Buradaki dürüstçe kullanımla anlatılmak istenen ticari teamül olup, hükümde TMK m. 2 anlamındaki dürüstlük kastedilmemiştir¹⁷². Ancak dürüstçe kullanımı sadece ticari teamülle sınırlı bir şekilde tanımlamak uygulama alanını daraltacağından diğer kanunlarla birlikte yorumlanması yerinde olacaktır¹⁷³. Dürüstçe kullanımda, kullanmanın iyiniyet kurallarını ihlal etmemesi gerekmektedir¹⁷⁴. Aşağıda dürüstlük ilkesine ve dürüst kullanıma yer verilen TMK m. 2 ve SMK m. 7/5 incelenip aralarındaki bağlantıya değinilecektir.

1. TMK M. 2 Anlamında Dürüstçe Kullanım Kavramı

TMK m. 2/1'de dürüstlük kavramının kullanımı; *“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.”* şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise *“Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”* denilerek hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiştir. TMK m.

¹⁷¹ Akipek, s. 137.

¹⁷² Tekinalp s. 452; Çolak, Marka, s. 632.

¹⁷³ Tekinalp, Ünal: Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1998, s. 641; Bozkurt, Burcu: Markanın Dürüst Kullanımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020, s. 47.

¹⁷⁴ Arkan, C. 2, s. 132; Yaman, s.55; Çiçekçi Ercan, Çiğdem: Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Ankara: Yetkin Yayınları 2015, s. 256.

2 hükmü bir emredici hukuk kuralı niteliğindedir¹⁷⁵. Bu kurallar aynı zamanda ikincil diğer bir deyişle tali nitelikte olup yardımcı hukuk kurallarıdır¹⁷⁶.

TMK m. 2 hükmünde bahsi geçen kurallardan dürüstlük kuralı, tüm hakların kullanılması sırasında uyulması zorunlu olan bir kuraldır¹⁷⁷. Dürüstlük kuralları toplumda geçerli olan ahlâki kurallara, örf ve âdetlere, hakların temelindeki amaçlara göre belirlenmektedir¹⁷⁸. Herkes hakkını hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde istediği şekilde, özgürce kullanabilmektedir ancak sınır dürüstlük kurallarıdır¹⁷⁹. Dürüstlük kuralları Kanun maddesinde de belirtildiği üzere hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde uyulması gereken kuralların sınırlarını çizmektedir. Aksi durumda hakkın kullanımının şekli hukuka uygun olsa dahi, hak sahibinin bu hakkı korunmaz¹⁸⁰.

TMK m. 2 tüm hakların kullanılmasına genel bir kural koymaktadır. Bu durum pozitif hukukun tüm uyuşmazlıklarına ayrıntılı olarak hüküm getirilmesinin mümkün olmayışından kaynaklanmaktadır¹⁸¹. Hakim somut bir olaya kanunda düzenlenen hükümleri uygularken bu hükümler, kanunun genel olması ve eksiklikler içermesi nedeniyle her zaman adaleti sağlayamamaktadır¹⁸². Bu durumda dürüstlük kuralı devreye girmekte ve adaletin sağlanması için verilen kararda hükmün dayanağını oluşturmaktadır¹⁸³. Ancak bu durum genelleştirilemez. Her uyuşmazlığın doğrudan

¹⁷⁵ Dural / Sarı, s. 262; Baygın / Nar, s. 295.

¹⁷⁶ Baygın / Nar, s. 294.

¹⁷⁷ Oğuzman / Barlas, s. 191-192; Yasaman, Hamdi: Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, FMHD 2005, C. 1, S.1, s. 26.

¹⁷⁸ Yasaman, İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, s. 26.

¹⁷⁹ Erdoğan / Keskin, s. 134.

¹⁸⁰ Akyol, Şener: Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2007, s. 31; Baygın / Nar, s. 254.

¹⁸¹ Oğuzman / Barlas, s. 192.

¹⁸² Akyol, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2006, s. 16.

¹⁸³ Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 16; Dural / Sarı, s. 262.

dürüstlük kuralı ile çözülmesi yerinde değildir. Öncelikle somut olaya uygulanacak özel bir kanunun olup olmadığı ve bu kanundaki ilgili hükmün taraflar arasındaki menfaati ve adaleti sağlaması açısından yeterli olup olmadığına bakılmalı; ancak bunları sağlamaması durumunda dürüstlük kuralına başvurulmalıdır¹⁸⁴. Aksi takdirde her hukuki meselede doğrudan dürüstlük kuralına başvurulursa, hukuki güvenlik ortadan kalkacak ve hukuku uygulayanların keyfiliği gündeme gelecektir¹⁸⁵.

Dürüstlük kuralı, uygulama alanı genişletilerek kanundan doğan hakların kullanılmasında göz önünde tutulan bir kriterdir¹⁸⁶. Söz konusu kural, özel hukukun tüm alanlarında, bu kapsamda fikri mülkiyet hukukunda da uygulama alanı bulan temel hukuk ilkesidir¹⁸⁷.

Bir hakkın dürüstlük kuralını ihlal edecek şekilde kullanılması hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmaktadır. TMK m. 2/2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile TMK m. 2/1’de düzenlenen dürüstlük kuralı birbirleriyle bağlantılı olup, bunlar bir madalyonun iki yüzünü oluşturmaktadırlar¹⁸⁸. Bir görüşe göre; Kanun’da dürüstlük kuralına aykırı davranılması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmekte olup bunun hukuki yaptırımı olarak da hakkın korunmayacağı belirtilmiştir¹⁸⁹. Bu görüşün aksini savunan katıldığımız görüşe göre ise, dürüstlük kuralının fonksiyonu kanunun ve hukuki işlemlerin yorumlanması ve tamamlanmasına ilişkin olup, hakkın kötüye kullanılması yasağının ise sadece düzeltici fonksiyonu bulunmaktadır¹⁹⁰. Bir diğer görüşe göre ise, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, biri emir diğeri

¹⁸⁴ Yasaman, İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, s. 31; Dural / Sarı, s. 262; Baygın / Nar, s. 294; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 17.

¹⁸⁵ Baygın / Nar, s. 294.

¹⁸⁶ Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 6.

¹⁸⁷ Bozkurt, s. 48; Baygın / Nar, s. 255.

¹⁸⁸ Oğuzman / Barlas, s. 192; Dural / Sarı, s. 243.

¹⁸⁹ Erdoğan / Keskin, s. 136-137.

¹⁹⁰ Erdoğan / Keskin, s. 137.

yasak olarak madalyonun iki yüzü şeklinde tasvir edilse de, bu iki kurumun amaçları ve koruduğu menfaatlerin benzerliği bir tarafa bunların ayrı kurumlar olduğu görüşündedir¹⁹¹.

Bir kimse bir hakkını kullanması sırasında kendisi için fayda elde etmesine karşın bir başkasının zarara uğramasına sebebiyet verebilir¹⁹². Bu durum hakların kullanılmasında katlanılabilir bir sonuçtur. Bir başka deyişle, bir kimsenin hakkını kullanırken elde edeceği yarar ile başkasının göreceği zararı karşılaştırmak ve dengelemek gibi bir yükümlülüğü kural olarak yoktur¹⁹³. Ancak bir kimsenin hakkını kullanarak elde ettiği yarar, başka bir kişinin bu hakkın kullanılması sebebiyle uğradığı zarara oranla çok önemsiz bir miktardaysa bu durumda hakkın kötüye kullanımı söz konusudur¹⁹⁴.

Bir hakkın kullanılmasında somut olay dikkate alınarak, kullanımın dürüst kullanım kavramı kapsamına girip girmediği ve TMK m. 2/2'nin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmektedir. Nitekim hakkın amacına aykırı davranılması, hakkın kötüye kullanılması yasağını gündeme getirmektedir. Hakkın kötüye kullanıldığıнын tespitinde fiili gerçekleştirenin kusurlu bir davranışta bulunması ya da zarar verme amacıyla olması aranmamaktadır¹⁹⁵. Zarar verme kastı olmasa bile hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuran davranışlar bulunmaktadır¹⁹⁶.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılmasının ileri sürülmesinin hukuki niteliği itirazdır¹⁹⁷. Bu nedenle hakim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır ve

¹⁹¹ Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 23.

¹⁹² Oğuzman / Barlas, s. 194; Baygın / Nar, s. 285.

¹⁹³ Baygın / Nar, s. 285.

¹⁹⁴ Baygın / Nar, s. 285.

¹⁹⁵ Oğuzman / Barlas, s. 198; Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 22.

¹⁹⁶ Oğuzman / Barlas, s. 198.

¹⁹⁷ Baygın / Nar, s. 2893.

yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilmektedir¹⁹⁸. Hakimin bu iki kuralı uygulaması için, taraflardan birinin talebi ileri sürmesi gerekli değildir¹⁹⁹. Hakim kendiliğinden de bu kuralları dikkate almaktadır²⁰⁰.

SMK m. 7/ 5 ile TMK m. 2’de kullanılan dürüstlük kavramları arasında genellik-özellik ilişkisi bulunmaktadır²⁰¹. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, SMK m. 7/5’te ifade edilen dürüstçe kullanım ticari dürüstlük kuralına karşılık gelmektedir. Bu itibarla ticari dürüstlük kurallarının tespitinde ve yorumunda ticari alandaki hüküm ve teamüllerin genel hüküm niteliğinde olan TMK m. 2 ile birlikte değerlendirilerek genel hükme aykırı olmayacak şekilde sonuca gidilmesi yerinde olacaktır²⁰².

2. Ticari Hayatın Olağan Akışı Kavramı

Hayatın olağan akışı kavramı, fiili karineler bakımından kullanılmaktadır. Karineler ise; bir hukuk kuralına bağlı olmadan, hakimin insanlar ve yaşam konusundaki tecrübelerinden faydalananarak bilinmeyen vakıalar hakkında sonuç çıkarmasıdır²⁰³. Fiili karineler ise, hakimin tarafların olay hakkındaki iddialarının doğru olup olmadığını veya bir delilin güvenilirliği hakkında ikna olmasını sağlayan, yaşam tecrübelerinin ortaya çıkardığı, hukukla ilgisi olmayan değer hükümleridir²⁰⁴. Bir konu hakkında sonuca gidilirken her fiili karinenin temelini oluşturan tecrübe kuralları ele alınmalıdır²⁰⁵.

¹⁹⁸ Erdoğan / Keskin, s. 134; Dural / Sarı, s. 262; Baygın / Nar, s. 293; Yasaman, İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, s. 27.

¹⁹⁹ Erdoğan / Keskin, s. 134; Dural / Sarı, s. 262; Baygın / Nar, s. 293; Yasaman, İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, s. 27.

²⁰⁰ Akyol, Dürüstlük Kuralı, s. 11; Dural / Sarı, s. 262; Yasaman, İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, s. 27.

²⁰¹ Çamlıbel Taylan, Esin: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel İthalatın Önlenmesi, Ankara: Seçkin Yayınevi 2001, s. 62; Bozkurt, s. 49.

²⁰² Çamlıbel Taylan, s. 62; Bozkurt, s. 49; Eser, Rüzgar: Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2013, s. 70.

²⁰³ Taşpınar, Sema: Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, AÜHFD 1996, C. 45, S. 1, s. 536.

²⁰⁴ Taşpınar, s. 545.

²⁰⁵ Taşpınar, s. 538.

Tecrübe kuralları genel ve soyut olmakla birlikte belirli olayların sık sık tekrar etmesi sonucu, tekerrürü gelecekte de beklenen kurallardır²⁰⁶. Ancak bu kuralların zorlayıcı bir gücü bulunmamaktadır ve bunlar hayatın normal akışı hakkında istatistiki bir bilgi vermektedirler. Alalede olasılıklar yerine nitelikli olasılıkları ortaya çıkaran hayatın olağan akışı kavramı meydana gelmiştir²⁰⁷. Makul ve orta zekalı olarak baz alınan insanların çoğunun süreklilik arz eden davranışları hayatın olağan akışının belirlenmesindeki kriteri oluşturur ve hukuki uyumsuzluklarda da bu kriter dikkate alınarak karar verilmektedir²⁰⁸. Hayatın olağan akışı kriteri, doğru olmadığı ispat edilene kadar uygulanan bir karinedir²⁰⁹.

Ticari hayatın olağan akışı kavramına yahut olağan akış kavramına, bazı kanun maddelerinde yer verilmiştir. Örneğin, TBK m. 223, “gözden geçirme ve satıcıya bildirme” ve TBK m. 474 “ayıbın belirlenmesi” başlığı altında “*işlerin olağan akışına göre*”, TBK m. 50 “zararın ve kusurun ispatı” başlığı altında “*olayların olağan akışı*”, TTK m. 223 “yönetimin kapsamı” ve TTK m. 280 “temsil” başlığı altında “*olağan işlem*”, TTK m. 1244 “istisnalar” başlığı altına “*ticaretin olağan akışı içinde*” kavramları kullanılmaktadır.

Öğretide görüş birliği sağlanan ve Yargıtay’ın yerleşik uygulaması haline gelen uygulama gereği, hayatın olağan akışı bir fiili karine olduğundan buna aykırı iddia ve savunmada bulunan taraf iddiasını ispatla yükümlüdür²¹⁰.

Bu kavramın kullanımına örnek Yargıtay Kararları ise;

²⁰⁶ Taşpınar, s. 538.

²⁰⁷ Taşpınar, s. 539.

²⁰⁸ Bozkurt, s. 49.

²⁰⁹ Demir, Abdullah: Yargıtay İçtihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı Kriteri” ve İslam Hukukundaki “Zahiri Hal Delili”, THD 2008, C. 3, S. 28, s. 130.

²¹⁰ Taşpınar, s. 551; Yavaş, Murat: Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yüğü Kavramı, MÜHFHAD 2015, C. 21, S. 22, s. 755.

“Ayrıca, hayatın olağan akışına göre, asıl marka sahiplerinin taklit marka sahiplerine göre her zaman için daha yüksek fiyatla mal satacağı maruf ve meşhur olduğundan, tazminatın daha da yüksek çıkacağı mutlak olduğundan, bozmanın aleyhe bozma yasağını da ihlal edeceği düşüncesiyle²¹¹”

“Dosya kapsamına mübrez belgeler ve hayatın olağan akışına göre markanın kullanılması neticesinde husule gelen kâr olarak kabulünün hakkaniyete uygun olduğu, markaya tecavüz eylemi nedeniyle tarafların eşit oranda zarar gördüğü ve taraflarca aksine bir açıklama bulunmadığı gerekçesiyle²¹²”

“Marka hükümsüzlüğü davalarında davalı tarafın markayı ürünler üzerinde ne şekilde kullandığının değil, markanın sicilde kayıtlı olduğu halinin esas alınacağı, davacı ile aynı sektörde bulunan davalının davacıya ait markadan haberdar olmamasının ticari hayatın olağan akışına uygun olmadığı²¹³”

“Aynı sektörde yer alan davalıların lansmanı yapılmış bir markadan haberdar olmadığını ileri sürmenin ticari hayatın olağan akışına uygun olmadığı, milyonlarca seçenek özgürlüğü karşısında bire bir aynı ibarenin ve benzer kompozisyonun tesadüf olarak değerlendirilmesinin güç olması da değerlendirildiğinde davalıların tescil aşamasında kötüniyetli kabul edilebileceği gerekçeleriyle²¹⁴” şeklindedir.

SMK m. 7/5’e göre düzenlenen “ticari hayatın olağan akışından” anlaşılması gereken ise, ticaret hayatında uygulanan dürüstlük kuralları ve ticaret alanındaki ticari

²¹¹ Yarg., 11. HD., T. 25.05.2021, E. 2020/2109, K. 2021/4401, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

²¹² Yarg., 11. HD., T. 04.02.2021, E. 2020/1358, K. 2021/876, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

²¹³ Yarg., 11. HD., T. 13.11.2019, E. 2019/86, K. 2019/7173, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

²¹⁴ Yarg., 11. HD., T. 11.02.2019, E. 2017/3921, K. 2019/984, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.03.2022).

teamüller gereği nedensellik ilkesiyle bağdaşan ve normal karşılanan durumlar ve kurallardır²¹⁵. Bu kurallar ticaret hayatında tacirler tarafından dürüstlük kuralları gereğince genel kabul görmüş, iyiniyet ve dürüstlük kuralları bağlamında kökleşmiş olan uygulama ve teamüllerdir²¹⁶. Ticari teamüller; örf ve âdet kurallarına benzeyen ancak onlar kadar güçlü olmayan, kabul görmüş fiilî âdetlerdir²¹⁷. TTK m. 2/1²¹⁸ gereğince; ticari teamüller, kanunda aksine yer verilmedikçe ticari bir örf adet olarak kabul edilemez ve hükme esas olamaz²¹⁹. Ticari teamül hukuk kuralı olmayıp fiilî alışkanlıklardır²²⁰.

3. Marka Hukukunda Ticari Hayatın Olağan Akışı İçerisinde Dürüstçe Kullanım Kavramı

SMK m. 7/5'te marka sahibinin markasının üçüncü kişiler tarafından kullanılmasını engelleyememesi sonucunu doğuran şartlardan bir diğeri üçüncü kişilerin markayı ticari hayatın olağan akışı içinde kullanmasıdır.

TMK m. 2'de düzenlenen genel nitelikteki dürüstlük kuralıyla ticari hayatın olağan akışının temelindeki teamül ve uygulamalar birlikte değerlendirilerek, markanın kullanımının SMK m. 7/5'e uygun olması amaçlanmıştır²²¹.

Markasal kullanımın tanımı, markanın, işareti taşıyan mal ve hizmetlerin diğer mal ve hizmetlerden ayırt edilebilmesine yönelik bir algının hitap ettiği çevre bakımından

²¹⁵ Cangül, Murat: Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçinde Kullanımı, FSHD 2017, C. 13, S. 50, s. 348; Bozkurt, s. 50.

²¹⁶ Arkan, C. 2, s. 132; Cangül, s. 348; Bozkurt, s. 51.

²¹⁷ Cangül, s. 348.

²¹⁸ TTK m. 2/1 hükmünde “Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz. Ancak, irade açıklamalarının yorumunda teamüller de dikkate alınır.” denilmektedir.

²¹⁹ Cangül, s. 349.

²²⁰ Cangül, s. 349.

²²¹ Cangül, s. 349.

oluşmasını sağlayacak şekilde kullanılmalıdır²²². Başka bir deyişle markasal kullanım, markanın köken gösterme fonksiyonu sayesinde mal ve hizmetlerin birbirlerinden ayrılmasını anlamaya yönelik bir kullanım şeklidir²²³. Bir Yargıtay kararında markasal kullanıma şu şekilde yer verilmiştir. *“Marka, bir teşebbüsün mal ve hizmetlerini bir başka teşebbüsün mal ve hizmetlerinden ayırt etmek için kullanılan işaret olduğundan markasal kullanımdan söz edebilmek için de işaretin, ilgili bulunduğu mal veya hizmet ile bağlantıyı gösterecek biçimde ve işleve uygun olarak kullanılması gerekmektedir. Örneğin, bir ticaret markasının, piyasaya sürülen malın veya ambalajının üzerine konulması ya da bir hizmet markasının, ilgili olduğu hizmetin sunulması sırasında kullanılması bu kapsamda bulunmaktadır. Bunun yanında, kural olarak bir markanın tek başına işletmenin iş evrakında veya kataloglarında kullanılması markasal kullanım değildir.”*²²⁴.

SMK m. 7/5'teki istisna olan kullanımın sadece markasal olmayan kullanımlar için mi olduğu yoksa markasal kullanımları da kapsayıp kapsamadığı konusunda öğretide görüş ayrılığı bulunmaktadır.

Birtakım yazarlar mevcut hükmün (SMK m. 7/5) üçüncü kişilerin markayı markasal anlamda kullanmasına izin verdiğini savunmaktadır²²⁵. Bu görüşü savunan yazarlar, üçüncü kişinin, markayı taşıyan işaretin markaya özgü kullanılıp kullanmadığından çok (markasal kullanım), markanın kullanılmasının dürüstlük

²²²Arkan, Sabih: Marka Hakkında Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?, BATİDER 2000, C. 20, S. 3, s. 5; Dirikkan, Hanife: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara: Seçkin Yayınevi 2003, s. 272; Çolak, Marka, 433.

²²³ Çolak, Marka, 433.

²²⁴ Yarg., 11. HD., T. 28.03.2014, E. 2013/16785, K. 2014/6143, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 03.04.2022).

²²⁵ Çiçekçi Ercan, s. 267; Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 643; Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku İle İlgili Makaleler, Hukuki Mütalalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2005, s. 310.

kurallarına aykırılık teşkil edip etmediğinin önemli olduğunu belirtmiştir²²⁶. Bu nedenle anılan görüşü savunanlar markasal kullanımı SMK m. 7/5'e uygun bir kullanım olarak görmektedirler²²⁷.

SMK m. 7/5'in markasal kullanımı kapsamadığı görüşündeki yazarlar ise, üçüncü kişilerin faaliyet gösterdiği mal ve hizmetlerinde tanımlayıcı ve açıklayıcı ifadelerle markayı kullanmasının hukuka uygun olduğunu savunmaktadırlar²²⁸. Bu nedenle SMK m. 7/5 kapsamında korunan kullanımın markasal nitelikte olmaması gerektiğini, ancak tasvir amaçlı bir kullanımın söz konusu Kanun hükmü ile korunabileceğini ifade etmişlerdir. Yargıtay da markasal nitelikteki kullanımın SMK m. 7/5 kapsamında olmadığı görüşüne katılmaktadır. Nitekim bir kararında²²⁹, somut durumda markasal

²²⁶ Çiçekçi Ercan, s. 267.

²²⁷ Çiçekçi Ercan, s. 267. SMK kabul edilmeden önce markasal kullanımların dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi halinde hukuka uygun olup olmadığı tartışılmaktaydı. Ancak bu soruna SMK m. 7/5 hükmünün kaynağı niteliğinde olan 21 Aralık 1988 tarihli ve 89/104/AET sayılı “Üye Devletlerin Markalara İlişkin Hukuki Hükümlerinin Uyumlaştırılmasına Dair Konseyin Birinci Yönergesi” *First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks*, OJ 11.02.1989, L 40/1–7. madde 6 “(1)Endüstriyel ya da ticari konularda dürüstçe kullanıyor olması koşuluyla, marka, sahibine bir üçüncü kişinin ticaret sırasında aşağıdakilerin kullanımının yasaklanmasını talep etme hakkını vermez: a) kendi adı ya da adresi, b) malların üretilmesinin veya hizmetlerin sunulmasının zamanı, türü, kalitesi, miktarı, kullanım amacı, değeri, coğrafi kaynağı veya bunların diğer özellikleriyle ilgili işaretler, c) özellikle aksesuar ya da yedek parçalar gibi bir ürün ya da hizmetin kullanım amacının gösterilmesinin gerekli olduğu hallerde marka.” ile çözüme kavuşturulmuştur. Mülga 556 sayılı KHK bu yönerge maddesinin a ve b bendine yer verirken c bendine yer vermemekteydi. Bu nedenle de dürüstlük kuralına aykırı olmayan bir markasal kullanımının engellenemeyeceği hususunda fikir ayrılıkları oluşmaktaydı. Markanın üçüncü kişiler tarafından tasvir amaçlı kullanımı Yönerge'nin a ve b bendinde belirtilirken dürüst kullanımına aykırı olmayan markasal kullanımlara ilişkin c bendi SMK m. 7/5 getirilerek bu ikilemi ortadan kaldırmıştır. Yaşar, Adem: Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (M.12) Ve İlgili Yargıtay Kararları, YÜHFD 2016, C. 11, S.2-12, s. 912.

²²⁸ Arkan, Markasal Kullanım, s. 272; Çolak, Marka, s. 556.

²²⁹ “...Başvuru konusu markadaki “RED” ibaresinin markasal olarak kullanıldığı, 556 sayılı KHK'nın 12.maddesi kapsamında ticari ve sanayi konularıyla ilgili olarak hukuka aykırılık taşımayan dürüstçe bir kullanım kabulünün olanaklı olmadığı...” Yarg., 11. HD., T. 08.04.2019, E. 2018/727, K. 2019/2735, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 12.04.2022).

kullanımın bulunduğunu, bu nedenle burada hukuka uygun bir kullanımın söz konusu olmadığına karar vermiştir. Yargıtay'ın örnek bir diğer kararında, SMK m. 7/5 ile üçüncü kişilerin markayı, tescilli marka sahibinin iznine gerek olmaksızın Kanun'un öngördüğü şekillerde kullanılabileceği belirtilmiştir. Somut olayda ise davalının kullanımının kanuna uygun şekilde olmadığı, markasal kullanım şeklinde olduğundan bu kullanımın hukuka aykırı olduğuna ilişkin karar verilmiştir²³⁰. Kanaatimizce markanın üçüncü kişiler tarafından markasal nitelikteki kullanımı hukuka aykırı olup, SMK m. 7/5 kapsamında korunmayacaktır.

B. İLGİLİ DÜZENLEMELER

1. Uluslararası Metinlerdeki Düzenlemeler

a. TRIPS Sözleşmesi'nde

Markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe kullanımına ilişkin bir diğer düzenleme 4067 sayılı 15.04.1994 tarihli Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Kuruluş Anlaşması'nın²³¹ eki olan Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması'nın (TRIPs)17. maddesinde karşımıza çıkmaktadır²³². Buna göre; “Üyeler, bu tür

²³⁰ YHGK., T. 13.06.2012, E. 2012/11-155, K. 2012/376 <https://www.kazancı.com.tr>, (Erişim Tarihi: 12.04.2022).

²³¹ DTÖ'nün kurucu üyelerinden olan Türkiye, TRIPS Anlaşması'na DTÖ kurulurken taraf olmuş, gelişmekte olan ülkeler için geçiş sürecinden de faydalanarak DTÖ kurulduktan 5 yıl sonra 2000 yılında anlaşma hükümlerini uygulamaya başlamıştır. “Dünya Ticaret örgütü Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” Türkiye’de 31.12.1994 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 29.01.1995 tarihli 22186 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmıştır. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/22186.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022). Ancak TRIPS Anlaşması Türkiye’de 26.03.1995 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 25.01.1995 tarihinde kabul edilmiştir.

²³² “1986-1994 yılları arasında sürdürülen Uruguay Turu müzakereleri sırasında DTÖ’nün kurucu anlaşmasına ek olarak kabul edilen TRIPS (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), DTÖ içerisinde yer alan diğer konuların yanında, ticaretle bağlantılı fikri mülkiyet haklarını düzenleyen bir anlaşma olarak uluslararası ticaret sistemine 1995 yılında eklenmiştir. TRIPS, bugüne kadar fikri mülkiyet alanında uluslararası düzeyde kabul edilen en kapsamlı anlaşma olarak geçmektedir. Anlaşmanın önemi, Paris ve Bern Anlaşmalarına atıfta bulunmakla birlikte, bırakılan boşlukları da doldurma işlevi

*istisnalarda marka sahibinin ve üçüncü tarafların meşru menfaatlerinin dikkate alınması koşuluyla, tanımlayıcı terimlerin adil kullanımı gibi, bir marka ile tanınan haklara sınırlı istisnalar uygulayabilirler.*²³³” denilmektedir. Bu hüküm ile marka sahibi ile üçüncü kişiler arasındaki menfaat dengesini sağlamak için tanımlayıcı nitelikteki terimlerin adil bir şekilde kullanılması amaçlanmıştır²³⁴. Aynı zamanda bir işaretin marka olarak kullanılması nedeniyle tek bir kişiye özgülenmesi ve onun inisiyatifine bırakılması engellenmeye çalışılmıştır²³⁵. Maddede dürüstçe kullanılacağı belirtilen markayı, üçüncü kişilerin sadece kimlik ve bilgi amacıyla olan işaretleri kapsayacak şekilde kullanımı uygun görülmüştür²³⁶. Amaç marka sahibinin ve üçüncü kişilerin meşru olan menfaatlerini korumaktır²³⁷. Aksi durumda bu istisnalara itiraz edilmesi mümkündür²³⁸.

b. AB Hukuku’nda

Türk hukukunda yapılan düzenlemeler uluslararası metinlerle uyumlu olacak şekilde düzenlenmiştir. Mülga 556 sayılı KHK ve 6769 sayılı SMK uluslararası AB

görebilecek nitelikte olması ve kapsam-yaptırım açısından daha geniş kabul edilmesidir. Anlaşmanın amacı; uluslararası ticaretteki engelleri ve düzensizlikleri azaltmak, fikri mülkiyet haklarının uygulanmasına ilişkin usul ve önlemlerin ticaret için bir engel teşkil etmemesini sağlamaktır. Bu amaca yönelik olarak, fikri mülkiyet haklarının tanınması, gerekli korumanın sağlanması, üye ülkelerin ulusal planda ve birbirlerine ait fikri mülkiyet haklarını korumaları bağlamında asgari standartların belirlenmesi gibi hususlara anlaşma kapsamında yer verilmiştir. TRIPS bir çerçeve anlaşma olup, üye ülkeler ulusal mevzuatlarını hazırlarken kabul edilen asgari standartlara uymak zorundadır.” <https://www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

²³³ Bağırar, Mehmet: TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka Hakkının Korunması, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2015, s. 69, <https://teknolojitransferi.turkpatent.gov.tr/TeknolojiTransferPlatformu/resources/temp/C70C1B9E-8672-4525-88F8-C78208390A22.pdf;jsessionid=749AECB54A8B913FAFBAF370D2E329CA>, (Erişim Tarihi: 01.03.2022).

²³⁴ Bağırar, s. 69; Bozkurt, s. 38.

²³⁵ Karan / Kılıç, s. 283.

²³⁶ Bağırar, s. 69; Bozkurt, s. 39.

²³⁷ Bağırar, s. 69

²³⁸ Bağırar, s. 69

müktesebatıyla²³⁹ örtülecek şekilde düzenlenerek yürürlüğe girmiştir. Bu düzenlemeler Türk hukukundaki düzenlemelerin temelini oluşturmaktadır.

2015/2424 sayılı “AB Marka Tüzüğü”nün 12. maddesi ve 2015/2436 sayılı “AB Yeni Marka Direktifi”nin 14. maddesinde bir ticari markanın etkilerinin sınırlandırılması başlığı altında;

“(1) Bir ticari marka, sahibine, ticaret sırasında üçüncü bir şahsın aşağıdakileri kullanmasını yasaklama hakkı vermez:

(a) üçüncü kişinin gerçek bir kişi olması durumunda, üçüncü kişinin adı veya adresi;

(b) ayırt edici olmayan veya cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi köken, malların üretildiği veya hizmetin verildiği zaman veya mal veya hizmetlerin diğer özelliklerini ilgilendiren işaret veya işaretler;

(c) özellikle, bir ürün veya hizmetin amaçlanan amacını belirtmek için ticari markanın kullanılmasının gerekli olduğu durumlarda, mal veya hizmetleri o ticari markanın sahibine ait olarak tanımlamak veya bunlara atıfta bulunmak amacıyla ticari marka. aksesuarlar veya yedek parçalar.

²³⁹ Mülga 556 sayılı KHK, Türkiye ile Avrupa Topluluğu arasında Gümrük Birliğini oluşturan 1/95 sayılı “Ortaklık Konseyi Kararı” gereğince, 21 Aralık 1988 tarihli 89/104 sayılı “Üye Devletlerdeki Ticari Markalara İlişkin Yasal Düzenlemelerin Uyumlaştırılmasına Yönelik Birinci Konsey Direktifi” (*First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks*, OJ 11.02.1989, L 40/1–7.) ile 20.12.1993 tarihli 40/94 sayılı “Topluluk Markası Hakkında Konsey Tüzüğü” (Council Regulation (EC) No 40/94 of 20 December 1993 on the Community Trade Mark, OJ 14.01.1994, L 011/1–36.) hükümleri temel alınarak oluşturulmuştur. 6769 sayılı SMK ise 2015/2424 sayılı “AB Marka Tüzüğü” (Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015, OJ, L 341, 24.12.2015, s. 21–9) ve 2015/2436 sayılı “AB Yeni Marka Direktifi” (*Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament And of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks*, OJ 23.12.2015, L 336/1–26.) hükümleri temel alınarak düzenlenmiştir.

(2) Paragraf 1, yalnızca üçüncü şahıs tarafından yapılan kullanımın endüstriyel veya ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olduğu durumlarda uygulanacaktır.²⁴⁰” denilerek markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe kullanımı düzenlenmiştir. Ancak madde hükmünde dikkat edilecek nokta burada sadece gerçek kişilere yer verilmiş olup, tüzel kişiler bu kapsamın dışında tutulmuştur.

14.06.2017 tarihinde ise Avrupa Parlamentosu Ve Konseyi Tüzüğü yürürlüğe girmiştir. Tüzüğün 14. maddesi “AB ticari markasının etkilerinin sınırlandırılması” başlığı altında düzenlenerek 2015/2436 sayılı AB Yeni Marka Direktifi m. 14’e aynı şekilde yer verilmiştir²⁴¹.

2. Türk Hukuku’nda

Markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe kullanımının istisnası ilk olarak 556 sayılı KHK’nın 12. maddesinde “Marka tescilinden doğan hakların kapsamında istisna” başlığı adı altında düzenlenmiştir²⁴².

²⁴⁰ Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament And of the Council of 16 December 2015 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks, OJ 23.12.2015, L 336/1-26.

²⁴¹ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union Trade Mark, OJ 16.06.2017, L 154/1-99.

²⁴² Mülga 556 sayılı KHK m. 12 hükmüne göre; “Dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini, mal veya hizmetlerle ilgili cins, kalite, miktar, kullanım amacı, değer, coğrafi kaynak, üretim veya sunuluş zamanı veya diğer niteliklere ilişkin açıklamaları kullanmaları marka sahibi tarafından engellenemez.”. Her ne kadar 556 sayılı KHK’nın 12. maddesi oluşturulurken 89/104 sayılı Konsey Direktifi m. 6 kaynak olarak alınsa da birtakım eksiklikler mevcuttur. 89/104 sayılı Konsey Direktifi’nin c bendi 556 sayılı KHK’da düzenlenmemiştir. Ancak bu eksikliğin bilinçli olmadığına yönelik görüşler mevcuttur. Tekinalp; bir kişiye ait markanın üçüncü bir kişi tarafından marka olarak kullanılmasına imkân tanıyan bu hükmün alınmamasının yorumlamada güçlük çıkaracağını, eksikliğin hem ekonomi hem de hukuk politikası açısından bir hata olduğunu belirtmiştir. Ancak bu eksikliğin kanun koyucu tarafından bilerek yapıldığı söylemiştir. Bu hüküm ile 556 sayılı KHK’nın markanın her çeşit kullanımını kabul ettiğini ancak belirli bir kullanım biçimini kapsam dışında bıraktığı sonucu çıkarılmamalıdır. Bu konuda açıklamalar için bkz. Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 643; Karan, / Kılıç, s. 289; Bozkurt, s. 43.

10.01.2017 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte olan 6769 sayılı SMK 2015/2424 sayılı AB Marka Tüzüğü ve 2015/2436 sayılı AB Yeni Marka Direktifi hükümleri temel alınarak düzenlenmiştir. SMK’da markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe kullanımının istisnası 7. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmiştir. Madde hükmü;

“Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez:

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.” şeklindedir.

SMK m. 7/5, AB Marka Tüzüğü m. 12 ve AB Yeni Marka Direktifi m. 14 ile uyumlu şekilde düzenlenmiştir. Madde hükmü düzenlenirken 556 sayılı KHK’daki eksiklikler giderilmeye çalışılmış ve 2015/2424 sayılı AB Tüzüğü ile 2015/2436 sayılı AB Yeni Marka Direktifi’ne uygun bir şekilde düzenlenmiştir. Aynı zamanda TRIPS m. 17 hükmü dikkate alınarak SMK m. 7/5 oluşturulmuştur.

TRIPS m. 17 hükmünde marka sahibi ile üçüncü kişiler arasındaki meşru menfaat dengesinin gözetilerek üçüncü kişilerin tanımlayıcı terimleri adil bir biçimde kullanması durumunda marka sahibinin markası üzerindeki haklarına sınırlı istisnalar getirilmiştir. SMK m. 7/5 düzenlenirken TRIPS m. 17 dikkate alınarak, bir markanın üçüncü kişiler tarafından adında, adresinde yahut üretim ya da satışını yaptığı mallarında ve hizmetlerinde, aksesuar, yedek parça veya eşdeğer ürünlerinde kullanım amacını

belirtmek ve dürüstçe ticari teamüllere uygun kullanması şartıyla marka sahibinin haklarını ileri sürerek bu kullanımı engellemesinin önüne geçilmiştir.

Mülga KHK m. 12’de belirtilen “dürüstçe ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla” ibaresi SMK m. 7/5’te “dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde” şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile bu tür kullanımların dürüst ticaretin ilkelerine ve geleneklerine uygun bir şekilde olması gerektiği belirtilmiştir²⁴³.

SMK m.7/5-c bendinde düzenlenen yedek parça, aksesuar ve eşdeğer ürünlerde malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilerek markanın kullanılmasına imkan sağlaması ile büyük bir eksiklik giderilmiştir²⁴⁴. Böylelikle Türk hukukundaki düzenleme 2436 sayılı AB Direktifi’nin m. 14/1-c hükmüyle uyumlu bir hale getirilmiştir²⁴⁵.

Mülga KHK’dan farklı olarak SMK m.7/5-a’da “Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi” ibaresine²⁴⁶ yer verilmiştir²⁴⁷. *Tekinalp*’e göre, gerçek kişilerin kendi ad ve adresleri denilerek üçüncü kişilerin müstear adlarla bu istisnadan yararlanmasının önüne geçilmiştir²⁴⁸.

²⁴³ Tekinalp, Ünal: Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Öne Çıkan Yenilikleri, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu, Ankara 2017: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 25; Bozkurt, s. 45.

²⁴⁴ Bu hususta 556 sayılı KHK’da herhangi bir düzenleme yoktur. SMK ile ilk defa mevzuatta düzenlenmiştir.

²⁴⁵ Dündar, Efe: Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Marka Hukukuna Getirilen Yenilikler, FHD 2018, C. 10, S. 108, s. 15; Abacıoğlu Viskuşenko, Melis: Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu’nda Yer Alan Değişiklikler, FMR 2018, C. 1 S. 1, s. 71.

²⁴⁶ Bu hususta 556 sayılı KHK m. 12’de “ad ve adresini” ibaresi yer almaktadır.

²⁴⁷ Bu hususta 556 sayılı KHK m. 12’de “ad ve adresini” ibaresi yer almakta olup, “gerçek kişi” kavramı kullanılmamıştır.

²⁴⁸ Tekinalp, SMK Sempozyumu, s. 25.

II. MARKANIN TİCARİ HAYATIN OLAĞAN AKIŞI İÇERİSİNDE DÜRÜSTÇE KULLANIMI SAYILAN HALLER

SMK m. 7/5'te markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde kullanımı marka sahibi tarafından engellenememektedir. SMK'da dürüst kullanım sayılan bu haller üç bent halinde sayılmıştır. Bu bentlerin her biri ayrı ayrı değerlendirilerek örnek Yargıtay kararları ile somutlaştırılacaktır.

A. KİŞİLERİN KENDİ AD VEYA ADRESİNİ BELİRTMESİ

1. Adın Belirtilmesi

SMK m. 7/5'te marka sahibinin engel olamayacağı kullanımlardan ilkinde a bendinde yer verilmiştir. Kanunda bu kısım “a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi” şeklinde düzenlenmiştir.

a. Gerçek Kişilerde

aa. Ad Kavramı ve Ticaret Unvanı Olarak Kullanılması

Ad, gerçek ve tüzel kişileri diğer kişilerden ayırmaya ve onu tanıtmaya yarayan bir araçtır²⁴⁹. Bir başka tanıma göre, kişiyi başka insanlardan ayırmaya yarayan ve toplumsal ilişkiler içerisinde onu belirleyen tanıtmaya işareti ad denir²⁵⁰. Ad, gerçek kişinin taşımak zorunda olduğu ön ad ile soyaddan oluşmaktadır²⁵¹. Zorunlu olmayan

²⁴⁹ Özdemir, Hayrünisa: Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması, AÜHFD 2008, C. 57, S. 3, s. 563; Yıldız, Ozan Ali: Kişi Adlarının Marka Olarak Tescili, MÜHFHAD 2017, C. 23, S. 3 s. 726; Baygın / Nar, s. 432.

²⁵⁰ Özdemir, s. 563; Özsunay, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası 1979, s. 186; Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi 2020, s. 169; Baygın / Nar, s. 432.

²⁵¹ İmirlioğlu, Dilek: Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti, BÜHFD 2017, C. 3, S. 2, s. 99.

müstear ad ise, kişilerin belli bir çevrede ve belli bir faaliyette bulunurken gerçek adını gizlemek amacıyla kendilerinin seçip kullandığı addır²⁵².

Gerçek kişilerde ad, ön ad ve soyad olarak nüfusta kayıtlı olan şekli ile kanuni ad olarak tanımlanmaktadır²⁵³. Aynı zamanda müstear ad (takma ad) ya da lakaplar da gerçek kişileri birbirinden ayırmaya yarayan araçlardır²⁵⁴. Ad kişiliğin bir parçası olup toplum içinde düzen sağlayıp, statü belirtir²⁵⁵. Ad, bir kişilik hakkıdır. Adın korunması zorunlu ad olan ön ad ve soyadı için getirilmiş olup, belli bir soya ya da topluluğa getirilmiş unvanlar (aziz, paşa vb. gibi nüfusa da kayıt edilmeyen unvanlar), mesleği belirten isimler (doktor, hakim, öğretmen vb.) adın sağladığı koruma kapsamı dışındadır²⁵⁶.

Gerçek kişi tacirin, ticaret unvanı alırken bu unvanın çekirdek kısmında kendi ad ve soyadının geçmesi TTK m. 41 gereğince zorunludur. Bir başka deyişle gerçek kişi tacirler ticari faaliyette bulunabilmek için kendi ad ve soyadlarını ticaret unvanı olarak kullanmak ve bu şekilde tescil ettirmek zorundadırlar²⁵⁷.

²⁵² Dural/ Ögüz, s. 170; Özdemir, s. 567; Oğuzman/ Seliçi / Oktay Özdemir, s 106; Baygın / Nar, s. 434. SMK m. 7/5-a’da gerçek kişilerin “kendi ad” olarak kullanım ibaresi ile müstear adı kapsam dışı bırakılmıştır. Ancak müstear ad için ayrı bir düzenleme mevcuttur. TMK’da müstear adlara ilişkin herhangi bir düzenleme olmamakla birlikte Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK) m.11’de; “Yayımlanmış eser nüshalarında veya bir güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır.” denilerek müstear ad, hukuki bir ad olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle müstear adın kişiyi tanıtıcı bir işlevinin olması ve adın hukuka ve genel ahlaka uygun olması durumunda hukuki olarak adın korunması kapsamına dahil edilmiştir. Aynı zamanda “kendi adı” ibaresi müstear adın gerçek kişini ticari hayatta kullandığı ve herkesçe bilindiği bir ad ise dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması halinde hukuka uygun bir kullanım olarak kabul edilmektedir. Bkz. Bozkurt, s. 65-66.

²⁵³ Özdemir, s. 563.

²⁵⁴ Özdemir, s. 563.

²⁵⁵ Dural/ Ögüz, s. 171.

²⁵⁶ Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 12. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi 2012, s. 108; Özdemir, s. 566.

²⁵⁷ Cangül, s. 350.

bb. Adın Marka Olarak Tescili

SMK m. 4'te "marka olabilecek işaretler" başlığı adı altında, "*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 tür işaretten oluşabilir.*" şeklinde olup kişi adları da marka olarak kullanıma dahil edilmiştir. Bir işaretin marka olabilmesi için işaretin ayırt edici bir niteliği olmalı ve marka sahibine sağladığı korumanın konusunun açık ve kesin olarak anlaşılabilir şekilde sicilde gösterilebilir olması gerekmektedir. Bu şekilde kişi adlarının marka olabileceği Kanun'da açıkça düzenlenmiştir. Kişi gerçek kişi ise, adı soyadı Tommy Hilfiger, Adil Işık, Kemal Tanca sadece adı Mehmet, sadece soyadı Ülker, Eczacıbaşı, müstear adı Server Bedi, Halikarnas Balıkçısı marka olarak tescil edilebilir²⁵⁸.

Marka adlarının belirlenmesinde ayırt edicilik niteliği önem taşımaktadır. Marka hukukunda ad olarak kastedilen gerçek kişilerin ad ve soyadının birlikte kullanımı, sadece soyadının kullanımı ya da müstear adın kullanımı şeklinde olabilir²⁵⁹. Markanın ad olarak sadece ön addan oluşması markanın diğerlerinden ayrılması için genellikle yeterince ayırt edicilik fonksiyonunu taşımamaktadır²⁶⁰. Ayırt edicilik ad ve soyadın birlikte kullanılmasıyla daha belirleyici olmaktadır. Örneğin Cemil adının hiçbir ayırt ediciliği yokken Cemil İpekçi daha net bir biçimde ada ayırt edicilik niteliği kazandırmaktadır.

²⁵⁸ İmirlioğlu, Dilek: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara: Adalet Yayınevi 2018, s. 30; Özsunay, Ergun: Türk Hukukunda Takma Adın Korunması, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul: İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi Yayınevi 1999, s. 479.

²⁵⁹ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 638.

²⁶⁰ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 639; Yıldız, s. 78

Pierre Cardin, Coco Chanel ad ve soyadından oluşan ayırt edici özellikteki markalardır²⁶¹. Müstear adlarda ise bu adın yaratıcısı adı kullanan kişi olduğundan ve bunun başkaları tarafından kullanılma ihtimali düşük olduğundan genellikle ayırt edicilik yüksektir²⁶². Bu nedenle de marka olarak kullanımı uygundur.

Marka olarak kişi adlarının²⁶³ tescil başvurusuna konu olmasına ilişkin SMK m. 6/6'ya göre; *“Tescil başvurusu yapılan markanın başkasına ait kişi ismini, ticaret unvanını, fotoğrafını, telif hakkını veya herhangi bir fikri mülkiyet hakkını içermesi hâlinde hak sahibinin itirazı üzerine başvuru reddedilir.”*. Başkasına ait kişinin isminin izinsiz kullanılması halinde, bu kişinin itirazı üzerine markasını tescil ettirmek isteyen gerçek kişinin başvurusu, Kanun gereğince reddedilmektedir. Ancak ad üzerindeki hakkın ihlali marka tescili yapıldıktan sonra fark edilmişse, bu durumda hak sahibi SMK m. 25 gereğince markanın hükümsüzlüğünü talep edebilmektedir²⁶⁴.

cc. Gerçek Kişinin Adının SMK 7/5 Kapsamında Kullanılması

Bir gerçek kişinin adını, bu ad üçüncü kişi tarafından marka olarak tescil edilmiş olsa bile, ticari hayatta dürüstçe ve ticari teamüllere uygun bir biçimde kullanması, SMK m. 7/5-a kapsamında mümkündür. Gerçek kişinin adı üzerindeki kullanımının uygun olup olmadığı; işaretin kullanım şekline, kullanımın marka sahibi üzerindeki etkisine, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına ve haksız kazanç elde etme amacına bir başka deyişle somut olaya göre değerlendirilmektedir²⁶⁵. Örneğin adı Ahmet Çokbilir olan bir gerçek kişi

²⁶¹ İmirlioğlu, Kişi Adı, s. 101.

²⁶² Yıldız, s. 737.

²⁶³ Kişi adlarının marka olarak tescilinde genellikle gerçek kişi kendi adını kullanmakla birlikte başka bir gerçek kişinin adının kullanımına ilişkin verdiği izin ile onun adını da kullanması mümkündür. Ancak izinsiz kullanım halinde, adı izinsiz kullanılan gerçek kişi hükmünü içeren TMK m. 26/2 gereğince “Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilmesini; haksız kullanan kusurlu ise ayrıca maddî zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevî tazminat ödenmesini isteyebilir.” hukuki haklarını talep edebilir. Bkz. Yıldız, s. 738.

²⁶⁴ Marka hukukuna aykırı bir kullanım durumunda markaya ilişkin özel hükümlerle birlikte adın korunmasına ilişkin TMK m. 26'da düzenlenen genel hükümler de uygulanabilmektedir. Özdemir, s. 569.

²⁶⁵ Bozkurt, s. 71.

adını TTK m. 41 gereğince ticaret unvanı olarak tescil ettirmek zorundadır. Ancak ürettiği un emtiasına başkasına adına tescilli olan ÇOKBİLİR markasını büyük harflerle yazması haksız kazanç sağlamaya yöneliktir. Bu durumda dürüst ve iyiniyetli bir kullanımdan bahsedilmeyeceğinden SMK m. 7/5-a kapsamında hukuka uygunluk söz konusu olamaz²⁶⁶. Çünkü bir kişi adını marka sahibine zarar verecek şekilde kullanamaz²⁶⁷. Tacir ticaret unvanını amacına uygun bir şekilde kullanmak zorundadır, ancak bu unvana sahip gerçek kişi markasal bir kullanım gerçekleştiriyorsa dürüst bir kullanımdan bahsetmek mümkün değildir²⁶⁸. Bu nedenlerle bu tür bir kullanım SMK m. 7/5-a anlamında istisna kapsamına girmemektedir. Bir diğer örnek olarak soyadı “Mc Donald” olan bir kişi açacağı bir hamburger dükkanında “Mc Donald” kelimesinin, kendi soyadı olduğunu ileri sürerek bu adı kullanması SMK m. 7/5-a anlamında bir kullanım kabul edilmemektedir²⁶⁹.

Yargıtay bir kararında²⁷⁰, davacı “PINAR” markasını “PİZOTTO PINAR+şekil” ibaresiyle tescil ettirdiğini, davalının “K+KIRKPINAR” markasını kullandığını, tarafların benzer işkollarında çalıştıklarını, davalının kullanımının haksız olduğunu iddia etmiştir. Davalı ise “KIRKPINAR” kelimesinin soyadı olduğunu belirterek kullanımının haklı olduğunu savunmuştur. Yargıtay vermiş olduğu kararda “KIRKPINAR” ibaresinin davalının soyadı olduğunu, kişi adlarının marka tesciline imkân vermekle birlikte kullanımının da SMK m. 7/5-a kapsamında dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kişi adlarının kullanımı hukuka uygun olduğundan, davacının haksız olduğuna karar vermiştir.

²⁶⁶ Çağlar, Marka, s. 161.

²⁶⁷ Çağlar, Marka, s. 161.

²⁶⁸ Bilge, Mehmet Emin: Ticari Ad ve İşaretlerin Arasında Karşılaştırma Tehlikesi, Ankara: Yetkin Yayınları 2014, s. 72.

²⁶⁹ Çolak, Marka, s. 633.

²⁷⁰ Yarg., 11. HD., T. 15.09.2003, E. 2003/1717, K. 2003/7742, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 07.04.2022).

Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin (BAM) bir kararına konu bir olayda²⁷¹, davacının eğitim-öğretim araçları üretilip sattığını, “.... Yayınları” ibareli işletmesinin bulunduğunu, söz konusu ibareyi marka, ticaret unvanı ve işletme adı olarak tescil ettirdiğini, davalının aynı sektörde hizmet verdiğini ve markasını izinsiz kullandığını, bu nedenle marka hakkına tecavüz edildiğini belirterek dava açmıştır. Davalı ise davacının markası olan “....” ibaresinin kendi soyadı olduğunu, bu nedenle söz konusu ibareyi “... Yayınları” şeklinde de olsa, kullanmasında hukuka aykırı bir durum olmadığını savunmuştur. Ankara BAM verdiği kararda, davalının kullanımın “...” ibaresini öne çıkararak markasal biçimde olduğunu, bu nedenle davalının soyadı iddiasına dayanmasının SMK m. 7/5-a kapsamında hukuka uygun olmayacağına karar vermiştir.

SMK m. 7/5 kapsamına girmesi için adın kullanımı ticari unvanla sınırlı kalmalıdır; markasal bir kullanım dürüst kullanma sınırlarını aşacağından SMK m. 7/5 kapsamında korunmayacak ve markaya tecavüz oluşturacaktır²⁷².

b. Tüzel Kişilerde

aa. Tüzel Kişilerin Ticaret Unvanı Hakkında

TTK m. 40 gereğince, tüzel kişilerde ad, ticaret siciline kaydedilen ticaret unvanı ile tanımlanmaktadır. Tacirlerin ticari işletmesiyle ilgili işleri yaparken kullandıkları adlara ticaret unvanı denilmektedir²⁷³. TTK m. 18/1 ve m. 39/1 gereğince tacirlerin diğer tacirlerden ayırt edilebilmesi amacıyla ticaret unvanı alma ve kullanma zorunluluğu vardır. Bir başka deyişle ticaret unvanı, tacirler için TTK anlamında zorunlu bir addır²⁷⁴.

²⁷¹ Ankara BAM, 20. HD., T. 16.09.2021, E. 2021/1116, K. 2021/1068, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

²⁷² Gün, Buket: Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, İstanbul: On İki Levha Yayınları 2019, s. 57; Bilge'ye göre ise, ticaret unvanı sahibi markayı ticaret unvanı kapsamında kullanmasına karşın yine de markasal bir kullanım oluşturuyorsa bu durumda kullanımın zorunlu olup olmadığına bakılarak SMK m. 7/5'e uygun olup olmadığına karar verilmesi gerektiğini savunmuştur. Bilge, s. 148.

²⁷³ İmirlioğlu, Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, s. 33.

²⁷⁴ Oğuzman/ Seliçi / Oktay Özdemir, s. 107; Baygın / Nar, s. 433; Uzunallı, Marka, s. 25.

Nitekim ticaret unvanı ticari işletmeyi değil taciri diğerlerinden ayırmayı amaçlamaktadır²⁷⁵.

Gerçek kişi tacirlerde ticaret unvanının çekirdek kısmını tacirin adının ve soyadının oluşturması TTK m. 41 gereği zorunluluktur. Aynı zamanda tacirin adını ve soyadını tam olarak kullanması gerekmekte olup, kısaltma yapması yasaktır²⁷⁶.

Şahıs şirketleri olan kollektif ve komandit şirketlerde TTK m. 42 gereğince ticaret unvanının çekirdek kısmı ortaklardan en az birinin adı ve soyadından oluşmak zorundadır. Çekirdek kısmında gerçek kişinin adı ve soyadının yer alma zorunluluğu olan ticaret unvanlarına şahıs ticaret unvanı denilmektedir²⁷⁷. Kollektif ve komandit şirketlerde ticaret unvanına hangi ortağın ad ve soyadının verileceği konusunda ortaklar serbesttir²⁷⁸.

Sermaye şirketleri olan anonim, limited şirketler ile kooperatifler ise TTK m. 43 gereğince işletme konularını göstermek ve ticaret unvanlarında “anonim şirket”, “limited şirket” ve “kooperatif” kelimelerinin bulunması şartıyla ticaret unvanlarını serbestçe seçebilirler. Bunların ticaret unvanlarını ad ve soyaddan oluşma zorunluluğu yoktur. Bununla birlikte ek olarak şahıs ad ve/veya soyadın alınmasına ilişkin engel de bulunmamaktadır²⁷⁹.

²⁷⁵ Kayar, İsmail: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2018, s. 164; Uzunallı, Marka, s. 25.

²⁷⁶ İmirlioğlu, Kişi Adı, s. 103.

²⁷⁷ Kayar, s. 165; Karadaş, Muhammet İkbāl: Marka ve Ticaret Unvanları Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara: Seçkin Yayınevi 2020, s. 28; İmirlioğlu, Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, s. 33; Çamlıbel Taylan, s. 61.

²⁷⁸ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 638.

²⁷⁹ Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet: Ticaret Unvanının Korunması, SÜHFD 2006, C. 14, S. 2, s. 122. Ancak TTK m. 43/2’ye göre bu şirketlerin ticaret unvanlarında, gerçek bir kişinin ad ve soyadının kullanılması halinde şirketin türünü gösteren ibareler kısaltılma yapılmadan yazılmak zorundadır. Bu konuda bkz. Çağlar / Özdamar, s. 123.

Şirketin ticaret unvanına adı ve soyadı verilen ortağın adının tescilli bir marka ile aynı ya da benzer olması durumunda dahi ortakların ticaret unvanı olarak bu adı ve soyadı seçmesi engellenemez²⁸⁰. Ancak ticaret unvanının seçiminde özellikle başka ortakların adı yerine, tanınmış bir markanın adı ya da benzeri olan ortağın ad ve soyadının seçilmesinin dürüst bir kullanım teşkil etmeyeceği açıktır²⁸¹.

Ticaret unvanının temel işlevine uygun kullanılması bir hak olmakla birlikte aynı zamanda bir yükümlülüktür²⁸². Tacirin, ticaret unvanını işletmesinin görünen bir yerine yazması, yazışmalarda kullanması, internet sitesinde yazması gibi zorunlu tutulan haller mevcut olup bu durumlar uygulamada unvanın marka gibi kullanılmasına yol açabilmektedir²⁸³. Ancak tacirin, ad ve soyadı, ticaret unvanına özgü bir kullanım gerçekleştirmesi, buna karşılık markasal olarak kullanmaması gerekmektedir²⁸⁴.

²⁸⁰ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 638.

²⁸¹ Bozkurt, s. 69.

²⁸² Kara, Etem: Karar İncelemesi: Marka ve Ticaret Unvanı Çatışması, THD 2021, C. 16, S. 182, s. 1953.

²⁸³ Etem, s. 1953.

²⁸⁴ SMK öncesi dönemde tüzel kişilerin ticaret unvanlarının üçüncü kişiler tarafından markasal olarak kullanılması hakkında Mülga 556 sayılı KHK m. 12’de “Dürüstce ve ticari veya sanayi konularıyla ilgili olarak kullanılmaları koşuluyla üçüncü kişilerin, ad ve adresini...” denilmektedir. Ancak SMK m. 7/5-a’da bu düzenleme “Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi” şeklinde değiştirilmiştir. Görüleceği üzere mülga 556 sayılı KHK’da üçüncü kişilerin içerisine gerçek ve tüzel kişiler girmektedir. Ancak yeni düzenleme ile üçüncü kişiler, yalnızca gerçek kişileri kapsayacak şekilde sınırlandırılmıştır. Kendi adını kullanma savunması tüzel kişiler açısından daraltılmıştır. Çolak, Uğur: Marka Hukuku Alanında, Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017, s. 219. Mülga 556 sayılı KHK’nın temelini oluşturan 89/104 sayılı Marka Direktifinde 6/1-a “kendi adı veya adresi” şeklinde olup gerçek veya tüzel kişi olarak bir ayırım yapılmamıştır. SMK’nın düzenlenmesinde temel alınan 2015/2436 sayılı AB Marka Direktifi’nin m. 14/1-a bendinde ise “üçüncü kişinin gerçek bir kişi olması durumunda, üçüncü kişinin adı veya adresi” denilerek tüzel kişiler istisna kapsamından çıkarılmıştır. Böylelikle ticaret unvanları tescil ettirilmiş ve kanuna uygun bir şekilde kullanılmış dahi olsa marka hakkına tecavüz sonucunu doğurmaktadır. Çolak, Marka, 634. SMK’da yapılan değişiklik öncesi dönemde tescilli bir ticaret unvanının, unvan olarak tescil edildiği şekilde kanuna uygun bir kullanımı halinde marka hakkına tecavüz ya da haksız rekabetin olmadığı görüşü hakimdi. Çolak, Marka, s. 447; Suluk, Cahit: Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil ‘Güvenli Liman’ mıdır?”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Ankara: Yetkin Yayınları 2015, s. 405; Bozkurt, s. 67. Ancak kural

bb. SMK m. 7/5 Uyarınca Durum

SMK m. 7/3-e bendinde “İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması” ile bu kullanımın marka sahibinin izni olmadan yapılması halinde marka sahibinin bu kullanımı yasaklayabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu kullanım marka hakkına tecavüz sonucunu doğuran bir kullanımdır.

SMK m. 7/5-a bendinde markanın ad olarak kullanılması sadece gerçek kişiler açısından ele alınmış, hükümde tüzel kişiler sayılmamıştır. Bu durumda ticaret unvanında gerçek kişi adı geçen tüzel kişiler açısından durum ele alınmalıdır. Tüzel kişiliği haiz olan kollektif ve komandit şirketlerin ticaret unvanlarının, ortaklardan birinin ad ve soyadından oluşması kanuni bir zorunluluktur. Bu nedenle ad ve soyadın kullanımı SMK m. 7/5-a kapsamında ve hukuka uygun bir kullanım olarak kabul edilmelidir. Örneğin, “Hacı Şakir” markasının sahibi, bir kollektif şirketin ortaklarından birinin adı ve soyadı “Hacı Şakir Kazan ve Ortakları Kollektif Şirketi” olması halinde, ticaret unvanının marka olarak kullanmasına karşı çıkamaz²⁸⁵.

Kollektif ve komandit şirketlerde ticaret unvanı olarak ortaklardan birinin adı ve soyadı ile bir markanın adının aynı olması ya da benzerlik teşkil etmesi halinde marka sahibi bu şirketlerin ticaret unvanının ek kısmına farklı bir ad kullanılarak bunların ayırt edicilik niteliğinin arttırılmasını talep edebilmektedir²⁸⁶. Ancak söz konusu ekin, ayırt edicilik sağlamaya yeterli olması zorunludur; aksi halde marka hakkına tecavüz söz konusu olmaktadır²⁸⁷. Bir Yargıtay kararında bu durum şu şekilde belirtilmiştir. “...Söz konusu kullanım 556 sayılı 12. maddesi kapsamında ad soyadın dürüst kullanımı olarak

bu şekilde olmakla birlikte istisna olarak tescilli olsa dahi bir ticaret unvanı tescil edildiği şekliyle değil de unvandaki çekirdek unsuru alınıp markasal bir kullanım gerçekleştirilirse bu durumda yine marka hakkında tecavüz sonucu ortaya çıkmaydı. Çolak, Marka, s. 447; Suluk, s. 411; Bozkurt, s. 67.

²⁸⁵ İmirlioğlu, Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, s. 36.

²⁸⁶ Bozkurt, s. 68.

²⁸⁷ Bozkurt, s. 68.

değerlendirilemeyeceği, tarafların faaliyet alanlarının aynı olması sebebiyle davalının ticaret unvanındaki fazladan “-ler” hecesinin ticaret unvanlarını karıştırılmaktan uzaklaştıracak bir farklılık yaratmaya yeterli olmadığı,...”²⁸⁸ şeklinde olup alınan ekin ayırt edicilik niteliği kazandırmadığından SMK m. 7/5 hükmüne karşılık gelen istisna kapsamına girmediğine karar verilmiştir.

Ticaret unvanının gerçek kişi ad ve soyadından oluşması halinde ve bu durumun dürüstçe ve de ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması halinde SMK m. 7/5-a uygulanabilecektir. Aksi takdirde tacirin ad ve soyadı ile bir markanın adının aynı ya da benzer olmasına karşın tacirin ticaret unvanında kendi ad ve soyadını kullanma zorunluluğu yok ise, bu durumda tacirin markayı ticaret unvanı olarak kullanması halinde SMK m. 7/5-a uygulanmayacak ve kullanım marka hakkına tecavüzü doğuracaktır. Aynı zamanda gerçek kişi adı taşımayan bir ticaret unvanının bir marka adı ile aynı ya da benzer olması halinde söz konusu hükümde özellikle “gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi” denildiğinden bu durumda SMK m. 7/5 uygulanmayacaktır.

2. Adresin Belirtilmesi

SMK m. 7/5-a bendi bir kişinin markasını üçüncü kişinin adres olarak kullanımı halinde bu kullanımın marka sahibi tarafından engellenemeyeceğini düzenlemektedir. SMK m. 7/5-a bendi “*Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.*” şeklinde olup, burada adres unsurunun istisna kapsamı gerçek kişilerin adında olduğu gibi sadece gerçek kişilerin adresini belirtmesi ile sınırlıdır; tüzel kişileri kapsamamaktadır. Ancak ticari hayatta adres gösterme zorunluluğu gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişiler için de geçerlidir. Bu durumda her ne kadar madde hükmü tüzel kişileri kapsam dışında tutacak şekilde yazılmış olsa da istisna hükmü tüzel kişilerin marka adlarını kendi adreslerini

²⁸⁸ Yarg., 11. HD., T. 06.03.20014, E. 2013/15291, K. 2014/4255, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

belirtmek amacıyla kullanılmış olması halinde bu kullanımın korunacağı şeklinde yorumlamak daha doğru olacaktır²⁸⁹.

Adres olarak kastedilen: cadde ya da mahalle adı, kapı numarası, posta kodu, telefon veya faks numarası, şehir isimleridir²⁹⁰. Tescilli bir marka ile üçüncü kişinin adresinin aynı veya benzer olması halinde üçüncü kişinin adresini mallarının ambalajında, iş evrakında, reklamlarında, ilanlarında ve etiketlerinde adres olduğu tüketiciler tarafından anlaşılacak şekilde kullanması hukuka uygundur²⁹¹. Çünkü bu tarz kullanımlara marka sahibinin engel hakkı olması, ticari hayatta birçok soruna neden olacak, adres kullanım hakkını sınırlandıracak, markanın korunması sınırını aşacak ve üçüncü kişi ile marka sahibi arasındaki menfaat dengesinin bozulmasına sebebiyet verecektir²⁹².

Kullanımın dürüstçe kabul edilebilmesi için markadan yararlanma amacı olmamalı ve markanın gerçekten de adresi açıklamak amacıyla kullanıldığının rahatça anlaşılabilmesi gerekmektedir²⁹³. Örneğin “Uludağ Gazozları”, “Beypazarı Maden Suyu” veya “Kavaklıdere Şarapları” gibi tanınmış ve tescilli markalardaki Uludağ, Beypazarı ve Kavaklıdere kelimeleri üçüncü bir kişi tarafından aynı türden hizmet gösterse dahi ürünlerinin ambalajında kullanması halinde tüketiciler tarafından adres olarak kullanıldığı anlaşılıyorsa SMK m. 7/5-a kapsamında hukuka uygun bir kullanımdır²⁹⁴.

²⁸⁹ Bozkurt, s. 81.

²⁹⁰ Uzunallı, Sevilay: Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara: Adalet Yayınevi 2012, s. 206; Bozkurt, s. 79.

²⁹¹ Mutlu, s. 139; Bozkurt, s. 79; Yaman, s. 63

²⁹² Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 639; Yaman, Özlem, Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 63; Bozkurt, s. 80.

²⁹³ Altıntaş, Selçuk: Marka Hakkının Dürüstçe Kullanımı, HVAEHD 2017, C. 9, S. 21, s. 125.

²⁹⁴ Yaman, s. 63; Karan/ Kılıç, s. 283.

Bir diğerk örnek kullanım tescilli marka olan “4711” kolonya markasını üçüncü kişinin cadde adını belirtmek için 4711. caddesi olarak kullanması, Eczacıbaşı markasını mahalle adı olarak “Eczacıbaşı Mahallesi” olarak kullanmasını marka sahibi engelleyemez²⁹⁵. Marka adı “Akıncılar” olan marka sahibi ticari işletmesi “Akıncılar Sokağı’nda” olan ve bu kelimeyi ürettiği malların üzerine adresini belirtmek amacıyla yazan üçüncü kişinin bu şekildeki kullanımına engel olamaz²⁹⁶.

Dürüst kullanıma dikkat edilmesi gerekmektedir. Yargıtay bir kararında bir markanın, adres belirtmek amacıyla kullanımının dürüst kullanıma girmemesi nedeniyle SMK m. 7/5 anlamında korunmayacağını belirtmiştir. Karara göre, bir davalı tacir, davacının “Kemer” adlı markasındaki “Kemer” adı, kendisinin inşaat projesinin adresinin İstanbul Kemerburgaz’da olmasını ileri sürerek kullanmıştır. Ancak Yargıtay buradaki kullanımdaki Kemer ibaresinin Kemerburgaz’ı adres olarak ifade etme gücü ve işlevi olmaması nedeniyle dürüst bir kullanım olmadığından, bunu adres unsuru istisnası olarak kabul etmemiştir²⁹⁷.

Yargıtay bir başka kararında²⁹⁸ “ZARA” markasıyla görsel ve işitsel olarak benzer olan “VİZARA” markasının tescilden terkinine ilişkin yerel mahkeme kararını onamıştır. Temyiz dilekçesinde “VİZARA” adının bir köy adı olduğu ileri sürülmüştür. Yargıtay ise ancak bu adın şirketin adresi olmadığını ve de VİZARA ibaresinin ancak adres belirtmek amacıyla kullanılması halinde SMK m. 7/5 anlamında istisna kapsamında olacağını belirtmiştir. Ek olarak davalıların bu ibareyi bahsedilen şekilde değil, davacının “ZARA”

²⁹⁵ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 639; Mutlu, s. 139; Bozkurt, s. 80.

²⁹⁶ Arkan, C. 2, s. 132; Güneş, İlhami: Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2017, s. 167.

²⁹⁷ Yarg., 11. HD., T. 17.04.2008, E. 2006/12863, K. 2008/5125, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 14.04.2022).

²⁹⁸ Yarg., 11. HD., T. 19.07.2006, E. 2008/6660, K. 2008/14116, Yayımlanmamıştır.

markası ile itibas yaratmak amacıyla kullandığını belirterek markanın hükümsüzlüğüne ve sicilden terkinine karar vermiştir²⁹⁹.

B. MALLARIN VEYA HİZMETLERİN BİRTAKIM NİTELİKLERİNE İLİŞKİN AÇIKLAMALARDA BULUNULMASI

SMK m. 7/5-b bendi ile markanın, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisindeki kullanımına engel olunamayacağı, niteliklere ilişkin kullanım halleri düzenlenmiştir. Bu nitelikler daha çok malın veya hizmetin karakteristik özelliklerini açıklamaktadır³⁰⁰. Bir markayı tescil ettiren kişiye, bu markanın her türlü kullanım şeklini önleme yetkisinin verilmesi, markanın korunmasındaki amacı aşmakta ve üçüncü kişilerin ticari ve sınai faaliyetlerini engellemektedir. Bu hüküm ile markanın üçüncü kişiler tarafından usulüne uygun biçimde kullanılmasının yolu açılmıştır.

SMK m. 5/1-c bendinde “*Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin sunulduğu zamanı*

²⁹⁹ İstanbul BAM bir kararında, davacı adına tescilli olan “...” ibareli giyim markasının, davalının “...” ibareli markası ile ayırt edilemeyecek kadar benzer olduğunu, kullanımın haksız olduğunu, bu nedenle davalı adına tescilli olan “...” ibarenin üçüncü kişilere devrinin önlenmesi haksız kullanımın sona erdirilmesi ve tüm evrakların, belgelerin, tabelaların toplanması için ihtiyati tedbir talepli dava açmıştır. Davalı ise kendisinin davacıdan farklı sektörde çalıştığını, otel işlettiğini, “...” markasının Sivas’ın bir ilçesinin adı olup adres belirten bir ifade olarak oteline bu adı verdiğini ve marka olarak kullandığını, markalarının benzemediğini savunarak davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir. Kararında, tarafların faaliyet alanlarının farklı olduğunu, birinin giyim ürünleri sattığını diğersinin ise geçici konaklama hizmeti verdiğini, davalının otelinin adının Sivas’ın bir ilçesinin adı olup, bu adın kullanılmasının SMK m. 7/5 anlamında dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisindeki kullanım olarak değerlendirileceğini belirterek ihtiyati tedbir talebini reddetmiştir. Bu kararın istinaf edilmesi sonucu İstanbul BAM, yalnızca markanın üçüncü kişilere devredilmesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı vermiş, diğer ihtiyati tedbir taleplerini reddetmiştir. Gerekçe olarak ise markanın hükümsüzlük davasına konu olma durumuna binaen markanın üçüncü kişilere devredilmesi taraf teşkilinde problem yarattığından ve usul ekonomisine uygun olmadığından bu hususa özgü olarak tedbir kararının verilmesini uygun görmüş, diğer konularda ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bularak tedbir kararı vermemiştir. İstanbul BAM, 44. HD., T. 30.12.2021, E. 2021/1660, K. 2021/1678, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

³⁰⁰ Karan / Kılıç, s. 284; Çolak, Marka, s. 645.

gösteren veya malların ya da hizmetlerin diğer özelliklerini belirten işaret veya adlandırmaları münhasıran ya da esas unsur olarak içeren işaretler.”’in marka olarak tescil edilemeyeceği belirtilmiştir. Ancak bu işaretlerin marka olarak tescil edilmesi ya da markanın bir unsurunu, bölümünü oluşturması durumlarıyla karşılaşılabilmektedir. Örneğin “baklava” kelimesi “Güllüoğlu Baklavaları”, boya kelimesi ise “Boydan boya” şeklinde marka olarak tescil edilebilmektedir³⁰¹. Bu durumlarda SMK m. 7/5-b bendi ile üçüncü kişilerin bu markayı kullanımlarının hukuka uygun olacak şekli düzenlenmiştir.

Üçüncü kişinin bu nitelikleri kullanırken SMK m. 7/5’in genel şartı olan dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun kullanımı gerekmektedir. Kanun’un öngördüğü şekilde ve amaçta değil de marka sahibinin marka itibarını zedelemek, o markanın ayırt edici karakterine zarar vermek yahut itibarlı bir markayı kullanarak haksız kazanç elde etmek amacıyla bu madde kapsamında kullanım genel şart olan dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanım olmaması nedeniyle hukuken korunmaz³⁰². Örneğin, bir sabunla ilgili olarak “Eldem lüks bir sabundur” ibaresi yerine “Eldem Lüks Sabunları” ibaresinin kullanımında “lüks” kelimesi aslında “LÜKS” sabun markasını çağrıştırarak, markanın tanınmışlığından faydalanmak ve hitap ettiği tüketici çevresini yanıltmak amacıyla kullanılmıştır³⁰³. Bu durumda söz konusu şekilde kullanımlar SMK m. 7/5-b bendi kapsamında hukuken korunmamaktadır³⁰⁴. Bir markanın toplumdaki itibarı ve tanınmışlık düzeyi ile markanın dürüst kullanım ihtimali ters orantılıdır. Bir başka deyişle markanın itibarı ve tanınmışlığı arttıkça o markanın dürüst kullanım olarak kabul edilmesi daha zorlaşır³⁰⁵.

³⁰¹ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 639.

³⁰² Karan / Kılıç, s. 284; Çolak, Marka, s. 645; Yaman, s. 65.

³⁰³ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 642.

³⁰⁴ YHGK’nın aynı doğrultuda bir kararı mevcuttur. YHGK., T. 11.05.2016, E. 2014/11-697, K. 2016/607 <https://www.kazancı.com.tr>, (Erişim Tarihi: 12.04.2022).

³⁰⁵ Karan / Kılıç, s. 284.

SMK m. 7/5-b ile gündeme gelen kullanım şekilleri, ayrı ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

1. Ürün veya Hizmetlerin Türüne İlişkin

Marka sahibinin izni alınmasına gerek olmayan kullanımların en tartışmalı şekli markanın, ürün veya hizmetlerin türünü, cinsini, niteliğini göstermek için kullanılması halinde gündeme gelmektedir³⁰⁶. Bu şekildeki kullanım hallerine tanımlayıcı kullanım da denmektedir³⁰⁷. Örneğin, üçüncü bir kişinin Lycra markasını, ürünlerinin kumaşının türünü belirtmek amacıyla kullanması halinde, bu kullanım SMK m. 7/5-b bendi kapsamında bir kullanım olarak değerlendirilebilir³⁰⁸.

YHGK'nun bir kararında³⁰⁹, çikolata ve şekerleme alanında tanınmış bir markası olan davacı marka sahibi, "Kinder+şekil" markasının, davalı şirkete ait "Kittymilk" adlı ürününün ambalajında ve kutularının üzerinde aynı şekilde kullanıldığından bahisle markasına tecavüzde bulunulduğunu iddia etmiştir. YHGK ise, kararında davalıya ait ürünün ambalajındaki "süt kremalı çikolata", "süt kremalı çikolatalı gofret" ve "Disney" ibarelerini taşımasının, mevcut gofret ve çikolata şekli, dökülmüş süt görüntüsü, renk ve yazı ile tüketiciye verilen mesaj ve ambalaj içinde satılan ürünün içeriğinin kolayca algılanıp satın almalarını sağlamaya yönelik olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında da davacının markasıyla benzer şekil ve renkte olsa da bir iltibas yaratmayacak biçimde, ürünün niteliğini göstermek amaçlı kullanıldığının açık olduğunu söylemiştir. Bu nedenlerle de kullanımın hukuka uygun olduğundan davanın reddine karar vermiştir.

³⁰⁶ Çolak, Marka, s. 635; Yaman, s. 65.

³⁰⁷ Çolak, Marka, s. 635; Yaman, s. 65.

³⁰⁸ Çolak, Marka, s. 635.

³⁰⁹ YHGK., T. 26.03.2018, E. 2008/11-269, K. 2008/279 <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

Yargıtay’ın başka bir kararına konu olayda³¹⁰, davacı, “Brownie” adlı tescilli markasının davalı tarafından menülerinde kullanılması nedeniyle dava açmıştır. Yargıtay “Brownie” ibaresinin tescilli olmasına karşın bir kek türü olduğundan menüdeki kullanımının kekin türünü tanımlayıcı nitelikte olduğundan kullanımın SMK m. 7/5-b bendine uygun olduğuna ve markaya tecavüzün söz konusu olmadığına karar vermiştir.

Yine başka bir Yargıtay kararına konu olayda³¹¹ davacı, “Carla” adlı tescilli ve tanınmış markasının davalının ürettiği kot pantolonlarda marka izlenimi verecek şekilde kullanması nedeniyle markaya tecavüz ve tazminat davası açmıştır. Ancak Yargıtay’ın verdiği kararda davacıya ait “Carla” ibaresinin kullanımının davalıya ait “Colin’s” markasının yazdığı yerden ayrı bir yerde “704 CARLA-Slim Fit-Low Rise-Narrow-Log” olarak ve ürüne ekli etikette “CL 025277/704 CARLA”ibaresinin de aynı etiketteki renk, üretim, cinsiyet, kumaşın türü, beden ölçüsü gibi açıklamalarla birlikte yer aldığı, aslında ürünün modelini belirtmek amacıyla bu kullanımın gerçekleştiği tespiti yapılarak SMK m. 7/5-b bendi kapsamında bu kullanım, hukuka uygun bir kullanım olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay başka bir kararında³¹², üçüncü bir kişinin işyerinde sattığı malları tanımlamak amaçlı kullanımının dürüst ticari kullanım kapsamında hukuka uygun bir kullanım olduğu belirtilmiştir. Karara göre, davacı “hortummarket+şekil” ibareli markasını, davalı şirket işyeri adı olarak “Hortum Marketi” ibaresini kullandığından markasına tecavüz edildiğini iddia ederek dava açmıştır. Yargıtay ise, davalı şirketin, işyerinde ticari işletme adı olarak “dev grup” ibaresini büyük puntolarla ve ön planda

³¹⁰ Yarg., 11. HD., T. 14.12.2019, E. 2008/8413, K. 2009/12876, <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

³¹¹ Yarg., 11. HD., T. 15.03.2016, E. 2015/9264, K. 2016/2810, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

³¹² Yarg., 11. HD., T. 12.01.2015, E. 2014/15522, K. 2015/123, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

olacak şekilde kullandığını, aynı zamanda çeşitli boyutlarda ve niteliklerde de birçok hortum sattığından işyeri tabelasında ve vitrinde "hortum marketi, hidrolik hortum, gıda hortumu, buhar hortumu, sulama hortumu, akaryakıt hortumu" ibarelerini kullandığı belirtmiştir. Bu tarz kullanımın davalının işyerinde sattığı mallarını tanımlamak amacıyla kullandığından, SMK m. 7/5-b kapsamında değerlendirildiğinde bu kullanımın hukuka uygun bir kullanım olduğundan davanın reddine karar vermiştir.

Yargıtay'ın dürüst kullanım kapsamında değerlendirdiği bir diğer kararına konu olayda³¹³ davacı, "Gülbahçe" adlı kolonya markasına yönelik olarak, davalının "S. M. Gül Bahçesi" ibaresini kullandığından bahisle markaya tecavüz iddiasında bulunmuştur. Davalı ise "Gül Bahçesi" ibaresinin kolonyanın içerdiği parfümün kokusunu belirtmek amacıyla kullandığını belirtmiştir. Dava sürecinde alınan bilirkişi raporları doğrultusunda yerel mahkeme "Gül Bahçesi" ibaresinin marka olarak değil tasviri işaret olarak dürüstçe ve ticari konuyla ilgili olarak sadece kokunun cinsini, niteliğini belirtmek amacıyla SMK m. 7/5-b kapsamında kullanıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay, yerel mahkemenin kararını onamıştır. Ancak Yargıtay üyelerinden biri tarafından bu karara karşı bir karşı oy yazılmıştır. Karşı oyun gerekçesinde, günlük konuşma dilinde veya koku biliminde "gül" kokusunu tanımlamak amacıyla "gül bahçesi" ibaresinin kullanıldığına rastlanılmadığını belirtmiştir. Devamında da davalının kolonya ürünlerini seri olarak ürettiğini ve ambalajlarında Gül Bahçesi, Mavi Yolculuk, Yağmur Sonrası gibi ibareleri kokuları tasvir etmek amacıyla kullanmadığını, aksine bu ibarelerin davalının ürünlerindeki kokuların öznel tanımlanmalar niteliğinde olduğundan markasal bir kullanım söz konusu olduğu görüşüne yer verilmiştir. Bu nedenle de gerçekleşen kullanımın ürünün niteliğini tasvir edici olmadığından SMK m. 7/5-b kapsamında

³¹³ Yarg., 11. HD., T. 17.01.2011, E. 2009/7086, K. 2011/196, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

korunmayacağını ve markaya tecavüzün söz konusu olduğu sonucuna varılması gerektiği savunulmuştur.

Dürüst kullanım olarak nitelendirilen diğer bir olayda³¹⁴, davacı, ışıklı taş anlamına gelen “Stonelight” adlı tescilli markasını davalının izinsiz kullanması nedeniyle markaya hakkına tecavüz davası açmıştır. Davalı ise “ARC Creative Aydınlatma Sistemleri” adlı markaya sahip olup internet sitesinde “Ürünlerimiz” başlığı adı altında ürün çeşitleri belirtilirken “Stoneled Işıklı Taşlar” alt başlığını kullanmıştır. Yargıtay, davalının kendi markasına ait ürünlerden bir kısmının türü olan taş içi aydınlatma özelliğine sahip olanları belirtmek için söz konusu ifadeyi kullanıldığının ve bu kullanımın SMK m. 7/5-b bendi gereği hukuka uygun olduğunun tespitini yapmıştır.

Ürünlerin cinsini belirtmek amacıyla gerçekleşen bir kullanım olduğuna yönelik karar verilen bir olayda, davacı “Thermoset” ve “Külsan Thermoset” adlı tescilli markaların sahibi olduğunu davalının izinsiz bu markayı kullanarak marka hakkına tecavüz ettiği iddiasıyla dava açmıştır. Yargıtay verdiği kararda³¹⁵, davalının “Thermoset” kelimesinin mutfak malzemesi üretiminde ilgili ürünlerin cinsini belirtmek için kullanıldığını, davalının “Nazen” markasının yanında “Thermoset” ibaresinin yazılı olduğunu, bu nedenle markasal kullanım söz konusu olmadığını belirtmiştir. Kararın devamında davalının kırılmaz mutfak malzemesini nitelendirmek için thermoset ibaresini kullandığını, nitekim internet sitesinde ve tanıtım evrakında “Thermoset” kelimesinin anlamına ilişkin bilgi verdiğini belirtilmiş; kullanım ürünlerin cinsini belirtmek amacıyla olduğundan kullanımın dürüst kullanım olduğuna karar verilmiştir.

³¹⁴ Yarg., 11. HD., T. 23.09.2014, E. 2014/6339, K. 2014/12377, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

³¹⁵ Yarg., 11. HD., T. 10.09.2019, E. 2018/602, K. 2019/5186, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.05.2022).

Ankara BAM'ın kullanımın hukuka uygun olduğuna dair verdiği kararda³¹⁶, davacı, ... adlı kondensstop ürününü 1996 yılından beri Türkiye'de ve dünya çapında piyasaya sürmüş olduğunu; ürünlerinin buhar, hava, gaz kapanları sınıfına girdiğini ve Türkiye'de distribütörü aracılığıyla faaliyetlerini yürüttüğünü belirtmiştir. Kendine özgü marka ve tasarımının davalı tarafından izinsiz kullanıldığını, birebir taklit edildiğini, internet sitelerinde davacıya ait ürünlerin görsellerini yayınladığını, bu nedenle marka hakkına tecavüz edildiğini iddia ederek dava açmıştır. Davalı ise ürünler arasındaki benzerliğin ürünün teknik ve mekanik yapısından dolayı olduğunu, kendi ürünlerinin davacıdan önce piyasada olduğunu, davacının markasının Türkçe karşılığının serbest şamandıralı kondensstop anlamına geldiğini ve bu ibarenin ayırt edici bir karaktere sahip olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Ankara BAM'nin kararında, davalı tarafından kullanılan davacı markasının serbest şamandıralı kondensstop veya yüzer şamandıralı kondensstop ürünlerini belirtirken kullanılması kaçınılmaz bir kelime grubu olduğunu, bu nedenle gerçekleşen kullanımın, malın türüne, kullanım amacına ve niteliklerine işaret ettiğinden dolayı SMK m. 7/5 kapsamında marka sahibi tarafından engellenemeyeceği belirtilmiştir.

Ankara BAM tarafından verilen bir diğer kararda³¹⁷ ise, davacı, tescilli ... ibareli markası ile şarap ticareti yaptığını, davalının, kendisine ait ibareyi izinsiz olarak ürün etiketlerinde, reklam panolarında, tabelalarında kullandığını, bu nedenle marka hakkına tecavüz edildiğini belirterek dava açmıştır. Davalı ise, davacının markasının üzümden şarap üretilen bir çeşidi olduğunu, kendine ait markayla birlikte ürünün türünü belirtmek için davacının markasını kullandığını, davacının markasının bir çeşit adı olduğunu ve tek başına marka olarak tescil ettirilemeyeceğini savunarak davanın reddini

³¹⁶ Ankara BAM, 20. HD., T. 02.07.2021, E. 2019/1640, K. 2021/1003, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

³¹⁷ Ankara BAM, 20. HD., T. 21.10.2021, E. 2020/195, K. 2021/1303, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, davalının kullandığı davacının markası olan ... ibarenin şarabın hangi bölgenin üzümlerinden üretildiğini gösteren, şarabın üretildiği üzümün cinsini, çeşidini, coğrafi kaynağını açıklayan bir bilgi niteliğinde olduğundan SMK m. 7/5-b maddesi kapsamında hukuka uygun bir kullanım olduğuna karar vermiştir. Davanın davacı tarafından istinaf edilmesi sonrası Ankara BAM, ilk derece mahkemesinin kararını doğru bularak davacının istinaf talebinin reddine karar vermiştir.

Yargıtay'ın kullanımı sadece mallar bakımından değil hizmet bakımından da dürüst kullanım kapsamında değerlendirdiği kararlar mevcuttur. Örnek bir kararda³¹⁸ hizmetin niteliğini bildirici kullanımlar SMK m. 7/5-b bendi kapsamına alınmıştır. Davacının “AçıkEmar+şekil” ibareli tescilli markası, davalı tarafından “Açık Mr” şeklinde tıbbi görüntülemeye ilişkin bir hizmette kullanılmıştır. Bu kullanıma dayanarak davacı tecavüz iddiasında bulunmuştur. Ancak yerel mahkeme bu ibarenin tıp dilinde doku görüntüleme sisteminin adı olarak geçtiğini belirterek davalının kullanımının hizmetin niteliğini bildirmek amaçlı olduğundan marka hakkına tecavüzün olmadığına ilişkin karar vermiştir. Yargıtay da yerel mahkemenin kararını onamıştır.

Yargıtay'ın ürünün cinsini, niteliğini belirtmek amaçlı olduğu savunulan ancak davalı tarafından markaya tecavüzünün gerçekleştiğine ilişkin verdiği kararları da mevcuttur. Yargıtay'ın bu şekilde vermiş olduğu kararların birinde³¹⁹, davacı “Çiftçi Kulübü” ibaresini marka olarak tescil ettirmiştir. Davalı ise bir GSM şirketi ve tarifelerinden birisi de çiftçilere ilişkin olup, tanıtımlarında “Çiftçi Kulübü'ne üye olun”, “Çiftçi Kulübüne üye olmak için Çiftçi yazın ... gönderin” sloganlarını kullanmıştır. Davacı da bu kullanımın tüketiciler nezdinde iltibasa yol açtığından gerçekleşen

³¹⁸ Yarg., 11. HD., T. 07.05.2013, E. 2013/6180, K. 2013/9265, www.sinerjimevzuat.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

³¹⁹ Yarg., 11. HD., T. 27.06.2014, E. 2014/7593, K. 2014/12282, , www.sinerjimevzuat.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

kullanımın markasına tecavüz niteliğinde olduğunu iddia etmiştir. Davalı ise tarifeyi tanımlayıcı bir amaçla kullanım olduğunu belirtmiştir. Yerel mahkeme davalının çiftçiler için başkaca bir tarife adı bulabilme imkânının mevcut olduğunu ifade ederek, bu nedenle davalının kullanımının SMK m. 7/5 nezdinde korunmayacağını ve bunun markaya tecavüz niteliğinde olduğunu yönünde karar vermiştir. Yargıtay tarafından da yerel mahkemenin söz konusu kararı onanmıştır.

Yargıtay'ın kullanımın markaya tecavüz niteliğinde değerlendirdiği bir başka kararına konu olayda³²⁰, davacının huzurevi olarak hizmet verdiği “İkinci Bahar+şekil” ibareli markası tescillidir. Davalı ise yine aynı sektörde “Özel Oluşum İkinci Bahar Huzurevi” ibaresini kullanmış olup, davacının açtığı markaya tecavüz davasına karşı, “İkinci Bahar” ibaresinin “*gençlikten sonra sağlıklı bir yaşlılık*” anlamında olduğundan herkesin kullanımına açık bir ibare olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Yargıtay bu ibarenin “*yaşlılıktan gelen mutluluk*” anlamına geldiğinden özel bir tasvir olduğunu ifade edip davalının kullanımının asli unsuru olan İkinci Bahar ibaresinin markaya tecavüz niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Markaya tecavüz teşkil ettiği tespiti yapılan bir başka olayda³²¹ davacı, tescilli markasının, davalı tarafından davalının iş yerinin girişinde, vitrininde ve reklam unsurlarında kullanılması nedeniyle markaya tecavüz ve haksız rekabet iddialarıyla dava açmıştır. Davalı ise davacının markasının kumaş menşeyini göstermek amacıyla, iyiniyetle kullandığını, 20 yıldır davacıdan bu kumaşın alındığını ve bu süre boyunca gerçekleşen kullanıma ilişkin olarak davacının hiçbir itirazda bulunmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Yargıtay ise kararında davalının mağazasının girişinde büyük bir

³²⁰ Yarg., 11. HD., T. 21.05.2012, E. 2010/10857, K. 2012/8380, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.04.2022).

³²¹ Yarg., 11. HD., T. 23.09.2014, E. 2014/5701, K. 2014/14302, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.04.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 19.01.2015, E. 2014/14707, K. 2015/665, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

tabelada kendi markası ile birlikte davacının markasının asıl ve ayırt edici unsur olarak büyük puntolarla yazılı olduğunu, bu durumun ürünün cinsini ve niteliğini belirtmek amacını aştığından SMK m. 7/5-b kapsamında olmadığına karar vermiştir. Bu nedenlerle davacının davasını kabul ederek markaya tecavüz ve haksız rekabeti tespit etmiştir.

Yine bir başka olayda³²² davacı, “KUPA+kupa şekli” ibareli tescilli markaya sahip olup, davalının mobilya ürünlerinde “Kupa” ibaresini ve şeklini kullanarak marka hakkında tecavüzde bulunduğundan dava açmıştır. Davalı ise SMK m. 7/5-b kapsamında savunmada bulunmuştur. Yargıtay ise şirketin kataloglarında, mobilya üzerinde ya da başkaca herhangi bir yerde ürünün cinsini tanıtıcı herhangi bir işaretin bulunmadığını belirtmiştir. Devamında markanın kullanımının mobilya ürününün modelini belirtmekten ziyade ürünün diğer teşebbüslerce piyasaya sunulan ürünlerden ayırt etmek amaçlı bir kullanım gerçekleştirmek amaçlı olduğunu bir başka deyişle markasal nitelikte bir kullanım olduğunu bu nedenle de SMK m. 7/5 kapsamında korunmayacağını belirtip; kullanımın markaya tecavüz ile haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir.

Yine markaya tecavüz niteliğinde değerlendirme yapılan bir kararda³²³, davacı 41. hizmet sınıfında, “MISS University of Turkey, Euroasia, Europe, World” markasını tescil ettirmiştir. Yarışma düzenlemek için birçok üniversite ve ajanslarla görüşmeye başladığında ise davalı şirketin “World Miss University Turkey” ibaresini kullanarak organizasyon düzenlediğine ilişkin yazılı ve görsel medya aracılığıyla açıklamalar yaptığını öğrenmiş, markasına tecavüz ve haksız rekabet nedeniyle dava açmıştır. Davalı şirket, kullandıkları ibarenin davacının markası ile aynı olmadığını, kullandıkları “World Miss University Turkey” ibaresinin World Miss University Organizing Committee adlı

³²² Yarg., 11. HD., T. 08.03.2021, E. 2020/2187, K. 2021/2143, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

³²³ Yarg., 11. HD., T. 14.07.2011, E. 2009/9939, K. 2011/8879, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 27.04.2022).

kuruma ait bir marka olduğunu ve bu markanın kullanılması için 5 yıllık bir lisans sözleşmesi yaptıklarını belirtmiştir. Yerel mahkeme davalının kullandığı ibare ile davacının ibaresinin aynı olmadığını ve SMK m. 7/5-b kapsamında olan hizmetin türünü gösteren bir kullanım olduğundan hukuka aykırılık bulunmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Ancak davanın temyiz edilmesi sonucu Yargıtay yerel mahkemenin aksine bir karar vermiştir. Yargıtay kararında davalı tarafından kullanılan ibare ile davacının markasının benzer olduğunu, aynı hizmet sektöründe bulunduklarını ve SMK m. 7/5-b kapsamında kalan bir hizmetin türünün açıklanmasından ziyade ifadenin tescilsiz marka şeklinde ve doğrudan hizmeti tanıtıcı bir işaret olarak kullanıldığını belirterek hukuka aykırı bir kullanımın varlığına hükmetmiş; markaya tecavüz ile haksız rekabetin gerçekleştiğine ilişkin karar vermiştir.

YHGK tarafından verilen bir karara konu olayda³²⁴, davacı, “creperie” ibareli tescilli hizmet markasının sahibi olduğunu ve markasının tanınmış olduğunu, davalının “galletta&creperie” ibaresiyle krep satışı yaptığını, davalının kullanımının haksız olduğunu, bu nedenle marka hakkına tecavüz edildiğini iddia ederek dava açmıştır. Davalı ise markaların benzer olmadığını, “creperie” ibaresinin gözlemeye verilen genel bir ad niteliğinde olduğunu, diğer bir deyişle bir cins adı olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme kararında dava konusu ibarenin Fransızca bir kelime olup bir cins adı olduğunu ve Türkçe karşılığının “gözlemeci, krepçi dükkânı” anlamlarına geldiğini, yaygın bir kullanım olduğunu, davalının kullanımının SMK m. 7/5’e uygun olduğunu belirtmiş; bu nedenle markaya tecavüzün söz konusu olmadığına karar vermiştir. Davacı tarafından temyiz yargı yoluna başvurulması sonucu Yargıtay yerel mahkemenin kararını, davalının kullanımının markasal nitelikte olduğunu ve SMK m. 7/5’in koruma kapsamında olmadığını belirterek bozmuştur. Yerel mahkemenin

³²⁴ YHGK., T. 13.06.2012, E. 2012/11-155, K. 2012/376 <https://www.kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 27.03.2022).

direnmesi sonucu YHGK dosyayı incelemiş ve Yargıtay'ın ilgili dairesinin kararını doğru olarak direnme kararını bozmuştur.

AB Adalet Divanı da, bir ürünün karakteristik özelliğini gösteren ve tanımlayıcı nitelikteki kullanımların hukuka uygun olduğuna ilişkin bir karar vermiştir. 2002 tarihli Michael Hölderhoff / Ulrich Freiesleben kararına konu olayda³²⁵, Freiesleben, tescilli Spirit Sun ve Context Cut adlı değerli taş ve mücevherlerin markalarının sahibidir. Spirit Sun ticari markası, kenarları merkezden yayılan yuvarlak bir kesim için, Context Cut ticari markası, sivrilmiş çapraz bir kare kesim için kullanılmaktadır. Davacı Hölderhoff ise, kendi kestiği veya başka satıcılardan satın aldığı her türlü değerli taşları ve ürünleri pazarlamaktadır. Hölderhoff'un 'Spirit Sun' ve 'Context Cut' adıyla tanımladığı bazı yarı değerli ve süs taşlarını bir kuyumcuya satması üzerine Freiesleben, Hölderhoff aleyhine marka hakkının ihlal edildiğini iddia ederek dava açmıştır. Yerel mahkeme davayı kabul etmiştir. Hölderhoff bu karara karşı temyiz yargı yoluna gitmiştir. Dosya Adalet Divanı'nın önüne gelmiştir. Adalet Divanı kararında, markanın kesim modelleri adı olması sebebiyle, bir mücevhercinin müşterilerinden sipariş alırken ya da ticari nitelikteki görüşmelerinde bu kesim modellerinin adını kullanması ve ürünlerinin özelliklerini tanıtırken bu adı kullanmasının marka sahibinin haklarını ihlal edecek nitelikte olmadığını belirtmiştir. Kararın devamında somut kullanımın ürünün karakteristik özelliğini gösterir nitelikte ve hitap ettiği müşteri çevresince de bir kesim modelinin adı olduğunun anlaşılabileceği ifade edilmiştir.

2. Ürün veya Hizmetlerin Kalitesine İlişkin

SMK m. 7/5-b bendinde üçüncü kişilerin malların ve hizmetlerin kalitesine ilişkin açıklamada bulunmak amacıyla dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde bir

³²⁵ ABAD, C-2/00, 14.05.2002, Michael Hölderhoff / Ulrich Freiesleben, <https://ipcuria.eu/case?reference=C-2/00>, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

başkasına ait markayı kullanması halinde, bu kullanımın hukuka uygun bir kullanım olduğu kabul edilmektedir. Ürün veya hizmetin kalitesine yönelik bilgi vermeye ilişkin örnek olarak bir ayakkabı ya da cüzdanın derisinin kalitesini belirtmek için “Timsah Derisi Cüzdan” ya da “Timsah Derisi Ayakkabı” ibarelerinin kullanılması, bir kâğıdın kalitesini anlatmak için “1. Hamur Kâğıt” ibaresinin kullanılması, bir tohumun kalitesini belirtmek için “Süper Tohum” denilmesi dürüst kullanım kapsamındadır. Somut örnek vermek gerekirse, “Kühne” markası nar ekşisinin şişesi üzerinde “%100 Nar Ekşisi” ibaresi yer almakta olup, bu ibare ürünün kalitesini belirtmek amacıyla kullanılmıştır. Bu tarz kullanımların, dürüst ve ticari teamüllere uygun kullanılması, haksız kazanç sağlama amaçlı olmaması durumunda SMK m. 7/5 kapsamında olup, marka sahibinin izni olmadan kullanılmaları mümkündür.

Yargıtay’ın ürünün kalitesini belirtmek amacıyla gerçekleşen kullanımın amacını aşması durumunda markaya tecavüze ilişkin verdiği örnek bir kararı mevcuttur. Karara göre³²⁶, davacı üniversite, markasının davalı tarafından ürün broşür ve ambalajında izinsiz kullanılması nedeniyle markaya tecavüz iddiasıyla dava açmıştır. Davalı ise “Harnup” adıyla bilinen keçiboynuzu pekmezi ürettiğini ...’ne başvurarak ürünün içeriğinde herhangi bir katkı maddesi veya kansorejen madde bulunmadığına ve de “antioksidan” özelliğinin bulunduğu ilişkin davalı üniversitenin Gıda Mühendisliği bölümünden analiz raporu olan belge aldığını belirtmiştir. Savunmasının devamında, ürün etiket ve broşürlerinde kullandığı dava konusu ibarenin, davacı üniversitenin güvenilirliğini ve ürün kalitesini belirtmek amacıyla kullanıldığını bu nedenle SMK m. 7/5-b kapsamında hukuka uygun bir kullanım olduğunu ileri sürmüştür. Yerel mahkeme davalının savunmasını yerinde bularak davanın reddine karar vermiş ve kullanımı hukuka uygun bulmuştur. Ancak davacının temyiz yoluna başvurması sonucu Yargıtay, marka

³²⁶ Yarg., 11. HD., T. 22.03.2018, E. 2016/9296, K. 2018/2229, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

hakkına tecavüz kararı vermiştir. Yargıtay, kullanımdaki amacın haklı olmasına karşın, markanın kullanımının davalıya ait broşür ve etiketlerin üzerinde mutad olarak yazılması gereken bölüm dışında, yer ve orantı itibarıyla de davacı üniversite adına tescilli marka ibaresinin baskın şekilde ön planda olacak şekilde kullanıldığını tespit etmiştir. Bu nedenlerle tescilli markanın kullanımının SMK m. 7/5-b kapsamındaki hukuki korumayı aştığından bahisle marka hakkına tecavüz kararı vermiştir.

3. Ürün veya Hizmetlerin Miktarına İlişkin

SMK m. 7/5-b bendinde marka sahibinin izni olmadan markanın kullanılmasına ilişkin olarak sayılan istisna hallerinden biri de üçüncü kişinin ürün ve hizmetlerinin miktarına ilişkin açıklamada bulunması durumudur. Bu halde de marka sahibi markanın kullanılmasını engelleyememektedir. Ürünün miktarına ilişkin bilgi vermeye örnek olarak, içecek satışına ilişkin ticaret yapan üçüncü kişi, müşterilerine ürününü sunarken, kaçlı şişeler halinde sattığını ya da içeceklerin litre sayılarını belirtebilir. Bu bilgide geçen rakamların, başkasına ait bir marka olması halinde marka sahibi bu kullanımı engelleyemeyecektir³²⁷. Benzer şekilde bir çamaşır deterjanının kaç litresi ile kaç kilo çamaşır yıkadığı, bir bulaşık deterjanı şişesinin kaç yıkama yaptığı ya da bir deterjanın ne kadar ölçekte işe yaradığına ilişkin bilgiler de bu kapsamdadır.

4. Ürün veya Hizmetlerin Kullanım Amacına İlişkin

Dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde hukuka uygun kullanıma ilişkin hallerden biri de ürün veya hizmetin kullanım amacına ilişkin açıklamada bulunması durumudur. Örneğin, bir uydu alıcısının Samsung marka televizyonlarla uyumlu olduğunu belirtmek amacıyla “Samsung marka TV ile uyumludur” ibaresinin kullanılması cihazın niteliği doğrultusunda kullanım amacına ilişkin bir bilgi verdiğinden SMK m. 7/5- b

³²⁷ Yaman, s. 69.

kapsamında hukuka uygun bir kullanımdır³²⁸. Zira televizyon aracılığıyla TV kanallarına erişim sağlanması için uydu alıcısının bulunması gerekmektedir. Aynı zamanda uydu alıcısı televizyonun kullanım amacına hizmet etmektedir.

Bir Yargıtay kararına konu olayda³²⁹, davacı “Günün Fırsatı” adlı tescilli markanın sahibidir. Davalının markasını izinsiz kullanması nedeniyle marka hakkına tecavüz davası açmıştır. Davalı ise savunmasında *“bu ibareyi o güne özel indirim kampanyalarını duyurmak amacıyla kullandığını”* ifade etmiştir. Yerel mahkeme “Günün Fırsatı” ibaresinin tek başına marka olarak tescilinin mümkün olmadığını ancak davacının marka ile birlikte kullandığı logosu ile markanın ayırt edicilik kazandığını, markanın zayıflığını da gözeterek davalının savunmasına itibar edildiğini ve kullanım amacının hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Davacının temyiz yargı yoluna başvurması üzerine Yargıtay yerel mahkemenin kararını onamıştır.

Bir diğer olayda³³⁰, davacılar, uluslararası tanınmış olan tescilli "Pierre Cardin" "Cacharel" "U.S. Polo", “Becon” gibi markaların lisans hakkı sahibidirler. Davacılar, davalı şirketin mağazasında "Pierre Cardin" "Cacharel" "U.S. Polo” markalarını her biri yaklaşık 20 m2 büyüklüğünde ve her yönde 3'er adet olmak üzere toplam 12 adet reklam panoları ile kullandığını belirtmişlerdir. Ek olarak davalının "K. Giyimde Dünya Markaları" ibaresini hem bu markaların yazılı olduğu yerlerde hem de binanın giriş kapısının üzerinde bulunan tabelalarda yazmış olduğu, bu durumun iltibas eylemini pekiştirdiğinden bahisle haksız rekabetin tespiti ve tazminat davası açmıştır. Yargıtay ise üçüncü kişilerin satışını yaptıkları ürünlerin markalarını, müşterilerine bildirmek amacıyla gerçekleşen kullanımı SMK m. 7/5- b kapsamında olduğundan hukuka uygun

³²⁸ Cangül, s. 346.

³²⁹ Yarg., 11. HD., T. 19.10.2015, E. 2015/3808, K. 2015/10691, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

³³⁰ Yarg., 11. HD., T. 05.12.2007, E. 2007/12705, K. 2007/15344, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

bulmuş ve davanın reddine karar vermiştir. *Çolak'a* göre, bu kararda işyeri sahibinin 20 m2'lik reklam tabelası nedeniyle müşterilerin bu işyeri ile tabelada tanıtımı yapılan marka sahibi arasında bir hukuki ilişki (tek satıcılık, bayilik, lisans alan-lisans veren vb.) olduğunu düşünmeleri mümkündür³³¹. Eğer taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişki yoksa işyeri sahibi tarafından gerçekleştirilen bu kullanım SMK m. 7/5 kapsamında olmayıp, hukuka aykırı bir kullanımdır³³². Yargıtay'ın benzer bir durumda marka tecavüzü olarak nitelendirdiği bir kararı mevcuttur. Karara bakıldığında³³³ Yargıtay, belirli marka ürünler için servis hizmetinin verilmesi halinde, hizmetin veriliş amacının aşılmaması ve gereğinden büyük ölçülerde tabelaların işyerine asılmaması gerektiğini belirtmiştir. Örnek kararda davalı metro istasyonunun girişindeki işyerinde davacıya ait “M+logo şekli” markasını gereklilik bulunmamasına karşın “M... Market” ibaresiyle birlikte kullanmıştır. Ancak taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamasına karşın dışarıdan bakıldığında davalıya ait işletmenin, davacı şirkete bağlı bir işletme gibi görüldüğünden ve böyle bir intiba uyandırdığından bahisle Yargıtay, gerçekleşen kullanımın, amacını aştığından markaya tecavüz niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Başka bir olayda³³⁴, davacı “Bebelac”, “Milupa” marka ürünlerin dağıtımını ve pazarlamasını yapmaktadır. Ayrıca bu ürünlerden “pku 1” , “pku 2” , “pku 2” , “pku 1 mix” isimli ürünleri halka arz ettiğini ve bu ürünlerin marka hakkı sahibi olduğunu, bu isimler için tescil başvurusunda bulunduğunu belirtmiştir. Davacı, davalının bu isimleri www.mama.com.tr adresinde izinsiz olarak kullandığından bahisle marka hakkına tecavüz davasını açmıştır. Davalı şirket ise “pku” ibaresinin kalıtsal metabolik bir

³³¹ Çolak, Marka, s. 653.

³³² Çolak, Marka, s. 653.

³³³ Yarg., 11. HD., T. 07.10.2019, E. 2018/6041, K. 2019/6194, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 21.04.2022).

³³⁴ Yarg., 11. HD., T. 01.03.2010, E. 2008/11633, K. 2010/2237, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Ankara BAM, 20. HD., T. 20.05.2021, E. 2019/1471, K. 2021/743, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

hastalığın tıp dilindeki adının kısaltılmış hali olduğunu, herkesin kullandığını, ayırt edici nitelikte bir ibare olmadığı ve marka olarak tescil edilmediğini belirterek, kendi ürünlerindeki “comida pku 1”, “comida pku 2”, “comida pku 3”, “comida pku 2 mix” isimlerinin iltibas yaratmadığını ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Yargıtay, marka hakkının sağladığı korumanın tescilli markalar için geçerli olduğunu, tescilsiz markalarda ise marka korumasının ancak markanın ayırt edici olmasına bağlı olduğunu ancak somut olayda bu iki durumun da bulunmadığını belirtmiştir. Kararın devamında SMK m. 7/5 bakımından, “pku” ibaresinin tıp ve eczacılık literatüründe bir çeşit hastalığın adının kısaltması olduğu, tedavisi için üretilen çocuk mamalarında bu hastalığın tedavisini göstermek amacı ile “pku” ibaresinin kullanıldığını söylemiştir. Kararda, davalının “comida pku 1-2-3-mix” şeklindeki kullanımlarının ilacın hangi yaş grubuna ilişkin olduğunu göstermek amacıyla kullanıldığı ifade edilerek, SMK m. 7/5-b bendi kapsamında bu kullanımın hukuka uygun bir kullanım olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay’ın ürünün içeriğine ilişkin bilgi verme amacı taşıyan kullanımın hukuka uygun olduğuna dair bir diğer kararında³³⁵ davacı, tarım, bahçecilikte ve gübre solüsyonlarında kullanılan, yetişen ürünlerin verim ve kalitesini arttırıcı kimyasal solüsyonlar ürettiğini ve sattığını söylemiştir. Bu ürünlere ilişkin “KTS” ibareli markası bulunmaktadır. Aynı işkolunda faaliyette bulunan davalının, markanın tanınmışlığından yararlanmak amacıyla “KTS” markasını kullandığını, bu nedenle marka hakkına tecavüz edildiğini belirterek dava açmıştır. Davalı “KTS” ibaresinin tarım sektöründe bilinen bir madde olduğu, potasyum tiyosülfat aktif ham maddesinin kısaltılmışı olduğunu ve kendi markası olan “AGROFOL 420 S” markasının altında aktif ham maddeyi belirtmek amacıyla “KTS” ibaresini kullandığını savunarak davanın reddini istemiştir. Yargıtay ise kararında davalının “KTS” ibaresini tanımlayıcı olarak kullandığını belirterek,

³³⁵ Yarg., 11. HD., T. 06.05.2019, E. 2018/373, K. 2019/3442, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 20.04.2022).

tanımlayıcı ibarenin kullanımının marka sahibi tarafından engellenemeyeceğini belirtip; hukuka aykırı bir kullanımın gerçekleşmediğine karar vermiştir.

Bir diğer Yargıtay kararına konu olayda³³⁶ davacı, tanınmış bir mobilya şirketi olduğunu ve davalının, kendisine ait şirketin bayisi olmamasına karşın şirketin logosunu kullandığını ifade ederek haksız rekabetin tespiti ve tazminat davası açmıştır. Davalı ise ikinci el ürün sattığını ve ürün çeşitliliği göstermek amacıyla logoyu kullandığını belirtmiştir. Yargıtay ise kararında davalının savunmasını haklı bularak davalının kullanım amacına ilişkin bilgi verme amaçlı dürüst bir kullanım gerçekleştirdiğinden davacının taleplerinin reddine karar vermiştir.

Hizmete ilişkin bilgi vermesi sonucu hukuka uygun kullanım kabul edilen bir Yargıtay kararına göre³³⁷, davacı birtakım hizmet markalarının sahibi olup, davalının "mükemmelliği arama konferansı" ve "arama konferansı" ibarelerini kullanmasının marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini iddia ederek dava açmıştır. Yargıtay ise kararında, uyuşmazlık konusu "arama konferansı" ibaresinin bir konferans türü olarak algılandığını ve davalının bu ibareyi kullanma biçiminin hizmetin kullanım amacına ilişkin bilgi verme niyetiyle olduğunu belirtip; bu kullanımı SMK m. 7/5-b kapsamında hukuka uygun bir kullanım kabul etmiştir.

Yine hizmete ilişkin olarak yargıya yansıyan bir başka olayda³³⁸, davacıya ait "plaj+şekil" ibareli manyetik kayıt taşıyıcı kartlar için tescilli bir marka bulunmakta olup davalının "plajkart" isimli bir kart çıkartarak davacının markasını kullanması nedeniyle davacı tarafından marka hakkına tecavüz iddiasıyla dava açılmıştır. İlk derece mahkemesi

³³⁶ Yarg., 11. HD., T. 16.01.2018, E. 2016/6041, K. 2018/341, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

³³⁷ Yarg., 11. HD., T. 29.02.2008, E. 2008/611, K. 2008/2338, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

³³⁸ Yarg., 11. HD., T. 12.10.2020, E. 2020/90, K. 2020/3985, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

davalının kullanımının karta ilişkin bir markasal kullanım olmadığını, “plajkart” şeklindeki uygulamasında kartları değil, kartlar aracılığıyla plaja giriş hizmetinin verildiğini belirtmiştir. Kararın devamında ise, davalının, vermiş olduğu plaja giriş hizmetinde kullanılması amacıyla “plajkart” isimli kartları oluşturduğunu ve sunulan hizmete ilişkin bilgi verme amacıyla kullanımın gerçekleştiğinden davayı reddetmiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay da bu davada aynı yönde değerlendirmeler yaparak onama kararı vermiştir.

5. Ürün veya Hizmetlerin Değerine İlişkin

SMK m. 7/5- b bendinde düzenlenen marka sahibinin engelleyemeyeceği kullanımlardan bir diğeri, ürün veya hizmetin değerini belirtecek şekilde açıklamada bulunulması durumudur. Örneğin, üçüncü kişinin bir halı ya da kilimin değerine ilişkin açıklamada bulunmak için "el dokuması kilim" ya da "el dokuması halı" ibaresini kullanması halinde bu ibarelerin başkasına ait bir markanın ibaresi olması durumunda marka sahibi, markadan doğan haklarını ileri süremez. Aynı şekilde, bir terzinin diktiği bir elbiseyle ilgili olarak onun değerini anlatmak amacıyla "el emeği" ibaresini kullanması tescilli bir markanın tecavüzü sonucunu doğurmayacaktır. Bu hususa verilecek diğer örnekler, butik kişiye özel pastacılık, gelinlik gibi özel kıyafet dikimleri, takı tasarım, örgü modellerinin değerine ilişkin olarak ürünün el emeği, tek ve kişiye özel olması nedeniyle bu şekilde gerçekleşen kullanımlar hukuka uygun kullanımlardır. Somut bir örnek olarak ise, Karaca markasının içerisinde gerçek elmas tanecikleri barındıran tencere setinde, ürünün değerini anlatmak amacıyla "KARACA BIO DIAMOND" ibaresi kullanılmakta olup, "DIAMOND" ibaresinin marka sahibinin bu kullanımı engelleme hakkı bulunmamaktadır. Aynı şekilde yine "Karaca'nın İnci serisi" olarak geçen yemek takımı bu duruma verilecek diğer bir örnektir.

6. Ürün veya Hizmetlerin Coğrafi Kaynağına İlişkin

Dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde hukuka uygun kullanımı ile ilgili olarak Kanun'da öngörülen bir diğer durum, ürün veya hizmetin coğrafi kaynağına ilişkin açıklamada bulunulması durumunda söz konusu olmaktadır. Bir coğrafi yer adı, tescilli marka adı olsa dahi, ayırt edicilik kazandığından dolayı üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde kullanılabilmektedir³³⁹. Örneğin, KAVAKLIDERE ŞARAPLARI, markasını tescil ettiren marka sahibinin, KAVAKLIDERE ibaresini dürüst ve ticari teamüllere uygun olarak ürünlerinin ambalajında ticari adresini belirtmek amacıyla bir başkası tarafından kullanılması halinde bu kullanımı engellemesi mümkün değildir³⁴⁰.

Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında³⁴¹, davacının “Şirince” ibareli tescilli markası bulunmaktadır. Davacı, davalının bu ibareyi ürettiği zeytinyağı ve sabunların ambalajlarının üzerine yazarak ve internet ortamında kullanarak marka hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Davalı ise bu ibarenin bir köy adı olup yer adı olduğunu, aynı zamanda davacı tarafından meşhur ve maruf kılınmadığını, ürettiği zeytinyağı ve şarapların çok eskilere dayandığını, bu nedenlerle kullanımının hukuka uygun olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. Yargıtay ise (SMK m. 7/5 hükmüne karşılık gelen KHK m. 12 kapsamında) talepleri değerlendirerek, “Şirince” ibaresinin İzmir’de zeytinyağı ve şarap üretiminde ün yapmış bir köy, bir başka deyişle coğrafi bir ad olsa da davacı tarafından tescil edildiğinden tescilli markanın tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirtilmiştir. Davalının, ürünleri üzerinde Şirince ibaresini kullandığı ve internette de bu adı kullandığı mahkemece tespit edilmiştir. Kararın devamında ürünün

³³⁹ Yıldız, Burçak: Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar, İNÜHFD 2018, C. 9, S. 2, s. 147.

³⁴⁰ Cangül, s. 352.

³⁴¹ Yarg., 11. HD., T. 09.11.2010, E. 2009/857, K. 2010/11505, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.04.2022).

kaynağını belirtmek amacıyla yapılan kullanımların KHK m. 12 kapsamında korunsu da kullanımın markasal nitelikte olmaması gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay, somut olayda Şirince ibaresinin ürün paketlerinin ambalajlarının üzerinde büyük harflerle, ortada yazılması ve internet sitesinde kullanılmasının markasal nitelikte olması nedeniyle dürüst kullanımın sınırlarını aştığını, bu nedenle söz konusu kullanımın markaya tecavüz niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

Adalet Divanı'nın hukuka uygun kullanım olarak nitelendirdiği Gerri / Kerry kararına bakıldığında³⁴² davacı Gerri marka sahibi, markasının davalı tarafından üretilen içeceklerin şişesinin üstünde "Kerry Spring" ibaresinin kullanılmasının markaya tecavüz teşkil ettiği iddiasıyla dava açmıştır. Davalı ise içeceklerde kullandığı suyu Kerry Spring isimli bir kaynaktan aldığını belirtmiş ve kullanımın hukuka uygun olduğunu savunmuştur. Dava konusu "Kerry Spring" ibaresi bu coğrafi kaynağın adından gelmektedir. Adalet Divanı malın coğrafi kaynağının gösteren işaretlerin kullanılmasının hukuka uygun bir kullanım olduğuna, somut olaydaki kullanımın da coğrafi kaynağı belirtir şekilde kullanıldığından hukuka aykırılığın bulunmadığına karar vermiştir. Söz konusu kararda, Gerri ve Kerry kelimeleri arasındaki söyleniş bakımından fonetik bir benzerliğin olmasının, işaretin dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanıldığını kabul etmeyi gerektirmediği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın bu konudaki bir diğer kararına konu olayda³⁴³, davacı, Beykoz Restaurant ismi ile Ankara'da hizmet vermekte olup; "Beykoz Restaurant" ibaresini marka olarak tescil ettirmiştir. Davacı, davalının Beykoz ibaresini afiş ve faturalarında işletme adı olarak kullanarak markasının itibarını zedelediğini ileri sürerek markaya

³⁴²ABAD, C-100/02, 07.01.2004, Gerolsteiner Brunnen GmbH&Co./Putsch GmbH, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=48822&, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

³⁴³ Yarg., 11. HD., T. 31.03.2008, E. 2007/2328, K. 2008/4178, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

tecavüzün önlenmesi talebi ile birlikte tazminat davası açmıştır. Davalı ise “Beykoz” ibaresinin İstanbul’da bir ilçe adı olduğunu, coğrafi bir adın tekel biçiminde kullanılmasının mümkün olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi kararında (SMK m. 7/5 hükmüne karşılık gelen) mülga KHK m. 12 kapsamında değerlendirmelerde bulunmuş; Beykoz ibaresinin yapılan işin tanıtımı amacıyla kullanılmasının hukuka uygun olduğunu aynı zamanda da davalının işyerinin bulunduğu semtin dikkate alındığında kullanımda bir hukuka aykırılık olmadığını belirterek davayı reddetmiştir. Yargıtay ise, davalının işyeri tabelasında “Beykoz Paça İşkembe Salonu ve Yoğurtlu Paça” ibaresini KDV fişlerinde ise “Beykoz Lokantası- Safa Sarper Müh. Gıda Ltd. Şti.” kullandığını söylemiştir. Kararın devamında davalının “Beykoz Lokantası” ibaresini işletme adının asli unsuru olarak kullandığı ve davacı ile aynı hizmette bulunması sonucu gerçekleşen kullanımın davacının markası ile iltibas yaratacak nitelikte olduğu, bu nedenle markaya tecavüz kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

İzmir BAM, bir olayda³⁴⁴, davacının “...” tescilli markanın sahibi olduğunu, davalının lokantasında “...” ibaresini kullandığından marka hakkına tecavüzün tespiti ve önlenmesi davası açmıştır. Davalı ise dava konusu “...” ibaresinin anonim olduğunu, davacının tekelinde olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. İzmir BAM kararında, tarafların hizmet sektörlerinin aynı olduğunu dava konusu “...” ibarenin coğrafi karakteristik bildirici nitelikte olduğunu, kullanıma ilişkin karar vermede belirleyici noktanın ortalama tüketicilerin iki kullanımın farklı kişilere ait olduğunun algılanıp algılanmaması olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında, davalının lokantasında kullandığı ibare ile davacının markasının ayırt edilebilir ölçüde olduğunu belirterek, tüketiciler tarafından karıştırılacak kadar benzer olmadığını, farkın

³⁴⁴ İzmir BAM, 11. HD., T. 22.04.2021, E. 2020/209, K. 2021/354, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

anlaşılabileceğini söylemiştir. Bu kararın nedeni ise, davalının tanıtımı için kullandığı tabela, broşür, kartvizit gibi görsellerde kendi ibaresini büyük puntolarla öne çıkaracak şekilde kullandığını, davacının ibaresini ise daha küçük ve alt kısımda bilgi verici mahiyette kullanması olarak açıklamıştır. Davalının bir yöreye özgü (kabak çiçeği dolması, turp otu gibi) yemekleri sunduğunu, müşterilere bu hizmetin sunulduğunu anlatmak için davacının markasının kullanılmasının kaçınılmaz ve ticari bir zorunluluk olduğunu vurgulamıştır. Davalının kullanımının markadan haksız yarar elde etme amacıyla olmadığı belirterek gerçekleşen kullanımın dürüst kullanım kapsamında hukuka uygun bir kullanım olduğuna karar verilmiştir.

7. Ürün veya Hizmetlerin Üretim veya Sunuluş Zamanına

Üçüncü kişilerin ürün ve hizmetlerinin üretim tarihi ya da piyasaya sunuluş zamanına ilişkin açıklamada bulunmak amacıyla başkasına ait bir markayı kullanması halinde gerçekleşen kullanım hukuka uygun bir kullanımdır.

Üretim tarihine ilişkin örnek olarak zeytinyağı imalatı gerçekleştiren bir ticari işletmenin ürünlerinin ambalajı üzerinde üretim tarihini belirten bir ibarede bulunması, aynı ya da benzer ibarede markası bulunan marka sahibi tarafından engellenemeyecektir³⁴⁵.

Sunuluş zamanına ilişkin örnek olarak, “Hacı Şakir Sabunları” ürünlerinin ambalajının üzerinde “1889’dan beri” ibaresi bulunmakta olup, bu ibare ürünün piyasaya sunuluş zamanına ilişkin açıklamada bulunmak amacıyla yazılmıştır. Aynı hususta bir diğer örnek “Kurukahveci Mehmet Usta” ürünlerinin ambalajında “1871” ibaresi bulunmakta olup, ürünün sunuluş zamanın çok eskiye dayandığını belirtmek amacıyla kullanılmış bir ibare olup SMK m. 7/5-b kapsamındadır. “Komili-1878”, “Vefa Bozacısı-1876”, “Ziraat Bankası-1863” verilebilecek diğer somut örneklerdir.

³⁴⁵ Yaman, s. 73.

8. Ürün veya Hizmetlerin Diğer Niteliklerine İlişkin

SMK m. 7/5-b de ürün ve hizmete ilişkin açıklama sayılabilecek birçok husus sayılarak bu hallerde üçüncü kişinin başkasının markasına ilişkin kullanımları hukuka uygun kabul edilmiştir. Kanun maddesinde sayılmayan ancak ürün ve hizmetlerin niteliklerine ilişkin olarak üçüncü kişinin başkasına ait bir markayı açıklamada bulunmak amacıyla ve bu kullanımın dürüst ve ticari hayatın gereklerine uygun olması halinde gerçekleşen kullanımlar da hukuken korunmuştur. Madde hükmünde belirtilen somut hallere girmeyen ancak Yargıtay tarafından ürünün ya da hizmetin niteliğinin açıklanması sayılan ve hukuka uygun kabul edilen kullanımlar mevcuttur.

Yargıtay bir kararında markanın kullanımının tanıtıcı ve teşvik edici mahiyette olması sebebiyle SMK m. 7/5-b kapsamında bir kullanım olduğuna karar vermiştir. Karara göre³⁴⁶, davacı “Seyahatname+şekil” ibareli tescilli markasına, davalının “wingscard.com.tr” internet sitesinde “Seyahatname” ibaresini kullanması suretiyle tecavüz edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Yerel mahkeme davayı kabul etmiştir. Ancak Yargıtay davalı adına alan adı olarak tescilli "wingscard.com.tr" adlı web sitesinde "Seyahatname" başlıklı sayfa açıldığını ve bu sayfada tur ya da gezi düzenlenmediğini, gezi rehberi niteliğinde bilgilendirici açıklamalar yapıldığını belirtmiştir. Kararın devamında “Seyahatname” ibaresinin kullanımının davalıya ait "wingscard" kullanımını tanıtıcı ve teşvik edici mahiyette ticari faaliyetlerde bulunmak için kullanıldığını ve kullanımın SMK m. 7/5-b bendi kapsamında olduğundan markaya tecavüzün bulunmadığına karar vermiştir.

³⁴⁶ Yarg., 11. HD., T. 30.05.2011, E. 2009/14167, K. 2011/6513, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 23.05.2016, E. 2015/10977, K. 2016/5533, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

Yargıtay’ın müşteriye bilgilendirmek amacıyla gerçekleşen kullanımın hukuka uygun olduğuna ilişkin bir diğer kararında³⁴⁷, davacı “INDOORS” ibaresinin tescilli marka sahibi olduğunu, davalının aynı faaliyette alanında iş yaptığını ve izinsiz olarak “INDOORS” ibaresini kullandığını, bu nedenle müşterilerinin algısında davalıya ait işyeriyle kendi işyerinin aynı olduğu izlenimi yaratıldığını belirterek dava açmıştır. Yargıtay ise kararında tarafların faaliyet alanlarının farklı olduğunu, davalının “INDOORS” ibaresini ev içine ilişkin ürünlerini sergilediği üniteye kullandığını ve “CUTDOOR” ibaresini de ev dışındaki ürünleri sergilemek amacıyla kullandığını, davacıya ait markanın kullanımının müşteriye bilgilendirme amaçlı olduğunu belirterek kullanımın SMK m. 7/5-b kapsamında hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay bir diğer kararında gerçekleşen kullanımın ürünü açıklayıcı nitelikte olduğundan hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Karara göre³⁴⁸, davacı “Kesme Dondurma” adlı tescilli markasının davalı tarafından kullanılması sonucu markaya tecavüz iddiasıyla dava açmıştır. Davalı ise savunmasında ürünleri arasında “Kesme Dondurma” türünde ürünün de bulunduğunu, dava konusu ibarenin dondurmanın kesilerek yenilmesini öneren, ürünü açıklayıcı bir işlevinden dolayı kullanıldığını ve bu kullanımın hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Yargıtay davalının savunmasını haklı bularak davalı tarafından gerçekleştirilen kullanımın SMK m. 7/5- b bendi kapsamında hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay kullanıma ilişkin bir başka kararında³⁴⁹, davacı “... Özel Türk Lisesi” tescilli markasının sahibi olduğunu davalının ise “... Özel Koleji” ibareli marka

³⁴⁷ Yarg., 11. HD., T. 10.07.2006, E. 2005/7904, K. 2006/8156, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 20.04.2022).

³⁴⁸ Yarg., 11. HD., T. 18.05.2017, E. 2016/175, K. 2017/2939, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 16.04.2022).

³⁴⁹ Yarg., 11. HD., T. 01.04.2019, E. 2018/1013, K. 2019/2509, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

başvurusu bulunduğunu, davalının kullandığı “Anaokulundan Üniversiteye” ibaresinin kendilerinin davalıdan önce yıllardır kullandıkları slogan olduğunu, marka hakkına tecavüzün tespiti ve haksız rekabetin önlenmesi talebiyle dava açmıştır. Davalı ise savunmasında marka başvurusunun kabul edildiğini ve “Anaokulundan Üniversiteye” sloganının eğitimde genel olarak kullanıldığından bahisle davanın reddini savunmuştur. Yerel mahkeme dava konusu sloganın davacı tarafından davalıdan önce ticarete ve tanıtımda kullanıldığını, bu nedenle haksız rekabetin oluştuğuna ilişkin karar vermiştir. Davalının istinaf yoluna başvurusu sonucu Bölge Adliye Mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Kararında her ne kadar davacı tarafından önce kullanılmış olsa da dava konusu sloganın eğitim sektörü açısından harcı âlem başka bir deyişle herkesin kullanabileceği sıradan bir ibare olduğunu ve davalının kullanımının SMK m. 7/5- b bendi kapsamında hukuka uygun olduğunu belirtmiştir. Davacının temyiz yoluna başvurusu sonucu, Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesi’nin kararını uygun bularak onamıştır.

İzmir BAM da 2021 tarihli bir kararında, markanın ürünlere ilişkin bilgi verici mahiyette olan marka kullanımını hukuka uygun bulmuştur. Karara konu olayda³⁵⁰, davacı ibareli markası ile yol süpürme makineleri üretip satmaktadır. Davalı ise aynı sektörde faaliyet göstermekte olup, ürünlerini “... 3000” , “...4000” , “...5000” şeklinde adlar vererek kataloglarında sınıflandırmıştır. Davacı, davalının kataloglarında ve internet sitesinde kendi markasını kullandığı gerekçesiyle ve marka hakkına tecavüz iddiasıyla dava açmıştır. İzmir BAM kararında, bu kullanımın markasal mahiyette olmadığını, kataloglarda ve internet sitesindeki kullanımda davalının kendi markasının ön planda olduğunu, davacının markasının olduğu kısımda “...5000 Teknik Özellikler” şeklinde ibareye yer verdiğini, bu kullanımın ürünlerin tanıtımı ve teknik özelliklerini anlatmak

³⁵⁰ İzmir BAM, 11. HD., T. 24.05.2021, E. 2018/866, K. 2021/634, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

için olduğunu belirtmiştir. Kararın devamında bu sektördeki müşterilerin iki markayı kolayca ayırt edebilecekleri, iltibasa düşmelerinin zor olduğu belirtilerek kullanımın SMK m. 7/5 kapsamında hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay marka hakkına tecavüzün oluştuğuna ilişkin vermiş olduğu kararına konu olayda³⁵¹, davacı “TAÇ” tescilli markasının sahibidir. Davalı ile aralarında herhangi bir yetkili bayilik sözleşmesi bulunmamasına rağmen, davalının işyerinde dışarıdan bakıldığında dikkat çekecek büyüklükte ve yetkili bayi izlenimi yaratacak özellikte tabelası bulunduğunu ifade ederek, marka hakkına tecavüz edildiği iddiasıyla dava açmıştır. Davalı ise işyeri tabelasında kendi ticaret unvanının esas unsur olarak yazdığını, davacının markasının tali unsur olarak yer aldığını, markasal bir kullanımın gerçekleşmediğini, bu nedenle markaya tecavüzün bulunmadığını belirterek davanın reddini istemiştir. Yargıtay kararında davalı tarafından gerçekleşen kullanımın dürüstçe kullanım kapsamında olmadığını, bu nedenle davacının marka hakkına tecavüzün gerçekleştiğine karar vermiştir.

Yargıtay bir başka kararına konu olayda³⁵², davacı “MERİNOS”, “PADİşAH”, “DİNARSU” tescilli markalarının sahibi olduğunu, davalının www.n11.com adlı internet sitesinde bu markalara ilişkin ürünlerin teşhir edildiğini ve yayınlandığını, davalının kullanımına ilişkin izinlerinin olmadığından bahisle marka hakkına tecavüz edildiği iddiasında bulunarak dava açmıştır. Davalının savunmasında ise, sitenin bir alış-veriş platformu olduğunu, doğrudan doğruya satış yapmadığını, üye olan satıcılara sanal mağaza alanı verildiğini, sitenin yer sağlayıcı işlevi olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme kararında davalının savunmasını haklı bularak, davalının yer

³⁵¹ Yarg., 11. HD., T. 26.05.2014, E. 2014/708, K. 2014/9675, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

³⁵² Yarg., 11. HD., T. 25.06.2014, E. 2014/6429, K. 2014/12088, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 11.04.2022).

sağlayıcı olduğundan teknik olarak imkân sağladığı yerde malları ile ilgili duyuru yaptıklarını ve bu duyurunun amacını aşacak şekilde bir marka kullanımı teşkil etmediğini belirtmiştir. Kararın devamında, söz konusu kullanım SMK m. 7/5-b kapsamında hukuka uygun bulunmuş ve dava reddedilmiştir. Davacının temyiz yoluna başvurması sonucu Yargıtay yerel mahkemenin kararını doğru bularak onamıştır.

C. ÖZELLİKLE AKSESUAR, YEDEK PARÇA VEYA EŞDEĞER PARÇA ÜRÜNLERİNDE MARKANIN KULLANILMASI

SMK m. 7/5-c bendinde özellikle aksesuar, yedek parça, eşdeğer parça ürünlerinde malın ya da hizmetin belirtilmesinin gerekli olduğu durumlarda başkasına ait bir markanın kullanılmasının marka sahibi tarafından engellenemeyeceği hüküm altına alınmıştır³⁵³. Nitekim yukarıda da ifade edildiği üzere, SMK m. 7/5 düzenlenirken, AB Marka Tüzüğü m. 12 ve AB Yeni Marka Direktifi m. 14 ve de TRIPS m. 17 hükmü dikkate alınmıştır. SMK m. 7/5-c bendi ise özellikle AB Direktifinin m. 14/1-c hükmüne uyumlu olacak şekilde düzenlenmiştir³⁵⁴. Bu şekilde gerçekleşen kullanımların yedek parça, ham madde, yeniden doldurma ve yenileme sanayinin getirdiği bir zorunluluk sonucu ortaya çıktığı düşünülmektedir³⁵⁵. SMK'daki yeni düzenleme ile bu tarz kullanımların hukuka uygunluğuna kanuni dayanak kabul edilmiştir.

1. Aksesuar Olarak Kullanım

SMK m. 7/5-c bendinde malın veya hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu haller tahdidi olarak belirtilmemiştir. Ancak bu kullanımlara üç örnek verilmiştir. Örnek verilen kullanımlarından biri, malın veya hizmetin aksesuar olarak

³⁵³ Bu hüküm 556 sayılı KHK'da yer almamakta olup, SMK ile yürürlüğe girmiştir. SMK ile yürürlüğe giren bu hükümden önce aksesuar, yedek parça ve eşdeğer parça ürünlerinde markanın kullanılması halinde gerçekleşen kullanım dürüst ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde olmak şartıyla hukuka uygun kabul edilmekteydi.

³⁵⁴ Dündar, s. 15; Abacıoğlu Viskuşenko, s. 71.

³⁵⁵ Çiçekçi Ercan, s. 254; Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 636.

kullanımıdır. Aksesuar, ürüne eklenerek ona ekonomik bir değer katan veya belirli bir fonksiyonunu aktifleştirmeye destek olan, ürüne mekanik olarak bağlı olmayıp istenildiğinde takıp çıkarılabilen parçalardır³⁵⁶. Aksesuar olarak kullanım bakımından fotoğraf makine filmleri üreten bir kişi filmlerinin “Kodak”, “Canon” gibi fotoğraf makinesi markalarıyla uyumlu olduğunu belirtmek amacıyla bu markaları ilanlarında, film kutu ambalajlarının üstünde aynen basabilir³⁵⁷. Yine hard disk, tripod, mercek veya lens gibi fotoğraf makinesi aksesuarlarının hangi markalarla uyumlu olarak çalıştığını belirtmek amacıyla uyumlu olan markalar, aksesuar ürünlerinin ambalajında, broşürlerinde ya da dükkânın vitrininde kullanılabilir. Başka bir örnek olarak cep telefonları ile birlikte kullanılan ve telefona koruma fonksiyonu ile estetik bir görüntü katan kılıfların hangi telefon marka ve modelleriyle uyumlu olduğunun belirtilmesi için markanın kullanılması gerekmektedir³⁵⁸. Marka sahibinin, marka hakkını ileri sürerek bu tarz kullanımlara engel olma hakkı bulunmamaktadır. Ancak bunun için üçüncü kişinin kullanımının dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde olması gerekmektedir³⁵⁹. Zira tescilli markanın tanınmışlığından faydalanma amacı taşıyorsa marka sahibi tarafından kullanımın hukuka aykırı olduğu ileri sürülebilecektir.

2. Yedek Parça Olarak Kullanım

SMK m. 7/5-c’de “özellikle” kelimesi ile başlanarak kullanım türleri içerisinde vurgulanan, başkasına ait bir markanın üçüncü bir kişi tarafından yedek parça olarak kullanılması hukuka uygun örnek verilen istisnai kullanımlar arasında sayılmıştır.

³⁵⁶ Çiçekli, s. 96.

³⁵⁷ Tekinalp, Üçüncü Kişi, s. 634;

³⁵⁸ Çiçekli, s. 96.

³⁵⁹ Altıntaş, s. 114.

Uygulamada en fazla uyumsuzluğun söz konusu olduğu kullanım biçimlerinden birisi de, başkasına ait bir markanın yedek parça ürünleri belirtmek amacıyla kullanımıdır³⁶⁰.

Yedek parçaya ilişkin kullanımların hukuka uygun kabul edilmesindeki kriter, markanın kullanımının, satılan malın ya da verilen hizmetin niteliğine ilişkin müşterileri bilgilendirilme amacı taşıyıp taşımadığıdır.³⁶¹ Önemli olan husus kullanımın niteliğinin dürüstlük kuralına ve ticari hayattaki olağan akışa uygun olmasıdır. Yoksa elbette ki yedek parça üreten, pazarlayan ve satan firmaların, hangi markalar için onarım, bakım veya değişim hizmeti verdiklerini müşterilerine anlatmaları işlerinin gereği bir zorunluluktur³⁶². Marka sahibinden izin almaksızın, markaya uyumlu yedek parçaları alıp satan işletmeler ve malın tamiri ile bakımını yapan teknik servisler, yaptıkları işi tanıtmak ve müşterileri bilgilendirmek için markayı kullanmaktadırlar³⁶³. Örneğin cep telefonları için yedek batarya, ekran gibi parçalar üreten bir kişi iphone marka telefonlara uygun olduğunu anlatmak için bu markayı ürünün ambalajında kullanmak zorundadır³⁶⁴. Bir başka örnek teknik servislerde hangi marka kombi cihazlarının tamir ve bakımının yapıldığını belirtmek için kombi markalarının kullanımının gerekmekte olduğudur³⁶⁵. Zira bu markalar kullanılmadan yedek parça niteliğindeki bu ürünlerin pazarlanması mümkün değildir³⁶⁶. Buradaki sınır gerçekleşen kullanımın, müşterilere duyurulma amacıyla olması ve bu amacın aşılmamış olmasıdır. Otomobil tamir işini yapan, işletmelere ait levhalarda, tabelalarda, reklamlarda başkasına ait bir markanın kullanım

³⁶⁰ Yedek parça olarak en fazla yargıyı meşgul eden uyumsuzluklar ise otomotiv sektöründe meydana gelmektedir.

³⁶¹ Çiçekçi Ercan, s. 260.

³⁶² Çolak, Marka, s. 637; Çakır Çelebi, Fatma Betül: Yedek Parça Tasarımlarının Korunmasında Onarım Sınırlaması Kapsamının Marka Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi, THD 2021, C. 16, S.179, s. 1309.

³⁶³ Bozgeyik, Hayri: Marka Hakkının Korunması 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2019, s. 128.

³⁶⁴ Çakır Çelebi, s. 1309.

³⁶⁵ Bozgeyik, Marka Hakkı, s. 128.

³⁶⁶ Çakır Çelebi, s. 1309.

şeklinin, tabela boyutlarının halk tarafından o markanın yetkili bir şubesi yahut yetkili servisi olarak algılanmasına imkân vermeyecek şekilde olması gerekmektedir³⁶⁷. Örneğin tamir ve yedek parça işini yapan bir işletmenin tanıtım levhaları ve tabelası normal boyutlardan çok daha büyük şekilde ise, işçileri o markanın işçileri ile aynı kıyafeti giyiyorsa, işyerinin iç dizaynı müşteriler tarafından yetkili servis izlenimi uyandıracak nitelikte benzer ise bu durumda markanın kullanımının hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir³⁶⁸.

AB Adalet Divanı'nın vermiş olduğu Gillette Company / LA-Laboratories kararında³⁶⁹, davacı Gillette Company bir adet sap ve değiştirilebilir bir bıçaktan oluşan tıraş makineleri ve bu tür bıçakları üretip pazarlama işini yapan bir şirkettir. Gillette Company bu ürünlere adını verdiği Gillette ve Sensor markalarını tescil ettirmiştir. LA-Laboratories şirketi ise Gillette Company tarafından pazarlanan ürünlere benzer bir sap ile değiştirilebilir bıçak ve kendi başına bıçaklardan oluşan tıraş makineleri satmaktadır. Bu bıçaklar Parason Flexor markası altında satılmaktadır ve ürünlerin ambalajlarına "Tüm Parason Flexor ve Gillette Sensor kolları bu bıçakla uyumludur" yazan bir etiket yapıştırılmıştır. Gillette şirketleri, LA-Laboratories'in tescilli markasını ihlal ettiğini ileri sürerek Helsinki ilk derece mahkemesinde dava açmıştır. Davada Gillette Company, LA-Laboratuvarlarının, Gillette ve Sensör işaretlerini kullandığını bu durumun tüketicilerin zihninde Gillette şirketlerinin pazarladığı ürünler ile LA-Laboratuvarları ürünleri arasında bir bağlantı oluşturduğunu ve bu şirketin bir lisans veya başka bir amaçla yetkilendirildiği izlenimini verdiğini iddia etmiştir. Helsinki ilk derece mahkemesi, LA-Laboratuvarları'nın ürün ve ambalajlarına Gillette ve Sensör markasına ilişkin işaretleri

³⁶⁷ Bozgeyik, Marka Hakkı, s. 130-131; Çolak, Marka, s. 638.

³⁶⁸ Çolak, Marka, s. 638.

³⁶⁹ ABAD, C-228/03, 17.03.2005, Gillette Company/ LA-Laboratories, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=54126&, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

dikkat çekici bir şekilde koymasının, Gillette markasına ait münhasır hakkı ihlal ettiğine karar vermiştir. Kararın devamında yerel mahkeme 89/104 sayılı Direktifin 6(1)(c) maddesinin bir ürünün temel parçalarıyla değil, yalnızca üretilen ürünle uyumlu olan veya başka bir kişi tarafından pazarlanan yedek parça, aksesuar ve diğer benzer parçalarla ilgili olduğunu belirtmiştir. Somut uyuşmazlıkta, hem sapın hem de bıçağın yedek parça veya aksesuar olarak değil, tıraş makinesinin temel parçaları olarak görülmesi gerektiğine karar verilmiş ve LA-Laboratories şirketinin tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Temyize gidilmesi sonucu Helsinki Temyiz Mahkemesi Adalet Divanı'ndan görüş istemiştir. Adalet Divanı, markanın sahibi olmayan üçüncü bir kişi tarafından kullanılmasının, söz konusu üçüncü kişi tarafından pazarlanan bir ürünün kullanım amacını belirtmek için gerekli olması halinde hukuka uygun olacağını ifade etmiştir. Ayrıca uygulamada bu tür bir kullanımın, kamuoyuna anlaşılır ve eksiksiz bilgi sağlamanın yolu olduğunu, amacın o ürün için pazardaki bozulmamış rekabet sistemini korumak olduğu belirtilmiştir. Üçüncü kişi tarafından pazarlanan üründe bu tür bir kullanımın gerekliliğinin, kamuoyunda oluşturulan algı dikkate alınarak ulusal mahkeme tarafından belirleneceği söylenmiştir. Adalet Divanı kararının devamında, markanın kullanımının bazı durumlarda sınai ve ticari konularda dürüst uygulamalara uygun olmayacağını belirtmiştir. Burada, üçüncü kişi ile marka sahibi arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimi verilmesi, markanın ayırt edici özelliğinden veya itibarından haksız bir şekilde yararlanılarak o markanın değerinin etkilenmesi, markanın itibarının zedelenmesi veya karalanması, ürünün markayı taşıyan ürünün taklidi veya kopyası olarak sunulması hallerinde dürüst bir kullanımdan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. Temyiz mahkemesi bu görüş üzerine bir tıraş makinesinin bir sap ve bir bıçaktan oluştuğuna, tüketicinin ürünün bıçağının ayrı satılan yeni bir bıçakla değiştirebileceğine, bu nedenle bıçağın, tıraş makinesinin eski bir parçasının yerine geçtiği için, yedek parça olarak kabul edilebileceğine karar vermiştir. Kararın devamında, davalı LA-Laboratories tarafından

pazarlanan tıraş bıçağı ambalajlarında ürünün menşeyini kesin olarak belirten Parason ve Flexor işaretlerinin gözle görülür şekilde yer aldığı belirtilmiştir. Ayrıca, ambalajın dışına yapıştırılan nispeten mütevazı boyuttaki çıkartmalar üzerindeki küçük standart harflerle Gillette ve Sensör işaretlerine yapılan atfın, hiçbir şekilde Gillette şirketleri ile ticari bir bağlantı olduğu izlenimi veremeyeceği ifade edilerek, yerel mahkemenin kararı bozulmuş ve davanın reddine karar verilmiştir.

Marka hakkına tecavüz kararı verilen örnek bir Yargıtay kararına konu olayda³⁷⁰ ise, davacı, “Renault” markasını inhisari lisans sözleşmesi ile kullanma hakkına sahip olmuştur. Davacı, davalının hiçbir hukuki dayanağı olmadan “Renault” marka işaretini ve karakteristik yazısını, işyerinde, matbuatında, tabelalarında ve işçilerin giysilerinde kullandığını, bu şekildeki kullanımın davalının yetkili servis olduğu şeklinde bir izlenim uyandırdığını, davalının haksız rekabette bulunduğunu ve marka hakkına da tecavüz ettiğini belirterek dava açmıştır. Davalı ise kullanımın dürüst olduğunu belirterek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme kararında, fatura ve tahsilat makbuzunda davalının hukuki bir gerekçesi olmadan “Renault” marka işaretini ve karakteristik yazısını kullandığını, çalıştırmakta olduğu servisin tabela ve levhalarında, logolarında, matbuatında ve işçilerin kıyafetlerinde de dava konusu markayı kullandığını, gerçekleşen kullanımın davacının markasına tecavüz ve aynı zamanda haksız rekabet teşkil ettiğine karar vermiştir. Davalının temyiz yargı yoluna başvurusu sonucu, Yargıtay yerel mahkemenin kararını hukuka uygun bularak onamıştır.

Yargıtay birtakım kararlarında hâkim unsur ve tali unsur ayrımı yaparak buna göre kullanımın SMK m. 7/5 kapsamında olup olmayacağını değerlendirmektedir. Bu ayrıma göre dürüst olmayan kullanımda, üçüncü kişinin, tescilli markayı kullanırken, kendi işletme adını veya unvanını, işletmesine ait evraklar, tabelalar, ürünlerinin ambalajları

³⁷⁰ Yarg., 11. HD., T. 08.03.2010, E. 2008/11844, K. 2010/2510, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

gibi yerlerde hâkim unsur olarak kullanımı söz konusudur. Dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına uygun kullanımda ise, o markanın sahibi olduğuna ilişkin bir izlenim yaratmayacak ve karıştırılmayacak şekilde tali unsur olarak kullanımı mevcuttur. Konuya ilişkin örnek karara bakıldığında³⁷¹ davacı, “OPEL” adlı tescilli markanın sahibi olduğunu, davalının bu ibareyi işyerinde kullandığını, davalının söz konusu eyleminin haksız rekabet teşkil ettiğini ileri sürerek dava açmıştır. Davalı ise şirketinin üç ayrı marka aracın tamirini yapan özel servis olduğunu, bu araçların tamirinin yapıldığını belirtmek amacıyla levhasına marka adlarının yazıldığını, yetkili servis olduklarına ilişkin bir intiba uyandırmadıklarını belirterek davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme davalının, davacıya ait “OPEL” adlı markayı işyerinin ön cephesinde ve kartvizitinde kullandığını, ayrıca servis yazısında marka ile benzer işaretin kullanıldığını, bu şekilde tanınmış OPEL marka ve işareti ile arasında bir bağlantı olduğuna ilişkin müşterilerin zihninde bir izlenim yarattığını, bu nedenle tüketicileri yanılttığı gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Temyiz yoluna gidilmesi sonucu Yargıtay kararında, tamir servisine ilişkin hizmet veren bir işletmenin kendi işletme adını hakim unsur şekilde yazmak şartıyla işyerinde hangi marka araçlara hizmet verildiğini göstermek için başkasına ait markanın kullanımının tali unsur olarak kullanmasının hukuka uygun olabileceğini ifade etmiştir. Ancak somut olayda sunulan fotoğraf ve tanıtma vasıtalarının davalının davacının markasını tali unsur olarak değil, hakim unsur şeklinde kullandığına karar vererek yerel mahkemenin kararını onamıştır.

³⁷¹ Yarg., 11. HD., T. 03.10.2003, E. 2003/2346, K. 2003/8743, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 15.12.2008, E. 2007/10351, K. 2008/14005, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 01.05.2022), Yarg., 11. HD., T. 09.06.2014, E. 2014/4628, K. 2014/10939, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 01.05.2022), Yarg., 11. HD., T. 31.05.2017, E. 2016/454, K. 2017/3242, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 01.05.2022),

Yedek parçaya ilişkin markanın kullanımında Adalet Divanı'nın BMW / Deenik kararında³⁷², davacının tescilli “BMW” markası bulunmaktadır. “BMW” marka araçların ikinci el satışlarını, tamir ve bakımını yapan davalının, reklamlarında “BMW üzerine uzman” ibaresini kullanması, davacı tarafından dava edilmiştir. Mahkeme kararında bu şekilde gerçekleşen kullanımların hukuka uygun sayılması için belirli kriterler taşıması gerektiğini belirtmiştir. Bu kriterler, başkasına ait markayı kullanan kişi ile marka sahibi arasında ticari bir bağlantı olduğuna, özellikle o markanın dağıtım ağına bağlı olduğuna ya da ikisi arasında özel bir ilişki olduğuna dair bir izlenim vermemesidir. Kararın devamında üçüncü kişinin, tescilli bir markayı, sahibinin izni olmaksızın o markaya ait malların tamiri ve bakımını yaptığı veya o malların satışı ya da onarımı ve bakımı alanında uzman olduğuna ilişkin kamuoyunu bilgilendirme amacıyla kullanmasının hukuka uygun olduğu belirtilmiştir.

3. Eşdeğer Parça Olarak Kullanım

Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı tarafından yapılan bir tanıma göre³⁷³, “Eşdeğer (muadil) parça, bir motorlu aracın montajında kullanılan esas-orijinal parçaların değiştirilmesi amacıyla üretilen, ilgili yasal mevzuat (yönetmelik, standart, teknik düzenleme) çerçevesinde belirlenen deney, muayene metotlarına göre orijinal parçayla (kütle, boyut, malzeme ve işlevsellik vb.) kıyaslanarak tespit edilen kriterlere uygunluğu, akredite bir kuruluş tarafından belgelendirilmiş parçadır.” şeklindedir. Üçüncü kişi tarafından kullanılan markanın, ürün ve hizmetlerde eşdeğer parça olarak kullanıldığının belirtilmesinin gerekli olduğu hallerde, aksi kullanım hukuka aykırıdır. Eşdeğer parça,

³⁷² ABAD, C-63/97, 23.02.1999, BMW Nederland BV/Ronald Karel Deenik, https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=44426&, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

³⁷³ T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı'nın 13.01.2015 tarih ve 2015/2 sayılı genelgesi, https://www.tobb.org.tr/Sigortacilik/Mudurlugu/SigortaEksperleri/Documents/mevzuat/genelgeler/2-2015_13%20say%C4%B1%C4%B1%20genelge.pdf, (Erişim Tarihi: 17.05.2022).

orijinal olmayan ancak orijinali ile aynı işlevdeki ya da orijinale en yakın olan parçadır. Eşdeğer parçaya ikame parça da denilmektedir.

Özellikle otomotiv sektöründe eşdeğer parça kullanımı çok fazla görülmektedir. Bunun sebebi araçlardaki değişen parçalarda orijinalinin bulunması zor olması yahut parçanın çok pahalı olabilmesidir. Bu durumlarda değişen parça olarak orijinali ile birebir uyumlu, aynı işlevde olan, makul fiyatlı eşdeğer parçalar kullanılmaktadır. Bu parçaları müşteriye sunan firmalar ve oto servisleri ürünleri satarken orijinal olmadığını, aracın markası ile uyumlu olan eşdeğer nitelikte ürünler olduğunu belirtilmesi gerekmektedir. Örneğin, bir marka aracın kapısı, silecekleri, kaportası, çamurlukları orijinal olmayan ancak orijinali ile birebir uyumlu olacak şekilde yan sanayi şirketler tarafından otomotiv markalarının sahiplerinin izni olmaksızın üretilip satılmasında hukuka aykırılık yoktur³⁷⁴. Ancak yan sanayi üretimi olan bu eşdeğer parçaların orijinal bir parça gibi tanıtılması ve satılması durumunda marka sahipleri bu kullanımı engelleyebileceklerdir. Dolayısıyla orijinalmiş gibi tanıtım ve satım dürüst ve ticari hayatın olağan akışına uymamaktadır.

³⁷⁴ Yaman, s. 79.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DÜRÜSTÇE KULLANIMA AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

I. DÜRÜSTÇE KULLANIMIN SINIRLARININ AŞILMASI: MARKA HAKKINA TECAVÜZ

SMK m. 7/5'te üçüncü kişilerin başkasına ait bir markayı hukuki bir nedene dayanmadan kullanması durumunda marka sahibinin bu kullanımı engelleyemeyeceği haller düzenlenmiştir. Ancak Kanun maddesinde de belirtildiği üzere bu kullanımın belirli şartları vardır. Üçüncü kişinin başkasına ait bir markayı Kanun'da belirtilen söz konusu şartlara uygun olarak kullanmaması halinde tecavüz söz konusu olup; marka sahibinin marka hakkından doğan hakları kullanması ve üçüncü kişinin markayı kullanmasını engellemesi mümkündür. Bu bölümde üçüncü kişinin Kanun'da belirtilen kullanımı aşması ya da aykırı bir kullanım gerçekleştirmesi halinde marka hakkı sahibinin marka hakkını korumak için başvurabileceği hukuki yollar ve hukuka aykırı kullanımın üçüncü kişi açısından sonuçları anlatılacaktır.

II. HUKUKİ SONUÇLARI

A. GENEL OLARAK

SMK m. 29'da marka hakkına tecavüz sayılan fiiller hüküm altına alınmıştır. Burada marka hakkına tecavüzün kabul edilmesi için üçüncü kişilerce gerçekleştirilmesi gereken fiiller tahdidi olarak sayılmıştır. Söz konusu Kanun maddesine göre, "(1) Aşağıdaki fiiller marka hakkına tecavüz sayılır: a) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı 7 nci maddede belirtilen biçimlerde kullanmak. b) Marka sahibinin izni olmaksızın, markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markayı taklit etmek. c) Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini kullanmak suretiyle markanın taklit edildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde 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. ç) Marka sahibi tarafından lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek.”

Kanun maddesinin a bendinde, üçüncü kişinin marka sahibinin izni olmadan markayı Kanun’un 7. maddesinde belirtilen biçimlerde³⁷⁵ kullanması halinde markaya tecavüz fiilinin gerçekleştireceği belirtilmiştir. Konumuzu ilgilendiren kullanım şekli

³⁷⁵ SMK m. 7’ye bakıldığında, “(1) Bu Kanunla sağlanan marka koruması tescil yoluyla elde edilir. (2) Marka tescilinden doğan haklar münhasıran marka sahibine aittir. Marka sahibinin, izinsiz olarak yapılması hâlinde, aşağıda belirtilen fiillerin önlenmesini talep etme hakkı vardır: a) Tescilli marka ile aynı olan herhangi bir işaretin, tescil kapsamına giren mal veya hizmetlerde kullanılması. b) 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. c) 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.(3) Aşağıda belirtilen durumlar, işaretin ticaret alanında kullanılması hâlinde, ikinci fıkra hükmü uyarınca yasaklanabilir: a) İşaretin, mal veya ambalajı üzerine konulması. b) İşareti taşıyan malların piyasaya sürülmesi, teslim edilebileceğinin teklif edilmesi, bu amaçlarla stoklanması veya işaret altında hizmetlerin sunulması ya da sunulabileceğinin teklif edilmesi. c) İşareti taşıyan malın ithal ya da ihraç edilmesi. ç) İşaretin, teşebbüsün iş evrakı ve reklamlarında kullanılması. d) İşareti 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 kullanılması. e) İşaretin ticaret unvanı ya da işletme adı olarak kullanılması. f) İşaretin hukuka uygun olmayan şekilde karşılaştırmalı reklamlarda kullanılması (4) Markanın sahibine sağladığı haklar, üçüncü kişilere karşı marka tescilinin yayım tarihi itibarıyla hüküm ifade eder. Ancak marka başvurusunun Bülte’de yayımlanmasından sonra gerçekleşen ve marka tescilinin ilan edilmiş olması hâlinde yasaklanması söz konusu olabilecek fiiller nedeniyle başvuru sahibi, tazminat davası açmaya yetkilidir. Mahkeme, öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak tescilin yayımlanmasından önce karar veremez. (5) Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanılmasını engelleyemez: a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi. b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunulmuş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması. c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.” şeklindedir.

SMK m. 7/5'te düzenlenmiştir. Buna göre, üçüncü kişinin istisna hal olarak kullanımının Kanun'da düzenlenen şartlara uygun olarak gerçekleşmesi halinde marka hakkı sahibi marka hakkına tecavüz edildiği iddiasında bulunamayacaktır. Ancak bu kullanımın sınırlarının aşılması halinde marka hakkına tecavüzünün gerçekleştiği kabul edilebilecektir.

B. TECAVÜZ HALİNDE AÇILABİLECEK DAVALAR

Marka hakkına tecavüzün gerçekleşmesi durumunda, marka hakkı sahibinin açabileceği birtakım davalar bulunmaktadır. Bu davalar Kanun ile belirlenmiş olup SMK m. 149'da hüküm altına alınmıştır³⁷⁶. Bunlar, delillerin tespiti, fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması, maddi ve manevi zarar tazminatı ile itibar tazminatı davalarıdır.

1. Fiilin Tecavüz Olup Olmadığının Tespiti Davası

Marka hakkı sahibi SMK m. 149/1-a gereğince üçüncü kişinin gerçekleştirdiği fiilin tecavüz niteliğinde olup olmadığına ilişkin mahkemeden tespit yapılmasını isteyebilir. Fiilin tespitine ilişkin bu talep delillerin tespitinden farklıdır. SMK'da özel olarak düzenlenmiştir. Burada üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen fiilin markaya tecavüz olup olmadığının tespiti istenmektedir. Tecavüzün tespiti için fiili gerçekleştiren

³⁷⁶ SMK m. 149; “Sınai mülkiyet hakkı tecavüze uğrayan hak sahibi, mahkemeden aşağıdaki taleplerde bulunabilir: a) Fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti. b) Muhtemel tecavüzün önlenmesi. c) Tecavüz fiillerinin durdurulması. ç) Tecavüzün kaldırılması ile maddi ve manevi zararın tazmini. d) Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması. e) (d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması. f) Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası. g) Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi.”.

kişinin kusurlu olması ya da fiil sonucu bir zararın doğmuş olması şart değildir³⁷⁷. Ayrıca davanın açılması için tecavüz fiilinin devam etmesi şartı da bulunmamaktadır³⁷⁸. Tecavüz teşkil eden fiil sona erse dahi marka hakkı sahibi hukuki yararı bulunduğundan tespit davası açabilecektir³⁷⁹. *Tekinalp*'e göre, fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti davası açmak için, tecavüzün sona ermiş ama etkilerinin devam ediyor olması gerekmektedir³⁸⁰.

Fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığının tespitine ilişkin açılan dava müspet tespit davasıdır³⁸¹.

2. Muhtemel Tecavüzün Önlenmesi Davası

SMK m. 149/1-b'de düzenlenen hükme göre, marka hakkı sahibi, henüz tecavüze ilişkin fiiller başlamamış ancak hazırlık aşamasına geçilmiş ise gerçekleşmesi muhtemelen olan tecavüzün önlenmesini mahkemeden talep edebilir³⁸².

Tecavüzün önlenmesi davasının açılabilmesi için bir tecavüz tehlikesinin bulunması gerekmektedir. Tecavüz tehlikesi ise, tecavüz fiilinin tekrarlama veya başlaması hususunda güçlü emarelerin olmasıdır³⁸³. Örnek olarak, bir marka ile karıştırılma ihtimali olan bir markanın üretim hazırlığında olması³⁸⁴, ürünün satışını bildiren bir ilanın gazeteye verilmesi, internette yayımlanması veya ürünün sevk edilmesi için bir depoya konulması hallerinde tecavüz tehlikesinin varlığından söz edilebilmektedir³⁸⁵.

³⁷⁷ Öksüz, Mustafa: Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları, TBBD 2021, C. 34, S. 156, s. 310; Uzunallı, Marka, s. 185.

³⁷⁸ Uzunallı, Marka, s. 185.

³⁷⁹ Öksüz, s. 310.

³⁸⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 498.

³⁸¹ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 136.

³⁸² Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 136; Uzunallı, Marka, s. 151.

³⁸³ Çolak, Marka, s. 743; Öksüz, s. 310.

³⁸⁴ Uzunallı, Marka, s. 186.

³⁸⁵ Çolak, Marka, s. 743; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 497.

Yargıtay kararına konu bir olayda³⁸⁶, davalı tarafından “Ataköy Park Marin” adı altında, otel ve restoran bulunan bir kompleks tesis açılacağına yönelik bir haber gazeteye ilan verilmiştir. Otel ve geçici konaklama hizmeti veren “Park Marin” adlı markası olan davacı bu ilana dayanarak marka hakkına tecavüz edildiğini ileri sürmüştür. Yargıtay, mevcut bir tecavüz fiili olmasa dahi, muhtemel bir tecavüzün söz konusu olduğunu belirterek, muhtemel tecavüzün önlenmesine karar vermiştir.

Muhtemel tecavüzün önlenmesi davası HMK m. 105 anlamında, marka sahibinin mahkemeden davalının, marka hakkına tecavüz fiilini yapmamasını talep ettiği bir eda davası niteliğindedir³⁸⁷. Bu davanın açılması için failin kusurlu olması ya da marka sahibinin zarara uğramış olması şartı yoktur³⁸⁸.

Yine başka bir olayda³⁸⁹, davacı "DIAMOND" ve "Diamond Mücevherat" tescilli markalarının sahibidir. Davacı, davalının "DIAMOND" ibaresini marka ve ticaret unvanı olarak kullandığını ileri sürerek, marka hakkına tecavüz ve haksız rekabet oluşturan fiillerinin tespit ve önlenmesi için dava açmıştır. Davalı ise kuyumculukta "elmas" anlamına gelen "DIAMOND" ibaresini uzun zamandır kullandığını; ancak dava dilekçesinin kendisine tebliğinden on- 10-12 gün önce bu ibareyi tabelalarından sildiğini ve dava ile elde edilmek istenen hukuki yararın ortadan kalktığını savunarak, davanın reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi davalının “Bodrum Diamond” ve “Diamond E.C.+ Şekil” tescilli markalarının olduğunu ve bu markaların tescilli şekline uygun kullanım gerçekleştirdiğini, “Diamond” ibaresinin dilimizde “Elmas” anlamına geldiği ve ayırt edici niteliğinin bulunmadığı belirterek davanın reddine karar vermiştir. Ancak

³⁸⁶ Yarg., 11. HD., T. 13.05.2013, E. 2012/10802, K. 2013/9815, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.05.2022).

³⁸⁷ Uzunallı, Marka, s. 186.

³⁸⁸ Uzunallı, Marka, s. 186.

³⁸⁹ Yarg., 11. HD., T. 10.05.2010, E. 2008/13593, K. 2010/5070, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.05.2022).

Yargıtay³⁹⁰, davalının dava tarihinden önce bu kullanıma son verdiği ilişkin savunması olsa da davacı tarafından sunulan fotoğraflarda, davalının dava açıldıktan sonra bu kullanımına yeniden başladığı, yargılama boyunca markalarının kullanımını sürekli olarak değiştirdiği ve giderek davacı markasına yaklaştırmaya çalıştığı belirtilmiştir. Yargıtay bu kullanımın ise, marka hakkına tecavüz tehlikesi niteliğinde olduğuna karar vermiştir.

3. Tecavüz Fiillerinin Durdurulması Davası

SMK m. 149/1-c bendinde tecavüz fiillerinin durdurulması düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, tecavüz fiillerinin durdurulması talebinde bulunabilmek için somut bir tecavüz fiiline başlanmış olması ve bu fiillerin devam ediyor olması gerekmektedir³⁹¹. Hak sahibinin söz konusu talepte bulunabilmesi için, failin kusurlu olmasına ya da marka sahibinin bir zararının olmasına gerek bulunmamaktadır³⁹². Tecavüz fiili devam ettiği sürece zamanaşımı da söz konusu değildir³⁹³. Tecavüz fiillerinin durdurulması davasının ise, niteliği itibariyle bir eda davası olduğu ifade edilmektedir³⁹⁴. Tecavüze ilişkin fiillerin hazırlık aşamasında olması halinde dahi mahkeme bu fiillerin durdurulmasına karar verebilecektir³⁹⁵. Tecavüzün sona ermesi durumunda iş bu davanın açılması mümkün değildir³⁹⁶.

³⁹⁰ Yargıtay tarafından dosyaya sunulan bilgi ve belgelerin incelenmesi sonucu davalının kendi markasını tescil ettirdiği şekilde değil, “Diamond” ibaresini tek başına ve öne çıkararak, işyeri tabelalarında ve broşürlerinde kullandığını, bu kullanımın dürüst olmadığı ve tecavüz teşkil ettiği tespit edilmiştir.

³⁹¹ Çolak, Marka, s. 742-743; Uzunallı, Marka, s. 186; Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 136.

³⁹² Uzunallı, Marka, s. 186; Çolak, Marka, s. 744; Meran, s. 517; Öksüz, s. 311; Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 137.

³⁹³ Çağlar, Marka, s. 123; Meran, s. 517; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 497; Çolak, Marka, s. 744; Öksüz, s. 310.

³⁹⁴ Meran, s. 517; Öksüz, s. 311; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 497.

³⁹⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 515; Kavlak, s. 1547. Bu hususa örnek olarak tecavüze konu markanın işaretinin benzerinin çiziminin bir ressamla anlaşılması verilmiştir. Bkz. Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 515.

³⁹⁶ Öksüz, s. 310.

4. Tecavüzün Kaldırılması Davası

SMK m. 149/1-ç bendinde marka hakkı tecavüze uğrayan kimsenin tecavüzün kaldırılması talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Burada mahkemeden tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılması, eski durumun geri getirilmesi istenmektedir³⁹⁷. Talepte bulunabilmek için tecavüzün gerçekleşmiş olması ve etkilerinin devam ediyor olması şarttır³⁹⁸. Buna karşılık tecavüzün devam ediyor olması veya tekrar etme tehlikesinin bulunması zorunlu değildir³⁹⁹. Örneğin, malların piyasaya sürülmesi, internette satışa sunulması, fuarda sergilenmesi gibi sonuç olmalıdır⁴⁰⁰. Ancak tecavüz sona ermiş ve sonuçları ortadan kalkmışsa⁴⁰¹ tecavüzün kaldırılması talebinde bulunulması mümkün değildir⁴⁰².

Tecavüzün kaldırılması için marka hakkı sahibinin talep edebileceği hususlar SMK m. 149'da sayılmıştır. Bunlar, SMK m. 149/1-d'ye göre, *“Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması”*; SMK m. 149/1-e'ye göre, *“(d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.”*; SMK m. 149/1-f'ye göre, *“Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası”*dır.

³⁹⁷ Meran, s. 522; Uzunallı, Marka, s. 187; Çolak, Marka, s. 766.

³⁹⁸ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 137; Çolak, Marka, s. 766; Uzunallı, Marka, s. 187.

³⁹⁹ Öksüz, s. 311; Çolak, Marka, s. 766. Tecavüzün kaldırılması talebinde failin kusurlu olması ya da marka sahibinin zarara uğraması şart değildir. Çolak, Marka, s. 766; Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 137; Öksüz, s. 311; Uzunallı, Marka, s. 187.

⁴⁰⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 498.

⁴⁰¹ Tecavüzün sonuçları devam ettiği sürece zamanaşımı işlemez. Bu konuda bkz. Meran, s. 522; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 498.

⁴⁰² Çolak, Marka, s. 768; Öksüz, s. 311; Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 137.

Tecavüzün kaldırılması talebi ile muhtemel tecavüzün önlenmesi ve tecavüz fiillerinin durdurulması talepleri birbirinden farklıdır. Tecavüzün kaldırılmasında tecavüz sonuçları ortadan kaldırılmaya, bertaraf edilmeye çalışılmaktadır⁴⁰³. Diğerlerinde ise tecavüzün durdurulması ve tehlike aşamasında men edilmesi amaçlanmaktadır⁴⁰⁴. Örneğin, bir marka ile aynı işareti taşıyan ürünlerin fuarda sergilenmesine engel olunması muhtemel tecavüzün önlenmesi, bu ürünlerin sergilenmesi halinde sergiden çıkartılması tecavüz fiillerinin durdurulması, aynı işareti taşıyan ürünlerin fuarın katalogunda bulunması halinde bu işarete ilişkin açıklamaların silinmesi ise tecavüzün kaldırılmasıdır⁴⁰⁵.

5. Tazminat Davası

Marka hakkı tecavüze uğraşan kişilerin talepte bulunabilecekleri bir diğer husus ise tazminat talebidir. SMK m. 150 hükmüne göre, “(1) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiilleri işleyen kişiler, hak sahibinin zararını tazmin etmekle yükümlüdür.”.

Tazminat talebinde bulunmak için dava açılmasından önce dava şartı olan zorunlu arabulucuya başvurulmuş olması gerekmektedir. TTK m. 5/A.1 gereğince konusu bir miktar paranın ödenmesi olan tazminat taleplerinde dava açılmadan önce dava şartı olarak arabulucuya başvurulması gerekmektedir. Mutlak ticari dava TTK m. 4’ün d bendi fikri mülkiyet hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar için geçerli olup, tazminat konusundaki uyuşmazlıklar da zorunlu arabuluculuğa tabidir⁴⁰⁶.

⁴⁰³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 498.

⁴⁰⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 498.

⁴⁰⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 498.

⁴⁰⁶ TTK m. 5/A.2 ise arabulucuk süresini belirtmekte olup, arabulucu görevlendirildiği tarihten itibaren altı hafta içerisinde süreç sonuçlandırılmalıdır. Süre zorunlu hallerle sınırlı olmak üzere arabulucu tarafından en fazla iki hafta uzatılabilmektedir.

a. Şartları

Marka hakkına tecavüzün hukuki niteliği temelinde haksız fiil olması sebebiyle TBK m. 49 burada uygulama alanı bulacaktır⁴⁰⁷. Anılan hüküm gereğince tazminat talebinde bulunabilmek için birtakım şartların bulunması gerekmektedir. Bunlar, tecavüzü meydana getiren fiil, failin kusuru, failin fiili sonucu ortaya çıkan zarar ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağıdır⁴⁰⁸. Marka hukuku açısından tazminat talebi maddi, manevi ve itibar tazminatlarıdır. Sayılan dört şart tüm bu tazminat talepleri için geçerlidir⁴⁰⁹.

aa. Tecavüzü Meydana Getiren Fiil

Marka hukukunda tazminat talebinde bulunulabilmesi için tecavüzü meydana getiren fiilin SMK m. 29 kapsamındaki fiillerden biri olması gerekmektedir. Kanun maddesine göre, tecavüz olarak nitelendirilen fiiller, marka sahibinin izni olmadan, markayı taklit ederek üretim, satım, dağıtım faaliyetlerinde bulunmak, başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak, ihraç etmek ve ticari amaçla elde bulundurmak ve ürüne ilişkin sözleşme kurmak için öneride bulunmak, marka sahibinin izniyle alınan lisans hakkını izinsiz olarak genişletmek veya bu hakları marka sahibinden izinsiz üçüncü kişilere devretmektir⁴¹⁰. Bu madde hükmünde düzenlenmeyen fiilleri göstererek tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir⁴¹¹.

Markaya tecavüzün söz konusu olabilmesi için markanın dürüst kullanımına aykırı veya dürüst kullanımı aşan şekilde kullanımının gerçekleşmesi gerekmektedir⁴¹².

⁴⁰⁷ Aydın, Fatih: Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay Uygulamasında Marka Hukukunda Tazminat, TBBD 2017, C. 30, S. 133, s. 525; Çolak, Marka, s. 771.

⁴⁰⁸ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021, s. 594.

⁴⁰⁹ Aydın, s. 531.

⁴¹⁰ Aydın'a göre ise, tecavüzü meydana getiren fiil SMK m. 29 ile sınırlı olmayıp bu fiiller örnek olarak belirtilmiştir. Bkz. Aydın, s. 533.

⁴¹¹ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 138.

⁴¹² Marka hakkına tecavüzü meydana getiren fiilin hem marka hakkının zedelemesi hem de haksız rekabet oluşturması halinde hakların yarışması söz konusu olup, tecavüze konu eylem tek ise, tek bir tazminata

bb. Kusur

Kusur, benzer durum ve şartlar altında olan kişilerin, ortalama bir davranış sergilemesi beklenirken, buna uymayan ve aykırı davranış biçimine denmektedir⁴¹³. SMK'da kusura ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 49/1'de ise "*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*" denilerek tazminat sorumluluğu için kusurun varlığı aranmıştır. Kusur, sorumluluğun kurucu unsurudur⁴¹⁴.

Kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kast, failin davranışlarının hukuka uygun olmadığını bilmesine karşın fiili isteyerek gerçekleştirmesine denmektedir⁴¹⁵. İhmalde ise fail, hukuka aykırı sonucu istememiş olmakla birlikte makul ve yeterli özeni göstermemiştir⁴¹⁶. Bir kişinin marka olarak kullandığı işaretin, bir başkasının markasına zarar verip vermediğine yönelik bir araştırma yapmadan fiili gerçekleştirmesi ihmal olarak kabul edilmektedir⁴¹⁷.

Kusur belirlenirken, objektif kriterlerle birlikte, failin mesleği, tacir olup olmadığı gibi özel durumlar da değerlendirilmelidir⁴¹⁸. Tecavüz fiilini gerçekleştiren kişinin, öncesinde marka vekilinden danışmanlık aldığını ileri sürmesi ise kusuru ortadan kaldırmak için yeterli kabul edilmemektedir⁴¹⁹. Nitekim günümüzde internete erişim ve Türk Patent Marka Kurumu'ndaki marka sicilinin aleni olması sebebiyle markanın

hükmedilmektedir. Yarışan bu haklardan hangisinin seçilip ona göre tazminatın hesaplanacağına, tazminat talebinde bulunan karar vermektedir. Bkz. Çolak, Marka, s. 773.

⁴¹³ Eren, Borçlar Genel, s. 653.

⁴¹⁴ Çolak, Marka, s. 774; Eren, Borçlar Genel, s. 653. Kusur olmadan sorumluluk olabilmesi için ise, diğer bir deyişle kusursuz sorumluluk halleri için ise bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. SMK ya da başka bir kanunda konumuzla ilgili herhangi bir kusursuz sorumluluk düzenlemesi söz konusu olmadığından, kusur yoksa tazminat sorumluluğa da gündeme gelmeyecektir.

⁴¹⁵ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 139; Çolak, Marka, s. 774; Eren, Borçlar Genel, s. 658-659.

⁴¹⁶ Çolak, Marka, s. 774; Eren, Borçlar Genel, s. 661; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 503.

⁴¹⁷ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 139; Uzunallı, Tazminat, s. 335.

⁴¹⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 662-663; Uzunallı Tazminat, s. 335; Çolak, Marka, s. 774.

⁴¹⁹ Uzunallı, Marka, s. 194.

varlığının bilinmemesi açıklanmasının kabulü mümkün değildir⁴²⁰. Araştırma, sicil incelemek, televizyon ve radyo gibi reklam kanallarını takip etmek, fuarlar, kataloglar, özel veri bankalarını incelemek gibi davranışları sergilemektir⁴²¹.

cc. İlliyet Bağı

Tazminat sorumluluğun doğması için gerekli şartlardan biri de hukuka aykırı fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının kurulmuş olması gerektiğidir. İlliyet bağı sorumluluğun asli şartı, tazminat hukukunun ise temel ilkesidir⁴²². Gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran fiil arasındaki sebep-sonuç ilişkisine, illiyet bağı denir⁴²³.

Marka hukuku açısından tazminat talebinde bulunmak için tecavüz fiili ile zarar arasında illiyet bağının kurulmuş olması gerekmektedir⁴²⁴.

dd. Zarar

Tazminat talebinde bulunabilmek için failin hukuka aykırı davranışı sonucu marka hakkı sahibinin bir zararının doğmuş olması gerekmektedir. Zarar, hukuka aykırı fiil nedeniyle kişinin haklarında ve malvarlığı değerlerinde kendi iradesi dışında eksilmedir⁴²⁵. Marka hukuku açısından zarar belirlenirken markanın kökenine, ayırt edici işlevine ve markanın taşıdığı kaliteye verilen zarar dikkate alınmaktadır⁴²⁶.

Marka hakkı sahibinin zararını talep etmesi halinde bu zararın hesaplanması için birtakım verilere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu zarar miktarının hesaplanması için verilerin elde edilmesi hususunda SMK m. 150/3'te özel bir düzenleme yapılmıştır. Hükme göre,

⁴²⁰ Uzunallı Tazminat, s. 339.

⁴²¹ Uzunallı Tazminat, s. 340.

⁴²² Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975, s. 1; Yazar, İbrahim / Yazar, Hilal / Yerlikaya, Kübra: Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021, s. 58.

⁴²³ Eren, İlliyet Bağı, s. 1; Yazar İ. / Yazar H. / Yerlikaya, s. 58.

⁴²⁴ İlliyet bağını kesen birtakım sebepler bulunmaktadır. Bunlar, mücbir sebep, zarar görenin ağır kusuru ve üçüncü kişinin ağır kusurudur. Bkz. Eren, Borçlar Genel, s. 639.

⁴²⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 599.

⁴²⁶ Uzunallı, Marka, s. 192.

“Hak sahibi, sınai mülkiyet hakkının ihlali iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınai mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir.”. Burada ispat yükü marka hakkı sahibinde olup, kural gereği delilleri kendisinin bulması gerekirken, kanun tarafından istisna tanınarak delillerin karşı taraftan istenmesi imkânı getirilmiştir⁴²⁷. Tecavüz fiilini gerçekleştiren kişiden sadece zararın hesaplanması için gerekli ve yeterli olan belgeler istenebilecek olup, fazlasının istenmesi mümkün değildir⁴²⁸.

b. Tazminat Talebinin Türleri

SMK kapsamında marka sahibinin, tecavüz fiilini gerçekleştiren kimseden isteyebileceği üç tür tazminat bulunmaktadır. Bunlar maddi tazminat, manevi tazminat ve itibar tazminatıdır. SMK m. 149 ve m.150’de fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç olarak iki şekilde düzenlenmiştir. Tazminat türleri, miktarların hesaplanmasında temel alınan hususlar ayrı ayrı başlıklar halinde anlatılacaktır.

aa. Maddi Tazminat Davası

SMK m. 150/1 gereğince marka hakkı tecavüze uğrayan kişi, tecavüz fiilini gerçekleştiren kişiden zararını talep edebilecektir. Davanın hukuki niteliği eda davasıdır⁴²⁹. Maddi zarar, iki kalemden oluşmaktadır. Birincisi ortaya çıkan fiilî zarar, ikincisi ise marka hakkı sahibinin hukuka aykırı fiil nedeniyle yoksun kaldığı kardır.

⁴²⁷ Çolak, Marka, s. 776.

⁴²⁸ Çolak, Marka, s. 776.

⁴²⁹ Öksüz, s. 312.

aaa. Fiili Zarar

Marka hakkına tecavüz sonucu marka sahibinin malvarlığında meydana gelen net azalma fiili zarardır⁴³⁰. Azalmadan kastedilen malvarlığının aktifinde azalma ile pasifindeki artıştır⁴³¹. Fiili zararın hesaplanmasına ilişkin SMK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümler içeren TBK m. 51'e göre hesaplama yapılmaktadır. TBK m. 51 gereğince, "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*". TBK m. 50, "*Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.*" şeklinde olup, burada hâkimin zarar miktarını belirlerken uyguladığı yönteme yer verilmiştir.

Fiili zarar kalemlerine, marka sahibinin ürettiği ürünlerini satamaması, hukuka aykırı fiil nedeniyle piyasaya girememesi, tecavüz fiillerinin delil olarak toplanması için yapılan harcamalar ve başvuru hukuki yollar için yapılan ödemeler, kaybedilen pazar payını yenilemek için yapılan giderler vb. örnek gösterilebilir⁴³².

bbb. Yoksun Kalınan Kazanç

Yoksun kalınan kazançta marka hakkı sahibinin malvarlığında tecavüz fiilinden önce ve sonra bir değişiklik meydana gelmemiştir⁴³³. Yoksun kalınan kazançta, tecavüz sonucu gelecekteki kazanç veya kazanç ihtimali kaybedilmiştir⁴³⁴. Hayatın olağan akışı sonucu varsayımsal bir eksilme bulunmaktadır⁴³⁵. Bu nedenle yoksun kalınan kazanç,

⁴³⁰ Çolak, Marka, s. 775; Öksüz, s. 313.

⁴³¹ Meran, s. 524; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 501; Çolak, Marka, s. 775; Öksüz, s. 313.

⁴³² Aydın, s. 542; Meran, s. 524.

⁴³³ Atasoy, Kemal: Marka Hakkına Tecavüzde Yoksun Kalınan Kazancın Hesaplanması, ANÜHFDS 2015, C. 1, S.1, s. 27; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 502.

⁴³⁴ Yasaman, Hamdi / Ayoğlu, Tolga/ Yusufoglu Bilgin, Fülür/ya/ Memiş Kartal, Pınar / Yüksel, Sinan / Yasaman, Zeynep: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt III, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021, s. 3093.

⁴³⁵ Atasoy, s. 27-28; Aydın, s. 544; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 502.

tecavüz fiili hiç olmasaydı marka hakkı sahibinin malvarlığındaki olası artış ile tecavüz sonucu halihazırdaki durum arasındaki farktır⁴³⁶.

Yoksun kalınan kazanç SMK m. 151’de özel olarak düzenlenmiştir. Marka hakkı sahibinin yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik seçimlik hakları bulunmaktadır. Madde hükme göre bakıldığında, “(2) *Yoksun kalınan kazanç, zarar gören hak sahibinin seçimine bağlı olarak, aşağıdaki değerlendirme usullerinden biri ile hesaplanır:*

a) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir.

b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç.

c) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli.

(3) Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, özellikle sınai mülkiyet hakkının ekonomik önemi veya tecavüz sırasında sınai mülkiyet hakkına ilişkin lisansların sayısı, süresi ve çeşidi, ihlalin nitelik ve boyutu gibi etkenler göz önünde tutulur.”.

Marka hakkı tecavüze uğrayan kimse bu seçimlik haklardan birini seçmek zorundadır⁴³⁷. Buradaki usullerden farklı bir usulle yoksun kalınan kazancın hesaplanması talep edilemez⁴³⁸. Benzer şekilde davacının talep ettiği farklı bir seçimlik hakka da hükmedilemez. Örnek bir Yargıtay kararında Yüksek Mahkeme, davacının talebi dışında yapılan hesaplama nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Kararda şu ifadeler yer verilmiştir⁴³⁹; “*Davacı, dava*

⁴³⁶ Çolak, Marka, s. 775; Atasoy, s. 28; Aydın, s. 544.

⁴³⁷ Atasoy, s. 35.

⁴³⁸ Atasoy, s. 35; Meran, s. 525; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3094.

⁴³⁹ Yarg., 11. HD., T. 14.06.2017, E. 2016/1180, K. 2017/3719, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.05.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 12.10.2015, E. 2015/3564, K. 2015/10289, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.05.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz.

dilekçesinde maddi tazminat talebinin açıkça 556 Sayılı KHK'nın 66/a maddesi uyarınca "marka tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, marka sahibinin markanın kullanması ile elde edebileceği muhtemel gelire göre" hesaplanmasını talep ettiği halde, KHK'nın 66/b maddesine göre "davalı şirketin markayı kullanmak yoluyla elde ettiği kazançta göre" tazminat hesaplayan bilirkişi raporu esas alınmak suretiyle maddi tazminatın belirlenmesi isabetli değildir. Bu nedenle, mahkemece davacının talebine uygun şekilde hesaplama yapılması ve bu kapsamda davacının ticari defter ve kayıtlarının incelemesi suretiyle maddi tazminatın ve buna bağlı olarak da manevi tazminat takdiri gerekeceğinden kararı maddi ve manevi tazminat bakımından bozulması gerekmiştir."

Marka hakkı sahibinin hangi usulü seçtiğini belirtmesi gerekmekte olup, aksi durumda mahkeme kendisi karar vermemekte, hak sahibine bu hususu açıklattırmaktadır⁴⁴⁰.

Marka sahibi Kanun ile kendisine tanınan bu usullerden birini seçtikten sonra kural bu usulle bağlı kalması olup, seçtiği usulden vazgeçerek serbestçe başka bir usule

Yarg., 11. HD., T. 22.06.2015, E. 2015/3130, K. 2015/8586, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

⁴⁴⁰ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3096; Çolak, Marka, s. 778. Bir kararında Yargıtay, "Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucunda düzenlenen raporda davacılar vekilinin belirttiği yasal düzenlemede ifade edilen üç usulden hangisine dayandığı açıklattırdıktan sonra maddi tazminatın tespitinin yapılacağı belirtilmiştir. İstemini açıklaması için kendisine süre verilen davacılar vekili, aynı zamanda bilirkişi raporuna karşı beyanlarını içeren dilekçesinde bu husustaki tercihinin tam olarak ifade etmiş değildir. O halde mahkemece, davacılar vekiline 556 sayılı KHK'nın 66. maddesinde yoksun kalınan kazancın belirlenmesine ilişkin usullerden hangisine dayandığını tereddütsüz şekilde açıklattırılması, maddi tazminat bakımından uzman bilirkişi vasıtasıyla incelemesi yaptırılması ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." şeklinde karar vermiştir. Yarg., 11. HD., T. 02.06.2005, E. 2004/7923, K. 2005/5758, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

geçmemektedir⁴⁴¹. Bu durum ancak karşı tarafın açık rızası veya ıslah yolu ile mümkündür⁴⁴². Yargıtay'ın görüşü de aynı doğrultudadır⁴⁴³.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında marka hakkı sahibinin seçiminden önce hesaplamanın yapılması sırasında esas alınacak hususlara ilişkin SMK m. 151/3'te bir hüküm getirilmiştir. Buna göre yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında, marka hakkının ekonomik önemi ve tecavüzün gerçekleştiği sırada bu hakka ilişkin lisansların sayısı, süresi, çeşidi, tecavüzün niteliği ve boyutu gibi etkenler dikkate alınmaktadır. Madde hükmünde “gibi etkenler” ibaresi kullanılarak, hesaplamadaki kriterlerin sadece madde hükmü ile sınırlı olmadığı belirtilmektedir⁴⁴⁴. Örneğin markanın hitap ettiği çevrede tanınmışlık seviyesi, markayı taşıyan ürünlerin piyasadaki pazar payı da hesaplamada etkin rol oynayacak diğer hususlardır⁴⁴⁵. Yoksun kalınan kazancın hesaplamasında bu kriterlere bakıldıktan sonra marka hakkı sahibi tarafından Kanun maddesinde verilen değerlendirme usullerinden seçilen usule göre hesaplama yapılmaktadır.

⁴⁴¹ Öksüz, s. 314; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3094-3095.

⁴⁴² Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3095; Öksüz, s. 314.

⁴⁴³ “... davacı vekili 18/03/2008 tarihli celsede 556 KHK'nın 66/c bendi uyarınca istedikleri tazminat talebinden vazgeçtiklerini, bunun yerine aynı maddenin a,b ve c bentlerine göre yapılacak inceleme sonucunda müvekkilinin lehine olacak tazminata hükmedilmesini istemiş, davalı tarafça bu taleplere muvafakat edilmemiştir. 556 sayılı KHK'nın 66'ıncı maddesinde marka hakkının ihlali halinde yoksun kalınan kazancın temini için talep edilebilecek tazminat talebi 3 ayrı seçenek halinde belirtilmiş olup, davacı marka hakkı sahibi başlangıçtaki tercihi itibariyle bunlardan lisans bedeline ilişkin (c) bendine dayalı talepte bulunduğuna göre, karşı tarafın muvafakati olmaksızın bu talebini değiştiremeyeceği gibi ıslah sureti ile de söz konusu tazminata dair 66'ıncı maddesindeki seçeneklerden bir diğerine dayanılmadığından, artık mahkemece 556 sayılı KHK'nun 66/1- (c) bendi yani lisans bedeli dışında bir başka tazminat seçeneğine dayalı olarak maddi tazminata hükmedilemez. Bu bakımından davalı vekilinin maddi tazminata yönelik temyiz isteminin kabulü ile kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir.” Yarg., 11. HD., T. 27.02.2012, E. 2010/10672, K. 2012/2762, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 20.07.2022).

⁴⁴⁴ Çolak, Marka, s. 785.

⁴⁴⁵ Öksüz, s. 315; Çolak, Marka, s. 785.

Yoksun kalınan kazancın hesaplanmasında kanunda üç usul bulunmaktadır. Bu usuller, marka hakkı sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, tecavüz edenin elde ettiği net kazanç ve lisans örnekesidir.

aaaa. Marka Hakkı Sahibinin Elde Edebileceği Muhtemel Gelir

SMK m. 151/2-a bendinde, marka sahibinin yoksun kalınan kazancının hesaplanması için seçebileceği usullerden biri, “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir*”’dir. Uygulamada en çok tercih edilen yoksun kalınan kazanç, muhtemel gelir hesaplaması ile belirlenmekte olup, burada davacı olan marka hakkı sahibinin elde edebileceği gelir muhtemel olarak başka bir deyişle varsayımsal olarak soyutlama unsurlarla hesaplanmaktadır⁴⁴⁶. Davacının kazanç kaybına ilişkin yeterli delil olması halinde hâkim hesaplamaya gidilmesine karar verebilmektedir⁴⁴⁷. Burada net bir kayıp değil, muhtemel bir kazancın olması yeterli olmaktadır⁴⁴⁸.

Öncelikle davacının gelirinin hukuka uygun olarak elde edilebilir olması gerekmekte olup, hukuka aykırı elde edebileceği gelir hesaplamaya dahil edilmemektedir⁴⁴⁹.

Yapılacak hesaplamada dava konusunu oluşturan mallar dışında elde edilen gelirlerin hesap dışı bırakılması gerekmektedir⁴⁵⁰.

Hesaplamada marka hakkı sahibinin ticari kayıt ve defterleri, markasının değeri, işletme verimliliği, pazarlama şekli, maliyet yapısı, cirosu gibi hususlar dikkate alınmaktadır⁴⁵¹. Muhtemel gelir hesaplanırken marka hakkı sahibine ait olan gelirler

⁴⁴⁶ Uzunallı, Tazminat, s. 388; Öksüz, s. 315; Çolak, Marka, s. 786-790.

⁴⁴⁷ Uzunallı, Tazminat, s. 388.

⁴⁴⁸ Uzunallı, Tazminat, s. 388.

⁴⁴⁹ Uzunallı, Tazminat, s. 389.

⁴⁵⁰ Öksüz, s. 315.

⁴⁵¹ Çolak, Marka, s. 786; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3101; Atasoy, s. 38.

dışında bir de tecavüzün boyutuna bakılmaktadır. Örneğin, davacı marka hakkı sahibinin markası taklit edilerek üretilen ürünlerin niteliği, miktarı, tecavüz edenin ticari kayıtları, aldığı siparişler, tecavüzün tespitinden önceden yapmış olduğu satışlar, ürünleri sattığı fiyat, stok ürün bulunup bulunmadığı gibi hususlar da hesaplamaya katılmaktadır⁴⁵². Bu seçeneğe göre yapılacak hesaplamalarda hem marka hakkı sahibinin hem de tecavüz edenin ticari kayıtları incelenerek, tecavüzün boyutu, marka hakkı sahibinin önceki yıllardaki ticari faaliyetleri, kar-zarar oranları belirlenip hesaplama yapılmaktadır⁴⁵³.

bbbb. Tecavüz Edenin Elde Ettiği Net Kazanç

SMK m. 151/2-b bendinde, marka sahibinin yoksun kalınan kazancının hesaplanması için seçebileceği usullerden bir diğeri, “*sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç*” olarak Kanun’da belirtilmiştir. Buradaki hesaplama muhtemel gelirdeki gibi varsayımsal bir hesaplama olmayıp, elde edilen gelir net olarak hesaplanmaktadır. Net kazancın iadesi tecavüz edeni tecavüz fiilini hiç gerçekleştirmemiş olsaydı bulunacağı konuma getirmelidir⁴⁵⁴. Bir başka deyişle net kazanç tecavüz fiili sonucu tecavüz edenin sağladığı kazanç ile tecavüz fiili hiç gerçekleşmeseydi tecavüz edenin malvarlığının bulunacağı durum arasındaki farktır. Burada amaçlanan marka hakkı sahibinin zararının tazmin edilmesi değil, marka hakkı sahibinin malvarlığındaki eksilmenin adil olarak denkleştirilmesidir⁴⁵⁵.

Tecavüz edenin elde ettiği net kazancın hesaplanması için tecavüz fiili sonucu tecavüz edenin kazancı ile marka hakkı sahibinin zararı arasında bir bağlantı olması gerekmektedir⁴⁵⁶. Aksi takdirde marka hakkı sahibi bu usule göre yoksun kalınan kazancın hesaplanmasını mahkemeden talep edemez. Bağlantının olmadığına ilişkin ispat

⁴⁵² Çolak, Marka, s. 786.

⁴⁵³ Çolak, Marka, s. 787.

⁴⁵⁴ Uzunallı, Tazminat, s. 395.

⁴⁵⁵ Uzunallı, Tazminat, s. 395.

⁴⁵⁶ Uzunallı, Tazminat, s. 395.

yükü ise tecavüz fiilini gerçekleştirene aittir⁴⁵⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus; tecavüz edenin tüm kazancının değil, tecavüze konu markaya ilişkin ürünlerden elde ettiği net kazanç esas alınmakta olduğudur⁴⁵⁸. Tecavüz edenin markayı haksız kullanması sonucu elde ettiği gelirden, yapılan masraflar ile ödenen vergiler mahsup edilerek net kazanç hesaplanmaktadır⁴⁵⁹.

Hesaplama yapılırken tecavüz edenin ticari faaliyetinin boyutu, cirosu, sipariş miktarı, üretim miktarı, stok durumu, satış miktarı, satış fiyatı vb. unsurlar dikkate alınmaktadır⁴⁶⁰.

Marka hakkına tecavüz edenin genellikle kayıt dışı iş yapması nedeniyle, kazancının belirlenmesi için gerekli olan belgelere, faturalara ulaşılmasının mümkün olmadığı durumlarda satış rakamları tespit edilememektedir⁴⁶¹. Bu durumda minimum üretimden yola çıkarak hesaplama yapılmaktadır⁴⁶². Bu duruma örnek bir Yargıtay kararına bakıldığında⁴⁶³, davalının işyerinde ele geçirilen gömleklerin davacının tescilli markası ile aynı olduğunun tespit edilmesi sonucu marka hakkına tecavüz fiilinin gerçekleştiğine karar verilmiştir. Ancak davalının işyerinde sadece 7 adet gömlek ele geçirildiğinden tazminatın bu sayı üzerinden hesaplanması hayatın olağan akışına aykırı görülmüştür. Davalının üretim miktarı tam olarak belirlenememiş olup, uzman bilirkişi dava konusu gömleğin üretimi için en az bir top kumaş alınmasının gerekli olduğunu belirtip, 3 farklı renk olduğundan 3 top kumaş üzerinden hesaplama yapmıştır. Bir top

⁴⁵⁷ Uzunallı, Tazminat, s. 395.

⁴⁵⁸ Öksüz, s. 316; Uzunallı, Tazminat, s. 400.

⁴⁵⁹ Ayoğlu / Yusufoğlu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3103; Atasoy, s. 39.

⁴⁶⁰ Çolak, Marka, s. 792.

⁴⁶¹ Çolak, Marka, s. 792.

⁴⁶² Çolak, Marka, s. 792.

⁴⁶³ Yarg., 11. HD., T. 30.11.2015, E. 2015/4309, K. 2015/12738, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 04.07.2022).

kumaştan 90 gömlek üretilebildiği, 3 top kumaştan 270 gömlek üretilip satıldığı düşünülerek hesaplama bu miktar üzerinden yapılmıştır.

Tecavüz edenin net kazancının hesaplanabilmesi için gerekli olan bilgi ve belgelere hiçbir şekilde ulaşamaması halinde⁴⁶⁴ mahkeme TBK hükümlerine göre tecavüz edenin gelirini yaklaşık olarak belirleyip takdir etmektedir⁴⁶⁵. Örnek bir Yargıtay kararında⁴⁶⁶ tecavüz edenin kazancının hesaplanabilmesi için gerekli olan bilgi ve belgelerin bulunmaması sebebiyle davacının tazminat talebini reddeden ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur. Karara bakıldığında, “... zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı taktirde hakim, halin mutad cereyanı ve zarara uğrayanın aldığı tedbirleri nazara alarak zarar miktarını adalete uygun şekilde tayin eder. Bu durumda mahkemece; dosyada mevcut deliller, iddia ve savunma gözönüne alınıp, davalının eylemleri sebebiyle davacının her halükarda maddi zararının olacağı ancak davalının ticari defterleri üzerinde inceleme yapılamaması sebebiyle bu zarar miktarının tam olarak tespitin mümkün bulunmadığı gözetilerek adalete uygun bir maddi tazminata hükmetmek gerekirken yazılı gerekçeyle bu istemin reddi doğru olmamış, kararın temyiz eden davacı yararına bozulması gerekmiştir.” şeklindedir.

cccc. Lisans Örnekesmesi

SMK m. 151/2-c bendinde, marka sahibinin yoksun kalınan kazancının hesaplanması için seçebileceği usullerden bir diğeri, “sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedeli.”⁴⁶⁷dir. Bu usulde marka hakkına tecavüz edenin hukuka

⁴⁶⁴ Bu hallere davalı tecavüz edenin vergi ve ticari sicil kaydının olmaması, ticari defter tutmaması, satış yaptığı ürünleri kayıt altına almaması ya da kayıtlarında başka ürün olarak göstermesi ya da tüm bu belgelerin yangın, sel gibi doğal felaketler sonucu zayi olması gibi durumlar örnek verilebilmektedir. Bkz. Çolak, Marka, s. 796.

⁴⁶⁵ Çolak, Marka, s. 796.

⁴⁶⁶ Yarg., 11. HD., T. 30.06.2014, E. 2014/6714, K. 2014/12541, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 04.07.2022).

uygun bir lisans sözleşmesi ile markayı kullansaydı ödemesi gereken varsayımsal lisans bedeli⁴⁶⁷ belirlenmektedir⁴⁶⁸. Marka sahibinin malvarlığında, tecavüz nedeniyle farazi lisans bedeline denk bir eksilmenin meydana geldiği kabul edilmektedir⁴⁶⁹. Bu hesaplama yöntemine öğretide lisans örneksemesi denilmektedir⁴⁷⁰.

Lisans bedeli belirlenirken, mahkeme tarafından davacı marka hakkı sahibinden örnek lisans sözleşmesi sunması istenmektedir. Davacının sunmuş olduğu lisans sözleşmesi somut olaya göre uyarlanmalıdır. Tecavüz edenin ürettiği ürün miktarı, tecavüzün süresi, davacının ticari performansı vb. somut veriler gözetilerek lisans bedeli hakkaniyete uygun olarak belirlenmektedir⁴⁷¹. Örnek lisans sözleşmesi süresi ile somut olaydaki lisans süresinin farklı olması halinde yine somut olaya göre sözleşmede kararlaştırılan bedel süre üzerinden değerlendirilerek somut olaya uyarlanmalıdır⁴⁷². Bu usulde amaç davacının alacağı tazminatın zenginleşme aracı değil, davacının maruz kaldığı tecavüz sonucu zararını tazmin etmektir. Zararın tespitinde lisans bedeli belirlenirken hüküm tarihi esas alınarak miktar belirlenmelidir⁴⁷³.

⁴⁶⁷ Lisans bedelinin münhasır lisans mı yoksa münhasır olmayan lisansa mı göre belirleneceği Kanun'da net olarak belirtilmemiştir. Çolak'a göre, burada uygulanması gereken münhasır olmayan lisans bedelidir. Çünkü münhasır lisans bedeli münhasır olmayana göre çok daha yüksektir. Farazi bir lisans bedeli belirlendiğinden münhasır olmayan lisans bedelinin uygulanması gerektiğini savunmuştur. Çolak görüşünün devamında, somut olayın özelliğine göre olayda münhasır lisans bedelinin uygulanmasının da mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. Çolak, Marka, s. 798; İsviçre öğretisine göre ise, lisans bedeli kural olarak münhasır olmayan lisans bedelidir. İstisna olarak, marka sahibi halihazırda hiç lisans vermemiş veya ancak münhasır lisans verecek bir konumda ise münhasır lisans bedeline göre hesaplama yapılmalıdır. Bkz. Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3106.

⁴⁶⁸ Öksüz, s. 316; Çolak, Marka, s. 798; Atasoy, s. 41.

⁴⁶⁹ Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3103.

⁴⁷⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet s. 502; Atasoy, s. 41; Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3103.

⁴⁷¹ Çolak, Marka, s. 799.

⁴⁷² Çolak, Marka, s. 799.

⁴⁷³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet s. 503.

Mahkemenin davacıdan örnek lisans sözleşmesi istemesine karşın, davacı tarafından böyle bir sözleşmenin sunulmaması halinde, mahkeme ticaret odaları veya ilgili meslek oda ve kuruluşlarından lisans bedeli hakkında görüş istemektedir⁴⁷⁴. Aynı zamanda mahkeme, davacı ve davalının ticari defterlerine, geçmişteki üretim ve satış miktarlarına, piyasa hacmine, markanın tanınmışlığına, ihlalin boyutuna göre bilirkişiden lisans bedeli hesaplamasını talep ederek makul, adil ve hakkaniyete uygun bir lisans bedeline hükmedebilmektedir⁴⁷⁵. Örnek bir Yargıtay kararına göre⁴⁷⁶, davacı tescilli “D&R” markasının kullanımı için davalı ile yaptığı franchise anlaşmasını haklı nedenlerle feshettiğini, ancak davalının markayı kullanmaya devam ettiğini ileri sürerek, 24,454 TL maddi tazminat, marka itibarının zedelenmesi nedeniyle de 50.000 TL manevi tazminat talepli dava açmıştır. Yerel mahkeme kararında davacının markaya tecavüz edildiği hususunda haklı olduğuna karar vermiş ve lisans bedelinin taleple bağlı kalınarak 24,454 TL olduğuna hükmetmiştir. Davacı ve davalının temyiz yargı yoluna başvurusu ile Yargıtay lisans bedeli hususunda, “... markanın bir lisans anlaşması varmış gibi hukuka uygun şekilde kullanılması halinde ödenmesi gereken lisans bedeli dikkate alınmalıdır. Bu noktada, bir emsal araştırması yapılması ve objektif bir lisans bedelinin belirlenmesi amaçlanmalıdır. Dosyada başkaca emsal lisans sözleşmeleri bulunmadığına göre, taraflar arasında önceki tarihlerde yürürlükte olan franchise sözleşmesindeki lisans bedeline ilişkin hüküm de dikkate alınarak, davalının uyuşmazlık konusu dönemlere ilişkin defter ve belgeleri incelenmek suretiyle bu yıllardaki cirosu itibarıyla hakkaniyete uygun bir lisans bedeline hükmedilmesi gerekirken yazılı şekilde ve davacı defterlerine dayalı hüküm tesisi doğru olmamış, kararın davalı yararına bozulması

⁴⁷⁴ Çolak, Marka, s. 799.

⁴⁷⁵ Çolak, Marka, s. 800; Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3104.

⁴⁷⁶ Yarg., 11. HD., T. 16.04.2012, E. 2010/14829, K. 2012/6085, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.07.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 13.06.2013, E. 2011/8982, K. 2013/12375, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 10.07.2022).

gerekmiştir.” şeklinde, lisans bedeli belirlenirken lisans anlaşması varmış gibi ve her iki tarafı ticari kayıtları incelenerek miktarın belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.

bb. Manevi Tazminat Davası

SMK m. 149/3-ç’de marka hakkı tecavüze uğrayan kişinin mahkemeden manevi tazminat talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde eksilmenin giderilmesi ve bu eksilmenin iradesi dışında meydana gelmesidir⁴⁷⁷. Tecavüz fiili sonucu maddi bir zarar doğmasa dahi, manevi zarar doğmuş olabilir⁴⁷⁸. Manevi tazminat, maddi tazminattan bağımsız bir taleptir⁴⁷⁹. Manevi tazminatta amaçlanan fiziki ve ruhsal acı, hüznün, elem, ızdırabın bir miktar para ya da başka bir şekilde giderilmesi⁴⁸⁰ veya marka sahibinin ticari ve da kişisel değerlerinde ortaya çıkan zararın telafi edilmesidir⁴⁸¹.

Marka hukukunda manevi tazminat ile amaçlanan, marka hakkı sahibinin tecavüz sonucu ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların tazmin edilmesidir⁴⁸². Ticari ve kişisel varlığı ise marka sahibinin markasıyla piyasada sahip olduğu imge ve güvene denilmektedir. Örneğin motor yağlarıyla piyasada güven oluşturmuş bir markanın, taklit markalar sonucu kalitesine ilişkin olarak müşteri nezdinde bu güvenin zedelenmesi marka sahibi açısından verilen emeklerin boşa gitmesine sebep olacağından manevi tazminat hakkı doğurmaktadır⁴⁸³.

⁴⁷⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 893.

⁴⁷⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 894-895.

⁴⁷⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 895.

⁴⁸⁰ Aydın, s. 563; Sarıdağ, Orhan Gazi: Fikri Hukukta Manevi Tazminat, TAAD 2019, S. 40, C. 11, s. 180; Noyan, 607.

⁴⁸¹ Öksüz, s. 319.

⁴⁸² Demirel, Duygu: Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası, KÜHFD 2013, C. 4, S. 7, s. 57; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504; Aydın, s. 563; Uzunallı, Marka, s. 218.

⁴⁸³ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504.

SMK’da manevi tazminatın şartları ayrı bir şekilde düzenlenmediğinden genel hükümler uygulama alanı bulmaktadır. TBK m. 58’de kanun koyucu kişilik hakkı zedelenen kişiye, manevi tazminat adı altında bir miktar paranın ödenmesine talep etme hakkı vermektedir. Marka hakkına tecavüz edilen kişi mahkemeden TBK m. 58 gereğince manevi tazminat talep edebilmektedir. Burada marka hakkına tecavüz eden kişinin kusurlu olması şarttır⁴⁸⁴.

Manevi tazminat belirlenirken Yargıtay birtakım kriterlere dikkat etmektedir. Bu kriterlerin nasıl belirleneceğine ilişkin olarak vermiş olduğu bir kararda⁴⁸⁵: “*Manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olması ve hukuka aykırı eylemin yapılmasını istenir hale getirecek aşırı miktarlarda olması kabul edilmemekte ise de, takdir edilecek miktarın zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı, tecavüzü yapanda da başkalarının manevi değerlerine zarar verdiği takdirde somut olayın özelliğine göre, kimi zaman maddi tazminatın çok üstünde bir bedeli ödemek zorunda kalacağı düşüncesini sağlamaya yönelik olmalıdır.*” ifadelerine yer vermiştir. Kararda manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olarak değil, denkleştirme amaçlı ve tecavüz fiili gerçekleştiren kişide caydırıcı bir etki doğuracak nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir⁴⁸⁶.

cc. İtibar Tazminatı Davası

İtibar, marka hukukunda markanın hitap ettiği çevrede oluşturmuş olduğu saygınlık, güven duygusu ve müşterilerin markaya olan ilgisidir⁴⁸⁷. Bu saygınlık ve güven

⁴⁸⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504.

⁴⁸⁵ Yarg., 11. HD., T. 13.10.2005, E. 2004/12156, K. 2005/9680, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 22.05.2022).

⁴⁸⁶ Manevi tazminata ilişkin faiz ise davanın açıldığı tarihten itibaren değil, kişilik değerlerinde objektif eksilmenin meydana geldiği andan itibaren hesaplanmaktadır. Bkz. Demir, Kübra: Manevi Tazminatın Belirlenmesine Genel Bir Bakış, HKÜHFD 2016, S. 11, C. 6, s. 85.

⁴⁸⁷ Aytuğar, Bilge / Küçük, Sultan: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan İtibar Kaybı Tazminatı, İNÜHFD 2020, C. 11, S. 1, s. 11.

için markanın tanınmış olmasına gerek yoktur⁴⁸⁸. SMK m. 150/2’de itibar tazminatı talep edilebilmesi için bazı şartlar öngörülmüştür. Hükme göre, “*Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilmesi durumunda, hakka konu ürün veya hizmetlerin, tecavüz eden tarafından kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi, bu şekilde üretilen ürünlerin temin edilmesi yahut uygun olmayan bir tarzda piyasaya sürülmesi sonucunda sınai mülkiyet hakkının itibarı zarara uğrarsa, bu nedenle ayrıca tazminat istenebilir.*”. İtibar tazminatı maddi ve manevi tazminattan farklı olup, şartların oluşması halinde marka hakkı sahibi tarafından maddi ve manevi tazminata ek olarak talep edilebilmektedir. Manevi tazminat kişilik hakkının tecavüze uğraması sonucunda talep edilebilmekte, maddi tazminatta malvarlığında meydana gelen zarar talep edilmektedir⁴⁸⁹. İtibar tazminatında ise maddi zarardaki gibi fiilî zarar ya da yoksun kalınan kazanç değil veya manevi tazminattaki gibi marka sahibinin imaj ve itibarı değil, markanın bizzat kendisinin imaj ve itibarına ilişkin zararın giderilmesini amaçlamaktadır⁴⁹⁰. İtibar tazminatı talebinde bulunmak için markaya tecavüzün bulunması ve tecavüz fiilini gerçekleştirenin kusurlu olması gerekmektedir⁴⁹¹.

Kanun koyucu marka sahibinin uzun yıllar boyunca çalıştığı ve itibar kazandırdığı markasındaki kalite, güven, markanın imajı ve değerinin tecavüz fiili sonucu kayba uğramasının tazminini amaçlamaktadır⁴⁹². Tecavüz edenin markayı kötü bir şekilde kullanması söz konusu talebe hükmedilebilmesi için özellikle aranan bir husus olup, bu kullanım sonucu markanın itibarında bir zarar, bir zedelenme meydana gelmiş olmalıdır⁴⁹³. Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda itibar tazminatı şu şekilde

⁴⁸⁸ Erkan, Vehbi Umut: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Patent Hakkına Tecavüz Edilmesi Durumunda İtibar Kaybı Tazminatı, THD 2018, C. 13, S. 144, s. 18.

⁴⁸⁹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 505; Aydın, s. 568; Öksüz, s. 319.

⁴⁹⁰ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 505; Aydın, s. 568; Öksüz, s. 319.

⁴⁹¹ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 507; Erkan, s. 15.

⁴⁹² Meran, s. 539; Çolak, Marka, s. 818; Öksüz, s. 320; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 506.

⁴⁹³ Çağlar / Yıldız / İmirlioğlu, s. 144.

değerlendirilmiştir:⁴⁹⁴, “556 sayılı KHK.nin 68. maddesinde marka hakkına tecavüz eden tarafından markanın kötü veya uygun olmayan bir şekilde kullanılması sonucunda, markanın itibarı helale uğrarsa, marka sahibinin, bu nedenle ayrıca bir tazminat isteyebileceği ifade edilmiştir. Maddi ve manevi tazminattan farklı olarak düzenlenen bu tür zarar istemine, 551 sayılı KHK.nin 142 ve 554 sayılı KHK.nin 54. maddelerinde de yer verilmiştir. Anılan tazminat, işletmeden ziyade doğrudan markanın itibarına yönelik meydana gelen zararın giderilmesi amacını gütmektedir. Bu tazminatın gündeme gelmesinde önemli olan husus, markanın itibarının zarar görmesidir.”.

İtibar tazminatını oluşturan sebepler ürün veya hizmetin “kötü şekilde kullanılması veya üretilmesi”, “uygun olmayan tarzda piyasaya sürülmesi”dir. İtibar tazminatı talebinin doğması için bu sebeplerin markanın itibarını zarara uğratması şartı mevcuttur. Yalnızca hukuka aykırılığın ve zararın bulunması maddi ve manevi tazminat talebi için yeterli iken, itibar tazminat talebinde bulunabilmek için özellikle markanın itibarının zarara uğramış olması gerekmektedir⁴⁹⁵. Aynı zamanda kullanımın ticari amaçlı olması gerekmekte olup, kişisel kullanımlarda itibar tazminatı söz konusu değildir⁴⁹⁶. Örnek vermek gerekirse, çok pahalı bir araba markası olan Porche’yi satın alan kişinin aracına LPG taktırması halinde, marka hakkı sahibi, markanın itibarının zarara uğradığı iddiasıyla araç sahibinden itibar tazminatı talebinde bulunamayacaktır⁴⁹⁷.

İtibar tazminatında amaç markanın kalite, imaj ve toplum nezdindeki prestijini korumaktır⁴⁹⁸. Örneğin lüks ve pahalı bir parfümün markası kullanılarak, bir ürünün çok ucuz ve kalitesiz bir şekilde üretilip satılması halinde markanın itibarı da zedeleneceğinden marka hakkı sahibinin itibar tazminatı talep hakkı bulunmaktadır.

⁴⁹⁴ Yarg., 11. HD., T. 11.05.2009, E. 2008/1536, K. 2009/5629, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 23.05.2022).

⁴⁹⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 505; Uzunallı, Tazminat, s. 434.

⁴⁹⁶ Uzunallı, Tazminat, s. 433; Çolak, Marka, s. 821; Aytuğar / Küçük, s. 117.

⁴⁹⁷ Çolak, Marka, s. 821.

⁴⁹⁸ Çolak, Marka, s. 819.

Verilebilecek diğ er örnekler ise, kötü madde ve eski teknoloji ile üretilen mal ve hizmetler, kötü ambalaj ile veya ambalajsız yapılan satış, markanın itibarını hedef alan k    k d ş r   , alaycı karşılaştırmalar gibi fiillerdir⁴⁹⁹.

 tibar tazminatının mahkemeden talep edilmesi halinde hâkimin tazminat miktarına belirlerken somut olayın özelliklerine göre temel aldığı unsurlar bulunmaktadır. Bunlar, markanın imajı için yapılan masraflar, verilen zararın tamiri için yapılacak masraflar ( rneğin reklam ve ilan kampanyaları), markanın toplumda ulaşmış olduğu tanınırlığı, marka hakkı sahibinin vermiş olduğu emek vb. unsurlardır⁵⁰⁰.

C. TECAV  Z HALİNDE İLERİ SÜRÜLEBİLECEK DİĞER TALEPLER

Marka hakkına tecav  z n halinde, marka hakkı sahibinin mahkemeden talep edebileceği haklar SMK m. 149'da belirtilmiştir. Kanun maddesinde belirtilen bu talepler, ihtiyati tedbir, tecav  z  oluşturan ürünlere elkoyma ve bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, tecav  z n önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve son olarak mahkeme kararının ilanı talepleridir.

1. Delillerin Tespiti Talebi

Delillerin tespiti⁵⁰¹, açılmış olan veya ileride açılması planlanan bir davada davacının iddiasını ispatlamaya yönelik, davada kullanılacak delillerin tespitini sağlamak için talep edilmektedir⁵⁰². Delil tespitinde amaç, dava sürecinde delillerin incelenmesi

⁴⁹⁹ Aytuğar / K    k, s. 116.

⁵⁰⁰ Meran, s. 539; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 507.

⁵⁰¹ Dava konusu yapılmış bir hakkın varlığının ispatlanması, o hakkın doğumuna veya sona ermesine bağlanan sonuçların doğruluğuna bağlı olup, ancak maddi vakıanın tespiti ile mümkündür. Bu nedenle dava konusu hakkın ve bu hakka ilişkin savunmaların dayanağı olan vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemenin ikna edilmesi gerekmektedir. Taraflar ancak dayandığı vakıaların doğru olduğunu veya karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat ederek, davayı kazanır veya davanın reddine karar verilmesini sağlayabilmektedirler. Bahse konu bu vakıaların ispatı için başvurulan vasıtalar ise delillerdir. Bu nedenle deliller bir davada başarıya ulaşmak için b y  k öneme arz etmektedirler. Akil, Cenk: Medeni Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti, AÜHFD 2009, C. 58, S. 1, s. 3.

⁵⁰²  ağlar, Marka, s. 121; Dinçer, s. 225.

aşamasına gelene kadar, dayanılacak mevcut delilin veya delillerin kaybolmasını, zayi olmasının engellemektir⁵⁰³. Delil tespiti, dava açılmadan önce veya dava açıldıktan sonra yapılabilmektedir⁵⁰⁴.

Markaya tecavüzde ise, davacı tarafından tecavüze dayanak gösterilen fiillerin varlığının tespit edilmesi ve mahkemede delil olarak sunulması için mahkemeden delillerin tespiti talep edilmektedir⁵⁰⁵. Yoksa burada fiilin tecavüz oluşturup oluşturmadığı hususunda bir tespit yapılmamaktadır⁵⁰⁶.

Marka hakkına tecavüz davasında kullanılması amacıyla delil olarak tecavüze konu markayı taşıyan ürünlerin temin edilmesi, ürün veya hizmete ilişkin tabela, broşür, ambalaj, kartvizit, internet sitesi vb. reklam araçlarının fotoğraflanması gerekmektedir⁵⁰⁷.

Markanın dürüstçe kullanımında marka hakkı zedelenen davacı, marka hakkına tecavüz edildiğini ispat etmek için, davalının kullanımlarını delil tespiti talep ederek somutlaştırmakta ve mahkemeye sunmaktadır. Örnek bir Yargıtay kararına konu olayda⁵⁰⁸ Yüksek Mahkeme, davacının “RENAULT” ibaresi ile eşkenar dörtgen logo şekilli markalarının bulunduğunu, davalının davacıya ait “RENAULT” ibareli markayı, eşkenar dörtgen logo şekilli tanınmış markayı ve “Renault Trucks” ibareli ticaret unvanını ve kurumsal kimliğini oluşturan kırmızı renk tasarımı ile birlikte kullandığını, taraflar arasında ticari ilişki bulunduğu, yetkili bayi, yetkili servis olduğu izlenimini yarattığını, bunun SMK m. 7/5’e aykırı olduğunu, bu tarz kullanımın delil tespitleri ve alınan

⁵⁰³ Dinçer, s. 225; Akil, s. 13.

⁵⁰⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 401 gereğince dava açılmadan önce delil tespiti yapmakla görevli ve yetkili mahkeme esas hakkındaki davaya bakacak olan mahkemedir. Dava açıldıktan sonra ise her türlü delil tespiti yalnızca o davaya bakan mahkeme tarafından yapılabilir. 6100 sayılı HMK 04.02.2011 tarihinde 27836 sayılı R.G’de yayımlanmıştır.

⁵⁰⁵ Çağlar, Marka, s. 121.

⁵⁰⁶ Çağlar, Marka, s. 121.

⁵⁰⁷ Dinçer, s. 239.

⁵⁰⁸ Yarg., 11. HD., T. 09.06.2014, E. 2014/4628, K. 2014/10939, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 01.05.2022)

raporlarla belgelendiğini ifade etmiştir. Karardan da anlaşılacağı üzere delillerin tespiti, tecavüzün tespitine değil, tecavüzün dayandığı maddi fillerin tespitine ilişkindir.

Bir başka Yargıtay kararına konu olayda⁵⁰⁹, davacı, "HYUNDAI" markasının sahibi olarak, davalının tabela ve diğer tanıtım unsurlarında "HYUNDAI" markasını kullandığını, bu hususta mahkeme kanalıyla delil tespiti yapıldığını ileri sürmüş ve belgelendirmiştir. Davacı, söz konusu olayda markanın kullanımının mahkeme kanalıyla tespitinin yapılmasını sağlayarak iddiasına ilişkin resmî deliller sunmuştur.

2. İhtiyati Tedbir Talebi

İhtiyati tedbir, mahkeme tarafından kesin hüküm verilene kadar yargılama boyunca devam eden, davacı veya davalının uğrayabileceği zarara karşı, geçici olarak onlara koruma sağlayan bir taleptir⁵¹⁰. İhtiyati tedbirin amacı, davanın sonucunda uyuşmazlığı çözecek karara kadar davanın sonucunu güvence altına almak, muhtemel zararları veya tehlikeyi önlemektir⁵¹¹.

İhtiyati tedbir genel hüküm olarak HMK m. 389 ve devamındaki maddelerde düzenlenmiş olmakla birlikte, tescilli markalara ilişkin olarak SMK m.159'da özel bir düzenleme mevcuttur. SMK m. 159 'a göre, *"(1) Bu Kanun uyarınca dava açma hakkı olan kişiler, dava konusu kullanımın, ülke içinde kendi sınai mülkiyet haklarına tecavüz teşkil edecek şekilde gerçekleşmekte olduğunu veya gerçekleşmesi için ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığını ispat etmek şartıyla, verilecek hükmün etkinliğini temin etmek üzere, ihtiyati tedbire karar verilmesini mahkemeden talep edebilir."* Aynı maddenin

⁵⁰⁹ Yarg., 11. HD., T. 30.10.2017, E. 2016/3606, K. 2017/5841, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.05.2022)

⁵¹⁰ Yördem, Yılmaz: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir, ESD 2007, C.6, S. 21, s. 332.

⁵¹¹ Yördem, İhtiyati Tedbir, s. 332; Özkan, Barçın: Marka Hakkına Tecavüz Halinde Verilebilecek İhtiyati Tedbirler, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019, s. 58; Erdoğan, Ersin: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler, TFM 2017, C. 3, S. 1, s. 50.

üçüncü fıkrasında ihtiyati tedbire ilişkin SMK'da hüküm bulunmaması halinde 6100 sayılı HMK'daki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

SMK m. 159 hükmünde de belirtildiği üzere ihtiyati tedbir kararı özellikle marka hakkına tecavüz halinde öngörülmüştür. Mahkemeler, markanın tecavüze uğradığı ya da uğrayacağına ilişkin ciddi ve etkin hazırlıklar yapıldığı hususunda yeterli delil varsa, dava sonunda verilecek hükmün etkinliğini sağlamak için talep halinde tedbire hükmedebilecektir⁵¹². Mahkemenin ciddi görmediği bir ihlal halinde tedbir kararına hükmedilmeyecektir. Tedbirin amacı yargılama sonuna kadar zararın artmasını önlemektir. Marka hakkına tecavüz edilen marka hakkı sahibinin, tecavüz fiilini öğrenmesi ile tedbir talebinde bulunması arasında uzun bir süre geçtiyse, bu durumda ortada tedbir ile giderilmesi gereken bir zararın olmadığı kabul edilmektedir⁵¹³. Tedbir talebi TMK m. 2/2 gereğince hakkın kötüye kullanılması yasağına tâbidir⁵¹⁴.

Markanın tecavüze uğrayacağına dair ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığına ilişkin olarak üçüncü kişinin markanın işaretinin aynısının ya da benzerinin çizilmesi için biriyle anlaşması, ambalaj işini yapan veya matbaacı ile anlaşma yapması, ürünlerin basım aşamasına geçilmesi örnek gösterilebilir⁵¹⁵.

HMK m. 390/3'e göre⁵¹⁶ tedbir talebinde bulunan, tedbir sebebini, türünü belirtmekle birlikte davanın esası bakımından da haklı olduğunu yaklaşık olarak ispat etmekle yükümlüdür. Hakimin mevcut delilleri inceleyerek tedbir talebinde bulunan kişinin davanın esası bakımından da haklı olduğuna kanaat getirmesi halinde, tedbire

⁵¹² Kavlak, Bengül: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, YÜED 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 1538; Çolak, Marka, s. 831; Öksüz, s. 321.

⁵¹³ Kavlak, s. 1532; Kaplan, Mikail Bora: Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2018, s. 66.

⁵¹⁴ Kavlak, s. 1532.

⁵¹⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 514.

⁵¹⁶ HMK m. 390/3, "Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır."

hükmedilecektir⁵¹⁷. Yaklaşık ispat “yalın bir iddiadan daha fazla, tam ispattan daha az” durumlarında kullanılmaktadır⁵¹⁸. Yaklaşık ispat ölçüsü, verilecek tedbirin ağırlığı ile orantılı olmalıdır⁵¹⁹.

Yargılama aşamasında tam ispat ölçüsünde vakıaların gösterilmesi mümkün değildir, ancak tehlikenin varlığına dair vakıaların gösterilmesi ihtiyati tedbir için yeterlidir⁵²⁰.

Tedbir talebinde bulunan kişinin tedbir sebebini belirtmesi hatta inandırıcı açıklamalarda bulunması yetmemekte, hâkimde tedbirin gerekliliğine dair bir kanaat uyandırılması, hâkimin ikna edilmesi de gerekmektedir⁵²¹.

İhtiyati tedbir talebi dava açılmadan önce değişik iş olarak, dava ile birlikte veya dava açıldıktan sonra talep edilebilmektedir. Mahkeme ihtiyati tedbir talebini davadan ayrı olarak incelemektedir. Mahkeme tedbir kararını HMK m. 390/2’de belirtildiği üzere kural olarak duruşmalı ve karşı tarafı duruşmaya davet ederek incelemektedir. Mahkemenin karşı tarafın savunmasını dinlemesi, verilen kararın yerindeliği açısından gereklidir. Ancak istisna olarak marka hakkı sahibinin haklarının derhal korunması gerekmekte ve bir zorunluluk bulunmakta ise hâkim karşı tarafı dinlemeden tedbir kararı verebilmektedir. Özellikle marka hakkına tecavüze konu malların kaçırılması, gizlenmesi, delillerin yok edilmesi gibi hallerde tedbir kararının aciliyetinden söz edilmektedir⁵²².

SMK m. 159/2’de mahkeme tarafından verilecek ihtiyari tedbirler sayılmıştır. Ancak bu haller tahdidi olmayıp, mahkeme bu hükümde sayılanlar dışında da bir tedbire

⁵¹⁷ Erdoğan, s. 54.

⁵¹⁸ Özekes, Muhammet: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, DEÜHFD 2002, C.4, S.2, s. 120.

⁵¹⁹ Kavlak, s. 1539.

⁵²⁰ Erdoğan, s. 53.

⁵²¹ Özekes, s. 120; Erdoğan, s. 53.

⁵²² Kaplan, s. 65; Çolak, Marka, s. 832.

hükmedebilecektir⁵²³. Kanunda sayılan tedbirler, “İhtiyati tedbirler özellikle aşağıda belirtilen tedbirleri kapsamalıdır: a) Davacının sınai mülkiyet hakkına tecavüz teşkil eden fiillerin önlenmesi ve durdurulması. b) Sınai mülkiyet hakkına tecavüz edilerek üretilen veya ithal edilen tecavüze konu ürünlere, bunların üretiminde münhasıran kullanılan vasıtalar ya da patenti verilmiş usulün icrasında kullanılan vasıtalar, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde, Türkiye sınırları içinde veya gümrük ve serbest liman veya bölge gibi alanlar dâhil, bulundukları her yerde elkonulması ve bunların saklanması. c) Herhangi bir zararın tazmini bakımından teminat verilmesi.” şeklinde düzenlenmiştir.

HMK m. 392/1’de “İhtiyati tedbir talep eden, haksız çıktığı takdirde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararlara karşılık teminat göstermek zorundadır.” şeklinde teminatın amacı belirtilmiştir. Buna göre, davacının yargılama sonunda haksız çıkması halinde, aleyhine tedbir kararı verilen tarafın ve üçüncü bir kişinin muhtemel zararlarının teminat ile karşılanması amaçlanmıştır⁵²⁴. Aynı zamanda teminat, tedbir yargılamasında tarafların menfaatlerini dengelemektedir⁵²⁵. Kanun metninden de anlaşılacağı üzere teminatı yatırmakla yükümlü taraf, tedbir talebinde bulunandır. Ancak SMK m. 159/2-c’de genel hükümlerden farklı olarak mahkeme uygulamada teminatın davacı tarafından değil, davalı tarafından yatırılmasına karar vermektedir⁵²⁶. Davalının teminat yatırması, marka hakkına tecavüzün açık olmayıp davacının zarara uğraması ciddi anlamda söz konusu ise gündeme gelmektedir. Bu durumda mahkeme tecavüze konu malların toplatılarak yedime teslim edilmesi yerine, bu ürünlerin davalı nezdinde kalmasına izine vermekte ve davacının zarara uğrama ihtimaline binaen de bu zararı güvence altına alacak miktarda teminatın davalı tarafından

⁵²³ Çolak, Marka, s. 835.

⁵²⁴ Dinçer, Yasin: Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar, Ankara: Adalet Yayınevi 2022, s 203.

⁵²⁵ Dinçer, s. 203.

⁵²⁶ Çolak, Marka, s. 835.

yatırılmasına karar vermektedir⁵²⁷. Böylelikle her iki tarafın da menfaatine uygun daha dengeli bir tedbir kararı verilmektedir. Genel hükümlerden farklı bir şekilde davalının teminat yatırması, SMK'nın özel bir hükmü olması sebebiyle hukuka uygundur.

İhtiyati tedbir kararı kural olarak talebin karşı tarafı olan tecavüz fiilini gerçekleştiren kişi ya da kişiler için verilmektedir. Bazı durumlarda tedbir kararının sadece tecavüz fiilini gerçekleştiren kişiye karşı verilmesi marka hakkı sahibinin zarara uğramasını engellemeye yeterli olmamaktadır. Örneğin, markası taklit edilen marka sahibi tecavüz fiilinin failine karşı tedbir talebinde bulunmuş, ancak fail ürettiği malları birçok mağazaya dağıttığı için verilen tedbir kararı yetersiz kalmış olabilir⁵²⁸. Bu durumda üçüncü kişiler için de tedbir talebinde bulunulması SMK'ya dayanarak değil ancak TTK bağlamında haksız rekabet ileri sürülerek talep edilebilecektir⁵²⁹. TTK m. 56/4 gereğince üçüncü kişilerin taklit konusu ve tecavüz teşkil eden malları ellerinde bulundurması halinde bu mallara el konulmasına ilişkin tedbir kararının verilmesi mümkündür. Bu kişilerin iyiniyetli olup olmaması tedbir kararının verilmesi için belirleyici bir unsur değildir⁵³⁰.

Mahkeme tarafından hükmedilecek tedbirlerde, hâkim taleple bağlı olup, hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim ölçülülük ilkesi, maddi hukuk kuralları ve tedbir talep edenin talebine göre karar vermekle yükümlüdür⁵³¹. Talep edilen tedbirden daha azına hükmetmekte takdir yetkisi bulunan hâkimin, talepten fazlasına hükmetme yetkisi yoktur⁵³².

⁵²⁷ Çolak, Marka, s. 836.

⁵²⁸ Çolak, Marka, s. 840.

⁵²⁹ Çolak, Marka, s. 840.

⁵³⁰ Çolak, Marka, s. 840.

⁵³¹ Deren Yıldırım, Nevhis: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, C. 2, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım 2003, s. 76

⁵³² Özkan, s. 100; Deren Yıldırım, s. 76; Kaplan, s. 95.

İlk derece mahkemesi tarafından verilen ihtiyati tedbir kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı ve tedbir talebinin reddine karar verilmesi halinde istinaf yolu açıktır. İhtiyati tedbir kararı davalının yokluğunda veya dosya üzerinden inceleme sonucu verilmiş ise davalının ya da karardan etkilenen üçüncü kişinin itirazı üzerine mahkeme duruşma açmakta ve tarafları davet ederek, duruşmalı inceleme sonucu tedbire ilişkin karar vermektedir. Bu durumda tedbir talebinin reddine karar verilmiş ise karara karşı tebliğden itibaren iki hafta içerisinde istinafa başvuru yolu açıktır.

3. Tecavüzü Oluşturan Ürünlere El Konulması Talebi

Marka hakkı sahibinin, mahkemeden SMK m. 149/1-d hükmü gereği, *“Tecavüz oluşturan veya cezayı gerektiren ürünler ile bunların üretiminde münhasıran kullanılan cihaz, makine gibi araçlara, tecavüze konu ürünler dışındaki diğer ürünlerin üretimini engellemeyecek şekilde elkonulması”* talebinde bulunma hakkı vardır. Aynı zamanda tecavüzde kullanılan ürünlere el konulması ile bu ürünler ticaret alanından çıkarılmış olacaktır⁵³³.

Marka sahibinin el konulması talebinde bulunabilmesi için tecavüzün gerçekleşmesini sağlayan eşya veya araç gereçlerin SMK m. 29 anlamında marka hakkına tecavüz oluşturan veya SMK m. 30 hükmü gereği ceza gerektiren ürünlerden ya da bu ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz, makine gibi eşyalardan biri olması gerekmektedir⁵³⁴.

Elkoyma, yalnızca tecavüze konu ürünlerle sınırlı olmayıp, bu ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz, makine, kalıp gibi eşyalar için de geçerlidir. Bu cihaz ve araçların tecavüze konu ürünlerin üretimi dışında kullanılması halinde elkoyma talebinin kabulü mümkün değildir. Tecavüze konu ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve makinelere el konulabilmesi için bunların tecavüz fiilini gerçekleştirmede doğrudan

⁵³³ Çolak, Marka, s. 844.

⁵³⁴ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoğlu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3010; Çolak, Marka, s. 844.

kullanılması gerekli olup, üretimde kullanılmaya elverişli bir biçimde olması yeterli değildir⁵³⁵. Nitekim SMK m. 149/1-d’de de el konulması için özellikle tecavüz eyleminde “münhasıran” kullanılan cihaz, makine gibi araçlar denilmiştir. “Münhasıran” denilerek tecavüze konu ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve makinelerin bu ürüne tahsis edilmiş olması aranmaktadır. Başka bir deyişle söz konusu cihaz ve makineler başka amaçlarla da kullanılıyor ise bu durumda bu cihaz ve makinelere el konulması mümkün değildir⁵³⁶. Kanun, bu düzenleme ile sadece tecavüze konu araçlara el konulmasına izin vermekte, tecavüz eylemini gerçekleştiren kişinin, sınırın aşılacak ölçüsüz yaptırımlara maruz kalmasını önlemektedir⁵³⁷. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında⁵³⁸, davacı “İstiklal” markasının sahibi olup, kendisine ait tasarım mobilyaların davalı tarafından birebir taklit edilerek üretilmesi, satılması, internet sitesinde yayınlanması nedeniyle marka hakkında tecavüz edildiğini ileri sürmüş, tecavüzün giderilmesi, tazminat talebi ve bu ürünlerle ürünlerin üretiminde kullanılan araçlara el konulması ve imha edilmesi talebinde bulunmuştur. Davalı ise ürünlerin birebir aynı olmadığını ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davacının davasının kabulü etmiştir. Kararında davalının "Seçkin Salon Takımı", "İnci Maksi Takımı", "Stil Salon Takımı" üretimi fiillerinin tecavüz oluşturduğunu belirtmiş; tecavüzün önlenmesine ve bu ürünlerin üretimi nedeniyle kullanılan her türlü araçlara el konularak imhasına karar vermiştir. Davalı tarafça temyiz yargı yoluna başvurulmuştur. Yargıtay dava konusu ürünlerin üretiminde kullanılan araçların hangileri olduğu ve münhasıran bahsi geçen ürünlerin üretimi maksadıyla kullanılan araçlar olup olmadığı hususu belirlenmeden

⁵³⁵ Uzunallı, Marka, s. 221.

⁵³⁶ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3010.

⁵³⁷ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3010.

⁵³⁸ Yarg., 11. HD., T. 13.11.2014, E. 2014/10316, K. 2014/17563, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.07.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 04.06.2013, E. 2012/12344, K. 2013/11678, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.07.2022), Yarg., 11. HD., T. 16.01.2013, E. 2012/260, K. 2013/843, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.07.2022)

elkoyma ve imha kararı verilmesinin doğru olmadığını belirterek kararı davalı lehine bozmuştur.

Tecavüz fiili ürünün kendisinde değil, ambalajı veya kutusuna işlenmişse, bu durumda ambalaja veya kutuya el konularak tecavüzün giderilmesi mümkün olacağından ürünün kendisine el konulmasına gerek yoktur⁵³⁹. Örneğin, tecavüze konu bir ayakkabıda, marka ayakkabının üzerine değil, kutusunun üzerine basılmışsa bu durumda ayakkabı üzerinde doğrudan markayı taşıyan bir ibare olmadığından mahkeme tarafından ayakkabı üzerinde elkoyma kararı verilmemekte, kutusu üzerinde elkoyma kararı ve imha kararı verilmektedir⁵⁴⁰.

Marka hakkı sahibi tecavüze ilişkin hukuk mahkemelerinde tecavüzün giderilmesi, tazminat, elkoyma ve imhası talepli dava açabildiği gibi, aynı zamanda ceza mahkemesinde de dava açabilmektedir⁵⁴¹. Hukuk mahkemeleri tecavüzün tespiti halinde tecavüze konu ürünler ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçlar hakkında elkoyma ve imha kararı vermektedir⁵⁴². Ceza mahkemeleri ise tecavüze konu ürün ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçlar cihazlar hakkında, dava süresince toplatma ve yedime teslim, dava sonunda ise beraat halinde dahi beraat sebebine göre müsadere kararı veya ürünlerin ve cihazların iadesi kararı verebilmektedir⁵⁴³. Hukuk mahkemesi elkoyma ve imha kararı verirken, ceza mahkemesinin ürünler ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçların iadesi kararı vermesi mümkündür. *Çolak'a* göre, ceza mahkemesince dava süresince toplatma ve yedime teslim kararı verilse dahi dava sonunda iade kararı mümkün olduğundan, marka hakkına tecavüz halinde hukuk mahkemeleri elkoyma kararı vermelidir⁵⁴⁴. Başka bir deyişle hukuk mahkemelerinde

⁵³⁹ Öksüz, s. 322; Çolak, Marka, s. 845.

⁵⁴⁰ Çolak, Marka, s. 845.

⁵⁴¹ Çolak, Marka, s. 845. Cezai sorumluluk için bkz. aşağıda Bölüm 3, III.

⁵⁴² Öksüz, s. 323; Çolak, Marka, s. 845.

⁵⁴³ Çolak, Marka, s. 845-846; Öksüz, s. 323.

⁵⁴⁴ Çolak, Marka, s. 846.

elkoyma kararı verilmesi için ceza mahkemelerince verilmiş bir ceza olmasına veya açılmış bir ceza davasının sonucu beklemesine gerek yoktur⁵⁴⁵. Nitekim SMK m. 149/1-d bendinde de “cezalandırılması halinde” değil, “cezayı gerektiren” denilmektedir⁵⁴⁶. Hukuk mahkemesi elkoyma talebine ilişkin fiilin marka hakkına tecavüz niteliğinde olup olmadığına veya ceza gerektirip gerektirmediğine ilişkin kararı kendisi vermektedir⁵⁴⁷.

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

SMK m. 149/1-e hükmüne göre, marka sahibi mahkemeden “(d) bendi uyarınca elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkının tanınması.” talebinde bulunabilmektedir. Mülkiyet hakkı talebinde bulunulabilmesi için halihazırda tecavüze konu mahkemesinin ürünler ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçlar hakkında elkoyma kararının verilmiş olması aranmamaktadır⁵⁴⁸. Elkoyma ile mülkiyet hakkı tanınması birlikte mahkemeden talep edilebilmektedir⁵⁴⁹.

SMK m. 149/2’de “Birinci fıkranın (e) bendinde belirtilen talebin kabulü durumunda, söz konusu ürün, cihaz ve makinelerin değeri, tazminat miktarından düşülür. Bu değer kabul edilen tazminat miktarını aşması hâlinde, aşan kısım hak sahibince karşı tarafa ödenir.” denilmektedir. Çolak’a göre, mahkemece mülkiyet hakkı talebinin tanınması için marka hakkı sahibinin tazminat talebinde bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle Çolak, marka hakkı sahibi tecavüz nedeniyle tecavüz edenden tazminat talebinde bulunmamışsa, mahkemeden el konulan tecavüze konu ürünler ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçlar hakkında mülkiyet talebinde bulunmasının

⁵⁴⁵ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3010; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 509.

⁵⁴⁶ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 509.

⁵⁴⁷ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3010; Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 509.

⁵⁴⁸ Çolak, Marka, s. 854.

⁵⁴⁹ Çolak, Marka, s. 854.

mümkün olmadığını savunmaktadır⁵⁵⁰. Yargıtay ise aksi yönde bir karar vermiştir⁵⁵¹. Kararda ilk derece mahkemesi tazminat talep edilmeden mülkiyet hakkı tanınmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir. Yargıtay ise Kanun maddesinin yanlış yorumlandığı belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, kararında davacı marka sahibi tarafından tazminat talep edilmese dahi, el konulan ürünlerin bilirkişi tarafından hesaplanan bedelinin davacı tarafından ödenmesi halinde el konulan ürünler üzerinde davacı lehine mülkiyet hakkı tanınması gerektiğine ilişkin karar vermiştir. Kanaatimizce de, mahkeme tarafından mülkiyet hakkı tanınmasına hükmedilmesi için marka hakkı sahibinin tazminat talep etmesi şart değildir. Nitekim mülkiyet hakkı tanınması, Kanun'da 149/1-e'de belirtilmiş, davada tazminat talep edilmesi halinde ise ürün ve araçların bedelinin bu tazminattan mahsup edilmesine ilişkin ek bir düzenleme yapılmıştır. Ancak "Marka hakkı sahibi tazminat talebinde bulunmamışsa, mülkiyet hakkı tanınması talebinde bulunamaz." şeklinde bir ifade veya sonuç yer almamakta olup böyle bir yorum hukuka uygun olmayacaktır.

Mahkeme tarafından el konulan ürünler ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçlar üzerinde marka hakkı sahibi lehine mülkiyet hakkının tanınmasına ve tazminata karar verilmesi halinde, bu ürün ve araçların değeri, hükmedilen tazminattan mahsup edilmektedir. Eğer hükmedilen tazminat miktarı tecavüze konu ürün ve araçların miktarını karşılamıyorsa; bu durumda marka hakkı sahibi tecavüz fiilini gerçekleştirene aşan kısmı ödemek zorundadır. Tecavüze konu ürün ve araçların maddi değeri ise mahkeme tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılarak belirlenmektedir⁵⁵². Burada mahsup edilecek tazminatın türü Kanun'da açık değildir. *Tekinalp, Öksüz ve Çolak'a* göre, bu tazminat sadece maddi tazminattır, diğer tazminatlardan herhangi bir mahsuplaşmaya

⁵⁵⁰ Çolak, Marka, s. 855.

⁵⁵¹ Yarg., 11. HD., T. 20.01.2014, E. 2013/11483, K. 2014/1098, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 17.07.2022).

⁵⁵² Çolak, Marka, s. 856.

gidilmesi mümkün değildir⁵⁵³. Çolak, açıklamasında mahsubun ancak maddi bir zarar, maddi bir değerle yapılabileceğini bu nedenle maddi tazminatla sınırlı olduğunu belirtmiştir⁵⁵⁴. Tüzüner'e göre, manevi ve itibar tazminat alacağının davacının kişisel dünyasında bağımsızlaştığını, iktisadi bir değer kazandığını ve ilk derece mahkemesince para alacağına bağlanmıştır.⁵⁵⁵ Bu nedenle buradaki tazminat maddi tazminatın manevi ve itibar tazminatını da kapsadığını savunmaktadır⁵⁵⁶. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Öncelikle kanun metni belirli bir tazminat ile sınırlı tutmamıştır. Bu sebeple, kanunun dar yorumlanmaması gerekmektedir. Aynı zamanda tazminatların tamamı maddi değer olan para olarak belirlenmiştir. Aynı zamanda ürün ve araçların maddi değeri de bilirkişi tarafından para olarak hesaplanmaktadır. Bu nedenle tazminatların cinsinin önemi olmaksızın parasal olarak ürünlerin ve araçların değerinden mahsup edilmesi daha isabetli olacaktır. Örneğin, tazminat ve elkoyma ile elkoyulan ürünlerin hakkında mülkiyet hakkı tanınması talepli açılan bir davada mahkemenin 1000 TL maddi tazminat, 1000 TL manevi tazminat, 500 TL de itibar tazminatına ve mülkiyet talebinin kabulüne hükmettiğini, bilirkişi tarafından ise ürün ve araçların değerinin 1500 TL olarak hesapladığını ve mahkeme tarafından bu miktara hükmedildiğini varsayalım. Bu durumda ürünlerin miktarı maddi tazminatı geçmekte olup, aksi görüşe göre marka sahibi tecavüz edene bu ürün ve araçların mülkiyetini alabilmek için 500 TL vermek zorundadır. Aynı zamanda marka sahibinin tecavüz edenden maddi tazminatla sınırlı mahsuplaşma sonrası 1500 TL de alacağı mevcuttur. Doğrudan marka sahibinin para cinsinden olan tüm alacakları üzerinden mahsuplaşma yapılması mümkün iken tekrar tecavüz edene aşan miktarı ödeyip, sonrasında da diğer tazminat kalemlerini talep etmesi uygun bir sonuç

⁵⁵³ Öksüz, s. 324; Çolak, Marka, s. 855; Tekinalp, s. 510.

⁵⁵⁴ Çolak, Marka, s. 855.

⁵⁵⁵ Tüzüner, Özlem: Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2011, s. 315.

⁵⁵⁶ Tüzüner, Özlem, s. 316.

değildir. Aynı zamanda marka sahibinin tecavüz edene aşan miktarı vermesine karşın, tecavüz edenin hükmedilen tazminatı ödemeye gücünün olmaması, üstüne de marka hakkı sahibi tarafından ödenen miktarı harcaması halinde, bu parayı dahi geri verememesi durumu da mümkündür. Bu halde marka hakkı sahibi tamamıyla zarar etmektedir. Bu nedenlerle mahsuplaşmanın maddi tazminatla sınırlı olması görüşüne katılmamaktayız. Kanun maddesi geniş yorumlanarak tazminat ile kastedilenin marka hakkı sahibinin talep edebileceği maddi, manevi ve itibar tazminatı olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca bu sonucun kabul edilmesi, TBK. m. 139-145 hükümleri arasında düzenlenen takas müessesesi açısından da uygundur. Zira takasın şartları bu tarz bir durumda gerçekleşmekte olup, takas ileri sürülerek sadece maddi tazminatın mahsup kapsamında kalacağı sonucu yine anlamsız ve uygulama dışı kalacaktır.

5. Tecavüzün Devamının Önlenmesi İçin Tedbirlerin Alınması Talebi

Marka hakkı sahibince talep edilebilecek diğer hususlar Kanun'da şu şekilde düzenlenmiştir. SMK m. 149/1-f bendine göre, *“Tecavüzün devamını önlemek üzere tedbirlerin alınması, özellikle masraflar tecavüz edene ait olmak üzere (d) bendine göre elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markaların silinmesi veya sınai mülkiyet haklarına tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise imhası.”* talep edilebilecektir. Kanun maddesinde de anlaşılabileceği üzere, marka sahibinin mahkmeden tecavüzü önlemek adına gerekli tedbirlerin alınmasını isteme hakkı mevcuttur. Bu tedbirler, elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerine işlenen markaların silinmesi ve tecavüzün önlenmesinin ancak bu ürünlerin imhası ile mümkünse bu önlemi talep edilecektir. Ancak tecavüzün devamını önlemek için alınacak tedbirler Kanun'da *“özellikle”* terimi kullanıldığından alınabilecek tedbirler sayılanlarla sınırlı değildir⁵⁵⁷. Kanun koyucu tecavüzün önlenmesi için somut olayın özelliklerine göre farklı tedbirlere

⁵⁵⁷ Öksüz, s. 325; Çolak, Marka, s. 861.

hükmedilebilmesi için hâkime yetki tanımıştır⁵⁵⁸. Hâkimin kanunda sayılanlar dışında takdir edebileceği diğer tedbirler; tecavüze konu markanın kullanıldığı internet sitesine erişimin engellenmesi, sosyal medyadaki reklamların engellenmesi, ışıklı tabeladaki elektronik yazının silinmesi vb. önlemlerdir. Tecavüzün önlenmesi için istenecek tedbir marka hakkı sahibi tarafından belirlenmelidir⁵⁵⁹. Hâkim talep edilen tedbiri değerlendirerek uygulanması hakkında takdir yetkisine sahiptir⁵⁶⁰.

6. Elkonulan Ürünlerin İmha Edilmesi Talebi

Marka hakkı sahibi SMK m. 149/1-f’de belirtildiği üzere, SMK m. 149/1-a,b,c,ç,d bentlerinde sayılan tedbirlerin tecavüzün önlenmesi için yetersiz kalması ve tecavüzün önlenmesinin kaçınılmaz olması halinde elkonulan ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların imhasını talep edebilecektir. Kanun koyucu tarafından bu tedbir ile tecavüzü oluşturan ürünlerin ve üretimindeki cihaz ile araçların imha edilerek ticari dolaşımdan çekilmesi amaçlanmıştır. Ancak bu tedbir hâkim tarafından hükmedebilecek ileri seviyedeki bir tedbir olup, son çaredir⁵⁶¹. Hâkimin tecavüze konu ürünler ile cihaz ve makine gibi araçların imhasına karar vermesi için marka hakkı sahibinin imha talebinde bulunması gerekmektedir⁵⁶². Hâkim kendiliğinden bu tedbire karar veremez⁵⁶³. Aynı zamanda, marka hakkı sahibi imha talebinde bulunsa dahi, tecavüzün önlenmesi başka bir tedbirle mümkün ise hâkim imha tedbirine karar veremeyecektir⁵⁶⁴. Örneğin, tecavüze konu taklit tişörtler üzerine markanın logosunun işlenmesi halinde, tişörtlere zarar verilmeden markaya ait logonun silinmesi ya da tecavüze konu markayı taşıyan tabelanın boyanarak çıkarılması mümkün ise marka hakkı sahibi ürünlerin imhasını talep etse dahi

⁵⁵⁸ Çolak, Marka, s. 861; Öksüz, s. 325.

⁵⁵⁹ Tekinalp, s. 510.

⁵⁶⁰ Tekinalp, s. 510.

⁵⁶¹ Uzunallı, Marka, s. 222.

⁵⁶² Tekinalp, s. 510.

⁵⁶³ Tekinalp, s. 510.

⁵⁶⁴ Tekinalp, s. 510.

hâkim ürünlerin imhasına karar veremez⁵⁶⁵. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir karar da aynı doğrultudadır. Karara göre⁵⁶⁶, davacı 'Alper Aydın' ve 'Alpler Aydın' ibareli markaların sahibi olduğunu ve çeşitli tipte traktör pullukları ürettiğini belirtmiştir. Davalının ürettiği pulluklara markasına tecavüz oluşturacak şekilde işaretler koyup yazılar yazdığını ve soğuk damgalar vurduğunu, bu şekilde sattığını, kendi markasıyla karışıklığa yol açması için unvanı olan 'Aydın Alper' ibaresine yer verdiğini ileri sürerek, markasına tecavüzün önlenmesi, tecavüzün giderilmesi, ürünlere el konularak üzerlerindeki markanın silinmesi ile maddi ve manevi tazminat talepli dava açmıştır. Davalı ise iddiaların doğru olmadığını, ticaret unvanı ile faaliyette bulunduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Yerel mahkeme kararında davacıyı haklı bularak tecavüzünün önlenmesine, giderilmesine, üretilen mallar ile bu malların üretilmesinde kullanılan alet, cihaz, eşya ve makine gibi her türlü malzemeye el konulmasına, el konulacak malzemeler üzerindeki markaların silinmesine ve imhasına ve tazminata karar vermiştir. Davalı tarafında temyiz yargı yoluna başvurulması sonucu Yargıtay, *"Markalara tecavüz suretiyle üretilen ve el konulan mallar ile bu malların üretilmesinde kullanılan eşya ve makineler üzerinde markaların silinmesi olanağı olduğu takdirde ayrıca imhalarına karar verilmesi doğru değildir. O halde, tecavüz teşkil eden markaların silinmesinin mümkün olup olmadığı hususu üzerinde durulmadan, gerektiğinde bu yönde bilirkişiden rapor alınmadan infazda tereddüt yaratacak şekilde hem markaların silinmesine hem de üzerinde bulunan eşyalar ile makinelerin imhasına karar verilmesi yanlış olmuş, hükmün bu yönüyle de davalı yararına bozulması gerekmiştir."* şeklinde karar vermiştir.

⁵⁶⁵ Çolak, Marka, s. 856.

⁵⁶⁶ Yarg., 11. HD., T. 04.10.2010, E. 2009/3528, K. 2010/9576, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 18.07.2022), Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 03.04.2019, E. 2017/5443, K. 2019/2549, www.kazanci.com.tr, (Erişim Tarihi: 18.07.2022), Yarg., 11. HD., T. 24.05.2010, E. 2008/14073, K. 2010/5702, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 30.07.2022), Yarg., 11. HD., T. 18.06.2013, E. 2012/13256, K. 2013/12758, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 30.07.2022).

Markanın silinmesi, sökülmesi, değiştirilmesi mümkün değilse ya da bu tedbirler markaya tecavüzü engellemiyorsa (taklit ürünün orijinal ürün ile benzerliği devam ediyorsa) bu durumda markalı ürünün imhasına karar verilecektir⁵⁶⁷. Yargıtay'ın ürünlerin imhasına karar verdiği olayda⁵⁶⁸, davacı, "Tokai Seiki Gmbh" lisansı ile tescilli Tokai markalı çakmaklar ürettiğini, davalının ithal ettiği taklit akmakların kendi ürettiği çakmaklar ile aynı olduğunu, davalı tarafından ithal edilip piyasaya sürülen "Gzsan-Usa-Rose, Royal, King, Kings" markalı siboplu veya sibopsuz akmakların "Tokai" marka akmağın dizaynı ile haksız rekabete neden olduğunu ileri sürmüş; bu nedenle akmakların üretim, ithal ve satışının durdurulmasını, akmakların ve üretimde kullanılan araçların toplatılıp imhasını, maddi ve manevi tazminat ile hüküm özetinin ilanını mahkemeden talep etmiştir. Davalı ise davanın reddini talep etmiştir. Yerel mahkeme haksız rekabeti tespitine, taklit akmaların toplatılmasına karar vermiş ancak bu ürünlerin imhasına karar vermemiştir. Kararın temyiz edilmesi zerine, Yargıtay elkonulan ürünlerin ve araçların üzerindeki markaların silinmesi veya kaçınılmaz ise imhasının kanunen istenebileceği belirtilmiştir. Kararın devamında davalıya ait akmaklarla davacının akmakların özgün dizayn açısından aynı olduğu açıkça anlaşıldığından, davacının taklit ürünlerin imhası isteminin de kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Markanın, tecavüze konu ürünlerin sadece ambalajında kullanılması halinde içinde bulunan ürün ambalajından çıkarılabiliyor ise bu durumda ürünün imha edilmesine gerek yoktur, ambalajının imhası tecavüzün önlenmesi için yeterlidir⁵⁶⁹. Örneğin, bir oto yedek parçası üzerinde markayı taşıyan bir işaret yok ise ancak bu parçanın kutularında

⁵⁶⁷ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufğlu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3013.

⁵⁶⁸ Yarg., 11. HD., T. 13.10.2001, E. 2001/4902, K. 2001/7864, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 18.07.2022)

⁵⁶⁹ Tekinalp, s. 510; olak, Marka, s. 857; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufğlu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3013; Uzunallı, Marka, s. 222.

marka amblemi kullanılmışsa, kutuların imhası sağlanarak markaya tecavüz önlenebilecektir⁵⁷⁰. Kutu içerisindeki oto yedek parçalar tecavüz edene iade edilmelidir⁵⁷¹. Marka hakkı sahibi ürünlerin imhasını talep etse dahi, ambalajın ya da kutunun imhası ile tecavüz önlenabiliyorsa hakim, ürünlerin imhasına karar vermeyecektir⁵⁷². Nitekim amaç tecavüzün sonuçlarının ortadan kaldırılması değil, tecavüzün önlenmesi olduğundan tedbirlerin tecavüzü önleyici nitelikte olması gerekmektedir⁵⁷³.

Uygulamada marka hakkı sahibi, marka hakkına tecavüz sonucu davasında terditli olarak *“tecavüze konu markanın silinmesini, bunun mümkün olmaması halinde ürünlerin toplatılarak imhasını”* şeklinde talepte bulunmaktadır. Mahkeme de markaya tecavüzün tespiti halinde davacının talebi doğrultusunda terditli bir biçimde karar vermektedir. Ancak Yargıtay⁵⁷⁴ bu şekilde verilen kararların kanun metninde geçtiği biçimde aynen hüküm kısmına alınmasının infazda tereddüt oluşturduğunu, mahkemece davacının markasına tecavüz edilen emtiaların belirlenerek ve üzerlerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak emtiaların üzerindeki markaların silinme ihtimali olup olmadığının veya imha edilmesi gerekiyorsa bu hususların ayrı ayrı değerlendirilmesi ve bunlara kararda yer verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

⁵⁷⁰ Çolak, Marka, s. 857.

⁵⁷¹ Çolak, Marka, s. 857.

⁵⁷² Tekinalp, s. 510.

⁵⁷³ Tekinalp, s. 510. Tecavüze konu ürün ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçların imhası talepli dava hukuk mahkemesinde açılabilirdiği gibi aynı şekilde tecavüze ilişkin ceza mahkemelerinde de dava açılabilir. Yukarıda tecavüzü oluşturan ürünlere el konulması talebinde de aynı hususa yer verilmiş olup, burada da ceza mahkemelerinin tecavüze konu ürün ve ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve araçların iadesine, hukuk mahkemesinin ise imhasına karar verilmesi halinde, hukuk mahkemesinin kararı uygulanmalı ve bu ürünlerin yeniden piyasaya sürülmesinin önüne geçilmelidir. Çolak, Marka, s. 858.

⁵⁷⁴ Yarg., 11. HD., T. 06.12.2010, E. 2009/6402, K. 2010/12564, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 30.07.2022).

7. Mahkeme Kararının İlanı Talebi

SMK m. 149/1-g bendi gereğince marka hakkı sahibi mahkemeden *“Haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesi”* talebinde bulunulabilmektedir.

Mahkeme kararının ilanı ile amaçlanan, tecavüzün sonuçlarının ortadan kalkması için, dava sonucu kararın ilgililere tebliğini sağlamak ve basın gibi vasıtalarla markanın hitap ettiği müşteri çevresinin, marka sahibinin iş yaptığı veya iş yapma potansiyeli olan diğer kişilerin bilgilendirilmesini sağlamaktır⁵⁷⁵.

Hâkim ilan talebi hakkında haklı nedenin oluşmasına ilişkin her iki tarafın da menfaatinin gözetmekte, ilanın olumlu ve olumsuz sonuçlarını ölçerek karar vermektedir⁵⁷⁶. Verilen ilan kararının davayı kaybeden tarafı küçük düşürmemesi ya da kazanan tarafa rekabette avantaj sağlamaması gerekmektedir⁵⁷⁷. İlan için haklı nedenin bulunuyor olması önem arz etmektedir. Markanın tanınmış olması veya davanın kamuoyunda ilgi uyandırması ilanda haklı nedenin var olduğunu kabul için yeterlidir⁵⁷⁸.

SMK m. 149/3'te mahkeme tarafından yapılmasına karar verilen ilanın şekli ve kapsamının kararda yazılması gerektiği belirtilmiştir. İlan daha çok günlük gazetede, ilgili dergilerde, televizyonda belirli saatler ve sayıda gösterilmesi gibi yollarla yapılabilmeyle birlikte, günümüz şartlarında internet ortamında duyurulması daha hızlı olacağından özellikle tecavüzün gerçekleştiği internet sitesinde kararın ilan edilmesine mahkeme tarafından karar verilebilmektedir⁵⁷⁹. İlanın şekli ve kapsamı mahkeme kararında net bir biçimde belirtilmelidir. Aksi takdirde yapılan ilanlar birbirinden bağımsız olabilmekte,

⁵⁷⁵ Öksüz, s. 325; Çolak, Marka, s. 859.

⁵⁷⁶ Uzunallı, Marka, s. 223.

⁵⁷⁷ Uzunallı, Marka, s. 223.

⁵⁷⁸ Uzunallı, Marka, s. 223.

⁵⁷⁹ Noyan, s. 609; Çolak, Marka, s. 859-860.

bu da verilen ilan kararının bozulmasına sebep olmaktadır. Örnek bir Yargıtay kararında;
⁵⁸⁰ “Mahkemece, masrafi davalıdan alınarak hükmün özetinin yüksek trajlı bir gazetede bir kez ilanına, ilanın davalı tarafın davaya konu ilanda kullandığı ebatta verilmesine hükmedilmişse de, haksız rekabet oluşturduğu tespit edilen davalı ilanları değişik gazete ve dergilerde farklı ebatta kullanıldığı gibi, internet sayfalarındaki kullanım ile davalı mağazaları içinde yapılan ilanlar da farklılık arz etmektedir. Hükmün ilanında kullanılacak ebatın infazda tereddüt oluşturmayacak şekilde, davacılar vekilinin ilana dair dava dilekçesindeki talepleri de nazara alınarak açıkça gösterilmesi gerekirken, ilanın davalı tarafın davaya konu ilanda kullandığı ebatta verilmesine karar verilmesi yerinde görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” ifadeleri ile ilana ilişkin ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur.

İlan talebi esas hakkında karar verecek olan mahkemeye yapılacak olup mahkeme karar aşamasında ilan hakkındaki kararını da açıklayacaktır⁵⁸¹. Mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesi itibarıyla davacı tarafından ilan hakkı SMK m. 149/3 gereğince üç ay içinde talep edilmelidir. Aksi takdirde ilana ilişkin verilen mahkeme kararı düşmektedir.

D. TECAVÜZ SONUCU AÇILACAK DAVALARDA TARAFLAR

1. Davacı

Marka hakkına tecavüz sonucu SMK’da belirtilen taleplerde bulunmak için dava açmaya yetkili kişi ve kişiler başta tescilli marka sahibidir⁵⁸². Nitekim SMK m. 7/1’de marka korumasının tescil yoluyla kazanılabileceği, SMK m. 7/2’de ise marka tescilinden doğan hakların münhasıran marka sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Ancak SMK m.

⁵⁸⁰ Yarg., 11. HD., T. 17.09.2015, E. 2014/12197, K. 2015/9448, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

⁵⁸¹ Üzer, Muhammet Bilal; Marka Hakkına Tecavüz ve Tecavüzden Kaynaklanan Hukuk Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2008, s. 143.

⁵⁸² Arkan, C. 2, s. 251; Çolak, Marka, s. 746.

150’de “Tazminat” başlığıyla kanun koyucu, sınai mülkiyet hakkına tecavüz sayılan fiillerin işlenmesi halinde hak sahibinin zararının, tecavüz eden tarafından tazmin edileceğini belirtmiştir. Bu nedenle davayı açabilecek kişi veya kişiler sadece tescilli marka sahibi değil, marka hakkı tecavüze uğrayan kişi veya kişilerdir⁵⁸³.

SMK m. 7/4 gereğince marka sahibine tanınan hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesinde esas alınan tarih, marka tescilinin yayım tarihidir. Ancak Kanun maddesi bir istisna getirmiştir. Buna göre, SMK m. 7/4’te marka başvurusunda bulunmuş ve başvurusu Resmi Marka Bülteni’nde yayımlanmış olan başvuru sahibi, tecavüzün bültende yayımlandıktan sonra gerçekleşmiş olması halinde dava açabilecektir⁵⁸⁴. Kanun gereği marka başvurusu sahibi tarafından açılan davalarda Türk Patent ve Marka Kurumu tarafından başvuru sonuçlandırıp tescil yayımlanıncaya kadar mahkeme karar veremez.

Dava açma hakkı olan bir diğer kişi ise, SMK m. 158/1 gereğince inhisari lisans sahibidir. İnhisari lisans sahibi, sınai mülkiyet hakkına üçüncü kişi tarafından tecavüz edilmesi halinde, kendi adına dava açmaya yetkilidir.

İnhisari olmayan lisans alanın ise dava açabilmesi için SMK m. 158/2 gereği bu hususun marka sahibi ile aralarında yaptıkları sözleşmede kararlaştırılmış olması gerekmektedir. Ancak sözleşmede bu konuda herhangi bir düzenleme yoksa bu durumda inhisari olmayan lisans alan, hak sahibine dava açması için bildirimde bulunmaktadır. Marka hakkı sahibinin, lisans alanın kendisine yapılan bildirimdeki dava açma talebi kabul etmemesi ya da bildirim tarihinden itibaren üç ay içerisinde dava açmaması durumunda, lisans alan hak sahibine yaptığı bildirimi ekleyerek, kendi adına menfaatleri ile örtüştüğü ölçüde dava açabilecektir. Lisans alan dava açtığını hak sahibine bildirmekle yükümlüdür.

⁵⁸³ Çolak, Marka, s. 810.

⁵⁸⁴ Arkan, C. 2, s. 251; Çolak, Marka, s. 747.

Ciddi bir zarar tehlikesinin mevcut olduğu halde SMK m. 158/3'te inhisari olmayan lisans alana ek yetkiler tanınmıştır. Buna göre zarar tehlikesi var ise, lisans alan ikinci fıkrada geçen üç aylık süreyi beklemeksizin mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. Mahkemenin tedbir kararı verdiği hallerde lisans alan dava açabilecektir. İkinci fıkrada belirtilen şartlar yargılama sürecinde tamamlanmaktadır.

Tescilli bir marka işletmeden bağımsız olarak rehnedilebilmektedir. Bu durumda rehin alan da marka hakkına tecavüz sonucu dava açması mümkündür⁵⁸⁵. Tecavüz sonucu mahkeme tarafından hükmedilen tazminat üzerinde alacaklı rehin hakkı sahibi olmaktadır⁵⁸⁶.

Marka hakkı sahibinin ölümü halinde, manevi tazminat talebi dahil olmak üzere dava açma hakkı mirasçılara geçmektedir⁵⁸⁷.

İhtiyati tedbir talebinde bulunabilecek kişiler ise, marka hakkı sahibi, inhisari lisans alan ile belirli şartlar halinde (SMK m. 158/2-3) inhisari olmayan lisans alan ve rehin hakkı sahibidir⁵⁸⁸.

Marka sahibinin iflas etmesi halinde ise, marka sahibinin malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi iflas dairesine geçmektedir⁵⁸⁹. Bu nedenle marka hakkına tecavüz nedeniyle davayı iflas dairesi açabilecektir⁵⁹⁰.

2. Davalı

Marka hakkına tecavüz sebebiyle dava, SMK m. 7 ve m. 29/1'deki fiilleri işleyerek tecavüzde bulunan kişi ve kişilere karşı açılmaktadır⁵⁹¹. Aynı zamanda dava,

⁵⁸⁵ Çolak, Marka, s. 747-748; Arkan, C. 2, s. 253; ⁵⁸⁵ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3017.

⁵⁸⁶ Arkan, C. 2, s. 253.

⁵⁸⁷ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 504; Arkan, C. 2, s. 252.

⁵⁸⁸ Özkan, s. 64.

⁵⁸⁹ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3017.

⁵⁹⁰ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C. 3, s. 3017.

⁵⁹¹ Arkan, C. 2, s. 255; Çolak, Marka, s. 748.

tecavüz fiilini işleyenlerle birlikte onun veya onların hukuki haleflerine karşı açılmaktadır⁵⁹².

SMK m. 29/1-c bendinde marka hakkına tecavüz sayılan fiiller sayılmıştır. Buna göre, markayı taklit ederek üreten ile birlikte bu ürünlerin satan, dağıtan, ithal ve ihraç eden, ticaret alanına çıkaran, ticari amaçla bulunduran veya bu ürüne dair sözleşme yapmak amacıyla öneride bulunan kişi veya kişilere karşı marka hakkı sahibi tecavüz nedeniyle dava açabilecektir⁵⁹³. Bu kişilere dava açılabilmesi için bu kişilerin ürünlerin taklit olduğunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Tecavüz fiilini gerçekleştiren marka hakkına tecavüze konu ürünleri üreten, dağıtan, satan ya da kanun maddesindeki diğer faaliyetlerde bulunan kişilere karşı tazminata hükmedilmesi halinde bu kişiler tazminattan müteselsilen sorumludurlar⁵⁹⁴. Bu hükmün uygulanması için faaliyette bulunulması yeterli olup bu kişiler arasında (üretici-satıcı ya da dağıtıcı-satıcı gibi) bir anlaşmanın varlığı aranmamaktadır⁵⁹⁵.

Marka hakkı sahibi, SMK m. 29/1-ç gereğince lisans sözleşme şartlarını ihlal eden, haklarını izinsiz genişleten veya lisans hakkını üçüncü kişiye devreden lisans alana karşı da dava açabilmektedir⁵⁹⁶. Lisans alanın lisans sözleşmesinde yer alan şartlara uyma yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁹⁷. Aynı zamanda lisans sözleşme şartlarının izinsiz genişletildiğini bildiği halde tecavüz yoluyla markayı kullanan, satan, dağıtan üçüncü kişiye karşı da marka hakkı sahibi dava açabilecektir⁵⁹⁸.

⁵⁹² Çolak, Marka, s. 748-767.

⁵⁹³ Arkan, C. 2, s. 255.

⁵⁹⁴ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 508.

⁵⁹⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 508.

⁵⁹⁶ Arkan, C. 2, s. 256; Çolak, Marka, s. 767.

⁵⁹⁷ Çolak, Marka, s. 748.

⁵⁹⁸ Arkan, C. 2, s. 256.

3. Dava Açılamayacak Kişiler

SMK. m. 153'de sınai mülkiyet hakkı sahibince dava açılamayacak iki taraftan söz edilmektedir. Bunlardan ilki ürünü kişisel ihtiyaçları sebebiyle elinde bulunduran tüketiciler, diğeri ise belirli bir şartın varlığı halinde ticari amaçla kullanan kişilerdir.

SMK m. 153/1'de, marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz edilerek piyasaya sürülen ürünleri kullananlara dava açamayacağına yönelik ilk istisnaya yer verilmiştir. Bu nitelikte de olsa ürün, marka sahibi, kişisel ihtiyaçları nedeniyle elinde bulunduran ya da kullanan tüketicilere karşı SMK'da belirtilen hukuk davalarını açamamakta ve ceza davası açılması için şikâyetle bulunamamaktadır.

SMK m. 153/2'de ise, özel bir durumda sınai mülkiyet hakkı sahibinin, marka hakkına tecavüz edilerek piyasaya sürülen ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı dava açamayacağı bir istisnaya yer verilmiştir. Bu istisna, marka hakkı sahibinin, marka hakkına tecavüz eden kişiye karşı tazminat davası açmış olmasına rağmen, elkoyma talep etmemesi halinde gündeme gelmektedir. Bu durumda, tazminat ödeyen kişi tarafından el konulmama sebebiyle piyasaya sürülen ürünleri ticari amaçla kullanan kişilere karşı, marka hakkı sahibi SMK'da yer alan hukuk davalarını açamamakta veya ceza davası açılması için şikâyetle bulunamamaktadır.

E. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

1. Görevli Mahkeme

SMK m. 156/1'de marka hukukunda SMK'da düzenlenen hususlarda görevli mahkeme belirtilmiştir. Kanun maddesine göre, *"Bu Kanunda öngörülen davalarda görevli mahkeme, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi ile fikri ve sınai haklar ceza mahkemesidir. Bu mahkemeler, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun olumlu görüşü alınarak, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde Adalet Bakanlığınca lüzum görülen yerlerde kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir. Fikri ve*

sınai haklar hukuk mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye hukuk mahkemesince; fikri ve sınai haklar ceza mahkemesi kurulmamış olan yerlerde bu mahkemenin görev alanına giren dava ve işlere, asliye ceza mahkemesince bakılır. Bu dava ve işlere bakacak asliye hukuk ve asliye ceza mahkemeleri ile bu mahkemelerin yargı çevresi, il ve ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından belirlenir.” şeklindedir.

Marka hukukunda tecavüze ilişkin dava ve taleplerde görevli mahkeme Kanun gereği fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olup, bu mahkemelerin kurulmadıkları yerlerde asliye hukuk mahkemesi, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla davaya bakmaktadır.

Fail tarafından gerçekleştirilen fiilin hem marka hakkına tecavüz niteliğinde olması hem de haksız rekabet hükümlerine aykırı olması halinde davanın hangi mahkemede açılacağı sorunu gündeme gelmektedir. Marka hakkına tecavüz bakımından görevli mahkeme fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi iken, haksız rekabet hükümleri TTK’da düzenlendiğinden bu durumda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleri olarak görünmektedir. Yargıtay buradaki çelişkiyi de verdiği bir karar ile gidermiştir. Karara göre⁵⁹⁹, davacı tescilli markası "DIAFORM" ve "DIASTICK" markalarının davalı tarafından izinsiz kullanıldığını ileri sürerek, haksız rekabetin men'i ile maddi ve manevi tazminata karar verilmesini talep ederek dava açmıştır. Davalı ise asıl davanın reddini istemiş ve karşı dava açarak dava konusu ibarelerin ticaret unvanı olarak adına tescilli olduğunu yapılan tecavüzün giderilmesi talebi ile maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Ayrıca fikri ve sınai haklar mahkemesi görev alanının sınai mülkiyet hukuku ile sınırlı olduğunu ileri sürerek, ticaret hukukunu ilgilendiren TTK m. 54’teki haksız rekabet hükümlerinin bu davaya uyumsuzluk konusu yapıldığını, bu nedenle huzurdaki

⁵⁹⁹ Yarg., 11. HD., T. 08.03.2002, E. 2001/9879, K. 2002/2077, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 24.05.2022).

mahkemenin görevli mahkeme olmadığını ileri sürmüştür. Mahkemenin görevsizlik kararı üzerine, Yargıtay dava konusu uyuşmazlığa (o dönem yürürlükte olan) 556 sayılı KHK hükümleri uygulanacağından görevli mahkemenin fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay ayrıca davaya bakmakla görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkin olarak bir karar vermiştir. Buna göre, davacının marka hakkına dayanmaksızın, haksız rekabetin tespitine ilişkin bir dava açmasında dahi, davalının gerçekleştirdiği kullanımın SMK m. 7/5 kapsamında olup olmadığı tartışmalı ise bu durumda görevli mahkemenin Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olduğu kabul edilmektedir. Bu husus dışındaki davalarda görevli mahkeme genel mahkemelerdir. Karara bakıldığında⁶⁰⁰, davacı “Nikon” markası ürünlerin tek satıcısı ve yetkili servisi olduğunu, davalının işyerindeki tabelalarında ve internet sayfasında “Nikon” markalı ürünlerin yetkili servisi olduğuna ilişkin ibareler kullandığını belirterek, haksız rekabetin tespitine ilişkin dava açmıştır. Yargıtay ise açılan davada davacının her ne kadar haksız rekabet hükümlerine dayansa da uyuşmazlığın SMK m. 7/5 kapsamında olması sebebiyle görevli mahkemenin Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi olduğuna, davanın görev yönünden reddine karar vermiştir.

Haksız rekabet ile marka hakkına tecavüz davalarının farklı mahkemelerde açılması halinde davaların birleştirilmesi gerekmektedir. Davaların birleşmesinde genel kural olarak ilk açılan mahkemeye diğer dosyanın birleşmesi iken, sınai mülkiyet hukukunda haksız rekabete ilişkin bir istisna teşkil etmektedir. Hâkim dosyaların ilk açılan mahkemede değil, ihtisas mahkemesi olan fikri ve sınai haklar mahkemesinde birleşmesine karar vermektedir⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ Yarg., 11. HD., T. 24.06.2013, E. 2012/16417, K. 2013/13185, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 28.04.2022).

⁶⁰¹ Uzunallı, Tazminat, s. 510.

2. Yetkili Mahkeme

SMK m. 156'da marka hakkına tecavüz sonucu açılacak davada yetkili mahkeme belirtilmiştir. SMK m. 156/3'e göre, *"Sınai mülkiyet hakkı sahibi tarafından, üçüncü kişiler aleyhine açılacak hukuk davalarında yetkili mahkeme, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir."* Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere yetkili mahkeme birden fazla olup bunlar, davacının yerleşim yeri, tecavüz fiilinin gerçekleştiği yer, tecavüz fiilinin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Davanın hangi mahkemede açılacağına davayı açacak olan marka hakkı tecavüze uğrayan karar vermektedir.

Yetkili mahkemelerden biri olan davacının yerleşim yeri konusunda davacının Türkiye'de bir yerleşim yeri olmaması durumunda yetkili mahkemenin belirlenmesi için SMK m. 156/4 ile düzenleme getirilmiştir. Buna göre, *"Davacının Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması hâlinde yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Kurum merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemedir."* Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere bu durumda yetkili mahkemenin belirlenmesi terditli bir biçimde düzenlenmiştir.

F. ZAMANAŞIMI

SMK m. 157'de özel bir düzenleme yer almakta olup, zamanaşımı konusunda TBK'nın zamanaşımı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere⁶⁰², marka hakkına tecavüz bir haksız fiil teşkil ettiği için, haksız fiiller için öngörülen zamanaşımın düzenlendiği TBK m. 72'ye bakıldığında, *"Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı*

⁶⁰² Bkz. Bölüm 3, II, B, 5, a.

gerektilen bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.” şeklindedir. Genel hükümler gereği zamanaşımı süresi 2 ve 10 yıldır. Marka hukuku açısından zamanaşımı, marka hakkı tecavüze uğrayanın, zararı ve tecavüz fiilini gerçekleştiren kişi ya da kişileri öğrenmesinden itibaren 2 yıl, her halde tecavüz fiilinin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıldır. Kanun maddesinde ayrı bir husus daha getirilmiş olup, burada zamanaşımına ilişkin sürenin ceza kanunlarında daha uzun bir süre olarak belirlenmesi halinde bu sürenin uygulanacağı belirtilmiştir. Marka hukukunda tecavüz fiili aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa, bu durumda ceza kanunlarında belirlenen zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu sürenin uygulanması için markaya tecavüz fiili nedeniyle ceza davası açılmasına ya da mahkûmiyet kararının olmasına gerek yoktur⁶⁰³.

Marka hakkına tecavüz fiili devam ettiği sürece tecavüz fiili sona ermeden zamanaşımı süresi başlamamaktadır⁶⁰⁴. Tecavüzün ya da haksız fiilin tespiti, önlenmesi, durdurulması, kaldırılması davası tecavüz fiili devam ettiği sürece talep edilebilecektir⁶⁰⁵. Tazminat davasında ise zamanaşımı süresi zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren başlayacaktır⁶⁰⁶. Zamanaşımı bir itiraz değil def’idir⁶⁰⁷. Bu nedenle taraflarca ileri sürülmesi gerekmekte olup hâkim tarafından re’sen incelenmez⁶⁰⁸.

III. CEZAİ SONUÇLARI

A. SUÇ TÜRLERİ

Marka hakkına tecavüz fiilini işleyen kişinin hukuki sorumluluğu ile birlikte cezai sorumluluğu da bulunmaktadır⁶⁰⁹. Marka suçlarından, marka hakkına tecavüz suçunun

⁶⁰³ Çolak, Marka, s. 827.

⁶⁰⁴ Meran, s. 561; Çolak, Marka, s. 827.

⁶⁰⁵ Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s. 517-518; Çolak, Marka, s. 827. Bu hususlarla ilgili ayrıca bkz. Bölüm 3, II, B, 1-4.

⁶⁰⁶ Çolak, Marka, s. 827-828.

⁶⁰⁷ Noyan, s. 603; Meran, s. 561.

⁶⁰⁸ Meran, s. 561.

⁶⁰⁹ Marka suçlarına ilişkin olarak birden fazla korunan hukuki değer bulunmaktadır. Öncelikle marka hakkı sahibi ile birlikte tüketici de korunmak istenmiştir. Birtek, Fatih: Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu

işlenmesi halinde kanun koyucu tarafından SMK m. 30'da faile ilişkin cezai hükümler düzenlenmiştir.

SMK m. 30/1'de marka hakkına tecavüz halinde verilecek ceza ve bu cezanın hangi fiillerin işlenmesi halinde söz konusu olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, *“Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten veya hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* dir.

Marka hakkına tecavüz suçunun varlığından bahsedilmesi için SMK m. 30/1 gereği iki durumdan bahsedilmektedir. İlki başkasına ait bir markaya karşı iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz edilmiş olmasıdır. İkinci olarak ise, tecavüze konu malın üretilmesi veya hizmete sunulması, satışa arz edilmesi ya da satılması, ithal veya ihraç edilmesi, ticari amaçla satın alınması, bulundurulması, nakledilmesi ya da depolanmasıdır. Bu fiiller Kanun'da tahdidi olarak sayılmış olup, bu fiillere ekleme yapılması mümkün değildir⁶¹⁰. Bir başka görüşe göre ise, Kanun'da sayılan fiiller tahdidi olmayıp uygulamada sık rastlanan durumları göstermek için örnek amaçlı belirtilmiştir⁶¹¹.

(Markanın İzinsiz Kullanılması) (556 Sayılı KHK 61/A,I), İpek Yolu Canlanıyor Türk - Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, 12-14 Haziran 2012, s. 500; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2732. Aynı zamanda da kamu düzeni, kamu güveni ve rekabet düzeni de korunmak istenen değerler arasındadır. Yenidünya, Caner A. / İçer, Zafer: Marka Hakkına Tecavüz Suçları (556 Sayılı KHK m. 61/A), 2. Baskı, İstanbul: Digesta Yayınevi 2014, s. 72; Birtek, s. 499; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2732.

⁶¹⁰ Sarıgül, Gamze: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka İhlalinin Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar 2022, s. 165.

⁶¹¹ Başbüyük, İsa: Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2019, s. 137.

1. İktibas veya İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz (SMK m. 30/1)

a. İktibas Suretiyle Tecavüz

Tecavüz suçunda ilk şart olan başkasına ait bir markaya iktibas suretiyle tecavüz halinde belirtilen cezaya hükmetmektedir.

Markaya iktibas suretiyle tecavüzden kastedilen, başkasına ait tescilli bir markanın işaretinin aynı ya da ayırt edilmeyecek kadar benzerini, marka sahibinin izni olmaksızın tescilli marka ile aynı mal ve hizmetlerde kullanılmasıdır⁶¹². İktibasın varlığına ilişkin tespit yapılırken, sadece tescilli marka ile aynı mal ve hizmetlerde, tescilli markaya ait işaretin aynı ya da ayırt edilemeyecek derecede benzerliği incelenmektedir; buna karşın hitap ettiği çevre tarafından iki markanın karıştırılıp, karıştırılmadığına bakılmasına gerek yoktur⁶¹³. Markanın işaretinin aynı şekilde kullanılmasından kasıt işaretin ayırt edilemeyecek derecede benzeri ise, işarete detaylı inceleme yapılmadan fark edilemeyecek kadar, bir harfin değiştirilmesi ya da çiziminde küçük bir değişiklik yapılmasıdır⁶¹⁴. Örneğin, FIAT yerine FIAT, Coca Cola yerine Coco Cola, MANGO yerine MAMGO işaretinin kullanılması halinde markaya iktibas suretiyle tecavüz söz konusudur⁶¹⁵. Bununla birlikte, iktibas suretiyle tecavüzden bahsedilmesi için taklit markaya ait olan mal veya hizmet ile orijinal markanın mal ve hizmetin sektörünün aynı olması gerekmektedir⁶¹⁶. Örneğin, 35. sınıf mal ve hizmetler için tescilli Faber-Castell markası kırtasiye eşyalarına ilişkin bir marka olup, bu markaya ilişkin işaretin, başka biri tarafından 05. sınıfta yer alan deterjanı markası olarak kullanmasında markaya iktibas

⁶¹² Yenidünya / İçer, s. 73-74; Başbüyük, s. 99.

⁶¹³ Başbüyük, s. 103.

⁶¹⁴ Özmen, Özkan Burak: İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, Ankara: Adalet Yayınevi 2020, S. 74; Gür, Gülberk: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021, s. 95; Öksüz, s. 333; Başbüyük, s.102; Kart, s. 114.

⁶¹⁵ Özmen, s. 74; Başbüyük, s. 102.

⁶¹⁶ Gür, s. 98; Başbüyük, s. 102.

suretiyle tecavüzden söz edilemeyecektir. Orijinal markaya ait ürünlerin toplanıp tekrar piyasaya sürülmesi halinde, taklit markalı ürün kullanılmadığından, işlenen fiil iltibas suretiyle markaya tecavüzü oluşturmamaktadır⁶¹⁷. Ancak bu fiilin işlenmesi halinde TTK anlamında haksız rekabet gündeme gelmektedir⁶¹⁸. Örneğin başkasına ait bir markanın, kullanılmış tıraş bıçaklarını toplayıp, temizleyerek tekrar satan kimse markaya tecavüz suçunu işlememiştir.

b. İltibas Suretiyle Tecavüz

Markaya iltibas suretiyle tecavüzden kastedilen ise, başkasına ait tescilli bir markanın işaretinin hitap ettiği müşteri kitlesi tarafından markaları karıştırmaya yol açabilecek şekilde kullanılmasıdır⁶¹⁹. İltibasta bir taklit marka söz konusu değildir, markanın benzerinin kullanılması müşteri nezdinde bir karışıklığa sebep olmaktadır⁶²⁰. Karıştırma ihtimali bir mal veya hizmeti alan tüketicinin bildiği mal ve hizmeti aldığını düşünmesine karşın bu mal veya hizmetin başka bir işletmenin olması veya tüketicinin bildiği marka ile taklit marka arasındaki benzerlik nedeniyle zihninde karışıklık meydana gelmesi bir başka deyişle tüketicinin, markalar arasında bağlantı kurma ihtimalinin olmasıdır⁶²¹. Yargıtay kararlarında SMK m. 6/1'deki karıştırma ihtimalini karşılayan kavramın iltibas olduğu belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında⁶²² “*Ancak, farklı sınıflarda yer almalarına rağmen yöneldiği müşteri kitlesi nezdinde karıştırmaya yol açacak nitelikteki ticaret ve hizmet markalarının kapsadıkları mal ve hizmetlerin*

⁶¹⁷ Özmen, s. 75; Başbüyük, s. 106.

⁶¹⁸ Başbüyük, s. 106.

⁶¹⁹ Gür, s. 103; Başbüyük, s. 109.

⁶²⁰ Kart, s. 117.

⁶²¹ Çankaya, Ahmet Alpaslan: Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu, Ankara: Adalet Yayınevi 2022, s. 107; Özmen, s. 79-80; Gür, s. 105; Başbüyük, s. 110.

⁶²² Yarg., 11. HD., T. 27.03.2008, E. 2008/649, K. 2008/3957, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.07.2022). Aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yarg., 11. HD., T. 23.11.2007, E. 2006/7706, K. 2007/14807, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.07.2022), Yarg., 11. HD., T. 21.12.2006, E. 2005/9995, K. 2006/13737, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.07.2022).

"benzer" olarak kabulü mümkündür. Bir başka anlatımla, ticaret ve hizmet markalarının içerdikleri mal ve hizmetler birbirlerinden ayrılmayacak derecede iç içe geçmiş ise ticaret ve hizmet markaları arasındaki iltibastan da söz edilebilir ve tanınmış olmayan markalar bakımından da iltibas değerlendirmesi yapılabilir. Burada temel ölçüt, halkın karıştırma ihtimali bulunup bulunmadığıdır." denilmektedir.

SMK m. 7/2-b bendinden de *"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 ifadesinde"* hükmü düzenlenmiştir. Burada halk tarafından tescilli markanın taklit marka ile ilişkilendirilme ihtimalinin olması denilerek karıştırılma ihtimalinin kapsamı belirlenmiş⁶²³ ve bağlantı ihtimali de bu kapsama dahil edilmiştir. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultuda olup, bağlantı ihtimali de karıştırılma ihtimaline dahil edilmiştir⁶²⁴. Burada halk olarak ortalama zekaya sahip, makul dikkat ve özen gösteren tüketiciler ölçü olarak alınmaktadır⁶²⁵. Aynı zamanda ölçü somut olaydaki mal ve hizmetin çeşidine ve olayın diğer özelliklerine göre belirlenmektedir⁶²⁶. Nitekim bir olayda ortalama düzeydeki tüketicilerin halk kavramını oluşturması mümkünken, başka bir olayda halk kavramını bilinçli tüketiciler oluşturmaktadır⁶²⁷. Halk kavramı, yaşayan tüm insanlara göre değil, tecavüze konu markanın hitap ettiği çevrede, aynı ya da benzer mal veya hizmetleri talep

⁶²³ Geniş anlamda karıştırma ihtimali, mal ve hizmetin karıştırılması ile birlikte alıcılarda, benzerlik sebebiyle işletmeler arasında bir bağlantı olduğu algısı oluşmaktadır. Bu duruma bağlantı kurma ihtimali de denilmektedir. Bkz. Başbüyük, s. 110.

⁶²⁴ Yarg., 11. HD., T. 09.10.2006, E. 2005/9098, K. 2006/9958, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.07.2022).

⁶²⁵ Aslan Düzgün, Ülgen: İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, TAAD 2018, C.9, S. 36, s. 148; Özmen, s. 82; Altınsoy, Feyza Yazgı: Markanın Ceza Normları ile Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2021, s. 74.

⁶²⁶ Yenidünya / İçer, s. 80; Aslan Düzgün, İltibas, s. 148.

⁶²⁷ Aslan Düzgün, İltibas, s. 148.

eden alelade üçüncü kişilerdir⁶²⁸. Özel ya da belirli bir kitleye hitap eden ürünler açısından potansiyel tüketici çevresine bakılarak iltibasın varlığına karar verilmektedir⁶²⁹. Örneğin, bir ilacın alınmasında potansiyel alıcılar eczacı ve doktorlardan oluşuyorsa bu durumda alıcıların mesleki olarak markalar arasındaki farkı anlayabilecek düzeyde olmaları nedeniyle iltibasın varlığından söz edilemeyecektir⁶³⁰. Örnek bir Yargıtay kararında⁶³¹, davacı marka hakkı sahibi ürünlerinden biri olan “ÜLKER DİDO” ile davalının “DİTTO” markalarının karıştığını bu nedenle marka hakkına tecavüz suçunun oluştuğu iddiasıyla dava açmıştır. Davalı ise davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi kararında iki markanın bisküvi, çikolata vb. gıda ürünleri üreten markalar olduğunu, okunuşlarının benzer olması ve malın alıcılarının çocuk olması ve onlar nezdinde markanın yanıltıcılığının yüksek olması nedeniyle “Ülker DİDO” markası ile davalıların “DİTTO” markası arasında bilirkişi incelemesine gerek olmaksızın iltibas bulunduğu karar vermiştir. Yargıtay’da yerel mahkemenin bu kararını doğru bulmuştur.

Yargıtay ise bir kararında⁶³² karıştırılma ihtimalinde tüketici açısından esas alınacak ölçünün, *“Daha önce gördüğü, yararlandığı, satın aldığı ve denediği bir malın yahut hizmetin markasının, göz ve kulağında kalan izine, hatırlayabildiği kadarıyla hafızasında kalan özelliklerine dayanarak, sonraki aynı veya benzer mal ve hizmetlere ilişkin alışverişlerinde de aynı veya benzer markayı taşıyan ürünü satın almak yahut hizmetten yararlanmak istemek tüketicinin en genel yaklaşımıdır.”* olduğunu belirtmiştir.

⁶²⁸ Aslan Düzgün, İltibas, s. 149.

⁶²⁹ Yenidünya / İçer, s. 80.

⁶³⁰ Çiftçi, Şahin: Marka Hakkına Tecavüz ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2012, s. 57; Özmen, s. 82-83.

⁶³¹ Yarg., 11. HD., T. 01.07.2003, E. 2003/1728, K. 2003/7187, www.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 15.09.2022).

⁶³² YHGK., T. 07.06.2006, E. 2006/11-338, K. 2006/338 <https://www.lexpera.com.tr>, (Erişim Tarihi: 25.07.2022).

İltibas suretiyle markaya tecavüz suçunun oluşması için, tescilli bir markanın işaretinin benzer⁶³³ biçimde kullanılması ve bu kullanımın tüketiciler nezdinde karışıklığa neden olması gerekmektedir⁶³⁴. Bir başka deyişle taklit markanın işaretinin tescilli markanın işareti ile benzer olması markaya tecavüz suçunun oluşması için yetmemekte aynı zamanda bu benzerlik tüketicinin algısında karışıklığa neden olmalıdır. İşaretin benzerliği değerlendirilirken, markadaki unsurlar tek tek değil bir bütün halinde ele alınarak tüketicide bıraktığı izlenim esas alınmalıdır⁶³⁵.

2. Tecavüze Konu Malın Üretilmesi veya Hizmete Sunulması, Satışa Arz Edilmesi ya da Satılması, İthal veya İhraç Edilmesi, Ticari Amaçla Satın Alınması, Bulundurulması, Nakledilmesi ya da Depolanması

SMK m. 30/1’de kanun koyucu iltibas ve iltibas yoluyla işlenen tecavüz suçunda, tecavüzde bulunan tarafından işlenen fiilleri tahdidi olarak saymıştır⁶³⁶. Tecavüz suçunun

⁶³³ Benzerlikten kastedilen tescilli marka ile tecavüze konu işaretin üstün körü bir bakışta anlaşılamayacak derecede farklılıklar içermesidir. Bkz. Başbüyük, s. 118. Yargıtay’a göre: “Farklı unsurları bünyesinde bulunduran bir marka, bir başka markayı çağrıştırıyorsa ve bilhassa halk nezdinde bu başka marka ile bir irtibatının mevcut olduğu intibai yaratıyorsa "benzer" veya diğer bir ifade ile "karıştırılma ihtimali olan" markadır. Piyasada daha önceden aynı veya benzeri mal veya hizmetler için korunan ne kadar çok marka bulunuyorsa, yeni bir markanın marka olarak tescili de o kadar zorlaşır. Marka olarak bir işaretin tescili için, o işaretin başka bir mal veya hizmeti ifade eden marka ile bir bağlantısının mevcut olduğunu halkın zihninde uyandıracak derecede çağrıştırmaması gerekir. Aslında karıştırılma ihtimalinin uç noktası çağrıştırma ihtimalidir. Markalar arasındaki benzerlikler, onlardaki farklılıklara nazaran daha fazla önem arzettiğinden 40/84 sayılı AB Marka Tüzüğü’nün 8 (1) (b) maddesinde açıkça çağrıştırma ihtimali de dahil olmak üzere karıştırılma ihtimalinin varlığı benzerlik için yeterli görülmüştür. Bir işaret, görsel, fonetik veya diğer bir açıdan farklı olsa bile, "bütünsel" bir açıdan yaklaşıldığında herhangi bir sebeple müşteri gözünde başka bir marka ile bağlantısı varmış intibai yaratarak onu çağrıştırıyorsa ve bu yüzden müşterinin mal veya hizmet tercihinde etkili oluyorsa, marka olarak tescili engellenebilir. Bir diğer ifade ile, müşterilerin ihtiyaçları olan mal veya hizmetlerini bunları ayırt etmek maksadıyla kullanılan işaretlerin birbirine yakınlığı dolayısıyla karıştırılmaları ihtimal dahilindeyse bir marka ile diğer işaret arasında "benzerlik" vardır.” Yarg., 11. HD., T. 03.02.2009, E. 2007/6317, K. 2009/1165, www.kazancı.com.tr, (Erişim Tarihi: 25.07.2022).

⁶³⁴ Başbüyük, s. 118.

⁶³⁵ Başbüyük, s. 118-119.

⁶³⁶ Özdemir, Süleyman Emre: Marka Suçları (SMK m.30), Yayınlanmamış Doktora Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2021, s. 156; Başbüyük, s. 80.

oluşması için iktibas veya iltibasın bulunması yeterli olmayıp Kanun maddesinde belirtilen fiillerden biri ile işlenmesi gerekmektedir⁶³⁷. Bu fiiller dışında tecavüz suçunun iktibas ve iltibas aracılığıyla işlenmesi mümkün değildir.

Kanun maddesinde geçen “mal üretme” ve “hizmet sunma” markaya tecavüz suçunun işlenmesinde temel fiillerdir⁶³⁸. Nitekim malın veya hizmetin satışa arz edilmesi, satılması, ithal veya ihraç edilmesi, ticari amaçla satın alınması, bulundurulması, nakledilmesi ya da depolanması ancak bir malın üretilmesi veya hizmet sunulması halinde gerçekleştirilebilecek fiillerdir.

a. Mal Üretme

İktibas ve iltibas yoluyla işlenen tecavüz suçunun oluşmasındaki ilk seçimlik hareket mal üretmedir. Mal üretme kavramından anlaşılması gereken ürün elde etmek için gerçekleştirilen faaliyetlerdir⁶³⁹. Üretmek sözlükte ekonomik faaliyet sonucu ürün elde etmek olarak tanımlanmıştır⁶⁴⁰. Üretim faaliyetlerine başlanması ile seçimlik hareket başlamakta, üretimin tamamlanması ile suç tamamlanmaktadır⁶⁴¹. Üretim, hammaddeden ürünün ortaya çıkmasına kadar geçen süreci kapsamakta olup, meydana gelen malın, satışa arza hazır hale gelmesiyle üretim süreci tamamlanmış olacaktır⁶⁴². Suçun oluşması için malın fiilen satışa arz edilmesi ya da satılması gerekmemektedir⁶⁴³. Malın satışa arza hazır hale gelmiş olması yeterlidir⁶⁴⁴. Taklit marka ürün üretmek için kumaşların alınarak kesilip biçilmesi, marka taklit bir ayakkabı için hammaddenin temin edilmesi üretim

⁶³⁷ Özen, Mustafa: Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve Yaptırımları, FMR 2009, C. 9, S. 2, s. 64.

⁶³⁸ Özdemir S., s. 157.

⁶³⁹ Başbüyük, s. 112.

⁶⁴⁰ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁴¹ Gür, s. 117; Başbüyük, s. 112.

⁶⁴² Çankaya, s. 124; Gür, s. 117.

⁶⁴³ Gür, s. 117; Çankaya, s. 124.

⁶⁴⁴ Kart, s. 137.

faaliyeti olarak değerlendirilmekte ancak mal ortaya çıkmadığından suç tamamlanmamıştır⁶⁴⁵.

b. Hizmet Sunma

Tecavüz suçunun oluşmasında ikinci seçimlik hareket ise hizmet sunmadır. Hizmet, birinin işini görme veya birinin yararına bir iş yapma olarak tanımlanmaktadır⁶⁴⁶. Birtakım ihtiyaçların giderilmesi için sağlayıcıların ortaya koyduğu faaliyet olarak tanımlanmaktadır⁶⁴⁷. Örneğin, hukuki danışmanlık hizmeti, eğitim hizmeti, sağlık hizmeti, konaklama hizmeti birer hizmet sunma fiilleridir. Hizmet, maddi mal niteliğinde olmadığından, hizmet sunmada tecavüz fiilinin oluşması mal üretme gibi değildir⁶⁴⁸. Tecavüze konu hizmet markası ile aynı veya benzer işaretin, aynı hizmet alanında örneğin ürünle birlikte verilen çantalarda, restoranda tabakların üzerinde, reklam ve tanıtımlarda, web sayfasında vb. kullanılması marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmaktadır⁶⁴⁹. Suçun işlenmesi için hizmetin satışa hazır hala getirilmesi, hizmetin icrası için uygun koşullarının oluşturulması yeterlidir⁶⁵⁰. Örneğin, otobüsün üzerine tecavüze konu işaretin konulması tecavüz suçunu oluşturmakta olup, otobüs biletlerinin satışına başlanması gerekmemektedir⁶⁵¹.

c. Satışa Arz Etmek

Kanun maddesinde tecavüz suçunu oluşturan bir diğer seçimlik hareket ise satışa arz etmektir. Satışa arz etmek kelime anlamı ile satışa sunmak, satmak amacıyla ortaya koymak, satmak için göstermek anlamlarına gelmektedir⁶⁵². Bir kişinin sahip olduğu malı

⁶⁴⁵ Başbüyük, s. 144.

⁶⁴⁶ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁴⁷ Başbüyük, s. 143.

⁶⁴⁸ Özmen, s. 88; Özdemir S., s. 162.

⁶⁴⁹ Bozgeyik, Marka Hakkı, s. 115-116; Özdemir S., s. 162.

⁶⁵⁰ Özmen, s. 89; Özdemir S., s. 162.

⁶⁵¹ Özdemir S., s. 162.

⁶⁵² <https://sozluk.gov.tr/>

ya da nezdinde bulundurduğu hizmeti satma iradesini açığa vurduğu davranışlar satışa arz etmedir⁶⁵³. Bir başka deyişle satışa arz, satmak fiilinin hazırlık hareketleridir⁶⁵⁴. Satışa arz etmenin satmaktan farkı, satışa arzda alıcı belli olmadığından taraflar arasında bir satım sözleşmesi bulunmamaktadır⁶⁵⁵. Satmak için kaparo alınması, pazarlık yapılması, müşterilerin aranarak satışla ilgili görüşme yapılması, broşür dağıtılması, ürün tanıtımıyla ilgili müşterilere mail gönderilmesi, internete konulması, satış rafında sergilenmesi, müşterilere tester verilmesi gibi vb. faaliyetler satışa arza örnek verilebilir⁶⁵⁶. Satışa arz etme fiilinin ortaya çıkması için satmaya yönelik iradesinin açığa vurulması yeterlidir⁶⁵⁷. Tecavüze konu malın veya hizmetin satılması, satışa arz etmenin gerçekleşmesi için şart değildir⁶⁵⁸. Satışa arz iradesi, malın bulunduğu yer, bulundurma amacı ile ilgilidir. Örneğin, mağazaya tamir için bırakılmış bir çantanın başkasına ait olduğu alıcı tarafından anlaşılıyorsa, satışa arz edilen ürünlerden farklı bir yerde bulunuyorsa, satışa arz olarak nitelendirilemeyecektir⁶⁵⁹. Malların ele geçirildiği anda bulunduğu yer ve bulundurma amacı, malların sayısı, malların niteliği ile failin ticari faaliyetinin örtüşmesi gibi hususlar somut veriler üzerinden değerlendirilerek satışa arz tespiti yapılmalıdır⁶⁶⁰.

d. Satmak

Tecavüze konu malın veya hizmetin satılması da kanun maddesinde tecavüz suçunu oluşturan fiiller arasında sayılmıştır. Satış işlemi, satış sözleşmesi ve sözleşmeye konu malın mülkiyetinin devri ile gerçekleşmektedir. Satış sözleşmesi TBK m. 207/1’ de tanımlanmıştır. Buna göre, “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini*

⁶⁵³ Yenidünya / İçer, s. 90; Başbüyük, s. 146.

⁶⁵⁴ Başbüyük, s. 146.

⁶⁵⁵ Kart, s. 138.

⁶⁵⁶ Özmen, s. 89; Özdemir S., s. 164; Başbüyük, s. 146; Kart, s. 138.

⁶⁵⁷ Özdemir S., s. 166; Başbüyük, s. 147.

⁶⁵⁸ Yenidünya / İçer, s. 93.

⁶⁵⁹ Yenidünya / İçer, s. 91.

⁶⁶⁰ Başbüyük, s. 148.

alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.”. Satış sözleşmesi bir borçlandırıcı işlem olup, satılanın mülkiyetinin alıcıya geçmesini sağlayan tasarruf işlemi değildir⁶⁶¹. Satış sözleşmesi ile satıcı, satılanın mülkiyetini alıcıya geçirmeyi borçlanmaktadır⁶⁶². Satılanın mülkiyeti zilyetliğin devri-teslim ile alıcıya geçmektedir⁶⁶³. Satış işlemi borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinin yapılması ile değil, tasarruf işlemi olan zilyetliğin devri-teslim ile sona erer. Bu nedenle satış işlemini sona erdiren işlem olan tasarruf işlemi başka deyişle tecavüze konu malların zilyetliğinin devri-teslimi ile tecavüz suçu gerçekleşmiş olmaktadır⁶⁶⁴. Örneğin, tecavüz fiilini gerçekleştirenin telefon ile on koli taklit ayakkabının satışı için anlaşması, bedelini belirlemesi, satış fiilinin gerçekleşmesi için yeterli değildir⁶⁶⁵. Taklit malları içeren kolilerin alıcının fiili hâkimiyetine girmesi gerekmektedir⁶⁶⁶. Aksi takdirde bu anlamdaki tecavüz suçu oluşmamaktadır.

Tecavüz suçundaki satış işleminin geçerliliği özel hukuk ile farklılık göstermektedir. Özel hukuk gereği satış sözleşmesinde tasarruf işleminin geçerliliği borçlandırıcı işlemin geçerliliğine bağlıdır⁶⁶⁷. Bir başka deyişle borçlandırıcı işlemin geçersiz olması halinde tasarruf işlemi de geçersiz olmaktadır. Ancak tecavüz suçunda satış işleminin tamamlanması suçun işlenmesi için yeterli olup, özel hukuk gereği satış sözleşmesinin geçersiz olması durumu değiştirmemektedir⁶⁶⁸. Satış fiili ceza hukuku gereği geçerliliğini korumaya devam etmektedir⁶⁶⁹. Burada, tecavüz fiilini gerçekleştiren

⁶⁶¹ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021, s. 28.

⁶⁶² Eren, Borçlar Özel, s. 28.

⁶⁶³ Eren, Borçlar Özel, s. 28; Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan: Borç Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021, s.75

⁶⁶⁴ Gür, s. 120; Başbüyük, s. 150; Kart, 139.

⁶⁶⁵ Başbüyük, s. 150.

⁶⁶⁶ Başbüyük, s. 150.

⁶⁶⁷ Başbüyük, s. 150.

⁶⁶⁸ Özmen, s. 92; Başbüyük, s. 150; Özdemir S., s. 167.

⁶⁶⁹ Başbüyük, s. 150; Özdemir S., s. 167.

failin tecavüze konu ürünleri, bir bedel karşılığı başkasının hâkimiyetine geçirmeye yönelik iradesini cezai yaptırıma bağlayarak, bu ürünlerin piyasada dolaşmasına engel olmak amaçlanmıştır⁶⁷⁰. Örneğin, şekil şartına uyulmayarak yapılan satış sözleşmesi veya tasarruf ehliyeti olmayan alıcı ile yapılan satış sözleşmesi özel hukuk alanında geçersizlik bir sözleşme iken, marka hukukunda satış fiilinin tamamlanması tecavüz suçunun oluşması için yeterli olduğundan şekil şartına uyulmaması veya alıcının gerekli ehliyete sahip olmaması suçun varlığını etkilemeyecektir⁶⁷¹.

e. İthal veya İhraç Etmek

Tecavüz suçunun oluşmasında kanunda belirtilen diğer seçimlik hareket tecavüze konu malın ithal veya ihraç edilmesidir. Kelime anlamı ile ithal etmek tecavüze konu marka işaretini taşıyan mal veya hizmetin ülkemize getirilmesi, ihraç etmek tecavüze konu marka işaretini taşıyan mal veya hizmetin başka bir ülkeye satılmasıdır⁶⁷². Malların ithal veya ihraç edilmesi gümrük vasıtasıyla ya da kaçak yollarla gerçekleşebilmekte olup, marka hakkına tecavüz suçunun oluşması için bu malların ülkeye nasıl girdiğinin ya da ülkeden nasıl çıktığının bir önemi yoktur⁶⁷³. Tecavüze konu mallar için gümrükte beyanda bulunulması suçun oluşması için yeterli olmayıp, malların fiilen yurda girmesi ya da yurt dışına gönderilmesi gerekmektedir⁶⁷⁴. Suçun, ticari amaçla işlenmesi gerekmekte olup, bireysel kullanım amacıyla fiilin işlenmesi halinde söz konusu suç gündeme gelmeyecektir⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ Başbüyük, s. 150; Özdemir S., s. 167.

⁶⁷¹ Başbüyük, s. 151; Kart, s. 139.

⁶⁷² <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁷³ Çankaya, s. 125-126; Gür, s. 120-121; Özdemir S., s. 169-170; Altınsoy, s. 77-78; Başbüyük, s. 145.

⁶⁷⁴ Kart, s. 140; Başbüyük, s.145.

⁶⁷⁵ Başbüyük, s. 145-146.

f. Satın Almak

Satın almak, kelime anlamı ile bir bedel karşılığında tecavüze konu marka işaretini taşıyan malın failin kendisine mâl etmesi veya hizmetin icrasına başlaması anlamına gelmektedir⁶⁷⁶. Tecavüze konu marka işaretini taşıyan malları veya hizmeti ticari amaçla satın alan bu suç işlenmiş sayılmaktadır. Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere satın alan kişinin ticari amaç güdüyor olması gerekmektedir⁶⁷⁷. Satın alan kişinin kâr gütmeye amacı yoksa bu durumda tecavüz suçu oluşmayacaktır⁶⁷⁸. Örneğin, markanın orijinal olmadığını bilen tüketici tarafından, ucuz olduğu için taklit marka ürünün satın alınması halinde markaya tecavüz suçu oluşmayacaktır⁶⁷⁹. Aynı şekilde bir işverenin çalışanları için taklit marka tekstil ürün alması ticari nitelikte olmadığından söz konusu suçu oluşturmayacaktır⁶⁸⁰.

g. Bulundurmak

Tecavüz suçu bağlamında bulundurma fiilî suçun oluşması için bir diğer seçimsel hareketlerden biridir. Bulundurma, failin tecavüze konu marka işaretini taşıyan malların hazır olarak fiili hâkimiyetinde örneğin, evinde, iş yerinde, kişinin kendi üstünde tutmasıdır⁶⁸¹. Söz konusu malların mülkiyetinin kime ait olduğunun önemi yoktur. Başka bir deyişle bu malların mülkiyetinin faile ait olması şart değildir⁶⁸². Bulundurma fiili, tecavüzü gerçekleştiren failin tecavüze konu mallar üzerine fiili hâkimiyet sağlamasıyla tamamlanmaktadır⁶⁸³. Ayrıca failin söz konusu mallar üzerindeki fiili hâkimiyeti bitmediği sürece tecavüz suçu devam etmektedir⁶⁸⁴. Bir başka deyişle iktibas veya iltibas

⁶⁷⁶ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁷⁷ Başbüyük, s. 152.

⁶⁷⁸ Altınsoy, s. 78; Özdemir S., s. 177.

⁶⁷⁹ Özmen, s. 94.

⁶⁸⁰ Başbüyük, s. 152.

⁶⁸¹ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁸² Gür, s. 125; Başbüyük, s. 154; Özdemir S., s. 178.

⁶⁸³ Başbüyük, s. 153; Özdemir S., s. 179.

⁶⁸⁴ Özdemir S., s. 179.

suretiyle bulundurma fiili sonucu işlenen tecavüz suçu, mütemadi suç niteliğindedir⁶⁸⁵. Suçun işlenmesinde, kanun koyucunun satın almada aradığı şart olan ticari amaç güdülerek fiilin işlenmesi burada da geçerli olup, ticari amaç olmaksızın bulundurma fiilinin işlenmesi halinde tecavüz suçunun varlığından söz edilemeyecektir⁶⁸⁶.

h. Nakletmek

Tecavüz suçunun oluşmasında belirtilen bir diğer seçimlik hareket ise tecavüze konu marka işaretini taşıyan malları nakletmektir. Nakletmek, tecavüze konu marka işaretini taşıyan malların bir yerden başka bir yere taşınması anlamına gelmektedir⁶⁸⁷. Nakletme fiili, failin tecavüze konu malları nakletmeye başlamasıyla tamamlanmaktadır⁶⁸⁸. Ancak tecavüz suçu nakil devam ettiği sürece devam etmektedir⁶⁸⁹. Bu nedenle nakletme fiili ile işlenen tecavüz suçu, bulundurmak fiilinde olduğu gibi mütemadi suç niteliğindedir⁶⁹⁰. Aynı zamanda yine satın alma ve bulundurma fiilinde olduğu gibi nakletme fiilinin de tecavüz suçunun oluşması için fiilin ticari amaç güdülerek icra edilmesi gerekmektedir⁶⁹¹. Örneğin, ticari amaçla İstanbul'dan Ray-Ban marka güneş gözlükleri teslim alıp kamyonu ile Ankara'ya götüren fail söz konusu suç işlemiş olacaktır⁶⁹². Failin nakletme işini bedel karşılığı yapması suçun oluşması için şart olmamakla birlikte⁶⁹³ failin taşıdığı malların taklit olduğunu bilmesi suçun varlığı için gereklidir⁶⁹⁴.

⁶⁸⁵ Özdemir S., s. 179.

⁶⁸⁶ Gür, s. 124; Özmen, s. 95; Altınsoy, s. 78; Özdemir S., s. 179.

⁶⁸⁷ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁸⁸ Özdemir S., s. 179.

⁶⁸⁹ Özdemir S., s. 179.

⁶⁹⁰ Özdemir S., s. 179.

⁶⁹¹ Gür, s. 126; Özdemir S., s. 179.

⁶⁹² Başbüyük, s. 155.

⁶⁹³ Kart, s. 143.

⁶⁹⁴ Başbüyük, s. 155.

i. Depolamak

Kanun maddesinde tecavüz suçunda yer verilen son seçimlik hareket ise depolamadır. Depolama, tecavüze konu marka işaretini taşıyan malların korunması ve saklanması amacıyla bir yerde tutulmasıdır⁶⁹⁵. Depolama, satışa arzın hazırlık hareketi olarak da tanımlanabilir⁶⁹⁶. Depolama fiili, tecavüze konu marka işaretini taşıyan malların herhangi bir yerde tutulması ile tamamlanmaktadır⁶⁹⁷. Ayrıca söz konusu malların tutulmasına son verilmedikçe tecavüz suçu devam etmektedir⁶⁹⁸. Deponun ya da depoda tutulan tecavüze konu malların mülkiyetinin faile ait olması şartı yoktur⁶⁹⁹. İktibas veya iltibas suretiyle depolama fiili sonucu işlenen tecavüz suçu, bulundurma ve nakletme fiilinde olduğu gibi mütemadi suç niteliğindedir⁷⁰⁰. Suçun işlenmesinde, kanun koyucunun şartı olan ticari amaç güdülmesi, satın alma, bulundurma ve nakletme fiilinde arandığı gibi burada da aranmakta olup, ticari amaç olmaksızın depolama fiilinin işlenmesi halinde tecavüz suçunun varlığından söz edilemeyecektir⁷⁰¹. Aynı zamanda depolama işleminin bedel karşılığı yapılması suçun oluşması için şart değildir⁷⁰². Örneğin, ticari amaçla Çin'den gelen taklit marka malları muhafazasını İstanbul'daki deposunda tutan kimse bu suçu işlemiş olacaktır⁷⁰³.

3. Marka Koruması Olan İşaretin Kaldırılması Suçu (SMK m. 30/2)

SMK m. 30/2'de markaya tecavüz suçunun bir diğer işleniş şekli belirtilmiştir. Kanun maddesi: “*Marka koruması olduğunu belirten işareti mal veya ambalaj üzerinden yetkisi olmadan kaldıran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli*

⁶⁹⁵ <https://sozluk.gov.tr/>

⁶⁹⁶ Gür, s. 123.

⁶⁹⁷ Özdemir S., s. 179.

⁶⁹⁸ Özdemir S., s. 179.

⁶⁹⁹ Kart, 142; Başbüyük, s. 153; Özdemir S., s. 178.

⁷⁰⁰ Özdemir S., s. 179.

⁷⁰¹ Altınsoy, s. 79; Gür, s. 123; Özmen, s. 96; Özdemir S., s. 179.

⁷⁰² Kart, 142; Başbüyük, s. 153.

⁷⁰³ Başbüyük, s. 152.

para cezası ile cezalandırılır.” şeklindedir. Kanun maddesinin getirilmesi ile koruma işaretinin tüketici nezdindeki kalite ve ayırt edicilik unsuru korunmak istenmiştir⁷⁰⁴. Nitekim marka korunması olan işaretler, markanın orijinal olduğunu ve ayırt ediciliğini ortaya koyduğundan önem arz etmektedir⁷⁰⁵.

Kanun metninde suçun oluşması için iki şartın bir araya gelmelidir. İlk şart, marka korunması işaretinin bulunması ve ikinci şart bu işaretin eşya ve ambalaj üzerinde kullanılıyor olması gerekmektedir⁷⁰⁶.

Marka hakkı sahibi markasını tescil ettirmesi ile tescilli marka olduğunu gösteren ® (Registered) işaretini⁷⁰⁷ veya ™ (Trade Mark) işaretini ya da benzer bir işareti⁷⁰⁸ kullanma hakkına sahip olur⁷⁰⁹. Marka korunması işareti, kullanıldığı markanın tescilli bir marka olarak koruma altında olduğunu bildiren bir fonksiyona sahiptir⁷¹⁰. Marka korunması olduğunun belirten ®, ™, işaretlerinin veya marka hakkı sahibinin kullandığı işaretin, mal ve ambalaj üzerinden kaldırılarak yok edilmesi, söz konusu suç oluşturur⁷¹¹.

⁷⁰⁴ Yenidünya / İçer, s. 123.

⁷⁰⁵ Yenidünya / İçer, s. 123.

⁷⁰⁶ Başbüyük, s. 193.

⁷⁰⁷ Bizim hukukumuzda tescilli markalar için söz konusu işaretin kullanılması şartı yoktur. Bu nedenle marka hakkı sahipleri markaları için bu işareti kullanma konusunda serbestîye sahiptirler. Başbüyük, s. 194. Aynı zamanda ® işareti tescilli markalar için kullanılmakta iken ™ işareti henüz başvuru süreci devam eden markalar için kullanılmaktadır. Kart, s. 181.

⁷⁰⁸ Kanun hükmünde “marka korunması olduğunu belirten işaret” Bu harfler veya sayılardan oluşabilmektedir. Ancak marka üzerindeki “Tescilli müseccel bir markadır.” gibi cümleler ifade niteliğinde olduğundan Kanun’da belirtilen işaret hükmünü taşımadığından söz konusu suç oluşturmayacaktır. Başbüyük, s. 194.

⁷⁰⁹ Yenidünya / İçer, s. 124.

⁷¹⁰ Başbüyük, s. 193. Örneğin, taklitleri fazla olan Coco Cola®, Adidas® gibi markalar ® işaretini kullanmakta iken, dünya toplumlarınca tanınmış olan bazı markalar SONY, TOSHİBA gibi kullanmamaktadırlar. Başbüyük, s. 194.

⁷¹¹ İlhan, Seyrani: Marka Hakkının Ceza Normları ile Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018, s. 98.

Marka koruması işaretinin kaldırılması suçunun oluşması için markanın SMK m. 30/5 gereğince Türkiye’de tescilli bir marka olması gerekmektedir. Bir başka deyişle Türkiye’de tescilli olmayan markalar, tescil başvurusu yapılsa ve sonrasında tescil işlemi gerçekleşse dahi başvuru sonrasında ancak tescil öncesinde işlenen işaretin kaldırılması fiili SMK m. 30/2 anlamında suç teşkil etmeyecektir.

Kanun’da işareti “mal ve ambalaj üzerinden” yetkisiz olarak kaldıran kişi denildiğinden, bu suçun hizmet markaları için işlenmesi mümkün değildir⁷¹². Suçun oluşması için kaldırılan marka koruması işaretinin mal veya ambalaj üzerinde bulunması gerekmektedir. Bir başka deyişle marka koruması işaretinin mal ve ambalaj üzerinden değil de evrak, broşür, fiyat kataloğu, reklam tabelası veya internet sitesinden kaldırılması, işaretin kaldırılması suçunu oluşturmayacaktır⁷¹³.

Kanun maddesinde kaldırma fiilinin nasıl işleneceği düzenlenmemiştir. Doktrinde bu fiilin, işaretin mal veya ambalaj üzerinden silinmesi, kazınması, kesilmesi, sökülmesi, marka işaretinin boyanması, üzerine başka bir işaret yapıştırılması şeklinde işlenebileceği belirtilmiştir⁷¹⁴.

Tüketicilerin, aldıkları malın üzerinden bu işareti kaldırması söz konusu suçu oluşturmayacaktır⁷¹⁵. Nitekim tüketicinin mülkiyet hakkına dayanarak mal üzerinde tasarruf hakkı bulunmaktadır⁷¹⁶.

⁷¹² Özdemir S., s. 215.

⁷¹³ Öksüz, s. 334; Başbüyük, s. 197; Özdemir S., s. 217.

⁷¹⁴ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2747-2748; Özdemir S., s. 217; Başbüyük, s. 198; İlhan, s. 98; Yenidünya / İçer, s. 125; Kart, s. 183.

⁷¹⁵ Bayrak, Önder: Uygulamada Fikri - Sınai Mülkiyet ve Haksız Rekabet Suçları, Ankara: Seçkin Yayınevi 2019, s. 155; Güneş, Marka Suçları, s.161.

⁷¹⁶ Bayrak, s. 155; Güneş, Marka Suçları, s.161.

4. Yetkisi Olmadığı Halde Tasarrufta Bulunma Suçu (SMK m. 30/3)

SMK m. 30/3'te failin yetkisiz olmasına rağmen başkasına ait bir marka üzerinde tasarruf etmesi halinde faile verilecek ceza belirtilmiştir. Söz konusu Kanun maddesi *“Yetkisi olmadığı hâlde başkasına ait marka hakkı üzerinde devretmek, lisans veya rehin vermek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklindedir.

SMK m. 148'te Kanun, marka hakkı sahibine markasını istediği şekilde kullanma ve yararlanma ile birlikte marka hakkı üzerinde devir, rehin, lisans verme, hacze konu edebilme, teminat olarak gösterme gibi hukuki işlemleri gerçekleştirebilme hak ve yetkileri tanımıştır. SMK m. 30/3 ile Türkiye’de tescil edilmiş olan markaların, yetkisi olmayan kişiler tarafından hukuki işleme konu olması önlenmek istenmiştir. Böylelikle marka sahibi ile birlikte markalara ilişkin oluşturulan düzen ve kamu yararı koruma altına alınmıştır⁷¹⁷. Bu suça konu olayda, fail, marka hakkı sahibi olmadığı halde hak sahibiymiş veya hak sahibi tarafından yetkilendirilmiş gibi davranarak hak sahibine özgü yapılacak hukuki işlemleri yetkisiz olarak gerçekleştirmektedir⁷¹⁸.

Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere SMK m. 30/3'te belirtilen suçun oluşması için, Türkiye’de tescilli bir marka olmalı, fail başkasına ait bir marka üzerinde işlem yapmalı ve bu işlem marka hakkını devretmek, lisans veya rehin vermek fiillerinden biriyle gerçekleşmelidir. Bu fiiller Kanun metninde tek tek sayılmış olup, söz konusu suçun sayılanlar dışında bir fiille işlenmesi mümkün değildir⁷¹⁹. Ayrıca yapılan tasarruf işlemlerinin özel hukukta geçerli bir işlem olması zorunlu olmayıp; suçun oluşması için tasarruf işlemlerine ilişkin davranışlarda bulunulması yeterlidir⁷²⁰. İşlem sonucu bir

⁷¹⁷ Özdemir S., s. 222.

⁷¹⁸ Özdemir S., s. 223.

⁷¹⁹ Kart, s. 186; Başbüyük, s. 201.

⁷²⁰ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoğlu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2749; Özdemir S., s. 223.

zararın ortaya çıkmış olması şart değildir⁷²¹. Suçun konusu markanın Türkiye’de tescilli olması aranan şartlar arasındadır⁷²².

B. MARKA HAKKINA TECAVÜZ SUÇUNDA DİĞER HUSUSLAR

Marka hakkına tecavüz suçunun oluşması için tecavüze konu markanın Türkiye’de tescilli bir marka olması gerekmektedir. Bir başka deyişle SMK m. 30’da yer verilen iktibas veya iltibas suretiyle marka hakkına tecavüz, işaretin kaldırılması suçu, yetkisiz tasarruf suçunun oluşması için tecavüze konu markanın Türkiye’de tescilli bir marka olması gerekmektedir. Bu husus SMK m. 30/5’te açıkça belirtilmektedir. Buna göre, *“Bu maddede yer alan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye’de tescilli olması şarttır.”* şeklinde olup, aksi takdirde tecavüze konu marka Türkiye’de tescilli değilse bu durumda bu markaya karşı işlenen suçlar SMK m. 30 anlamında marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. Marka hakkına tecavüz iddiasıyla açılan davada markanın Türkiye’de tescilli olup olmadığına, tescilli ise koruma süresinin devam edip etmediğine, etmiyorsa tescilin yenilenme durumuna yargılama sırasında mahkeme tarafından bakılmalıdır⁷²³. Eğer dava konusu marka Türkiye’de tescilli değilse burada marka hakkına tecavüz bulunmadığından, haksız rekabet suçlarına ilişkin hükümler uygulanabilecektir⁷²⁴.

SMK m. 30/6’da ise *“Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlıdır.”* denilmektedir. Buna göre yukarıda açıklanan tecavüze ilişkin suçların oluşması için marka hakkı sahibinin marka hakkına tecavüz nedeniyle şikâyetle bulunmuş olması gerekmektedir⁷²⁵. Şikâyet bulunmaması halinde Cumhuriyet

⁷²¹ Başbüyük, s. 203; Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2749.

⁷²² Başbüyük, s. 203.

⁷²³ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2733.

⁷²⁴ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2734.

⁷²⁵ Özdemir S., s. 274. Marka suçlarında şikâyet hakkı bulunan marka hakkı sahibi, marka sicilinde tecavüze konu markanın adına tescil edildiği kişidir. Bkz. Özdemir S., s. 274.

savcıları kendiliğinden harekeye geçmeyecek ve bir kamu davasının açılması söz konusu olmayacaktır⁷²⁶. Şikâyetin usulüne ve süresine ilişkin Kanun maddesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hüküm niteliğinde olan TCK m. 73' e göre eksik hususlar tamamlanmaktadır. Söz konusu hüküm: *“(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyetle bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapamaz. (2) Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar.”* şeklindedir. Kanun hükmü marka suçları için de geçerlidir. Bu durumda şikâyet, marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesi sonrası, fiilin ve failin bilindiği veya öğrenildiği günden itibaren başlayarak altı ay içerisinde yapılmalıdır. Dikkat edilmesi gereken nokta şikâyetin yapılması için failin bilinmesi zorunluluğu yoktur, fiilin öğrenilmiş olması yeterlidir⁷²⁷. Ancak hak düşürücü sürenin başlaması için fiilin ve failin bilinmesi veya öğrenilmesi gerekmekte olup, şikâyet süresi altı aydır⁷²⁸. Bu sürenin kaçırılması halinde marka hakkı sahibinin şikâyet hakkı bulunmamaktadır. Kovuşturma aşamasında şikâyetle vazgeçilmesi halinde ise dava düşmektedir⁷²⁹. Ancak hüküm kesinleştikten sonra şikâyetten vazgeçme, hükmün icrasını engellememektedir⁷³⁰. Müştekinin, fail hakkında verilen ceza kesinleşene kadar şikâyetinden vazgeçme hakkı bulunmaktadır⁷³¹.

Marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin olarak SMK m. 30/7'de son olarak etkin pişmanlık düzenlenmiştir. Buna göre, *“Başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı, satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara*

⁷²⁶ Özdemir S., s. 272.

⁷²⁷ Yenidünya / İçer, s. 151; Özdemir S., s. 277.

⁷²⁸ Özdemir S., s. 277.

⁷²⁹ Çnakaya, s. 217; Yenidünya / İçer, s. 159.

⁷³⁰ Yenidünya / İçer, s. 159.

⁷³¹ Kart, s. 223.

elkonulmasını sağlaması hâlinde hakkında cezaya hükmolunmaz.”. Görüleceği üzere, failin etkin pişmanlık göstererek söz konusu malların ortaya çıkmasını sağlaması ve bu mallara el konulması halinde Kanun maddesinde belirtilen cezalara hükmedilmeyeceği açıkça belirtilmiştir. Etkin pişmanlık, suçun tüm unsurlarının oluşmasından sonra failin pişmanlığını gösteren faaliyetlerde bulunması nedeniyle faile ceza verilmemesi veya verilecek cezada indirim yapılmasını sağlayan şahsi bir sebeptir⁷³². Bir suç hakkında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması için Kanun’da o suça ilişkin etkin pişmanlık hükümlerinin geçerli olacağı ayrıca düzenlenmelidir⁷³³. Aynı nitelikteki mal ve hizmetler için kullanılan ve aynı ya da ayırt edilemeyecek kadar benzer işaretin kullanılması marka taklitçiliğine sebebiyet vermektedir⁷³⁴. Benzer işaretin kullanılması ise taklit olmayıp sadece iltibas niteliğindedir⁷³⁵. SMK m. 30/7’de taklit markalı malların üretilmesi kastedildiğinden bu durumda etkin pişmanlık hükümleri sadece iktibas suretiyle marka hakkına tecavüzün gerçekleştirilmesi halinde uygulanacaktır⁷³⁶. Başka bir deyişle iltibas kavramı, taklit malları kapsamadığından bu durumda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁷³⁷. Aynı zamanda Kanun’da etkin pişmanlık hükümlerinin taklit marka malları satışa arz eden veya satan kişi için uygulanacağı belirtilerek, bu hükümden yararlanabilecek kişiler tahdidi olarak sayılmıştır. Bu sebeple taklit markalı malları üreten kişinin söz konusu hükümden yararlanması mümkün değildir⁷³⁸. Failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması için iki şartı sağlaması gerekmektedir. Bunlardan birincisi taklit marka malları nereden temin ettiğini bildirmesi ikincisi ise taklit

⁷³² Baki, Ensar: Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık, YBHD, 2016/2, s. 31; Arslan, Çetin / Özdemir, Didar: Türk Hukukunda Marka Suçları Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD 2016, C. 65, S. 4, s. 1103; Yenidünya / İçer, s. 135.

⁷³³ Arslan / Özdemir, s. 1103; Başbüyük, s. 235; Çankaya, s. 187.

⁷³⁴ Başbüyük, s. 236.

⁷³⁵ Başbüyük, s. 236.

⁷³⁶ Altınsoy, s. 110; Başbüyük, s. 236.

⁷³⁷ Başbüyük, s. 236.

⁷³⁸ Gür, s.187; Başbüyük, s. 237.

marka malların ortaya çıkarılarak bu mallara elkonulmasını sağlaması gerekmektedir. Bu şartların tamamı bir bütün olup, herhangi birinin eksikliği halinde SMK m. 30/7 uygulanmayacaktır. Fail en geç hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilir⁷³⁹. Bildirimin Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılmış olması gerekmektedir⁷⁴⁰.

Marka hakkına tecavüz davasında görevli mahkemeye SMK'da yer verilmiş iken yetkili mahkeme düzenlenmemiştir. SMK m. 156/1 gereğince SMK'da düzenlenen ceza davalarında görevli mahkeme Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'dir. Bu mahkemenin kurulmadığı yerlerde ise görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir. SMK m. 156/3' te ise hukuki uyuşmazlıklardan doğan davalarda yetkili mahkeme düzenlenmiş olup, ceza davalarındaki yetkili mahkeme belirtilmemiştir. Bu nedenle özel hüküm bulunmadığından genel hüküm niteliğinde olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki (CMK) hükümler uygulama alanı bulacaktır⁷⁴¹. CMK m. 12/1'e göre, yetkili mahkeme kural olarak suçun işlendiği yer mahkemesidir⁷⁴².

Marka hakkına tecavüz suçunda uygulanacak ceza zamanaşımı süresi SMK'da düzenlenmediğinden genel hüküm niteliğinde olan TCK m. 66 uygulanacaktır⁷⁴³. Buna göre, SMK'da düzenlenen marka suçlarında dava zamanaşımı tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği, teşebbüs aşamasında kalması halinde son hareketin yapıldığı, zincirleme olarak yapılmakta ise son suçun işlendiği tarih itibariyle 8 yıl, ceza zamanaşımı ise sanık hakkında verilen hükmün kesinleşmesi veya infazın herhangi bir nedenle kesintiye uğramasından itibaren 10 yıl olarak hesaplanacaktır⁷⁴⁴.

⁷³⁹ Altınsoy, s. 111; Gr, s.189; Başbüyük, s. 238.

⁷⁴⁰ Yenidünya / İçer, s. 138.

⁷⁴¹ Kart, s. 237; ksz, s. 335.

⁷⁴² Farklı durumlardaki yetkili mahkeme maddenin devamındaki maddelerde açıklanmıştır.

⁷⁴³ Kart, s. 240.

⁷⁴⁴ ksz, s. 335; Dava zamanaşımını mahkeme re'sen dikkate almaktadır. Kart, s. 240.

C. MARKA HAKKINA TECAVÜZÜN HUKUKA AYKIRI OLMASI

Bir fiilin suç teşkil etmesi için aynı zamanda hukuka aykırı olması gerekmektedir⁷⁴⁵. Başka bir deyişle hukuka aykırı olmayan bir fiil suç olarak nitelendirilemez. SMK m. 30'da marka hakkına tecavüz suçunu oluşturan fiillere yer verilmiştir. Ancak TCK m. 5: *“Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.”* şeklinde olup, TCK'da belirtilen genel hükümler SMK çerçevesinde gerçekleşen ve ceza içeren suçlara da uygulanmaktadır. Bu durumda TCK m. 24 ve m. 26'da düzenlenen amirin emri, kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru müdafaa, zorunluluk hali, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası, hakkın icra edilmesinin varlığı olan hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde ceza verilemeyecektir.

Marka hukukuna ilişkin diğer hukuka uygunluk nedenleri, markanın başvuru eserlerinde kullanılması, marka hakkının tüketilmesi, kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanan işarettir⁷⁴⁶.

Tecavüz fiilini hukuka uygun hale getiren bir diğer istisna SMK m. 7/5'te marka tescilinden doğan hakların kapsamı ve istisnaları başlığında düzenlenmiştir⁷⁴⁷. Buna göre, marka hakkı sahibi, markasının üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması halinde bu kullanımı oluşturan fiiller hukuka aykırı olmayacak bu nedenle de tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. Bu kullanıma ilişkin fiiller SMK m. 7/5'te bentler halinde belirtilmiştir. Bu bentler yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığından tekrara düşülmemesi adına yeniden anlatılmamıştır.

⁷⁴⁵ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2755.

⁷⁴⁶ Şahin Sipahioğlu, Diren: Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller Mutlu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 103. Çiftçi, s. 143; Yenidünya / İçer, s. 107.

⁷⁴⁷ Yasaman H. / Ayoğlu / Yusufoglu Bilgin / Memiş Kartal / Yüksel / Yasaman Z., C.3, s. 2755.

SONUÇ

Marka, bir teşebbüsün ait malları ya da sunduğu hizmetleri diğer teşebbüslerin mal veya hizmetlerinden ayırt etmeye yarayan, sicilde gösterilebilir işarettir. Marka hakkı sahibinin markasını, tescil ettirdiği mallar ve hizmetlerde tekel olarak kullanma ve yararlanma hakkı vardır. Marka sahibinin markası üzerindeki hakkı, mutlak bir haktır. Bu hak doğrudan doğruya marka üzerinde sahibine hâkimiyet sağlamakta ve de herkese karşı ileri sürülebilmektedir.

Marka sahibinin hak ve yetkileri SMK ile belirlenmiş ve sınırları çizilmiştir. Bu hak ve yetkileri sınırlandıran durumlar; zamanaşımı, sessiz kalma suretiyle hak kaybı, markadan doğan hakkın tüketilmesi ve markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılmasıdır. Çalışmanın konusunu oluşturan markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması marka hakkı sahibinin yetkilerini kısıtlayan durumlardan birisidir.

Markanın üçüncü kişiler tarafından kullanılması konusunda temel düzenleme 10.01.2017 tarihinde kabul edilen ve halen yürürlükte olan 6769 sayılı SMK'dır. Tezin konusunu oluşturan SMK m. 7/5 ise, AB Marka Tüzüğü m. 12 ve AB Yeni Marka Direktifi m. 14 ve TRIPS m. 17 ile uyumlu şekilde düzenlenmiştir.

Üçüncü kişilerin markayı kullanmasının marka sahibi tarafından engellenememesi için kullanım şeklinin nasıl olması gerektiği SMK'da belirtilmiştir. SMK m. 7/5'te bu husus şu şekilde ifade edilmiştir; *“Marka sahibi, üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içinde, markasının aşağıda belirtilen biçimlerde kullanmasını engelleyemez.*

a) Gerçek kişilerin kendi ad veya adresini belirtmesi.

b) Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması.

c) Özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması.”.

SMK m. 7/5 ile TMK m. 2’de kullanılan dürüstlük kavramları arasında genellik-özellik ilişkisi bulunmaktadır. Markanın kullanımını kapsayan ticari dürüstlük kurallarının tespitinde ve yorumunda, SMK m. 7/5’in TMK m. 2 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

SMK m. 7/5’te düzenlenen ticari hayatın olağan akışından anlaşılması gereken ise ticaret hayatında uygulanan dürüstlük kuralları ve ticaret alanındaki ticari teamüller gereği nedensellik ilkesiyle bağdaşan ve olağan karşılanan durumlar ve kurallardır. Bu kurallar ticaret hayatında dürüstlük kuralları gereğince genel kabul görmüş, iyiniyet ve dürüstlük kuralları bağlamında kökleşmiş olan uygulama ve teamüllerdir.

SMK’da kullanımın şeklinin dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışına göre olmak kaydıyla ve Kanun’da belirtilen biçimde olması halinde marka sahibinin bu kullanımı engelleyemeyeceğini belirtmiştir. Dürüst kullanım sayılan haller ise yukarıda da ifade edildiği üzere Kanun’da üç bent halinde sayılmıştır. Bunlardan ilki gerçek kişilerin kendi ad ve adreslerini belirtmesidir.

Kanun’da sayılan ilk kullanım biçimi, “gerçek kişilerin kendi ad ve adreslerini belirtmesi”dir. Gerçek kişinin adını ticari hayatta kullanırken dürüstçe ve ticari teamüllere uygun bir biçimde kullanması gerekmektedir. Gerçek kişinin adı üzerindeki kullanımının SMK m. 7/5 kapsamına girip girmediği, somut olayda işaretin kullanım şekline, kullanımın marka sahibi üzerindeki etkisine, üçüncü kişinin iyiniyetli olmasına ve haksız kazanç elde etme amacının olup olmadığına göre değerlendirilmektedir. Örneğin adı

“Adil Işık” olan bir gerçek kişinin ticaret unvanı olarak adı ve soyadını kullanması “Adil Işık” marka sahibi tarafından engellenemez. Kural bu şekilde olmakla birlikte üçüncü kişi tanınmış bir markanın tanınmışlığından faydalanma amacıyla mahkeme kararı ile ismini değiştirip bu ismi alıyorsa, bu durumda dürüst bir kullanımdan bahsedilmeyeceği için bu kullanım hukuka aykırıdır. Tescilli bir marka ile üçüncü kişinin adresinin aynı veya benzer olması halinde üçüncü kişinin adresini mallarının ambalajında, iş evrakında, reklamlarında, ilanlarında ve etiketlerinde adres olduğu tüketiciler tarafından anlaşılacak şekilde kullanması hukuka uygundur. Bu kullanımın dürüstçe kabul edilebilmesi için markadan yararlanma amacı olmamalı ve markanın gerçekten de adresi açıklamak amacıyla kullanıldığının malların hitap ettiği çevre tarafından rahatça anlaşılabilmesi gerekmektedir. Örneğin, “Akıncılar” adlı markası olan marka sahibi, ticari işletmesi Akıncılar sokağında olan ve bu kelimeyi ürettiği malların üzerine adresini belirtmek için kullanan üçüncü kişinin bu şekildeki kullanımına engel olamaz.

Kanun’da sayılan ikinci kullanım biçimi ise “*Malların veya hizmetlerin türüne, kalitesine, miktarına, kullanım amacına, değerine, coğrafi kaynağına, üretim veya sunuluş zamanına ya da diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması*”dır. Burada sayılan nitelikler daha çok malın veya hizmetin karakteristik özelliklerini açıklamaktadır. Bir markayı tescil ettiren marka sahibine, bu ad veya işaretin her türlü kullanımını önleme yetkisinin verilmesi, markanın korunmasındaki amacı aşmakta ve üçüncü kişilerin ticari ve sınai faaliyetlerini engellemektedir. Getirilen bu düzenleme ile hukuka uygun kullanım şekli belirlenmiştir. Mal veya hizmetin türüne ilişkin örnek olarak bir Yargıtay bir kararında “Brownie” ibaresinin tescilli olmasına karşın, bir kek türü olması ve menüdeki kullanımının kekin türünü tanımlayıcı nitelikte olması sebebiyle, kullanımın SMK m. 7/5-b kapsamında olduğuna karar vermiştir. Mal veya hizmetin kalitesine ilişkin örnek ise, ayakkabı ya da cüzdanın derisinin kalitesini belirtmek için “Timsah Derisi Cüzdan” ya da “Timsah Derisi Ayakkabı” ibarelerinin kullanılması,

“Timsah” adlı tescilli markası bulunan marka sahibi tarafından engellenemeyecek olması verilebilir. Mal veya hizmetin miktarına ilişkin olarak da, bir bulaşık deterjanı şişesinin kaç yıkama yaptığı ya da bir deterjanın ne kadar ölçekte işe yaradığını belirtebilmektedir. Bir uydu alıcısının Samsung marka televizyonlarla uyumlu olduğunu belirtmek amacıyla “Samsung marka TV ile uyumludur” ibaresinin kullanılması cihazın niteliği doğrultusunda kullanım amacına ilişkin bir bilgi verdiğinden hukuka uygun bir kullanımdır. Mal veya hizmetin değerinin belirtilmesi ise, üçüncü kişinin bir halı ya da kilimin değerine ilişkin açıklamada bulunmak amacıyla “el dokuması kilim” ya da “el dokuması halı” ibarelerini kullanmasının bu ibarelerin (el dokuması ibarelerinin) başkasına ait bir markanın adı olması durumunda marka sahibi tarafından engellenemeyeceği ifade edilmektedir. Mal veya hizmetin coğrafi kaynağına ilişkin “Kavaklıdere Şarapları” markasını tescil ettiren marka sahibinin, Kavaklıdere ibaresini dürüst ve ticari teamüllere uygun olarak ürünlerinin ambalajında ticari adresi belirtmek amacıyla bir başkası tarafından kullanılmasını engellemesi mümkün olmayacağı ifade edilmektedir. Mal veya hizmetin üretim veya sunuluş zamanına örnek olarak zeytinyağı imalatı gerçekleştiren bir işletmenin ürünlerinin ambalajı üzerinde üretim tarihini belirten bir ibarede bulunmasının, aynı ya da benzer ibarede markası bulunan marka sahibi tarafından engellenemeyeceği gösterilebilir.

Sunuluş zamanına ilişkin örnek olarak, “Hacı Şakir Sabunları” ürünlerinin ambalajının üzerinde “1889’dan beri” ibaresi ürünün piyasaya sunuluş zamanına ilişkin açıklamada bulunmak amacıyla yazıldığından “1889” şeklinde başka bir marka tescilli olsa bile, kullanımın hukuka uygun olması gösterilebilir. Madde hükmünde belirtilmiş olan ürün ve hizmetlerin özelliklerinin açıklanması tahdidi değildir. Nitekim hükmün devamında “*diğer niteliklerine ilişkin açıklamalarda bulunulması*” denilerek, sayılan hallerle sınırlı olmadığı açıkça belirtilmiştir. Yargıtay, markanın tanıtıcı ve teşvik edici mahiyette olması, müşteriye bilgilendirmek amacıyla olması, bilgi vermek için ya da ürün

ve mallarla ilgili duyuru yapmak amacıyla kullanılması hallerinin SMK m. 7/5-b bendi kapsamında hukuka uygun kullanım olduğunu kabul etmektedir.

Kanun’da sayılan üçüncü kullanım biçimi ise, markanın “*özellikle aksesuar, yedek parça veya eşdeğer parça ürünlerinde, malın ya da hizmetin kullanım amacının belirtilmesinin gerekli olduğu hâllerde kullanılması*”dır. Bu hüküm mülga 556 sayılı KHK’da yer almamakta olup SMK ile pozitif hukukumuzda girmiştir. Başkasına ait bir markanın aksesuar ürünlerinde kullanılmasına örnek olarak fotoğraf makine filmleri üreten bir işletmenin, filmlerinin “Kodak”, “Canon” gibi fotoğraf makinesi markalarıyla uyumlu olduğunu belirtmek için bu markaları ilanlarında, film kutu ambalajlarının üstünde basmasının, işletmesinin camında marka logosunu kullanmasının hukuka uygun olduğu gösterilebilir. Yedek parça ürünlerinde bir markanın kullanılması uygulamada en sık uyuşmazlık yaşanan durumdur. Yedek parçaya ilişkin gerçekleşen kullanımların, satılan malın ya da verilen hizmetin niteliğine ilişkin müşterilerin bilgilendirilmesi amacıyla olması gerekmektedir. Örneğin cep telefonları için yedek batarya, ekran gibi parçalar üreten bir işletme, ürünlerinin “Iphone” marka telefonlara uygun olduğunu anlatmak için bu markayı kullanmak zorundadır. Benzer şekilde otomobil tamir ve yedek parça işini yapan işletmeler, tabela ve reklamlarında başkasına ait bir markanın tamirini yaptıklarına ilişkin ibareler kullanmak zorundadır. Ancak kullanım şeklinin, tabela boyutlarının ilgili çevre tarafından o markanın yetkili bir şubesi yahut resmî servisi olarak algılanmasına imkân vermeyecek şekilde olması gerekmektedir. Bu işletmenin tanıtım levhaları ve tabelası normal boyutlardan çok daha büyük şekilde ise, işçileri o markanın işçileri ile aynı kıyafeti giyiyorsa, işyerinin iç dizaynı müşteriler tarafından resmî servis izlenimi uyandıracak nitelikte ise bu durumda markanın kullanımının hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. ABAD tarafından verilen kararlarda üçüncü kişi ile marka sahibi arasında ticari bir bağlantı olduğu izlenimi verilmesi, markanın ayırt edici özelliğinden veya itibarından haksız bir şekilde yararlanılarak o markanın değerinin

etkilenmesi, markanın itibarının zedelenmesi veya karalanması, üçüncü kişinin ürününü sahibi olmadığı ticari markayı taşıyan ürünün taklidi veya kopyası olarak sunması hallerinde dürüst bir kullanımdan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. Eşdeğer parça ürünlerindeki kullanımların da dürüst kullanım sayılan haller arasında olduğu Kanun’da “özellikle” denilerek belirtilmiştir. Eşdeğer parça, orijinal olmayan ancak orijinali ile aynı işlevdeki ya da orijinale en yakın olan parçadır. Örneğin, bir marka aracın kapısı, silecekleri, kaportası, çamurluklarının orijinal olmayan ancak orijinali ile birebir uyumlu olacak şekilde yan sanayi işletmeler tarafından otomotiv markaların sahibinin izni olmaksızın üretilip satılması hukuka uygundur. Ancak yan sanayi üretimi olan bu eşdeğer parçaların orijinal bir parça gibi tanıtılması ve satılması durumunda marka sahibi bu kullanımı engelleyebilecektir.

Markanın üçüncü kişiler tarafından kanuna aykırı ya da kanunun belirlediği sınırları aşan bir kullanımının gerçekleşmesi halinde marka sahibinin marka hakkından doğan haklarını kullanması ve üçüncü kişinin markayı kullanmasını engellemesi mümkündür. Böyle bir kullanım halinde SMK m. 29’da markaya tecavüz fiilinin gerçekleşeceği belirtilmiştir. Yargıtay, üçüncü bir kişinin başkasının itibarlı markasını kullanarak haksız avantaj sağlama veya markanın ayırt edici karakterine zarar verme amacıyla olması halinde, bu davranışın ticari ve sınai açıdan dürüst kullanım kapsamına girmeyeceği, bu nedenle de SMK m. 7/5 kapsamında bir kullanımın söz konusu olmayacağı ve bunun markaya tecavüz teşkil edeceğini belirtmiştir. ABAD kararlarında ise, üçüncü kişi ile marka sahibi arasında bir ticari bağlantı izlenimi verecek şekilde kullanım, markanın tanınmışlığından veya ayırt edici karakterinden haksız yararlanmanın amaçlanması, markanın kötülenmesi ve itibarının zedelenmesi, orijinal marka ile birebir taklit ürünlerin orijinalmiş gibi müşteriye sunulması hallerinde üçüncü kişinin kullanımının hukuka aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir.

Marka hakkı sahibinin anılan tecavüz nedeniyle üçüncü kişiden talep edebileceği haller SMK m. 149'da düzenlenmiştir. Markanın dürüst kullanılmasına ilişkin olarak marka sahibi, mahkemeden delillerin tespiti, fiilin tecavüz olup olmadığının tespiti, muhtemel tecavüzün önlenmesi, tecavüz fiillerinin durdurulması, tecavüzün kaldırılması, maddi ve manevi zararın tazmini, itibar tazminatı, ihtiyati tedbir talebi, tecavüzü oluşturan ürünlere elkoyma ve bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkı tanınması, tecavüzün önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve mahkeme kararının ilanı taleplerinde bulunabilecektir. SMK m. 7/5'e göre markanın dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması, markanın başvuru eserlerinde kullanılması, marka hakkının tüketilmesi halinde ise, bu tür durumlar hukuka uygun olacağından, marka hakkına tecavüz suçu oluşturmayacaklardır.

Markaya tecavüzde marka sahibi tecavüze dayanak gösterilen fiillerin varlığının tespit edilmesi ve mahkemede delil olarak sunulması için mahkemeden delillerin tespitini talep etmektedir. Marka sahibinin talep edebileceği diğer tespit davası ise SMK m. 149/1-a gereğince üçüncü kişinin gerçekleştirdiği fiilin tecavüz niteliğinde olup olmadığına ilişkin mahkemeden tespit yapılmasıdır. Davanın açılabilmesi için tecavüz fiilinin devam etmesi şartı da bulunmamaktadır.

Muhtemel tecavüzün önlenmesi talebi SMK m. 149/1-b'de düzenlenmiştir. Bu davanın açılması için bir tecavüz tehlikesi bulunmalıdır. Örneğin, bir marka ile karıştırılma ihtimali olan bir marka üretim hazırlığında olması, ürünün satışını bildiren bir ilanın gazeteye verilmesi, internette yayımlanması veya ürünün sevk edilmesi için bir depoya konulması hallerinde tecavüz tehlikesinin varlığından söz edilebilir.

SMK m. 149/1-c bendinde tecavüz fiillerinin durdurulması talebi düzenlenmiştir. Tecavüz fiillerinin durdurulması talebinde bulunabilmek için somut bir tecavüz fiiline başlanmış olması ve bu fiillerin devam ediyor olması gerekmektedir.

SMK m. 149/1-ç bendinde tecavüzün kaldırılması talebi düzenlenmiştir. Hükme göre, marka hakkı sahibi mahkemeden tecavüzün maddi sonuçlarının ortadan kaldırılmasını, eski durumun geri getirilmesini istemektedir. Tecavüzün kaldırılması talebinde bulunabilmek için tecavüzün gerçekleşmiş olması ve etkilerinin devam ediyor olması gerekmektedir. Tecavüzden gerçekleştikten sonra talepte bulunulabilmesi için malların piyasaya sürülmesi, internette satışa sunulması, fuarda sergilenmesi gibi tecavüzün birtakım sonuçlarının doğmuş olması gerekmektedir.

Marka hakkı sahibi, SMK m. 150 gereği markasına tecavüz halinde tazminat talebinde bulunabilmektedir. Talep edilebilecek tazminat türleri, maddi, manevi ve itibar tazminatıdır. Marka hakkına tecavüzün hukuki niteliği temelinde haksız fiil olması sebebiyle TBK m. 49 burada uygulama alanı bulmaktadır. Tazminat talebinde bulunabilmek için dört unsurun varlığı gerekmektedir. Bunlar, tecavüzü meydana getiren fiil, failin kusuru, failin fiili sonucu ortaya çıkan zarar ve fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağıdır.

Tazminat türlerinden maddi tazminat fiili zarar ve yoksun kalınan kazanç olmak üzere iki şekilde hesaplanmaktadır. Fiili zarar marka hakkına tecavüz sonucu marka sahibinin malvarlığında meydana gelen net azalmadır. Yoksun kalınan kazanç ise, SMK m. 151'de düzenlenmiş olup, tecavüz fiili hiç olmasaydı marka hakkı sahibinin malvarlığındaki olası artış ile tecavüz sonucu halihazırdaki durum arasındaki farktır. Marka hakkı sahibinin yoksun kalınan kazancın hesaplanmasına yönelik seçimlik hakları bulunmaktadır. Bunlar, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin rekabeti olmasaydı, hak sahibinin elde edebileceği muhtemel gelir, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin elde ettiği net kazanç, sınai mülkiyet hakkına tecavüz edenin bu hakkı bir lisans sözleşmesi ile hukuka uygun şekilde kullanmış olması hâlinde ödemesi gereken lisans bedelidir.

Marka hakkı sahibinin talep edebileceği bir diğer tazminat türü manevi tazminattır. Marka hukukunda manevi tazminat ile amaçlanan, marka hakkı sahibinin

tecavüz sonucu ticari ve kişisel varlığında meydana gelen olumsuz sonuçların tazmin edilmesidir.

Talep edilebilecek bir diğer tazminat ise SMK m. 150/2 de düzenlenen itibar tazminatıdır. İtibar, marka hukukunda markanın hitap ettiği çevrede oluşturmuş olduğu saygınlık, güven duygusu ve müşterilerin markaya olan ilgisidir. İtibar tazminatı için belirlenen şartların oluşması halinde marka hakkı sahibi maddi ve manevi tazminata ek olarak talep edilebilmektedir. İtibar tazminatında markanın bizzat kendisinin imaj ve itibarına ilişkin zararın giderilmesini amaçlamaktadır.

Marka hakkı sahibinin SMK m. 159 gereğince ihtiyati tedbir talebinde bulunmak hakkı vardır. Hâkim, markanın tecavüze uğradığı ya da uğrayacağına ilişkin ciddi hazırlıklar yapıldığı hususunda yeterli delil varsa, dava sonunda verilecek hükmün etkinliğini sağlamak için talep halinde tedbire hükmedebilecektir. Markanın tecavüze uğrayacağına dair ciddi ve etkin çalışmalar yapıldığına ilişkin olarak üçüncü kişinin markanın işaretinin çizilmesi için biriyle anlaşması, ambalaj işini yapan veya matbaacı ile anlaşma yapması, ürünlerin basım aşamasına geçilmesi örnek gösterilebilir.

SMK m. 149/1-d’de marka hakkı sahibine mahkemedен tecavüz oluşturan ya da cezayı gerektiren ürünlere ve bu ürünlerin üretiminde münhasıran kullanılan makine ve cihaz gibi araçlara el konulmasını talep etme hakkı tanınmaktadır. Ancak tecavüze konu ürünlerin üretiminde kullanılan cihaz ve makine gibi araçlara el konulabilmesi için bu araçların söz konusu ürünlerin üretimine tahsis edilmiş olması gerekmektedir.

SMK m. 149/1-e bendinde ise d bendinde elkonulan ürünlerin mülkiyetinin marka hakkı sahibine tanınmasına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, marka hakkı sahibi mahkemedен elkonulan ürün, cihaz ve makineler üzerinde kendisine mülkiyet hakkı tanınması talep edebilecektir. Mahkemenin söz konusu talebi kabul etmesi halinde SMK m. 149/2 uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, tecavüze konu ürün ve araçlar üzerinde marka hakkı sahibine mülkiyet hakkı tanınırsa, bu ürün ve araçların değeri

hükmedilecek tazminat miktarından düşülmektedir. Ancak ürün ve araçların değeri hükmedilecek tazminat miktarında fazla ise bu durumda aşan kısmı marka hakkı sahibi tecavüz edene ödemektedir.

SMK m. 149/1-f bendinde ise marka sahibinin mahkemeden talep edebileceği diğer hususlar bulunmaktadır. Bunlar, tecavüzün devam etmesinin engellenebilmesi için birtakım tedbirlerin alınmasıdır. Kanun maddesi bu tedbirler arasında özellikle aynı maddenin d bendinde geçen elkonulan ürün ve araçların şekillerinin değiştirilmesi, üzerlerindeki markanın silinmesi, bu tedbirlerin yetersiz kalması halinde ise imha edilmesi yer almaktadır. Alınan tedbirler sayılanlarla sınırlı olmayıp Kanun koyucu, hakime somut olaya göre farklı tedbirlere hükmedebilmesi için takdir yetkisi tanımaktadır.

SMK m. 149/1-f'de sayılan tedbirlerden elkonulan ürün ve araçların imhası talebi önem arz etmektedir. Çünkü bu tedbir ileri seviyedeki bir tedbir olup hakim tarafında son çaredir. Mahkeme, başka bir tedbirle tecavüzün önlenebileceğine kanaat getirirse bu durumda imha kararını vermeyecektir.

Son olarak ise marka hakkı sahibi mahkemeden SMK m. 149/1-g bendi gereğince haklı bir sebebin veya menfaatinin bulunması hâlinde, masrafları karşı tarafa ait olmak üzere kesinleşmiş kararın günlük gazete veya benzeri vasıtalarla tamamen veya özet olarak ilan edilmesi veya ilgililere tebliğ edilmesini talep edebilmektedir.

Marka hukukunda marka hakkına tecavüz halinde talepte bulunabilecek taraflar belirlidir. Dava açabilecek kişiler; tescilli marka sahibi, marka hakkı tecavüze uğrayan kişi ve kişiler, marka başvurusunda bulunmuş ve başvurusu resmi marka bülteninde yayımlanmış olan başvuru sahibi, inhisari lisans sahibi, rehin alan ve son olarak marka hakkı sahibinin ölümü halinde mirasçıları, marka hakkı sahibinin iflası halinde ise, iflas dairesidir. Davalı ise, tecavüzde bulunan kişi ve kişiler ile onların halefleri, lisans sözleşmesinin izinsiz genişleten ya da lisans hakkını üçüncü kişiye devreden lisans

sahibidir. Dava açılmayacak kişiler ise ilk olarak ürünü kişisel ihtiyaçları nedeniyle elinde bulunduran tüketicilerdir.

Marka hukukunda tecavüze ilişkin dava ve taleplerde görevli mahkeme SMK m. 156/1 gereği fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesidir. Bu mahkemelerin kurulmadıkları yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi, fikri ve sınai haklar hukuk mahkemesi sıfatıyla davaya bakmaktadır. Yetkili mahkeme ise SMK m. 156/3'te düzenlenmiş olup, davacının yerleşim yeri veya hukuka aykırı fiilin gerçekleştiği yahut bu fiilin etkilerinin görüldüğü yer mahkemesidir. Davanın hangi mahkemede açılacağına davayı açacak olan marka hakkı tecavüze uğrayan karar vermektedir.

Marka hakkına tecavüz halinde ileri sürülebilecek taleplerde zamanaşımına ilişkin olarak SMK m. 157, TBK'daki zamanaşımı hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. TBK m. 72'ye bakıldığında ise, marka hakkı tecavüze uğrayanın, zararı ve tecavüz fiilini gerçekleştiren kişi ya da kişileri öğrenmesinden itibaren 2 yıl, her halde tecavüz fiilinin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl olacağı anlaşılmaktadır. Marka hukukunda tecavüz fiili aynı zamanda bir suç teşkil ediyorsa, bu durumda ceza kanunlarında belirlenen zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Marka hakkına tecavüz fiili devam ettiği sürece tecavüz fiili sona ermeden zamanaşımı süresi başlamamaktadır. Tecavüzün ya da haksız fiilin tespiti, önlenmesi, durdurulması, kaldırılması davası tecavüz fiili devam ettiği sürece talep edilebilecektir. Tazminat davasında ise zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren zamanaşımı süresi başlayacaktır.

Son olarak ise marka hakkına tecavüz halinde tecavüz edene SMK m. 30'da düzenlenen tecavüzün cezai sonuçları uygulanmaktadır. Kanun maddesinin birinci fıkrasında başkasına ait bir markaya iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal üreten ya da hizmet sunan, satışa arz eden veya satan, ithal ya da ihraç eden, ticari amaçla satın alan, bulunduran, nakleden veya depolayan kişiye hapis cezası ve adli para cezası

verilmektedir. İktibas suretiyle kastedilmek istenen başkasına ait tescilli bir markanın işaretinin aynı ya da ayırt edilmeyecek kadar benzerini, marka sahibinin izni olmaksızın tescilli marka ile aynı mal ve hizmetlerde kullanılmasıdır. İltibas suretiyle ise, başkasına ait tescilli bir markanın işaretinin hitap ettiği müşteri kitlesi tarafından markaları karıştırmaya yol açabilecek şekilde kullanılmasıdır. Kanun maddesinde tecavüzün mal üretme, hizmet sunma gibi çeşitli fiillerle işlenebileceği belirtilmiştir. Bu fiiller seçimlik hareketli olup, failin bu fiillerden birini gerçekleştirmesi diğer şartlarında bulunması halinde tecavüz suçunu doğuracaktır.

SMK m. 30/2’de ise marka koruması olan işaretin mal veya ambalaj üzerinden yetkisiz kişi tarafından kaldırılması halinde yine hapis ve para cezasına hükmedilmektedir. Ayrıca marka koruması işareti, markanın tescilli olduğunu gösteren herhangi bir işaret olup, bu işaretin kaldırılması da söz konusu suçun işlenmesine sebebiyet verecektir.

SMK m. 30/3’te ise, başkasına ait bir marka üzerinde yetkisiz olarak tasarruf işlemlerinin yapılması halinde faile verilecek ceza belirtilmiştir. Bu tasarruf işlemleri Kanun maddesinde devretmek, lisans veya rehin vermek olarak belirtilmiştir.

SMK m. 30’da sayılan fiiller neticesinde söz konusu suçların oluşması için Kanun bir şart getirmiştir. Buna göre, SMK m. 30/5’te bu suçlarda dolayı cezaya hükmedilebilmesi için markanın Türkiye’de tescilli olması gerekmektedir. SMK m. 30/6’da ise bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının şikayete bağlı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca marka hakkına tecavüz suçunun işlenmesi halinde, failin ve failin bilinmesi veya öğrenilmesi gününden itibaren başlayarak altı ay içerisinde şikayet edilmezse, sonrasında yapılan şikayete bağlı olarak soruşturma ve kovuşturma yapılmamaktadır.

Marka hakkına tecavüz suçuna ilişkin olarak etkin pişmanlık hükümleri SMK m. 30/7’de düzenlenmiştir. Buna göre, failin etkin pişmanlık göstermesi, malların ortaya

ıkmasını sağlaması ve bu mallara elkonulması halinde Kanun maddesinde belirtilen cezalara hkmedilmeyeceği belirtilmiştir. Kanun maddesinde etkin pişmanlıktan yararlanabilecek kişileri “*taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan*” olarak belirtilmiş olup, üretici ya da diğer kişilerin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması söz konusu değildir. Fail en geç hüküm verilinceye kadar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilecektir.

Marka hakkına tecavüz suçunda görevli mahkeme SMK m. 156/1 gereğince Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi’dir. Bu mahkemenin kurulmadığı yerlerde ise görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi’dir. Yetkili mahkeme ise SMK’da düzenlenmediğinden genel kanun niteliğinde olan CMK m. 12/1 esas alınmaktadır. Buna göre ise, marka hakkına tecavüz suçunda yetkili mahkeme suçun işlendiği yer mahkemesi olup, farklı durumlardaki yetkili mahkeme maddenin devamındaki fıkralarda açıklanmıştır.

Marka hakkına tecavüz suçunun zamanaşımı süresi ise SMK’da düzenlenmemiş olup, genel kanun niteliğindeki TCK m. 66 uygulanmaktadır. Buna göre ise, SMK’da düzenlenen marka suçlarında dava zamanaşımı suçun işlendiği tarih itibariyle 8 yıl, ceza zamanaşımı ise hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 yıl olarak hesaplanacaktır.

Marka hakkına tecavüz suçunun oluşması için fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ancak somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması halinde marka hakkına tecavüzden bahsedilemeyecektir. Bu durumlar, markanın başvuru eserlerinde kullanılması, marka hakkının tüketilmesi, kullanma sonucu ayırt edici nitelik kazanan işarettir. Bir diğer hukuka uygunluk nedeni ise çalışmanın konusunu da oluşturan SMK m. 7/5’teki markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması halinde bu kullanımı marka hakkına tecavüz suçunu oluşturmayacaktır. Markayı kullanan üçüncü kişinin hukuki sorumluluğu bulunmadığı gibi cezai sorumluluğu da bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA*

- Abacıoğlu Viskuşenko, Melis* : Markalar ile İlgili Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Yer Alan Değişiklikler, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 2018, C.1 S. 1, S. 55-86.
- Adıgüzel, Burak* : Tescil Edilmiş Tanınmış Markanın Kullanmama Nedeniyle Kısmen Hükümsüzlüğü Sorunu (Bir Hukuk Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi), Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi 2014, C. 15, s. 1019-1044.
- Akipek, Jale* : Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Şahsın Hukuku, Ankara: İstiklal Matbaası 1960.
- Akyol, Şener* : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2006. (Dürüstlük Kuralı)
- Akyol, Şener* : Medeni Hukukta Çelişki Yasağı, Prof. Dr. Feyzi N. Feyzioğlu'nun Anısına Armağan, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2007. (Çelişki Yasağı)

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar, parantez içinde gösterilmiştir.

Alhas, Zeynep Seda/

Dernekoğlu, Umut

: Markanın Kullanılmaması Nedeniyle Hükümsüzlüğü ve İspat Meselesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 2014, C.15, S. 1, s. 19-37.

Altınsoy, Feyza Yazgı

: Markanın Ceza Normları İle Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Ankara 2021.

Altıntaş, Selçuk

: Marka Hakkının Dürüstçe Kullanımı, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, İstanbul 2017, C. 9, S. 21, s. 97-138.

Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan

: Borç Hukuku Özel Borç İlişkileri, 14. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021.

Arı, Zekeriyya

: Marka Hakkının Tüketilmesi, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 11, S. 1-2, s. 279-305.

Arkan, Sabih

: Marka Hukuku, C.1, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997. (C.1)

Arkan, Sabih

: Marka Hukuku, C.2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1997. (C.2)

- Arkan, Sabih* : Marka Hakkının Tüketilmesi, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998, s. 197-208. (Markanın Tüketilmesi)
- Arkan, Sabih* : Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Türk Patent Enstitüsü, Marka Korunması Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler 24-25 Haziran 1998, Ankara, s. 291-295. (Kullanma Yükümlülüğü)
- Arkan, Sabih* : Marka Hakkında Tecavüz- İşaretin Markasal Olarak Kullanılması Zorunluluğu?, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2000, C. 20, S. 3, s. 5-13. (Markasal Kullanım)
- Arslan, İbrahim* : Tescilsiz Markaların Korunması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, C. 16, S. 1, s. 29-46.
- Arslan, Çetin / Özdemir, Didar* : Türk Hukukunda Marka Suçları Sorunlu Noktalar Üzerine Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016, C. 65, S. 4, s. 1085- 1110.
- Aslan Düzgün, Ülgen* : Marka Lisans Sözleşmelerinde Hakkın Tükenmesi Prensibi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, C. 16, S. 3, s. 47-66. (Hakkın Tükenmesi)

Aslan Düzgün, Ülgen

: İltibas Suretiyle Markaya Tecavüz, Türkiye
Adalet Akademisi Dergisi 2018, C.9, S. 36,
s. 143-170. (İltibas)

Atasoy, Kemal

: Marka Hakkına Tecavüzde Yoksun
Kalınan Kazancın Hesaplanması, Anadolu
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2015,
C.1, S.1, s. 24-49.

Aydın, Fatih

: Sınai Mülkiyet Kanunu ve Yargıtay
Uygulamasında Marka Hukukunda
Tazminat, Türkiye Barolar Birliği Dergisi
2017, C. 30, S. 133, s. 517-576.

Ayhan, Rıza /

Çağlar, Hayrettin /

Yıldız, Burçak /

İmirlioğlu, Dilek

: Sınai Mülkiyet Hukuku, Ankara: Adalet
Yayınevi 2021.

Ayoğlu, Tolga

: Marka Hakkının Tükenmesi,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, İstanbul 2001.

Aytuğar, Bilge /

Küçük, Sultan

: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na
Göre Marka Hakkına Tecavüzden Doğan
İtibar Kaybı Tazminatı, İnönü Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Dergisi 2020, C. 11, S. 1, s.
110-125.

Bağırlar, Mehmet

: TRIPS Anlaşması Kapsamında Marka
Hakkının Korunması, Yayınlanmamış
Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü
Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2015.

Baki, Ensar

: Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık,
Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 2016/ 2, s.
27-55.

Baygın, Cem /

Nar, Ahmet

: Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç
Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hukuku,
Ankara: Yetkin Yayınları 2021.

Bayrak, Önder

: Uygulamada Fikri-Sınai Mülkiyet ve
Haksız Rekabet Suçları, Ankara: Seçkin
Yayınevi 2019.

Bayram, Muhammed Enes

: Marka Hukukunda Kullanılmama
Savunması, İstanbul: On İki Levha
Yayıncılık 2021.

Bilge, Mehmet Emin

: Ticari Ad ve İşaretlerin Arasında
Karşılaştırma Tehlikesi, Ankara: Yetkin
Yayınları 2014.

- Birtek, Fatih* : Marka ve Üretim Korsanlığı Suçu (Markanın İzinsiz Kullanılması) (556 Sayılı KHK 61/A,I), İpek Yolu Canlanıyor Türk - Çin Hukuk Zirvesi Konferans Bildiri Kitabı, 12-14 Haziran 2012, s. 485-518.
- Bozgeyik, Hayri* : Tescilli Markanın Kullanılması ve Kullanmamaya Bağlı Sonuçlar, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara: Turhan Kitapevi 2010. (Markanın Kullanılması)
- Bozgeyik, Hayri* : Marka Hakkının Korunması 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2019. (Marka Hakkı)
- Bozkurt, Burcu* : Markanın Dürüst Kullanımı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.
- Cangül, Murat* : Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüstçe ve Ticari Hayatın Olağan Akışı İçinde Kullanımı, Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2017, C. 13, S. 50, s. 341-356.

Çağlar, Hayrettin /

Yıldız, Burçak /

İmirlioğlu, Dilek

: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanununa Göre
Marka Vekilliği Sınavına Hazırlık, 3. Baskı,
Ankara: Adalet Yayınevi 2021.

Çağlar, Hayrettin

: Tescilli Markanın Farklı Şekilde Kullanılması,
Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet
Hukuku Dergisi 2007, C. 1, S. 2, s.11-27. (Farklı
Şekilde Kullanılması)

Çağlar, Hayrettin

: Marka Hukuku Temel Esaslar, 2. Baskı,
Ankara: Seçkin Yayınevi 2015. (Marka)

Çağlar, Hayrettin /

Özdamar, Mehmet

: Ticaret Unvanının Korunması, Selçuk
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2006,
C. 14, S. 2, s. 119-150.

Çakır Çelebi, Fatma Betül

: Yedek Parça Tasarımlarının Korunmasında
Onarım Sınırlaması Kapsamının Marka
Hakkı Çerçevesinde İncelenmesi, Terazî
Hukuk Dergisi 2021, C. 16, S.179, s. 1303-
1312.

Çamlıbel Taylan, Esin

: Marka Hakkının Kullanımıyla Paralel
İthalatın Önlenmesi, Ankara: Seçkin
Yayınevi 2001.

- Çankaya, Ahmet Alpaslan* : Marka Hakkına İktibas veya İltibas Suretiyle Tecavüz Suçu, Ankara: Adalet Yayınevi 2022.
- Çiftçi, Şahin* : Marka Hakkına Tecavüz ve Markanın Ceza Normları ile Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri 2012.
- Çiçekçi Ercan, Çiğdem* : Tescilli Markanın Koruma Kapsamı Dışında Kalan Hukuka Uygun Dürüst Kullanım, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Ankara: Yetkin Yayınları 2015, s. 249-271.
- Çiçekli, Doğuş Can* : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Kapsamında Markanın Dürüst Ticari Kullanımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Çolak, Uğur* : Marka Hukuku Alanında, Avrupa Birliği Yeni Marka Tüzüğü ile Yapılan Başlıca Düzenlemeler, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2017. (Yeni Marka Tüzüğü)
- Çolak, Uğur* : Türk Marka Hukuku, 4. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayınları 2018. (Marka)

- Çoşğun, Gizem* : Sınai Mülkiyet Kanun’u Kapsamında Markanın Kullanılması, Ankara: Seçkin Yayınevi 2018.
- Dalkıran, Mustafa* : Avrupa Topluluğu ve Türk Rekabet Hukuku Açısından Marka Hukukunda Hakkın Tüketilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Demir, Abdullah* : Yargıtay İçtihatlarındaki “Hayatın Olağan Akışı Kriteri” ve İslam Hukukundaki “Zahiri Hal Delili”, Terazı Hukuk Dergisi 2008, C. 3, S. 28, s. 129-133.
- Demirel, Duygu* : Ticari İtibarın Zedelenmesi ve Manevi Tazminat Davası, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2013, C. 4, S. 7, s.39-73.
- Deren Yıldırım, Nevhis* : Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 2, İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım 2003.
- Dinçer, Yasin* : Marka Hukukunda Geçici Hukuki Korumalar, Ankara: Adalet Yayınevi 2022.

Dirikkan, Hanife

: Tescilli Markayı Kullanma Külfeti, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi 1998, s.219-280. (Kullanma Külfeti)

Dirikkan, Hanife

: Tanınmış Markanın Korunması, Ankara: Seçkin Yayınevi 2003. (Tanınmış Marka)

Dural, Mustafa /

Öğüz, Tufan

: Türk  zel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi 2020.

Dural, Mustafa /

Sarı, Suat

: Türk  zel Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 15. Baskı, İstanbul: Filiz Kitapevi 2020.

Eren, Fikret

: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021. (Borçlar Genel

Eren, Fikret

: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları 1975. (İlliyet Bağı)

- Eren, Fikret* : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021. (Borçlar Özel)
- Efe, Dündar* : Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Marka Hukukuna Getirilen Yenilikler, Fasikül Hukuk Dergisi 2018, C. 10, S.108 s. 11-21.
- Efendioğlu, Ezgi* : Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2019.
- Ensari, Dilan* : Marka Hakkı ve Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2019.
- Ercan, Tayfun /*
- Teke Akbulut, Nebile* : Tanınmış Marka Kavramı, Hukuken Korunması ve Uluslararası Ticaretteki İşlevi, Ankara: Adalet Yayınevi 2020.
- Erdoğan, İhsan /*
- Keskin, Dilşad* : Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku), Ankara: Gazi Kitabevi 2018.

- Erkan, Vehbi Umut* : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Patent Hakkına Tecavüz Edilmesi Durumunda İtibar Kaybı Tazminatı, Terazi Hukuk Dergisi 2018, C. 13, S. 144, s. 14-22.
- Ersin, Erdoğan* : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Çerçevesinde Patent Hakları Açısından Öngörülen İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Düşünceler, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi 2017, C. 3, S. 1, s. 47-65.
- Eser, Rüzgar* : Marka Hakkının İnternet Reklamcılığı Yoluyla İhlali ve Sorumluluk Rejimi, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2013.
- Eyigün, Ece* : Marka Hakkının Sınırları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Lisansüstü Programlar Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Gün, Buket* : Marka Hukukunda Birlikte Var Olma, İstanbul: On İki Levha Yayınları 2019.
- Güneş, İlhami* : Kullanılmayan Markanın İptali Sorunu, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 2015, C.1 S.1, s. 40-48. (Fikri Mülkiyet)
- Güneş, İlhami* : Uygulamada Marka, Haksız Rekabet ve Telif Suçları, 3. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2017. (Marka Suçları)

Gür, Gülberk

: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkının İhlalinden Doğan Cezai Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 2021

Gülbüz Güngör, Esin

: Paris Sözleşmesi Kapsamında Tanınmış Markaların Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Korunması, Uluslararası İktisadi ve İdari İncelemeler Dergisi 2017, 16. Ulusal İşletmecilik Kongresi, Y. 2017, s. 293-310.

Işık, Egemen

: Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.

İlkan, Seyrani

: Marka Hakkının Ceza Normları ile Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2018.

İmirlioğlu, Dilek

: Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Kişi Adı Markalarında Ayırt Edicilik Tespiti, BÜHFD 2017, C. 3, S. 2, s. 87-114. (Kişi Adı)

İmirlioğlu, Dilek

:6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Marka Hukukunda Ayırt Edicilik ve Markanın Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi, Ankara: Adalet Yayınevi 2018. (Ayırt Ediciliğinin Zedelenmesi)

Kaplan, Mikail Bora

: Sınai Mülkiyet Kanunu'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık 2018.

Kara, Etem

: Karar İncelemesi: Marka ve Ticaret Unvanı Çatışması, Terazi Hukuk Dergisi 2021, C. 16, S. 182, s. 1948-1960.

Karaca, Osman Umut

: Markayı Kullanma Zorunluluğu ve Kullanmamanın Hukuki Sonuçları, 2. Baskı, Ankara: Lykeion Yayınevi 2018.

Karadaş, Muhammet İkbâl

: Marka ve Ticaret Unvanları Arasında Karıştırılma Tehlikesi, Ankara: Seçkin Yayınevi 2020.

Karakurt, Yasemin

: Marka Tescilinden Doğan Hakların Tüketilmesi İlkesi ve İstisnaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2007.

Karan, Hakan/

Kılıç, Mehmet

: Markaların Korunması 556 Sayılı KHK Şerhi ve İlgili Mevzuat, Ankara: Turhan Kitapevi 2004.

Kart, Aslıhan

: Marka Hakkına Tecavüz Suçları, Ankara: Adalet Yayınevi 2019, s. 38.

Kavlak, Bengül

: Marka Hukukunda İhtiyati Tedbirlerin 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Işığında Değerlendirilmesi, Yaşar Üniversitesi E-Dergisi 2013, C. 8, Özel Sayı, s. 0- 1554.

Kaya, Begüm

: Markanın Kullanılması Zorunluluğu ve Kullanılmamasına Bağlı Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

Kayar, İsmail

: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Ticaret Hukuku, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2018.

Kayhan, Fahrettin

: Türk Marka Hukuku Açısından Paralel İthalat ve Marka Hakkının Tükenmesi, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi 2001, C. 1, S. 1, s. 51-72.

Köroğlu, Emre

: Genel Hatlarıyla Markadan Doğan Hakları Sınırlandıran Sebeplerden Zamanaşımı, Sessiz Kalma Sebebiyle Hak Kaybı ve Üçüncü Kişilerin Şahsi Bilgilerini Dürüst Bir Şekilde Kullanmaları, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan Cilt I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2016, C.22, S.3, s. 1889-1914.

Menteşe, Mehtap

: 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu’na Göre Markanın İptali, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2019.

Meran, Necati

: Marka Hakları ve Korunması, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2015.

Mutlu, Ahmet

: Marka Hakkı ve Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamında İstisna, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.

Noyan, Erdal

: Marka Hukuku, 4. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2009.

Oğuzman, Kemal /

Seliçi, Özer /

Oktay Özdemir, Saibe

: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),

12. Baskı, İstanbul: Filiz Yayınevi 2012.

Oğuzman, M. Kemal /

Barlas, Nami

: Medeni Hukuk, 14. Baskı, İstanbul: Arıkan

2007.

Öksüz, Mustafa

: Marka Hakkına Tecavüzün Sonuçları,

TBBD 2021, C. 34, S. 156, s. 301-339.

Oral, Sıla

: Markayı Kullanma Yükümlülüğü, Legal Fikri

ve Sınai Haklar Dergisi 2008, C. 4, S. 16, s. 847-

864.

Özarmağan, Müge

: Marka Hakkının Kullanmama Nedeniyle

Sona Ermesi, İstanbul 2008.

Özdamar Doğan, Emine

: Markanın Kullanılmaması Sebebiyle

Hükümsüzlüğü, Türkiye Barolar Birliği

Dergisi 2014, C. 27, S.114, s. 1-218.

Özdemir, Hayrünnisa

: Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad

Üzerindeki Hak ve Korunması, Ankara

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008,

C. 57, S. 3, s. 561-598. (Özdemir H.)

Özdemir, Süleyman Emre

: Marka Suçları (SMK m.30),

Yayımlanmamış Doktora Lisans Tezi,

Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, İstanbul 2021. (Özdemir S.)

Özekes, Muhammet

: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati
Tedbir, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi
Dergisi 2002, C.4, S.2, s. 89-138.

Özel, Çağlar

: Marka Lisansı Sözleşmesi, 2. Baskı
Ankara: Seçkin Yayınevi 2015.

Özen, Mustafa

: Marka Hakkına Karşı İşlenen Suçlar ve
Yaptırımları, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet
ve Rekabet Hukuku Dergisi 2009, C. 9, S. 2,
s. 53-76.

Özer, Fatma

: Sınai Mülkiyet Kanunu Neler Getirdi?,
Ankara: Seçkin Yayınevi 2017.

Özkan, Barçın

: Marka Hakkına Tecavüz Halinde
Verilebilecek İhtiyati Tedbirler,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal
Bilimler Enstitüsü, Ankara 2019.

Özkök, Başak

: Tanınmış Markanın Kullanılması
Zorunluluğu ve Kullanılmaması Nedeniyle
Kısmen İptali, Ankara: Seçkin Yayınevi
2015.

Özmen Gül, Tuğçe Didem

: Markanın İptali, Terazi Hukuk Dergisi
2022, C. 0, S.186, s. 84- 96.

- Özmen, Özkan Burak* : İktibas veya İltibas Suretiyle Marka Hakkına Tecavüz Suçu, Ankara: Adalet Yayınevi 2020.
- Özsunay, Ergun* : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul: Fakülteler Matbaası 1979. (Gerçek Kişiler)
- Özsunay, Ergun* : Türk Hukukunda Takma Adın Korunması, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul: İstanbul Marmara Hukuk Fakültesi Yayınevi 1999. S. 479-482. (Takma Ad)
- Öztürk Akkartal, Hanife* : 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Tescilli Markanın Kullanılmaması ve Buna Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2019, C. 18, S.1, s. 13-31.
- Öztürk, Ezgi* : Markanın Kullanılması Yükümlülüğü ve Kullanılmamasından Doğan Hükümsüzlük, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi 2009, C. 5, S. 20, s. 777-812.
- Pınar, Hamdi* : Marka Hukukunda Hakların Tükenmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul: Beta Basım Yayın 2000, s. 855-915.

- Sarıdağ, Orhan Gazi* : Fikri Hukukta Manevi Tazminat, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 2019, S. 40, C. 11, s. 175-192.
- Şahin Sipahioğlu, Diren* : Marka Hakkına Tecavüz Sayılan ve Sayılmayan Fiiller Mutlu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Sert, Selin* : Markanın Kullanılması Yükümlülüğü, Ankara: Seçkin Yayınevi 2007.
- Suluk, Cahit /*
- Karasu, Rauf /*
- Nal, Temel* : Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi 2021.
- Suluk, Cahit* : Sınai Mülkiyet Hukukunda Tescil ‘Güvenli Liman’ mıdır?”, Fikri Mülkiyet Hukuku Yıllığı 2013, Ankara: Yetkin Yayınları 2015, s. 403-430.
- Şahin, Mehmet* : Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Kaybı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2020.

- Şenocak, Kemal* : Toplumda Tanınmışlık Düzeyine Erişmiş Markanın Farklı Mal veya Hizmetlere İlişkin Korunması (556 sayılı KHK m.8/IV), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2009, C. 25, S. 2, s. 133-176.
- Tamer, Elanur* : Marka Hukukunda Kullanım İspatı, Ankara: Yetkin Yayınları 2021.
- Taşpınar, Sema* : Fiili Karinelerin İspat Yükünün Dağılımındaki Rolü, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1996, C. 45, S. 1, s. 533-572.
- Tekinalp, Ünal* : Markanın Üçüncü Kişi Tarafından Kullanılması, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını 1998, s. 633-644 (Üçüncü Kişi)
- Tekinalp, Ünal* : Sınai Mülkiyet Kanunu'nun Öne Çıkan Yenilikleri, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu Sempozyumu Ankara 2017: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 5-84. (SMK Sempozyumu)
- Tekinalp, Ünal* : Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2018. (Fikri Mülkiyet)
- Türk Patent ve Marka Kurumu* : Kullanım İspatı Kılavuzu, Ankara 2017.

- Tüzüner, Özlem* : Faydalı Modelin Korunması ve Faydalı Modelin Korunmasına Uygulanacak Hukuk, İstanbul: Vedat Kitapçılık 2011.
- Uçar, Ali* : Marka Hukukunda Sessiz Kalma Yoluyla Hak Mahrumiyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2014.
- Uzunallı, Sevilay* : Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara: Adalet Yayınevi 2012. (Tazminat)
- Uzunallı, Sevilay* : Marka Hukuku, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi 2021. (Marka)
- Üzer, Muhammet Bilal* : Marka Hakkına Tecavüz ve Tecavüzden Kaynaklanan Hukuk Davaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2008.
- Vatansever, Erman* : Marka Tescilinden Doğan Hakların Kapsamı, Yayınlanmamış Uzmanlık Tezi, Türk Patent Enstitüsü Markalar Dairesi Başkanlığı, Ankara 2010, <https://teknolojitransferi.turkpatent.gov.tr>.
- Yakın, Emir* : Sınai Mülkiyet Kanunu Uyarınca Marka Hakkının Uluslararası Tükenme İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,

Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, Ankara 2020.

Yaman, Özlem

: Marka Hukukunda Dürüst Kullanım İlkesi,
Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler
Enstitüsü, İstanbul 2019.

Yanlı, Veliye

: İltibas Nedeniyle Haksız Rekabetin
Önlenmesi Davası Açma Hakkının Kaybı,
Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları
Sempozyumu Bildiriler Tartışmalar XXI 9-
10 Aralık 2005, Ankara 2006, 291-336.

Yarar, İbrahim / Yarar, Hilal /

Yerlikaya, Kübra

: Tüm Yönleriyle Tazminat Hukuku,
Ankara: Seçkin Yayınevi 2021.

Yasaman, Hamdi /

Ayoğlu, Tolga/

Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/

Memiş Kartal, Pınar /

Yüksel, Sinan /

Yasaman, Zeynep

: Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt I,
Ankara: Seçkin Yayınevi 2021. (C.1)

Yasaman, Hamdi /

Ayoğlu, Tolga/

Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/

Memiş Kartal, Pınar /

Yüksel, Sinan /

Yasaman, Zeynep : Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt II,
Ankara: Seçkin Yayınevi 2021. (C.2)

Yasaman, Hamdi /

Ayoğlu, Tolga/

Yusufoğlu Bilgin, Fülürya/

Memiş Kartal, Pınar /

Yüksel, Sinan /

Yasaman, Zeynep : Sınai Mülkiyet Kanunu Şerhi Cilt III,
Ankara: Seçkin Yayınevi 2021. (C.3)

Yasaman, Hamdi : Marka Hukuku ile İlgili Makaleler, Hukuki
Mütaalalar, Bilirkişi Raporları II, İstanbul:
Vedat Kitapçılık 2003. (Raporlar)

Yasaman, Hamdi : Marka Hakkının Niteliği ve Tanınmış
Markalar Hakkında Yargıtay 11. HD'nin
Kararı Üzerinde Düşünceler, Gazi
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2004,
Y. 1, S. 2, s. 151-158. (Düşünceler)

- Yasaman, Hamdi* : Fikir ve Sanat Eserlerinde İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı, FMHD 2005-2006, C. 1, S.1, s. 25-37. (İyiniyet ve Dürüstlük Kuralı)
- Yaşar, Adem* : Markanın Üçüncü Kişiler Tarafından Dürüst Uygulamalara Aykırı Olmayan Kullanımı (M.12) Ve İlgili Yargıtay Kararları, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2016, C. 11, S. 2-12, s. 909-929.
- Yavaş, Murat* : Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2015, C. 21, S. 22, s. 741-762.
- Yenidünya, Caner A. / İçer, Zafer:* Marka Hakkına Tecavüz Suçları (556 Sayılı KHK m. 61/A), 2. Baskı, İstanbul: Digesta Yayınevi 2014.
- Yıldız, Burçak* : Yargıtay Kararları Işığında Coğrafi Markalar, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2018, C. 9, S. 2, s. 125-156.
- Yıldız, Ozan Ali* : Kişi Adlarının Marka Olarak Tescili, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 2017, C. 23, S. 3 s. 725-748.

- Yılmaz, Yördem* : Marka Hukukunda İhtiyati Tedbir,
Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi 2007,
C.6, S. 21, s.331-350. (İhtiyati Tedbir)
- Yılmaz, Yördem* : Kullanmama Nedeniyle Tescil Edilmiş
Markanın Hükümsüzlüğüne İlişkin
Uygulamadaki Sorunlar, Dicle Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi 2015, C. 20, S. 33,
s. 123-142. (Kullanmama)
- Yurtoğlu Can, Mücella* : Marka Hukukunda Sessiz Kalmak
Suretiyle Hak Kaybı, Ankara: Turhan
Kitabevi 2016.

MARKANIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLER TARAFINDAN DÜRÜSTÇE KULLANIMI

ÖZET

Marka sahibi, markası üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Bu hak, marka üzerinde sahibine doğrudan doğruya hâkimiyet sağlamakta ve herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Marka sahibi markasını tescil ettirerek birtakım hak ve yetkiler kazanmaktadır. Ancak marka hakkı sahibinin, markadan doğan haklarıyla ilgili ileri sürebileceği talepler sınırsız değildir. Marka sahibinin hak ve yetkileri SMK ile belirlenmiş ve sınırları çizilmiştir. Çalışmamızın konusunu oluşturan markanın üçüncü kişiler tarafından dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde kullanılması, marka hakkı sahibinin yetkilerini kısıtlayan durumlardan birisidir.

Üçüncü kişiler SMK m. 7/5'teki düzenleme gereği başkasına ait bir markayı marka sahibinin iznine ihtiyaç olmaksızın dürüstçe ve ticari hayatın olağan akışı içerisinde ve belirli biçimlerde olmak kaydıyla kullanabilmektedirler. Marka sahibinin bu kullanımı engellemek için marka hakkını ileri sürmesi mümkün değildir. Markanın kullanılmasına ilişkin getirilen bu istisna hükmün nasıl uygulanacağı öğretideki çalışmalar, Yargıtay kararları ve ABAD kararları çerçevesinde değerlendirilerek anlatılmıştır.

Kanun'daki belirtilen şekle aykırı olan ya da sınırı aşan kullanımlar ise, SMK m. 29 gereği markaya tecavüzü oluşturmaktadır ve bu kullanımlar marka sahibi tarafından engellenebilmektedir. Aynı zamanda marka sahibinin marka hakkına tecavüz sonucu üçüncü kişiden talep edebileceği başka hukuki imkânlar da bulunmaktadır. Marka hakkına tecavüzün hukuki sonuçları ile birlikte SMK m. 30'da düzenlenmiş cezai sonuçları da mevcuttur. Tecavüzü gerçekleştiren faile işlediği fiile göre hapis ve para cezası verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Markanın Kullanılması, Markanın Dürüstçe Kullanılması, Ticari Hayatın Olağan Akışı İçerisinde Markanın Kullanımı, Marka Hakkına Tecavüz.



HONEST USE OF THE TRADEMARK BY THIRD PARTIES

ABSTRACT

The trademark owner has an absolute right over the trademark. This right gives the owner direct control over the trademark and can be claimed against anyone. The trademark owner gains certain rights and powers by registering his trademark. However, the claims that the trademark right holder may raise regarding the rights arising from the trademark are not unlimited. The rights and powers of the trademark owner have been determined by SMK and their boundaries have been drawn. The honest use of the trademark, which is the subject of our study, by third parties in the ordinary course of commercial life is one of the situations that restricts the rights of the trademark owner.

Third parties can use a trademark belonging to another person honestly and in the ordinary course of commercial life and in certain ways, without the need for the permission of the trademark owner, as per the regulation in SMK m 7/5. It is not possible for the trademark owner to assert the trademark right to prevent this use. How to apply this exception provision regarding the use of the trademark is explained by evaluating the studies in the doctrine within the framework of judicial decisions.

Uses that are contrary to the form specified in the Law or that exceed the limit constitute infringement of the trademark pursuant to SMK m 29, and these uses can be prevented by the trademark owner. At the same time, there are other legal possibilities that the trademark owner may demand from the third party as a result of infringement of the trademark right. Along with the legal consequences of trademark infringement, there are also criminal consequences regulated in SMK m 30. The perpetrator of the rape is sentenced to imprisonment and a fine depending on the act he committed.

Keywords: Use of the Trademark, Honest Use of the Trademark, Use of the Trademark in the Ordinary Flow of Commercial Life, Infringement of Trademark Rights.

